



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7826 del 2010, proposto da:
Gruppo Samir Global Service S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv.to Andrea
Abbamonte ed elettivamente domiciliato presso lo studio dello stesso, in Roma,
via degli Avignonesi, 5,

contro

l'Azienda Sanitaria Locale Caserta,
in persona del legale rappresentante p.t.,
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Massimo Lacatena ed
elettivamente domiciliata presso la sede della Regione Campania, in Roma, via Poli,
29;

Derichebourg Multiservizi S.p.A., in proprio e quale mandataria in A.T.I. con
L.A.M.P.E.R. F.M. s.r.l.,
in persona del legale rappresentante p.t.,
costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Sabatino Rainone ed

elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avv. Antonio Colavicenzo, in Roma, via Ajaccio, 14,

***per la riforma della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI -
SEZIONE I n. 02009/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO
DEL SERVIZIO DI PULIZIA ORDINARIA DELLE STRUTTURE
SANITARIE, OSPEDALIERE, DISTRETTUALI ED
AMMINISTRATIVE DELL'ASL CASERTA.***

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria appellata;

Visto l'atto di costituzione in giudizio, nonché appello incidentale, della controinteressata intimata;

Vista la memoria prodotta dall'appellante principale a sostegno delle sue domande;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 18 febbraio 2011, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Andrea Abbamonte per l'appellante principale, l'avv. Sabatino Rainone per l'appellata/appellante incidentale e l'avv. Panariello, su delega dell'avv. La catena, per l'Azienda appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. - L'odierna appellante principale, impresa operante nel settore dei servizi di pulizia e di sanificazione, lamenta, con l'appello all'esame, l'erroneità della decisione, con la quale il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sede di Napoli, ha respinto il ricorso dalla stessa proposto in primo grado

1) per l'annullamento della determina n. 301 del 1/12/2009 dell'Azienda Sanitaria Locale di Caserta recante l'aggiudicazione della gara per l'affidamento del servizio

di pulizia ordinaria delle strutture sanitarie, ospedaliere, distrettuali ed amministrative dell'A.S.L., nonché degli atti alla stessa preordinati ed in particolare del verbale di gara n. 9 del 3/11/2009 recante l'esclusione dell'appellante dalla gara e del disciplinare di gara;

2) nonché per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni sofferti dalla ricorrente per effetto degli atti impugnati.

Va rilevato, in particolare, che il T.A.R. ha statuito:

- la tardività del ricorso introduttivo limitatamente all'impugnazione del disciplinare di gara nella parte in cui stabilisce le modalità di formulazione dell'offerta economica;
- l'infondatezza del ricorso stesso nella parte in cui è stata gravata la disposta esclusione dell'odierna appellante principale;
- l'inammissibilità per carenza di interesse dei motivi aggiunti e delle censure del ricorso introduttivo volte a censurare l'illegittimità dell'aggiudicazione del servizio in favore dell'a.t.i. Derichebourg Multiservizi s.p.a./L.A.M.P.E.R. F.M. s.r.l. per carenza dei requisiti di ammissione;
- l'inammissibilità per carenza di legittimazione a ricorrere dei motivi di censura relativi ai criteri di assegnazione del punteggio per l'offerta economica e dei sottocriterii di valutazione delle offerte tecniche;
- l'infondatezza della domanda risarcitoria;
- l'inammissibilità per carenza di interesse, stante la reiezione del ricorso principale, del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata aggiudicataria per contestare la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale per il mancato possesso dei requisiti amministrativi e tecnici richiesti a pena di esclusione.

L'appellante principale contesta, con articolate critiche, la sentenza impugnata, reiterando le censure di primo grado in vario modo disattese dal T.A.R.

Si sono costituite in giudizio, per resistere, l'A.S.L. di Caserta e la controinteressata risultata aggiudicataria della procedura.

Quest'ultima ha altresì proposto appello incidentale, con il quale vengono riproposte integralmente le censure mosse in primo grado con il ricorso incidentale.

Con memoria depositata in data 28 gennaio 2011 l'appellante principale ha ampiamente riepilogato le difese e gli argomenti svolti con l'atto di appello.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica del 18 febbraio 2011.

2. - L'appello principale è infondato e va respinto.

2.1 - Va, per evidenti ragioni d'ordine logico-processuale, sovvertito l'ordine dei motivi seguito dall'appellante principale nel proporre l'impugnazione della sentenza di primo grado, partendo dalle censure svolte col secondo motivo d'appello, rivolte avverso il capo della sentenza stessa, che ha ritenuto la legittimità della disposta sua esclusione dalla gara.

Le relative doglianze vanno disattese.

