

Pubblicato il 29/11/2021

**N. 07951/2021REG.PROV.COLL.**

**N. 00517/2021 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 numero di registro generale 517 del 2021, proposto da Discovery S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Donatello Genovese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**contro**

Comune di Rionero in Vulture, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Zottarelli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

**nei confronti**

Security Department S.r.l., non costituita in giudizio;

**per la riforma**

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata (Sezione Prima) n. 773/2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Rionero in Vulture;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 ottobre 2021 il Cons. Gianluca Rovelli e preso atto delle richieste di passaggio in decisione, senza discussione, presentate dagli avvocati Genovese e Zottarelli;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Riferisce l'appellante Discovery S.r.l. che dal 2010 esercita l'attività di vigilanza nel Comune di Rionero in Vulture, dove ha la propria sede legale ed operativa e di avere espletato il servizio di vigilanza armata discontinua e notturna degli immobili di proprietà del Comune dal marzo 2018 fino al 17 dicembre 2020.

Espone che, con bando - disciplinare di gara del 1° agosto 2020 e relativo capitolato tecnico descrittivo e prestazionale, il Comune di Rionero ha indetto la procedura negoziata telematica per l'affidamento del servizio di vigilanza armata, discontinua e notturna degli immobili di proprietà comunale, nonché del servizio di apertura e di chiusura dell'ingresso principale della sede comunale (Palazzo Rotunno), per il triennio 2020 - 2023, con facoltà di eventuale ripetizione annuale di servizi analoghi alla scadenza contrattuale, mediante R.d.O. - Richiesta di Offerta - sulla piattaforma del M.E.P.A. - Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione.

L'importo a base di gara, al netto dell'IVA, è pari ad € 12.295,00 annui e ad € 36.885,00 per il triennio 2020-2023. Il criterio di aggiudicazione previsto è quello del minor prezzo.

In data 27 agosto 2020 è stata celebrata la gara, alla quale sono state ammesse due sole imprese: l'appellante (che ha offerto il ribasso del 4,94%) e la controinteressata (che ha offerto il ribasso del 21,10%).

Con determinazione del Comandante del Corpo di Polizia Locale n. 114 del 28 agosto, l'appalto è stato aggiudicato alla controinteressata Security Department S.r.l., verso il corrispettivo triennale di € 29.102,26; con successiva determinazione n. 121 del 16 settembre 2020, verificati i requisiti, è stata dichiarata l'efficacia dell'aggiudicazione.

Riferisce ancora la Discovery S.r.l. di avere fatto presente alla stazione appaltante, con note del 29 agosto 2020 e del 14 settembre 2020, il difetto dei requisiti in capo all'aggiudicataria per lo svolgimento del servizio, oltre all'anomalia dell'offerta.

I rilievi dell'appellante sono stati ritenuti infondati dal RUP con nota prot. n. 1026/8 del 21 settembre 2020.

Discovery S.r.l., con ricorso notificato il 28 settembre 2020 ed iscritto il 5 ottobre 2020, al NRG 393, ha adito il TAR Basilicata, chiedendo l'annullamento, previa sospensione, dei seguenti atti:

- 1) determinazione dirigenziale del Comandante del Corpo di Polizia Locale del Comune di Rionero in Vulture n. 114 (RG 484) del 28 agosto 2020;
- 2) verbale n. 1 del 27 agosto 2020 e determinazioni in esso contenute del RUP - Comandante della Polizia Locale;
- 3) comunicazione d'intervenuta aggiudicazione prot. n. 913/8 del 29 agosto 2020 a firma del RUP - Comandante della Polizia Locale;
- 4) determinazione dirigenziale del Comandante del Corpo di Polizia Locale del Comune di Rionero in Vulture n. 121 del 16 settembre 2020 (dichiarazione dell'efficacia dell'aggiudicazione);
- 5) comunicazione prot. n. 1020/8 del 19 settembre 2020 a firma del RUP - Comandante della Polizia Locale;
- 6) nota di riscontro ai rilievi ed all'istanza di accesso della ricorrente prot. n. 1026/8 del 21 settembre 2020 a firma del RUP - Comandante della Polizia Locale;
- 7) lex specialis della gara;
- 8) provvedimenti che approvano la lex specialis.

Il ricorso è stato integrato con motivi aggiunti notificati il giorno 11 gennaio 2020 e depositati in pari data.

Con sentenza n. 773/2020 l'adito Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, ha respinto il ricorso introduttivo e l'atto di motivi aggiunti.

Di tale sentenza, asseritamente ingiusta ed illegittima, Discovery S.r.l. ha chiesto la riforma con rituale e tempestivo atto di appello alla stregua dei seguenti motivi, rubricati:

1) *"Errores in iudicando. Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 del D.lgs. 50/2016 e della lex specialis della procedura negoziata telematica: bandodisciplinare di gara e capitolato tecnico, descrittivo e prestazionale, nelle parti infra specificate. Manifesta anomalia dell'offerta economica dell'aggiudicataria"*

2) “*Errores in iudicando: Violazione e falsa applicazione della lex specialis della procedura negoziata telematica: bando-disciplinare di gara del 1-8-2020 e capitolato tecnico, descrittivo e prestazionale, nelle parti infra specificate. Violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 3, 6 e 7 del D.M. 22-1-2008 n. 37 [regolamento attuativo dell'articolo 11-quaterdecies, comma 13, lettera a), della legge n. 248 del 2 dicembre 2005, recante riordino delle disposizioni in materia di attività di installazione degli impianti all'interno degli edifici]. Eccesso di potere per disapplicazione di atto amministrativo valido ed efficace, contrasto coi precedenti, violazione della par condicio*”.

Ha resistito al gravame il Comune di Rionero in Vulture chiedendone il rigetto.

Alla udienza pubblica del 21 ottobre 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

1. Con il primo motivo di gravame l'appellante ha dedotto in sintesi quanto segue.

1.1. L'offerta della Security Department S.r.l., pari ad € 29.102,26 per il triennio, ad € 9.700,75 annuali e ad € 808,40 mensili, è incongrua e anomala e non garantisce l'effettivo espletamento dei servizi appaltati ed il pagamento del costo del lavoro come da CCNL (così come previsto dall'art. 9 del capitolato).

1.2. La Security Department S.r.l. ha la propria sede legale e la propria centrale operativa in Anzi (PZ) e non opera col servizio di pattugliamento (ronda) nel territorio del Comune di Rionero in Vulture, non avendo committenti abbonati. Questo significa che l'operatore aggiudicatario deve mantenere sul territorio del Comune di Rionero un'autopattuglia composta da una guardia particolare giurata, con auto di servizio avente scritte e loghi identificativi dell'azienda, corredata da tutti gli accessori previsti dal D.M. 269/2010 (faro brandeggiante, radio, giubbetto antiproiettile, torcia, telefonino di servizio, ecc.), dalle ore 22:00 e sino alle ore 06:00 di tutte le notti, incluse quelle festive e festive.

1.3. Tradotto in costi ciò comporta un impiego ingente di risorse in termini di manodopera e costi dell'auto di servizio. Solo queste due voci, afferma l'appellante, portano ad un costo mensile, riveniente dal costo della manodopera e dal costo dell'auto di servizio, pari ad almeno € 4.853,88, così definito: € 134,16 (8 ore guardia particolare giurata) x 30 gg = €. 4.024,80 + costo auto mensile (€ 27,66 x 30 gg) = €. 829,08, per una somma totale mensile di €. 4.853,88 (senza tenere conto dei costi della sicurezza e di quelli generali aziendali, fissi e variabili). Come si vede, conclude l'appellante, l'offerta dell'aggiudicataria, pari ad €. 808,40 mensili, non consente di coprire tali costi.

1.4. Inoltre, l'offerta economica presentata dalla Security Department S.r.l. non ha calcolato l'onere dell'invio su Rionero in Vulture, dal lunedì al venerdì, di personale idoneo e/o di un'autopattuglia che prelevi le chiavi in custodia alla centrale operativa, per l'apertura e la chiusura del Comune, e questo per quattro volte al giorno.

1.5. La sentenza impugnata ha disatteso la censura (si trattava del terzo motivo del ricorso di primo grado), così motivando: “3) non può essere accolta anche la censura, con la quale l'Istituto di Vigilanza ricorrente ha dedotto l'incongruità dell'offerta di € 29.102,26 dell'Istituto di Vigilanza Security Department S.r.l., tenuto conto delle prestazioni oggetto dell'appalto, elencate nell'art. 1 del Capitolato Speciale, e delle relative modalità di svolgimento, stabilite dall'art. 7 del Capitolato Speciale, in quanto la Discovery S.r.l. si è limitata ad affermare che tale offerta “non garantisce l'effettivo espletamento dei servizi appaltati ed il pagamento del costo del lavoro come da CCNL”, mentre l'Istituto di Vigilanza aggiudicatario con nota del 5.9.2020 aveva fatto presente di: A) avere 100 dipendenti, tra cui 60 Guardie Giurate, di cui 30 impiegate nella zona del Vulture-Melfese, e 25 pattuglie radio mobili collegate con la centrale operativa, di cui 6 operanti nei Comuni adiacenti a Rionero in Vulture, una delle quali sarebbe stata dedicata “in pianta stabile” all'appalto di cui è causa; B) possedere una centrale operativa di tipo C avanzato e pluriprovinciale, in grado di svolgere i servizi ad essa connessi sull'intero territorio della Regione Basilicata e sulle Province di Salerno, Cosenza, Taranto e Avellino; C) evidenziando anche che dalla CCIAA dell'Istituto di Vigilanza ricorrente del 24.4.2020 risulta che ha 13 dipendenti, di cui 6 Guardie giurate”.

1.6. Secondo Discovery s.r.l. sul punto la pronuncia è errata in quanto:

a) il maggiore organico di guardie particolari giurate e di pattuglie radiomobili collegate con la centrale operativa vantate dalla controinteressata non consente di ovviare alle diseconomie sopra evidenziate, poiché non è la quantità del personale e dei mezzi, ma la loro dislocazione sul territorio, l'elemento determinante che consente di espletare il servizio al riscatto prezzo previsto dalla Stazione appaltante;

b) la controinteressata non opera nel territorio comunale di Rionero in Vulture, ma, a quanto dichiarato nelle giustificazioni del 5 settembre 2020, avrebbe 6 pattuglie radiomobili “operanti nei comuni immediatamente adiacenti il comune di Rionero in Vulture” (senza, peraltro, dire di quali comuni si tratti); e, per espletare il servizio in Rionero in Vulture, intenderebbe “dislocare in pianta stabile, dedicandola esclusivamente alle attività richieste, una pattuglia radiocollegata con la Centrale Operativa dell'Istituto” (giustificazioni del 5 settembre 2020);

c) questo significa che l'aggiudicataria deve affrontare notevoli costi per garantire il servizio dettagliatamente previsto dal bando (pattugliamento notturno dei 22 immobili comunali indicati, con almeno una guardia particolare giurata; apertura e della chiusura dell'ingresso principale della sede comunale dal lunedì al venerdì, con apertura alle ore 7:45 e chiusura ore 14:15, e, nelle giornate di rientro pomeridiano, ricadenti di martedì e di giovedì, con riapertura alle 15:00 e chiusura alle 18:15; la fornitura, l'installazione e la manutenzione di un sistema di controllo antintrusione presso gli immobili comunali sensibili, collegato alla centrale operativa h24 della stessa impresa, ossia della sede comunale (Palazzo Rotunno) e degli uffici del Comando di Polizia Locale (Palazzo Fortunato);

d) la perizia asseverata datata 14 gennaio 2021 (doc. 19 produzioni di Discovery s.r.l.), dimostrerebbe in modo puntuale l'incongruità dell'offerta della controinteressata.

1.7. Sarebbe così tecnicamente dimostrata la manifesta anomalia dell'offerta della Security Department S.r.l. e la totale inattendibilità delle giustificazioni da essa fornite alla stazione appaltante, recepite dal TAR nella sentenza impugnata, che si rivelerebbe quindi viziata, ingiusta ed illegittima.

2. Il pur articolato motivo di gravame è infondato.

2.1. Secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale dal quale non vi è ragione di discostarsi, la valutazione di anomalia dell'offerta costituisce espressione della discrezionalità tecnica, di cui l'amministrazione è titolare per il conseguimento e la cura dell'interesse pubblico ad essa affidato dalla legge (Consiglio di Stato, sez. V, 14 giugno 2021, n. 4620, cfr. Consiglio di Stato sez. V, 1° giugno 2021, n. 4209): detta valutazione è di norma sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, salvo che non sia manifestamente inficiata da illogicità, arbitarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti, evenienze tutte che non si ravvisano nel caso di specie.

In altri termini il sindacato del giudice amministrativo sulle valutazioni operate dalla stazione appaltante in ordine al giudizio di anomalia dell'offerta non può estendersi oltre l'apprezzamento della loro intrinseca logicità e ragionevolezza, nonché della congruità della relativa istruttoria, essendo preclusa all'organo giurisdizionale la possibilità di svolgere (autonomamente o a mezzo di consulenti tecnici) un'autonoma verifica circa la sussistenza, o meno, dell'anomalia, trattandosi di questione riservata all'esclusiva discrezionalità tecnica dell'amministrazione.

2.2. Il giudice può esprimersi sulla correttezza della regola tecnica adottata, poiché, in sintesi, violare la norma tecnica significa violare la norma giuridica.

2.3. Il controllo del giudice è pieno, ossia tale da garantire piena tutela alle situazioni giuridiche private coinvolte, ma egli non può agire al posto dell'amministrazione, potendo, invece, sicuramente censurare la scelta chiaramente inattendibile, frutto di un procedimento di applicazione della norma tecnica viziato, e annullare il provvedimento basato su di essa.

2.4. Lo schema del ragionamento che il giudice è chiamato a svolgere sulle valutazioni tecniche può essere così descritto:

a) il giudice può limitarsi al controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito nell'attività amministrativa se ciò appare sufficiente per valutare la legittimità del provvedimento impugnato e non emergano spie tali da giustificare una ripetizione, secondo la tecnica del sindacato intrinseco, delle indagini specialistiche;

b) il sindacato può anche consistere, ove ciò sia necessario ai fini della verifica della legittimità della statuizione gravata, nella verifica dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto al criterio tecnico e al procedimento applicativo.

c) devono ritenersi superati ostacoli di ordine processuale capaci di limitare in modo significativo, in astratto, la latitudine della verifica giudiziaria sulla correttezza delle operazioni e delle procedure in cui si concreta il giudizio tecnico ma questo non toglie che, anche in relazione ad una non eludibile esigenza di separazione della funzione amministrativa rispetto a quella giurisdizionale, il giudice non possa sovrapporre la sua idea tecnica al giudizio non contaminato da profili di erroneità e di illogicità formulato dall'organo amministrativo al quale la legge attribuisce la penetrazione del sapere specialistico ai fini della tutela dell'interesse pubblico nell'apprezzamento del caso concreto.

2.5. Ciò detto, se è assodato che il giudice ha pieno accesso al fatto, occorre aggiungere che l'accesso al fatto non può consentire la sostituzione del giudice alla pubblica amministrazione nelle valutazioni ad essa riservate.

I momenti dell'attività del giudice sono due, ben distinti.

Il primo è l'accesso al fatto; in quest'ambito il giudice può verificarne la sua effettiva sussistenza.

Il secondo è la contestualizzazione di concetti giuridici indeterminati che richiede l'applicazione di scienze inesatte.

In questo secondo segmento del processo logico, emergono i limiti al sindacato del giudice (in cui il giudice non può sostituirsi alla p.a.).

2.6. Scontata l'opinabilità della valutazione, il giudice non può sostituirsi all'amministrazione, essendogli consentita la sola verifica di ragionevolezza, coerenza e attendibilità delle scelte compiute dalla stessa.

Se è stata riscontrata una corretta applicazione della regola tecnica al caso di specie, il giudice deve fermarsi, quando il risultato a cui è giunta l'amministrazione è uno di quelli resi possibili dall'opinabilità della scienza, anche se esso non è quello che l'organo giudicante avrebbe privilegiato.

Un conto, quindi, è l'accertamento del fatto storico (che precede ogni valutazione) e un conto è la contestualizzazione del concetto giuridico indeterminato richiamato dalla norma.

Quest'ultimo è fuori dall'accertamento del fatto e rientra nel suo apprezzamento, questo sì, sottratto alla completa sostituibilità della valutazione del giudice a quella dell'amministrazione.

2.7. In conclusione sul punto, il sindacato del giudice nel valutare la legittimità di valutazioni frutto di discrezionalità tecnica, è pieno, penetrante, effettivo, ma non sostitutivo.

Dinanzi a una valutazione tecnica complessa il giudice può pertanto ripercorrere il ragionamento seguito dall'amministrazione al fine di verificare in modo puntuale, anche in riferimento alla regola tecnica adottata, la ragionevolezza, la logicità, la coerenza dell'iter logico seguito dall'autorità, senza però potervi sostituire un sistema valutativo differente da lui stesso individuato.

2.8. Il giudice di prime cure risulta aver fatto buon governo di tali principi posto che le valutazioni dell'amministrazione non risultano in alcun modo censurabili per manifesta illogicità o irragionevolezza.

2.9. Va peraltro osservato che l'argomento principale su cui si sostengono le tesi dell'appellante sta nel constatare che la controinteressata, al contrario della medesima appellante, non opera nel territorio comunale di Rionero in Vulture.

2.10. Si tratta di argomento inconsistente poiché è noto che la verifica di congruità di un'offerta sospetta di anomalia non può essere effettuata attraverso un giudizio comparativo che coinvolga altre offerte, perché va condotta con esclusivo riguardo agli elementi costitutivi dell'offerta analizzata ed alla capacità dell'impresa tenuto conto della propria organizzazione aziendale.

2.11. Inoltre, per costante giurisprudenza di questa Sezione (che peraltro l'appellante mostra di ben conoscere avendo citato numerosi precedenti), il giudizio di anomalia dell'offerta non ha ad oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile e affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto; pertanto la valutazione di congruità deve essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente e in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo (tra le altre, Consiglio di Stato sez. V, 21 luglio 2021, n. 5483).

3. Con il secondo motivo di gravame l'appellante ha dedotto in sintesi quanto segue.

3.1. Le attività di *"fornitura, installazione e manutenzione di sistema di controllo antintrusione presso gli immobili comunali sensibili, collegato a Centrale Operativa h24 della stessa Ditta: Sede Comune (Palazzo Rotunno) - Uffici del Comando di Polizia Locale (Palazzo Fortunato)"* rientrano a pieno titolo tra le attività d'installazione di impianti all'interno degli edifici previste dal D.M. 22-1-2008 n. 37, regolamento delegato emanato in attuazione dell'articolo 11-quaterdecies, comma 13, lettera a) della legge n. 248 del 2 dicembre 2005.

3.2. Dalla visura camerale dell'aggiudicataria Security Department S.r.l. non si evince che la stessa sia abilitata alla installazione degli impianti ai sensi del D.M. 37/2008.

3.3. L'impresa Security Department S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, perché carente, a differenza della ricorrente, dei requisiti per l'espletamento del servizio accessorio di *"fornitura, installazione e manutenzione di sistema di controllo antintrusione presso gli immobili comunali sensibili, collegato a Centrale Operativa h24 della stessa Ditta: Sede Comune (Palazzo Rotunno) - Uffici del Comando di Polizia Locale (Palazzo Fortunato)"*, e perché impossibilitata a subappaltare lo stesso, secondo le chiare previsioni del punto II.2.1 del bando e degli artt. 3 e 18 del capitolato.

3.4. La sentenza impugnata ha disatteso il motivo, osservando che: “1) *la stazione appaltante ha dimostrato che non è necessaria l’abilitazione ex D.M. n. 37/2008, in quanto l’Istituto di Vigilanza aggiudicatario aveva precisato che l’installazione dei due sistemi antintrusione, prevista dal bando di gara, non richiede interventi su impianti elettrici*”.

3.5. In realtà l’impianto antintrusione realizzato dalla controinteressata è un impianto fisso, allacciato alla rete elettrica.

4. Il motivo è fondato.

4.1. E’ pacifico che l’installazione dell’impianto antintrusione dovesse essere effettuato da un’impresa abilitata ai sensi del D.M. 37/2008; è altrettanto pacifico che l’impresa aggiudicataria non fosse in possesso di tale abilitazione.

4.2. L’impresa aggiudicataria nelle giustificazioni del 5 settembre 2020 (doc. 13 produzioni dell’appellante) ha affermato che i sistemi antintrusione “*installati non prevedono interventi sugli impianti elettrici, essendo del tipo c.d. “stand alone”, ossia dispositivi che devono essere semplicemente collegati - tramite una presa di corrente - all’impianto elettrico già esistente*” e che “*le due centrali di allarme installate (una presso il comando della Polizia Locale di Rionero e l’altra presso gli Uffici comunali) sono del tipo Plug and Play ossia collegati alla rete elettrica 220v a mezzo presa elettrica da 16 ampere, mentre i sensori volumetrici, i contatti magnetici e la sirena esterna sono stati collegati alla centrale di allarme in modalità radio bidirezionale 868 Mhz*”, “*ragion per cui non era necessario il possesso dell’abilitazione ai sensi del D.M. n. 37/2008*”.

4.3. Si tratta di argomenti accolti dal Comune e condivisi, in sostanza, dal giudice di prime cure.

4.4. Ma si tratta di argomenti errati.

4.5. Un conto è l’impianto elettrico un conto è l’impianto di allarme.

4.6. Tra i sistemi di sicurezza si possono annoverare, tra gli altri, i sistemi antintrusione e videosorveglianza, i sistemi di controllo accessi, gli impianti di rivelazione e segnalazione incendio, i centri di monitoraggio e ricezione allarmi.

4.7. Il committente è tenuto ad affidare i lavori di installazione, trasformazione, ampliamento e manutenzione straordinaria di tali impianti esclusivamente ad imprese abilitate poiché i sistemi di antifurto rientrano tra gli impianti elettronici di cui all’art. 1 comma 2 lett. b) del D.M. 37 del 2008.

4.8. La sola abilitazione a realizzare impianti elettrici (di cui all’art. 1, comma 2, lettera a) del D.M. 37/2008 non è idonea per l’installazione di impianti antintrusione.

4.9. L’impianto antintrusione da realizzare (e realizzato) da parte dall’aggiudicataria è un impianto fisso, allacciato alla rete elettrica.

4.10. La *lex specialis* della gara prevede che l’impresa appaltatrice debba, tra l’altro, installare e mantenere in perfetta funzionalità il sistema di antintrusione presso gli immobili comunali.

4.11. Si tratta di una delle prestazioni dell’appalto per la quale risulta provato che la Security Department S.r.l non possiede l’abilitazione ai sensi del D.M. 37/2008.

4.12. Il motivo è quindi fondato e la sentenza sul punto deve essere riformata con conseguente accoglimento del ricorso di primo grado e annullamento dei provvedimenti impugnati per quanto di interesse dell’appellante.

5. Come noto, in caso di accoglimento del ricorso avente ad oggetto l’aggiudicazione di una gara pubblica, deve essere dichiarata, se richiesta, anche l’inefficacia del contratto stipulato con l’aggiudicatario a decorrere dalla data di pubblicazione della sentenza di annullamento, disponendo con la medesima decorrenza, il subentro nel contratto del legittimo aggiudicatario; il giudice deve valutare la sussistenza delle condizioni che possano ostacolare il subentro nel rapporto, quali la durata del contratto e la parte di esso che deve essere ancora eseguita (Consiglio di Stato sez. V, 26 luglio 2017, n. 3679).

5.1. In questo caso deve essere dichiarata l’inefficacia del contratto stipulato tra il Comune di Rionero in Vulture e la Department S.r.l in data 15 dicembre 2020 e accolta la domanda di subentro dell’appellante nella gestione del servizio, salvo ulteriore verifica dei requisiti dichiarati dall’appellante medesimo. La gara è stata bandita per il triennio 2020 - 2023, con facoltà di eventuale ripetizione annuale di servizi analoghi alla scadenza contrattuale, il servizio è stato avviato il 17 dicembre 2020 (documento 18 produzioni dell’appellante) e non sussistono ostacoli di sorta al subentro.

6. Deve essere a questo punto esaminata la domanda risarcitoria che concerne il danno da mancata aggiudicazione per il periodo in cui l’appellante non ha potuto svolgere il servizio illegittimamente affidato alla controinteressata.

6.1. Com’è noto, la responsabilità per danni conseguenti all’illegittima aggiudicazione di appalti pubblici non richiede la prova dell’elemento soggettivo della colpa, giacché la responsabilità, negli appalti pubblici, è improntata - secondo le previsioni contenute nelle direttive europee - a un modello di tipo oggettivo, disancorato dall’elemento soggettivo, coerente con l’esigenza di assicurare l’effettività del rimedio risarcitorio (Consiglio di Stato sez. V, 1° febbraio 2021, n. 912).

6.2. Ciò premesso, va chiarito che in caso di illegittima aggiudicazione di un appalto, il concorrente può ottenere, come in questo caso, a titolo di risarcimento in forma specifica, il subentro nel contratto, senza che la sentenza possa essere integralmente eseguita per essere stato parzialmente eseguito il contratto dall’illegittimo beneficiario; in fattispecie come quella all’esame non si estingue l’obbligazione dell’Amministrazione ma si converte in una diversa, di natura risarcitoria, avente ad oggetto l’equivalente monetario del bene della vita riconosciuto dalla sentenza, in parziale sostituzione dell’esecuzione in forza specifica (cfr. Consiglio di Stato sez. V, 26 maggio 2020, n. 3342).

6.3. Per ciò che concerne la quantificazione del danno, la somma da liquidarsi deve essere determinata in una percentuale del mancato utile conseguito dalla ricorrente. E’ noto infatti che, in sede di determinazione del quantum risarcitorio, esclusa la pretesa di ottenere l’equivalente del 10% dell’importo a base d’asta, è necessaria la prova, a carico dell’impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell’appalto, prova desumibile in primis dall’esibizione dell’offerta economica presentata; tale principio trova, infatti, conferma nell’art. 124 del codice del processo amministrativo che, nel rito degli appalti, prevede il risarcimento del danno subito e provato.

6.4. Sulla base di tutti gli elementi sopra descritti si può statuire mediante ricorso all’art. art. 34, comma 4, c.p.a. stabilendo i criteri che l’Amministrazione dovrà seguire per la determinazione del quantum del risarcimento.

In particolare, la stazione appaltante dovrà:

- attenersi all’offerta economica presentata dalla appellante in sede di gara;
- determinare il margine di guadagno che residua dopo l’applicazione del ribasso indicato in sede di gara;
- il mancato profitto, corrispondente all’utile che l’impresa avrebbe conseguito, deve essere calcolato tenendo conto del corrispettivo che sarebbe stato pagato dalla stazione appaltante in ragione del ribasso offerto dall’appellante;
- tale somma deve essere decurtata di tutte le spese necessarie per l’esecuzione del servizio; nel caso in cui l’ammontare delle spese non sia ricavabile dall’offerta presentata in gara, l’Amministrazione potrà valutare l’opportunità di acquisire dalla appellante i necessari

dati, informazioni e chiarimenti, con conseguente sospensione del termine che sarà assegnato dal momento della richiesta fino a quello in cui tali elementi saranno resi disponibili;

- la somma così definita deve essere decurtata dell'eventuale aliunde perceptum conseguito dall'impresa nell'esecuzione di altri servizi durante il tempo di svolgimento del contratto di cui è causa; a tal fine l'impresa è tenuta a fornire alla stazione appaltante i dati relativi ai servizi assunti nel periodo di durata del contratto non eseguito (occorre riferirsi al periodo di mancata esecuzione del servizio a partire dalla data di avvio del medesimo fino a quella del subentro);

- la somma così individuata dovrà essere maggiorata di rivalutazione monetaria secondo l'indice medio dei prezzi al consumo elaborato dall'Istat, che attualizza il danno al momento della sua liquidazione monetaria e gli interessi fino alla data del soddisfo, nella misura del tasso legale.

