

Pubblicato il 28/08/2017

N. 04081/2017REG.PROV.COLL.
N. 01545/2016 REG.RIC.



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

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1545 del 2016, proposto da:

Italposte Radio Recapiti s.r.l., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante pro tempore, in proprio ed in qualità di capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Fulmine Group s.r.l. e Selecta s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Pallottino e Valentina Canale, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Oslavia, n. 12;

contro

AMA s.p.a., in persona del presidente, amministratore delegato e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Cavasola, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Depretis, n. 86;

nei confronti di

Poste Italiane s.p.a., in persona del responsabile della funzione affari legali in carica, in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con Postel s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Malinconico, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 284;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA, Sez. II, n. 13003/2015, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento in appalto del servizio di trattamento, stampa e consegna delle comunicazioni relative alla tariffa rifiuti per conto di Ama s.p.a.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ama s.p.a. e di Poste Italiane s.p.a.;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione n. 1651 del 5 maggio 2016; Viste le ordinanze collegiali della Sezione n. 3483 del 2 agosto 2016 e

n. 561 dell'8 febbraio 2017;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 giugno 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Alessandro Pallottino, Valentina Canale, Marco Iannacci, su delega dell'avvocato Cavasola, e Carlo Malinconico;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. La Italtel Radio Recapiti s.r.l. ha impugnato innanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio gli atti della procedura di affidamento in appalto del servizio di trattamento, stampa e consegna delle comunicazioni con data certa, tramite recapitatore in possesso delle necessarie autorizzazioni / abilitazioni, delle comunicazioni relative alla tariffa rifiuti, per la durata di 3 anni, indetta dall'Ama s.p.a. (bando pubblicato il 24 febbraio 2014). All'esito della selezione mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base d'asta di € 14.540.052 la ricorrente, in raggruppamento temporaneo di imprese con Selecta s.p.a. e Fulmine Group s.r.l., si è collocata al secondo posto della graduatoria finale (con il punteggio di 82,29), preceduta dal raggruppamento temporaneo di imprese tra Poste Italiane s.p.a. e Postel s.p.a. (con il punteggio di 89,73), dichiarato conseguentemente aggiudicatario (giusta comunicazione del 12 marzo 2015).
2. La Italtel Radio Recapiti ha sostenuto che le modalità fissate nel bando di gara per il confronto comparativo tra le offerte e l'applicazione da parte della commissione giudicatrice dei criteri di valutazione per le offerte medesime avrebbero determinato una distorsione della competizione in proprio danno, impedendole di conseguire l'aggiudicazione malgrado il ribasso di circa due milioni di euro superiore da essa offerto rispetto a quello di Poste Italiane (rispettivamente: 5.635.399,02 e 7.390.265,10 euro).
3. Con la sentenza in epigrafe l'adito tribunale ha respinto il ricorso, donde il presente appello di Italtel Radio Recapiti,

contenente le censure già proposte in primo grado, ed al quale resistono la stazione appaltante e l'aggiudicataria.

4. La Sezione ha disposto una verifica finalizzata ad accertare la conformità della base d'asta ai prezzi di mercato dei servizi postali oggetto d'appalto (ordinanza collegiale n. 3483 del 2 agosto 2016). Sono poi stati chiesti chiarimenti al verificatore nominato (ordinanza collegiale n. 561 dell'8 febbraio 2017) ed all'esito di tale ulteriore incombenza istruttorio la causa all'udienza pubblica del 22 giugno 2017 è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con il primo motivo Italposte Radio Recapiti deduce da un lato che la base d'asta sarebbe eccessiva rispetto dal reale prezzo di mercato del servizio posto a gara e che sarebbe pertanto violato l'art. 89 del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, mentre dall'altro lato i soli 40 punti previsti dal bando per l'offerta economica, unitamente ad una formula matematica per la determinazione del punteggio con elevazione alla quarta, «finalizzata al rischio di svilimento dell'elemento qualitativo rispetto a quello economico», avrebbe drasticamente ridotto il confronto sui ribassi: secondo l'appellante ciò sarebbe evincibile dal fatto che malgrado il maggior ribasso da essa offerto - «quasi due milioni di euro» rispetto a Poste Italiane (in realtà € 1.754.866,10) – la gara è stata aggiudicata a quest'ultima concorrente.
2. A tale riguardo, l'appellante precisa che tale profilo va esaminato congiuntamente a tutti gli altri, diversamente da quanto fatto dal tribunale, perché l'illegittimità

dell'aggiudicazione a favore di Poste Italiane sarebbe derivata «dalla concomitanza di più fattori anomali».

3. Quindi, la Italposte Radio Recapiti sottolinea che la sproporzione della base d'asta di € 14.540.052 rispetto alle condizioni di mercato si ricava innanzitutto dal valore di € 6.600.000 posto dalla stessa Ama a base della procedura di affidamento dello stesso servizio per il triennio precedente, risalente al 2010.
4. A mezzo di consulenza tecnica di parte l'originaria ricorrente afferma che, oltre alla mancata considerazione dei prezzi pagati al precedente fornitore, la stessa Poste Italiane, Ama sarebbe incorsa in un ulteriore errore nel determinare la base d'asta. Questo sarebbe consistito nell'aver individuato la "posta massiva" quale prodotto necessario per la quasi totalità dei servizi di invio e recapito della propria corrispondenza, anziché "posta time". A confutazione dei contrari rilievi svolti sul punto dal giudice di primo grado, la Italposte Radio Recapiti evidenzia quindi che il prodotto "posta time" «presenta le medesime caratteristiche di Posta Massiva», e cioè assicura un servizio personalizzato e tracciabile, come confermato dal servizio prestato da Poste Italiane nei confronti della medesima stazione appaltante nell'ambito del precedente contratto.
5. L'originaria ricorrente ripropone quindi la censura, su cui il tribunale non si è pronunciato, secondo cui nella procedura di affidamento oggetto del presente giudizio il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa previsto dall'art. 83 del codice di cui al citato d.lgs. n. 163 del 2006 sarebbe stato snaturato. Ciò a causa del fatto che, a fronte dei 40 punti

formalmente previsti per l'offerta economica, ne sono stati assegnati in concreto «meno di 5» ed in particolare che il notevole divario tra il proprio ribasso e quello di Poste Italiane si è tradotto in un differenziale in termini di punteggio per l'offerta economica di soli 4,83.

6. Con un altro motivo d'appello la Italposte Radio Recapiti reitera la censura di illegittima discriminazione in favore del monopolista del servizio universale postale, nel caso di specie consumatasi - a suo dire - con la previsione del criterio di valutazione delle offerte tecniche relativo al «numero di addetti impiegati per l'erogazione del servizio nel territorio del Comune di Roma» (art. 9, lett. E, del disciplinare di gara), per il quale Ama ha previsto scaglioni di valore finalizzati a premiare in termini di punteggio per il mero dato numerico di addetti (<300 addetti: 0 punti; >300<1.000 addetti: 3 punti; >1.000 addetti: 5 punti). Secondo l'appellante, per come strutturato da Ama, detto criterio di valutazione sarebbe avulso dall'ottimale fabbisogno di personale per l'espletamento del servizio e finirebbe per premiare l'offerta di personale in misura non effettivamente rispondente ai bisogni della stazione appaltante.
7. Con l'ultimo motivo d'appello la Italposte Radio Recapiti, ricollegandosi alla censura di violazione dell'art. 89 d.lgs. n. 163 del 2006, deduce l'illegittimità dei punteggi attribuiti all'offerta economica, correlandola all'elevata base d'asta e alla formula matematica prevista per tale offerta.
8. Così riassunti i motivi di gravame, prima di passare al loro esame, occorre dare conto dell'istruttoria svolta dalla Sezione.

E' stata infatti chiesta all'Autorità per le garanzie nelle comunicazioni di fornire elementi di valutazione circa la congruità della base d'asta («in relazione alle censure contenute nel primo motivo d'appello»: ordinanza collegiale n. 3483 del 2 agosto 2016), in base alla considerazione «del notevole divario tra la base d'asta e le offerte presentate in gara».

9. Il verificatore nominato ha rilevato con riguardo all'attività principale del servizio a gara - consistente nei servizi di recapito di posta ordinaria, al quale l'ausiliario ha correttamente circoscritto il perimetro delle contestazioni formulate da Italtel Radio Recapiti nel presente giudizio (cfr. §§ 95 - 97 della relazione depositata il 1° dicembre 2016), che il prodotto, che in rapporto al prezzo più competitivo avrebbe potuto meglio soddisfare le esigenze tecniche di Ama, sarebbe stato non già la “posta massiva”, facente parte del servizio postale universale, sul quale la medesima azienda municipalizzata aveva fissato la base d'asta, ma il prodotto di mercato “postatime base” offerto da Poste Italiane per il recapito della corrispondenza a ora e data certa (cfr. in particolare: i §§ 113 - 120 e le conclusioni della relazione di verifica).

10. In accoglimento delle ulteriori istanze istruttorie della Italtel Radio Recapiti la Sezione ha poi chiesto al verificatore di chiarire se fossero rilevabili, ai sensi del citato art. 89 d.lgs. n. 163 del 2006, prezzi inferiori a quelli stabiliti dalle tariffe ufficiali (ordinanza n. 561 dell'8 febbraio 2017), in ragione del fatto che lo stesso ausiliario aveva specificato che tali tariffe corrispondono al «prezzo massimo del servizio» (§ 116 della relazione sopra citata).

11. Il verificatore ha quindi chiarito che i prezzi dei servizi universali costituiscono solo una base di partenza per la ricostruzione del miglior prezzo di mercato da porre a base d'asta.

Al riguardo l'ausiliario ha precisato che le tariffe ufficiali registrano i prezzi massimi del servizio universale (ai sensi del decreto legislativo 22 luglio 1999, n. 261 - Attuazione della direttiva 97/67/CE concernente regole comuni per lo sviluppo del mercato interno dei servizi postali comunitari e per il miglioramento della qualità del servizio), ma che tuttavia queste non corrispondono ai prezzi «effettivamente applicat(i) da Poste Italiane», allorché, quale fornitore di tale servizio, quest'ultimo si trovi a competere con altri operatori nel segmento concorrenziale del mercato postale, introdotto con il citato provvedimento legislativo, avente ad oggetto prodotti postali con caratteristiche equivalenti a quelli del servizio universale (relazione di chiarimenti depositata il 10 maggio 2017; § 6).

12. Il verificatore ha poi riferito che per il prodotto “posta time”, non regolamentato, la determinazione del prezzo «rientra (...) nella piena autonomia di Poste Italiane così come di qualsiasi operatore economico privato che presta il servizio» (§ 8 della relazione). Su questa premessa, dal confronto tra i prodotti offerti dai principali operatori di mercato (“Formula certa” di Nexive, terzo classificato nella procedura di gara in contestazione e “PostaTime” Base offerto da Poste Italiane), la base d'asta al miglior prezzo di mercato avrebbe potuto attestarsi ad € 12.915.402 (tabella 1 a pag. 6 della relazione di chiarimenti).

13. Il verificatore ha inoltre offerto la propria spiegazione circa il notevole divario tra la base d'asta e i ribassi offerti (profilo evidenziato da questa Sezione nell'ordinanza con cui sono stati chiesti chiarimenti). Al riguardo l'ausiliario ha ricondotto tale divaricazione ai prezzi che gli operatori hanno potuto variamente modulare in relazione al recapito di bollette non domestiche e dei solleciti attraverso posta raccomandata, su una base tariffaria che aveva come riferimento – non contestato nemmeno da Italposte Radio Recapiti – il prodotto “RaccomandataPro” del fornitore universale (§§ 11 – 13 della relazione di chiarimenti).

14. In sede di chiarimenti il verificatore ha anche controdedotto ai rilievi formulati dall'appellante.

Quest'ultima, infatti, sostiene che i prezzi di mercato degli invii ordinari, tramite il prodotto “PostaTime” base, sarebbero quelli desumibili dai prezzi di aggiudicazione di servizi della specie di quello oggetto del presente giudizio. Su questa premessa, l'Italposte Radio Recapiti ha chiesto un supplemento ulteriore di istruttoria, attraverso l'acquisizione di informazioni contenute nella banca dati dell'ANAC.

15. Nella relazione di chiarimenti il verificatore ha tuttavia eccepito che il parametro di raffronto invocato dall'appellante è disomogeneo rispetto ai prezzi da porre a base di gara ai sensi dell'art. 89 d.lgs. n. 163 del 2006 più volte citato e che, inoltre, in questo caso dovrebbe essere svolta un'attività di elaborazione dei dati, attraverso la disaggregazione delle singole voci di offerta che a loro volta sono espressione di una specifica modulazione di costi che il singolo operatore economico ha

potuto offrire all'interno di un servizio richiesto a date (e non necessariamente replicabili) condizioni, anche di carattere tecnico (cfr. le conclusioni della relazione di chiarimenti; § C).

16. In sede di discussione la difesa di Italposte Radio Recapiti ha da ultimo dichiarato, in vista della scadenza imminente del contratto affidato alla controparte Poste Italiane all'esito della procedura di gara oggetto del presente giudizio, di rinunciare alle proprie istanze istruttorie ed ha chiesto che l'appello sia deciso nel merito, se del caso accogliendo la domanda subordinata dell'annullamento dell'intera procedura di gara.

17. Tutto ciò premesso, la Sezione reputa che l'appello sia fondato nei sensi di seguito indicati.

18. Deve innanzitutto essere respinta l'eccezione, sollevata da Poste Italiane, di inammissibilità della domanda, come precisata dall'appellante in sede di discussione, perché asseritamente formulata per la prima volta in appello.

In contrario già nel ricorso di primo grado in relazione ai motivi in esso formulati – e riproposti nel presente appello - la Italposte Radio

Recapiti aveva chiesto l'annullamento del bando e di tutti gli altri documenti che compongono la normativa di gara: disciplinare di gara, capitolato d'appalto e relativi allegati. Questi atti sono indicati in modo espresso nell'epigrafe dell'atto introduttivo del giudizio, per cui ad essi è correlata la domanda di annullamento formalizzata nelle conclusioni del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado («annullamento dei provvedimenti impugnati»).

19. La dedotta novità della domanda di annullamento del bando e di tutti gli atti di gara – su cui la difesa della controinteressata da ultimo ha insistito all'udienza del 22 giugno 2017 - non può essere nemmeno desunta dalla circostanza che nel ricorso di primo grado Italposte Radio Recapiti abbia chiesto il subentro nel contratto d'appalto. La (sola) dichiarazione di inefficacia del contratto conseguente alla demolizione dell'intera procedura di affidamento, quale conseguenza automatica (cfr. Cons. Stato, V, 24 maggio 2017, n. 2445), costituisce infatti un quid minus rispetto alla tutela reintegratoria in forma specifica mediante subentro nel contratto ai sensi dell'art. 122 cod. proc. amm., che non eccede pertanto i limiti della domanda, ma costituisce l'esito del suo accoglimento solo parziale.

20. Passando dunque all'esame del merito la Sezione osserva che l'istruttoria esperita ha consentito di accertare che la base d'asta di 14,5 mln di euro è sproporzionata. Sul punto è sufficiente richiamare le considerazioni in base alle quali il verificatore è pervenuto a stimare in € 12,9 detto valore, laddove Ama avesse posto a base degli invii ordinari il prodotto “posta time” del segmento liberalizzato del mercato postale, anziché il prodotto “posta massiva” del servizio universale.

21. Al medesimo riguardo deve sottolinearsi che tanto la stazione appaltante, quanto l'aggiudicataria Poste Italiane, nei propri scritti conclusionali depositati dopo la relazione di verifica ed ai successivi chiarimenti dell'ausiliario hanno convenuto sulla comparabilità delle caratteristiche dei due prodotti ed in particolare sull'omogeneità delle caratteristiche tecniche del servizio offerto sul mercato rispetto a quello facente parte del servizio universale.
22. Nell'unica critica formulata da Poste Italiane, peraltro solo in via subordinata, nella propria replica successiva alla verifica in vista dell'udienza del 12 gennaio 2017, essa ha sostenuto che l'ausiliario avrebbe sovrapposto la propria valutazione a quella di merito spettante in via esclusiva alla stazione appaltante ed ha in particolare sottolineato che tra gli elementi da tenere in considerazione nell'individuare il servizio a base di gara vi è anche il tempo di consegna, rispetto al quale – come precisato nella relazione di verifica (§ 89 della relazione) - il prodotto “posta massiva” è maggiormente performante rispetto al “posta time” base.
23. In contrario deve tuttavia escludersi che l'ausiliario abbia superato i limiti del compito affidatogli.

Esso infatti consisteva nel verificare se l'ampia discrezionalità attribuita alle stazioni appaltanti dall'art. 89 d.lgs. n. 163 del 2006 fosse stata nel caso di specie correttamente esercitata, nei limiti segnati dalla norma del previgente codice dei contratti pubblici: al fine di adempiere a questo compito il verificatore ha quindi riscontrato l'assenza di indicazioni puntuali nella normativa di gara circa i tempi di consegna della corrispondenza ed ha

condivisibilmente tratto da ciò la conseguenza che rispetto agli standard minimi richiesti, relativi al carattere massivo della corrispondenza ed alla sua tracciabilità, il servizio “posta time” base era quello in grado di raggiungere il miglior equilibrio qualità / prezzo (cfr. il § 117 della relazione di verifica).

24. Le conclusioni cui è giunto il verificatore non possono tuttavia essere condivise laddove escludono che miglior prezzo di mercato rilevabile ai sensi dell’art. 89 d.lgs. n. 163 del 2006 fosse quello di 12,9 mln di euro ottenuto sulla base del servizio da ultimo richiamato. Le prove agli atti del presente giudizio depongono in particolare in senso contrario alle considerazioni formulate dall’ausiliario in sede di chiarimenti.