Invero, la Commissione Giudicatrice della procedura di gara in questione ha escluso la ditta odierna appellante principale dalla gara medesima per aver essa presentato una offerta economica difforme da "quanto disposto nel disciplinare di gara al punto Modalità di presentazione busta n. 3" (così il verbale della Commissione n. 09).

Infatti, ha rilevato la Commissione, nell'offerta della Ditta SAMIR "vengono espressi due prezzi, uno per le superfici calpestabili coperte ed uno per le superfici calpestabili scoperte, anziché quello unico previsto dal Disciplinare stesso relativo alle superfici calpestabili coperte".

Va in proposito considerato che il disciplinare della gara prevedeva che l'offerta economica fosse "formulata come miglior prezzo metro quadro anno per le

superfici calpestabili coperte”, con ciò intendendosi, precisava lo stesso disciplinare, “che il prezzo complessivo di aggiudicazione sarà calcolato come segue: prezzo unitario di offerta mq/anno moltiplicato per le superfici che nel prospetto allegato al capitolato speciale di gara sono qualificate calpestabili coperte” (così alle “modalità di presentazione busta n. 3”).

Risulta pertanto chiaro, sulla base di tale testuale formulazione della legge di gara, che, pur essendo la pulizia delle aree esterne indicate nel capitolato a tutti gli effetti compresa nelle prestazioni da affidarsi in appalto (come ben si evince dal capitolato stesso allegato al disciplinare ed in particolare dai relativi art. 1, comma 2, recante “informazioni generali sull’appalto”; art. 3, relativo alla tipologia delle aree oggetto del servizio; art. 5, recante l’elenco delle attività richieste; oltre che dall’allegato n. 3 al Capitolato, dal quale risultano le superfici calpestabili interne ed esterne degli immobili oggetto di intervento e, ancora, dall’art. 3, relativo al prezzo contrattuale, dello schema di contratto predisposto), ai fini della determinazione del corrispettivo complessivo dell’appalto sono computate unicamente le superfici calpestabili coperte ed è preso in considerazione unicamente il prezzo/mq. anno per le stesse offerto, sì che il confronto concorrenziale sui prezzi di offerta viene effettuato sulla base di un prezzo mq./anno relativo alle sole superfici coperte, che, moltiplicato per la superficie complessiva coperta risultante dall’allegato al Capitolato, dà luogo al prezzo complessivo offerto, cui viene attribuito il punteggio (entro un massimo di 50 punti) stabilito per la componente “prezzo” dalle “modalità per lo svolgimento della gara” stabilite dallo stesso Disciplinare.

Ne risulta che la pulizia delle aree esterne, lungi dal configurare una prestazione aggiuntiva (come in particolare dall’appellante principale sostenuto in primo grado: v., ad es., pag. 12 ric. introd.), si configura, alla stregua della legge di gara, come oggetto principale del servizio al pari della pulizia delle superfici coperte; solo che per la determinazione del prezzo contrattuale, e dunque anche ai fini del

raffronto delle offerte economiche delle varie partecipanti alla gara, occorreva indicare il solo prezzo (a mq. e complessivo) riferito alle aree coperte, che, una volta assunto a prezzo contrattuale, vale con tutta evidenza a remunerare l'intera prestazione dedotta in contratto ai sensi dell'art. 1, comma 2, del Capitolato.

Ciò posto, non v'è dubbio che l'odierna appellante principale, col formulare un'offerta in cui ha espresso due prezzi mq./anno (uno per le superfici calpestabili coperte ed uno per le superfici calpestabili scoperte) e due prezzi complessivi (l'uno risultante dalla moltiplicazione del prezzo mq./anno offerto per le aree coperte per la superficie complessiva di tali aree e l'altro risultante dalla moltiplicazione del prezzo mq./anno indicato in offerta per le aree scoperte per la superficie complessiva delle aree stesse), abbia presentato un'offerta in qualche modo indeterminata (di fatto modificante la proposta immutabile dell'Amministrazione di calcolo del prezzo contrattuale sulla base del solo valore economico del servizio riferito alle aree coperte) e comunque redatta in modo diverso da quello prescritto dalla lex specialis; in breve, un'offerta esattamente definita dalla Commissione Giudicatrice come non valutabile, in quanto inidonea al confronto da effettuarsi con le altre offerte presentate sulla base dei parametri stabiliti univocamente dall'Amministrazione e dunque correttamente esclusa in attuazione dell'espressa previsione di esclusione dalla gara di offerte siffatte, recata dal paragrafo "validità dell'offerta" del Disciplinare di gara.

Né una simile offerta poteva considerarsi in qualche modo, come pretenderebbe l'appellante principale, ad opera della Commissione stessa in qualche modo segmentabile, interpretabile e dunque recuperabile ai fini di un'utile partecipazione alla gara dell'impresa concorrente, se non in aperta violazione delle vedute regole di gara, nonché del principio di unicità ed univocità dell'offerta, che impone ai partecipanti alle gare di presentare un'unica e chiara proposta tecnica ed economica quale contenuto della propria offerta e che risponde non solo alla

necessità di garantire l'effettiva par condicio dei concorrenti, ma soprattutto a quella di far emergere dal confronto concorrenziale la migliore offerta appropriata alla gara; ed il fatto che l'Amministrazione sia tenuta a valutare solo proposte così formulate risponde peraltro al principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa.

Ed infatti, non avrebbe potuto la Commissione considerare tamquam non esset la "porzione" di offerta relativa alle aree scoperte, giacché la stessa formulazione, da parte della concorrente, di un prezzo distinto per detta prestazione rendeva palese che, in violazione delle previsioni di gara, l'offerente intendeva non compresa la prestazione stessa nel prezzo offerto per le aree coperte; né la Commissione stessa avrebbe potuto considerare come prezzo-offerta quello risultante dalla somma dei due prezzi complessivi offerti (quello per le superfici coperte e quello per le aree scoperte), giacché in tal modo la sua attività valutativa si sarebbe posta in aperta distonia con la legge di gara, che, come s'è visto, prescriveva che il prezzo complessivo di aggiudicazione doveva scaturire esclusivamente dal "prezzo unitario di offerta mq/anno moltiplicato per le superfici ... che sono qualificate calpestabili coperte".

Né, per finire sul punto, può ritenersi applicabile alla fattispecie il principio della richiesta di chiarimenti codificato dall'art. 43 del D. Lgs. n. 163/2006, non potendosi, per mezzo dell'istituto invocato (che consente di ricorrere all'integrazione o regolarizzazione postuma solo per rimediare a vizi puramente formali, attinenti ad es. alla effettiva sussistenza di un requisito in capo ad un partecipante: Cons. St., V, 2 agosto 2010, n. 5084), riportare ad unicità l'offerta contenente plurime soluzioni o comunque non conforme ai requisiti richiesti dalla disciplina di gara, sì da configurarsi in concreto come un'offerta non seria e non attendibile; ciò tanto più quando, come s'è visto in ordine alla veduta disciplina della lex specialis de qua, non sussistano equivoci od incertezze derivanti da una

possibile ambiguità della legge di gara (Cons. St. V, 2 febbraio 2010, n. 428; 15 gennaio 2008, n. 36; 6 marzo 2006, n. 1069; 30 maggio 2006, n. 3280), giacché, in presenza di una prescrizione chiara, la regolarizzazione costituirebbe violazione della par condicio fra i concorrenti, ch'è principio ineludibile nelle procedure d'evidenza pubblica.

2.2 - Con il IV (rectius: III) motivo di appello l'appellante principale ripropone la censura di primo grado, dichiarata dal T.A.R. irricevibile per tardività, secondo cui, ove fosse ritenuta corretta l'interpretazione che la Commissione di gara ha dato della clausola che ha determinato la sua esclusione dalla gara, essa dovrebbe essere annullata per ambiguità e contraddittorietà, visto, si afferma, “che il capitolato speciale indicava anche superfici scoperte quale oggetto del servizio di pulizia”.

Il Collegio ritiene che mériti condivisione la dichiaratoria di irricevibilità pronunciata dal Giudice di primo grado in proposito, alla stregua dell'insegnamento dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio (decisione 29 gennaio 2003, n. 1), secondo cui i bandi di gara e le lettere di invito devono essere tempestivamente ed autonomamente impugnati, a prescindere dal momento dell'adozione degli atti che di essi fanno applicazione, laddove si tratti di clausole impeditive dell'ammissione, o che comunque incidono direttamente sulla formulazione dell'offerta (Cons. St., IV, 26 novembre 2009, n. 7441).

La questione della immediata lesività non può essere invero circoscritta al solo ambito dei requisiti richiesti per partecipare alla gara, ma deve essere riguardata in sé, e come tale essa è propria di ogni situazione rispetto alla quale è certo che l'applicazione della clausola non potrà che essere fatta in un unico senso, cioè quello che presenta con evidenza carattere di asserito pregiudizio.

Ne consegue che, in presenza di una clausola del bando di gara (quale quella qui contestata) che non presenta intrinsecamente elementi di contraddittorietà ed ambiguità e che la concorrente alla gara si è autonomamente indotta a disapplicare

formulando nell'offerta economica un prezzo (non previsto) anche per la pulizia delle aree scoperte, non v'è dubbio ch'essa era onerata ad impugnare immediatamente la clausola (rispetto alla cui applicazione la successiva attività demandata alla Commissione Giudicatrice non poteva ragionevolmente presentare alcun margine di discrezionalità) da essa stessa volutamente e consapevolmente disattesa in sede di partecipazione alla gara, giacché è evidente che, quanto meno alla data di formulazione dell'offerta dalla clausola medesima difforme (formulazione che risale nel caso di specie al 13 luglio 2009), essa manifestava apertamente tutta la sua attitudine lesiva per l'odierna appellante principale.

Ne segue che correttamente l'impugnazione della clausola anzidetta, di cui al ricorso di primo grado notificato in data 29 dicembre 2009, è stata dal T.A.R. dichiarata irricevibile.

Né rileva qui la reiezione che delle relative censure il Giudice di primo grado ha comunque operato ad abundantiam, dovendosi le conseguenti statuizioni nel mérito considerarsi quali meri obiter dicta, la cui impugnazione è pertanto in questa sede inammissibile per carenza di interesse.

2.3 - Corretta si rivela anche la declaratoria di inammissibilità, pronunciata con la sentenza impugnata, dei motivi di ricorso (rubricati sub III e III/I del ricorso introduttivo) volti a censurare illegittimità caducanti l'intera procedura di gara.

La pretesa di vedere valutati detti vizi, fatta valere con il primo motivo di appello, si scontra infatti, a parere del Collegio, con l'insussistenza di una posizione legittimante in ordine a siffatto genere di doglianze in capo al soggetto escluso legittimamente (come nella specie) da una procedura di aggiudicazione.

Il partecipante escluso si trova invero, rispetto alla procedura, nella stessa posizione di un quisque de populo, portatore di un interesse di mero fatto, che un orientamento giurisprudenziale (poco persuasivo) vuole accreditare come

posizione legittimante solo in virtù dell'utilità, che lo stesso può conseguire con l'annullamento della gara ed il suo rinnovo.

Se fosse accettabile l'assunto che l'interesse strumentale, cioè la prospettiva del vantaggio consistente nella semplice possibilità di partecipare alla riedizione della gara, basti a legittimare il candidato estromesso ad impugnare gli atti di gara, occorrerebbe con coerenza dichiarare qualunque operatore economico legittimato ad impugnare ogni gara consona al proprio ambito merceologico, a prescindere da qualsivoglia candidatura, in presenza di vizi atti a travolgere radicalmente il procedimento e a prepararne il rinnovo.

È chiaro però che siffatta conclusione, raggiunta tramite il discutibile rovesciamento concettuale che pretende di elevare il cosiddetto interesse strumentale a surrogato della posizione legittimante, è nella sostanza destinata a piegare l'esercizio della giustizia amministrativa ad una funzione di oggettiva verifica del rispetto della legalità, che il nostro ordinamento notoriamente non contempla (Cons. St., IV, 26 novembre 2009, n. 7441).

2.4 - Da ultimo, deve dichiararsi l'inammissibilità per carenza di interesse del motivo V (rectius: IV) di appello rivolto avverso l'analoga statuizione resa dal T.A.R. sulle doglianze del ricorso introduttivo e sui successivi motivi aggiunti intesi a censurare la asseritamente illegittima ammissione alla gara dell'aggiudicataria controinteressata, che la stessa prospettazione dell'appellante principale àncora alla previa declaratoria di illegittimità (come s'è visto non conseguita nel presente giudizio) della propria esclusione dalla procedura (v. pag. 39 mem.).

3. – L'appello principale, in conclusione, laddove chiede la riforma della sentenza di primo grado nelle sue statuizioni reiettive della richiesta di annullamento degli atti oggetto del giudizio, è da respingere, con conseguente conferma della sentenza stessa.

Dalla complessiva liceità dell'attività amministrativa così portata all'attenzione del Giudice scaturisce anche l'infondatezza della domanda di risarcimento danni riproposta in questo grado del giudizio dopo la reiezione fattane dal Giudice di prime cure.

Quanto, infine, all'appello incidentale, la reiezione dell'appello principale ne comporta, secondo principii consolidati, la declaratoria di improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse.

Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio possono essere integralmente compensati fra le parti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe:

- respinge l'appello principale;
- dichiara improcedibile, per sopravvenuta carenza di interesse, l'appello incidentale;
- per l'effetto, conferma, nei sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Spese compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 18 febbraio 2011, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Terza – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere, Estensore

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/03/2011

IL SEGRETARIO

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