6.5. Non possono, invece, entrare a far parte delle componenti della somma da risarcire né le spese sostenute per la partecipazione alla procedura concorsuale né il cosiddetto danno curriculare.

6.5.1. Con riferimento alle prime, va ricordato che il danno emergente, consistente nelle spese sostenute per la partecipazione ad una gara d'appalto, non è risarcibile, in favore dell'impresa che lamenta la mancata aggiudicazione dell'appalto. È pacifico che la partecipazione alle gare pubbliche di appalto comporta per le imprese costi che, di norma, restano a carico delle imprese medesime sia in caso di aggiudicazione, sia in caso di mancata aggiudicazione. Detti costi di partecipazione si colorano come danno emergente solo se l'impresa illegittimamente esclude questi profili dell'illegittimità procedimentale, perché in tal caso viene in considerazione soltanto la pretesa risarcitoria del contraente che si duole del fatto di essere stato coinvolto in trattative inutili. Tali danni, peraltro, vanno, in via prioritaria e preferenziale, ristorati in forma specifica, mediante rinnovo delle operazioni di gara e, solo ove tale rinnovo non sia possibile, vanno ristorati per equivalente. Nel caso in cui l'impresa ottenga il risarcimento del lucro cessante per mancata aggiudicazione (o per la perdita della possibilità di aggiudicazione) non vi sono i presupposti per il risarcimento per equivalente dei costi di partecipazione alla gara, atteso che mediante il risarcimento non può farsi conseguire all'impresa un beneficio maggiore di quello che deriverebbe dall'aggiudicazione (Consiglio di Stato, sez. VI, 12 aprile 2013, n. 1999).

6.5.2. Nulla spetta a titolo di danno curriculare, per mancanza di prova nel caso, come quello qui all'esame, in cui non venga dimostrato, ed in apice dedotto, che la mancata aggiudicazione ed esecuzione del servizio oggetto del giudizio ha precluso di acquisire ulteriori commesse pubbliche o quali sarebbero le negative ricadute, in termini di minore redditività, sulla propria immagine commerciale (sulla necessità di dare una prova specifica del danno curriculare si è ormai attestata la giurisprudenza, di cui si richiamano, tra le tante, le seguenti recenti pronunce: Consiglio di Stato sez. V, 26 luglio 2019, n. 5283, Consiglio di Stato, Sez. V, 2 gennaio 2019, n. 14, Consiglio di Stato, 26 aprile 2018, n. 2527).

7. In conclusione, l'appello va accolto nei sensi e termini di cui in motivazione. Per l'effetto, oltre all'annullamento dei provvedimenti impugnati, per quanto di interesse dell'appellante, alla dichiarazione di inefficacia del contratto e al subentro nell'esecuzione del servizio, va ordinato al Comune di Rionero in Vulture, ai sensi dell'art. 34, comma 4, Cod. proc. amm., di proporre all'appellante Discovery s.r.l. il pagamento di una somma, a titolo di risarcimento del danno da mancata aggiudicazione della procedura in questione, nella percentuale di utile determinato sulla base del ribasso del prezzo offerto dall'impresa in gara secondo i criteri esposti ai punti precedenti.

A questo scopo all'amministrazione soccombente è assegnato il termine di 90 giorni dalla comunicazione in via amministrativa, o se anteriore, notificazione della presente sentenza per formulare all'odierna appellante una proposta contenente la somma liquidata a titolo di risarcimento.

8. Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza, nella misura liquidata in dispositivo con distrazione in favore del difensore che ne ha fatto richiesta.

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 annulla l'aggiudicazione e gli altri atti impugnati in primo grado, dichiara l'inefficacia del contratto e dispone il subentro dell'appellante nel servizio e accoglie la domanda di risarcimento del danno nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Condanna il Comune di Rionero in Vulture e l'impresa controinteressata, in solido, al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese del doppio grado di giudizio, complessivamente liquidate in Euro 6.000,00 (seimila) oltre ad IVA, CPA ed accessori di legge da distrarsi in favore del difensore antistatario.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Federico Di Matteo, Consigliere

Alberto Urso, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Gianluca Rovelli**

**IL PRESIDENTE**  
**Fabio Franconiero**

IL SEGRETARIO