25. In primo luogo, la Sezione, richiamando l’ordinanza istruttoria con cui tali chiarimenti sono stati richiesti, ritiene doveroso precisare che l’enorme divario tra la base d’asta della procedura di affidamento in contestazione ed i ribassi offerti dai tre concorrenti costituisce elemento valutabile in chiave sintomatica di un non corretto esercizio della pur ampia discrezionalità che la citata disposizione del previgente codice dei contratti pubblici attribuisce alle stazioni appaltanti.

Sul punto, le difese di Ama e Poste Italiane non riescono a fornire elementi persuasivi contrari rispetto ad un dato empirico insuperabile. In particolare, l’aggiudicataria, autrice del ribasso minimo, ha infatti offerto 7,4 mln di euro circa (e precisamente: € 7.390.265,10), pari a circa il 50% della base d’asta. Ancora più marcati sono poi i ribassi delle altre due offerte e cioè quella dell’odierna appellante Italposte Radio Recapiti: € 5.635.399,02 e Nexive: € 4.935.267.

Tali dati, obiettivi, dimostrano che Ama ha formulato stime irrealistiche e disancorate dalla realtà dei valori di mercato.

26. La conseguenza di ciò, come sottolineato dall'odierna appellante, è in definitiva una significativa svalutazione dell'incidenza dell'elemento prezzo in una procedura di affidamento da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Infatti, a fronte di un rapporto tra il prezzo tra l'aggiudicataria Poste Italiane e la seconda graduata Italposte Radio Recapiti tale per cui la differenza in termini percentuali si attesta a circa il 25%, la distanza in termini di punteggio tra queste due concorrenti, sui 40 massimi per l'offerta economica, è risultata inferiore a 5 punti (19,67 punti la controinteressata contro i 24,50 ottenuti dall'appellante: per un differenza di 4,83 punti).

27. Deve quindi precisarsi che – come si deduce ulteriormente nell'appello - questo appiattimento è stato determinato da una formula di attribuzione dei punteggi per questa componente che ha posto a base di raffronto non già i ribassi percentuali offerti dai concorrenti, ma le offerte stesse in valore assoluto rispetto alla base d'asta (cfr. la formula prevista a pag. 26 e 27 del disciplinare di gara). Quindi, oltre ad una base di raffronto sproporzionata, nei termini finora esposti, l'appiattimento dei punteggi sopra evidenziato è derivato dal fatto che per la relativa attribuzione non si è proceduto al raffronto tra i ribassi percentuali sulla base d'asta, con il porre a base del rapporto tra le offerte il ribasso maggiore, ma tra la base d'asta – risultata eccessiva - ed i singoli prezzi.

28. A questo riguardo le appellate hanno posto in risalto la finalità della formula di attribuzione dei punteggi per le offerte economiche, consistente nell'assicurare la qualità del servizio scoraggiando ribassi eccessivi in grado di vanificare le esigenze di carattere tecniche della stazione appaltante (a questo riguardo si richiama in particolare la memoria di replica per l'udienza del 12 gennaio 2017 della controinteressata Poste Italiane).
29. Ma a tale rilievo può obiettarsi che, a fronte di tale legittima esigenza, che deve comunque essere bilanciata con quella di ottenere risparmi di spesa per le amministrazioni (tra i principi generali in materia di contratti pubblici l'art. 2, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 richiamava infatti quello di «economicità»), la necessità che la base d'asta sia determinata sulla base «del miglior prezzo di mercato» rilevabile ai sensi dell'art. 89 del medesimo codice si impone con maggior evidenza, proprio per le peculiari caratteristiche della formula che presiede all'attribuzione dei punteggi che Ama ha previsto per la procedura di gara in contestazione, in cui tale base d'asta assume rilievo determinante.
30. Non va poi dimenticato che lo strumento tipico per contrastare ribassi eccessivi è la verifica di anomalia delle offerte, per la quale vale ancora una volta il criterio del miglior prezzo di mercato enunciato dall'art. 89. Per contro, formule matematiche di attribuzione dei punteggi che avessero l'effetto di sterilizzare le differenze fatte registrare tra i ribassi offerti non potrebbero sottrarsi ad eventuali censure di contraddittorietà, irragionevolezza ed arbitrarietà, nella misura in cui abbiano l'effetto di alterare il peso della componente prezzo nell'ambito

dell'equilibrio complessivo con la componente tecnica. La giurisprudenza di questo Consiglio di Stato afferma infatti in modo costante che nell'ambito delle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è necessario che nell'assegnazione dei punteggi venga utilizzato tutto il potenziale differenziale previsto per il prezzo, al fine di evitare uno svuotamento di efficacia sostanziale della componente economica dell'offerta (cfr. Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2739, 22 marzo 2016, n. 1186, 15 luglio 2013, n. 3802, 31 marzo 2012, n. 1899).

31. Ebbene nel caso di specie la sinergica convergenza di una base d'asta sproporzionata con una formula matematica per le offerte economiche incentrata sul rapporto tra quest'ultima e i valori assoluti delle offerte presentate, anziché sul rapporto tra i ribassi percentuali con attribuzione del punteggio massimo al maggior ribasso, ha comportato una notevole restrizione dei differenziali di punteggio per tale componente, malgrado differenze di prezzi altrettanto significative. A sua volta questa restrizione è conseguente al fatto che non è possibile utilizzare l'intero range di 40 euro previsti per l'offerta economica, posto che al fine di ottenere questo punteggio si sarebbero dovuti offrire valori prossimi allo zero e dunque non economicamente sostenibili.
32. Infatti la Nexive, autrice del maggior ribasso, ha conseguito solo 26,42 punti. Ciò ha quindi alterato le proporzioni in termini di punteggio tra le offerte, posto che tra quella della terza graduata e quella dell'aggiudicataria Poste Italiane lo scarto è inferiore a 7 punti sui 40 teorici per l'offerta economica (26,42 contro 19,67 punti), mentre in termini percentuali il ribasso

della medesima concorrente è inferiore di circa il 25%, come in precedenza accennato. Ciò dimostra l'effetto finale di alterazione delle proporzioni tra i ribassi offerti.

33. Peraltro, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato sovviene anche per ritenere illegittima la determinazione in sé della base d'asta fatta da Ama per la procedura di gara in contestazione nel presente giudizio.

Va in particolare richiamata una recente pronuncia in cui si ritenuto violata la più volte richiamata disposizione di cui all'art. 89 d.lgs. n. 163 del 2006 in una fattispecie assolutamente in termini con quella qui in esame, in cui i ribassi offerti si erano attestati ad oltre il 42% della base d'asta, affermando che quest'ultima «seppure non deve essere corrispondente necessariamente al prezzo di mercato, tuttavia non può essere arbitraria perché manifestamente sproporzionata, con conseguente alterazione della concorrenza» (Cons. Stato, III, 10 maggio 2017, n. 2168).

In ragione dei ribassi offerti nel caso di specie, il principio affermato nel precedente ora richiamato è dunque applicabile anche alla procedura di gara in contestazione nel presente giudizio.

34. Inoltre, rilievi analoghi si sarebbero potuti formulare anche se la base d'asta fosse stata fissata nella misura individuata dal verificatore, e cioè € 12.915.402. Anche in questo caso rimane infatti quanto mai ampio il divario con le offerte presentate da tutti e tre i concorrenti e dunque il margine entro il quale Ama avrebbe potuto meglio calibrare il valore da porre a base della competizione.

35. Sennonché, come accennato in precedenza nei propri chiarimenti il medesimo verificatore ha ritenuto non

«rilevabili» ai sensi dell'art. 89 d.lgs. n. 163 del 2006 i prezzi di mercato per gli invii ordinari multipli tracciabili inferiori a quelli dallo stesso ricostruiti ed ha giustificato i ribassi sulla base dei margini di manovra consentiti ai concorrenti per la componente del servizio relativa agli invii di posta raccomandata per solleciti, sulla cui congruità del valore di base Italtel Radio Recapiti non ha formulato alcuna censura nel presente giudizio.

Con specifico riguardo al primo profilo l'ausiliario ha escluso che potesse accedersi alla tesi dell'odierna appellante e cioè la possibilità di rilevare i prezzi di mercato da quelli di aggiudicazione di servizi analoghi. Il verificatore ha in particolare affermato che «non può essere richiesta un'attività complessa che richiederebbe in primo luogo di individuare, all'interno di un'offerta ordinariamente articolata, i prezzi disaggregati dei vari servizi e di valutare questi ultimi sotto un profilo esclusivamente economico, depurando il dato da qualsiasi elemento tecnico che può essere richiesto dall'offerta. Il risultato al quale poi si giungerebbe attraverso questa complessa attività non sarebbe peraltro connotato da oggettività e certezza, ma presenterebbe ovviamente ampi margini di opinabilità» (pag. 15 della relazione di chiarimenti).

36. Le considerazioni del verificatore sono condivisibili in astratto, ma nel caso concreto si prestano a facili obiezioni.

In primo luogo, va ribadito che a posteriori il "mercato" si è rivelato in grado di offrire condizioni economiche largamente inferiori a quelle stimate da Ama per la determinazione della base d'asta ed anche a quelli ricostruiti dallo stesso ausiliario sulla base del

prodotto che avrebbe soddisfatto le esigenze qualitative dell'azienda al prezzo migliore.

37. Ma il punto decisivo è che anche ex ante la stazione appaltante avrebbe potuto esercitare la propria discrezionalità in modo tale da non restringere eccessivamente la competizione con riguardo alla componente economica del servizio posto a gara.

Ciò non solo sulla base del costo del medesimo servizio sostenuto per il precedente contratto (triennio 2012 – 2014), eseguito dalla stessa Poste Italiane (risultato essere pari di 8 mln di euro, valore riferito dalla stessa Ama), ma anche in considerazione della possibilità di allargare l'indagine ad altri operatori o ad altre stazioni appaltanti di analoghe dimensioni, nell'ambito di un mercato di riferimento, quello del servizio postale per clienti business, non eccessivamente frammentato, ma contraddistinto da pochi grandi operatori.

38. Non possono al riguardo essere condivise al riguardo le considerazioni del verificatore, secondo cui l'inciso «ove verificabili» presente nel testo dell'art. 89, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 implicherebbe necessariamente l'esistenza di dati preconfezionati, rispetto al quale nessuna attività di ulteriore analisi sarebbe esigibile dalla stazioni appaltanti.

L'inciso in questione va infatti inteso secondo ragionevolezza, nel senso che l'imperativo di legge, secondo cui deve essere individuato il «miglior prezzo di mercato», va perseguito se del caso anche assumendo informazioni e svolgendo le opportune rielaborazioni e conseguenti valutazioni e non già accettando come ineluttabile l'idea che un servizio dalle caratteristiche standardizzate e per il quale non constano particolari dinamiche di

prezzi al rialzo, ma per il quale è oggi consentita un'apertura al mercato, possa da un triennio ad un altro subire un simile incremento di costo. Va poi rilevato che nel sistema dei contratti pubblici per queste finalità di indirizzo ed orientamento delle stazioni appaltanti è previsto un apposito strumento, dato dall'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture presso l'Autorità nazionale anticorruzione – ANAC ex art. 7 d.lgs. n. 163 del 2006 (ora art. 213, comma 9, del nuovo codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50), in cui sono raccolti ed elaborati i dati informativi concernenti i contratti pubblici e sono annualmente determinati i costi standardizzati dei servizi (comma 4, lett. a) e c) del citato art. 7 d.lgs. n. 163 del 2006).

39. Sotto un distinto profilo deve precisarsi, anche al fine di confutare le deduzioni di inattendibilità del dato “storico” sollevate dalle parti appellate, che se il costo storico non ha un valore assoluto, nel senso che esso deve necessariamente fungere da base per determinare il valore del successivo appalto, nemmeno può giustificarsi una base d'asta per quest'ultimo in misura del tutto avulsa, come invece avvenuto nel caso di specie, con un aumento di circa 6,5 mln di euro.

40. Un simile incremento avrebbe potuto giustificarsi in presenza di ragioni eccezionali di carattere tecnico e/o economico.

Le uniche ragioni addotte dalle odierne appellate sul punto risiedono nell'aumento delle quantità previste per il nuovo triennio contrattuale rispetto a quello precedente. Su tale base si è così data dimostrazione di come la base d'asta di € 14.540.052 non solo non sarebbe irrealistica, ma addirittura costituirebbe un valore

prudenziale ed inferiore ai prezzi di mercato: si sostiene infatti che in base ai prezzi precedentemente sostenuti, il valore del nuovo contratto avrebbe dovuto essere determinato in € 15.519.099.

41. Tuttavia tali argomentazioni (dell'amministrazione e dell'aggiudicataria) si infrangono ancora una volta sul dato incontestabile del divario di prezzi offerti tra tutti i concorrenti, ottenuto grazie a sensibili riduzioni offerte proprio sulle tariffe unitarie dei singoli servizi. A conferma di ciò è sufficiente leggere i corrispettivi sensibilmente più bassi offerti dall'aggiudicataria Poste Italiane per ciascuna prestazione nell'apposito modello predisposto per la procedura di gara in contestazione.

Quindi - a prescindere dalla questione se anche l'aumento previsto le quantità di invii e delle altre prestazioni sia attendibile (profilo non in contestazione nel presente giudizio, ma che ha concorso nel determinare la base d'asta e dunque i punteggi per le offerte economiche) – in ogni caso si è rivelato fallace il dato di partenza delle tariffe di partenza, mentre non è dimostrato che questo dato non avrebbe potuto essere adeguato alla realtà di mercato in sede di determinazione della base d'asta.

42. Sotto un distinto profilo, come accennato in precedenza, nel tentativo di giustificare la base d'asta di 14,5 mln di euro il verificatore ha offerto una spiegazione dei notevoli ribassi offerti facendo riferimento ai margini conseguibili per l'invio della posta raccomandata. Tuttavia, dagli atti di gara non risulta che ciò sia in concreto avvenuto, per cui anche questa ulteriore considerazione dell'ausiliario non può essere accolta.

43. In ragione della fondatezza delle censure di Italposte Radio Recapiti dirette alla base d'asta, l'impugnazione di quest'ultima va quindi accolta.

In riforma della sentenza di primo grado ed accoglimento del ricorso colà proposto devono pertanto essere annullati il bando di gara e in via consequenziale di tutti gli atti di gara, fino all'aggiudicazione a favore di Poste Italiane. Per effetto di ciò deve inoltre essere dichiarata l'inefficacia del contratto da questa stipulato con Ama. Queste statuizioni costituiscono la necessaria conseguenza del fatto che nella presente sede di legittimità non è possibile stabilire quale sarebbe la base d'asta rispondente al criterio normativo enunciato dall'art. 89 d.lgs. n. 163 del 2006, ma solo se quella in concreto fissata dall'amministrazione sia ad esso rispondente.

44. Conducono peraltro alle medesime conclusioni anche le difese della controinteressata, circa l'impossibilità, anche a volere ritenere accertabile in giudizio il prezzo – base corretto, di accertare quale sarebbe stata la concorrente che si sarebbe ipoteticamente aggiudicato il servizio, in considerazione delle infungibili valutazioni che ciascun operatore economico formula per la singola procedura sulla base delle condizioni economiche concretamente date. Inoltre, le medesime considerazioni avrebbero comportato l'accoglimento del ricorso di Italposte Radio Recapiti anche laddove la base d'asta corretta fosse stata quella individuata dal verificatore, pari a 12,9 mln di euro, su cui hanno convenuto le stesse Ama e Poste Italiane.

45. Nella prospettiva dell'accoglimento solo parziale dell'impugnazione proposta nel presente giudizio, senza alcun accertamento del diritto all'aggiudicazione e conseguente subentro nel contratto, sono fondate anche le censure rivolte dalla Italposte Radio Recapiti al criterio di valutazione delle offerte tecniche consistente nel numero di impiegati assegnati per l'esecuzione del servizio nel territorio del Comune di Roma (criterio E).

Come deduce infatti l'appellante, il criterio in questione comporta l'attribuzione di punti (fino ad un massimo di 5) per un numero di dipendenti (superiore a 1000) rispetto al quale non vi è prova che esso corrisponda ad esigenze tecniche effettive della stazione appaltante ed in particolare che lo stesso numero sia quello ottimale per il servizio posto a gara. Sotto un distinto profilo, è evidente che per che nel premiare l'offerta di dipendenti in misura avulsa da ragioni di carattere tecnico esso finisca per favorire operatori economici che possono contare su una capillare diffusione territoriale. Il caso tipico è quello del fornitore del servizio universale Poste Italiane, che nel caso di specie ha offerto ben 1.100 dipendenti contro i 361 dell'odierna appellante, collocandosi nello scaglione di punteggio massimo di 5 punti, contro i 3 punti, corrispondenti allo scaglione inferiore, riportati da quest'ultima.

46. In conclusione, l'appello di Italposte Radio Recapiti va accolto nei termini e con le conseguenze sopra esposte.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

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 di primo grado, accoglie nei sensi di cui in motivazione il ricorso di Italposte Radio Recapiti s.r.l., annullando gli atti con esso impugnati e dichiarando l'inefficacia del contratto d'appalto.

Condanna l'AMA s.p.a. e Poste Italiane s.p.a., in solido tra loro, a rifondere a Italposte Radio Recapiti s.r.l. le spese del doppio grado di giudizio, liquidate complessivamente in € 12.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 giugno 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE

Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO