

**A SUA DISCREZIONE LA STAZIONE APPALTANTE PUÒ SCEGLIERE
FRA IL PREZZO PIÙ BASSO E L'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ
VANTAGGIOSA: DEVONO SEMPRE PERÒ ESSERE RISPETTATA LA
REALIZZAZIONE DI UNA EFFETTIVA CONCORRENZA TRA I
PARTECIPANTI ALLE GARE PUBBLICHE, GIUSTA L'EVOLUZIONE
DELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA**

Se una Stazione appaltante decide, per un appalto da affidarsi con il criterio del prezzo più basso, di affidare comunque l'aggiudicazione ad un'apposita Commissione, valgono comunque le norme di cui all'articolo 84 del Codice dei contratti pubblici (che invero si occupa degli appalti da affidare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa)?

Appare conseguenziale che solo all'esercizio della discrezionalità tecnica valutativa propria del sistema della "offerta economicamente più vantaggiosa" deve ritenersi correlata la prescrizione cautelativa del comma 10 dell'art. 84 cost. in ordine alla costituzione della Commissione dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non configurandosi tale esigenza per il sistema del "prezzo più basso" in ragione della rilevata automaticità della scelta, che rende indifferente, ai fini della regolarità della procedura concorsuale, il momento di nomina della Commissione giudicatrice, ferma restando la necessaria applicazione dei principi generali di buon andamento e imparzialità dell'attività della Commissione e di indulgenza dei componenti della stessa. La precitata disposizione dell'articolo 84, comma 10, deve essere quindi riferita esclusivamente allo specifico sistema di gara e non può, in ragione della sua specificità e della conseguente sua natura di stretta interpretazione, assumere valenza di principio generale in materia. Nè il fatto che l'Amministrazione abbia ritenuto di nominare una Commissione giudicatrice – pur non essendo nella specie a ciò tenuta – comporta, ex se, la conseguenziale applicazione della disciplina introdotta dalla speciale procedura postulata dall'articolo 84, operando implicitamente i soli canoni generali di regolazione dei procedimenti concorsuali

Merita di essere segnalata la decisione numero 4613 del 23 settembre 2008, inviata per la pubblicazione in data 26 settembre 2008, emessa dal Consiglio di Stato

Prescrive tale norma – come già accennato in precedenza – che per le gare da aggiudicare "con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa" la valutazione è demandata ad una Commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento; di tale Commissione sono disciplinati la composizione e le incompatibilità nonché, per quanto qui rileva, i tempi di nomina e di costituzione, che "devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte" (comma 10).

Nel caso all'esame della Sezione l'appalto andava aggiudicato col criterio del "prezzo più basso": sì che si impone la verifica della legittimità della pretesa estensione della norma a tale sistema di gara, siccome ritenuto dal primo giudice.

Orbene, osserva il Collegio che i due sistemi di aggiudicazione sono ontologicamente distinti, sì da comportare una distinta disciplina di gara.

Ed invero, posta la equiordinazione dei detti sistemi anche sotto il profilo della realizzazione di una effettiva concorrenza tra i partecipanti alle gare pubbliche, giusta l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, cui consegue la possibilità (per le Amministrazioni appaltanti) di scelta del criterio di aggiudicazione ritenuto più consono alle caratteristiche del singolo appalto, va rilevato che l'applicazione del criterio della "offerta economicamente più vantaggiosa" implica l'esercizio di un adeguato potere di scelta tecnico-discrezionale, mentre al criterio del "prezzo più basso" consegue una

scelta di carattere sostanzialmente automatico da effettuare mediante il mero utilizzo dei tassativi parametri prescritti dal disciplinare di gara (nella specie, cfr. gli algoritmi ivi indicati).

Appare conseguenziale che solo all'esercizio della discrezionalità tecnica valutativa propria del sistema della "offerta economicamente più vantaggiosa" deve ritenersi correlata la prescrizione cautelativa del comma 10 dell'art. 84 cost. in ordine alla costituzione della Commissione dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non configurandosi tale esigenza per il sistema del "prezzo più basso" in ragione della rilevata automaticità della scelta, che rende indifferente, ai fini della regolarità della procedura concorsuale, il momento di nomina della Commissione giudicatrice, ferma restando la necessaria applicazione dei principi generali di buon andamento e imparzialità dell'attività della Commissione e di indulgenza dei componenti della stessa.>

Ma non solo

< Neppure può essere utilmente sostenuta, da parte dell'appellata, la violazione della disposizione dell'art. 84, comma 2, del D.L.vo n. 163/2006 in ordine al possesso della competenza (in capo ai commissari) nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, avuto riguardo alla rilevata "automaticità" della scelta correlata al criterio della aggiudicazione col sistema dell'offerta più bassa, e quindi alla sostanziale indifferenza, rispetto alla specificità del settore, della competenza medesima. >

A cura di Sonia Lazzini



N.4613/2008

Reg. Dec.

N. 1716 Reg. Ric.

Anno 2008

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 1716/2008 del 03/03/2008, proposto da ALFA SPA, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Stefania Masini e Piero D'Amelio, con domicilio eletto in Roma, via della Vite n. 7, presso il secondo difensore;

contro

BETA SPA, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Manzi, Guido Bardelli e M. Alessandra Bazzani, con domicilio eletto in Roma, via F. Confalonieri n. 5, presso il primo difensore;

e nei confronti di

- MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, *ex lege* domiciliata in Roma, via dei Portoghesi n. 12,
- DELTA SPA, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Pesce con domicilio eletto in Roma, via XX Settembre n. 1, presso lo studio del difensore;
- ETA SOC. COOP. ARL, non costituitosi;
- AMMINISTRAZIONE AUTONOMIA MONOPOLI DI STATO, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, *ex lege* domiciliata in Roma, vi dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio – Roma, Sezione II, n. 1268/2008, resa tra le parti, concernente gara per affidamento servizi di facchinaggio e trasporto ;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di BETA SPA, del MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, di DELTA SPA e dell'Amministrazione Autonomia Monopoli di Stato;

Viste le memorie difensive;

Visto l'appello incidentale proposto da DELTA SPA;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il Dispositivo di decisione n. 412 del 28 maggio 2008;

Relatore alla pubblica udienza del *27 maggio 2008*, il Consigliere Cons. *Bruno Mollica* ed uditi, altresì, gli avvocati D'Amelio, Manzi, Pesce e Palmieri (Avv. St.);

Ritenuto e considerato quanto segue:

FATTO E DIRITTO

- 1.-** ALFA s.p.a. impugna la sentenza del T.A.R. del Lazio, Sez. II, n. 1268 del 13 febbraio 2008, con la quale è stato accolto il ricorso proposto dalla società BETA s.p.a. avverso l'esclusione dalla gara pubblica per l'affidamento di servizi di facchinaggio e trasporto nonché avverso gli atti presupposti e connessi.
- 2.-** La Commissione di gara aveva escluso la società BETA sulla base della duplice motivazione della mancanza del requisito del possesso dell'iscrizione nel registro delle imprese per l'attività di facchinaggio ai sensi della legge n. 57/2001 e del D.M. n. 221/2003 – espressamente richiesto nel bando e nel disciplinare di gara – nonché per la mancata produzione della certificazione attestante il possesso di un sistema di qualità aziendale per l'attività di facchinaggio.
- 3.-** La gara era stata aggiudicata alla società DELTA s.p.a. in costituendo R.T.I. con S.T.F. Soc. coop. A r.l. .
- 4.-** Il giudice di primo grado ha accolto il ricorso nell'assunto dell'applicabilità alla fattispecie dell'art. 84, comma 10, del Codice dei contratti pubblici, secondo cui, per le gare da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la nomina dei commissari e la costituzione della Commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte, con la conseguenza che la previsione di una Commissione permanente, competente ad esaminare gli atti di tutte le gare bandite dal soggetto appaltante, sarebbe illegittima; ciò in quanto, una volta che il soggetto aggiudicatore – lasciato libero dal legislatore, nelle selezioni da aggiudicarsi col criterio dell'offerta più bassa (come nella specie), di non

nominare una apposita Commissione giudicatrice – opta per la nomina della Commissione stessa, esso deve fare completa applicazione delle disposizioni di cui al precitato articolo 84.

5.- L'appellante deduce l'erroneità della sentenza gravata sulla base dei seguenti motivi:

I.- Violazione della legge 2 agosto 1982, n. 528 e del D.P.R. 7 agosto 1990, n. 303 come modificato dal D.M. 23 marzo 1994 n. 239. Violazione del D.M. 17 marzo 1993 e successive modificazioni ed integrazioni. Violazione dell'art. 112 c.p.c. . Ultrapetizione. Si sostiene, in primo luogo, che la disposizione dell'art. 84, comma 10 cit. non è applicabile alle gare bandite da ALFA perchè recessiva rispetto a quanto previsto dalla concessione per la gestione del servizio del gioco del lotto, di cui al D.M. 17 marzo 1993 (e successivi decreti integrativi), *lex specialis* della relativa attività e non oggetto di censure da parte della BETA nel ricorso di prime cure, anche avuto riguardo al principio *tempus regit actum*; neppure risulterebbe impugnato il provvedimento di nomina della Commissione nè il ricorso sarebbe stato notificato all'AAMS, ma solo al Ministero dell'Economia.

