

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N.4326/2008

Reg. Dec.

N. 5165 Reg. Ric.

ANNO 2007

Disp.vo n. 368/2008

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

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5165 del 2007 proposto:

dall'Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale Pubblica (ATERP) della Provincia di Roma in persona del legale rapp.te, p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Andrea Panzarola, con domicilio eletto in Roma, Via Liberiana, n. 17, presso l'Avv. Andrea Panzarola

C O N T R O

- il Consorzio ALFA, soc. coop. a r.l., in persona del legale rapp.te, p.t., rappresentato e difeso dagli Avv.ti Marco Trevisan e Raffaele Ferola, con domicilio eletto in Roma Via Po, n. 22 presso l'Avv. Raffaele Ferola

e nei confronti di

- soc. BETA & c. a r.l., in persona del legale rapp.te, p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti dagli Avv.ti Angelo Clarizia e Michele De Cilla, con domicilio eletto in Roma, Via Principessa Clotilde, 2, presso l'Avv. Angelo Clarizia

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Sezione III-quater, n. 1609/2007, depositata il 22 febbraio 2008, avente ad oggetto l'impugnativa avverso gli atti della gara a procedura aperta – cod. GS 200503 - indetta dall'A.T.E.R.P. ed avente ad oggetto “servizi di conduzione e manutenzione degli impianti di ascensori, montacarichi, piattaforme elevatrici o servoscale installati nei fabbricati di proprietà [dell'Azienda]”;

visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio della parte appellata e della controinteressata soc. BETA;

Vista l'ordinanza n. 4795/07 (resa all'esito della Camera di consiglio del giorno 13 settembre 2007) con cui questa Sezione ha respinto l'istanza di sospensione cautelare della sentenza gravata, proposta in via incidentale dall'Azienda appellante;

viste le memorie delle parti a sostegno delle rispettive difese;

visti gli atti tutti della causa;

Visto il sesto comma dell'art. 23-bis della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Alla pubblica udienza del 29 Aprile 2008, relatore il Consigliere Claudio Contessa ed uditi, altresì, gli Avvocati Panzarola, Pirocchi per delega di Ferola e Clarizia;

ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

L'Azienda appellante riferisce di aver indetto, con bando del 10 febbraio 2005, una gara a procedura aperta – cod. GS 200503 - avente ad oggetto “servizi di conduzione e manutenzione degli impianti di ascensori, montacarichi, piattaforme elevatrici o servoscale installati nei fabbricati di proprietà [dell'Azienda]”.

Il bando di gara stabiliva espressamente che la gara sarebbe stata disciplinata dalle previsioni di cui al d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157 (Attuazione della direttiva 92/50/CEE in materia di appalti pubblici di servizi).

Il criterio di aggiudicazione previsto dal bando era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi del comma 1, lettera b) dell'art. 23, d.lgs. 157 del 1995, cit.

All'esito delle operazioni di gara, la Commissione aggiudicava in via provvisoria l'appalto in questione alla soc. BETA & c. a r.l. (che aveva totalizzato punti 89,64), mentre l'odierno appellato, Consorzio ALFA, si classificava secondo con punti 83, 40.

Gli atti della procedura (ed, ancora prima, lo stesso bando di gara) venivano impugnati innanzi al T.A.R. del Lazio dal Consorzio ALFA, il quale ne chiedeva l'annullamento.

Con atto per motivi aggiunti in data 28 aprile 2006, il Consorzio ricorrente in primo grado impugnava, altresì, la determinazione direttoriale n. 52 del 27 marzo 2006 di aggiudicazione definitiva dell'appalto alla controinteressata soc. BETA & c.

Con ulteriore atto per motivi aggiunti in data 24 maggio 2006, il Consorzio ALFA impugnava il contratto stipulato in data 4 maggio 2006 tra l'A.T.E.R. e la soc. BETA, deducendone l'illegittimità derivata e chiedendo il risarcimento dei danni derivanti dall'illegittima aggiudicazione.

Con la sentenza in epigrafe, il T.A.R. Lazio dichiarava in primo luogo infondata l'eccezione di difetto di giurisdizione sollevata dall'A.T.E.R. in relazione alla propria qualifica di Ente Pubblico Economico ed in secondo luogo respingeva l'eccezione di inammissibilità del gravame per difetto di un concreto interesse ad agire.

Ancora, il Tribunale adito dichiarava infondata l'eccezione di tardività dell'impugnativa della clausola di bando ritenute lesiva (si tratta della clausola relativa all'attribuzione del punteggio in relazione all'offerta economica).

Nel merito, il Tribunale accoglieva il ricorso in questione per la ritenuta illogicità del criterio di attribuzione del punteggio dell'offerta economica, ritenendo che la formula di computo recata dalla lex

specialis determinasse un'irragionevole compressione (rectius: un sostanziale 'appiattimento') del punteggio conseguibile in base all'elemento-prezzo' e che la relativa voce risultasse svuotata di qualunque effetto pratico.

Nonostante l'accoglimento del richiamato motivo di censura (il quale avrebbe ex se determinato l'accoglimento del ricorso e l'annullamento degli atti impugnati), il Giudice di prime cure procedeva comunque – “per completezza” - all'esame degli ulteriori motivi di doglianza articolati in sede di motivi aggiunti.

Conseguentemente, il Tribunale riteneva fondati alcuni soltanto dei motivi di doglianza articolati in sede di motivi aggiunti, e precisamente:

- il motivo fondato sull'asserita erroneità dell'operato della Commissione per la parte in cui aveva valutato l'importo offerto dalla soc. 'BETA' come “manutenzione gratuita”;

- il motivo fondato sul difetto di motivazione in ordine al monte ore lavorative offerto dalle due imprese, sulla frequenza delle procedure operative e sulla disponibilità di pezzi di ricambio necessari per i vari interventi di urgenza, nonché in ordine al punteggio attribuito per la voce “articolazione sul territorio”.

Il Tribunale respingeva, altresì, i ricorsi in questione sotto ogni altro profilo,

Ancora, il Tribunale riteneva che “l'annullamento dell'aggiudicazione, facendo venire meno retroattivamente un presupposto condizionante del contratto ne determina la perdita di efficacia sulla base di un automatico effetto caducante”.

La sentenza in questione veniva gravata innanzi a questo Consiglio di Stato dall'A.T.E.R.P., la quale ne chiedeva l'integrale riforma articolando quattro motivi di censura, e precisamente:

Violazione delle norme e dei principi in tema di riparto di giurisdizione fra giudice ordinario e giudice amministrativo – Violazione e falsa applicazione dell'art. 244, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (ed ancora prima degli artt. 6, comma 1, l. 205 del 2000 e 33, comma 2, lett. d), d.lgs. 80 del 1998, come sostituito dall'art. 7, l.n. 205, cit.);

(in via subordinata al mancato accoglimento del motivo sub 1), interpretazione secundum Constitutionem ed – in via di ulteriore subordine – questione di costituzionalità dell'art. 244, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e – ove ritenuti applicabili alla presente fattispecie – degli artt. 6, comma 1, l. n. 205 del 2000 e 33, comma 2, lett. d), d.lgs. n. 80, come sostituito dall'art. 7, . n. 205, cit.), per contrasto con gli artt. 103, 111, 24 e 113 Cost.);

Inammissibilità del ricorso introduttivo del Consorzio;

Ulteriori ragioni di erroneità della sentenza impugnata.

Si costituiva in giudizio il Consorzio ALFA, il quale concludeva nel senso dell'infondatezza del gravame.

Si costituiva, altresì, la soc. BETA, la quale concludeva per l'accoglimento dell'appello.

Con ordinanza n. 4795/07 (resa all'esito della Camera di consiglio del giorno 13 settembre 2007) questa Sezione respingeva l'istanza di sospensione cautelare della sentenza gravata, proposta in via incidentale dall'Azienda appellante;

All'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2008, le Parti costituite rassegnavano le proprie conclusioni ed il ricorso veniva trattenuto in decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso avverso la sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio con la quale è stato accolto il ricorso proposto dal Consorzio ALFA avverso gli atti della gara a procedura aperta – cod. GS 200503 - indetta dall'A.T.E.R.P. ed avente ad oggetto “servizi di conduzione e manutenzione degli impianti di ascensori, montacarichi, piattaforme elevatrici o servoscale installati nei fabbricati di proprietà [dell’Azienda]”, con conseguente annullamento degli atti medesimi.

2. Il Collegio ritiene in primo luogo di esaminare il motivo di appello fondato sull’asserito difetto di giurisdizione del Giudice Amministrativo.

Secondo l’Azienda appellante, il pacifico carattere di Ente Pubblico Economico da lei rivestito comporterebbe la sua mancata ascrivibilità al novero dei soggetti “comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all’applicazione della normativa comunitari ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale”, di cui è menzione al comma 1 dell’art. 244 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

Sotto tale profilo, il Giudice di prime cure avrebbe omesso di trarre le dovute conseguenze in punto di giurisdizione dal fatto che l’applicazione nel caso di specie della normativa di derivazione comunitaria in tema di appalti (il d.lgs. 157 del 1995) non derivasse da uno specifico obbligo normativo in tal senso, bensì da una scelta deliberata operata in tal senso da parte della stessa Azienda.

Nella tesi di Parte appellante, infatti, la scelta volontaria (e non derivante da una puntuale previsione normativa) di uniformarsi nella scelta del contraente a previsioni di fonte comunitaria non può comportare l’insorgere di un obbligo in tal senso, con ciò che ne deriva in punto di giurisdizione.

In definitiva, poiché l’Azienda in questione (sulla base della pertinente disciplina – in primis: la L.R. 3 settembre 2002, n. 30 -) non è qualificabile alla stregua di soggetto ‘comunque tenuto’ ad osservare la normativa comunitaria ai sensi dell’art. 244 del ‘codice dei contratti’ (qualificazione che potrebbe essere acquisita solo in base ad uno specifico titolo normativo), la necessaria conseguenza sarebbe nel senso dell’iscrizione alla giurisdizione del G.O. delle controversie insorte in occasione dello svolgimento di procedure selettive assoggettate alle regole di matrice comunitaria solo per una libera scelta (l’appellante menziona, al riguardo, le conclusioni cui è giunta questa Sezione, con pronuncia n. 167 del 22 gennaio 2004).

2.1. Il motivo di ricorso non può essere condiviso.

Ad avviso del Collegio, infatti, impregiudicata restando la soluzione della questione relativa all’esatta individuazione dei soggetti ‘comunque tenuti’ all’applicazione delle regole di evidenza pubblica ai sensi del richiamato art. 244 (questione che, come è noto, ha dato origine nel corso degli anni ad alcune oscillazioni interpretative in ambito giurisprudenziale), la vicenda di causa può essere senz’altro risolta nel senso della sussistenza della giurisdizione del G.A. anche a prescindere dalla soluzione in parola.

Ed infatti, si osserva che la più corretta lettura delle disposizioni inerenti l’attività dell’Azienda appellante palesino la non correttezza della stessa premessa logica maggiore su cui si fonda l’argomento del difetto di giurisdizione (ossia, l’ordinaria non sottoposizione dell’A.T.E.R.P. alle regole dell’evidenza pubblica, mercè la sua qualificazione come Ente Pubblico Economico).

Al contrario, il pertinente quadro normativo (ed, in particolare, la L.R. 3 settembre 2002, n. 30, recante ‘Ordinamento degli Enti regionali operanti in materia di edilizia residenziale pubblica’) palesano che l’Azienda appellante sia certamente ascrivibile fra i soggetti tenuti in via ordinaria (e non soltanto in

base a libere determinazioni in tal senso) all'applicazione delle normativa comunitaria e nazionale in tema di evidenza pubblica.

Tale ascrizione rappresenta la necessaria conseguenza della qualificazione dell'Azienda quale organismo di diritto pubblico ai sensi della pertinente normativa comunitaria e nazionale (ci si riferisce, in particolare – *ratione temporis* -: all'art. 1, primo comma, lettera b) della direttiva 92/50/CEE, nonché all'art. 2, comma 1, lettera b) del d.lgs. 157 del 1995).

Al riguardo si osserva che, anche a prescindere dall'ascrivibilità dell'Azienda appellante al novero degli enti pubblici economici, ciò non esclude in alcun modo la sua concomitante ascrivibilità al novero degli organismi di diritto pubblico (in tal senso: Cons. Stato, Sez. VI, sent. 19 maggio 2008, n. 2279).

Come è noto, infatti, la qualificazione di un soggetto come organismo di diritto pubblico postula la concorrente sussistenza di tre elementi:

il possesso della personalità giuridica;

la circostanza che il soggetto di cui trattasi sia istituito per soddisfare specifiche finalità di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale, nonché

la circostanza che l'attività del soggetto in questione sia finanziata in modo maggioritario da un Ente pubblico, ovvero che la relativa gestione sia da esso controllata, ovvero che gli organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza siano costituiti, almeno per la metà, da componenti da esso designati.

E' altresì noto che, con più specifico riguardo al requisito sub b), la giurisprudenza abbia chiarito che l'interprete ne debba indagare la sussistenza conferendo rilievo preminente non già al carattere (industriale o commerciale) dell'attività gestionale posta in essere dall'organismo di cui si discute, bensì avendo riguardo al carattere dell'interesse (*rectius*: delle esigenze) al cui perseguimento detta attività è teleologicamente ed istituzionalmente rivolta (sul punto: Corte di Giustizia delle CE, sent. 10 novembre 1998, in causa C-360/96 Gemeente Arnhem e a. vs. B.F.I. Holding B.V.).

Conseguentemente, è ben possibile che un determinato organismo persegua un interesse non industriale (ad es.: un fine di interesse generale per la collettività dei consumatori o degli utenti) utilizzando strumenti operativi lato sensu privatistici, e che nondimeno l'organismo stesso sia qualificabile come o.d.p. ai sensi del diritto comunitario e della relativa normativa nazionale di recepimento (sul punto – *ex plurimis* - Cons. Stato, Sez. VI, sent. 28 ottobre 1998, n. 1478; *id.*, Sez. V, sent. 7 giugno 1999, n. 295).

Riconducendo i principi testé richiamati alle peculiarità del caso di specie, il Collegio ritiene che l'Azienda appellante sia certamente da ascrivere al novero degli organismi di diritto pubblico, sussistendo in capo ad essa tutti i tre richiamati requisiti.

Quanto al requisito sub a), è indubbio il possesso in capo all'A.T.E.R.P. del requisito della personalità giuridica, deponendo in tal senso l'espresso disposto del comma 3 dell'art. 1, L.R. 30 del 2002.

Per quanto concerne, poi, il requisito sub b), è del pari evidente che le Aziende territoriali per l'edilizia residenziale pubblica di cui alla L.R. 30 del 2002, cit., siano istituzionalmente rivolte al soddisfacimento di specifiche finalità di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale (non rilevando al riguardo l'eventuale svolgimento delle relative funzioni attraverso attività di carattere lato sensu privatistico).

Sotto tale profilo, mette appena conto rilevare che la norma regionale istitutiva delle Aziende in questione (la menzionata L.R. 30 del 2002), nel rinviare espressamente alle competenze già svolte dagli I.A.C.P. (*ivi*, art. 3, comma 1) ascrive in capo agli A.T.E.R.P. una serie di compiti afferenti alla cura di

interessi di ordine evidentemente sociale ed – in quanto tali - certamente riconducibili alla previsione di cui al richiamato punto b).

Al riguardo, basti osservare che l'espreso rinvio alla L.R. 6 agosto 1999, n. 12 (recante 'disciplina delle funzioni amministrative regionali e locali in materia di edilizia residenziale pubblica'), con particolare riguardo all'art. 2 (in tema di principi afferenti la materia de qua), trasferisce in capo alle neoistituite Aziende – inter alia – il compito:

- di garantire la finalità dell'edilizia residenziale pubblica destinata all'assistenza abitativa per i nuclei familiari in condizioni disagiate, agevolando il normale svolgimento del mercato delle locazioni (comma 1, lettera a) dell'art. 2, L.R. 12 del 1999, cit.);
- di favorire lo studio delle situazioni di degrado urbanistico-edilizio al fine di attuare interventi mirati di recupero edilizio (ivi, comma 1, lettera b));
- di garantire trasparenza sia nelle assegnazioni che nella gestione degli alloggi di edilizia residenziale pubblica destinata all'assistenza abitativa (ivi, comma 1, lettera f)).

Per quanto concerne, infine, il terzo dei requisiti richiesti per individuare un organismo di diritto pubblico, si osserva che nel caso degli A.T.E.R.P. è indubbiamente sussistente un controllo gestionale da parte degli Enti pubblici di riferimento.

Tale circostanza viene resa palese dall'art. 15 della più volte richiamata L.R. 30 del 2002 (articolo significativamente rubricato 'vigilanza e controllo'), secondo cui spetta alla Giunta regionale del Lazio una serie di incisivi poteri sull'attività gestionale delle Aziende, fra cui mette conto richiamare:

- il potere di emanare direttive per la gestione delle Aziende, al fine di garantirne la conformità alle scelte della programmazione regionale;
- il potere di esercitare un potere sostitutivo sugli organi delle Aziende in caso di mancata adozione di atti obbligatori;
- il potere di disporre la decadenza degli Organi sociali per una serie di inadempienze, fra cui la "valutazione negativa della gestione complessiva dell'azienda in relazione alle direttive emanate dalla Regione" (comma 1, lettera f) dell'art. 15, L.R. 30, cit.).

Conclusivamente, il motivo di ricorso fondato sull'asserito difetto di giurisdizione del G.A. non può trovare accoglimento in quanto nel caso di specie il ricorso alle procedure di evidenza pubblica di cui al d.lgs. 157 del 1995 non rappresentava una mera scelta discrezionale dell'Azienda, ma discendeva come obbligo normativo dalla duplice circostanza:

della qualificazione dell'A.T.E.R.P. come organismo di diritto pubblico (art. 2, d.lgs.157, cit.);
del carattere 'sopra soglia' della procedura di gara (l'importo triennale presunto a base d'appalto previsto in sede di bando era pari ad euro 3.750.000 – art. 1, d.lgs. 157, cit. -).

2.2. Per ragioni strettamente connesse a quelle sin qui esaminate, deve dichiararsi la non rilevanza ai fini del decidere della questione di legittimità costituzionale del comma 1 dell'art. 6, l. 205 del 2000 ipotizzata dall'appellante in via subordinata rispetto all'accoglimento del primo motivo di gravame.

Ai ben limitati fini che qui rilevano, si osserva che la (pur ipotizzata) q.l.c. relativa al comma 2, lettera d) del d.lgs. 80 del 1998 non potrebbe comunque essere presa in considerazione dal Collegio, atteso che la disposizione in questione è stata già dichiarata costituzionalmente illegittima (sotto profili diversi da quelli odiernamente all'attenzione del Collegio) dalla sentenza della Consulta 6 luglio 2004, n. 204.

Per quanto concerne, invece, la q.l.c. relativa al richiamato comma 1 dell'art. 6 (in seguito sostanzialmente trasfuso nell'art. 244 del d.lgs. 163 del 2006), l'Azienda appellante formula il relativo motivo in via subordinata rispetto al mancato accoglimento del primo motivo.

In definitiva, l'appellante afferma al riguardo che, laddove il comma 1 dell'art. 6, l. 205 del 2000 venga effettivamente inteso nel senso di ascrivere alla giurisdizione del G.A. le controversie in cui un ente pubblico economico si sia volontariamente assoggettato alle regole dell'evidenza pubblica (i.e.: in assenza di una norma nazionale o comunitaria che a tanto lo vincoli), la necessaria conseguenza sarebbe nel senso di palesare l'illegittimità costituzionale del medesimo art. 6 per violazione dell'art. 103 (nonché degli artt. 24, 111 e 113) della Carta costituzionale.

Ciò in quanto la devoluzione di giurisdizione esclusiva recata dal richiamato art. 6, con particolare riguardo al caso degli atti degli e.p.e., risulterebbe dettata dal mero (e generico) coinvolgimento di un pubblico interesse e non già dalla circostanza per cui la vicenda di causa tragga origine da illegittimità attizie derivanti dall'esercizio di attività jure imperii, ossia realizzata attraverso la spendita di un potere autoritativo.

Al riguardo, tuttavia, il Collegio osserva che la questione di legittimità costituzionale proposta in via subordinata dall'Azienda appellante e qui dinanzi sinteticamente delineata risulti non rilevante ai fini della risoluzione della vicenda di causa.

Ciò in quanto, per le ragioni evidenziate al precedente punto 2.1., risulta non soddisfatto lo stesso presupposto logico-concettuale al cui ricorrere risulta subordinata la proposizione della richiamata q.l.c.

Ed infatti, richiamando in questa sede quanto già esposto in relazione al motivo di ricorso concernente l'asserito difetto di giurisdizione del G.A., si ribadisce che la devoluzione della controversia in questione al plesso T.A.R. / Consiglio di Stato non discende (come, pure, ritenuto dall'appellante) dall'adesione all'approccio ermeneutico secondo cui l'art. 6, l. 205, cit. postulerebbe la giurisdizione del G.A. anche le controversie in cui il ricorso all'evidenza pubblica discenda da una libera scelta dell'Amministrazione aggiudicatrice, ma discende (come si è già in precedenza osservato) dal riconosciuto carattere di organismo di diritto pubblico certamente ascrivibile in capo all'appellante A.T.E.R.P..

Conseguentemente, la richiamata questione di legittimità costituzionale è inammissibile per carenza dei presupposti logico-giuridici per la relativa proposizione, nonché – in via mediata – per la sua non rilevanza ai fini della definizione del giudizio a quo.

3. Tanto premesso in punto di giurisdizione, in via pregiudiziale, il Collegio ritiene di interrogarsi ex officio in ordine alla sussistenza, nell'ambito del primo giudizio, di una specifica condizione dell'azione (ci si riferisce, in particolare, all'interesse del Consorzio ALFA all'impugnativa degli atti di gara, in relazione al possesso dei requisiti stessi per la partecipazione alla gara).

Sotto tale profilo, ed in via generale, si osserva che per costante giurisprudenza di questo Consiglio, il Giudice d'appello può svolgere anche d'ufficio un vaglio in ordine alla sussistenza dei presupposti processuali (intesi come il complesso delle condizioni che consentono l'emanazione di un qualunque provvedimento giurisdizionale) ovvero delle condizioni dell'azione (intese, in senso più specifico, come il complesso delle circostanze che consentono al Giudice l'emanazione di un provvedimento favorevole per la Parte attrice – in tal senso, ex plurimis, Cons. Stato, Sez. VI, sent. 2 novembre 1999, n. 1662; id., Sez. IV, sent. 4 settembre 1995, n. 687 -).

Per quanto concerne in particolare il settore delle pubbliche gare, il possesso dei requisiti stessi di partecipazione è circostanza la cui verifica in concreto, attinendo una condizione dell'azione, risulta preliminare rispetto al vaglio nel merito in ordine (ad es.) ai criteri di valutazione dell'offerta ed ai relativi, eventuali vizi (ossia, rispetto alla circostanza in base alla quale il Giudice di prime cure ha fondato la propria pronuncia di annullamento degli atti di gara – arg. ex: Cons. Stato, Sez. V, sent. 8 marzo 2006, n. 1194 -).

Conseguentemente, la verifica ex officio circa la carenza in capo al ricorrente in primo grado dei requisiti di partecipazione alla gara conduce ex se alla declaratoria di inammissibilità del ricorso stesso.

Ora, siccome in base alle ragioni che di seguito si esporranno, il Consorzio ALFA risultava carente dei requisiti di partecipazione alla gara di cui è causa, ne consegue che il Giudice di Appello potrà rilevare tale circostanza, con conseguente declaratoria di inammissibilità del ricorso di prime cure.

3.1. Ad avviso del Collegio, in particolare, il Consorzio ALFA risultava privo ab origine dei requisiti di partecipazione previsti a pena di esclusione dall'art. 14 del bando di gara.

In particolare, il Consorzio non risultava dotato “delle attrezzature tecniche e degli strumenti utilizzabili (...) per garantire la qualità del servizio” (art. 14, punto 5) del bando).

La prescrizione in questione, atteso il suo carattere evidentemente generico, deve essere letta congiuntamente alle previsioni di cui al Capitolato Speciale di Appalto.

Vengono in rilievo al riguardo:

la previsione di cui all'art. 4, terzo comma, lettera j) del CSA, secondo cui ciascun offerente avrebbe dovuto assicurare un sistema di gestione delle richieste di intervento il quale “con particolare riguardo alle urgenze, consenta agli addetti al servizio di intervenire con assoluta immediatezza”;

la previsione di cui all'art. 10, commi secondo, ottavo e nono, secondo cui, rispettivamente: “ferma restando la facoltà dell'Appaltatore di svolgere le attività connesse al servizio nel modo che riterrà più opportuno, la loro esecuzione dovrà comunque avvenire con modalità e termini tali da arrecare il minimo ragionevole pregiudizio all'utilizzazione degli impianti da parte dell'utenza, in relazione al tipo e all'entità degli interventi”; “l'esecuzione dei lavori urgenti, sia forfetari che a misura, potrà essere ordinata in qualunque momento e dovranno essere eseguiti in qualsiasi giorno ferialo dell'anno”; “l'Appaltatore, inoltre, dovrà garantire il tempestivo trasferimento del proprio personale, con mezzi adeguati al trasporto di apparecchiature o di altro materiale, laddove esigenze di servizio lo richiedano (...)”;

la previsione di cui all'art. 11, terzo comma, secondo cui “al fine di garantire la massima tempestività negli interventi manutentivi la ditta aggiudicataria dovrà essere dotata di un adeguato magazzino di parti di ricambio” (il sottolineato è nostro: n.d.E.);

da ultimo, viene in rilievo la previsione di cui all'art. 10, secondo comma, ottavo punto, secondo cui “[l'Appaltatore dovrà] eseguire i lavori oggetto dell'appalto con precisione, cura e diligenza, utilizzando le pratiche, le cognizioni e gli strumenti più idonei”.

Ad avviso del Collegio, sotto il profilo di pura legittimità, la struttura organizzativa e la dotazione strumentale del consorzio ALFA, in relazione all'articolazione territoriale necessaria per l'esecuzione del servizio, non risultavano infatti paramente allo svolgimento dei compiti previsti in sede di CSA con riguardo alla rilevante mole degli impianti oggetto dell'appalto (ed infatti, l'appalto aveva ad oggetto i servizi di conduzione e manutenzione degli impianti di ascensori, montacarichi, piattaforme elevatrici o servoscale installati nei fabbricati di proprietà od in gestione dell'Azienda ATERP della Provincia di Roma, ricadenti nell'ambito territoriale della medesima provincia).

Ed infatti, dalla documentazione versata dal consorzio ALFA agli atti di gara, emerge che il principale magazzino delle attrezzature e dei materiali di ricambio necessario per le attività di manutenzione anche in via di urgenza era dislocato nella Regione Campania (i.e.: a circa 200 km. dal luogo in cui si sarebbero svolte in concreto le attività oggetto dell'appalto), mentre la sede operativa di Roma avrebbe avuto a disposizione soltanto una ben più ridotta 'area magazzino', di per sé inadeguate e non conforme alle prescrizioni del bando, tenuto conto del gran numero degli impianti interessati, della vastità dell'area interessata e della rilevanza e complessità dei servizi oggetto dell'appalto (con particolare riguardo all'esecuzione degli interventi in via d'urgenza).

Ora, il Collegio osserva che la questione della consistenza obiettiva e dell'articolazione sul territorio della complessiva dotazione a disposizione del consorzio ALFA (nonché dei relativi limiti oggettivi) fosse nota al Giudice di prime cure, il quale si è detto conscio del fatto che "molte delle filiali operative della ALFA, tranne le due direzioni regionali di Roma e Milano, sono essenzialmente dislocate all'interno della Regione Campania mentre il servizio relativo alla gara per cui è causa riguarda la Provincia di Roma" (sentenza, cit., pag. 20).

Tuttavia, la pronuncia in questione merita riforma per la parte in cui non ha tratto dalla richiamata consapevolezza le necessarie conseguenze in ordine all'inidoneità del consorzio ALFA ad assicurare, a causa della non adeguata dislocazione territoriale delle proprie dotazioni, la piena ed adeguata funzionalità del servizio.

Si tratta di valutazioni che il primo Giudice avrebbe potuto e dovuto porre in essere, entro i corretti limiti dell'esercizio del potere di vaglio giurisdizionale in tema di pubbliche gare, trattandosi di parametrare secondo i consueti criteri di adeguatezza e proporzionalità i mezzi strumentali a disposizione del ricorrente in primo grado con i requisiti tecnici minimi richiesti a pena di esclusione in sede di *lex specialis* di gara.

3.2. Per le ragioni sin qui esposte, il Collegio deve concludere nel senso che il ricorso in primo grado fosse inammissibile per carenza in capo al Consorzio ALFA di uno specifico interesse al ricorso, atteso che il ricorso stesso non risultava in possesso dei requisiti minimi per essere ammesso alla gara.

Né può ritenersi che un interesse all'impugnativa possa essere in concreto individuato quanto meno nell'interesse strumentale alla ripetizione della gara, previo annullamento degli atti medio tempore posti in essere.

Ed infatti, un siffatto interesse strumentale è necessario ma non sufficiente a sorreggere l'impugnazione, in quanto l'ammissibilità di un ricorso avverso gli atti della gara può sussistere solo laddove sia dimostrato (ovvero non possa comunque escludersi) che il mancato conseguimento dell'utilitas cui il ricorrente aspirava sia conseguenza diretta della lamentata illegittimità attizia (arg. ex Cons. Stato, Sez. V, sent. 15 maggio 2006, n. 2711).

Tuttavia, nel caso di specie il mancato conseguimento dell'utilitas cui il consorzio ALFA aspirava non deriva tanto dalle lamentate illegittimità degli atti di gara, quanto piuttosto (e, per così dire, 'a monte') dal mancato possesso degli stessi requisiti di partecipazione alla procedura di cui è causa.

3.3. Fermo restando il carattere dirimente di quanto osservato infra, sub 3.2. circa la necessaria declaratoria di inammissibilità del ricorso in primo grado, il Collegio osserva che, quand'anche (denegata ipotesi) si fosse ammessa la sussistenza in capo al Consorzio ALFA dei requisiti di partecipazione alla gara per cui è causa, nondimeno il ricorso in primo grado avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile per carenza di un interesse specifico all'impugnativa giudiziale.

Tanto, in ossequio al generale principio secondo cui è inammissibile per carenza di interesse il ricorso avverso l'aggiudicazione di una gara quante volte dall'esperienza della c.d. 'prova di resistenza' risulti che il ricorrente non sarebbe comunque risultato aggiudicatario, neppure in caso di accoglimento del ricorso.

In particolare (come condivisibilmente dedotto in sede di appello), risulta che il Consorzio ALFA non abbia fornito alcun elemento obiettivamente persuasivo atto a convincere che, in assenza del contestato criterio di attribuzione del punteggio economico (ossia – scil.: - in presenza di altro e diverso criterio di attribuzione), esso avrebbe conseguito un punteggio tale da consentire di superare il divario accumulato in sede di valutazione dell'offerta tecnica (il divario in questione era pari a $[50,10 - 43,40 =] 6,70$ pt.).

Ed infatti, una siffatta dimostrazione sarebbe possibile solo a condizione di postulare che la più corretta formula di attribuzione del punteggio economico (ossia, la formula - per così dire - 'paradigmatica') sia quella volta ad attribuire il punteggio massimo all'offerta più bassa ed il punteggio minimo all'offerta più alta (ossia, utilizzando per intero il range di punteggio compreso fra zero e quaranta punti).

Tuttavia, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ha negato che la previsione di bando secondo cui al punteggio economico possa essere attribuito un determinato punteggio massimo (nel caso di specie: 40 punti) debba necessariamente essere intesa nel senso di attribuire il punteggio in questione secondo il principio del c.d. 'winner takes all' (Cons. Stato, Sez. VI, sent. 17 novembre 2004, n. 7522; id., Sez. V, sent. 28 settembre 2005, n. 5194).

Né a conclusioni diverse può giungersi seguendo l'argomento sistematico utilizzato dal primo Giudice, secondo cui nel caso di specie non potrebbe neppure farsi ricorso allo strumento della c.d. 'prova di resistenza', atteso che l'impugnata formula di determinazione del punteggio economico risulterebbe contraria al principio di par condicio.

Al riguardo il Collegio osserva che l'argomento in questione sembra prendere le mosse dal non condivisibile argomento sistematico secondo cui esisterebbe una modalità – per così dire - 'paradigmatica' onde determinare il punteggio economico da attribuire alle offerte in gara, con la conseguenza che l'adesione ad un modello diverso rispetto a quello richiamato del 'winner takes all' comporterebbe in modo automatico (e, per così dire, 'a priori') una violazione del principio della par condicio dei partecipanti.

In tal modo opinando, il primo Giudice ha svincolato il giudizio di legittimità circa il richiamato criterio di computo dalla valutazione in concreto circa il se il ricorso ad altro modello di computo avrebbe potuto condurre al superamento del divario di punteggio maturato in sede di esame delle offerte tecniche.

Ciò, a tacere del fatto che, a fronte di servizi caratterizzati dal rilievo assolutamente preponderante della componente tecnica (anche a causa dei relevantissimi interessi sottesi alla gestione del servizio secondo i più elevati standard qualitativi), non appare irragionevole un criterio di attribuzione del punteggio il quale renda men che proporzionale il rapporto fra la consistenza assoluta dell'offerta economica ed il punteggio derivante dall'applicazione del criterio prescelto.

4. Per i motivi suesposti il ricorso in appello deve essere accolto, con conseguente riforma della sentenza gravata e declaratoria di inammissibilità del ricorso in primo grado.

Sussistono giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie il ricorso (n. 5165/07) e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata dichiara inammissibile il ricorso in primo grado.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, il giorno 29 aprile 2008, dal Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale - Sez. VI - nella Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Claudio Varrone Presidente

Carmine Volpe Consigliere

Domenico Cafini Consigliere

Bruno Rosario Polito Consigliere

Claudio Contessa Consigliere est.

Presidente Claudio Varrone

Consigliere

Segretario

Claudio Contessa

Stefania Martines

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il...10/09/2008

(Art. 55, L.27/4/1982, n.186)

Il Direttore della Sezione

Maria Rita Oliva

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addì.....copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero.....

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria

N.R.G. 5165/2007

AS