

Pubblicato il 31/03/2021

N. 02710/2021REG.PROV.COLL.

N. 05773/2020 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 5773 del 2020, proposto da Co.N.Ser. s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Donato Antonucci, con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;

contro

Ministero per i beni e le attività culturali, in persona del Ministro *pro tempore*, nonché Galleria Nazionale dell'Umbria, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi *ex lege* dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi 12, sono elettivamente domiciliati;

nei confronti

Il Telaio s.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Calabrese e Filippo Calabrese, con domicilio digitale come da Pec Registri di giustizia;

Il Palinsesto di Vanni Bertini & C. s.n.c., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per l'Umbria (Sezione Prima) n. 62/2020, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero per i beni e le attività culturali, della Galleria Nazionale dell'Umbria e di Il Telaio s.c.a.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 marzo 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, il Cons.

Valerio Perotti, nessuno presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso al Tribunale amministrativo dell'Umbria e successivi motivi aggiunti, la Co.N.Ser. s.c.a.r.l., seconda graduata, chiedeva l'annullamento degli atti relativi all'aggiudicazione, in favore della società Il Telaio s.c.a.r.l., della procedura di gara per l'affidamento del servizio di catalogazione presso la Biblioteca Nazionale dell'Umbria.

A sostegno del proprio gravame deduceva le seguenti censure:

1) *Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis, degli artt. 32, 86, c.5 e 95, c. 2, d.lgs. n. 50/2016 e degli artt. 1, 3 e 6, legge n. 241/1990; eccesso di potere per carenza di istruttoria, irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà della motivazione.*

Secondo la ricorrente, in particolare, la ditta aggiudicataria non avrebbe dimostrato il possesso del requisito di capacità tecnico-professionale di cui all'art. 4, lett. c) dell'avviso al pubblico per l'affidamento del servizio in questione, ossia *“l'esecuzione di contratti, almeno 1, per prestazioni aventi ad oggetto servizi di catalogazione nell'ambito del servizio bibliotecario nazionale per*

biblioteche e/o raccolte di materiale librario, svolti con buon esito nel triennio 2015/16/17, per Enti pubblici/Aziende private, per un valore complessivo, con esclusione dell'IVA, almeno pari a 100.000 euro".

2) *Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis, dell'art. 95 d.lgs. n. 50/2016, delle Linee guida n. 2 ANAC, degli artt. 1 e 3, legge n. 241/1990, dei principi generali di buon andamento, di trasparenza e di par condicio; eccesso di potere per errata valutazione dei presupposti, carenza di istruttoria, irragionevolezza, illogicità e contraddittorietà della motivazione, manifesta ingiustizia, sviamento.*

La ricorrente lamentava l'incongruità delle valutazioni espresse dalla commissione giudicatrice in ordine alle offerte tecniche delle concorrenti in gara, nonché la mancata previsione di *sub*-criteri di attribuzione del punteggio e l'assenza di specifica motivazione in ordine ai punteggi attribuiti alle medesime offerte tecniche.

Costituitesi in giudizio, le amministrazioni intimete si costituivano in giudizio, chiedendo il rigetto del gravame per infondatezza.

Analogamente concludeva la società aggiudicataria del servizio, successivamente costituitasi.

Con sentenza 10 febbraio 2020, n. 62, il giudice adito respingeva il ricorso ed i motivi aggiunti, sul presupposto che la società aggiudicataria avesse fornito adeguata dimostrazione del particolare requisito di capacità tecnica finanziaria richiesto dalla legge di gara, *"atteso che per espresso riconoscimento della stessa società ricorrente, tale dato è chiaramente evincibile dal fatto che in ordine al servizio svolto nel triennio di riferimento, la società aggiudicataria risulta aver catalogato una mole di circa 24.500 volumi, di gran lunga superiore rispetto alla prevista catalogazione di 22.000 esemplari librari di cui al servizio da rendere in favore della Biblioteca Nazionale dell'Umbria"*.

Avverso tale decisione la Co.N.Ser. s.c.a.r.l. interponeva appello, fondato su due articolati motivi di impugnazione.

Si costituiva in giudizio Il Telaio s.c.a.r.l., eccependo l'infondatezza del gravame e chiedendone la reiezione; in un secondo momento si costituivano anche il Ministero per i beni e le attività culturali e la Galleria Nazionale dell'Umbria, con atto di forma e produzioni documentali.

Successivamente le parti ulteriormente precisavano, con apposite memorie, le rispettive tesi difensive ed all'udienza dell'11 marzo 2021 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il primo motivo di appello viene riproposta la censura già dedotta, nel precedente grado di giudizio, quale primo motivo di ricorso introduttivo e consistente nella contestata carenza, in capo all'aggiudicataria, del requisito di partecipazione da questa autocertificato, così come l'omessa verifica, ad opera dell'amministrazione, dell'effettivo possesso di tale requisito in occasione dell'aggiudicazione dell'appalto.

L'appellante sostiene che a fronte di una chiara previsione della *lex specialis*, che richiedeva quale requisito specifico di capacità tecnico-professionale di avere svolto *"prestazioni aventi ad oggetto servizi di catalogazione nell'ambito del Servizio Bibliotecario Nazionale per biblioteche e/o raccolte di materiale librario, svolti con buon esito nel triennio 2015/2016/2017 per enti pubblici / aziende private per un valore complessivo, con esclusione dell'I.V.A., almeno pari ad € 100.000"*, doveva ritenersi privo di fondamento il ragionamento seguito nella sentenza impugnata, per cui, *"in caso di dubbi esegetici"* doveva essere adottata *"la soluzione che consenta la massima partecipazione alla gara"*, consistente nell'ammettere anche dei *"servizi analoghi (o similari), allo scopo di garantire l'osservanza del principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, pur nel rispetto della necessità di scelta di operatori qualificati da parte delle amministrazioni"*.

Il motivo è fondato.

Ai sensi dell'art. 4, lett. c) dell'avviso pubblico per manifestazione di interesse, al fine di individuare gli operatori da individuare alla successiva procedura negoziata per l'affidamento del servizio su cui si controverte, era inequivocabilmente indicato, quale requisito di partecipazione relativamente alla capacità tecnico-professionale, la previa *"Esecuzione di contratti, almeno 1, per*

prestazioni venti ad oggetto servizi di catalogazione nell'ambito del servizio bibliotecario nazionale per biblioteche e/o raccolte di materiale librario svolti con buon esito nel triennio 2015/2016/2017 per enti pubblici/aziende private, per un valore complessivo, con esclusione dell'IVA, almeno pari ad € 100.000". La previsione della *lex specialis* faceva dunque riferimento solamente ai servizi di catalogazione e non ad altro.

Al riguardo, va confermato il principio (*ex multis*, Cons. Stato, V, 22 febbraio 2021, n. 1540), dal quale non vi è ragione evidente di discostarsi, nel caso di specie, secondo cui la richiesta di servizi uguali, piuttosto che analoghi, rientra nell'ampia discrezionalità della quale godono le stazioni appaltanti nell'individuazione dei requisiti speciali di partecipazione purché *"attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione"* (art. 83, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016).

Nel caso di specie la previsione dell'avviso pubblico non era manifestamente sproporzionata – né irragionevole – sol che si consideri la peculiarità del servizio sia di *"catalogazione"* (oltre che *"di recupero catalografico e di altre tipologie di lavorazione catalografica"*) oggetto di affidamento, poiché richiedente un bagaglio di esperienza ed una idoneità tecnico-professionale specifici, di modo che è ragionevole che non sia stato ritenuto sufficiente lo svolgimento di attività similari o anche solo complementari.

In termini più generali, proprio alla luce del piano tenore testuale sopra riportato della legge di gara non è dato cogliere il fondamento dell'incertezza esegetica rilevata nella sentenza impugnata, dovendosi pertanto ribadire il generale principio (*ex plurimis*, Cons. Stato, III, 6 marzo 2019, n. 1547) per cui dev'essere *"privilegiata, a tutela dell'affidamento delle imprese, l'interpretazione letterale del testo della lex specialis, dalla quale è consentito discostarsi solo in presenza di una sua obiettiva incertezza, atteso che è necessario evitare che il procedimento ermeneutico conduca all'integrazione delle regole di gara palesando significati del bando non chiaramente desumibili dalla sua lettura testuale.*

Inoltre, l'interpretazione della "lex specialis" soggiace, come per tutti gli atti amministrativi, alle stesse regole stabilite per i contratti dagli artt. 1362 e ss., c.c., tra le quali assume carattere preminente quella collegata all'interpretazione letterale".

Ciò al fine di garantire che le procedure concorsuali si svolgano secondo obiettivi principi di certezza e di trasparenza (*id est*, di verificabilità), i quali impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole della *lex specialis* di gara.

Ciò premesso sul piano dei principi di ordine generale, va inoltre accolto l'ulteriore profilo di censura in base al quale – contrariamente a quanto ritenuto nella sentenza appellata – non sarebbe stato comunque dimostrato, in capo all'aggiudicataria, il contestato requisito di capacità tecnico-finanziaria e, dunque, la legittimità dell'aggiudicazione disposta in suo favore.

Al riguardo, il primo giudice rileva che *"la ditta aggiudicataria ha attestato di avere realizzato nel triennio di riferimento, "un servizio di oggetto analogo a quello della presente procedura, specificatamente concernente la catalogazione nell'ambito del servizio bibliotecario nazionale per un importo minimo di euro 100.000", richiamando a tal fine il relativo contratto avente ad oggetto "il Servizio di gestione globale della biblioteca Biblionet e attività complementari del Sistema bibliotecario comunale", comprendente il servizio di catalogazione, per un fatturato di oltre 350.000 euro (IVA esclusa) per ciascuna delle annualità in questione (cfr., pag 7, lett. B, punto 3, della manifestazione di interesse in data 27 dicembre 2018)"*.

A tal fine l'aggiudicataria – socia del Consorzio ABN, sottoscrittore del relativo contratto con il Comune di Perugia – aveva dichiarato di possedere il requisito in questione, per avere svolto nel triennio di riferimento il *"servizio di gestione globale della Biblioteca Biblionet e attività complementari del Sistema bibliotecario comunale"*, nel quale era inclusa anche l'attività di catalogazione, dichiarando i seguenti importi complessivi di fatturato: euro 368.435,08 (per l'anno 2015), euro 357.045,41 (per l'anno 2016) ed euro 358.983,85 (per l'anno 2017), senza però

quantificare la quota parte di fatturato riferibile al servizio catalogazione realmente svolto per il Comune.

Tale omissione, evidenzia l'appellante, sarebbe ancor più significativa ove si consideri che l'oggetto dell'affidamento *Biblionet* era in realtà assai composito – come plasticamente emerge dall'art. 8 del relativo capitolato speciale – poiché comprendeva circa una quarantina di prestazioni all'interno delle quali il servizio di catalogazione aveva un ruolo sporadico e marginale e, comunque, circoscritto alle “nuove accessioni”: in tale contesto, Il Telaio s.c.a.r.l. avrebbe principalmente svolto attività c.d. di *front office*, anziché quelle specifiche di catalogazione che costituiscono oggetto esclusivo della gara su cui si controverte (la stessa essendo riferita, ex art. 8 lett. b del capitolato, alle sole nuove accessioni di materiale inventariato).

In questi termini, risulta pertinente il rilievo di parte appellante, secondo cui le evidenziate criticità troverebbero obiettivo riscontro nella risposta a chiarimenti n. 6, fornita proprio dal Comune di Perugia alla Co.N.Ser. il 21 gennaio 2020, in occasione della gara cui la stessa aveva partecipato per l'affidamento del medesimo servizio già espletato da Il Telaio s.c.a.r.l. nel triennio 2015 / 2017.

In tale circostanza l'odierna appellante aveva chiesto all'amministrazione di conoscere “*quanti libri/materiale librario son stati catalogati nell'ambito del servizio bibliotecario nazionale (SBN versione Sebina Next) dalla ditta uscente negli ultimi tre anni di gestione del contratto e quanti libri/materiale librario si ipotizza siano da catalogare annualmente nell'ambito del servizio bibliotecario nazionale (SBN versione Sebina Next) nel corso del nuovo contratto di gestione*”, ricevendo la seguente risposta:

“- *materiale video/audio catalogato negli ultimi tre anni a Biblionet: 534*

- *materiale librario catalogato negli ultimi tre anni a Biblionet: 3.800*

- *si prevede in media un numero di 1.400 documenti annui da catalogare*”.

Tali dati (resi dalla stazione appaltante “a consuntivo” del periodo di gestione de Il Telaio s.c.a.r.l.) sconfessano l'argomento (non documentale, bensì) deduttivo, articolato nella sentenza appellata, secondo cui la parte di corrispettivo specificatamente riferibile all'attività di catalogazione, ancorché non puntualmente indicata dall'aggiudicataria, sarebbe pur tuttavia “*evincibile dal fatto che in ordine al servizio svolto nel triennio di riferimento, la società aggiudicataria risulta aver catalogato una mole di circa 24.500 volumi, di gran lunga superiore rispetto alla prevista catalogazione di 22.000 esemplari librari di cui al servizio da rendere in favore della Biblioteca Nazionale dell'Umbria*”.

E' invece un dato oggettivo quello per cui, moltiplicando il numero complessivo del materiale catalogato (così come riconosciuto dall'amministrazione) per il costo medio di una scheda di catalogazione, stimato dall'appellante – e non contestato dalle parti costituite in giudizio – nella forbice tra euro 3,00 ed euro 3,50, si finisce con l'ottenere un importo triennale variabile dai 13.000 ai 15.000 euro circa, ben lontano dunque dagli euro 100,000 minimi richiesti dalla legge di gara.

Allo stato degli atti di causa non risulta quindi dimostrato il possesso, da parte dell'aggiudicataria, del requisito di capacità tecnico-finanziaria del fatturato minimo specifico richiesto dalla *lex specialis* per la presentazione delle manifestazioni di interesse (presupposto imprescindibile per la successiva ammissione alla procedura negoziata finalizzata all'aggiudicazione), ragion per cui la successiva e conseguente aggiudicazione andrà annullata.

L'accoglimento del primo motivo di appello, avente ad oggetto la stessa sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara in capo ai concorrenti, ha carattere assorbente delle ulteriori censure dedotte dall'appellante.

Alla luce dei rilievi che precedono, l'appello va dunque accolto. Va inoltre dichiarata – in ragione della domanda all'uopo proposta dall'appellante – l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, nelle more del giudizio, tra il Comune di Perugia e Il Telaio s.c.a.r.l.

La particolarità delle questioni affrontate giustifica l'integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso originariamente proposto da Co.N.Ser. s.c.a.r.l. ed annulla gli atti con esso impugnati.

Dichiara l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, nelle more, tra la stazione appaltante e l'operatore economico Il Telaio s.c.a.r.l.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 marzo 2021, tenuta da remoto ai sensi dell'art. 25 d.l. 28 ottobre 2020, n. 137, convertito, con modificazioni, dalla l. 18 dicembre 2020, n. 176, con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

L'ESTENSORE

Valerio Perotti

IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO