



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 Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10795 del 2013, proposto da:
Eurocof Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Piero Fidanza, con domicilio eletto presso lo studio legale Grez & Associati Srl in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

AMA Spa, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Damiano Lipani, Francesca Sbrana e Laura Mammucari, con domicilio eletto presso il loro studio in Roma, via Vittoria Colonna, 40;

nei confronti di

Taffo Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Federico Tedeschini e Tommaso Pallavicini, con domicilio eletto presso lo studio Tedeschini in Roma, largo Messico, 7;
Cooperativa Sociale Barbara B Società cooperativa, Funeraria Servizi S.c.a r.l.;

per l'annullamento

del provvedimento del 4 ottobre 2013, comunicato con nota del 14 ottobre 2013, anch'essa impugnata, recante aggiudicazione definitiva alla controinteressata Taffo Srl della gara ad evidenza pubblica, esperita mediante procedura aperta, per l'affidamento del servizio di prelievo e trasporto salme al civico deposito di osservazione o all'obitorio comunale, come previsto dal DPR n. 285/1990, per la durata di 24 mesi, anche nella parte in cui, pur se erroneamente, ritiene Eurocof esclusa dalla procedura;

di tutti i verbali di gara e, segnatamente, dei verbali in data 26 giugno 2013, 16 luglio 2013, 22 luglio 2013 e relativi allegati, nonché dell'aggiudicazione provvisoria;

per quanto di ragione, del bando di gara (pubblicato sulla GURI in data 27 maggio 2013, spedito alla GUCE in data 24 aprile 2013), del disciplinare e del capitolato tecnico, oltre agli ulteriori allegati, nonché degli eventuali chiarimenti/FAQ pubblicati dall'Ente;

di ogni ulteriore atto connesso, consequenziale o antecedente, ivi compreso il provvedimento di nomina della commissione di gara del 28 maggio 2013;

per l'effetto, per la declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato tra l'aggiudicataria e l'ente e con richiesta, per quanto di ragione, di subentro nel contratto nonché con richiesta di condanna al risarcimento del danno in forma specifica o, in ipotesi, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ama Spa e di Taffo Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2014 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

L'AMA Spa ha indetto una gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di prelievo e trasporto salme al civico deposito di osservazione o all'obitorio comunale per la durata di 24 mesi, individuando quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso.

Il disciplinare di gara ha determinato l'importo globale presunto dell'appalto in € 552.000,00, oltre IVA, per 24 mesi, determinato in ragione del prezzo unitario posto a base di gara per il singolo intervento, pari ad € 230,00, oltre IVA, moltiplicato per il numero di interventi previsti durante l'anno, pari a circa 1.200.

La stazione appaltante, con provvedimento del 14 ottobre 2013, ha aggiudicato la gara in via definitiva alla Taffo Srl che ha offerto un importo unitario (per ciascuno dei 2.400 interventi previsti) di € 159,00 oltre IVA.

La Eurocof, che ha offerto un importo unitario pari ad € 229,00 oltre IVA, ha proposto il presente ricorso, evidenziando in primo luogo che lo stesso è volto, in via primaria, al travolgimento dell'intera procedura.

In via principale, ha dedotto il seguente motivo di impugnativa:

Violazione e falsa applicazione degli artt. 81, 82 e 83 d.lgs. n. 163 del 2006 del principio di concorrenza. Eccesso di potere per travisamento, carente ed omessa istruttoria, difetto dei presupposti. Sull'erronea selezione dei criteri di aggiudicazione.

I concorrenti sarebbero stati chiamati a rendere un'offerta esclusivamente economica nonostante l'estrema complessità del servizio oggetto di gara.

Il servizio oggetto dell'appalto costituirebbe un servizio pubblico essenziale ai sensi dell'art. 1 l. n. 146 del 1990 e dovrebbe essere svolto nella puntuale osservanza del regolamento di polizia mortuaria di cui al d.P.R. n. 285 del 1990 che

riporta precise prescrizioni tecniche in ordine alla composizione del cadavere, al trasporto ed alle successive fasi.

Il capitolato di gara, inoltre, avrebbe imposto ai ricorrenti numerosissime prescrizioni tecniche.

Pertanto, si tratterebbe di una gara avente un oggetto molto complesso in quanto comprensiva non solo di servizi, ma anche di vere e proprie forniture (mezzi, barelle etc.) con una richiesta amplissima di disponibilità temporale (24 ore su 24 per 24 mesi); la gara richiederebbe anche un amplissimo impiego di personale oltre che la fornitura di adeguati dispositivi di protezione individuale.

L'aggiudicazione della gara con il criterio del prezzo più basso sarebbe evidentemente illogica.

La gara al prezzo più basso potrebbe essere indetta solo in presenza di caratteristiche tecniche del servizio del tutto specifiche e standardizzate, non anche in un caso, quale quello di specie, in cui la concreta organizzazione del servizio, la scelta del personale, dei mezzi etc. sarebbe lasciata interamente all'aggiudicataria.

Soltanto ove la stazione appaltante avesse ben individuato l'oggetto della gara, in modo tale da non lasciare nell'offerta margini di definizione alle imprese concorrenti e, quindi, nel caso in cui si tratti di servizi ripetitivi e non complessi, il criterio del prezzo più basso potrebbe essere utilizzato e ritenuto logico ed appropriato.

In via progressivamente subordinata, la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi d'impugnativa:

Violazione e falsa applicazione degli artt. 81, 82 e 83 d.lgs. n. 163 del 2006, 1346 c.c.; del principio di determinatezza o determinabilità dell'oggetto contrattuale. Eccesso di potere per travisamento, carente ed omessa istruttoria, difetto dei presupposti, indeterminatezza dell'oggetto di gara.

La procedura sarebbe meritevole di integrale annullamento in quanto l'oggetto di gara sarebbe eccessivamente ampio e non sufficientemente determinato,

comprensivo di prestazioni eterogenee tra loro, nemmeno chiare e definite nella loro concreta portata.

In ordine ai 1.200 interventi annui stimati e posti a base di gara, non sarebbe stato specificato se trattasi di interventi sul territorio comunale o extracomunale e, in tale ultimo caso, a quale chilometraggio medio fare riferimento.

In queste condizioni, non sarebbe stato possibile formulare alcuna offerta seria e sufficientemente consapevole; tale impossibilità sarebbe dimostrata anche dalla disomogeneità delle offerte pervenute, la cui causa sarebbe individuabile in una formulazione inadeguata della *lex specialis* che non avrebbe specificato sufficientemente l'oggetto delle prestazioni contrattuali richieste.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 42, 81 e 82 d.lgs. n. 163 del 2006, 275 d.P.R. n. 207 del 2010. Eccesso di potere per travisamento, carente ed omessa istruttoria, difetto dei presupposti. Mancata previsione della capacità tecnico-professionale delle imprese.

Nella *lex specialis* di gara non sarebbe stato previsto alcunché in merito alla comprova del possesso, da parte dei concorrenti, dei requisiti speciali di partecipazione ed in particolare dei requisiti di capacità tecnico-professionale di cui all'art. 42 d.lgs. n. 163 del 2006.

In tal modo, la stazione appaltante avrebbe sostanzialmente aperto la procedura anche ad imprese di fatto prive di adeguata capacità allo svolgimento del servizio.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 82 d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per travisamento, carente ed omessa istruttoria, difetto dei presupposti. Mancata previsione della fase procedurale della verifica di conformità delle offerte alla lex specialis.

La procedura sarebbe meritevole di integrale annullamento in quanto nella *lex specialis* di gara non sarebbe stata prevista alcuna fase di verifica in ordine alla effettiva conformità delle offerte dei concorrenti alle caratteristiche tecniche del servizio/fornitura oggetto di gara.

Non si comprenderebbe in che modo l'Ente potesse avere contezza del fatto che le imprese offerenti sarebbero state in grado di soddisfare i parametri tecnici, peraltro molto ampi e per nulla puntuali, previsti nel disciplinare e soprattutto nel capitolato.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 81 e 82 d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per travisamento, carente ed omessa istruttoria, difetto dei presupposti. Mancata effettuazione della fase procedurale della verifica di conformità delle offerte alla lex specialis.

L'omessa verifica delle offerte da parte della Commissione, ove ritenuta doverosa a prescindere da specifiche disposizioni della *lex specialis*, vizierebbe la procedura di gara.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 d.lgs. n. 163 del 2006 del principio di serietà e sostenibilità delle offerte. Eccesso di potere per travisamento, carente e omessa istruttoria. Difetto dei presupposti. Sulla mancata verifica di anomalia dell'offerta.

La stazione appaltante, pur essendosi in tal senso vincolata nella *lex specialis*, non avrebbe proceduto a verificare l'effettiva congruità delle offerte economiche.

La ricorrente, per l'ipotesi in cui non fosse ritenuto mero errore materiale il passaggio contenuto nell'aggiudicazione definitiva relativo ad una presunta esclusione dalla procedura di Eurocof, ha proposto il seguente motivo:

Violazione e falsa applicazione dell'art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006. Sulla esclusione di Eurocof richiamata nel provvedimento di aggiudicazione.

L'impresa esclusa, come da verbali del 16 luglio 2013 e del 22 luglio 2013, sarebbe Funeraria Servizi Scarl, mentre Eurocof è stata ammessa al prosieguo della procedura.

La ricorrente ha altresì chiesto il risarcimento dei danni in forma specifica con richiesta, per quanto occorra, di subentro nel contratto nelle more stipulato, e per equivalente oltre interessi e rivalutazione monetaria sino al saldo.

Ama Spa ha eccepito l'inammissibilità (*rectius*: l'irricevibilità) dei primi cinque motivi di ricorso essendo gli stessi relativi a profili della legge di gara la cui pretesa lesività non si sarebbe concretizzata all'atto dell'aggiudicazione a terzi, ma al momento della pubblicazione del bando. In sostanza, la stazione appaltante ha evidenziato che tutti i profili della legge di gara censurati dalla ricorrente avrebbero impattato sulle modalità di elaborazione della offerta e, quindi, avrebbero dovuto essere censurati quali clausole immediatamente preclusive di una seria partecipazione alla competizione.

Nel merito, ha comunque contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

La controinteressata Taffo Srl ha parimenti eccepito l'inammissibilità (*rectius*: l'irricevibilità) dei motivi di impugnazione della *lex specialis* perché la ricorrente dovrebbe proporre tempestivo ricorso, a far tempo dalla data di pubblicazione del bando, laddove si tratti di clausole impeditive dell'ammissione o che comunque incidano direttamente sulla formulazione dell'offerta..

Ha altresì eccepito l'inammissibilità del primo motivo di impugnativa, da un lato, in ragione dell'insindacabilità della scelta discrezionale della stazione appaltante nella determinazione del criterio di aggiudicazione, dall'altro, perché la ricorrente, nella propria domanda di partecipazione alla gara, ha dichiarato di aver preso conoscenza e di accettare quanto espresso negli atti di disciplina della gara.

Nel merito, ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

L'istanza cautelare è stata accolta da questa Sezione con ordinanza 18 dicembre 2013, n. 4958 "considerato, nel merito, che, ad una prima sommaria delibazione, il ricorso appare assistito da adeguato *fumus boni iuris* con particolare riferimento al motivo d'impugnativa proposto dalla ricorrente in via principale; ritenuto, infatti, che l'oggetto del contratto appare alquanto complesso e non del tutto definito, nel

senso di lasciare ai singoli imprenditori taluni margini di discrezionalità nella quantificazione delle risorse umane e strumentali necessarie all'esecuzione della prestazione, per cui l'individuazione del criterio del prezzo più basso come criterio di aggiudicazione dell'appalto sembra manifestamente illogico".

Le parti hanno depositato memorie di replica a sostegno ed illustrazione delle rispettive ragioni.

All'udienza pubblica del 29 gennaio 2014, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Le eccezioni in rito proposte dalle parti resistenti devono essere disattese.

1.1 Nelle gare d'appalto, sono clausole della *lex specialis* immediatamente lesive e, quindi, autonomamente impugnabili senza attendere la loro concreta applicazione da parte della stazione appaltante le clausole che determinano una sicura preclusione all'ammissione alla gara di un operatore economico.

In altri termini, le clausole immediatamente lesive sono quelle che certamente, senza alcun margine di opinabilità, conducono all'esclusione del concorrente o dell'aspirante tale che versi in una situazione incompatibile con quella prevista, a pena di esclusione, dalla *lex specialis*.

Un onere di impugnazione immediata di clausole contenute negli atti di indizione della gara, inoltre, può sussistere qualora le relative clausole impediscano, indistintamente a tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione dell'offerta.

Tale situazione si verifica, in particolare, qualora la legge di gara preveda disposizioni abnormi che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta o, ancora, condizioni negoziali che configurano il rapporto contrattuale in termini di eccessiva onerosità e obiettiva

non convenienza ed imposizioni di obblighi *contra ius* (cfr. TAR Lazio, I, 13 gennaio 2014, n. 351; TAR Liguria, II, 28 novembre 2013 n. 1449).

Viceversa, l'onere dell'immediata impugnazione del bando di gara va escluso nei riguardi delle clausole dotate solo di astratta e potenziale lesività, la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione potrebbe essere valutata unicamente all'esito della procedura selettiva, ove negativo per l'interessato.

Pertanto, non sono immediatamente impugnabili le clausole relative all'individuazione del criterio di aggiudicazione, alle modalità di valutazione delle offerte e attribuzione dei punteggi e, in generale, alle modalità di svolgimento della gara, nonché alla composizione della Commissione giudicatrice.

In tali ipotesi, il termine per impugnare anche gli atti di gara, che eventualmente concretizzano la lesione della posizione giuridica dedotta in giudizio, non può che decorrere dalla conoscenza del provvedimento di aggiudicazione in favore di terzi (cfr., in termini, T.A.R. Lazio, sez. II, 4 novembre 2013 n. 9373; T.A.R. Piemonte, sez. II, 24 settembre 2013 n. 1036).

Nel caso di specie, la ricorrente ha sostenuto solo con riferimento al secondo motivo di impugnativa - con cui ha dedotto che l'oggetto di gara sarebbe eccessivamente ampio e non sufficientemente determinato, comprensivo di prestazioni eterogenee tra loro, nemmeno chiare e definite nella loro concreta portata - che non sarebbe stato possibile formulare alcuna offerta seria e sufficientemente consapevole.

Viceversa, le altre doglianze sono incentrate su prospettazioni diverse con cui sono dedotti possibili vizi di legittimità della *lex specialis* di gara la cui lesività è destinata ad attualizzarsi soltanto nel caso di esito negativo della stessa.

In particolare, con il primo motivo, con cui la ricorrente ha dedotto la manifesta illogicità del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, la ricorrente non ha sostenuto l'impossibilità di presentare un'offerta attendibile, ma ha inteso

sostanzialmente mettere in evidenza che il criterio di aggiudicazione individuato non è quello più idoneo ad individuare la migliore offerta e, quindi, a scegliere il miglior contraente, per cui si presenterebbe come manifestamente illogico.

Ne consegue che la lesività della previsione di gara nella sfera giuridica del concorrente, così come l'interesse alla eliminazione della clausola della *lex specialis*, non avrebbe potuto essere percepita con la pubblicazione del bando, atteso che Eurocof sarebbe potuta essere aggiudicataria del servizio, ma è destinata ad aggiornarsi con l'aggiudicazione della gara a favore di un terzo concorrente.

In altri termini, la percezione della lesività e l'attualità dell'interesse ad impugnare la previsione della *lex specialis* non sono venute alla luce con la mera pubblicazione della stessa, ma con la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva della gara alla Taffo Srl, sicché è in quella data che deve individuarsi il *dies a quo* per la decorrenza del termine di impugnazione della clausola dettata dalla disciplina di gara.

Di qui, l'infondatezza delle eccezioni di irricevibilità del gravame per tardività.

1.2 Parimenti non persuasive sono le eccezioni di inammissibilità.

1.2.1 In primo luogo, se è vero che la scelta del criterio di aggiudicazione da parte della stazione appaltante è connotata da ampia discrezionalità, è altrettanto vero che tale scelta, come tutte le decisioni discrezionali dell'amministrazione, è sindacabile in sede di giurisdizione di legittimità per manifesta illogicità o per travisamento dei fatti.

