

N. 01495/2018REG.PROV.COLL.

N. 06782/2017 REG.RIC.

N. 07062/2017 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 6782 del 2017,
proposto da:

Regione Friuli Venezia Giulia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Zunarelli, Ettore Volpe, Beatrice
Croppo e Daniela Iuri, con domicilio eletto presso l'Ufficio Legale della Regione
Friuli Venezia Giulia, in Roma, piazza Colonna, n. 355;

contro

Busitalia – Sita Nord s.r.l., Autoguidovie s.p.a., in persona dei rispettivi legali
rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dagli avvocati Vittorio
Domenichelli, Alberto Bianchi e Giovanni Pravisani, con domicilio eletto presso lo
studio Marco Selvaggi in Roma, via Nomentana, n. 76;

Rti-Autoguidovie Spa, in proprio e quale mandante, non costituita in giudizio;

nei confronti di

TPL FVG s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Catricalà, Alfredo Biagini, Giuseppe Campeis e Francesco Ciliberti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonio Catricalà in Roma, via Vittoria Colonna, n. 40;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 7062 del 2017, proposto da:

TPL FVG s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Catricalà, Alfredo Biagini, Giuseppe Campeis e Francesco Ciliberti, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonio Catricalà in Roma, via Vittoria Colonna, n. 40;

contro

Busitalia – Sita Nord s.r.l., Autoguidovie s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Vittorio Domenichelli, Alberto Bianchi e Giovanni Pravisani, con domicilio eletto presso lo studio Marco Selvaggi in Roma, via Nomentana, n. 76;

nei confronti di

Regione Friuli Venezia Giulia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Zunarelli, Ettore Volpe, Beatrice Croppo e Daniela Iuri, con domicilio eletto presso l'Ufficio legale della Regione Friuli Venezia Giulia, in Roma, piazza Colonna, n. 355;

entrambi per la riforma

della sentenza del T.a.r. Friuli Venezia Giulia n. 00252/2017, resa tra le parti

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Busitalia – Sita Nord S.r.l., di Autoguidovie s.p.a., di TPL FVG s.c.a.r.l. e della Regione Friuli Venezia Giulia;

Visti gli appelli incidentali di Busitalia – Sita Nord s.r.l. e di Autoguidovie s.p.a.

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2018 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli avvocati Iuri, Zunarelli, Bianchi, Domenichelli, Pravisani, Biagini, Campeis, Ciliberti e Catricalà;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato in GUCE in data 29 ottobre 2014 la Regione Friuli Venezia Giulia ha indetto una procedura aperta per l'affidamento per la durata di dieci anni, salvo l'esercizio dell'opzione di proroga di cinque anni, dei servizi di trasporto pubblico di passeggeri automobilistici urbani ed extraurbani, comprensivi dei servizi tranviari e dei servizi marittimi di relativa competenza.

2. Alla gara hanno partecipato due soli concorrenti: il R.T.I. costituendo tra Busitalia – Sita Nord s.r.l. e Autoguidovie s.p.a. (da ora in poi anche solo R.T.I. Buistalia) e TPL FVG s.c.a.r.l. (d'ora in avanti anche solo TPL).

3. Il R.T.I. Busitalia, secondo classificato, ha impugnato innanzi al T.a.r. per il Friuli Venezia Giulia il provvedimento di aggiudicazione a favore di TPL, insieme gli atti di gara presupposti.

Nel giudizio di primo grado TPL si è costituito in giudizio ed ha proposto un ricorso incidentale con il quale ha, fra l'altro, dedotto che il ricorrente principale avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

4. Con la sentenza di estremi indicati in epigrafe, il T.a.r. ha accolto il motivo sulla mancata motivazione dei punteggi numerici attribuiti dalla commissione in sede di valutazione delle offerte tecniche, annullando gli atti di gara impugnati nella parte

effettivamente incisa dalle illegittimità riscontrare, a partire dal verbale di gara n. 6 (incluso).

5. Per ottenere la riforma di detta sentenza hanno proposto separati appelli la Regione Friuli Venezia Giulia e TPL.

6. In entrambi i giudizi il R.T.I. Busitalia si è costituito in giudizio e ha proposto appello incidentale contro i capi della sentenza che hanno respinto i motivi “escludenti” del ricorso principale, riproponendo, altresì, gli altri motivi del ricorso principale assorbiti in primo grado.

7. Alla pubblica udienza del 15 febbraio 2018, la causa è stata trattenuta per la decisione.

8. Occorre, anzitutto, disporre la riunione degli appelli, trattandosi di impugnazione avverso la medesima sentenza.

9. Gli appelli principali meritano accoglimento.

10. È fondato il motivo con cui si critica il capo della sentenza di primo grado che ha accolto il terzo motivo del ricorso principale proposto dal R.T.I. Busitalia, ritenendo inficiati da vizio di motivazione gli atti compiuti dalla commissione nella fase di valutazione delle offerte tecniche delle concorrenti.

Costituisce, infatti, orientamento consolidato quello secondo cui “*nelle gare pubbliche, e relativamente a quanto attiene alla valutazione delle offerte, il punteggio numerico espresso sui singoli oggetti di valutazione opera alla stregua di una sufficiente motivazione quando l'apparato delle voci e sottovoci fornito dalla disciplina della procedura, con i relativi punteggi, è sufficientemente chiaro, analitico e articolato, sì da delimitare adeguatamente il giudizio della Commissione nell'ambito di un minimo e di un massimo, e da rendere con ciò comprensibile l'iter logico seguito in concreto nel valutare i singoli progetti in applicazione di puntuali criteri predeterminati, permettendo così di controllarne la logicità e la congruità, con la conseguenza che solo in difetto di questa condizione si rende necessaria una motivazione dei punteggi numerici*”

(cfr., *ex multis*, Cons. Stato, III, n. 4650/2016; Cons. Stato, V, n. 3911/2016; Cons. Stato, V, n. 120/2016).

Sulla base di tale condiviso e consolidato principio, deve riconoscersi, nella fattispecie in esame, la sufficienza del punteggio numerico, in ragione del carattere dettagliato dei criteri e dei sub-criteri predeterminati nella *lex specialis*, a maggior ragione in considerazione del giudizio lessicale sintetico espresso dalla commissione per ogni voce dell'offerta tecnica. Va, infatti, sottolineato che la commissione, oltre all'attribuzione del punteggio numerico, ha motivato le proprie scelte riportando di volta in volta nei verbali delle sedute gli elementi descrittivi delle due offerte, evidenziandone le differenze: a titolo meramente esemplificativo “panel ampio di destinatar?” , “nuovi titoli di viaggio” , “immediata fruibilità” (verbale 6); “numerosi accordi” (verbale 7), “nuova linea” (verbale 8),

11. Va, peraltro, ricordato che nel caso oggetto del presente giudizio, la valutazione sulla legittimità dei criteri previsti dalla *lex specialis* era già stata operata, a monte, da questo Consiglio di Stato con la sentenza n. 5185/2015, la quale aveva testualmente rilevato che “*non emerge alcuna carenza dei criteri per attribuire i punteggi tale da rendere la gara arbitraria; una certa carenza è fisiologica in ogni gara ove vi sia un’attribuzione di punteggi entro un range determinato e specificato, come nella specie, connesso all’ineliminabile discrezionalità valutativa della commissione*”.

In tale quadro, in conformità con il più volte richiamato indirizzo giurisprudenziale, deve ribadirsi la legittimità della scelta dell’Amministrazione di attribuire, a fronte di una griglia sufficientemente dettagliata di criteri e sub-criteri di valutazione, un punteggio numerico al fine di sintetizzare il giudizio qualitativo espresso.

12. Quanto, da ultimo, alla correttezza dei punteggi censurati, è sufficiente osservare che i giudizi contestati si rivelano del tutto coerenti, attendibili, plausibili e, soprattutto, privi di profili di manifesta irragionevolezza o di palese erroneità e

che, a fronte dei caratteri appena segnalati, le valutazioni espresse dalla Commissione di gara devono, comunque, intendersi estranee all'ambito oggettivo del sindacato di legittimità delle relative determinazioni, che, com'è noto, non può estendersi fino a scrutinare il merito dei pertinenti giudizi tecnici, se non nelle limitate ipotesi, nella specie non riscontrabili, in cui gli stessi risultino assunti sulla base di una fallace rappresentazione della realtà fattuale o in esito ad una delibazione del tutto illogica o arbitraria della qualità dell'offerta tecnica (cfr., *ex multis*, Cons. Stato V, n. 120/2016), che, nella specie, non risultano sussistenti.

13. Occorre, a questo punto, esaminare i motivi del ricorso principale di primo grado che il T.a.r. ha respinto (o ha assorbito) e rispetto ai quali il R.T.I. Busitalia ha proposto (in entrambi i giudizi) appello incidentale.

14. Con il primo motivo di appello incidentale, il R.T.I. Busitalia deduce, in sintesi, che TPL avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto: *a)* non ha provveduto alla designazione dell'impresa capogruppo (in asserita violazione anche di una specifica previsione del disciplinare di gara); *b)* non ha dimostrato, da un lato, il possesso in capo alla mandataria dei requisiti di partecipazione richiesti in misura maggioritaria e, dall'altro lato, la necessaria corrispondenza tra quota di qualificazione e quota di esecuzione delle prestazioni.

15. Il motivo non ha pregio.

Va richiamato l'orientamento giurisprudenziale (condiviso anche dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (oggi ANAC) (cfr. deliberazione n. 114 del 13.12.2006 e, più di recente, Parere prot. AG31/2010 in data 22.7.2010), secondo cui *“in caso di consorzio ordinario non possono risultare applicabili le disposizioni concernenti l'individuazione dell'impresa capogruppo in quanto il mandato collettivo proprio dell'atto costitutivo del consorzio è conferito in favore degli organi del consorzio stesso, e non di un'impresa consorziata (più precisamente è il contratto costitutivo del consorzio che, in luogo del mandato, costituisce un vincolo tra le imprese)”* (cfr. Cons. Stato, V, n. 2679/2000).

In altri termini, come ben chiarito dalla stazione appaltante in corso di gara con la risposta al quesito n. 7, *“nel caso di consorzio ordinario non è necessario indicare quale impresa fra le consorziate svolge il ruolo di capogruppo, non essendoci mandante e mandatarie all'interno di un consorzio”*.

In quest'ottica, peraltro, la previsione del disciplinare, secondo cui il consorzio avrebbe dovuto produrre l'atto costitutivo e lo statuto *“con indicazione del soggetto designato quale capogruppo”* è stato correttamente inteso nel senso che il mandato si intende conferito agli organi del consorzio e non ad una impresa definita quale capogruppo, atteso che nei consorzi ordinari la rappresentanza e l'interlocuzione con la stazione appaltante è assicurata dagli organi consortili.

16. Parimenti, come del resto precisato dalla stazione appaltante in sede di gara con il chiarimento n. 2, devono intendersi riferite esclusivamente alle ATI - e non anche ai consorzi ordinari - le prescrizioni di cui agli artt. 12.5 (che operava un chiaro riferimento alla “mandataria”) e 12.9 del disciplinare (che richiama espressamente il “raggruppamento orizzontale, verticale o misto”).

Ed invero, nell'ambito di un consorzio ordinario non è prevista la designazione della capogruppo della mandataria, perché la rappresentanza è attribuita agli organi consortili e dunque i requisiti sono apportati cumulativamente dalle consorziate, senza alcun vincolo al rispetto di una quota maggioritaria o alla corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di partecipazione.

17. Con il secondo motivo dell'appello incidentale, il R.T.I. Busitalia ha riproposto il secondo motivo del ricorso di primo grado, con il quale si contestava la mancata esclusione di TPL FVG all'esito della verifica di anomalia dell'offerta.

18. Anche questa censura non ha pregio.

Giova anche in questo caso richiamare il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui: a) nelle gare pubbliche il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta – finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà della

stessa ovvero dell'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte – ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un'offerta complessivamente inaffidabile; *b*) detto giudizio costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione ed insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara, che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta; *c*) dal suo canto il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della Pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione; *d*) anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, rientra nella discrezionalità tecnica della Pubblica amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi ed evidente errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica amministrazione (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, V, n. 5387/2017).

19. Nel caso di specie, non emergono gravi o evidenti errori di valutazione tali da determinare l'illegittimità del giudizio espresso dalla commissione.

I chiarimenti forniti nel subprocedimento di anomalia da TPL FVG danno riscontro al giudizio di attendibilità dell'offerta espresso dalla stazione appaltante. TPL FVG ha infatti spiegato in maniera plausibile la sostenibilità della propria

offerta, sia nell'ipotesi in cui la stazione appaltante non attivasse alcun servizio aggiuntivo (scenario A), sia nel caso in cui la Regione chiedesse l'attivazione di chilometri aggiuntivi, nei limiti del ribasso offerto da TPL (scenario B, con circa 17.000.000 di km aggiuntivi), sia infine nell'eventualità che l'amministrazione chiedesse un aumento dei servizi aggiuntivi per un importo pari al 20% di quello contrattuale (scenario C, con circa 43.000.000 di km aggiuntivi).

Anche nel caso dello "scenario C", sebbene per alcuni anni si evidenziasse un risultato negativo, nell'arco temporale di durata dell'appalto il risultato economico risulta comunque positivo, perché le perdite derivanti dall'offerta sui servizi aggiuntivi sono compensate con gli utili conseguiti sullo svolgimento delle percorrenze di base.

20. Con il terzo motivo dell'appello incidentale, R.T.I. Busitalia ha impugnato la sentenza di primo grado nella parte in cui, pur censurando per difetto di motivazione i punteggi espressi dalla commissione in sede di valutazione delle offerte tecniche, non ha accolto la domanda con la quale le stesse società avevano chiesto la riforma delle valutazioni tecniche censurate e la collocazione della stessa ricorrente al primo posto in graduatoria.

L'infondatezza di questo motivo di appello incidentale emerge dalle considerazioni già svolte per accogliere gli appelli principali proposti dalla Regione e da TPL FVG. I giudizi espressi dalla commissione in sede di valutazione delle offerte tecniche risultano sufficientemente motivati attraverso i punteggi numerici (tenuto conto della griglia analitica di criteri e sub-criteri). Tali giudizi quindi resistono, *a fortiori*, alla censura in esame, diretta a sollecitare un sindacato giurisdizionale di merito e di natura sostitutiva, inammissibile in sede di legittimità.

21. Con il quarto motivo, il quinto motivo e il sesto motivo di appello incidentale, il R.T.I. Busitalia ripropone i motivi del ricorso di primo grado che il T.a.r. ha

assorbito in seguito alla ritenuta fondatezza del terzo motivo del ricorso introduttivo.

22. Il quarto e il quinto motivo sono diretti contro il disciplinare di gara e, in particolare, contro le clausole che disciplinano i criteri di valutazione delle offerte. In particolare, il R.T.I. Busitalia lamenta che per l'attribuzione del punteggio all'offerta economica l'Amministrazione ha scelto una formula non omogenea per le due rispettive componenti: avrebbe, in particolare, previsto un fattore di "schiacciamento" dei punteggi per i punti da assegnare al ribasso relativo ai km a base gara; fattore di "schiacciamento" non previsto invece per l'offerta relativa ai Km aggiuntivi.

La censura non può essere accolta, in quanto concerne valutazioni riservate al merito dell'Amministrazione che non presentano profili di manifesta illogicità o irragionevolezza. Risulta inoltre apodittica e non sufficientemente comprovata l'affermazione (sviluppata in particolare nel quinto motivo di appello incidentale) che i criteri censurati finirebbero per non premiare l'offerta economicamente più vantaggiosa.

23. Con il sesto motivo dell'appello incidentale, il R.T.I. Busitalia censura l'operato della commissione in sede di valutazione delle offerte tecniche: contesta, in particolare, i coefficienti numerici attribuiti dai commissari, deducendo che essi sono espressione non di una valutazione discrezionale, ma di un calcolo matematico o comunque di una media tra numeri diversi (lo si ricaverebbe dal fatto che quasi tutti i coefficienti sono espressi con un numero a due decimali non arrotondato). L'appellante ne deduce che ai criteri motivazionali posti a supporto dell'attribuzione del punteggio sarebbe stato illegittimamente attribuito un sub-peso in termini numerici.

24. La censura non merita accoglimento.

L'ipotesi su cui si fonda la censura (in sintesi, che la commissione abbia introdotto sub-pesi non previsti dalla *lex specialis*) non risulta suffragata da alcun circostanziato elemento probatorio.

In senso contrario si può del resto osservare che non appare di per sé inverosimile quanto dedotto dalla stazione appaltante, ovvero che, a fronte di una forcella da 0 a 1 (entro la quale la commissione doveva esprimersi con riferimenti ai sub-criteri in esame), il giudizio sia stato espresso in cifre a molti decimali, senza che ciò debba quindi ricondursi all'attribuzione di un sub-peso a ciascun criterio motivazionale.

25. Al rigetto dei motivi di appello incidentale consegue l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse degli ulteriori motivi dell'appello principale proposto da TPL (diretti a riproporre i motivi del ricorso incidentale di primo grado).

26. Alla luce delle considerazioni che precedono, vanno, quindi, accolti gli appelli principali proposti dalla Regione Friuli Venezia Giulia e da TPL; devono, invece, essere respinti gli appelli incidentali proposti dal R.T.I. Busitalia: per l'effetto, in riforma della sentenza, appellata, deve essere respinto il ricorso principale proposto in primo grado.

27. La complessità delle questioni esaminate giustifica l'integrale compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti: a) ne dispone la riunione; b) accoglie gli appelli principali proposti dalla Regione Friuli Venezia Giulia e da TPL FVG s.c.a.r.l.; c) respinge gli appelli incidentali proposti da Busitalia-Sita Nord s.r.l. e Autoguidovie s.p.a.; d) per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado; e) compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

L'ESTENSORE
Roberto Giovagnoli

IL PRESIDENTE
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO