

L'accertamento a fini risarcitori dell'illegittimità dell'operato della Stazione appaltante che abbia omesso l'applicazione di uno dei criteri di calcolo dell'anomalia di cui all'art. 97, comma 2 del D.Lgs. 50/2016.

di Federica Fulgheri

Data di pubblicazione: 18-11-2017

1. In caso di presentazione di due sole offerte, possono trovare applicazione soltanto due dei cinque metodi di calcolo dell'anomalia dell'offerta previsti dall'art. 97 del D.Lgs. 50/2016: si tratta dei criteri indicati alla lettera c) e lettera d) di tale articolo, che non prevedono il cosiddetto "taglio delle ali". È illegittimo l'operato della Stazione appaltante che, rilevata l'inapplicabilità al caso concreto del criterio di calcolo della soglia di anomalia dell'offerta sorteggiato, ometta di rinnovare il sorteggio al fine di dare applicazione a uno dei criteri utilizzabili (1).

2. Il giudice amministrativo, rilevata l'illegittimità dell'operato della Stazione appaltante, non può sostituirsi ad essa nella valutazione dell'anomalia dell'offerta, trattandosi di attività discrezionale (2).

3. In tale ipotesi, pertanto, il giudice ordinariamente trasmette gli atti alla P.A. per il rinnovo del segmento della procedura, salvo che tale operazione risulti in concreto inutile, non essendo possibile il subentro (per via dell'integrale esecuzione del contratto) e non essendo stato domandato dal ricorrente il risarcimento per equivalente (3).

4. Non è ammissibile una conversione *ex officio* della domanda di risarcimento in forma specifica in domanda di risarcimento per equivalente (4).

(1) *Conforme*: T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 18/01/2017, n. 878. *In senso difforme* Tar Lazio (Roma), sez. I, 25/01/2017, n. 1293.

(2) *Conforme al consolidato orientamento in materia*. Cfr., nel medesimo senso, Cons. Stato, sez. V, 12/05/2017, n. 2228; Cons. Stato, sez. V, 17/11/2016, n. 4755; Cons. Stato, sez. III, 6/2/2017, n. 514.

(3) *Conformi*: Cons. Stato, sez. IV, 18/8/2017 n. 4033; Cons. Stato, sez. IV, 18/05/2012, n. 2916.

(4) *Non sono stati reperiti nella giurisprudenza amministrativa precedenti in termini.*

Guida alla lettura

Nel caso esaminato dalla sentenza del T.A.R. Sardegna n. 310/2017, un'impresa (seconda classificata in graduatoria) ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione ad altro operatore economico di una procedura negoziata senza pubblicazione di bando disposta per l'affidamento, secondo il criterio del prezzo più basso, di un servizio bimestrale di vigilanza armata presso l'Amministrazione appaltante.

Il ricorrente ha rilevato l'illegittimità del provvedimento di aggiudicazione sotto vari profili. Per quanto in questa sede si intende approfondire, ha ritenuto che detto provvedimento fosse viziato dai vizi di violazione di legge, e in specie dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016, e di eccesso di potere per irrazionalità e illogicità della motivazione, lamentando il mancato accertamento da parte della stazione appaltante dell'inaffidabilità dell'offerta presentata dal primo classificato, a fronte di un ribasso offerto di oltre il 37% sull'importo a base di gara. È stato, pertanto, richiesto l'annullamento dell'aggiudicazione e il conseguimento del bene della vita perseguito (cioè l'aggiudicazione a sé della gara e la stipula del contratto).

Le questioni di maggior interesse affrontate dal giudice sardo nel caso in esame concernono:

- **la modulazione e l'applicazione dei criteri di calcolo dell'anomalia dell'offerta;**
- **i poteri del Giudice dinanzi all'illegittimo esercizio da parte dell'Amministrazione della propria discrezionalità tecnica;**
- **la possibilità di conversione ex officio, in sede processuale, della domanda di riparazione in forma specifica in azione risarcitoria per equivalente.**

La prima questione, come anticipato, concerne l'applicazione dei criteri di calcolo dell'anomalia dell'offerta.

Come è noto, i criteri di calcolo dell'anomalia sono sistemi di individuazione della soglia di anomalia delle offerte in relazione alle procedure di affidamento secondo il criterio del prezzo più basso, oggi previsti nell'art. 97, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016.

Detta disposizione impone alla stazione appaltante di procedere al sorteggio di uno dei cinque metodi di calcolo ivi elencati, e di provvedere, sulla base del criterio estratto, previa individuazione della soglia di anomalia, alla valutazione di congruità delle offerte risultate anormalmente basse.

Il sorteggio -introdotto dal legislatore del 2016 e sconosciuto all'assetto normativo previgente- ha quale fine dichiarato, quello *"di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia"* (così recita il comma menzionato).

All'indomani dell'entrata in vigore del Codice, è stato rilevato che sussistono limiti alla completa operatività dei criteri di cui all'art. 97, comma 2, per le ipotesi in cui vi siano poche offerte ammesse alla gara, giacché è stato osservato che i sistemi di calcolo previsti funzionano (o funzionano bene) soltanto qualora siano state presentate molte offerte.

Ove le offerte presentate siano soltanto tre, come è avvenuto nel caso al vaglio del T.A.R. Sardegna, possono trovare applicazione soltanto i metodi individuati dalle lettere c) e d) del citato comma 2 che, a differenza degli altri, non prevedono il cosiddetto "taglio delle ali".

Nel caso di specie l'Amministrazione, resasi conto dell'inapplicabilità del criterio di calcolo dell'anomalia estratto (lett. e, art. 97, comma 2 del D.Lgs. 50/2016) anziché procedere all'estrazione di uno dei criteri normativi applicabili, ha sostenuto che potesse escludersi senz'altro l'anomalia delle offerte, ivi compresa quella più bassa pervenuta, alla luce delle circostanze del caso concreto, e in particolare avuto riguardo al fatto che l'importo posto a base di gara era stato volutamente sovrastimato al fine di rendere più appetibile la gara, vista l'urgenza di procedere all'affidamento.

Come condivisibilmente osservato dal Collegio sardo, così operando l'Amministrazione ha sostanzialmente "inventato" - e dunque illegittimamente dato applicazione a - un criterio di calcolo dell'anomalia normativamente non previsto, violando in tal modo il disposto dell'art. 97 del d.lgs. 50/2016, e in sostanza omettendo di svolgere il giudizio di anomalia, in una situazione in cui, peraltro, l'applicazione di uno dei criteri "funzionanti" (lett. c) o lett. d) dell'art. 97, comma 2) avrebbe evidenziato l'anomalia dell'offerta dell'impresa che aveva presentato il maggior ribasso, con conseguente necessità di puntuale verifica e valutazione della relativa congruità.

