



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna

sezione staccata di Parma (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 395 del 2012, proposto da:

Transcoop Soc. Coop. in proprio e in qualità di mandataria della costituenda ATI con Aimeri S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Eugenia Monegatti Ziliotti, Daniele Silingardi e Guglielmo Saporito, con domicilio eletto presso l'avv. Daniela Barigazzi in Parma, via Repubblica, 97;

***contro***

Enia Reggio Emilia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Giancarlo Cantelli, con domicilio eletto presso il suo studio in Parma, Strada Repubblica 95;

***nei confronti di***

Iren S.p.a., non costituita in giudizio;

Caruter S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Erika Sicuro e Natale Bonfiglio, con domicilio eletto presso la prima in Parma, via della Salnitrra 3;

***per l'annullamento***

della comunicazione del dirigente acquisti prot. 09614 del 23 ottobre 2012 di aggiudicazione definitiva della gara di appalto n. 4729 cig n. 42594143a0 per l'affidamento del servizio di movimentazione contenitori scarrabili e vasche, contenenti rifiuti solidi urbani e rifiuti speciali assimilabili, nella Provincia di Reggio Emilia;

di tutti gli atti annessi, connessi, presupposti e consequenziali, ed in particolare:

della comunicazione del direttore generale Enia prot. 09607 del 22 ottobre 2012 con la quale è stata comunicata la determinazione n. 209/2012 di approvazione del verbale di valutazione degli elementi indicati dall'offerente e di approvazione esito di gara;

del verbale prot. 003633 del 11 ottobre 2012 di valutazione degli elementi indicati dall'offerente Caruter S.r.l.;

del verbale prot. 003464 del 1 ottobre 2012 del contraddittorio ed allegati;

della comunicazione prot. 3413 del 25 settembre 2012 di risposta della stazione appaltante alla richiesta di documenti avanzata da Caruter S.r.l.;

della comunicazione prot. 5450 del 24 settembre 2012 di richiesta di documenti avanzata da Caruter alla stazione appaltante;

della comunicazione prot. 003314 del 18 settembre 2012 di richiesta di precisazioni integrative e convocazione contraddittorio inviata a Caruter S.r.l.;

della comunicazione della Caruter S.r.l., prot. 0050203 del 31 agosto 2012, di giustificazioni dell'offerta;

della comunicazione del responsabile del procedimento prot. 002882 del 2 agosto 2012, di richiesta di giustificazioni dell'offerta;

della relazione di gara e relativi allegati, prot. 002853 del 2 agosto 2012;

del bando di gara n. 4729 - cig n. 42594143a0, nonché del relativo capitolato speciale d'appalto prot. n. er201205667;

della determinazione dell'amministratore delegato Iren s.p.a. n. 61/2012 - prot. 2207 del 11 giugno 2006 di approvazione di avvio della procedura.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Enia Reggio Emilia S.r.l. e di Caruter S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Caruter S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Visto il dispositivo n. 312/2013;

Relatore la dott.ssa Laura Marzano;

Uditi, nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2013, i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

#### FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente Transcoop soc. coop. ha partecipato, in costituenda ATI con Aimeri S.p.a., alla gara indetta da IREN S.p.a., per conto della controllata ENIA Reggio Emilia, per l'affidamento per 36 mesi del "servizio di movimentazione contenitori scarrabili e vasche, contenenti rifiuti solidi urbani e rifiuti speciali assimilabili, nella provincia di Reggio Emilia".

Alla gara ha partecipato soltanto un'altra concorrente, Caruter S.r.l., risultata aggiudicataria per aver offerto il prezzo più basso mediante ribasso unico percentuale sull'elenco prezzi posto a base di gara, secondo il sistema di aggiudicazione previsto dal bando.

Ritenendo illegittima, per insuperabile anomalia dell'offerta, l'aggiudicazione della gara a Caruter S.r.l., la ricorrente, nella spiegata duplice qualità, l'ha impugnata formulando un unico motivo di ricorso con cui ha dedotto violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e ss. D.Lgs. 163/2006, violazione dei principi di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, illogicità, contraddittorietà e difetto di motivazione.

Con decreto n. 238 del 3 dicembre 2012 è stata respinta la richiesta di misure cautelari urgenti ed è stata fissata la camera di consiglio per la trattazione collegiale dell'istanza.

La controinteressata Caruter S.r.l. si è costituita in giudizio sollevando una serie di eccezioni preliminari e resistendo nel merito alle avverse pretese; successivamente ha proposto ricorso incidentale con intento "paralizzante" impugnando gli atti di gara nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione dalla procedura della ricorrente, la quale avrebbe presentato documentazione incompleta e, dunque, non conforme alla legge di gara.

Si è costituita in giudizio anche Enia Reggio Emilia S.r.l., controllata nell'interesse della quale Iren S.p.a. ha indetto la gara, difendendo l'operato della stazione appaltante e chiedendo la reiezione del ricorso.

Con ordinanza n. 3 del 10 gennaio 2013 è stata respinta l'istanza cautelare.

In vista della trattazione del merito l'amministrazione ha depositato memoria conclusiva e la ricorrente ha prodotto

atto di costituzione di nuovo difensore, formulando istanza istruttoria, insistendo per l'accoglimento del ricorso e chiedendo, comunque, in subordine, che sia esaminato anche il ricorso principale in ipotesi di ritenuta fondatezza del ricorso incidentale.

All'udienza pubblica del 6 novembre 2013, sentiti i difensori presenti, la causa è stata trattenuta in decisione.

2. La ricorrente, gestore uscente di un servizio assimilabile a quello per cui è causa, sulla base dei propri dati esperenziali, afferma in ricorso che l'offerta di Caruter S.r.l. sarebbe incongrua in quanto conterrebbe un calcolo errato delle percorrenze chilometriche necessarie per l'espletamento del servizio e, conseguentemente, una sottostima del consumo di carburante.

Tutto ciò avrebbe determinato, a dire della ricorrente, un prezzo troppo basso nell'offerta di Caruter S.r.l. che non avrebbe tenuto conto dell'incidenza del consumo di carburante sui costi del servizio.

La ricorrente contesta, pertanto, gli esiti della gara e il giudizio di affidabilità dell'offerta cui è pervenuta la stazione appaltante a conclusione del subprocedimento di verifica di anomalia.

L'amministrazione, nelle sue difese, da conto del fatto che la commissione, pur avvedutasi della sottostima del consumo di carburante e dopo averla quantificata attraverso un raffronto con i dati derivanti dalle passate rilevazioni di consumo di carburante, ha comunque concluso per la non inaffidabilità dell'offerta nel suo complesso.

Caruter S.r.l., viceversa, sul punto osserva che la verifica in ordine alla congruità dell'offerta è stata approfondita; afferma, pertanto, che la motivazione resa dalla stazione appaltante, pur non dovuta, sarebbe esaustiva in ordine alla ritenuta affidabilità.

Ha, ulteriormente, rilevato come la ricorrente si basi sui dati rivenienti dal precedente servizio, che non sarebbe del tutto identico a quello oggetto di gara, e non già sulla *lex specialis* tanto da aver ammesso in atti che alcuni dati, in particolare i punti di carico e scarico del materiale, non sono individuabili attraverso le indicazioni fornite dal capitolato speciale.

3. Il ricorso principale è infondato.

3.1. Il Collegio deve preliminarmente ricordare come, in termini generali, la tematica del rapporto tra il ricorso incidentale e quello principale registri da sempre orientamenti differenti e risulti, ancora di recente, oggetto di ulteriore ripensamento ad opera di parte della giurisprudenza del Consiglio di Stato che, richiamando le riserve espresse anche dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (con la sentenza 21 giugno 2012 n. 10294) ha rimesso nuovamente all'esame dell'Adunanza Plenaria la questione – già esaminata dalla sentenza Ad. Plen. n. 4 del 2011 – della sussistenza o meno della legittimazione del soggetto escluso dalla gara per atto dell'Amministrazione (ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale) ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, al fine di dimostrare che anche questo doveva essere escluso dalla gara e soddisfare in tal modo l'interesse strumentale alla eventuale ripetizione della procedura (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, ord. 17 maggio 2013, n. 2681).

I dubbi che hanno generato l'ordinanza di remissione testè ricordata sono stati, peraltro, esaminati anche dalla Corte di Giustizia europea (cfr. C.G.U.E., Sez. X, 4 luglio 2013 – causa C 100/12), che li ha risolti esprimendo il seguente principio: “ L'articolo 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989 ... deve essere interpretato nel senso che se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni, tale disposizione osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame

preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale".

A questa conclusione la Corte di giustizia è pervenuta affermando che "il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici. In una situazione del genere, infatti, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare".

La Corte ha espresso tale ultima considerazione poichè il caso sottoposto al suo esame aveva ad oggetto una gara cui avevano concorso solo due partecipanti, i ricorsi di ciascuno dei quali miravano all'esclusione dell'altro dalla procedura.

In tale quadro la Corte di giustizia ha rilevato che una pronuncia di inammissibilità del ricorso principale, discendente dall'accoglimento del ricorso incidentale, contrasta con la normativa europea ed ha affermato che debba comunque esaminarsi anche il primo, la cui fondatezza travolgerebbe per intero l'esito della gara, con il conseguente soddisfacimento dell'interesse strumentale del ricorrente principale alla rinnovazione della procedura.

Le pronunce da ultimo riportate, sebbene espresse in fattispecie assai peculiari, militano in direzione contraria all'orientamento giurisprudenziale consolidatosi, nel solco dell'insegnamento ultimo espresso dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con sentenza 7 aprile 2011, n. 4, sulla tematica dell'ordine da seguire nell'esame dei ricorsi ove il gravame incidentale abbia portata "paralizzante" (cfr.: T.A.R. Valle d'Aosta, 10 luglio 2013, n. 52; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 11 aprile 2013, n. 3675; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 5 aprile 2013, n. 850).

La citata decisione dell'Adunanza Plenaria aveva, infatti, risolto il dibattito giurisprudenziale che si era venuto delineando sul diverso atteggiarsi della decisione laddove il giudizio inerisse ad una procedura ed evidenza pubblica con due sole concorrenti.

Si ricordano, a titolo di esempio: Cons. Stato, sez. V, n. 5811/2007, favorevole ad adottare il criterio logico-cronologico; Cons. Stato, sez. V, n. 2669/2008 che aveva rimesso all'Adunanza Plenaria la questione se il ricorso principale debba essere esaminato dopo quello incidentale paralizzante anche nell'ipotesi in cui le imprese ammesse alla gara siano solamente due; e, infine, Cons. Stato, Ad. Plen. n. 11/2008 che aveva risolto tale questione affermando che, in presenza di soli due partecipanti alla gara, il giudice "qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato (principale o incidentale), deve tenere conto dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara e deve esaminare anche l'altro, quando la fondatezza di entrambi comporta l'annullamento di tutti gli atti di ammissione alla gara e, per l'illegittimità derivata, anche dell'aggiudicazione, col conseguente obbligo dell'amministrazione di indirne una ulteriore".

Fatto questo preliminare *excursus* sulle posizioni giurisprudenziali, resosi necessario attesa l'istanza formulata dalla parte ricorrente, il Collegio, tuttavia, deve osservare come il riportato dibattito giurisprudenziale, nel caso di specie, non incida sulla decisione essendo il ricorso principale infondato.

Invero, alle cennate incertezze giurisprudenziali sulla questione innanzi tratteggiata si contrappone, viceversa, un orientamento costante a tenore del quale, anche nell'ipotesi di gara con due soli partecipanti, per esigenze di economia processuale debba esaminarsi prioritariamente il ricorso principale rispetto a quello incidentale, ove il primo risulti manifestamente infondato (cfr. *ex multis*: T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 11 settembre 2013, n. 2125; Cons. Stato, sez. IV, 4 settembre 2013, n. 4449; id. sez. V, 14 maggio 2012, n. 2745).

E' questo, infatti, il caso sottoposto all'esame del Collegio con il ricorso in epigrafe.

3.2. L'infondatezza del ricorso principale per le ragioni che si diranno consente di prescindere dall'esame delle numerose eccezioni preliminari sollevate dalla controinteressata.

La materia del contendere, affrontata con il ricorso principale ed esplicitata nei successivi scritti, investe, come accennato, l'asserita anomalia dell'offerta di Caruter che, nella tesi della ricorrente, ne avrebbe dovuto determinare l'esclusione dalla gara.

L'incongruità dell'offerta deriverebbe dall'errato calcolo delle percorrenze chilometriche necessarie per l'espletamento del servizio; erroneità che avrebbe ricadute in punto di sottostima del consumo di carburante e, dunque, inficerebbe l'affidabilità complessiva dell'offerta.

Esaminando la documentazione versata in atti il Collegio rileva che la stazione appaltate ha concluso il sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta di Caruter, dopo aver chiesto chiarimenti e ulteriori giustificazioni, affermando quanto segue: "Considerato: che il principale elemento di anomalia dell'offerta fa riferimento alla stima del consumo di carburante (km/l); che il foglio di calcolo allegato alla presente quantifica in 0,62 €/ora la sottostima dei costi del carburante da parte dell'offerente e che tale dato incide per l'1,42 % sul costo complessivo orario del mezzo utilizzato per l'attività 1; tutto ciò premesso, visto e considerato, si da atto che l'offerta, pur presentando una sottostima del costo del carburante, in base agli elementi forniti, non può definirsi nel suo complesso inattendibile".

La ricorrente, tuttavia, non confuta questi dati ma si sofferma ad analizzare ipotetici calcoli chilometrici e relativi consumi di carburante che, a suo dire, sarebbero corretti a fronte di quelli asseritamente errati proposti dalla concorrente avversaria Caruter.

Nello specifico e in sintesi, partendo dal rilievo che Caruter, in sede di giustificazione, ha dichiarato di basare la propria analisi dei costi dell'Attività 1 (oggetto di contestazione) su un consumo medio di automezzi adibiti al trasporto pari a 4,28 km/l, ritiene che tale consumo sia sottostimato in quanto il consumo, sulla base dei dati in proprio possesso, si sarebbe dovuto attestare su 3,265 km/l.

Di conseguenza, comparando il numero di chilometri annui indicati da Caruter, moltiplicato per i tre anni di durata del servizio, e il relativo costo del carburante con il costo del carburante che, secondo il numero di chilometri da percorrere, a suo dire sarebbe congruo, la ricorrente conclude che vi sarebbe un differenziale in aumento nel costo del servizio di € 102.718,01 che non si giustificerebbe a fronte dell'utile di impresa dichiarato, pari a € 50.590,43.

Inoltre la ricorrente ritiene che Caruter abbia errato anche nel calcolare le percorrenze chilometriche in km 1.039.845,00 affermando che sarebbero, viceversa, corrette le percorrenze quantificate nella propria offerta in km 1.341.252,64 e che ciò avrebbe ripercussioni anche sul tempo di esecuzione del servizio e, dunque, sulle ore di lavoro supplementari, non considerate.

Il Collegio osserva innanzitutto e in generale che la stima delle percorrenze fornita dalla ricorrente si basa non su parametri ricavabili dalla *lex specialis*, che essa stessa afferma non essere specifica sul punto (cfr. pag. 10 del ricorso in cui testualmente afferma: "Il capitolato speciale di appalto non consente, come invece richiederebbe l'art. 6 D.Lgs. 286/2005 relativo al trasporto merci su strada, di individuare in modo specifico i punti di carico e scarico del materiale e di conseguenza non consente di desumere con precisione la percorrenza chilometrica complessiva necessaria per espletare il servizio"), bensì su dati dei quali afferma di essere in possesso, poichè relativi al servizio espletato in forza di un precedente e diverso appalto.

Dunque, con tutta evidenza, la suddetta stima non può essere assunta come *tertium comparationis*, sia perché si riferisce ad un diverso servizio sia perché non ricavabile dalla *lex specialis*.

Vanno, viceversa, assunti come riferimento, (anche perché non contestati in modo specifico), i dati forniti dalla stazione appaltante.

In proposito il Collegio rileva che, nel corso del subprocedimento di verifica, dopo aver evaso la prima richiesta di giustificazioni ritenuta insufficiente dalla stazione appaltante (cfr. doc. 3 del fascicolo dell'amministrazione), Caruter, al dichiarato scopo di interloquire con l'amministrazione con cognizione di causa, ha chiesto al Responsabile del procedimento di ottenere copia o di prendere visione dei documenti in possesso dell'Ente contenenti i dati sul consumo di carburante sui quali l'amministrazione parrebbe aver fondato la propria richiesta di giustificazioni (cfr. doc. 4 id.); tale consultazione è stata, tuttavia, negata per affermata assenza di documenti agli atti della società la quale conserverebbe i suddetti dati nei suoi sistemi informatici (cfr. doc. 5 id.).

Risulta evidente, dunque, che la stazione appaltante ha fondato le sue valutazioni su dati certi ad essa noti, poiché facenti parte delle sue dotazioni, ma non noti a Caruter che è stata invitata a fornire giustificazioni sulla base, viceversa, dei consumi evidenziati nell'offerta.

Infatti, nelle successive giustificazioni fornite in contraddittorio, Caruter ha precisato e documentato di essere in grado di risparmiare sulle accise in modo da mantenere inalterato il costo esposto in offerta anche nella denegata ipotesi in cui la stazione appaltante avesse ricostruito un consumo medio di 8 litri/ora, anziché dei 7 indicati in offerta, e di essere disposta a coprire eventuali maggiori costi di carburante riservando ulteriori € 5.000 all'anno da sottrarre, eventualmente, alle spese generali (cfr. doc. 6 id.).

Confrontando tali dati con il modello 6 dell'analisi dei costi, allegato all'offerta di Caruter (cfr. doc. 14 del fascicolo della ricorrente), si rileva che le spese generali sono state quantificate in € 184.563,67; orbene, anche sottraendo da tale importo il massimo del sacrificio economico offerto da Caruter, consistente in € 5.000,00 per anno, ossia complessivi € 15.000,00, residuerebbero € 169.563,67 che rappresentano quasi il 7% del valore dell'appalto, dunque un importo che resta comunque congruo.

Fatta questa preventiva simulazione di verifica e tomando ai dati forniti dalla stazione appaltante, si rileva che quest'ultima ha quantificato nell'1,42% l'incidenza della sottostima del carburante sul costo complessivo orario del mezzo utilizzato.

Traslando tale incidenza dal costo orario al costo complessivo di mezzi/attrezzature, (comprensivo di carburante, manutenzione, forniture ecc.), indicato in offerta in € 1.047.390,69, si ottiene come risultato un incremento di € 14.872,94: importo, dunque, inferiore a quello di € 15.000,00 stimato in sede di giustificazioni e utilizzato per la simulazione che precede, che lascerebbe, come già visto, non solo una percentuale di spese generali certamente congrua ma, vieppiù, del tutto inalterato l'utile d'impresa quantificato in € 50.590,43.

Quanto precede risulta dirimente per ritenere totalmente destituita di fondamento la tesi della ricorrente.

Costituisce *jus receptum* che l'attendibilità dell'offerta, alla stregua dell'art. 88 comma 7, D.Lgs. n. 163 del 2006, va valutata nella sua globalità e il relativo giudizio, in quanto espressione di discrezionalità tecnica, è sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale, che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta.

Ne consegue che il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni dell'amministrazione, ivi comprese quelle inerenti l'esame delle giustificazioni prodotte dal concorrente a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non può in generale procedere ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, sostituendo il proprio giudizio a quello dell'amministrazione, poiché ciò costituirebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della P.A. (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 settembre 2013, n. 4761).

Osserva il Collegio che, nel caso di specie, i dati ricavabili dagli atti hanno consentito di andare oltre l'enunciato principio generale e di compiere una verifica più approfondita all'esito della quale risulta del tutto plausibile, per le ragioni dianzi esplicitate, la conclusione di congruità dell'offerta cui è giunta la stazione appaltante, pur se espressa

prudenzialmente in termini di complessiva non inaffidabilità.

Per quanto precede il ricorso principale deve essere respinto.

Alla reiezione del ricorso principale consegue l'improcedibilità del ricorso incidentale, essendo sorto l'interesse al secondo soltanto in dipendenza della proposizione del primo.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, Sezione distaccata di Parma, definitivamente decidendo sul ricorso in epigrafe, respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna la parte ricorrente alle spese del giudizio che liquida in € 3.000,00 (tremila) per parte costituita oltre rimborso forfetario delle spese generali nonché CA e IVA.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Parma nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Angela Radesi, Presidente

Laura Marzano, Primo Referendario, Estensore

Marco Poppi, Primo Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/12/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)