

N. 01873/2016 REG.PROV.COLL.

N. 09010/2015 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9010 del 2015, proposto da Mondial Park '95 Srl, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Sergio Caracciolo, con domicilio eletto in Roma, via Appia Nuova n. 225, presso lo studio del predetto avvocato;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi d'Ottavi dell'Avvocatura comunale, con il quale è domiciliato per legge in Roma, via Tempio di Giove n. 21;

nei confronti di

C.L.T. - Consorzio Laziale Traffico, società consortile a r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Sanino e Franco Coccoli, con domicilio eletto in Roma, viale Parioli n. 180, presso lo Studio Legale Sanino;

e con l'intervento di

*ad adiuvandum:*

Officina Meccanica Settebagni Srl, in proprio e quale mandante del costituendo RTI con la società Mondial Park '95 Srl, in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Sergio Caracciolo, con domicilio eletto in Roma, via Appia Nuova n. 225, presso lo studio del predetto avvocato;

per l'annullamento

dei seguenti atti: A) avviso prot. n. 109157/15, pubblicato il 18 maggio 2015, relativo all'indagine esplorativa "finalizzata all'acquisizione di manifestazioni di interesse per la partecipazione alla gara informale per la concessione ex art. 30 D.Lgs. n. 163/2006 del servizio di rimozione veicoli in sosta d'intralcio e/o pericolo nel territorio di Roma Capitale ed attività connesse"; B) lettera di invito, prot. n. 123284 del 4 giugno 2015, inviata per e-mail alla società ricorrente il 5 giugno 2015, con la quale la stazione appaltante ha comunicato di aver indetto una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 57, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006, per l'affidamento del servizio di cui sopra, per la durata di 17 mesi e per un valore, non soggetto a ribasso, di 5.950.000,00 (IVA esclusa), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006; C) comunicazione trasmessa via e-mail in data 15 giugno 2015, con la quale la stazione appaltante, nel riscontrare la richiesta di proroga avanzata dalla società ricorrente, ha precisato che «l'urgenza dell'individuazione di un nuovo operatore per il servizio rimozioni non consente una riapertura dei termini di presentazione delle offerte»; D) nota prot. n. 142002 del 25 giugno 2015, con la quale la stazione appaltante, nonostante la preinformativa di ricorso, ha comunicato di non aver concesso la proroga richiesta, «stante la sua trasmissione a ridosso della scadenza del termine originario», nonché in ragione dell'esigenza di non violare la *par condicio* e di pervenire all'affidamento dell'appalto in tempi rapidi; E) ogni altro presupposto, connesso e conseguente, con particolare riferimento all'eventuale provvedimento di aggiudicazione provvisoria e/o definitiva già adottato;

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto, ove già stipulato, e per la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento dei danni cagionati dall'adozione dei provvedimenti impugnati;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale, della società Consorzio Laziale Traffico e della società Officina Meccanica Settebagni;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 gennaio 2016 il dott. Carlo Polidori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. In punto di fatto la società ricorrente, nella dichiarata qualità di impresa operante nel settore della rimozione veicoli nell'ambito del territorio capitolino, riferisce quanto segue: A) nell'impugnato avviso la scelta di indire la procedura di gara in epigrafe indicata è stata giustificata dalla stazione appaltante adducendo due presupposti, costituiti dalla «necessità di dare soluzione di continuità al servizio oggetto, successivamente alla scadenza dell'attuale affidamento prevista per il 30/06/15, anche in considerazione delle attività richieste collegate all'evento del prossimo Giubileo straordinario» e dalla «sospensiva dei termini di presentazione delle offerte relative alla gara pubblicata in data 11/08/14 per il servizio *de quo*, stabilita dal TAR Lazio Sezione II, successivamente al ricorso presentato dall'attuale affidatario del servizio, di cui al procedimento n.r.g. 12275/14»; B) nell'impugnata lettera di invito la stazione appaltante ha manifestato l'intento di affidare il servizio mediante una procedura negoziata ad un prezzo, non soggetto a ribasso, di € 5.950.000,00 - ben superiore rispetto al valore stimato pochi giorni prima nell'avviso esplorativo, pari ad € 4.707.000,00 - prevedendo una durata del servizio di 17 mesi (1° luglio - 30 novembre 2016) e un termine per la presentazione delle offerte fissato alle ore 12:00 del 15 giugno 2015, così lasciando appena 6 giorni lavorativi per la presentazione delle offerte; C) inoltre la stazione appaltante ha previsto che «il criterio di aggiudicazione utilizzato è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del D. Lgs. n. 163/2006, il cui punteggio verrà attribuito esclusivamente all'offerta tecnica (totale max punti 100) secondo la valutazione dei seguenti criteri: Disponibilità di ulteriori carri rimotori con le medesime caratteristiche di quelli indicati nel Capitolato Speciale Descrittivo e Prestazionale: punti 10 (dieci) per ogni carro rimotore supplementare offerto. Max punti 50 (cinquanta); Disponibilità di ulteriori aree adibite a depositaria, predisposte per almeno 200 stalli ognuna, rispetto ai minimi richiesti all'art. 5 del Capitolato Speciale Descrittivo e Prestazionale: punti 15 (quindici) per ogni area. Max punti 30 (trenta); Disponibilità di ulteriori furgonette per il servizio bloccaruote, attrezzate con 18 congegni bloccaruote ognuna: punti 10 (dieci). Max punti 20 (venti)», ed ha specificato che «in caso di offerte uguali si procederà ai sensi dell'art. 77 del R.D. 827/1924», così demandando sostanzialmente l'aggiudicazione dell'appalto ad un mero sorteggio; D) essa, non potendo presentare un'offerta seria ed attendibile nel brevissimo termine concesso dalla *lex specialis* - anche in ragione della necessità di chiudere accordi commerciali con soggetti terzi per garantirsi la disponibilità di una delle due aree da adibire a depositarie (così da poter ottenere il punteggio massimo di 30 punti) e di ulteriori carri rimotori - in data 15 giugno ha chiesto una breve proroga del predetto termine, che però la stazione appaltante ha negato adducendo l'esigenza di affidare il servizio in tempi rapidi; E), contestualmente alla richiesta di proroga è stato rappresentato altresì che «la documentazione di gara ... presenta un grave errore che merita di essere emendato, al fine di evitare discrasie valutative e problematiche attuative in corso di contratto», perché nella lettera di invito dapprima si richiede al concessionario di utilizzare un minimo di tre aree, di cui due messe a disposizione dal committente, ma poi si prevede che il concessionario fornisca obbligatoriamente ulteriori due aree, sicché dalla *lex specialis* non si evince, in maniera chiara e univoca, se le aree da impiegare nel servizio dovessero essere tre o quattro; F) a tale rilievo la stazione appaltante ha però omesso di rispondere, osservando che la ricorrente medesima avrebbe dovuto porre, prima, una specifica richiesta di chiarimenti; G) in ragione di quanto precede essa, essendo stata impossibilitata a formulare la propria offerta, in data 23 giugno 2015 ha presentato la preinformativa di ricorso, alla quale la stazione appaltante ha fornito riscontro in data 25 giugno 2015 ribadendo la mancata concessione della proroga del termine e manifestando l'intenzione di non agire in autotutela, essendo già in corso la fase di verifica delle offerte pervenute.

2. Quindi la ricorrente avverso i provvedimenti impugnati deduce le seguenti censure.

I) *Violazione dell'art. 70, nonché degli articoli 2, 27, 30 e 57 del codice degli appalti; violazione dei principi del Trattato posti a garanzia della effettiva concorrenzialità e par condicio dei concorrenti; violazione dei principi di imparzialità, trasparenza, efficienza e buona amministrazione; violazione della Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti solo parzialmente disciplinate dalle direttive in materia di appalti pubblici; violazione dell'art. 39 della Direttiva UE 2014/23 sulle concessioni.* La ricorrente - premesso che, secondo l'art. 70, comma 1, del codice degli appalti, "nel fissare i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione, le stazioni appaltanti tengono conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte" - sostiene che la procedura di gara in esame è illegittima perché la stazione appaltante ha eluso il termine dilatorio normativamente fissato a garanzia di una ponderata formulazione dell'offerta da parte degli operatori economici. In particolare la ricorrente ribadisce di aver ricevuto la lettera di invito soltanto nella giornata di venerdì 5 giugno 2015, a fronte di un termine previsto per la presentazione delle offerte fissato per il 15 giugno 2015, e che un intervallo di appena 6 giorni lavorativi si è rivelato del tutto inadeguato per consentire la formulazione dell'offerta. Invoca poi una sentenza di questo Tribunale (T.A.R. Lazio Roma, Sez. II ter, 23 maggio 2011, n. 4565) con la quale in un caso analogo a quello in esame - riferito ad un contratto rientrante tra quelli di cui all'allegato II-B del codice degli appalti, ma pur sempre escluso dall'applicazione del codice stesso - è stata censurata «l'esiguità del termine (dieci giorni) lasciato ai potenziali concorrenti per la predisposizione di una adeguata offerta, tenuto conto, peraltro, del criterio di aggiudicazione prescelto coincidente con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa». Infine la ricorrente osserva che la previsione del predetto termine non può ritenersi giustificata né dal fatto che trattasi dell'affidamento di una concessione, né tantomeno dalle ragioni di urgenza addotte dalla stazione appaltante. Difatti, come evidenziato dalla Commissione europea nella Comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti solo parzialmente disciplinate dalle direttive in materia di appalti pubblici, anche alle concessioni di servizi si applicano i principi fissati dall'art. 2, comma 2, del codice degli appalti, dai quali discende che, ai fini dell'individuazione del termine per la presentazione delle offerte, occorre tenere nella dovuta considerazione la tempistica necessaria per la predisposizione degli atti di gara. Inoltre, secondo la ricorrente, non essendo ravvisabili nella fattispecie oggettive ed imprevedute ragioni di urgenza, deve ritenersi applicabile, come parametro di riferimento, l'art. 70, comma 5, del codice degli appalti, secondo il quale nel caso delle procedure negoziate il termine minimo da concedere per la presentazione delle offerte è di venti giorni.

II) *Violazione degli articoli 27, 30 e 57 del codice degli appalti; violazione dei principi di massima concorrenza, par condicio e trasparenza; difetto di motivazione; eccesso di potere per illogicità, travisamento dei fatti, sviamento e insussistenza dei presupposti per indire una procedura negoziata d'urgenza.* La ricorrente - premesso che, secondo una costante giurisprudenza, il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, di cui all'art. 57 del codice degli appalti, è ammesso solo in casi eccezionali, che non consentano il ricorso alle ordinarie procedure ad evidenza pubblica - sostiene che nel caso in esame la scelta di far ricorso ad una procedura negoziata per affidare un contratto della durata di 17 mesi, con termini accelerati e restrittivi, è fuori dalle ipotesi tassativamente previste dalla norma, oltre ad essere incoerente ed illogica. Difatti l'urgenza di provvedere - asseritamente determinata dalla sospensione cautelare degli atti di una precedente procedura di gara e dall'imminente Giubileo straordinario - sarebbe stata in realtà causata da una carenza di programmazione o, comunque, da disfunzioni dell'azione amministrativa imputabili alla stazione appaltante e, quindi, risulterebbe inidonea a giustificare il ricorso alla procedura negoziata. In particolare, secondo la ricorrente, si deve considerare che: A) il Giubileo straordinario non costituisce un evento che impatta sul servizio rimozione veicoli e comunque è stato indetto per il giorno 8 dicembre 2015, ossia dopo ben 7 mesi dall'avvio della procedura; B) il servizio di rimozione veicoli è stato affidato all'attuale gestore con procedura ad evidenza pubblica nel lontano 2005 ed ancora oggi è gestito dallo stesso soggetto in regime di proroga - anche per via di due contenziosi (ricorsi n. 109/2011 e n. 12275/2014) e, da ultimo, a causa della sospensione disposta da questo Tribunale ad ottobre 2014 con l'ordinanza n. 5212/2014 (adottata nell'ambito del giudizio introdotto con il ricorso n. 12275/2014, promosso dall'attuale gestore del servizio avverso il bando di gara per l'affidamento del servizio medesimo) da questo Tribunale ad ottobre 2014 - sicché nulla avrebbe impedito alla stazione appaltante di «indire una procedura di gara pienamente rispondente alle disposizioni del codice dei contratti pubblici e, comunque, con termini idonei a garantire la massima partecipazione degli operatori del settore e con criteri di aggiudicazione rispettosi del rapporto qualità/prezzo sancito dall'art. 83 del Codice».

III) *Violazione e falsa applicazione degli articoli 3, comma 40, e art. 57 del codice degli appalti, per assenza assoluta dell'elemento della negoziazione.* La ricorrente - premesso che la procedura negoziata si distingue da quella ristretta, oltre che per le ragioni che ne legittimano l'utilizzo, anche per le concrete modalità con cui si svolge il procedimento, che devono contemplare la fase della negoziazione - si duole del fatto che la *lex specialis* non faccia alcun riferimento a tale fase, così assimilando la procedura in esame ad una normale procedura ristretta, che avrebbe però comportato termini e modalità di partecipazione sostanzialmente diversi e più garantisti per i concorrenti.

IV) *Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del codice degli appalti; violazione del principio di proporzionalità; eccesso di potere per illogicità, ingiustizia, errore sui presupposti, contraddittorietà, difetto di istruttoria e sviamento.* La ricorrente - nel ribadire che tra i criteri di valutazione delle offerte manca l'elemento del prezzo e che è stata prevista l'assegnazione di 100 punti in applicazione di tre criteri di valutazione basati su elementi qualitativi e che non lasciano alcun margine di discrezionalità alla commissione di gara, trattandosi di criteri sostanzialmente matematici - deduce che nel caso in esame risulta completamente snaturato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, così come delineato dall'art. 83 del codice degli appalti. In particolare la ricorrente invoca: A) il terzo periodo del 46° considerando della Direttiva Ce 2004/18, ove si afferma che "le amministrazioni aggiudicatrici, quando scelgono di aggiudicare l'appalto all'offerta economicamente più vantaggiosa, valutano le offerte per determinare quella che presenta il miglior rapporto

qualità/prezzo. A tal fine stabiliscono i criteri economici e qualitativi che, nel loro insieme, devono consentire di determinare l'offerta economicamente più vantaggiosa per l'amministrazione aggiudicatrice. La determinazione di tali criteri dipende dall'oggetto dell'appalto in quanto essi devono consentire di valutare il livello di prestazione che ciascuna offerta presenta rispetto all'oggetto dell'appalto, quale definito nelle specifiche tecniche, nonché di misurare il rapporto qualità/prezzo di ciascuna offerta"; B) la determinazione dell'AVCP n. 7 del 24 novembre 2011, ove si afferma che "l'impostazione corretta tra il peso dei criteri qualitativi e quello dei criteri quantitativi, in particolare del prezzo, deve essere, nei riguardi del peso complessivo, in rapporto di prevalenza a favore dei criteri qualitativi rispetto ai criteri quantitativi, al fine di non frustrare la *ratio* stessa dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che postula la ottimale ponderazione del rapporto qualità/prezzo". In definitiva, secondo la ricorrente, «quando sia stato prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rientra nella discrezionalità della stazione appaltante la determinazione della incidenza degli elementi quantitativi nella valutazione dell'offerta, purché la natura propria del criterio, postulante la ricerca di un equilibrio tra prezzo e qualità, necessariamente correlato alla specificità di ciascun affidamento, non venga tradita con l'attribuzione ai criteri quantitativi di un peso ponderale sproporzionato rispetto a quello attribuito agli altri criteri da tenere in considerazione nella scelta dell'offerta migliore, invece di combinare gli elementi quantitativi con quelli qualitativi onde assicurare, da un lato, alla stazione appaltante il risultato migliore e più conveniente e, dall'altro, consentire ai partecipanti di confidare in una uniforme valutazione dell'offerta».

3. Infine la ricorrente - nel ribadire che la mancata concessione della proroga le ha definitivamente precluso la possibilità di partecipare alla procedura selettiva, privandola della *chance* di ottenere il bene della vita - chiede la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento dei danni cagionati con l'adozione dei provvedimenti impugnati evidenziando quanto segue: A) la riedizione dell'intera procedura di gara sarebbe solo parzialmente soddisfattiva del suo interesse, in ragione del danno derivante dalla perdita della *chance* di partecipare ad una gara finalizzata all'aggiudicazione di un contratto della durata di 17 mesi; B) il danno subito deve, quindi, essere risarcito non solo in forma specifica, ma anche per equivalente, tenendo conto sia del danno economico diretto, commisurato alla quota parte di servizio che non è più possibile rendere, sia di quello indiretto, derivante dalla perdita di pubblicità, di maturazione di esperienza ai fini della qualificazione; C) sotto il profilo soggettivo, l'illegittimità dell'operato della stazione appaltante costituisce un indice presuntivo della sussistenza della colpa grave; D) nella quantificazione del danno da risarcire per equivalente si deve tener conto sia del lucro cessante, pari ad € 595.000,00, sia del c.d. danno curriculare, pari ad € 59.500,00.

4. Roma Capitale si è costituita in giudizio per resistere al ricorso e in data 27 luglio 2015 ha depositato una relazione della stazione appaltante nella quale viene posto in rilievo quanto segue: A) la scelta di non prevedere alcun punteggio per il prezzo si spiega considerando che «gli introiti del concessionario derivano esclusivamente dall'incasso delle tariffe previste dal servizio di rimozione, custodia e restituzione veicoli rimossi, nonché da quelle previste per il servizio bloccaruote, stabilite dal D.M. 401/98 ed aggiornate con D.G.C. n. 265 del 03/08/11. Il valore di detti introiti è direttamente proporzionale alle operazioni svolte, le quali a loro volta dipendono dalle necessità del Corpo di PLRC, conseguenti alle infrazioni al Codice della Strada. Da ciò è evidente l'alea contrattuale, derivante dal tipo di servizio, limitato nel tempo e derivante da eventi che, per quanto prevedibili, non sono quantificabili con assoluta certezza. È stato pertanto considerato il *discrimen* nel "fattore rischio" connesso all'incertezza del ritorno economico dell'attività di gestione, che grava interamente sul soggetto concessionario»; B) il termine per la presentazione delle offerte, fissato per le ore 12:00 del 15 giugno 2015, è stato ritenuto congruo in ragione della pregressa pubblicazione dell'avviso relativo all'indagine esplorativa, che era finalizzata anche a segnalare agli operatori interessati l'imminente svolgimento della gara informale; C) il giorno 15 giugno 2015 lo studio Caracciolo, per conto della società ricorrente, con PEC delle ore 10:26, ossia appena un'ora e mezza prima della scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte, ha chiesto una proroga del predetto termine, contestando l'esiguità dello stesso ed un refuso contenuto nel capitolato speciale, e tale circostanza rivela l'intenzione della ricorrente di «ostacolare o comunque ritardare il regolare svolgimento delle procedure di gara», dal momento che un inoltro della richiesta in tempi congrui sarebbe stato valutato diversamente; D) considerata l'entità della domanda risarcitoria formulata dalla ricorrente, «si potrebbe ravvisare un comportamento volto già in origine a non partecipare alla gara, probabilmente per mancanza di uno o più requisiti, adducendo motivazioni capziose espresse a ridosso dei termini di presentazione delle offerte, con l'intento di ricevere un mancato riscontro alle richieste, oggettivamente dovuto al ritardo con il quale le stesse sono state inoltrate, tutto ciò al fine di giungere innanzi all'organo di giustizia amministrativa e chiedere un cospicuo risarcimento economico»; E) di quanto precede si trae conferma dai bilanci degli ultimi cinque anni della ricorrente, dai quali «semberebbe emergere che nel quinquennio 2010-2014 i ricavi derivanti dall'attività principale non sarebbero rispondenti al requisito finanziario richiesto in sede di gara».

5. In data 21 ottobre 2015 la società ricorrente, ha depositato un atto di integrazione del contraddittorio notificato alla società Consorzio Laziale Traffico - impresa in favore della quale con la determinazione dirigenziale n. 855 del 26 giugno 2015 è stata, nelle more, disposta l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto - che si è costituita in giudizio in data 28 ottobre 2015.

6. La società ricorrente con memoria depositata in data 16 novembre 2015 - nel rappresentare che la stazione appaltante con la determinazione dirigenziale n. 1498 del 3 novembre 2015, a seguito della verifica del possesso dei requisiti, ha disposto di procedere all'esclusione dalla gara della società Consorzio Laziale Traffico, di non convalidare l'aggiudicazione provvisoria e di dichiarare la gara deserta - ha confermato la persistenza del proprio interesse al ricorso ai fini della condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni, evidenziando, in particolare, che: A) seppure essa si fosse collocata seconda in graduatoria, per effetto dell'esclusione della società Consorzio Laziale Traffico avrebbe

avuto «diritto a subentrare» nell'esecuzione del contratto; B) l'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria dimostra che «le censure prospettate nel ricorso hanno colto nel segno».

7. In data 19 novembre 2015 è intervenuta in giudizio, *ad adiuvandum*, la società Officina Meccanica Settebagni, nella dichiarata qualità di mandante del costituendo RTI con la società ricorrente e, quindi, di soggetto titolare di un interesse di fatto dipendente da quello azionato con il ricorso principale. La società interveniente, oltre ad illustrare le suesposte censure, ha proposto un'autonoma domanda risarcitoria, chiedendo la condanna di Roma Capitale al pagamento della somma di € 262.500,00 per il mancato utile riferito ai cinque mesi durante i quali il servizio è stato gestito in proroga dall'attuale affidataria, nonché dell'ulteriore somma di € 630.000,00 per la mancata gestione del servizio dal novembre 2015 al novembre 2016.

8. Roma Capitale con memoria depositata in data 19 novembre 2015 ha replicato a quanto affermato da controparte nella memoria depositata in data 16 novembre 2015 osservando che: A) l'affermazione relativa al «diritto a subentrare» nell'esecuzione del contratto non è condivisibile in quanto la ricorrente non ha partecipato alla gara e, quindi, non vi è prova della sussistenza in capo ad essa dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*; B) il *quantum* della domanda risarcitoria risulterebbe sproporzionato e comunque andrebbe ridotto perché la ricorrente all'udienza del 29 luglio 2015 ha rinunciato alla domanda cautelare.

9. La società ricorrente con memoria depositata in data 28 dicembre 2015 ha insistito per l'accoglimento della sua richiesta risarcitoria evidenziando quanto segue: A) gli strettissimi margini di applicazione delle procedure negoziate sono stati ribaditi dall'ANAC nel parere reso in data 5 novembre 2015 con riferimento alla c.d. seconda gara ponte indetta dall'Amministrazione; B) le circostanze di impellente urgenza che hanno consentito all'Amministrazione di indire la seconda gara ponte non sono ravvisabili nella procedura in esame (prima gara ponte) che, diversamente dalla seconda (oggetto del parere ANAC), è stata indetta ben 6 mesi prima dell'avvio del Giubileo, senza alcuna oggettiva urgenza indipendente dall'indubbia inerzia dell'Amministrazione stessa e, soprattutto, prevedendo un termine di presentazione delle offerte ancor più ristretto (appena 6 giorni lavorativi) di quello stabilito nella seconda gara ponte (14 giorni di cui 10 lavorativi); C) a nulla valgono le argomentazioni difensive dell'Amministrazione resistente che, ai fini del computo dei termini di gara, strumentalmente considera la data di pubblicazione dell'avviso relativo all'indagine esplorativa, perché l'Amministrazione stessa nella sua nota del 9 dicembre 2015 qualifica l'avviso come atto di avvio di una "mera indagine di mercato", cui ha fatto seguito la lettera di invito nella quale sono stati fissati - per la prima volta - i requisiti di partecipazione, i criteri di valutazione delle offerte, nonché termini assolutamente esigui per la presentazione delle offerte, che hanno di fatto impedito alla ricorrente di formulare una offerta completa e seria in qualità di mandataria di un costituendo RTI con la società Officina Meccanica Settebagni; D) anche il diniego di proroga del termine è da ritenere illegittimo in quanto, a fronte di una richiesta presentata prima della scadenza del termine, l'Amministrazione avrebbe potuto e dovuto concedere qualche giorno in più, sia in ragione dell'esiguità del termine iniziale previsto, sia perché la ricorrente era l'unico operatore, tra quelli invitati, che avrebbe potuto presentare una offerta alternativa a quella della società Consorzio Laziale Traffico, che proprio in virtù del diniego di proroga è rimasta l'unico concorrente in gara; E) non possono ritenersi soddisfatti l'annullamento della gara e la pubblicazione dell'avviso relativo alla seconda gara ponte, perché la prima gara aveva una durata di 17 mesi ed un valore di € 5.950.000,00, mentre la seconda di appena 12 mesi ed un valore di € 3.992.000,00, sicché la ricorrente medesima e la società Officina Meccanica Settebagni hanno, ad oggi, definitivamente perso l'opportunità di gestire il servizio per almeno cinque mesi.

10. La società Consorzio Laziale Traffico con memoria depositata in data 28 dicembre 2015 ha eccepito: A) l'inammissibilità del presente ricorso in ragione della mancata impugnazione, da parte della società ricorrente, della suddetta determinazione dirigenziale n. 855 del 26 giugno 2015; B) l'inammissibilità del ricorso per carenza di legittimazione della società ricorrente, in quanto la stessa, come si rileva dalla visura camerale e dalla nota integrativa al bilancio 2014, non svolge l'attività di rimozione veicoli, bensì quella di deposito di vetture e materiali sottoposti e non a sequestro amministrativo o giudiziario e di commercio di autovetture e comunque non era in possesso dei requisiti necessari per partecipare alla procedura di gara in quanto l'importo complessivo dei suoi ricavi nell'ultimo quinquennio è pari ad € 3.586.686,00, mentre la *lex specialis* richiedeva un fatturato globale nell'ultimo quinquennio pari ad € 5.590.000,00; C) la pretesa di proroga del termine per la presentazione dell'offerta era destituita di ogni fondamento in quanto è stata presentata appena un'ora prima della scadenza del termine per formulare l'offerta.

11. Roma Capitale con memoria depositata in data 19 novembre 2015 ha eccepito la cessazione della materia del contendere, anche con riferimento alla domanda risarcitoria proposta dalla società ricorrente, invocando la mancata impugnazione della suddetta determinazione dirigenziale n. 1498 del 3 novembre 2015.

12. La società ricorrente con memoria depositata in data 8 gennaio 2016 ha innanzi tutto replicato alle eccezioni sollevate dalla società Consorzio Laziale Traffico osservando quanto segue: A) non aveva alcun onere di impugnare la suddetta determinazione dirigenziale n. 855 del 26 giugno 2015 perché l'aggiudicazione provvisoria è un atto non definitivo; B) è stata invitata a partecipare alla gara perché, come si può evincere dall'art. 3 del suo statuto, il suo oggetto sociale comprende anche "la rimozione di veicoli di intralcio alla circolazione stradale e relativa custodia, nonché l'applicazione di congegni bloccaruota in aree pubbliche o private previa convenzione con enti pubblici o privati"; C) sebbene sia stata invitata personalmente a partecipare alla gara, vi avrebbe preso parte quale mandataria del costituendo RTI con la società Officina Meccanica Settebagni Srl; D) pur essendosi tempestivamente attivata per organizzare la propria compagine organizzativa e per farsi rilasciare la cauzione provvisoria e le referenze bancarie,

soltanto la mattina del 15 giugno 2015 ha avuto contezza di non riuscire a presentare tempestivamente la propria offerta. Inoltre la ricorrente ha replicato all'eccezione processuale sollevata da Roma Capitale, incentrata sulla mancata impugnazione della suddetta determinazione dirigenziale n. 1498 del 3 novembre 2015, evidenziando che «si palesa quale estremo tentativo per evitare la quanto mai necessaria ed auspicata condanna a risarcire i danni causati alla ricorrente».

13. Alla pubblica udienza del 13 gennaio 2016 il ricorso è stato chiamato e trattenuto per la decisione.

## DIRITTO

1. In via preliminare il Collegio ritiene che non possano essere accolte le eccezioni processuali sollevate dalla società Consorzio Laziale Traffico con la memoria depositata in data 28 dicembre 2015 e da Roma Capitale con la memoria depositata in data 19 novembre 2015. Innanzi tutto giova rammentare che, secondo una consolidata giurisprudenza (*ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. V, 28 luglio 2015, n. 3709), nelle gare pubbliche il concorrente che non risulta vincitore non ha l'onere, bensì la facoltà di impugnare l'aggiudicazione provvisoria disposta in favore di altro concorrente; pertanto non v'è ragione per ritenere che la mancata impugnazione della determinazione dirigenziale n. 855 del 26 giugno 2015, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore della società Consorzio Laziale Traffico, abbia determinato l'inammissibilità (*rectius* l'improcedibilità) del presente ricorso. Parimenti infondate risultano le eccezioni di carenza di legittimazione, sollevate dalla società Consorzio Laziale Traffico sulla base del duplice presupposto che la ricorrente: A) non svolga l'attività di rimozione veicoli; B) non fosse comunque in possesso dei requisiti necessari per partecipare alla gara, perché l'importo complessivo dei suoi ricavi nell'ultimo quinquennio è pari ad € 3.586.686,00, mentre la *lex specialis* richiedeva un fatturato globale nell'ultimo quinquennio pari ad € 5.590.000,00. Difatti a tali eccezioni ha efficacemente replicato la ricorrente osservando che essa: A) come si può evincere dall'art. 3 del suo statuto, ha come oggetto sociale anche "la rimozione di veicoli di intralcio alla circolazione stradale e relativa custodia, nonché l'applicazione di congegni bloccaruota in aree pubbliche o private previa convenzione con enti pubblici o privati"; B) seppure invitata personalmente a partecipare alla gara, vi avrebbe preso parte quale mandataria del costituendo RTI con la società Officina Meccanica Settebagni. Né miglior sorte merita l'ulteriore eccezione di cessazione della materia del contendere, sollevata da Roma Capitale sul presupposto che la stazione appaltante con la determinazione dirigenziale n. 1498 del 3 novembre 2015 abbia disposto di procedere all'esclusione della società Consorzio Laziale Traffico, di non convalidare l'aggiudicazione provvisoria e di dichiarare la gara deserta. Difatti si deve porre in rilievo che: A) da un lato, tale determinazione dirigenziale è stata impugnata innanzi a questo Tribunale dalla società Consorzio Laziale Traffico con il ricorso n. 14266/2015, che risulta tuttora pendente; B) dall'altro, la ricorrente ha rappresentato che il suo interesse non può ritenersi soddisfatto soltanto in forma specifica, mediante la riedizione della gara, ed ha insistito per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento, per equivalente, dei danni conseguenti alla mancata aggiudicazione dell'appalto in suo favore e comunque dei danni da perdita di *chance*.

2. Passando al merito, anche a voler ritenere che nel caso in esame sussistessero i presupposti di urgenza richiesti dal codice degli appalti per far ricorso alla procedura negoziata, risulta comunque fondato il primo motivo, con il quale la società ricorrente si duole della eccessiva brevità del termine di dieci giorni fissato dalla stazione appaltante per la presentazione delle offerte. In proposito giova preliminarmente evidenziare che, sebbene l'art. 70 del codice degli appalti - il quale dispone che "nel fissare i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione, le stazioni appaltanti tengono conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte" (comma 1), e che nelle procedure negoziate "il termine per la ricezione delle offerte viene stabilito dalle stazioni appaltanti nel rispetto del comma 1 e, ove non vi siano specifiche ragioni di urgenza, non può essere inferiore a venti giorni dalla data di invio dell'invito" (comma 5) - non sia richiamato dall'art. 30 del codice degli appalti, tuttavia la disposizione dell'art. 70, comma 1, deve essere considerata espressione di un principio generale, applicabile anche alle gare per l'affidamento delle concessioni, tra le quali rientra la gara in esame. Difatti la Commissione europea nella Comunicazione interpretativa 2006/C 179/02, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici", ha affermato che «un appalto deve essere aggiudicato nel rispetto delle disposizioni e dei principi del trattato CE, al fine di garantire condizioni di concorrenza eque all'insieme degli operatori economici interessati da tale appalto», e che tale obiettivo può essere raggiunto nel miglior modo tramite la previsione di «termini adeguati» per la presentazione delle offerte, specificando che «i termini stabiliti per presentare una manifestazione d'interesse o un'offerta devono essere sufficienti per consentire alle imprese di altri Stati membri di procedere a una valutazione pertinente e di elaborare la loro offerta». Inoltre, come ricordato dalla ricorrente, questo Tribunale (T.A.R. Lazio Roma, Sez. II ter, 23 maggio 2011, n. 4565) in un caso analogo a quello in esame, relativo ad una gara esclusa dall'applicazione integrale del codice degli appalti in quanto finalizzata all'aggiudicazione di un appalto rientrante nell'allegato II-B del codice, ha censurato «l'esiguità del termine (dieci giorni) lasciato ai potenziali concorrenti per la predisposizione di una adeguata offerta, tenuto conto, peraltro, del criterio di aggiudicazione prescelto coincidente con quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa». Ciò posto, il Collegio ritiene che nel caso in esame la previsione di un termine di soli dieci giorni - che di fatto si riducono ad appena 6 giorni lavorativi, perché la lettera di invito è stata ricevuta dalla ricorrente in data venerdì 5 giugno 2015 e il termine per la presentazione delle offerte scadeva lunedì 15 giugno 2015 - non fosse adeguata, "tenuto conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte". In particolare, quanto alla complessità della prestazione oggetto del contratto, è sufficiente evidenziare che per l'aggiudicazione dell'appalto l'Amministrazione ha prescelto il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la ricorrente ha riferito che: A) una delle difficoltà incontrate per presentare la sua offerta nel ristretto termine concesso dalla *lex specialis* è derivata della necessità di chiudere accordi commerciali con soggetti terzi per garantirsi la disponibilità di una delle due

aree da adibire a depositerie, al fine di poter ottenere 30 punti su 100; B) a monte di tale difficoltà si è posto il problema di stabilire se le aree da impiegare per la gestione del servizio dovessero essere tre o quattro, perché nella lettera di invito dapprima si richiede al concessionario di utilizzare un minimo di tre aree, di cui due messe a disposizione dal committente, ma poi si prevede che il concessionario fornisca obbligatoriamente ulteriori due aree. Inoltre, quanto al tempo necessario per preparare le offerte, tenuto conto dell'elevato valore dell'appalto (pari ad € 5.950.000,00) ben si comprendono i problemi incontrati dalla società ricorrente per farsi rilasciare la cauzione provvisoria e le referenze bancarie e per organizzare la propria compagine organizzativa, anche perché la ricorrente stessa ha riferito che - non essendo in possesso del requisito del fatturato globale richiesto dalla *lex specialis* - avrebbe preso parte alla gara quale mandataria di un costituendo RTI. Del resto, sebbene l'art. 70, comma 5, del codice degli appalti non sia applicabile alla fattispecie in esame, non può tuttavia sottacersi che: A) tale disposizione, nel prevedere che nelle procedure negoziate il termine per la ricezione delle offerte non possa essere, di regola, inferiore a venti giorni dalla data di invio dell'invito, consente di fissare un termine inferiore laddove sussistano "specifiche ragioni di urgenza"; B) la stazione appaltante per giustificare la scelta di prevedere un termine di appena dieci giorni per la presentazione delle offerte ha riferito soltanto che tale termine è stato ritenuto congruo in ragione della pregressa pubblicazione dell'avviso relativo all'indagine esplorativa, che era finalizzato anche a segnalare agli operatori interessati l'imminente svolgimento della gara informale, ma a tale argomento ha efficacemente replicato la ricorrente evidenziando che solo nella lettera di invito sono stati fissati, per la prima volta, i requisiti di partecipazione ed i contenuti specifici dell'offerta tecnica.

3. Parimenti fondato risulta il quarto motivo, con il quale la società ricorrente - nel ribadire che la *lex specialis* non ha incluso il prezzo tra gli elementi di valutazione delle offerte, ma ha previsto l'assegnazione di 100 punti in base a tre elementi qualitativi, senza lasciare alcun margine di discrezionalità alla commissione di gara - deduce che nel caso in esame risulta completamente snaturato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, così come delineato dall'art. 83 del codice degli appalti. Difatti, se è vero che in base all'art. 83 del codice il prezzo costituisce uno dei molteplici criteri di valutazione dell'offerta e che rientra nella discrezionalità della stazione appaltante prescegliere tali elementi e stabilire l'incidenza degli stessi nella valutazione dell'offerta, coglie tuttavia nel segno la società ricorrente quando afferma che la caratteristica essenziale del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa consiste nella ricerca di un equilibrio tra prezzo e qualità, che si ottiene attraverso la combinazione degli elementi quantitativi con quelli qualitativi. Peraltro Roma Capitale ha replicato che nel caso in esame la scelta di non prevedere alcun punteggio per il prezzo si può spiegare considerando quanto segue: «gli introiti del concessionario derivano esclusivamente dall'incasso delle tariffe previste dal servizio di rimozione, custodia e restituzione veicoli rimossi, nonché da quelle previste per il servizio bloccaruote, stabilite dal D.M. 401/98 ed aggiornate con D.G.C. n. 265 del 03/08/11. Il valore di detti introiti è direttamente proporzionale alle operazioni svolte, le quali a loro volta dipendono dalle necessità del Corpo di PLRC, conseguenti alle infrazioni al Codice della Strada. Da ciò è evidente l'alea contrattuale, derivante dal tipo di servizio, limitato nel tempo e derivante da eventi che, per quanto prevedibili, non sono quantificabili con assoluta certezza. È stato pertanto considerato il *discrimen* nel "fattore rischio" connesso all'incertezza del ritorno economico dell'attività di gestione, che grava interamente sul soggetto concessionario». Ciò posto, il Collegio osserva che - anche a voler astrattamente ritenere che la stazione appaltante nella valutazione delle offerte potesse prescindere totalmente dal prezzo - tuttavia la scelta operata con la *lex specialis* risulterebbe comunque viziata da eccesso di potere per illogicità. Difatti la stazione appaltante nella lettera di invito - dopo aver previsto che "il criterio di aggiudicazione utilizzato è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del D.Lgs. n. 163/2006, il cui punteggio verrà attribuito esclusivamente all'offerta tecnica (totale max punti 100) secondo la valutazione dei seguenti criteri: 1. Disponibilità di ulteriori carri rimotori con le medesime caratteristiche di quelli indicati nel Capitolato Speciale Descrittivo e Prestazionale: punti 10 (dieci) per ogni carro rimotore supplementare offerto. Max punti 50 (cinquanta); 2. Disponibilità di ulteriori aree adibite a depositaria, predisposte per almeno 200 stalli ognuna, rispetto ai minimi richiesti all'art. 5 del Capitolato Speciale Descrittivo e Prestazionale: punti 15 (quindici) per ogni area. Max punti 30 (trenta); 3. Disponibilità di ulteriori furgonette per il servizio bloccaruote, attrezzate con 18 congegni bloccaruote ognuna: punti 10 (dieci). Max punti 20 (venti)" - ha specificato che "in caso di offerte uguali si procederà ai sensi dell'art. 77 del R.D. 827/1924", così demandando l'aggiudicazione ad un mero sorteggio. Risulta allora evidente che - a fronte della elevata possibilità che fossero presentate offerte uguali, in ragione della scelta di soli tre criteri di valutazione, dalla cui applicazione concretamente non residua alcuna discrezionalità nella valutazione delle offerte - sarebbe stato ben più rispondente ai principi di logica e razionalità dell'azione amministrativa (rispetto alla previsione del sorteggio) includere anche il prezzo tra i criteri di valutazione delle offerte al fine della selezione dell'aggiudicatario.

4. Tenuto conto di quanto precede, il Collegio ritiene che, da un lato, si possa prescindere dall'esame delle restanti censure dedotte dalla società ricorrente e, dall'altro, si debba procedere all'esame della domanda risarcitoria dalla stessa formulata. A tal fine occorre innanzi tutto evidenziare che la ricorrente con la memoria depositata in data 28 dicembre 2015 ha insistito per l'accoglimento di tale domanda evidenziando che non possono ritenersi soddisfatti né l'annullamento della gara di cui trattasi, né la pubblicazione dell'avviso relativo alla seconda gara ponte, in quanto: A) seppure essa si fosse collocata seconda in graduatoria, per effetto dell'esclusione della società Consorzio Laziale Traffico avrebbe avuto «diritto a subentrare» nell'esecuzione del contratto; B) la prima gara ponte aveva una durata di 17 mesi ed un valore di € 5.950.000,00, mentre la seconda ha una durata di appena 12 mesi ed un valore di soli € 3.992.000,00, sicché essa, al pari della società Officina Meccanica Settebagni, ha comunque perso la *chance* di gestire il servizio per almeno cinque mesi. Ciò posto, il Collegio osserva innanzi tutto che il c.d. interesse strumentale azionato dalla ricorrente con il presente ricorso, ossia l'interesse alla riedizione della procedura di gara, risulta sicuramente soddisfatto in forma specifica, attraverso l'annullamento dei provvedimenti impugnati. Invece, quanto alla domanda risarcitoria connessa alla lesione dell'interesse finale, da identificare con l'interesse all'aggiudicazione dell'appalto, il Collegio osserva che la pretesa della società ricorrente, anche se limitata al danno da perdita di *chance*, risulta del tutto infondata alla luce di quanto rappresentato dalla ricorrente stessa in merito alle (già ricordate) difficoltà che le hanno

impedito di presentare un'offerta. In altri termini non si vede come la ricorrente possa pretendere di essere risarcita per i danni connessi alla mancata aggiudicazione dell'appalto se ammette di non essere neppure riuscita a presentare un'offerta. Coglie, quindi, nel segno Roma Capitale quando afferma che la domanda risarcitoria risulta infondata in quanto la ricorrente non solo non ha partecipato alla gara, ma non ha neppure dato prova della sussistenza in capo ad essa dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*. Difatti, a tacer d'altro, dagli atti di causa non si desume neppure se il costituendo RTI tra la società ricorrente e la società Officina Meccanica Settebagni fosse in possesso del requisito, richiesto dalla *lex specialis*, del fatturato globale non inferiore ad € 5.950.000,00 nell'ultimo quinquennio. Ne consegue che la reiezione della domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente determina la reiezione della analoga domanda autonoma proposta dalla società Officina Meccanica Settebagni con il suo atto di intervento e, quindi, si può prescindere dalla verifica della sua ammissibilità.

5. Stante quanto precede la domanda di annullamento dei provvedimenti impugnati deve essere accolta, con assorbimento delle restanti censure, mentre le domande risarcitorie proposte dalla società ricorrente e dalla società Officina Meccanica Settebagni devono essere respinte perché infondate.

6. Tenuto conto del parziale accoglimento del ricorso, sussistono i presupposti per compensare integralmente le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

*Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 9010/2015, lo accoglie nei limiti indicati in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati.*

*Spese compensate*

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Elena Stanizzi, Presidente

Silvia Martino, Consigliere

Carlo Polidori, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/02/2016

IL SEGRETARIO

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