1.2.2 Inoltre, occorre rilevare che l'eventuale accettazione delle clausole contenute nel bando o comunque nella *lex specialis* di gara non costituisce manifestazione di acquiescenza e, quindi, non impedisce l'impugnazione delle clausole di gara unitamente all'esito negativo della competizione.

Infatti, non può logicamente ritenersi che l'accettazione delle clausole del capitolato implichi acquiescenza alle clausole lesive, vale a dire determini

l'impossibilità di dolersi delle stesse nel caso di adozione di provvedimenti lesivi che abbiano in queste il loro presupposto.

Diversamente opinando, infatti, si perverrebbe alla paradossale e non accettabile conclusione che al fine di partecipare alla gara l'operatore economico dovrebbe necessariamente prestare acquiescenza a tutte le clausole, con conseguente esclusione della relativa possibilità di tutela giurisdizionale avverso le stesse ed evidente violazione del diritto di difesa costituzionalmente garantito dall'art. 24 Cost.

2. Nel merito, il ricorso è fondato e va di conseguenza accolto in ragione di quanto di seguito esposto.

2.1 Innanzitutto, deve ritenersi mero errore materiale, come evidenziato nell'ultimo motivo di impugnativa, il riferimento contenuto nell'aggiudicazione definitiva relativo ad una presunta esclusione dalla procedura di Eurocof.

Infatti, come emerge dai verbali n. 2 del 16 luglio 2013 e n. 3 del 22 luglio 2013, la ricorrente ha ottemperato alla richiesta di comprova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria richiesti per la partecipazione alla gara e dichiarati in sede di documentazione amministrativa, mentre è stata esclusa dalla gara per ritardato invio della documentazione ex art. 48, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006, la Funeraria Servizi Scarl.

2.2 Con il primo motivo d'impugnativa, la ricorrente ha dedotto, con una pluralità di argomentazioni, che l'aggiudicazione della gara con il criterio del prezzo più basso sarebbe manifestamente illogica.

La censura è fondata.

L'art. 81, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che nei contratti pubblici la migliore offerta è selezionata con il criterio del prezzo più basso o con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa.

Le stazioni appaltanti, ai sensi del secondo comma, scelgono, tra i detti criteri, quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto.

Il criterio del prezzo più basso si connota per prendere in considerazione esclusivamente la convenienza economica dell'offerta, per cui ha carattere automatico richiedendo per l'individuazione della migliore offerta un semplice raffronto tra cifre.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, invece, è maggiormente complesso perché l'offerta è composta non solo dall'elemento prezzo ma anche da altri elementi afferenti ai profili qualitativi della prestazione ed a ciascuno di tali elementi è attribuito un punteggio.

Di talché, tale criterio è certamente più idoneo, potendosi assegnare ad elementi diversi dal prezzo una rilevanza più o meno estesa in ragione delle singole fattispecie, in presenza di appalti il cui oggetto presenta anche minime complessità.

La differenza tra i due criteri, sotto altro angolo visuale, si concreta nella circostanza che in un caso, il criterio del prezzo più basso, l'amministrazione aggiudicatrice compie un mero accertamento tecnico, nel senso che "verifica" la migliore offerta sulla base di scienze esatte e senza alcun tipo di valutazione, mentre nell'altro caso, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, esercita la c.d. discrezionalità tecnica, nel senso che "valuta" quale sia la migliore offerta con riferimento a parametri opinabili.

Peraltro, in entrambe le ipotesi, la stazione appaltante svolge un'attività amministrativa vincolata in quanto – individuata, per mezzo dell'accertamento tecnico o dell'esercizio di discrezionalità tecnica, la migliore offerta – deve aggiudicare la gara all'operatore economico che ha presentato la stessa.

La scelta del criterio più idoneo per l'aggiudicazione di un appalto costituisce espressione tipica della discrezionalità amministrativa e, in quanto tale, è sottratta al sindacato del giudice amministrativo, tranne che, in relazione alla natura ed

all'oggetto del contratto, non sia manifestamente illogica o basata su travisamento di fatti.

Le stazioni appaltanti, in sostanza, scelgono tra i due criteri quello più adeguato in relazione alle caratteristiche dell'oggetto del contratto in quanto la specificazione del tipo di prestazione richiesta e delle sue caratteristiche peculiari consente di determinare correttamente ed efficacemente il criterio più idoneo all'individuazione della migliore offerta.

Va da sé che il criterio del prezzo più basso, in cui assume rilievo la sola componente prezzo, può presentarsi adeguato esclusivamente quando l'oggetto del contratto abbia connotati di ordinarietà e sia caratterizzato da elevata standardizzazione in relazione alla diffusa presenza sul mercato di operatori in grado di offrire in condizioni analoghe il prodotto richiesto, mentre nelle altre fattispecie è arduo ipotizzare che un sia pur minimo rilievo agli aspetti qualitativi della prestazione offerta sia indifferente per la scelta del contraente.

Nel caso in esame, l'oggetto del contratto si presenta indubbiamente complesso, non tanto per le prestazioni da eseguire, ove singolarmente considerate, quanto per le complessive modalità organizzative del servizio.

L'AMA Spa, Società con unico socio, ha indetto una procedura aperta “avente ad oggetto l'affidamento del servizio di prelievo e trasporto salme al civico deposito di osservazione o all'obitorio comunale, come previsto dal D.P.R. n. 285/1990, per la durata di 24 mesi”.

Ha specificato che “il servizio si svolgerà prevalentemente nel territorio di Roma Capitale, fatto salvo occasionali interventi richiesti nel territorio extra comunale limitrofo e comunque entro i limiti del territorio della Regione Lazio” e che l'appalto è destinato ad un “servizio pubblico essenziale”.

La compiuta descrizione del servizio, nonché delle condizioni, delle modalità, dei termini e delle specifiche tecniche di partecipazione ed aggiudicazione della gara e

di esecuzione del contratto sono riportate: nel bando di gara; nel disciplinare di gara; nello schema di contratto; nel capitolato tecnico e nei relativi allegati.

In particolare, le modalità di esecuzione del servizio sono dettagliatamente riportate nel capitolato tecnico che, innanzitutto, all'art. 1, evidenzia come il servizio sia rivolto alle salme di persone decedute: a) in abitazioni inadatte e nelle quali sia pericoloso mantenerle per il prescritto periodo di osservazione; b) in seguito a qualsiasi accidente nella pubblica via o in luogo pubblico; c) ignote, di cui debba farsi esposizione al pubblico per il riconoscimento.

Lo stesso art. 1 del capitolato tecnico precisa che “il servizio è considerato Servizio Pubblico Essenziale e non può subire interruzioni o sospensioni”.

Le modalità di esecuzione del servizio sono riportate all'art. 2 del capitolato, il quale così dispone:

“Il servizio si svolge nel territorio comunale ed extra comunale per tutte le 24 ore dei giorni feriali e festivi ed è effettuato su chiamata, per circa 2.400 interventi in due anni.

La quantità di interventi di cui sopra è indicativa e potrà variare nel corso della durata del contratto.

E' considerato intervento singolo la risposta alla chiamata con l'invio di un numero di mezzi sufficienti e di una squadra composta da almeno tre persone (di cui un autista) per il recupero di un massimo di tre salme nello stesso luogo.

Nel caso che il numero di salme sia superiore a tre, dovranno essere inviati ulteriori mezzi. E' considerato aggiuntivo e ulteriore ogni intervento che consiste nella rimozione di un numero di salme pari o inferiore a tre.

L'Autorità che ha richiesto l'intervento può, in particolari situazioni, disporre che l'impresa aggiudicataria invii unità operative maggiormente dimensionate.

Potranno essere richiesti più interventi in contemporanea in luoghi differenti.

Le prestazioni richieste comportano l'impiego di personale e la fornitura di veicoli, mezzi, materiali ed attrezzature, che devono essere utilizzati ai fini dell'erogazione del Servizio sotto il controllo e la vigilanza dell'AMA S.p.A., tramite il proprio Servizio di Polizia Mortuaria e secondo le prescrizioni previste da questo Capitolato e dalla normativa vigente nel settore.

Il Servizio deve essere svolto in un tempo massimo di 2 ore dal ricevimento della chiamata.

Il prelievo di salme dalle strutture ospedaliere avviene di concerto con le strutture sanitarie interessate; in tal caso, il personale e i mezzi dell'impresa aggiudicataria devono trovarsi sul luogo in tempo utile all'espletamento di tutte le incombenze, così da assicurare il regolare e puntuale svolgimento delle operazioni nel rispetto degli orari descritti e concordati.

Salvo diversa disposizione, il prelievo e trasporto di salme destinate al deposito di osservazione ed agli obitori, si effettuano con l'utilizzo di un contenitore rigido di materiale impermeabile, facilmente disinfettabile e lavabile, fornito dall'impresa aggiudicataria ed approvato dall'AMA S.p.A.

L'impresa aggiudicataria, nel caso di operazioni da effettuare in locali angusti, può utilizzare, esclusivamente per il tragitto da dove si trova il corpo fino al veicolo, adeguati involucri dotati di maniglie di modello anch'esso approvato dall'AMA S.p.A.

In ogni caso, nell'esecuzione dei trasporti l'impresa aggiudicataria avrà cura di percorrere, senza interruzione alcuna, i tragitti più brevi o meno frequentati fino al luogo di destinazione.

Fermo restando quanto previsto nel presente Capitolato Tecnico e/o nel Contratto, l'impresa aggiudicataria si impegna ad osservare le disposizioni impartite da AMA S.p.A. e, in particolare, dalla ILC/Cim, relative ad eventuali aspetti di dettaglio necessari alla regolare esecuzione del Servizio.

L'impresa aggiudicataria deve assicurarsi, prima di ciascun intervento, che personale, veicoli ed accessori siano in condizione di decoro e perfetta efficienza.

L'impresa aggiudicataria ha altresì l'obbligo di designare un responsabile dell'esecuzione per ogni intervento, il quale ha compiti di vigilanza sulla legittimità delle operazioni e sul comportamento delle unità operative assegnategli, onde assicurare il corretto svolgimento delle operazioni.

Nello svolgimento di dette operazioni, l'impresa aggiudicataria dovrà:

provvedere a dare immediata risposta alla chiamata;

concordare con l'Autorità pubblica presente sul posto le modalità di effettivo svolgimento del prelievo;

assicurarsi che il personale addetto al prelievo sia munito ed indossi i dispositivi di protezione individuale;

assicurarsi che le operazioni vengano eseguite con diligenza e speditezza, facendo attenzione ad adoperare la delicatezza e sensibilità richieste dalle peculiari circostanze in cui si svolge il Servizio;

eseguire il Servizio in tutte le sue fasi, fornire notizie sulle procedure di polizia mortuaria e rispondere alle eventuali richieste di informazione avanzate dai familiari del defunto, eventualmente presente;

compilare il Registro degli interventi effettuati e sottoporlo ogni mese all'Ufficio Servizi Cimiteriali;

redigere un verbale di concerto con gli addetti dell'Autorità pubblica presenti, nel quale siano riportati dettagliatamente gli effetti personali che vengono lasciati o prelevati alla salma da trasportare al deposito di osservazione o all'obitorio, di cui una copia dovrà essere trasmessa mensilmente all'Ufficio Servizi Cimiteriali e un'altra consegnata all'addetto del Deposito di Osservazione o all'Obitorio, incaricato della ricezione della salma.

Per una migliore funzionalità, ogni responsabile dell'intervento deve essere munito di telefono cellulare per segnalare prontamente all'AMA (ILC/Cim) eventuali ritardi ed inconvenienti o, in circostanze straordinarie, per richiedere disposizioni alla medesima.

Il prelievo della salma o dei resti e la loro deposizione nel contenitore o nel feretro municipale devono essere compiute con l'opportuno decoro e con le cautele necessarie; durante tali operazioni gli addetti devono indossare gli appositi dispositivi di protezione.

Il feretro nel tragitto a spalla verso l'auto-funebre deve essere mantenuto il più possibile in posizione orizzontale. E' ammesso l'uso di carrelli di foggia adeguata muniti di ruote o di montacarichi, eventualmente presente nell'edificio. E' assolutamente vietato, invece, l'uso di ascensori.

Negli ospedali e nei luoghi di cura ove è rilevante l'entità dei resti mortali da prelevare e trasportare, le operazioni devono essere condotte in modo da non causare intralci alle attività svolte nella struttura.

Durante il trasporto non devono essere accolti nel veicolo familiari o coniugi del deceduto.

A tutto il personale dell'impresa affidataria si applicano le norme relative agli incarichi di pubblico servizio”.

L'art. 3 del capitolato individua “obblighi ed oneri” e così dispone:

“I rapporti amministrativi di servizio fra l'impresa aggiudicataria e l'AMA S.p.A. si svolgeranno attraverso il competente ufficio dei servizi di Polizia Mortuaria.

Per l'esecuzione del Servizio, effettuato su ordine dell'Autorità competente, l'impresa aggiudicataria è tenuta a garantire un servizio di ricezione delle chiamate durante tutto l'arco delle 24 ore giornaliere.

L'impresa aggiudicataria è altresì tenuta a far capo alla ILC/Cim per la ricezione degli ordini scritti di prelievo e trasporto, emessi in relazione alle esigenze di

servizio. Tali ordini possono comunque essere impartiti anche verbalmente, fatta salva la successiva conferma scritta o per telefax.

L'impresa aggiudicataria dovrà comunicare all'Ufficio Servizi Cimiteriali, entro trenta giorni dall'inizio dell'affidamento, l'elenco nominativo del personale alle sue dipendenze incaricato dell'esecuzione dei servizi. Le eventuali successive variazioni dovranno essere comunicate entro otto giorni.

L'art. 4, relativo al "personale adibito al servizio", così dispone:

"L'impresa aggiudicataria dovrà avere alle proprie dipendenze personale numericamente sufficiente e professionalmente idoneo ad assicurare il regolare espletamento di tutti i servizi nell'arco delle 24 ore giornaliere.

Il personale addetto deve essere dotato, oltre che dei mezzi di protezione individuale, di divisa adeguata da indossare con cura, le cui caratteristiche saranno comunicate all'AMA S.p.A. Sulla divisa dovrà essere appuntato, in modo ben visibile, sul lato sinistro, un tesserino di riconoscimento riportante la fotografia, il nome leggibile del dipendente e il contrassegno dell'impresa.

A tutto il personale assunto alle proprie dipendenze, secondo le vigenti disposizioni in materia, l'impresa aggiudicataria deve garantire il trattamento assicurativo, previdenziale e retributivo non inferiore a quello previsto dai Contratti Nazionali per il settore specifico.

Gli addetti dovranno essere informati che è loro preciso dovere tenere un comportamento conforme alla natura del servizio e alle norme legislative e regolamentari in materia, nonché eseguire le disposizioni emanate dall'AMMA, rifiutare in via assoluta mance, regalie o atti di liberalità di qualsiasi forma che provenissero da parte di qualcuno (parenti o amici del defunto, imprese di onoranze funebri, altri operatori del settore funebre, etc.), sia durante che al di fuori dello svolgimento del Servizio.

L'impresa aggiudicataria, su motivata richiesta dell'AMA, dovrà sostituire o sospendere il personale inidoneo o che si sia reso responsabile di irregolarità o comportamenti non conformi.

L'impresa aggiudicataria è responsabile della compilazione e dell'aggiornamento di un registro o altra idonea documentazione dalla quale risulti quali servizi abbiano svolto in ciascun giorno i dipendenti in servizio e con quali mezzi e mansioni; copia delle registrazioni dovranno essere trasmesse mensilmente alla ILC/Cim”.

Con riferimento alle “dotazioni tecniche”, inoltre, il capitolato tecnico prevede che:

“L'impresa aggiudicataria è tenuta ad avere un'organizzazione idonea per un immediato ed efficiente svolgimento del Servizio durante tutto l'arco delle 24 ore.

A tal fine, per assolvere regolarmente il Servizio richiesto, è necessario che l'aggiudicatario possieda un parco mezzi, composto da furgoni o carri funebri e un adeguato numero di risorse che assicurino il trasporto di n. 12 salme.

Tutti i veicoli in dotazione per il trasporto delle salme devono essere conformi, per struttura e manutenzione, alle norme di polizia mortuaria e sanitarie, ed omologati per ospitare almeno quattro feretri o contenitori rigidi.

