

APPALTI - DEROGA EVIDENZA PUBBLICA - INFUNGIBILITA' SERVIZIO - ONERE PROBATORIO

È illegittimo il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, derogatoria dell'evidenza pubblica, qualora la stazione appaltante non motivi adeguatamente sulla sussistenza dei presupposti giustificativi, né si avvalga delle preliminari indagini di mercato al fine di dimostrare l'infungibilità ovvero l'esclusività del servizio o della fornitura.

TAR Lazio, Roma, Sez. I, sentenza n. 12735/2019

Pubblicato il 06/11/2019

N. 12735/2019 REG.PROV.COLL.

N. 03672/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3672 del 2019, integrato da motivi aggiunti,
proposto da
CSI S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e
difesa dall'avv. Angela Francesca Canta, con domicilio digitale come da PEC da
Registri di Giustizia;

contro

Autostrade per l'Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Gentile, con domicilio digitale come da

PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sebino, 29;

nei confronti

Aisico S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Federico Tedeschini e Grazia Maria Gaspari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, largo Messico, 7;

per l'annullamento, previa sospensione,

- dell' "Avviso di aggiudicazione appalto" pubblicato in data 14 febbraio 2019 sulla Gazzetta dell'Unione Europea , nonché in data 18 febbraio 2019 sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana , e del provvedimento di aggiudicazione (di estremi ignoti) ad AISICO S.r.l. dell' "appalto senza previa pubblicazione di un avviso di indizione di gara per la realizzazione di prove crash test per i dispositivi di sicurezza ai sensi della norma uni-en 1317 e rilascio della marcatura CE”;
 - di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, con particolare riferimento alla Determina dirigenziale a contrarre;
- nonché per la dichiarazione di inefficacia
del contratto eventualmente stipulato, ai sensi dell'art. 121 lett. a) CPA,
ovvero, in subordine,
per il risarcimento del danno per equivalente economico, nella misura da definirsi
in corso di causa.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrade per l'Italia S.p.A. e di Aisico S.r.l., con la relativa documentazione;

Vista l’ordinanza cautelare di questa Sezione n. 2653 del 9.5.2019;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 6 e 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del 16 ottobre 2019 il dott. Ivo Correale e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Rilevato in fatto e considerato in diritto quanto segue;

FATTO

Rilevato che, con rituale ricorso a questo Tribunale, la CSI s.p.a. ("CSI") chiedeva l'annullamento, previa sospensione, dell'"Avviso di aggiudicazione appalto" senza previa pubblicazione di un avviso di indizione di gara, concernente l'affidamento ad AISICO S.r.l. ("Aisico") dell'appalto per la realizzazione di "prove 'crash test' per i dispositivi di sicurezza ai sensi della norma UNI-EN 1317 e rilascio della "marcatura CE";

Rilevato che la ricorrente, qualificandosi organismo notificato (Organismo di certificazione n. 0497), riconosciuto dal Ministero dello Sviluppo Economico ed autorizzato al rilascio di "Certificazioni CE", secondo il Regolamento EU 305/2011, rispondenti alla norma UNI EN 1317 – 5, nonché laboratorio di prova accreditato secondo le norme UNI CEI EN ISO/IEC 17025 dall'Ente unico di accreditamento "Accredia" e organismo dotato di vasta e comprovata esperienza nel settore, lamentava che la stazione appaltante Autostrade per l'Italia s.p.a. ("ASPI") aveva affidato il suddetto servizio – della durata di 12 mesi e valore pari a € 298.435,00 - attraverso una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. b.2), del d.lgs. n. 50/2016 ("Codice dei contratti pubblici" o "Codice") e senza consultazioni di mercato;

Rilevato che CSI proponeva, in sintesi, i seguenti motivi di ricorso:

I. VIOLAZIONE (per mancata applicazione) DELL'ART. 59 COMMA 1 D.LGS. 50/2016 - VIOLAZIONE (per erronea applicazione) DELL'ART. 63 COMMA 2

LETT. B.2) D.LGS. 50/2016 - VIOLAZIONE (per mancata applicazione) DELL'ART. 66 COMMA 1 D.LGS. 50/2016 - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI MASSIMA PARTECIPAZIONE, CONCORRENZA, IMPARZIALITA', PARITA' DI TRATTAMENTO - ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA - VIOLAZIONE DELLE LINEE GUIDA A.N.A.C. N. 8 DEL 13 SETTEMBRE 2017", in quanto nel caso di specie era insussistente lo specifico presupposto derogatorio del principio dell'evidenza pubblica, ovvero l'assenza di concorrenza "per motivi tecnici" di cui alla suddetta norma del Codice, non essendo il servizio "infungibile" secondo una dimostrazione oggettiva e trasparente da rinvenirsi motivatamente nella determinazione della stazione appaltante; la motivazione addotta, secondo cui l'operatore economico individuato risultava l'unico in grado di fornire la totalità dei servizi richiesti e funzionali all'attività di ricerca e sviluppo da parte della committente, era apodittica e priva di sostegni oggettivi nonché smentita dai fatti e priva di qualsiasi fondamento e di qualsiasi dimostrazione; né la invocata "continuità del rapporto" poteva certamente considerarsi elemento necessario per lo svolgimento del servizio in questione, non compromettendo un eventuale passaggio a altro ente notificato l'esecuzione del servizio di prove e c.d. "marcatura CE" oggetto principale dell'affidamento;

Rilevato che CSI proponeva anche domanda di declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato, oltre a una domanda risarcitoria per equivalente economico;

Rilevato che si costituivano in giudizio ASPI e Aisico per resistere al ricorso;

Rilevato che con successivo atto per motivi aggiunti introdotto attraverso memoria ritualmente notificata, la ricorrente, sulla base di documentazione acquisita in sede di accesso, lamentava ulteriormente quanto segue;

VIOLAZIONE (per mancata applicazione) DELL'ART. 59 COMMA 1 D.LGS. 50/2016 - VIOLAZIONE (per erronea applicazione) DELL'ART. 63 COMMA 2 LETT. B.2) D.LGS. 50/2016 - VIOLAZIONE (per mancata applicazione) DELL'ART. 66 COMMA 1 D.LGS. 50/2016 - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI MASSIMA PARTECIPAZIONE, CONCORRENZA, IMPARZIALITA', PARITA' DI TRATTAMENTO - ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI MOTIVAZIONE E DI ISTRUTTORIA – TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI - VIOLAZIONE DELLE LINEE GUIDA A.N.A.C. N. 8 DEL 13 SETTEMBRE 2017", in quanto era emersa in realtà la fungibilità del servizio, non avendo la stessa ASPI, nella propria "Nota tecnica" del 14 dicembre 2018, allegata alla determina a contrarre, affermato che l'aggiudicataria fosse in realtà l'unica in grado di fornire il servizio in questione, bensì, semplicemente, che Aisico avrebbe offerto "elevate garanzie di qualità del servizio " e sarebbe stata in "grado di fornire servizi complementari necessari per le finalità di ASPI", alla luce di, presunta, consolidata esperienza e dotazione tecnica ragguardevole, ponendosi così in manifesto contrasto sia con le "Linee Guida" A.N.A.C. n. 8 del 13 settembre 2017, sia con la costante giurisprudenza amministrativa in materia di affidamenti senza previa pubblicazione del bando nel caso di servizi ritenuti infungibili; inoltre, ASPI non aveva condotto alcuna istruttoria o indagine di mercato per verificare l'esistenza di operatori idonei a fornire i servizi richiesti, con ciò violando anche il disposto dell'art. 66, comma 1, del Codice, e non aveva considerato che l'oggetto principale dell'appalto era l'esecuzione di "crash test" e prove complementari finalizzata al rilascio della certificazione CE, per cui le principali prestazioni non riguardavano la "continuità" delle certificazioni già rilasciate da Aisico in passato – al fine di giustificare la invocata continuità del rapporto di collaborazione - bensì l'esecuzione di prove nuove ed il rilascio di certificazioni nuove con riferimento a nuovi dispositivi o, comunque, a dispositivi oggetto di modifiche tali da richiedere

una nuova attività di prove e di certificazione, fermo restando che nulla escludeva che, anche con riguardo a certificati già esistenti, un nuovo soggetto certificatore potesse subentrare al “vecchio”, secondo la disciplina dalla citata norma EN 1317/ - 5, come poteva agevolmente verificare anche ASPI con adeguata attività istruttoria;

Rilevato che la ricorrente evidenziava anche che, data la sostanziale situazione di monopolio da parte di Aisico di tutte le attività di prove e certificazione per i dispositivi di sicurezza di ASPI finora rivestita, l'ingresso di un nuovo operatore avrebbe garantito una maggiore “obiettività”, superando il c.d. “lock in” ovvero la chiusura del mercato concorrenziale;

Rilevato che CSI riproponeva la domanda di inefficacia del contratto, ove nelle more stipulato, fermo restando il risarcimento del danno per equivalente economico in relazione alle prestazioni eventualmente espletate da Aisico;

Rilevato che ASPI e Aisico depositavano memorie per la camera di consiglio, orientate a evidenziare l'infondatezza del gravame, rilevando la controinteressata anche la carenza di interesse di CSI perché non in possesso dell'accreditamento CEN/TR 16303:2012 che le avrebbe consentito l'affidamento del servizio in questione;

Rilevato che, con l'ordinanza in epigrafe, la domanda cautelare era respinta per carenza dei presupposti di cui agli artt. 119 e 120 c.p.a. applicabili alla fattispecie;

Rilevato che, con memoria ritualmente notificata, a valere anche quali (secondi) motivi aggiunti, CSI, dopo aver conosciuto il contenuto del contratto di appalto e del capitolato tecnico, lamentava ulteriormente quanto segue:

“I. VIOLAZIONE (sotto ulteriore profilo) DELL'ART. 63 COMMA 2 LETT. B.2) E DELL'ART. 66 COMMA 1 D.LGS. 50/2016 – VIOLAZIONE (per mancata applicazione) DELL'ART. 68 COMMI 4 – 5 – 6 – 7 D.LGS. 50/2016 - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI DI MASSIMA PARTECIPAZIONE,

CONCORRENZA, IMPARZIALITA', PARITA' DI TRATTAMENTO – -
CONTRADDITTORIETA INTRINSECA - SVIAMENTO DALLA CAUSA
TIPICA - VIOLAZIONE DELLE LINEE GUIDA A.N.A.C. N. 8 DEL 13
SETTEMBRE 2017”;

Rilevato in sintesi che, secondo la ricorrente, il capitolato, da una parte, aveva richiesto che l'appaltatore fosse accreditato ISO/IEC 17025, secondo le specifiche tecniche della norma UNI EN 1317 Parte 5, per l'esecuzione di una serie di attività, tra cui le attività di prova di qualità (c.d. “crash test”); dall'altra parte si era limitato a prevedere che lo stesso appaltatore, limitatamente alla esecuzione delle simulazioni numeriche, disponesse di una “struttura (solo) qualificata” - non “accreditata” - per l'esecuzione di simulazione secondo Technical Report CEN/TR 16303:2012”, che non è una norma approvata in sede europea dagli organismi del CEN, ma, allo stato, una mera “raccomandazione” ovvero un documento di riferimento per la comunità scientifica, non vincolante per le stazioni appaltanti;

Rilevato che secondo CSI le modalità di svolgimento delle simulazioni numeriche di cui alla TR 16303 non sono, peraltro, le uniche applicate dagli operatori del mercato, secondo quanto previsto dal punto A.6 dell'Allegato A alla norma EN 1317 -5, dato che sul mercato operano numerose eccellenze nella simulazione numerica nel rispetto della TR/EN16303 (e della successiva prEN16303), prive di accreditamento ISO/IEC17025, il cui operato è riconosciuto da parte di Enti Certificatori, Amministrazioni Pubbliche e clienti finali;

Rilevato che la ricorrente concludeva nel senso che, qualora il capitolato, all'art. 2 lett. e), dovesse essere inteso nel senso di richiedere il necessario “accreditamento” dell'operatore che svolge le simulazioni numeriche, lo stesso doveva ritenersi illegittimo e doveva intendersi gravato sotto tutti i profili dedotti nel ricorso e che ASPI, del tutto apoditticamente, in assenza di qualsiasi indagine di mercato, aveva

escluso la sussistenza di operatori in grado di fornire prestazioni tecnicamente equivalenti a quelle di Aisico per lo svolgimento delle simulazioni numeriche;

Rilevato che, in prossimità della trattazione di merito, tutte le parti costituite depositavano memorie (anche “di replica”) a ulteriore illustrazioni delle proprie tesi e a confutazione di quelle avverse;

Rilevato che, in particolare, ASPI eccepiva l’inammissibilità dei secondi motivi aggiunti laddove orientati a contestare l’introduzione di una specifica tecnica di esecuzione, censura che avrebbe potuto e dovuto essere proposta al momento del ricorso introduttivo, facendo già la nota tecnica allegata alla determina a contrarre riferimento all’esecuzione di simulazioni numeriche dinamiche validabile e certificabili secondo CEN/TR 16303:2012;

Rilevato che, alla pubblica udienza del 16 ottobre 2019, la causa era trattenuta in decisione;

DIRITTO

Considerato che alla presente fattispecie si applica l’art. 120, commi 6 e 10, c.p.a. e, pertanto, il giudizio è definito con sentenza in forma semplificata;

Considerato che, in linea generale, la società ricorrente, in quanto soggetto imprenditoriale operante nel settore economico oggetto dell’affidamento ed avente interesse all’indizione di una procedura pubblica di gara, in luogo di quella negoziata, deve considerarsi soggetto titolare della relativa “legittimatio ad causam” (Cons. St., Sez. IV, 5.4.06, n. 1789 e Ad. Plen., 7.4.11, n. 4);

Considerato che anche le eccezioni introdotte dalle parti intime, ASPI e Aisico, in ordine alla carenza di interesse non possono trovare condivisione;

Considerato che, per quanto riguarda la controinteressata, essa ha affermato che tale carenza di evincerebbe dalla circostanza per la quale essa vanta sul mercato una posizione tale per cui è l’unica ad essere dotata di tutti i requisiti richiesti nel

contratto di appalto, situazione per la quale cui la Stazione Appaltante ha svolto una procedura negoziata in luogo di una procedura ad evidenza pubblica;

Considerato che, sul punto, la questione verte proprio sul merito della controversia – inerendo l'affidamento a procedura ai sensi dell'art. 63, comma 2, lett. b.2), del Codice, per cui si rimanda al prosieguo per la specificazione;

Considerato, infatti, che Aisico afferma che l'esito di un'eventuale gara sarebbe risultato scontato, essendo lui l'unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica avrebbe determinato (e determinerebbe) uno spreco di tempo e di risorse, perché essa è la sola dotata di una struttura qualificata per l'esecuzione di simulazioni numeriche, essendo – tra l'altro – l'unico laboratorio in Europa ad essere accreditato ai sensi della norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025 per l'esecuzione di simulazioni numeriche ai sensi della norma CEN/TR 16303:2012 ed è anche l'unica società in Italia ad avere contemporaneamente l'accreditamento per la norma EN1317-5 (prove di “crash” su dispositivi di ritenuta stradali) e per la norma EN 1793-5 e EN 1793-6 (prove acustiche);

Considerato che ciò consente di entrare nel merito della fattispecie per valutare la condivisibilità di quanto eccepito, tenuto conto che l'interesse di una ricorrente in questi casi non è quello all'aggiudicazione – come specificato dalla stessa CSI - ma quello, strumentale, a che l'amministrazione, in seguito all'accoglimento del gravame ed in ossequio alle previsioni normative interne e comunitarie, indica una procedura ad evidenza pubblica, aperta o ristretta, alla quale la ricorrente sia ammessa a partecipare, in condizioni di parità con gli altri operatori economici, ovvero a che a una procedura negoziata l'impresa stessa sia almeno invitata (TAR Lazio, Sez. I ter, 4.9.18, n. 9145; Cons. St., Sez. III, 10.1.13, n. 99);

Considerato che, come noto, da plurime conclusioni giurisprudenziali, la procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara riveste carattere di eccezionalità

rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, per cui la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'amministrazione committente dimostrarne l'effettiva esistenza; in caso di forniture e servizi caratterizzati da “infungibilità” ovvero “esclusività”, la scelta di ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara richiede quindi un “particolare rigore” nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente, ed è onere dell'Amministrazione affidante dimostrarne l'effettiva esistenza (Cons. Stato, Sez. VI, 13.6.19, n. 3983 e Sez. III, 18.1.18, n. 310; v. anche Linee Guida Anac n. 8 e Corte UE, 8.4.08, in C-337-05);

Considerato che nel caso di specie, la determina a contrarre del 9.1.19 motivava in tal modo: *“affidamento diretto ad AISICO ex art. 63 comma 2 punto b2), in quanto il soggetto risulta l'unico in grado di fornire la totalità dei servizi richiesti e funzionali all'attività di ricerca e sviluppo da parte di Aspi; inoltre le continuità del rapporto di collaborazione rappresenta condizione per la conservazione delle certificazioni in essere (vedi anche nota tecnica allegata)”*;

Considerato che nella lettera di invito era comunque scritto: *“Nello specifico l'oggetto dell'affidamento consisterà nella realizzazione di prove crash test per i dispositivi di sicurezza ai sensi della norma UNI-EN 1317 e rilascio della marcatura CE.”*;

Considerato che nella suddetta nota tecnica allegata alla determina a contrarre era indicata tale motivazione: *“...Autostrade per l'Italia...ha sviluppato nel corso degli anni una significativa esperienza nella ideazione e realizzazione di progetti da impiegare in ambito autostradale ed in particolare nella ricerca e nello sviluppo di dispositivi di ritenuta e che intende proseguire in tale attività, ai fini della conservazione delle certificazioni CE dei dispositivi esistenti e dello sviluppo di nuovi dispositivi, si rende necessario garantire con continuità il rapporto di collaborazione con AISICO S.r.l., in quanto soggetto unico in grado di fornire con la*

duplice qualifica di 'Laboratorio Prove' dotato di certificazione in Qualità EM ISO/IEC 17025 e di "Organismo Notificato ai sensi del regolamento 305/2011, i seguenti servizi:

1 esecuzione di prove di crash test (in qualità di laboratorio, secondo le specifiche tecniche ai sensi della norma EN 1317 Parte 5) su dispositivi di ritenuta (barriere di sicurezza, attenuatori d'urto, terminali, barriere integrate di sicurezza ed antirumore);

2 esecuzione delle prove di caratterizzazione dei materiali;

3 esecuzione di prove complementari (quali prove di impatto, prove di trazione, prove acustiche, ecc...);

4 fornitura, smontaggio e montaggio dei prototipi;

5 esecuzione di simulazioni numeriche;

6 esecuzione di collaudi acustici;

7 esecuzione di monitoraggi acustici;

8 rilascio e mantenimento, in qualità di "Organismo Notificato", dei certificati di prestazione (marcatura CE) e delle relative modifiche di prodotto;

9 controllo dei piani di fabbricazione (FPC) e valutazione dei possibili fabbricanti ai fini abilitativi per l'inserimento nei certificati di prestazione CE  allegato 2"; oltre alla fornitura ed installazione dei prototipi necessari all'esecuzione dei "crash test";

Considerato che la nota tecnica in questione continuava, richiamando quanto fatto in passato da Aisico (rilascio certificazioni CE per 35 dispositivi e per più di 20 prodotti modificati, realizzazione e validazione dei modelli numerici dei principali dispositivi di ritenuta di ASPI ai fini dell'esecuzione di numerose attività di simulazione agli elementi finiti FEM, in quanto strumento di supporto e verifica delle attività di sviluppo) ed affermando che la continuità del rapporto di collaborazione rappresentava "condizione per la conservazione delle certificazioni in essere", laddove l'affidamento a terzi avrebbe comportato "...la ripetizione in larga parte delle attività a queste connesse (valutazione iniziale siti produttivi, rivalutazione delle

prove e delle simulazioni numeriche già svolte con possibile richiesta di nuove prove e simulazioni, ecc...)”;

Considerato che la motivazione proseguiva, richiamando la circostanza per la quale il soggetto indicato offriva elevate garanzie di qualità del servizio offerto, sulla base di quanto realizzato negli ultimi tre anni e perché offriva anche servizi “complementari”, che erano indicati, tra cui la dotazione “...di una struttura interna alla propria organizzazione per l'esecuzione di simulazioni numeriche dinamiche validabili e certificabili secondo Technical Report CEN/TR 16303:2012”;

Considerato che, alla luce delle ragioni addotte da ASPI nella determina a contrarre e nella nota a essa allegata – che costituiscono gli unici atti in cui è riscontrabile la (necessaria e rigorosa) motivazione per l'affidamento ex art. 63 cit., non potendo valere a tale scopo il contratto, pure più volte richiamato da Aisico, perché strumento di incontro delle rispettive volontà di parte e posteriore all'affidamento, che non può fungere da integrazione motivazionale in tal senso – non può condividersi la tesi della controinteressata per la quale sarebbe elemento decisivo quello per cui essa possiede l'unico laboratorio in Europa ad essere accreditato ai sensi della norma UNI CEI EN ISO/IEC 17025 per l'esecuzione di simulazioni numeriche ai sensi della norma CEN/TR 16303:2012, con conseguente carenza di interesse della ricorrente nel senso sopra evidenziato;

Considerato, infatti, che “l'esecuzione di simulazioni numeriche dinamiche validabili e certificabili secondo Technical Report CEN/TR 16303:2012” era una mero “servizio complementare”, come indicato nella stessa nota tecnica sopra riportata;

Considerato che anche il relativo capitolato (art. 2) prevedeva che l'affidatario doveva essere soggetto “autorizzato” ad effettuare prove di impatto ed al rilascio dei “certificati di prestazione” (Marcatura CE) e, pertanto, dotato di:

- certificazione di Qualità EM /ISO/IEC 17025 per l'esecuzione di prove effettuate in conformità alla norma UNI EN 1317;
- accreditamento in qualità di “Notified Body” ai sensi del regolamento 305/2011, per le seguenti attività: certificazione dei dispositivi, controllo della produzione in fabbrica, attività di prova di qualità di laboratorio, secondo le specifiche tecniche della norma UNI EN 1317 Parte 5”;

Considerato che risulta provato in giudizio da CSI di essere organismo notificato al rilascio di Certificazioni rispondenti alla norma UNI EN 1317 - 5 nonché laboratorio di prova accreditato secondo UNI CEI EN ISO/IEC 17025 dall'Ente unico di accreditamento Accredia (n. di accreditamento 0006) per la realizzazione delle prove e dei collaudi distruttivi (“crash test”) per i dispositivi di sicurezza ai sensi delle norme UNI EN 1317 (parti 1, 2, 3, 4 e 8);

Considerato, quindi, che il capitolato, la determina a contrarre e la nota tecnica non richiedevano, per le simulazioni numeriche, la necessità di un “accreditamento CEN/TR 16303:2012” da parte dell'affidatario, limitandosi il capitolato a stabilire che l'assegnatario della commessa disponesse di “struttura qualificata” per l'esecuzione di simulazioni numeriche secondo “CEN/TR 16303:2012” (art. 2, lett. e);

Considerato, quindi, che il suddetto “accreditamento” non era condizione di affidamento del servizio;

Considerato che CSI ha parimenti dimostrato di potere eseguire le simulazioni numeriche e la validazione dei modelli FEM ex “CEN/TR 16303:2012”, avvalendosi di società in possesso di laboratori qualificati;

Considerato, per rimanere in tale ambito - e, quindi, nel merito della controversia - che la motivazione di ASPI non appare orientata nel complesso ad accertare la “infungibilità” della prestazione quanto, piuttosto, a mantenere il rapporto con Aisico per ragioni di mera convenienza pratica;

Considerato, infatti, che non risulta dimostrato – rimanendo alla motivazione di cui alla richiamata determina – come la continuità del rapporto di collaborazione rappresentasse “condizione per la conservazione delle certificazioni in essere”, dato che non è indicato in base a quale norma la conservazione delle certificazioni sarebbe compromessa in caso di cambio del soggetto che provvede, ben potendosi avviare una procedura che confermi la validità delle precedenti attestazioni, come condivisibilmente osservato dalla ricorrente;

Considerato che il Collegio conviene con quanto rilevato da CSI in ordine all'esecuzione di prove ed il rilascio di certificazioni “nuove” con riferimento a nuovi dispositivi, o comunque, a dispositivi oggetto di modifiche tali da richiedere una nuova attività di prove e di certificazione, che caratterizzava il servizio affidato, per cui sotto tale profilo non è chiarito perché Aisico fosse l'unico soggetto idoneo a provvedere anche per il futuro;

Considerato che proprio quanto osservato – anche nel presente giudizio – da ASPI in merito alle caratteristiche ulteriori che Aisico vanterebbe, poteva semmai costituire fondamento per un eventuale confronto concorrenziale in sede di procedura pubblica, ai fini dell'attribuzione di punteggio, ma non evidenziava l'”infungibilità” (assoluta) del servizio richiesta dall'art. 63, lett. b2, cit.;

Considerato che il Collegio non riscontra alcuna motivazione con la quale la stazione appaltante abbia escluso la possibilità di potere eseguire il servizio, compresi quelli “complementari” mediante avvalimento, RTI o subappalto, anche da parte di imprese europee;

Considerato altresì, che non risulta dimostrato che sul mercato non esistano diversi enti “qualificati” ad eseguire le simulazioni numeriche e la validazione dei modelli FEM secondo 16303:2012;

Considerato, pertanto, che pure non è chiarito a sufficienza la ragione per la quale ASPI non abbia dato luogo almeno a consultazione preliminare ai sensi dell'art. 66,

comma 1, del Codice, tenuto conto che la medesima ha rappresentato di aver già svolto nel 2010-14 un sondaggio di mercato per l'esecuzione di prove di "crash test" su dispositivi di ritenuta e mantenimento di certificazione CE, alla quale avevano comunque partecipato altri operatori, anche se in misura ristretta, a testimonianza della sussistenza di soggetti idonei, da soli o magari in RTI o avvalimento, a provvedere ai servizi richiesti;

Considerato che la circostanza per la quale ASPI abbia aumentato i servizi richiesti non la esimeva dal provvedere almeno a una indagine di mercato preliminare e dal motivare sulle ragioni per cui non poteva sussistere un affidamento a altre (anche sotto forma di compagini di) imprese;

Considerato, pertanto, che sotto tale profilo il motivo del ricorso introduttivo, come meramente integrato nei motivi aggiunti, può trovare accoglimento per quanto riguarda la domanda di annullamento ed è idoneo ad assorbire quanto ulteriormente sviluppato nei motivi aggiunti, così che appare irrilevante l'eccezione di tardività dei secondi, come sollevata;

Considerato che, in relazione alla conseguenza di ciò, il Collegio ritiene però di non accogliere la domanda di inefficacia del contratto, ai sensi dell'art. 121, comma 1, c.p.a.;

Considerato, infatti, che il Collegio ritiene applicabile alla fattispecie quanto previsto dal successivo comma 2, secondo cui *"Il contratto resta efficace, anche in presenza delle violazioni di cui al comma 1 qualora venga accertato che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale imponga che i suoi effetti siano mantenuti. Tra le esigenze imperative rientrano, fra l'altro, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale"*;

Considerato che risulta dichiarato in pubblica udienza da ASPI, e non contestato con elementi oggettivi da CSI, che il contratto risulta eseguito per circa il 70%

(come da documentazione da ultimo depositata) e che, alla luce della peculiarità del servizio in affidamento, sussistono quelle imprescindibili ragioni di carattere tecnico richiamate dalla norma, tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale, anche alla luce della durata annuale del contratto;

Considerato che non trova applicazione la fattispecie di cui all'art. 122 c.p.a., non potendo subentrare la ricorrente in seguito all'annullamento dell'aggiudicazione, non essendo stata svolta alcuna procedura di gara con relativa classificazione di altre imprese;

Considerato che l'art. 121, comma 4, c.p.a. prevede che *“Nei casi in cui, nonostante le violazioni, il contratto sia considerato efficace o l'inefficacia sia temporalmente limitata si applicano le sanzioni alternative di cui all'articolo 123”*;

Considerato che l'art. 123, comma 2, prevede che *“Il giudice amministrativo applica le sanzioni assicurando il rispetto del principio del contraddittorio e ne determina la misura in modo che siano effettive, dissuasive, proporzionate al valore del contratto, alla gravità della condotta della stazione appaltante e all'opera svolta dalla stazione appaltante per l'eliminazione o attenuazione delle conseguenze della violazione. A tal fine si applica l'articolo 73, comma 3. In ogni caso l'eventuale condanna al risarcimento dei danni non costituisce sanzione alternativa e si cumula con le sanzioni alternative”*;

Considerato che al fine del rispetto del contraddittorio, alla pubblica udienza del 16 ottobre 2019 è stato fatto esplicito richiamo a tale norma anche ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a., e, sul punto, i difensori presenti per le parti, in particolare quello di ASPI, si sono soffermati in sede di discussione orale;

Considerato che, alla luce dei presupposti dell'art. 123, comma 2, ora riportati e per la peculiarità della fattispecie, il Collegio ritiene congruo applicare nei confronti di ASPI la sanzione di cui all'art. 123, comma 1, cit., nella misura dell'1% del valore

dell'appalto, che può desumersi dall'avviso di aggiudicazione e dal contenuto del contratto - come depositati in atti - in euro 298.435,00;

Considerato che, secondo il contenuto della presente sentenza, il Collegio ritiene infine che, anche a voler ritenere che le sanzioni di cui all'art. 123 cit. siano soggette alla legge n. 689 del 1981 - secondo alcune posizioni di dottrina e giurisprudenza per cui esse avrebbero natura di tipo "afflittivo/punitivo" e perciò ad esse sarebbe applicabile la legge n. 689/1981, ivi compreso il relativo art. 3, che, com'è noto, sancisce il c.d. "principio di colpevolezza" - nel caso in esame sussista l'elemento della colpa grave in capo alla stazione appaltante, primaria impresa del settore tenuta a valutare con estrema attenzione l'applicabilità o meno di tutte le norme del Codice dei contratti pubblici;

Considerato, quindi, che ASPI dovrà versare la somma pari all' 1% di 298.435,00 euro all'entrata del bilancio dello Stato - con imputazione al capitolo 2301, capo 8 "Multe, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria" - entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della presente sentenza;

Considerato, inoltre, che ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. a), cit., la presente sentenza deve essere comunicata, a cura della Segreteria della Sezione, al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione;

Considerato che sarà onere di ASPI, secondo quanto illustrato nella presente sentenza, valutare quanto previsto nella determina a contrarre in ordine al rinnovo del contratto alla sua scadenza;

Considerato quanto segue in relazione alla domanda subordinata della ricorrente di risarcimento del danno per perdita di "chance" in caso di mancata dichiarazione di inefficacia contrattuale;

Considerato che, in linea generale, il negare il risarcimento una volta accertati tutti gli elementi strutturali dell'illecito extracontrattuale ex art. 2043 c.c., nel quale si

inquadra il danno da illegittimità provvedimento, equivarrebbe a negare il rimedio risarcitorio, invece riconosciuto a livello sovranazionale, per realizzare le esigenze di effettività e non discriminazione dei ricorsi giurisdizionali in materia di procedura a evidenza pubblica;

Considerato che un eventuale diniego del risarcimento si porrebbe anche in contrasto con i principi fondamentali del processo amministrativo, ed in particolare quello secondo cui la giurisdizione amministrativa «assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo» (art. 1 c.p.a.), oltre che con le regole settoriali del contenzioso sugli appalti pubblici, in particolare quella sancita all'art. 124, comma 1, c.p.a., secondo cui nel caso in cui il giudice laddove “non dichiara l'inefficacia del contratto dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato” (Cons. Stato, Sez. V, 17.12.18, n. 7117);

Considerato, sempre in linea generale, che la giurisprudenza ha riconosciuto che la “chance” è risarcibile in quanto già presente nel patrimonio dell'operatore economico, poiché insita nell'aspettativa, giuridicamente tutelata in base alle norme sull'evidenza pubblica ed i principi ad essa sottesi, al rispetto degli obblighi di evidenza pubblica da parte delle amministrazioni ad essi soggette e costituisce una posizione giuridica soggettiva qualificata dalla legge, e dunque suscettibile, se lesa, di integrare il presupposto del danno ingiusto (“contra ius”) richiesto dall'art. 2043 c.c. (Cons. Stato, n. 7117/18 cit.);

Considerato che, in particolare, CSI evidenzia che il danno è consistito nella perdita della “chance” di aggiudicazione, subito a causa del fatto che ASPI non ha indetto alcuna gara per affidare i servizi descritti;

Considerato che la ricorrente, nel ricorso e nei successivi motivi aggiunti, chiede un risarcimento “per equivalente economico in relazione alle prestazioni eventualmente espletate dall'odierna controinteressata” e, nella memoria per l'udienza pubblica, la condanna di ASPI al risarcimento del danno per equivalente,

in misura pari alla c.d. “chance ontologica”, da liquidare “in via equitativa ai sensi dell’art. 1226 Codice Civile” (pag. 12 memoria);

Considerato che il Collegio, in linea con la prevalente giurisprudenza aderente alla c.d. “teoria eziologica”, ritiene che la risarcibilità della “chance” di aggiudicazione sia ammissibile solo allorché il danno sia collegato alla dimostrazione di una seria probabilità di conseguire il vantaggio sperato, dovendosi, per converso, escludere la risarcibilità allorché la “chance” di ottenere l’utilità perduta resti nel novero della mera possibilità (Cons. Stato, Sez. IV, 23.6.15 n. 3147; TAR Calabria, Cz, Sez. II, 24.1.19 n. 163; TAR Marche, 5.6.18, n. 413; TAR Veneto, Sez. I, 9.1.18 n. 26);

Considerato, quindi, che per ottenere il risarcimento del danno anche per perdita di una “chance” è, comunque, necessario che il danneggiato dimostri, seppur presuntivamente ma pur sempre sulla base di circostanze di fatto certe e puntualmente allegate, la sussistenza di un valido nesso causale tra la condotta lesiva e la ragionevole probabilità del conseguimento del vantaggio alternativo perduto e provi, conseguentemente, la sussistenza, in concreto, dei presupposti e delle condizioni del raggiungimento del risultato sperato ed impedito dalla condotta illecita, della quale il danno risarcibile deve configurarsi come conseguenza immediata e diretta;

Considerato che CSI avrebbe dovuto pertanto dimostrare – ma non risulta fatto - che, se ASPI avesse legittimamente espletato una procedura ad evidenza pubblica, lei sarebbe risultata aggiudicataria o, almeno, che avrebbe avuto una elevata probabilità di conseguire la relativa aggiudicazione;

Considerato che il Collegio, peraltro, rileva che l’istanza di ristoro non sarebbe meritevole di accoglimento neanche aderendo alla c.d. “teoria ontologica” richiamata dalla ricorrente;

Considerato, infatti, che la perdita di “chance” di rilievo risarcitorio, se è entità patrimoniale giuridicamente ed economicamente suscettibile di autonoma

valutazione e non una mera aspettativa di fatto a generiche ed astratte aspirazioni di lucro, deve correlarsi a dati reali, senza i quali risulta impossibile il calcolo percentuale di possibilità delle concrete occasioni di conseguire un determinato bene (in tal senso: Cons. Stato, Sez. V, 28.1.19, n. 697 e Sez. III, 31.8.11, n. 4892); Considerato che la ricorrente non ha dimostrato né richiamato quale utile avrebbe potuto conseguire eseguendo il servizio ma si è limitata a richiamare una liquidazione in via equitativa del danno subito, addossando così a questo giudice l'onere probatorio in questione;

Considerato, pertanto, che per la genericità della domanda, non avendo la ricorrente indicato l'utile in questione e non essendo ipotizzabili situazioni di difficoltà nella suddetta quantificazione, la domanda risarcitoria non può essere accolta, dato che, come concluso da autorevole giurisprudenza, spetta, in ogni caso, all'impresa danneggiata offrire, senza poter ricorrere a criteri forfettari, la prova rigorosa dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.), e la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 cod. civ., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità - o di estrema difficoltà - di una precisa prova sull'ammontare del danno (Cons. Stato, Ad. Plen., 12.5.17, n. 2);

Considerato pertanto che la domanda risarcitoria non può trovare accoglimento e che la parziale soccombenza della ricorrente consente di compensare le spese di lite con ASPI e con Aisico;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e i motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto:

- 1) annulla i provvedimenti impugnati;
- 2) respinge la domanda di inefficacia del contratto;
- 3) condanna ASPI al pagamento della sanzione ex art. 123, comma 1, c.p.a., nella misura dell'1% del valore dell'appalto, pari a 2.984,35, con imputazione al capitolo 2301, capo 8 "Multe, ammende e sanzioni amministrative inflitte dalle autorità giudiziarie ed amministrative, con esclusione di quelle aventi natura tributaria" - entro sessanta giorni dal passaggio in giudicato della presente sentenza;
- 4) respinge la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa e che sia comunicata, a cura della Segreteria della Sezione, al Ministero dell'economia e delle finanze entro cinque giorni dalla pubblicazione;

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 16 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Ivo Correale, Presidente FF, Estensore

Laura Marzano, Consigliere

Lucia Maria Brancatelli, Primo Referendario

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

Ivo Correale

IL SEGRETARIO