



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3701 del 2011, proposto da:
Terzo Millennio Sas, rappresentata e difesa dall'avv. Daniele Marrama, con
domicilio eletto presso Francesco De Leonardis in Roma, via Fulcieri Paulucci de'
Calboli 9;

contro

Comune di Forio, rappresentato e difeso dall'avv. Enrico Soprano, con domicilio
eletto presso Enrico Soprano in Roma, via degli Avignonesi, 5;

nei confronti di

Sis Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Fabrizio Giovagnoni e Marco Annoni, con
domicilio eletto presso Marco Annoni in Roma, via Udine 6;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA, NAPOLI, Sez. I n. 600/2011, resa tra le
parti, concernente APPALTO PER LA GESTIONE DEL SERVIZIO DELLE
AREE DI SOSTA A PAGAMENTO SENZA CUSTODIA DI AUTOVEICOLI
E MOTOCICLI - RIS. DANNO;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Forio e di Sis Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2012 il Cons. Raffaele Proserpi e uditi per le parti gli avvocati Paola Salvatore, su delega dell'avv. Daniele Marrama, Enrico Soprano, nonché Marco Annoni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con determinazione dirigenziale n. 5 del 30 gennaio 2010 il Comune di Forio d'Ischia indiceva una gara per l'affidamento quinquennale del servizio di gestione delle aree di sosta a pagamento senza custodia degli autoveicoli e motoveicoli su tutto il territorio comunale, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'art. 15 del capitolato speciale prevedeva che per il progetto di organizzazione del servizio sarebbero stati assegnati fino a 80 punti, mentre per l'offerta economica fino a 20 punti.; il punteggio tecnico era suddiviso in 40 punti per la voce "tempi di interventi in caso di guasto dei parcometri, automazioni, segnaletica e quant'altro la ditta realizzerà per l'espletamento dei servizi e offerto nella relazione tecnica" e 40 punti per la voce "servizi aggiunti con progetti, innovazioni, migliorie del servizio oggetto di gara e quant'altro sia a vantaggio del buon esito di gestione". Mediante una griglia di valutazione sarebbe stato assegnato il 100% del punteggio tecnico all'offerta ritenuta "ottima", il 75% a quella giudicata "discreta", il 50% a quella "sufficiente" ed infine il 25% a quella "mediocre".

Alla gara partecipavano quattro concorrenti, due dei quali non raggiungevano il punteggio tecnico minimo necessario per essere ammessi alla fase di verifica delle offerte economiche a cui accedevano soltanto la SIS s.r.l. e la Terzo Millennio s.a.s. Alla seduta del 30 marzo 2010, la commissione, dopo aver verificato il contenuto delle offerte economiche dichiarava aggiudicataria provvisoria la SIS s.r.l. con 81,80 punti complessivi, seguita dalla Terzo Millennio s.a.s. con 80 punti.

Con determinazione n. 43 del 13 maggio 2010 l'amministrazione comunale aggiudicava in via definitiva il servizio alla SIS s.r.l.

La Terzo Millennio proponeva ricorso al TAR della Campania avverso il provvedimento di aggiudicazione ed i verbali e le operazioni di gara, chiedendo l'annullamento dell'aggiudicazione, la dichiarazione di inefficacia del contratto ed il conseguente subentro ed in subordine il risarcimento del danno per equivalente, dolendosi di una serie di presunte irregolarità nella valutazione delle offerte tecniche e sostenendo che l'aggiudicataria SIS doveva essere esclusa, viste le indagini per corruzione e turbativa d'asta mosse ad alcuni suoi amministratori oggetto di custodia cautelare.

Con sentenza n. 600 del 31 gennaio 2011 il TAR della Campania respingeva il ricorso della Terza Millennio ed avverso detta sentenza questa ultima proponeva appello al Consiglio di Stato notificandolo il 21 aprile successivo e sollevando le seguenti censure:

Error in iudicando. I reati ipotizzati a carico dei proprietari della SIS e di un suo funzionario, oggetto anche di misure cautelari personali, sono stati accompagnati da un giudizio prognostico sulla loro responsabilità del tutto rilevante e se la Costituzione prevede la non colpevolezza di un soggetto fino alla sua condanna, si è anche affermato che la P.A. si deve tutelare preventivamente dal contrattare con persone, la cui condotta è fortemente messa in dubbio.

Quanto alla ritenuta infondatezza dei motivi volti avverso la valutazione delle offerte tecniche, la Terzo Millennio insiste sulle errate considerazioni svolte dalla sentenza impugnata in ordine ai tempi di intervento degli affidatari del servizio sui parcometri: l'offerta della Terzo Millennio è stata inspiegabilmente sopravanzata, laddove essa offriva tempi di intervento manutentivi dimezzati rispetto all'offerta SIS, mentre l'offerta di questa ultima è stata premiata in maniera determinante per aver offerto termini di 30 minuti per la sostituzione integrale di un parcometro, in luogo delle ventiquattr'ore di Terzo Millennio. Ciò anche in assenza di una specifica previsione della legge di gara che prevedesse espressamente punteggio premiale per questo dato.

La Terzo Millennio insisteva perciò sulle censure inerenti la valutazione delle offerte, rinviando a quanto sostenuto in primo grado e ribadendo le domande di condanna al subentro il contratto o al risarcimento del danno per equivalente.

Si sono costituite in giudizio ambedue le parti intimiate, ribadendo la correttezza della sentenza del TAR della Campania e chiedendo il rigetto dell'appello.

Alla odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello la Terzo Millennio s.a.s. si duole che il Comune di Forio d'Ischia abbia proceduto all'aggiudicazione alla controinteressata SIS s.r.l. del servizio di gestione delle aree di parcheggio a pagamento per cui è insorta la presente controversia, nonostante il fatto che alcuni titolari e dirigenti di tale Società fossero stati oggetto di indagini penali con connessi provvedimenti di custodia cautelare a causa di reati di corruzione e turbativa d'asta.

Il motivo è infondato.

Si deve infatti concordare con le conclusioni della sentenza del TAR della Campania n. 600/11 impugnata, per cui l'arresto di proprietari o di dirigenti di una società – o a maggior ragione la sola pendenza di procedimenti penali - non può

costituire causa di esclusione da una gara, visto che l'art. 38 lett. c) D.Lgs. 163/06 stabilisce che essa deve ricorrere allorché, nel caso di una s.r.l., sia stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati di grave danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale nei confronti degli amministratori muniti di poteri di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

Altrettanto stabilisce lo stesso D. Lgs. 163/06 nel caso di avvenuta stipulazione di contratti, per i quali solo l'avvenuto accertamento di una serie di reati mediante sentenza passata in giudicato permette la risoluzione del contratto sottostante l'aggiudicazione.

Residuano solamente la pendenza di procedimenti per l'applicazione di una delle misure di prevenzione di cui all'art. 3 L. 27.12.56 n. 1423, art. 38 lett. b) D. Lgs. 163/06, caso che non riguarda i fatti in esame.

Dunque, come osservato nella sentenza di primo grado e nelle difese di parte, la stretta applicazione dell'art. 27 co. 2 della Costituzione non consente di rinvenire nella censura alcun profilo di fondatezza.

Con la parte residua del ricorso, la Terzo Millennio ripercorre le censure già sollevate in primo grado contro la valutazione, a suo dire errata, dei contenuti delle offerte tecniche.

Le doglianze sono prive di aspetti pregnanti, in cui si evidenzino elementi di concrete illegittimità oppure di patenti illogicità, tanto è che non si può che ribadire quanto affermato dal TAR della Campania, per il quale la parte opera un'inammissibile tentativo di sostituire l'apprezzamento del giudice a quello della stazione appaltante; inoltre la genericità delle considerazioni svolte – si vedano i

richiami ad una non meglio identificata iper-valutazione della segnaletica verticale offerta da SIS oppure la mancata considerazione del servizio di bike sharing proposto da Terzo Millennio - non ne permette in buona sostanza un esame nei suoi contenuti.

Resta solamente la questione attinente l'offerta di sostituzione integrale dei parcometri da parte di SIS, garantita in 30 minuti in luogo delle 24 ore di Terzo Millennio, per questo premiata con l'attribuzione del punteggio del 100% del punteggio tecnico in luogo del 75% di Terzo Millennio, mentre i tempi generali di intervento manutentivi di Terzo Millennio dimezzati rispetto all'offerta SIS non hanno trovato adeguato giudizio: a parere dell'appellante la mancata previsione nella legge di gara di espressi riferimenti sul peso determinante dei tempi di sostituzione avrebbe reso illegittima la valutazione.

Anche tale censura è infondata.

La sostituzione integrale di un parcometro fuori servizio per motivi tecnici è indubbiamente operazione fondamentale all'interno di un servizio di gestione di aree di parcheggio a pagamento e lo è maggiormente rispetto ad un'ordinaria manutenzione di tutte le apparecchiature necessarie: l'aspetto è talmente evidente che non vi è la necessità che la legge di gara lo debba specificare nel disciplinare i "pesi" di cui tenere conto. Inoltre lo squilibrio dei tempi – 24 ore e 30 minuti – rende evidente come la "scelta premiale" dell'offerta di SIS non appaia poi così sorprendente, come invece rappresentata nella prospettazione fatta dall'appellante. Effettivamente, se i tempi dimezzati per la manutenzione garantiti da Terzo Millennio rispetto a SIS sono stati realmente del tutto oscurati dall'apprezzamento dell'elemento della sostituzione dei parcometri, si deve anche rilevare che nel complesso della valutazione delle offerte tecniche, tale apprezzamento non può assurgere a dato di irrazionalità viziante l'intera valutazione, vista la centralità dell'operazione prima richiamata.

Per le suesposte considerazioni l'appello deve essere respinto.

Le questioni attinenti il primo motivo di appello giustificano la compensazione delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prospero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/05/2012

IL SEGRETARIO

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