L'impresa aggiudicataria è tenuta a fornire alla ILC/Cim copia dei libretti di circolazione degli autoveicoli in dotazione, copia della polizza assicurativa per la responsabilità civile secondo i massimali previsti dalla legge, nonché copia dei certificati di idoneità sanitaria.

L'impresa aggiudicataria è tenuta ad impegnarsi ad aumentare tale dotazione in proporzione alle esigenze di servizio, a sue spese e senza diritto a compensi da parte della competente autorità sanitaria.

I veicoli di nuovo acquisto, o per aumento o per sostituzione di quelli in dotazione, sono soggetti per l'ammissione in servizio al preventivo assenso

dell'AMA, che verrà rilasciato previo riconoscimento di idoneità da parte della competente autorità sanitaria.

I veicoli devono essere accuratamente disinfettati dopo ogni utilizzo, sia nella parte riservata alla salma o ai resti, sia in quella riservata al personale. Tutte le dotazioni, oltre ad essere sempre mantenute in condizioni di perfetta efficienza funzionale e tecnica, devono essere sempre in ottimo stato di conservazione e pulizia.

I danni, anche minimi, derivati dall'uso, devono essere prontamente riparati”.

Sulla base delle richiamate disposizioni contenute nel capitolato tecnico, risulta evidente che la scelta del criterio del prezzo più basso quale criterio di aggiudicazione è manifestamente illogica.

La prestazione richiesta, infatti, ha natura complessa, pur essendo caratterizzata da marcati tratti da standardizzazione, ma soprattutto la disciplina di gara trasferisce ai concorrenti una discrezionalità molto ampia nell'organizzazione delle modalità di espletamento del servizio, dalla cui efficacia deriva la stessa possibilità di adempiere o meno le prestazioni richieste.

In altri termini, la notevole discrezionalità attribuita ai singoli offerenti circa le modalità di organizzazione per l'esecuzione del servizio rende le offerte ontologicamente eterogenee e, quindi, logicamente insuscettibili di essere graduate attraverso il mero criterio del prezzo più basso.

La determinazione delle risorse umane e strumentali necessarie per la corretta esecuzione delle prestazioni, in particolare, è demandata all'arbitrio dell'offerente ed è del tutto consequenziale che la misura dell'offerta economica, che tiene evidentemente conto dei costi totali sopportati dall'imprenditore per garantire il servizio, discende dal modo in cui il singolo offerente ha inteso individuare, in assoluta autonomia, la quantità e la qualità delle risorse umane e strumentali di cui dotarsi.

In tale ottica, occorre rilevare in via preliminare che il servizio si svolge, nel territorio comunale ed extracomunale e, quindi, in tutto il territorio regionale, per ogni ora di ogni giorno dell'anno, che il servizio deve essere svolto in un tempo massimo di 2 ore dal ricevimento della chiamata e che potranno essere richiesti più interventi in contemporanea in luoghi differenti.

La quantità degli interventi è stata stimata in 1.200 all'anno, ma con l'espressa avvertenza che la stessa è indicativa e potrà variare nel corso della durata del contratto.

Gli elementi della *lex specialis* da cui maggiormente è possibile rilevare la discrezionalità attribuita ai concorrenti nella predisposizione delle modalità di organizzazione del servizio possono così sintetizzarsi:

intervento singolo è la risposta alla chiamata con l'invio di un numero di "mezzi sufficienti" e di una squadra composta da "almeno tre risorse (di cui un autista)"; nel caso di numero di salme superiore a tre, dovranno essere inviati "ulteriori mezzi";

l'Autorità che ha richiesto l'intervento può, in particolari situazioni, disporre che l'impresa aggiudicataria invii unità operative "maggiormente dimensionate";

le prestazioni richieste comportano "l'impiego di personale e la fornitura di veicoli, mezzi, materiali e attrezzature";

l'aggiudicataria deve assicurarsi, prima di ciascun intervento, che "personale, veicoli ed accessori siano in condizione di decoro e perfetta efficienza";

sono descritte analiticamente le fasi di svolgimento delle operazioni, inclusive degli obblighi per l'impresa di fornire notizie sulle procedure di polizia mortuaria e rispondere alle eventuali richieste di informazioni avanzate dai familiari del defunto, di compilare il registro degli interventi effettuati e di redazione di un verbale di concerto con gli addetti dell'Autorità pubblica presenti;

per l'esecuzione del servizio, l'impresa aggiudicataria è tenuta a garantire "un servizio di ricezione delle chiamate durante tutto l'arco delle 24 ore giornaliere";

l'impresa aggiudicataria dovrà avere alle proprie dipendenze "personale numericamente sufficiente e professionalmente idoneo" ad assicurare il regolare espletamento di tutti i servizi;

il personale addetto deve essere dotato, oltre che dei mezzi di protezione individuale, "di divisa adeguata";

l'impresa aggiudicataria è tenuta ad avere "un'organizzazione idonea" per un immediato ed efficiente svolgimento del servizio durante tutto l'arco delle 24 ore;

per assolvere regolarmente il servizio richiesto, è necessario che l'aggiudicatario possieda "un parco mezzi, composto da furgoni o carri funebri e 'un adeguato numero di risorse', che assicurino il trasporto di n. 12 salme";

tutti i veicoli in dotazione per il trasporto delle salme devono essere conformi, "per struttura e manutenzione", alle norme di polizia mortuaria;

l'impresa aggiudicataria è tenuta ad impegnarsi "ad aumentare tale dotazione" in proporzione alle esigenze di servizio, a sue spese e senza diritto a compensi;

tutte le dotazioni, oltre ad essere sempre "mantenute in condizioni di perfetta efficienza funzionale e tecnica", devono essere sempre "in ottimo stato di conservazione e pulizia";

i danni, anche minimi, "devono essere prontamente riparati".

L'oggetto del contratto, pertanto, si presenta complesso richiedendo non solo la prestazione di servizi ma anche la fornitura di una pluralità di risorse strumentali, tra cui, oltre a quelle richiamate (veicoli per il trasporto delle salme, barelle, divise, mezzi di protezione individuali, etc.), per il prelievo ed il trasporto delle salme, contenitori rigidi di materiale impermeabile, facilmente disinfettabili e lavabili, approvati dall'AMA e, per il trasporto del corpo fino al veicolo nel caso di

operazioni da effettuare in locali angusti, involucri dotati di maniglie di modello approvato dall'AMA.

La circostanza, però, che maggiormente persuade il Collegio della manifesta illogicità del criterio di aggiudicazione automatico prescelto è che nella *lex specialis* di gara si fa costantemente riferimento, nel descrivere la prestazione da fornire, ai concetti di adeguatezza ed idoneità delle risorse umane e delle risorse strumentali, concetti che ontologicamente attengono a parametri opinabili di valutazione e che, quindi, richiedono l'esercizio della discrezionalità tecnica, dovendosi escludere che le relative offerte possano essere graduate in modo automatico, sulla base di un mero accertamento tecnico.

In altri termini, la valutazione di quanti e quali siano risorse umane e strumentali necessarie per il corretto espletamento delle prestazioni, e, prima ancora, della stessa possibilità di espletamento del servizio, così come la valutazione di quali debbano essere le attività di manutenzione dei beni strumentali, è stata rimessa alla completa discrezionalità dei partecipanti, sicché la stazione appaltante avrebbe evidentemente dovuto prevedere un criterio di aggiudicazione tale da procedere ad una valutazione delle proposte caratterizzata da discrezionalità tecnica, vale a dire avrebbe dovuto prevedere il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non essendo possibile non attribuire la benché minima considerazione alle modalità con cui ogni partecipante, nella particolarmente ampia discrezionalità attribuita dalla disciplina di gara, ha ritenuto di organizzare i fattori utili alla prestazione tempestiva ed ottimale del servizio.

Ne consegue la fondatezza del primo motivo di impugnativa, con cui la ricorrente ha puntualmente prospettato che la scelta più idonea sarebbe stata quella del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa in modo di consentire di valutare altri aspetti rilevanti, oltre quello del prezzo, per il buon esito dell'appalto, quali: il numero e la qualità dei mezzi posti a disposizione; il numero e la qualità

delle sedi operative e delle autorimesse per il deposito dei mezzi; la manutenzione prevista per i mezzi; il numero e la qualità delle risorse umane da impiegare nell'esecuzione dell'appalto; le modalità di garanzia della risposta per 24 ore al giorno in ogni giorno dell'anno; le modalità di garanzia dell'intervento nei tempi richiesti etc.

Viceversa, il criterio di aggiudicazione automatico del prezzo più basso avrebbe potuto eventualmente essere scelto se la stazione appaltante avesse in sede di disciplina della gara imposto in maniera stringente le modalità di organizzazione del servizio - quali il numero minimo di personale complessivamente occorrente, il numero minimo e la qualità degli autoveicoli da utilizzare per il trasporto, il numero minimo e la qualità degli altri beni strumenti richiesti per l'espletamento del servizio, le modalità di manutenzione dei veicoli, le modalità di risposta alle chiamate etc. – in modo da elidere totalmente la discrezionalità dei partecipanti nella proposizione delle offerte con riferimento ad elementi diversi dall'elemento prezzo e rendere così standardizzata l'effettiva modalità di prestazione non del singolo intervento, ma dell'intero e complessivo servizio richiesto.

In conclusione, il criterio di aggiudicazione individuato dalla AMA S.p.a. si rivela inidoneo all'individuazione del miglior contraente, per cui è manifestamente illogico.

Tale illogicità si colora di una intensità ancora più marcata laddove si consideri che, sulla base del criterio di aggiudicazione prescelto, la stazione appaltante non è in grado di avere garanzie sulla qualità della prestazione e sulla sua stessa possibilità di esecuzione, soprattutto in ragione della imprevedibilità del numero e della eventuale contestualità delle chiamate, in un servizio pubblico essenziale che, in quanto tale, non tollera sospensioni o interruzioni.

3. La fondatezza del motivo determina, assorbite le ulteriori doglianze, la fondatezza del ricorso e, per l'effetto, l'annullamento degli atti impugnati ed il travolgimento dell'intera procedura di gara.

Ne consegue, peraltro, che nessun risarcimento in forma specifica o per equivalenza patrimoniale è dovuto ad Eurocof, il cui interesse strumentale ad ottenere una nuova *chance* per l'affidamento del servizio può essere soddisfatto con la rinnovazione della procedura concorsuale.

4. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 3.000,00 (tremila/00), comprensive delle spese già liquidate nella fase cautelare, sono poste a favore della ricorrente ed a carico, per € 2.000,00 (duemila/00), della stazione appaltante AMA S.p.A. e, per € 1.000,00 (mille/00), della controinteressata Taffo S.r.l.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda Ter, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Condanna la stazione appaltante AMA S.p.a. per € 2.000,00 (duemila/00) e la controinteressata Taffo S.r.l. per € 1.000,00 (mille/00) al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in € 3.000,00 (tremila/00), comprensive delle spese già liquidate nella fase cautelare, in favore della ricorrente.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

Giuseppe Rotondo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/02/2014

IL SEGRETARIO

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