

T.A.R. Lazio - Roma, Sez. II, sentenza 28 giugno 2010, n. 21596

Contratti della P.A. - Gara - Criterio del prezzo più basso - Lettera di invito che esclude le offerte *"irregolari nella forma o nel contenuto"* - Violazione dell'art. 82 del D. lgs. n. 163 del 2006.

N. 21596/2010 REG.SEN.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 2579 del 2010, proposto da:

Soc Bj Srl + (Rti), Soc Bj Group Srl, rappresentati e difesi dagli avv. Vincenza Di Martino e Elisa Cacciato, con domicilio eletto presso l'avv. Vincenza Di Martino in Roma, via Pompeo Magno, 7;

contro

Soc Lottomatica Group Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Piero D'Amelio, Maria Stefania Masini, con domicilio eletto presso Studio Legale D'Amelio, Sciacca & Associati in Roma, via della Vite, 7;

nei confronti di

Soc I&T Servizi Srl, rappresentata e difesa dall'avv. Sergio Coccia, con domicilio eletto presso l'avv. Sergio Coccia in Roma, viale Trastevere, 78; Soc Telecom Italia Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Lirosi e Marco Martinelli, con domicilio eletto presso lo studio Gianni Origoni & Partners in Roma, via Quattro Fontane, 20;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- dell'aggiudicazione definitiva della gara pubblica europea per l'affidamento dei servizi a supporto dell'attività per l'estrazione dei numeri del lotto e delle lotterie nazionali, comunicata con lettera del 23.02.2010;
- dell'aggiudicazione provvisoria disposta durante la seduta di gara del 05.02.2010 e comunicata con lettera del 09.02.2010;
- di ogni altro atto presupposto, connesso o comunque collegato;.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Soc Lottomatica Group Spa e di Soc I&T Servizi Srl e di Soc Telecom Italia Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 maggio 2010 il dott. Salvatore Mezzacapo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso principale, di cui in epigrafe, la società BJ s.r.l., terza classificata, ha impugnato gli atti della procedura di gara bandita da Lottomatica Group per l'affidamento dei servizi a supporto dell'attività per l'estrazione dei numeri del lotto e delle lotterie nazionali da espletarsi presso le sedi di Roma, Napoli e Milano. La lex specialis di gara prevedeva l'aggiudicazione della stessa con il criterio del prezzo più basso inferiore al prezzo a base d'asta, ai sensi dell'art. 82 del decreto legislativo n. 163 del 2006, valutato sulla base del corrispettivo unitario per giornata di estrazione, con prezzo a base d'asta fissato in euro 2.500.000,00 oltre IVA. Hanno presentato domanda la I&T Servizi s.r.l., il costituendo raggruppamento BJ Group e Telecom Italia s.p.a.

I&T Servizi si è classificata al primo posto con una offerta per singola estrazione di euro 486,00 per un totale di euro 917.568,00 oltre IVA. La odierna ricorrente si è classificata al terzo posto ed ultimo posto con una offerta per singola estrazione pari ad euro 1.200,00 per un totale di euro 3.964,800,00 ovvero di euro 1.464.800,00 superiore alla base d'asta (rispetto alla quale segna un incremento di circa il 60%). La gara è stata quindi aggiudicata ad I&T Servizi.

Avverso l'aggiudicazione e gli atti tutti di gara ricorre BJ s.r.l., terza classificata, muovendo dal rilievo per cui le censure dedotte sono idonee a determinare l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore ovvero la rinnovazione dell'intera procedura di gara. In particolare, la ricorrente sostiene che tanto l'aggiudicataria quanto Telecom Italia, seconda classificata, non posseggono le capacità tecniche richieste per l'espletamento dell'appalto. Ancora afferma la ricorrente che l'offerta economica dell'aggiudicataria sarebbe costituita da un illegittimo ribasso del costo del lavoro e comunque la stessa gara sarebbe illegittima per omessa specificazione dei costi per la sicurezza non soggetti a ribasso e per la scelta operata di adottare il criterio del prezzo più basso come criterio di scelta dell'appalto.

Si sono costituite in giudizio tanto la stazione appaltante che le imprese controinteressate affermando la infondatezza del proposto ricorso.

L'aggiudicataria I&T Servizi propone anche ricorso incidentale con il quale chiede l'annullamento del verbale di gara relativo alla seduta dell'11 dicembre 2009 nella parte in cui non ha previsto l'esclusione della ricorrente principale, all'uopo deducendo violazione e falsa applicazione dell'art. 82 del Codice degli appalti e della lex specialis di gara nonché eccesso di potere per illogicità manifesta, incongruenza e irragionevolezza e incoerenza nella mancata esclusione della offerta di BJ Group.

Alla pubblica udienza del 26 maggio 2010 il ricorso viene ritenuto in decisione in esito alla discussione orale.

Osserva preliminarmente il Collegio che sebbene, di regola, nel rapporto tra ricorso principale e ricorso incidentale deve essere esaminato con precedenza il ricorso principale, tuttavia l'ordine di esame è invertito e, pertanto, occorre dare la precedenza al ricorso incidentale allorché quest'ultimo (come nella fattispecie all'esame del Collegio) pone una questione che presenta priorità logica rispetto al ricorso principale, e tale situazione si verifica, tra l'altro, allorché la questione posta con l'impugnazione incidentale attiene all'interesse a ricorrere del ricorrente principale, nel senso che, pur profilandosi come questione di merito, il suo accoglimento evidenzia il difetto di una condizione dell'azione, come l'interesse a ricorrere in capo al ricorrente principale (cfr. Consiglio Stato, sez. VI, 30 settembre 2008, n. 4686).

In altri termini, in presenza di un ricorso incidentale tendente a contestare la legittimazione attiva del ricorrente, il giudice amministrativo deve fondare l'ordine di priorità dell'esame attenendosi ai principi di economia processuale e di logicità, con la conseguenza che deve dare priorità a quello dei due che risulti decisivo per dirimere la controversia (cfr. Consiglio Stato, sez. V, 19 maggio 2009, n. 3076; sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3696; T.A.R. Umbria Perugia, sez. I, 13 agosto 2009, n. 489; T.A.R. Piemonte Torino, sez. I, 30 marzo 2009, n. 837).

Nel caso di specie, il ricorso incidentale appare fondato e viene esaminato in via prioritaria.

A ciò non osta quanto ha osservato sul punto la ricorrente principale rilevando come il suo interesse fosse quello alla rinnovazione della gara. La stessa giurisprudenza richiamata dalla ricorrente principale attiene, peraltro, alla diversa fattispecie caratterizzata dalla presenza di due sole offerte ammesse e valutate. In detta evenienza, infatti, la più recente giurisprudenza afferma, quanto all'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale, che, a seconda dei casi, il giudice può esaminare prima quello decisivo per dirimere la lite (in assenza di una pertinente regola generale, assoluta e vincolante), dipendendo la scelta dal concreto atteggiarsi dei motivi di ricorso e dell'interesse delle parti, secondo i criteri dell'effettività della tutela giurisdizionale e dell'economia processuale, con la conseguenza che - appunto in relazione all'ipotesi di una gara di appalto con due sole offerte ammesse e valutate e di due ricorsi, l'uno principale e l'altro incidentale, uno per ciascun concorrente - non si può ritenere senz'altro prioritario l'esame di quello incidentale, per cui, accolto quest'ultimo, non si dovrebbe neppure esaminare quello principale, poiché così si penalizzerebbe uno dei due ricorrenti e si avvantaggerebbe l'altro, mentre, in ossequio al diritto di difesa ed al principio di effettività della tutela giurisdizionale, se ci sono ragioni di accoglimento di entrambi i ricorsi, questi vanno entrambi esaminati ed accolti, così vanificando l'intera gara, dovendo il giudice dare rilievo all'interesse al rinnovo della stessa, sicché non può essere applicato il principio dell'improcedibilità del ricorso principale, quando l'accoglimento del ricorso incidentale riguardi una gara con due sole offerte ammesse (cfr. T.A.R. Emilia Romagna Bologna, sez. II, 8 luglio 2009, n. 1064).

Chiarito quindi che occorre esaminare prioritariamente il ricorso incidentale proposto da I&T Servizi, deve anche rilevarsi la fondatezza.

La gara di cui questione è stata aggiudicata con applicazione del criterio del prezzo più basso. In particolare, la lettera di invito ha chiarito e disposto che l'offerta contenesse l'indicazione del corrispettivo unitario per giornata di estrazione omnicomprensivo e forfettario per i servizi e per le prestazioni connesse. La stessa lettera di invito ha quindi stabilito che *"la gara sarà aggiudicata...a favore del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 82 del D. Lgs. 163/2006, valutato sulla base del corrispettivo unitario per giornata di estrazione..."* di cui si è detto. Ancora la lettera di invito ha previsto la esclusione delle offerte *"irregolari nella forma o nel contenuto"*. La base d'asta è stata stimata, in sede di bando, in euro 2.500.000,00, IVA esclusa. In sostanza, la ricorrente ha proceduto ad un'offerta al rialzo, pari ad euro 3.964.800,00 per i quattro anni di contratto, con un incremento rispetto alla ricordata base d'asta di circa il 60%. La stessa ricorrente non contesta il "rialzo" operato, piuttosto rileva che il citato art. 82 non pone un espresso divieto di offerte al rialzo. Orbene, ritiene il Collegio che portato naturale del ricorso della stazione appaltante al criterio - per l'aggiudicazione di una gara - del prezzo più basso sia proprio quella della *"irregolarità"* logica prima ancora che strettamente giuridica di un'offerta al rialzo, quale è quella che ha inequivocamente presentato la ricorrente principale, poiché in contraddizione con la logica del ribasso che ispira il criterio del prezzo più basso (cfr. T.A.R. Catania, II Sezione, 29 gennaio 2002 n. 148 e T.A.R. Reggio Calabria, 21 gennaio 1997 n. 44, ma anche T.A.R. Liguria, 2 ottobre 1986 n. 440, che - con riguardo appunto ad offerta al rialzo in una gara bandita al ribasso - ha al riguardo parlato di *"non - offerta"*).

L'offerta della ricorrente principale andava quindi esclusa per come fondatamente affermato con il ricorso incidentale, che merita quindi di essere accolto.

L'accoglimento di questo comporta l'inammissibilità del ricorso principale, difettando la ricorrente di interesse ad avversare gli atti della gara dalla quale andava doverosamente esclusa.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate per come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, II Sezione accoglie il ricorso incidentale proposto da I & T Servizi s.r.l. e dichiara inammissibile il ricorso principale da BJ s.r.l. in proprio e quale mandataria del RTI con BJ Group s.r.l.

Condanna la ricorrente principale al pagamento delle spese di giudizio che liquida in complessivi euro 3.000,00 in favore - per euro 1.000,00 ciascuna - di Lottomatica s.p.a., I & T Servizi s.r.l. e Telecom Italia s.p.a.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 maggio 2010 con l'intervento dei Magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Salvatore Mezzacapo, Consigliere, Estensore

Giampiero Lo Presti, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA II 28/06/2010