La condivisibile affermazione del Collegio sardo si pone in linea con la *ratio legis* della disposizione, cui si è in precedenza fatto cenno, nonché col dato letterale della stessa.

Difatti, quanto al primo aspetto, accordare alle Amministrazioni la facoltà di applicare criteri differenti o, come nel caso di specie, di non applicarne alcuno, rischierebbe di fatto di frustrare la finalità perseguita dal legislatore del Codice del 2016, giacché potrebbe consentire agli operatori economici di ciò informati (anche per via della specifica indicazione nella *lex specialis*) di modulare le proprie offerte in relazione alla previsione ipotizzata.

Inoltre, l'elencazione dei criteri, contenuta nel secondo comma dell'art. 97 del Codice, ha natura tassativa, non essendo dato desumere da altri aspetti (e proprio alla luce della *ratio legis*) una consistenza meramente esemplificativa, con conseguente impossibilità, per le stazioni appaltanti, di procedere a una eterointegrazione degli stessi.

2. La seconda questione affrontata dal Tar Sardegna concerne le conseguenze, in termini processuali e procedurali, del rilievo dell'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione.

Prima di procedere all'esame della problematica, e all'esposizione della soluzione adottata dal Giudice sardo, occorre richiamare alla memoria che i poteri del giudice amministrativo che abbia accertato l'illegittimità di un provvedimento hanno maggiore o minore estensione a

seconda che il potere illegittimamente esercitato dall'Amministrazione abbia natura vincolata ovvero discrezionale o ancora sia connotato da discrezionalità tecnica.

Difatti, mentre a fronte di un potere vincolato il sindacato del giudice è pieno, avendo egli la possibilità di accertare la spettanza del bene della vita in capo al ricorrente e di disporre l'acquisizione, nel caso in cui l'Amministrazione sia titolare di un potere discrezionale il giudice non può sostituirsi ad essa, atteso che -come sancito dall'art. 34, comma 2 c.p.a.- *“in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati”*.

Pertanto, dinanzi a un potere discrezionale esercitato illegittimamente dall'Amministrazione, il Giudice può soltanto annullare il provvedimento e rimettere la valutazione all'Amministrazione competente, invitandola a esercitare nuovamente -e correttamente- il proprio potere.

Quanto ai provvedimenti illegittimi adottati nell'esercizio di discrezionalità di tipo tecnico, la corretta delimitazione dei poteri del giudice richiede la previa qualificazione della esatta natura del potere.

Assimilandola, infatti, al potere vincolato -stante l'assenza del momento della “scelta” che caratterizza invece la discrezionalità amministrativa- si giunge ad ammettere la piena cognizione del giudice amministrativo; assimilandola, al contrario, alla discrezionalità “pura” si perviene al riconoscimento di limitati poteri cognitivi in capo al giudice, che può soltanto annullare il provvedimento illegittimo e invitare l'Amministrazione alla riedizione del potere.

Proprio di un'ipotesi di discrezionalità tecnica si discorre nella sentenza qui annotata: il subprocedimento di valutazione dell'anomalia, previsto nell'art. 97, comma 5^[i] e omesso dalla Stazione appaltante nel caso di specie, richiede l'esercizio da parte di quest'ultima di un potere di discrezionalità tecnica, che pur non dando luogo a una vera e propria scelta, implica una valutazione da parte dell'Amministrazione, sottratta a regole “scientifiche” e dunque in certa misura opinabile^[ii].

Tenuto conto di ciò, condivisibilmente il Collegio sardo ha escluso la possibilità di procedere all'accertamento della spettanza del bene della vita, richiesto dal ricorrente.

Senonché anziché invitare, come avviene di regola in questi casi, l'Amministrazione al riesercizio del potere in conformità col proprio rilievo di illegittimità della condotta tenuta, tenuto conto delle peculiarità del caso di specie, il TAR Sardegna si è limitato al mero accertamento dell'illegittimità dell'operato dell'Amministrazione, ai sensi dell'art. 34, comma 3 c.p.a.

Difatti, nel caso in esame il contratto di vigilanza risultava ormai integralmente eseguito e, d'altra parte, il ricorrente non aveva presentato una domanda di risarcimento per equivalente.

Alla luce di ciò, l'annullamento dell'aggiudicazione e l'invito all'Amministrazione a rideterminarsi non avrebbe potuto sortire alcun effetto utile, e in particolare non avrebbe potuto in alcun modo consentire al ricorrente il conseguimento della riparazione in forma specifica, e dunque il subentro nel contratto (ormai, come detto, esaurito e inefficace).

3. Da qui, il Collegio ha esaminato l'ulteriore profilo di interesse che qui si intende evidenziare: quello concernente la possibilità giuridica del Giudice di convertire automaticamente l'istanza di riparazione in forma specifica in domanda di risarcimento per equivalente.

Il TAR ha ritenuto, ancora una volta condivisibilmente, che tale conversione non possa aver luogo.

Sul punto giova rilevare che un orientamento contrario ammette tale possibilità, sul rilievo per cui entrambi i rimedi (il risarcimento in forma specifica e quello per equivalente) partecipino dell'identica finalità riparatoria e abbiano, dunque, anche la stessa natura e che la seconda non sia altro che un *minus* della prima, e che in qualche misura sia contenuta in essa.

La tesi fatta propria dal TAR Sardegna, al contrario, ritiene che i due rimedi non partecipino della medesima natura e che si debbano, pertanto, porre in termini di alternative, con la conseguenza che in assenza di una domanda di parte – e dunque in ossequio al principio della domanda, di cui agli artt. 99 e 112 c.p.c. - non è consentito al giudice di convertire la domanda di risarcimento in forma specifica in domanda di risarcimento per equivalente.

In ultimo, il TAR non ha mancato di prospettare la possibilità di esperire un'autonoma azione risarcitoria ai sensi dell'art. 30, comma 5 c.p.a. al fine di ottenere il risarcimento del danno da perdita di chance, da quantificarsi sulla base delle probabilità di aggiudicazione che l'impresa seconda classificata, danneggiata, avrebbe avuto laddove l'operato dell'Amministrazione fosse stato legittimo.

[\[i\]](#) Tale comma, tenuto conto delle recenti correzioni apportate dal D.Lgs. n. 56/2017, in vigore dal 20-5-2017, recita: *“La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto: a) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3; b) non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 105; c) sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 95, comma 10 rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture; d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 23, comma 16”*.

[\[ii\]](#) In tal senso cfr. *ex multis* Cons. Stato, sez. V, sentenza 12 maggio 2017, n. 2228: “nelle gare pubbliche il giudizio circa l'anomalia o l'incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale e, quindi, non può essere esteso ad una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci (Cons. Stato, Sez. V, 17/11/2016, n. 4755; Sez. III, 6/2/2017, n. 514)”.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 991 del 2016, proposto da:

COOPSERVICE SOCIETA COOPERATIVA Per Azioni in proprio e quale CAPOGRUPPO RTI con ALARM SYSTEM Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Coli C.F. CLOPLA59R18H223N, Gianfranco Meazza C.F.

MZZGFR66L18I452S, con domicilio eletto presso Carlo Castelli in Cagliari, via Farina 44;

contro

-MINISTERO DELLA GIUSTIZIA, CORTE D'APPELLO DI CAGLIARI PROCURA DELLA REPUBBLICA, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distr.le Cagliari, domiciliata in Cagliari, via Dante N.23;

-Ministero della Giustizia Direzione Generale delle Risorse Naturali e delle Tecnologie non costituito in giudizio;

nei confronti di

OL SECURPOL Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tamponi C.F. TMPLCU69A30I452R, domiciliato ex art. 25 cpa presso Segreteria T.A.R. Sardegna in Cagliari, via Sassari N.17;

A)PER L'ANNULLAMENTO

- del provvedimento del 19 ottobre 2016 di aggiudicazione definitiva in favore di OL Securpol s.r.l. della "PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PUBBLICAZIONE DI BANDO indetta dalla

Procura Generale della Repubblica di Cagliari per L'AFFIDAMENTO URGENTE (per 2 mesi) DEL SERVIZIO DI VIGILANZA ARMATA E CUSTODIA CON PIANTONAMENTO FISSO E IN REMOTO MEDIANTE TELE VIGILANZA DEGLI UFFICI GIUDIZIARI NEL COMUNE DI TEMPIO PAUSANIA, per il periodo 01.11.2016 al 31.12.2016 - CIC 68103384B4", provvedimento comunicato in data 26 ottobre 2016 con atto prot. 6039.U recante data 25 ottobre 2016;

- della proposta di aggiudicazione in favore di OL Securpol s.r.l. della procedura negoziata di cui

sopra formulata dal Presidente del Seggio di Gara al Procuratore Generale con atto in data 19 ottobre 2016;

- della comunicazione 25 ottobre 2016 prot. 6039.U trasmessa in data 26 ottobre 2016,

mediante la quale la Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Cagliari ha dato notizia ai concorrenti del provvedimento di aggiudicazione della procedura negoziata di cui sopra;

- dei provvedimenti assunti dal Seggio di Gara, dal R.U.P. e comunque dalla Stazione

Appaltante nella procedura negoziata di cui sopra mediante i quali la COMMISSIONE HA

AMMESSO O COMUNQUE NON HA ESCLUSO DALLA GARA OL SECURPOL S.r.l. e ha attribuito punteggi all'offerta da questa presentata, inserendola nella graduatoria finale;

- dei verbali formati dal Seggio di Gara e comunque degli atti tutti formati dal Seggio di Gara, dal R.U.P. e dalla Procura Generale della Repubblica presso la Corte d'Appello di Cagliari in relazione alla procedura negoziata di cui sopra;

- dei provvedimenti assunti dalla Stazione Appaltante nella procedura negoziata di cui sopra mediante i quali NON si è rilevata l'anomalia e l'inaffidabilità dell'offerta presentata da OL

Securpol s.r.l., o comunque si sono RITENUTI NON SUSSISTENTI ELEMENTI DI ANOMALIA E DI INAFFIDABILITÀ NELL'OFFERTA PRESENTATA IN GARA DALL'AGGIUDICATARIO, si è reputata l'offerta SUFFICIENTEMENTE GIUSTIFICATA e, conseguentemente, si è ritenuto di NON ESCLUDERE DALLA PROCEDURA LA PREDETTA OL SECURPOL s.r.l. nonostante l'offerta risultasse ANORMALMENTE BASSA, inaffidabile, inattendibile ai sensi dell'articolo 97 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50;

- tutti gli atti formati dal Seggio di Gara e dalla Amministrazione resistente mediante i quali o sul presupposto dei quali si è RITENUTA NON ANOMALA, AFFIDABILE, ATTENDIBILE E SUFFICIENTEMENTE GIUSTIFICATA L'OFFERTA PRESENTATA DA OL SECURPOL s.r.l. e, conseguentemente, NON SI È DATO LUOGO AD ESCLUSIONE dalla procedura di gara della medesima OL SECURPOL s.r.l. ai sensi dell'articolo 97 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50;

- di tutti gli atti da essi presupposti o a essi successivi, comunque inerenti L'ILLEGITTIMA AGGIUDICAZIONE DELLA GARA DI CUI SOPRA IN FAVORE DI OL SECURPOL s.r.l., tra i quali, in via subordinata, la Lettera di Invito 22 settembre 2016 prot. 5282;

*

B)E COMUNQUE PER L'ACCERTAMENTO DEL DIRITTO

del raggruppamento ricorrente al conseguimento del bene della vita rappresentato DALL'AGGIUDICAZIONE della procedura di gara e dalla STIPULA DEL CONTRATTO di appalto.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Giustizia e di Corte D'Appello di Cagliari Procura della Repubblica e di Ol Securpol Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 marzo 2017 la dott.ssa Grazia Flaim e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La gara per l'affidamento "urgente" (per un bimestre: dal 1.11.2016 al 31.12.2016) del servizio di <vigilanza armata e custodia> (con piantonamento fisso e in remoto mediante televigilanza) degli Uffici giudiziari nel Comune di Tempio Pausania, è stata indetta dalla Procura Generale della Repubblica di Cagliari tramite "procedura negoziata senza pubblicazione di bando" (delegata dal Ministero della Giustizia).

La Ol Sicurpol è risultata aggiudicataria del servizio.

L'Amministrazione non ha ritenuto necessario provvedere all'espletamento del procedimento di "anomalia dell'offerta" economica presentata dall'operatore che ha offerto il ribasso

migliore (oltre il 37%).

Con ricorso notificato il 28.11.2016 e depositato il 5/12 parte ricorrente ha impugnato i provvedimenti in epigrafe indicati, formulando le seguenti censure:

1) violazione di legge; violazione dell'articolo 97 del codice 50/2016; violazione della lex specialis di gara in relazione alla verifica della congruità dell'offerta; eccesso di potere nelle figure sintomatiche della irrazionalità e illogicità della motivazione; contestazione dei criteri sorteggiati per verificare la necessità o meno di effettuare il calcolo dell'anomalia;

2) IN SUBORDINE

violazione dell'articolo 83 del codice 50/2016; violazione della lex specialis di gara; violazione dell'articolo 6 del capitolato speciale d'appalto richiamato dalla lettera di invito; omessa previsione nella lex specialis e omessa esecuzione della verifica in ordine al possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale; mancanza, in capo all'aggiudicataria, dei requisiti di capacità tecnica e professionale richiesti per l'espletamento del servizio nelle figure sintomatiche; eccesso di potere nelle figure sintomatiche della contraddittorietà e della manifesta illogicità - domanda subordinata di annullamento per presunta violazione dell'articolo 83 del codice 50/2016 in riferimento alla mancata sussistenza dei requisiti addestramento del personale ante domanda di partecipazione.

In riferimento a quest'ultima domanda parte ricorrente chiede anche, in via istruttoria, verifica o, in subordine, CTU per l'accertamento, in capo all'aggiudicataria, del possesso, già alla data del 3 ottobre 2016, dei <requisiti di capacità tecnica e professionale> previsti dal capitolato speciale d'appalto per lo svolgimento del servizio.

Chiedendo, nelle conclusioni, (solo) il conseguimento del bene della vita sostanziale, cioè l'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto (non anche il risarcimento del danno per equivalente).

Si sono costituite in giudizio le controparti, sia pubblica che privata, formulando eccezioni in rito (in particolare tardività ed improcedibilità del ricorso) e chiedendo comunque il rigetto del ricorso per infondatezza nel merito.

Alla Camera di consiglio del 21.12.2016, con l'accordo delle parti, è stata disposta la trattazione, con urgenza, nel merito, della controversia, anche in considerazione del quasi completo espletamento del servizio (inerente all'ultimo bimestre 2016).

All'udienza del 1 marzo 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

RITO.

Eccezione tardività.

Le controparti hanno sollevato eccezione di tardività del ricorso, in quanto il provvedimento di aggiudicazione del 19.10.2016 è stato "immediatamente pubblicato" nel sito della procura generale, come previsto dall'articolo 29 del codice 50/2016.

La ricorrente sostiene essere irrilevante la pubblicazione ex articolo 29, ai fini della decorrenza del termine per l'impugnazione previsto dall'articolo 120 del cpa., posto che tale norma processuale individua il "dies a quo" in riferimento alla specifica ricezione della comunicazione di cui all'articolo 79 del codice 163/2016, oggi articolo 76 comma 50 del codice 50/2016 (e non alla mera pubblicazione (nella sezione Amministrazione Trasparente)).

La norma invocata dalle controparti si riferisce alla (diversa) ipotesi dell'impugnazione immediata delle ammissioni e delle esclusioni e non anche al provvedimento di aggiudicazione definitiva, per la quale il "dies a quo" rimane quello indicato dall'articolo 79.

L'avvocatura sul punto documenta che il provvedimento di aggiudicazione definitiva sarebbe comunque stato oggetto di <comunicazione individuale> alle imprese partecipanti alla gara.

La ricorrente riconosce che, effettivamente, la Procura generale ha inviato il 26/10/2016 una comunicazione individuale, ma questa ha avuto come destinatari altri operatori economici.

In particolare tale comunicazione non ha mai raggiunto la ricorrente Coopservice.

Effettivamente la comunicazione è stata inviata il 26 ottobre 2016 via pec ad Alarm system, cioè alla mandante del costituendo raggruppamento di cui Coopservice è la mandataria, ma non anche a quest'ultima.

In sostanza il soggetto che ha la rappresentanza del costituendo raggruppamento temporaneo non è stato reso edotto del provvedimento conclusivo di aggiudicazione, disposta in favore di un terzo.

Solo in data 31 ottobre 2016 la mandante ha trasmesso a Coopservice la copia dell'atto ricevuto, mai pervenuto in precedenza alla mandataria (v. doc. 10, pagina 3).

Posto che ai sensi dell'articolo 48 comma 15 del codice 50/2016 è al mandatario che spetta la rappresentanza esclusiva anche processuale della mandante nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendente dall'appalto, la comunicazione compiuta alla mandante non può aver determinato la decorrenza del termine di impugnazione dell'aggiudicazione.

Non avendo Coopservice ricevuto la comunicazione di cui all'articolo 79 vecchio codice, 76 nuovo codice, da parte della procura generale della Repubblica il ricorso avviato per la notifica il 28.11.2016 risulta tempestivo.

In quanto Coopservice ha avuto cognizione soltanto in data 31 ottobre 2016 dell'aggiudicazione definitiva (dalla propria mandante).

La Controinteressata evidenzia, inoltre sotto altro profilo, che la ricorrente, avendo partecipato personalmente a tutte le operazioni di gara che si sono svolte l'11 e il 13 ottobre 2016, avrebbe avuto già a disposizione tutti gli elementi utili al fine di poter valutare gli atti e conseguentemente, decidere se impugnare o meno.

Ma la mera "partecipazione alle operazioni di gara" non determina alcuna conoscenza del provvedimento di aggiudicazione (futuro).

Inoltre risulta che Coopservice ha effettuato accesso agli atti, che si è perfezionato in periodo successivo al 26 ottobre 2016.

E sul punto il Consiglio di Stato III sezione, con sentenza n. 4432/2014, ha affermato un rilevante principio (richiamando un criterio comunitario) in riferimento all'insufficienza della comunicazione ex articolo 79 ai fini dell'individuazione dei profili di illegittimità dell'aggiudicazione. Nella specie, qualora le censure di illegittimità possono venire a conoscenza solo a seguito dell'accesso ai documenti di gara non può farsi decorrere il termine per l'impugnativa dal momento in cui la controinteressata è risultata vincitrice. In particolare quando dalla comunicazione non siano invincibili gli ulteriori e diversi aspetti oggetto di censura.

La pronuncia del Consiglio di Stato richiama la sentenza della corte di giustizia 5^a sezione del 8 maggio 2014 che impone che il termine di decorrenza debba essere fissato in un momento nel quale il ricorrente sia "effettivamente venuto a conoscenza o avrebbe dovuto farlo" (punto 37), riconoscendo che la facoltà di proporre motivi aggiunti non costituisce un' alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva, escludendo che possa farsi onere in capo al ricorrente di impugnare senza ancora conoscere in quel momento i motivi che giustificano il ricorso (punto 40).

Il Consiglio di Stato fornisce dunque un' interpretazione delle disposizioni del diritto nazionale, riguardanti il termine d'impugnazione, in modo coerente con i principi affermati dalla Corte di giustizia (anche in precedenti decisioni).

Quindi è stato sancito il principio secondo il quale il termine di 30 giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione, di cui all'articolo 79, ma "può essere incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto leso o che si ritenga leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità (laddove questi non fossero oggettivamente invincibili dalla richiamata comunicazione) e comunque entro il limite dei 10 giorni che il richiamato comma 5 quater fissa per esperire la particolare forma di accesso semplificato ed accelerato ivi disciplinata".

In definitiva il ricorso è tempestivo.

*

Si sostiene inoltre che il ricorso sarebbe divenuto improcedibile in quanto il servizio bimestrale

risulta esaurito.

L'eccezione non può essere accolta in quanto permane, a prescindere dall'impossibilità, in concreto, di subentrare nel contratto (scaduto), l'interesse a proporre ed insistere nella richiesta di illegittimità dell'azione anche ai fini di futura proposizione di domanda risarcitoria per equivalente.

Sfumato il termine contrattuale (31.12.2016) la ricorrente conserva comunque una posizione giuridica protetta, benchè non più correlata alla richiesta di sostituzione nel contratto (divenuta oramai impossibile), ma comunque utile al fine di poter proporre (entro 120 giorni) la domanda risarcitoria per danni subiti per l'illegittima aggiudicazione, anche in termini di sola "perdita di chance".

Il ricorso va quindi esaminato nel merito.

MERITO.

La ricorrente, seconda graduata, Coopservice soc. coop per azioni (in proprio nonché quale Capogruppo del RTI, con Alarm System Srl), ha impugnato l'esito della gara contestando l'aggiudicazione compiuta in favore di OI Securpol sulla base di un'offerta ritenuta anomala.

Contestando la scelta della PA di non sottoporre l'offerta ad una analisi di adeguatezza.

La gara era retta dal criterio del "minor prezzo" ex art. 95 comma 4 codice 50/2016.

La stazione appaltante ha disposto l'"esecuzione anticipata" del contratto (con verbale del 28.10.2016), essendo ancora in corso le verifiche di sussistenza delle cause di esclusione ex art. 80 Codice 50/2016, rispetto al servizio da avviare all'1.11.2016.

Il petitum della ricorrente è la mancata esclusione della controinteressata aggiudicataria dell'affidamento provvisorio per mesi 2 del servizio di vigilanza (ultimo bimestre dell'anno 2016) degli uffici del Tribunale di tempio Pausania (dando per scontato che l'offerta sarebbe anomala), con aggiudicazione in proprio favore del contratto (sostituzione).

Il provvedimento di aggiudicazione è stato pronunciato il 19/10/2016 dal procuratore generale della Repubblica.

Essendo la gara indetta con il criterio del minor prezzo (art. 95 comma 4 Codice 50/2016), assumeva rilevanza, ai fini dell'aggiudicazione, unicamente il ribasso economico formulato in relazione all'importo a base d'asta di 52.000 euro.

Il ricorso si articola in una pluralità di domande:

*in via principale annullamento degli atti di gara ed in particolare dell'aggiudicazione, con richiesta di esclusione dell'aggiudicataria per aver presentato un'offerta anomala;

*in subordine declaratoria di insussistenza dei requisiti tecnici dell'aggiudicataria per mancata dimostrazione dell'addestramento del personale anteriormente all' offerta;

* Accertamento del diritto della ricorrente al conseguimento del bene della vita, aggiudicazione e stipula del contratto (sostituzione).

Non è stata formulata, invece, domanda per equivalente (né in via principale , né in via subordinata).

Al momento del deposito del ricorso (5.12.2016, notificato il 28/11) era in corso il (breve) contratto bimestrale.

L'Avvocatura sostiene che, essendo il servizio compreso nell'ex allegato II b all'abrogato codice dei contratti 2006, la verifica dell'anomalia era meramente facoltativa.

Parte ricorrente ritiene, invece, che essendo prevista espressamente dalla lex specialis di gara (disciplinare di gara, doc 2, pagina 5, 4^o capoverso) la verifica di anomalia andava obbligatoriamente compiuta, a prescindere dall'inserimento del servizio in allegato IIB.

Sotto tale profilo va rilevato che l'Amministrazione si era autovincolata con la specifica previsione contenuta sub Capo "svolgimento della gara" che recita "si procederà all'individuazione di eventuali offerte anomale o eccessivamente basse, attraverso il sorteggio di uno dei metodi di determinazione, tra i sistemi previsti dall'articolo 97 del decreto legislativo 50 del 18 aprile 2016".

Ne consegue che la verifica dell'anomalia dell'offerta era una fase necessaria e non meramente facoltativa.

Occorre a questo punto valutare la problematica del sorteggio tra i 5 metodi (previsti dalla norma) per calcolare la media aritmetica per l'individuazione della soglia di anomalia.

Per quanto riguarda il sorteggio del metodo di calcolo della soglia di anomalia parte ricorrente sostiene che questo avrebbe dovuto essere effettuato <dopo> aver accertato quante fossero le offerte ammesse. Posto che il numero condizionava la stessa esperibilità del metodo prescelto (inammissibile in alcuni casi).

L'avvocatura sostiene, invece, che il codice dei contratti 2016 non prevede "quando" il sorteggio dei criteri di verifica dell'anomalia debba essere effettuato.

In questo caso il sorteggio è stato operato dal seggio di gara il 13.10.2016, anteriormente all'apertura delle offerte economiche (5), che si sono ridotte a 3 (per intervenuta esclusione di 2 offerte, in sede di esame dell'offerta economica per mancata indicazione della tariffa oraria).

Coopservice ritiene che il sorteggio del metodo di calcolo della soglia di anomalia doveva essere compiuto "dopo" l'accertamento del numero delle offerte ammesse.

Altrimenti vi sarebbe stato un ingiustificato aggravamento del procedimento con adempimenti del tutto inutili.

Alcuni metodi risultano applicabili soltanto se le offerte ammesse superano, in numero, determinate quantità.

La commissione ha effettivamente sorteggiato il metodo di calcolo per il computo della soglia di anomalia (finalizzato alla verifica dell'offerta aggiudicataria) ma "prima" di conoscere il numero delle offerte ammesse.

Nel caso di specie è accaduto, poi, che il numero di offerte ammesse effettivamente non consentiva di dare concreta applicazione al criterio sorteggiato (metodo "e" e coefficiente 0,6).

La Commissione riteneva a quel punto, non essendo applicabile il sistema sorteggiato per la verifica della soglia di anomalia, di poter ritenere (senza ulteriore sorteggio) che l'offerta che presentava il minor prezzo (37,15%), dell'odierna controinteressata, non fosse anomala "in quanto non si sono rinvenuti elementi specifici per poterla ritenere tale, tenuto conto che il Ministero, al fine di rendere il servizio allettante, ha innalzato, rispetto al prezzo attualmente applicato al servizio, l'importo a base d'asta. Pertanto, rapportando l'offerta al prezzo del servizio attualmente applicato, il ribasso presentato dalla OI Securpol è pari al 19,3%".

Ma, risultato inapplicabile il metodo sorteggiato, la commissione avrebbe dovuto procedere ad un nuovo sorteggio, espungendo dai metodi sorteggiabili quelli non applicabili in ragione del numero di offerte ammesse (3).

L'Amministrazione a seguito della non possibile applicabilità del criterio di verifica sorteggiato ha illegittimamente ritenuto che doveva trovare applicazione il criterio residuale di verifica in relazione alle circostanze concrete del caso, che, a sua volta, non poteva che portare, per quanto evidenziato dal seggio di gara, al risultato contestato.

Ma in questo modo la commissione ha sostanzialmente "inventato" un criterio di valutazione del tutto estraneo alla disciplina normativa e alla *lex specialis*.

Le offerte ammesse erano solamente 3, di conseguenza solo due metodi di calcolo erano suscettibili di effettiva applicazione: quello alla lettera c) e quello alla lettera d) dell'articolo 97. Ambedue questi metodi non prevedono il "taglio delle ali"; e, in entrambi i casi, si procede al calcolo della media aritmetica dei ribassi, o in percentuale o in valore assoluto.

Posto che solo 2 sono i metodi applicabili all'appalto in questione, in ambedue i casi l'offerta della Controinteressata risultava anomala. La giurisprudenza chiarisce (cfr. Tar Lazio 878/2017) che in caso di 2 sole offerte sono applicabili solamente due dei criteri indicati: quello sub c) e quello sub d).

La commissione, constatata l'inapplicabilità del criterio sorteggiato (ante conoscenza del numero delle ammesse), avrebbe dovuto rinnovare il sorteggio espungendo i criteri non applicabili, pena la violazione dell'articolo 97 del codice e del disciplinare di gara.

Non sarebbe rilevante l'applicazione dell'uno o dell'altro metodo applicabile (c- d dell'articolo 97 del codice), in quanto in entrambi i casi l'offerta della Controinteressata risulta anomala, con conseguente necessità di verifica.

In un caso (lett. c) il metodo di calcolo è integrato dalla “media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del 20%”;

nell'altro caso (lett d) la somma di € 11.369 andrebbe considerata come soglia oltre la quale l'offerta deve essere considerata anomala (e il ribasso della Controinteressata è superiore alla soglia così calcolata).

I ribassi presentati dai 3 concorrenti sono:

*37,15% OI Securpol;

*27,66% la ricorrente;

*17,18% la nuorese.

In base al primo metodo rileva la Media delle offerte che è di 27,33%; il cui 20% è 5,466%

Quindi $27,33 + 5,466 = 32,796\%$.

Risulta, quindi, che il ribasso della Controinteressata, essendo maggiore, imponeva che l'offerta venisse verificata in sede di anomalia.

In base al secondo metodo la media dei ribassi va, invece, decurtata del 20%; il parametro di riferimento è infatti “la media aritmetica dei ribassi in termini assoluti di tutte le offerte ammesse, decurtata del 20%”.

In questo caso il calcolo dei ribassi, con trasformazione in euro è di € 14.211 (meno il 20%) = € 11.369; ed il ribasso della Controinteressata è di € 19.318, maggiore della soglia così determinata.

Dunque il risultato è analogo, sotto il profilo sostanziale, sia utilizzando la media dei ribassi “percentuali”, sia la media dei ribassi “in termini assoluti”, rispettivamente dei due metodi.

In definitiva il mancato espletamento della fase di verifica di congruità dell'offerta della Controinteressata risulta illegittima. L'offerta andava verificata in considerazione del rilevante scostamento dalla soglia limite, individuata sulla base dei due unici metodi applicabili.

Ma l'accertamento di tale illegittimità non può condurre all'aggiudicazione del servizio alla ricorrente (come richiesto in ricorso), in quanto la fase di analisi dell'offerta migliore non è stata espletata, e tale segmento procedimentale è essenziale ai fini dell'eventuale pronuncia di esclusione della prima graduata.

DOMANDA SUBORDINATA. In relazione ai requisiti tecnici del personale dell'aggiudicataria.

La ricorrente sostiene che l'aggiudicataria sarebbe sprovvista dei requisiti imposti dal capitolato all'articolo 6. In particolare il "previo addestramento" delle GPG inerente la preparazione tecnica e professionale certificata. Si richiedeva in particolare che tale preparazione "dovrà consistere nella perfetta conoscenza delle apparecchiature, la loro gestione e gli allarmi che ne scaturiscono"; inoltre le stesse figure dovevano essere in possesso dell'attestato di idoneità rilasciato dal comando dei vigili del fuoco relativo alla partecipazione al corso di prevenzione incendi per attività a rischio d'incendio elevato rilasciato ai sensi del decreto legislativo 139/2006.

Si sostiene che l'addestramento avrebbe dovuto essere "preventivo" rispetto alla gara.

Sul punto si evidenzia che il concorrente non poteva far acquisire tali conoscenze al proprio personale se non aveva ancora a disposizione le relative attrezzature, che erano a disposizione esclusiva del gestore uscente, RTI Allsystem-Rangers, con contratto che era stato prorogato fino al 30.6.2016 e poi ulteriormente prorogato in favore dello stesso RTI.

Al momento della presentazione dell'offerta, 3/10/2016 ogni candidato era tenuto a dichiarare (e in caso di aggiudicazione a dimostrare), di avere personale addestrato all'utilizzo delle macchine radiogene.

La concorrente, poi aggiudicataria, ha presentato la propria offerta allegando tra i documenti anche il PassOE (cfr. doc. 6 ricorrente), utilizzando cioè il sistema previsto all'art. 6 bis, comma 1, del Codice Appalti 163/2006 (ora art. 81, commi 1 e 2 del D.Lgs. n. 50/2016), con attestazione dei requisiti necessari di partecipazione. Il personale è in possesso delle certificazioni ed autorizzazioni per poter svolgere servizi di vigilanza armata, custodia e televigilanza, in particolare anche quelli, richiesti, del TULPS (licenza prefettizia ex art. 134 TULPS, con autorizzazione ad operare nella Provincia di Sassari).

E la lettera di invito prevedeva che la "verifica" dei requisiti sarebbe avvenuta, in tal caso, tramite il sistema AVCPASS.

Sistema che prevede che la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-professionale ed economico e finanziario, per la partecipazione alle procedure di gara sia acquisita attraverso la Banca dati centralizzata.

AVCpass è un nuovo sistema di verifica dei requisiti di partecipazione alle gare pubbliche (art. 6-bis, comma 1, del Codice Appalti) ove le stazioni appaltanti sono obbligate ad acquisire la documentazione comprovante i requisiti dichiarati in gara esclusivamente attraverso l'utilizzo di una interfaccia web. I dati così acquisiti vanno a costituire la c.d. Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici – BDNCP, istituita presso l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP).

Nel caso di specie OL Securpol ha utilizzato tale innovativo strumento giuridico (cfr. allegati alla domanda di partecipazione, doc. 6) e sulla base di questo l'Amministrazione ha svolto le verifiche.

Per quanto concerne lo specifico profilo sollevato e contestato risulta che l'aggiudicataria ha, poi, richiesto ad Alarm system (gestore uscente, Alarm in RTI), successivamente all'aggiudicazione, la disponibilità a conoscere le attrezzature esistenti presso il Tribunale di Tempio Pausania (considerato che sussistono diversi modelli e tipologie di impianti) al fine di compiere l'addestramento "specifico" del personale da impiegare presso quella struttura.

La concorrente era tenuta, dunque, a dichiarare e dimostrare la propria capacità professionale e predisporre tutti gli elementi necessari per l'esecuzione del servizio, ma l'addestramento "specifico" del personale, in ordine alle attrezzature esistenti, richiedeva la "disponibilità" del gestore uscente (Alarm System) ad accedere all'impiantistica in uso.

Consenso che è tardato (OL sostiene che vi è stato ostruzionismo, con rifiuto di fornire le delucidazioni di natura tecnica), tanto da costringere OL Securpol a sollecitare la Procura Generale e la Procura della Repubblica di Tempio Pausania (che a loro volta hanno interessato il Ministero), ottenendo un incontro per il 30.11.2016 (cfr. doc. 14 verbale manoscritto; a fronte di una aggiudicazione risalente al 19.10.2016), ove Alarm System ha dichiarato la disponibilità a fornire tutte le delucidazioni in merito alle apparecchiature, come richieste da OL Securpol. Nel frattempo OL predisponendo un servizio tramite vigilanza armata (guardiana fisica).

L'incontro disposto dalla Procura si era reso necessario specificamente per "risolvere le problematiche insorte nel passaggio di consegne tra l'impresa subentrante e l'impresa uscente".

La cognizione dei mezzi tecnici presenti è quindi effettivamente avvenuta in sede di passaggio delle consegne.

Dunque l'aggiudicataria ha dichiarato e tempestivamente attestato il possesso delle relative certificazioni inerenti il possesso delle autorizzazioni e l'avvenuta formazione del personale.

Gli attestati di idoneità rilasciati si riferiscono alla capacità di gestione dei sistemi radiogeni, con adeguata conoscenza dei protocolli e procedure di intervento.

L'acquisizione, da parte dell'aggiudicataria, delle "ulteriori e specifiche" conoscenze all'uso delle attrezzature personalizzate, presenti e concretamente utilizzate presso la struttura, sarebbe potuta avvenire solo dopo l'accesso (consentito dal gestore uscente), con correlato e conseguente (auto)addestramento, individualizzato, del personale diretto a gestire lo specifico servizio di vigilanza tramite l'utilizzo della peculiare tipologia di mezzi.

Conoscenze che potevano essere acquisite in forza delle cognizioni già sussistenti, in riferimento ai sistemi operativi in generale.

La domanda subordinata, diretta ad escludere dalla gara la controinteressata, va quindi respinta.

**

CONCLUSIONI IN MATERIA DI RISARCIMENTO.

La decisione della Commissione di non effettuare la verifica “tecnica” di determinazione della soglia di anomalia non ha consentito l’espletamento della necessaria fase di analisi della compatibilità dei costi di esecuzione del servizio di vigilanza in ordine al consistente ribasso offerto dalla aggiudicataria (oltre il 37% rispetto all’importo a base d’asta).

L’aggiudicazione sarebbe, sotto tale profilo, teoricamente suscettibile di annullamento al fine di consentire il “rinnovo” di questa fase della procedura (come avviene in via ordinaria), con applicazione del “coerente metodo” (previo ulteriore sorteggio) e con conseguente valutazione da parte dell’amministrazione (trattandosi di poteri non esercitati) della <affidabilità> (o meno), in

Ma questo Giudice può incidere, valutandone l’illegittimità, sugli atti emanati dall’amministrazione, ma non può sostituirsi nella valutazione discrezionale propriamente amministrativa di analisi dell’anomalia dell’offerta, in tutti gli aspetti che la compongono, in particolare in riferimento ai costi che debbono essere sostenuti.

Ciò è esplicitamente impedito dall’art. 34 comma 2 cpa, che consente il controllo giurisdizionale dell’attività amministrativa provvedimento, ma non ammette che, in mancanza, possa disporsi in sede contenziosa una valutazione avente contenuto e connotati discrezionali.

In via ordinaria si dovrebbe quindi pervenire alla trasmissione degli atti alla PA per un rinnovo parziale di un segmento della procedura, con integrazione (con analisi eventuale anomalia) e con nuova decisione finale (confermativa o non).

Si rammenta, infatti, che l’amministrazione nel verbale conclusivo della procedura si limitava a compiere un “raffronto con la percentuale di ribasso applicata dal gestore uscente”, ai fini di ritenere congrua l’offerta, prescindendo dal criterio di legge (da sorteggiare e) da applicare al caso di specie.

Ma nella fattispecie in esame il deferimento all’amministrazione dell’esercizio di “nuovi poteri”, a seguito della riconosciuta illegittimità dell’aggiudicazione compiuta, implicherebbe l’espletamento di “inutili” nuove valutazioni, in considerazione del fatto che il contratto, di durata solo bimestrale, risulta essersi completamente esaurito (al 31 dicembre 2016), avendo l’aggiudicataria espletato integralmente il servizio che le era stato affidato.

Per quanto concerne gli effetti della parte impugnatoria (in particolare sul contratto/esecuzione anticipata) si evidenzia che il contratto bimestrale, avendo espletato integralmente i propri effetti, non viene travolto, con impossibilità di riconoscimento del danno in forma specifica (cioè

con sostituzione del contraente), per assenza del segmento finale procedimentale.

Ma sotto tale profilo risulta inutile il rinnovo delle operazioni di gara (in materia di verifica dell'anomalia), in riferimento ad un contratto già eseguito e privo ormai di effetti pro futuro.

La decisione giurisdizionale non consente di influire anche sulla disciplina di aggiudicazione e contrattuale.

Sarebbe infatti privo di concreto rilievo rimettere alla PA una valutazione di anomalia in riferimento ad un contratto stipulato ed esaurito.

Peraltro gli elementi accertati in giudizio in ordine al vizio procedimentale (omessa verifica dell'anomalia) costituiscono presupposti, e rappresentano il fondamento (a prescindere dalla mancanza di statuizione di annullamento in riferimento ad una procedura oramai esaurita), per accertare la spettanza attuale, comunque persistente, del danno monetario, per equivalente, da "perdita di chance". Secondo i criteri esposti in motivazione.

Per l'effetto la richiesta della ricorrente di subentrare nel contratto risulta sostanzialmente ormai priva di oggetto.

Non sussiste la concreta e fattuale possibilità di "sostituzione" (come richiesta) in favore del contraente-ricorrente nel contratto stipulato (sempre previo espletamento della fase di anomalia), per maturato esaurimento degli effetti del servizio.

E questo Giudice non può incidere in riferimento ad un contratto che ha esaurito integralmente i propri effetti.

In alternativa sarebbe invece possibile valutare (per dare comunque una tutela, ancorchè in forma ridotta) , l'eventuale portata e rilevanza dell'illegittimità , effettivamente riscontrata ed accertata, della procedura (per omessa valutazione dell'anomalia dell'offerta) ai fini della (diversa) tutela della domanda alternativa di risarcimento "per equivalente".

Ma ciò sarebbe esperibile solo qualora tale (diversa) domanda fosse stata proposta in ricorso o, quanto meno, in atto successivamente notificato, con costituzione di un contraddittorio pieno ed integro.

Nè è ammissibile una "conversione" d'ufficio del contenuto della domanda risarcitoria (peraltro neppure richiesta in giudizio):

da "in forma specifica" a monetaria "per equivalente" e/o per perdita di chance.

In questa controversia sussistono dunque una serie di peculiarità.

In mancanza di espletamento dei relativi poteri, da parte dell'amministrazione, inerenti la valutazione di anomalia, il danno che può essere preso in considerazione non può essere quello, in forma specifica, della "sostituzione" del ricorrente nell'affidamento del servizio

(ormai esaurito).

Infatti, allo stato, la posizione giuridica della ricorrente non può essere quella del diritto ad ottenere l'aggiudicazione (non essendo stata vagliata l'offerta di OI Securpol).

Nè sussistono i presupposti per poter ritenere che solo l'offerta presentata dalla ricorrente Coopservice, con il ribasso del 27,66%, avrebbe potuto essere considerata effettivamente idonea, coerente e utile ai fini dell'aggiudicazione e della stipula, con assegnazione in concreto del servizio di vigilanza, con "certezza" dell'esclusione della controinteressata.

L' "eventuale" (allo stato solo potenziale, ma non sicura) aggiudicazione alla ricorrente non poteva prescindere dalla previa valutazione della (economicamente migliore) offerta proposta da OI Securpol (formulata con ribasso del 37,15%).

Non sussistendo, allo stato, estremi per riconoscere i presupposti per l'esclusione dell'aggiudicataria dalla procedura di gara (in quanto la domanda formulata in via subordinata, per carenza dei requisiti tecnici, è stata infatti respinta).

Senza la preventiva valutazione-verifica dell'eventuale anomalia di questa proposta l'affidamento del servizio alla ricorrente non può connotarsi in termini di "certezza".

Ne consegue che la valutazione del danno, spettante a Coopservice potrebbe, semmai, ricondursi solo alla, diversa, categoria della "perdita di chance" e non dalla (sicura) "perdita di aggiudicazione".

Il danno da perdita di occasione favorevole va valutato in via presuntiva, secondo un giudizio di approssimazione sulle possibilità astratte di ottenere un risultato economico utile, senza che sia necessario, tenuto conto della natura di tale voce di danno, che la ricorrente offra in giudizio una prova specifica al riguardo.

Ma l'analisi della quantificazione del danno può avvenire in sede giudiziaria solo qualora sia stata formulata, come presupposto ineludibile, anche la relativa "domanda" della ricorrente.

Nel caso in esame la ricorrente ha invece chiesto solo il risarcimento in forma specifica con aggiudicazione della gara e stipula del contratto.

Ne consegue che il Collegio non può procedere al computo del danno da perdita di "possibile" aggiudicazione in base ai criteri che sono stati individuati dalla giurisprudenza per la definizione del relativo "quantum", considerando il ribasso formulato in offerta del 27,66% (= 14.383 euro) sulla somma a base d'asta di euro 52.000) e con applicazione di un ragionevole coefficiente di riduzione in relazione al <numero di partecipanti> alla gara (ripartizione fra i 3 soggetti presenti in gara, ammessi dopo l'apertura delle offerte economiche). E comunque con individuazione di una somma che sarebbe commisurata non alla perdita del risultato "utile", ma, solo, alla perdita della "possibilità di conseguirlo", conclusione che si configura coerente con la peculiare (e ridotta) tipologia di danno (perdita di chance).

Ciò in quanto tutti i (3) concorrenti avrebbero potuti risultare , teoricamente, aggiudicatari.

Dunque nel caso di specie potrebbe essere risarcita, ma solo se fosse stata formulata la relativa domanda, solamente una perdita di “chance” della ricorrente all’aggiudicazione.

Tale domanda, se ancora di interesse (considerando l’ammontare estremamente ridotto che potrebbe ottenere), potrà essere oggetto di autonomo ricorso promosso ex art. 30 comma 5° cpa, nel termine di 120 giorni dal passaggio in giudicato di questa sentenza.

In conclusione il ricorso va accolto, ai sensi dell’art.34,comma 3 del codice del processo amministrativo (secondo cui “Quando, nel corso del giudizio, l’annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l’illegittimità dell’atto se sussiste l’interesse ai fini risarcitori.”), limitatamente alla pronuncia di illegittimità della procedura di gara (per omessa valutazione dell’anomalia dell’offerta della controinteressata) , non potendo però essere riconosciuto né il danno né in forma specifica (aggiudicazione-contratto), nè per equivalente, nella ridotta forma di “perdita di chance”, per mancanza della relativa domanda.

Per quanto riguarda le spese di giudizio il Collegio ritiene di disporre la compensazione per la novità della questione.

Spetta, comunque, la restituzione del contributo unificato alla ricorrente da parte dell’Amministrazione, come per legge, in quanto parte soccombente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

lo accoglie limitatamente alla pronuncia di illegittimità della procedura di gara.

Dispone la restituzione del contributo unificato versato, in favore della ricorrente ed a carico dell’Amministrazione.

Spese di giudizio compensate .

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 1 marzo 2017 con l’intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente



Grazia Flaim, Consigliere, Estensore

Gianluca Rovelli, Consigliere