



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5416 del 2010, proposto da: Hospital Service Srl, in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo costituito con Weiss Tex GmbH, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde N.2;

contro

Azienda Ospedaliera S. Camillo Forlanini, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Gambardella, con domicilio eletto presso in Roma, piazza Forlanini 1;

nei confronti di

Servizi Italia S.p.A. in , in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo costituito con Lavin Lavanderie Industriali S.p.A., , in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Piazza, con domicilio eletto presso Angelo Piazza in Roma, via Luigi Robecchi Brichetti, 10; .;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUATER n. 11994/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI NOLEGGIO E LAVAGGIO BIANCHERIA STERILE PER CAMERA OPERATORIA - RIS. DANNO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera S. Camillo Forlanini e del raggruppamento controinteressato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1° marzo 2011 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Chiappetti e Giglio, entrambi su delega dell'avv. Gambardella, e De Portu su delega dell'avv. Piazza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno respinto il ricorso proposto dalla Hospital Service s.r.l., in proprio e quale mandataria del raggruppamento costituito con la società Weiss Tex GMBH, avverso gli atti relativi alla procedura di gara indetta dall'Azienda Ospedaliera S.Camillo Forlanini per l'affidamento dell'appalto concernente il servizio di noleggio e lavaggio della biancheria e di tutti gli effetti tessili, la fornitura di T.N.T. sterile e non sterile, di teleria e capi sterili per camera operatoria, nonché il noleggio di superfici antidecubito, procedura culminata nell'aggiudicazione in favore dell'ATI Servizi Italia – Lavin Lavanderie. L'appellante Hospital Service contesta gli argomenti posti a fondamento del *decisum* di prime cure.

Resistono la stazione appaltante ed il raggruppamento controinteressato.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 1° marzo 2011 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. L'appello è infondato.

2.1. Non coglie nel segno, in primo luogo, la censura con la quale la parte appellante deduce che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta in violazione delle disposizioni recate dalla *lex specialis* che fissano l'importo della base d'asta così vietando la formulazione di offerte al rialzo.

Invero, dalla lettura del capitolato di gara (art. 3 pag. 5) e del bando (punto II. 2.1) si ricava che la disciplina di gara individua solo l'ammontare presunto dell'appalto in relazione ai giorni di degenza, pari a E. 28.750.000,00, senza stabilire una base d'asta. La fissazione di detto parametro economico rileva, quindi, alla stregua di elemento orientativo ai fini della formulazione dell'offerta da parte dei concorrenti senza atteggiarsi a base d'asta tale da obbligare alla formulazione di sole offerte al ribasso. L'art. 34 del capitolato prevede, infatti, l'indicazione del prezzo che si intende praticare per ogni giornata effettiva di degenza senza fissare all'uopo un importo base rispetto al quale regolare la determinazione della proposta economica che risulta, quindi, rimessa alle non condizionate scelte d'impresa. La stessa formula per l'attribuzione del punteggio di cui all'art. 39 del disciplinare prevede l'attribuzione del punteggio più alto in favore dell'offerta più bassa senza escludere la formulazione di offerte in rialzo, destinate quindi a subire la penalizzazione in sede di attribuzione del punteggio senza incappare in una preclusione sul versante dell'ammissibilità.

Merita allora condivisione l'assunto centrale che sostiene la sentenza gravata, secondo cui, nella specie, l'amministrazione ha, in modo ragionevole, esercitato la propria discrezionalità nel senso di non legare la libertà dei concorrenti con la determinazione di una base non valicabile verso l'alto e di lasciare agli operatori

economici., in coerenza con la specificità dell'oggetto della procedura, l'apprezzamento dei termini della proposta economicamente efficiente in rapporto ai profili qualitativi dell'offerta secondo il modello dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La scelta, nel novero delle opzioni possibili ai sensi dell'art. 83 del codice dei contratti pubblici, di detto criterio di aggiudicazione, risulta espressione paradigmatica della discrezionalità amministrativa non sindacabile in sede di legittimità in assenza di profili di sviamento e di illogicità che non risultano nella specie apprezzabili.

2.2. Non meritano positiva valutazione neanche le censure volte a contestare la difformità delle dichiarazioni rese dal raggruppamento aggiudicatario rispetto agli obblighi fissati dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici:

A confutazione degli specifici profili di doglianza si deve rimarcare quanto segue:

a) il dott. Arcadico Alfieri non rientra nell'ambito delle figure tassative per le quali l'art. 38, comma 1, lett. c, del codice dei contratti pubblici impone la dichiarazione in ordine all'assenza di precedenti penali ostativi, trattandosi di soggetto deputato, nella struttura della Lavin, all'assolvimento della funzione di referente operativo dell'area tecnica, senza rivestire la carica di direttore tecnico con un'investitura rappresentativa efficace nei confronti dei terzi;

b) non sussiste la denunciata omissione delle rituali dichiarazioni neanche con riguardo all'associata Servizi Italia S.p.a., posto che i procuratori speciali per i quali si lamenta l'omissione non rientrano, né sul piano formale né sul versante sostanziale, nel novero degli amministratori con poteri di rappresentanza per i quali è richiesta la dichiarazione in esame secondo la disciplina di gara (cfr. Cons Stato, sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513, secondo cui i procuratori speciali della società muniti di poteri di rappresentanza non rientrano nel novero dei soggetti, di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/2006, tenuti alle dichiarazioni sostitutive finalizzate alla verifica del possesso dei requisiti di moralità della società stessa).

c) la dichiarazione resa da ciascuna e dalle due imprese associate in merito alla posizione degli amministratori cessati dalla carica non può essere inficiata dalla mera aggiunta della puntualizzazione, in chiave cautelativa, che detta attestazione, concernendo la sfera di soggetti terzi rispetto all'organizzazione d'impresa, è resa dal legale rappresentante di ognuna delle due imprese in relazione ai dati disponibili (*"per quanto a sua conoscenza"*).

2.3. Deve essere respinta anche la censura con cui si deduce l'irritualità della polizza fideiussoria presentata dal raggruppamento aggiudicatario ai sensi dell'art. 35 del capitolato, posto che la normativa di gara non richiedeva una specifica attestazione o dichiarazione comprovante la sussistenza dei poteri del sottoscrittore di costituire l'obbligazione di garanzia e che, in ogni caso, la polizza risulta ritualmente sottoscritta dal delegato del direttore generale della filiale di Reggio Emilia della Banca Monte dei Paschi di Siena.

2.4. Non meritano positiva valutazione neanche le censure con le quali parte appellante contesta la violazione del divieto di formulazione di offerte condizionate. La dichiarazione, resa in sede di gara dal raggruppamento, volta ad assicurare che, in caso di impossibilità di una delle due imprese componenti il raggruppamento, il servizio sarebbe stata assicurato dall'altra, mira a garantire, con un impegno supplementare, l'interesse pubblico alla continuità del servizio anche in caso di sopravvenienze ostative, senza condizionare la portata dell'impegno originario assunto da ciascun operatore in rapporto alle quote di suddivisione del raggruppamento.

2.5. Va a questo punto esaminato, in quanto pregiudiziale rispetto agli ulteriori motivi dell'appello principale, il motivo del ricorso incidentale di primo grado proposto dal raggruppamento aggiudicatario, e ritualmente riproposto nel giudizio d'appello, con cui si contesta la mancata esclusione del raggruppamento ricorrente nonostante la violazione dell'obbligo di provvedere alla specificazione delle quote

del servizio che sarebbero state eseguite dai singoli operatori economici raggruppati.

E' fondata la censura, già contenuta nel ricorso incidentale di prime cure ed ulteriormente sviluppata nel corso del presente grado di giudizio, con cui si contesta l'omessa indicazione, in seno all'offerta del raggruppamento, delle quote relative alle prestazioni comuni che sarebbero state rese da Hospital Service e da Weiss Tex GMBH.

Dall'esame della documentazione di gara si ricava, infatti, che viene in rilievo un raggruppamento misto in quanto le due imprese componenti - che per il resto hanno dichiarato di dover attendere all'espletamento di servizi diversi secondo il paradigma dell'ATI verticale- hanno affermato di dover gestire in modo condiviso, secondo il modello dell'ATI orizzontale, il servizio di "Fornitura di teleria e capi sterili per sala operatoria". . La mancata precisazione delle quote di ripartizione del servizio comune implica, quindi, violazione dell'obbligo ricavabile dai commi 4 e 13 dell'art. 37 del codice dei contratti pubblici, operante anche in assenza di specifico richiamo in seno alla *lex specialis*, di specificare le parti del servizio e della fornitura che devono essere eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati e del correlato principio di corrispondenza della ripartizione quantitativa delle prestazioni rispetto all'impegno assunto in sede di partecipazione (cfr., in materia, Cons. Stato, sez. V, 12 febbraio 2010 , n. 744; sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8253, secondo cui, ai sensi dell'art. 37, comma 13, d.lgs. 14 aprile 2006 n. 163, le imprese partecipanti alle gare d'appalto in forma associata hanno l'obbligo di indicare già nell'offerta le quote di partecipazione non soltanto al raggruppamento, costituendo o costituito, ma anche dei lavori, atteso che una dichiarazione "ex post" in sede di esecuzione non potrebbe assolvere allo stesso modo alle esigenze di trasparenza ed affidabilità che caratterizzano la gara, e deve sussistere anche una perfetta corrispondenza tra quota di lavori e quota di effettiva

partecipazione al raggruppamento e l'una e l'altra devono essere stabilite e manifestate dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara, costituendo ambedue le dichiarazioni requisiti di ammissione alla gara, e non contenuto di obbligazione da far valere in sede di esecuzione del contratto).

2.5.1. La fondatezza del ricorso incidentale evidenzia la sussistenza di una carenza di legittimazione del raggruppamento appellante a contestare le fasi della procedura successive della procedura alla quale non avrebbe avuto titolo di partecipare. Si deve, infatti, osservare che la censura incidentale accolta, mettendo nel nulla il titolo del contraddittore ai fini della partecipazione alla procedura, si pone in uno stadio, logico e cognitivo, anteriore e pregiudiziale rispetto alle questioni relative alla fasi successive dello svolgimento della gara. L'applicazione coerente, all'istituto del ricorso incidentale, dei principi generali in punto di legittimazione ed interesse a ricorrere, consente allora di escludere che un soggetto con riguardo al quale si dimostri la sussistenza di una causa di esclusione derivante da una deficienza della domanda di partecipazione, possa giovare, anche in una procedura con due soli concorrenti, dell'accoglimento di un motivo di ricorso principale teso a mettere in discussione la correttezza di uno stadio successivo della procedura medesima al quale non avrebbe dovuto avere ingresso (conf. Cons. Stato, sez. VI, 11 maggio 2007, n. 2310; Ad Plen 15 aprile 2010, n. 2155),

Ne deriva l'inammissibilità della censura volta a contestare la mancata sottoposizione dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario alla procedura di verifica dell'anomalia.

Deve essere del pari considerata inammissibile, per difetto di una posizione differenziata legittimante, la doglianza volta a contestare il diniego di accesso alla documentazione relativa alla gara di appalto. Su detto ultimo aspetto si deve, peraltro, rimarcare che il Tribunale ha dichiarato l'improcedibilità del relativo

motivo di ricorso in coerenza con la richiesta formulata all'udienza di discussione a seguito dell'avvenuta ostensione della documentazione richiesta.

3. L'appello principale deve, in definitiva, essere in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile, mentre l'appello incidentale va accolto.

La complessità delle questioni oggetto di esame giustifica, tuttavia, la compensazione delle spese di giudizio..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando, in parte respinge e in parte dichiara inammissibile l'appello principale, come in epigrafe proposto, e accoglie l'appello incidentale..
Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Adolfo Metro, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/05/2011

IL SEGRETARIO

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