II.-Violazione di norme e principi in punto di interpretazione della legge (artt. 12 e 14 delle disposizioni sulla legge in generale). Violazione, per errata applicazione, dell'art. 84, D.L.vo n. 163/2006. Difetto di motivazione, illogicità manifesta. Contraddittorietà.

Sostiene l'appellante che, in ogni caso, la sentenza impugnata è erronea in quanto ha esteso l'ambito della predetta norma anche agli appalti aggiudicati con il criterio del prezzo più basso, ai quali essa dichiaratamente non si applica, e pur essendo norma di stretta

interpretazione e non configurandosi in ogni caso come principio generale. Nè l'autovincolo operato con la nomina della Commissione – in ossequio alla concessione – comporterebbe ex se l'applicabilità delle ulteriori regole poste dall'art. 84.

Sulle argomentazioni esposte nell'atto di appello insiste diffusamente ALFA con successive memorie illustrative.

6.- Resiste BETA s.p.a. con diffuse ed articolate memorie difensive, sostenendo, in particolare, l'applicabilità della normativa interna e comunitaria all'attività di affidamento a terzi di lavori, servizi e forniture da parte di ALFA s.p.a. – siccome previsto anche dall'art. 10 del D.M. 17 marzo 1993 e dallo stesso art.1 del Codice dei contratti pubblici, che non prevede deroghe in proposito – ed insistendo sulla valenza generale delle statuizioni dell'articolo 84 cit.; la società appellata oppone altresì che, trattandosi nella specie di Commissione permanente, sussisterebbe comunque la violazione dell'art. 84, comma 2, D.L.vo n. 163/2006 cit., laddove prevede che la Commissione sia composta da esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto (in ciò riproponendo un vizio oggetto di articolazione nel ricorso di 1° grado).

Vengono parimenti riproposti gli ulteriori vizi dedotti in *prime cure*, e cioè, eccesso di potere per illogicità. Eccesso di potere per contraddittorietà. Difetto di motivazione. Violazione D.M. 221/2003 e legge n. 57/2001. Violazione circolari ministeriali come in esposizione. Difetto di contraddittorio. Violazione art. 97 Cost. .

Si sostiene, in primo luogo, che l'attività di facchinaggio sarebbe “coperta (in quanto ricompresa) da quella di trasporto e trasloco esercitata da BETA e che quindi non occorrerebbe il requisito del possesso dell'iscrizione nel registro

delle imprese o all'albo delle imprese artigiane per l'esercizio della detta attività di facchinaggio di cui alla legge n. 57/2001 e al D.M. n. 221/2003; ciò sarebbe desumibile anche dalla circolare del Ministero delle attività produttive prot. n. 548552 del 9 marzo 2004 (secondo cui, ove il facchinaggio costituisca attività strumentale rispetto all'attività principale, non troverebbe applicazione la disciplina che regola il facchinaggio stesso) nonché dalla lettera del Ministero, del lavoro 8 marzo 2004, n. 25899/2000 (per la quale le attività di spedizione, trasloco, logistica e trasporto espresso non rientrerebbero nella sfera applicativa del D.M. n. 221/2003).

Si sostiene inoltre che le attività di facchinaggio oggetto dell'appalto rientrerebbero proprio nel novero di quelle attività serventi il trasporto/trasloco e dunque non sarebbero riconducibili, per loro stessa natura, al facchinaggio in senso stretto.

La espressa previsione nella *lex specialis* in ordine al possesso del requisito dell'iscrizione sarebbe quindi illogica e contraria alla normativa vigente anche in ragione del favor alla partecipazione dei concorrenti alle pubbliche gare.

Infine, non essendo BETA – asseritamente – assoggettata alla normativa sul facchinaggio, non sarebbe essa tenuta alla produzione della certificazione attestante il possesso di un sistema di qualità aziendale per l'attività di facchinaggio.

Sarebbe in conclusione necessaria e sufficiente, ai fini della partecipazione alla gara, la disponibilità dell'iscrizione all'albo degli autotrasportatori di cose per conto terzi e della certificazione di qualità aziendale per l'esercizio dell'attività di trasloco, entrambe possedute dall'odierna appellata.

7.- Resiste altresì il Ministero dell'Economia e delle Finanze – Amministrazione

autonoma Monopoli di Stato.

- 8.-** Propone appello incidentale l'aggiudicataria DELTA s.p.a., censurando la sentenza impugnata per difetto di motivazione, violazione dell'art. 39 D.L.vo n. 163/2006, violazione delle regole processuali che impongono l'esame in rito dell'interesse ad impugnare prima del vaglio delle censure di merito.
- 9.-** La assorbente questione di diritto proposta dalla appellante ALFA attiene alla applicabilità o meno alla fattispecie che ne occupa dell'art. 84 del Codice dei contratti pubblici.

Prescrive tale norma – come già accennato in precedenza – che per le gare da aggiudicare “con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa” la valutazione è demandata ad una Commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento; di tale Commissione sono disciplinati la composizione e le incompatibilità nonché, per quanto qui rileva, i tempi di nomina e di costituzione, che “devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte” (comma 10).

Nel caso all'esame della Sezione l'appalto andava aggiudicato col criterio del “prezzo più basso”: sì che si impone la verifica della legittimità della pretesa estensione della norma a tale sistema di gara, siccome ritenuto dal primo giudice.

Orbene, osserva il Collegio che i due sistemi di aggiudicazione sono ontologicamente distinti, sì da comportare una distinta disciplina di gara.

Ed invero, posta la equiordinazione dei detti sistemi anche sotto il profilo della realizzazione di una effettiva concorrenza tra i partecipanti alle gare pubbliche, giusta l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria, cui consegue la possibilità (per le Amministrazioni appaltanti) di scelta del criterio di

aggiudicazione ritenuto più consono alle caratteristiche del singolo appalto, va rilevato che l'applicazione del criterio della "offerta economicamente più vantaggiosa" implica l'esercizio di un adeguato potere di scelta tecnico-discrezionale, mentre al criterio del "prezzo più basso" consegue una scelta di carattere sostanzialmente automatico da effettuare mediante il mero utilizzo dei tassativi parametri prescritti dal disciplinare di gara (nella specie, cfr. gli algoritmi ivi indicati).

Appare conseguenziale che solo all'esercizio della discrezionalità tecnica valutativa propria del sistema della "offerta economicamente più vantaggiosa" deve ritenersi correlata la prescrizione cautelativa del comma 10 dell'art. 84 cost. in ordine alla costituzione della Commissione dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, non configurandosi tale esigenza per il sistema del "prezzo più basso" in ragione della rilevata automaticità della scelta, che rende indifferente, ai fini della regolarità della procedura concorsuale, il momento di nomina della Commissione giudicatrice, ferma restando la necessaria applicazione dei principi generali di buon andamento e imparzialità dell'attività della Commissione e di indulgenza dei componenti della stessa.

La precitata disposizione dell'articolo 84, comma 10, deve essere quindi riferita esclusivamente allo specifico sistema di gara e non può, in ragione della sua specificità e della conseguente sua natura di stretta interpretazione, assumere valenza di principio generale in materia.

Nè il fatto che l'Amministrazione abbia ritenuto di nominare una Commissione giudicatrice – pur non essendo nella specie a ciò tenuta – comporta, ex se, la conseguenziale applicazione della disciplina introdotta

dalla speciale procedura postulata dall'articolo 84, operando implicitamente i soli canoni generali di regolazione dei procedimenti concorsuali.

Neppure può essere utilmente sostenuta, da parte dell'appellata, la violazione della disposizione dell'art. 84, comma 2, del D.L.vo n. 163/2006 in ordine al possesso della competenza (in capo ai commissari) nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto, avuto riguardo alla rilevata "automaticità" della scelta correlata al criterio della aggiudicazione col sistema dell'offerta più bassa, e quindi alla sostanziale indifferenza, rispetto alla specificità del settore, della competenza medesima.

La fondatezza della prospettazione della appellante nei termini esposti – siccome assorbente – esime il Collegio dall'esame degli ulteriori profili di censura articolati col primo mezzo.

10.- Per converso, risultano infondate le censure riproposte dalla società appellata, con le quali si assume, in sostanza – come già illustrato al precedente punto 6 – la non necessarietà, per BETA, del possesso del requisito dell'iscrizione nel registro delle imprese o all'albo delle imprese artigiane per l'esercizio dell'attività di facchinaggio nonché della certificazione del possesso di un sistema di qualità aziendale per la detta attività, essendo sufficiente la disponibilità dell'iscrizione all'albo degli autotrasportatori di cose per conto terzi e della certificazione di qualità aziendale per l'esercizio dell'attività di trasloco.

Va ricordato che oggetto dell'appalto è l'affidamento dei "servizi di facchinaggio e trasporto" (punto 5 del disciplinare di gara), peraltro variamente articolati (per quanto rileva in questa sede, in "servizi di movimentazione e trasloco" e "servizio di spedizione e consegna

apparecchiature elettroniche, materiale vario ed arredi”).

Il punto 4 del disciplinare stabilisce che il requisito dell’iscrizione nel registro delle imprese per l’esercizio dell’attività di facchinaggio deve essere posseduto dalle imprese che svolgeranno il “servizio di movimentazione e trasloco”, mentre il requisito dell’iscrizione nell’albo degli autotrasportatori deve essere posseduto dalle imprese che svolgeranno il “servizio di spedizione e consegna apparecchiature elettroniche, materiale vario ed arredi”; prevede inoltre il detto punto 4 che la certificazione attestante il possesso di un sistema di qualità aziendale per l’attività di facchinaggio per il relativo settore di accreditamento deve essere presentato dalle imprese che svolgeranno il “servizio di movimentazione e trasloco”.

La specifica delle attività concernenti il servizio di “movimentazione e trasloco” (punto 5.1. del disciplinare) chiarisce – ove occorra – che trattasi di attività inerenti lo spostamento di beni e materiali nell’ambito dello stesso edificio o da un edificio ad altro: che tale servizio consista in una attività di “facchinaggio” e, certamente, non in quella di autotrasporto di cose per conto terzi – iscrizione vantata da BETA - non sembra al Collegio revocabile in dubbio; e che correlativamente occorra la specifica certificazione del sistema di qualità aziendale non sembra possa essere posto utilmente in discussione, in ragione della ontologica diversità del “facchinaggio” rispetto al “trasloco”

Ciò, in disparte la sufficienza, ai fini dell’esclusione dalla gara, del mancato possesso del requisito di iscrizione già rilevato.

BETA deve ritenersi quindi in possesso dei requisiti richiesti per il servizio di spedizione e consegna di materiali ed arredi, ma non di quelli richiesti per il distinto servizio cui si è fatto cenno.

La articolazione delle attività nell'ambito dell'oggetto dell'appalto comporta invero la differenziazione dei requisiti occorrenti: e ciò, da un lato, rende non illogica la previsione del capitolato tecnico; dall'altro, implica la non configurabilità dell'attività di facchinaggio quale strumentale rispetto ad una pretesa attività principale nonchè la inconferenza del richiamo alla circolare ministeriale n. 25899/2004, peraltro, nella sua portata e natura, all'evidenza non vincolante.

Impropriamente viene altresì richiamato il favor alla partecipazione alle pubbliche gare.

11.-In conclusione, il ricorso in appello proposto da ALFA s.p.a. deve essere accolto, siccome fondato; la sentenza impugnata va quindi riformata come da dispositivo.

12.- L'appello incidentale dell'aggiudicataria DELTA s.p.a. va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse per effetto dell'accoglimento dell'appello principale; ciò non senza rilevare, ai fini della pronuncia in ordine alle spese, la palese erroneità dell'assorbente assunto della società appellante incidentale concernente il difetto di interesse all'impugnativa di primo grado in capo alla BETA in ragione dell'evidente configurabilità di un interesse strumentale (elemento peraltro adeguatamente considerato dal Tribunale amministrativo) alla rinnovazione della procedura ad opera di una Commissione in composizione diversa, con possibilità di un differente esito della verifica dei presupposti di partecipazione alla selezione.

13.- Le spese del doppio grado di giudizio vanno poste a carico delle appellate BETA S.p.A. e DELTA S.p.A. e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta, accoglie l'appello principale e, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso di primo grado; dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna gli appellati BETA S.p.A. e DELTA S.p.A. al pagamento delle spese del doppio grado di giudizio, in favore di ALFA S.p.A. che si liquidano in complessivi euro 6.000,00 (seimila/00) oltre iva e cpa; compensa le spese nei confronti dell'Amministrazione.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del *27 maggio 2008*, con l'intervento dei signori:

Costantino SALVATORE	Presidente, f.f.
Bruno MOLLICA	Consigliere, est.
Eugenio MELE	Consigliere
Sandro AURELI	Consigliere
Vito CARELLA	Consigliere
L'ESTENSORE	IL PRESIDENTE, f.f.
Bruno Mollica	Costantino Salvatore

IL SEGRETARIO

Giacomo Manzo

Depositata in Segreteria

Il 23/9/2008

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Per il / Il Dirigente

Dott. Giuseppe Testa

