

Pubblicato il 19/06/2017

N. 00841/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00310/2017 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 310 del 2017, proposto da:

A.N.I.S.A. - Associazione Nazionale Imprese di Sorveglianza Antincendio, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Ponti, Luca De Pauli, Fata Musto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Fata Musto in Firenze, via Tornabuoni N. 10;

contro

Estar-Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Iaria, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via de' Rondinelli N. 2;

nei confronti di

Gsa - Gruppo Servizi Associati, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Mazzeo, con domicilio eletto presso lo studio Fata Musto in Firenze, via de' Tornabuoni 10;

per l'annullamento

- a) dell'art. 7 del Disciplinare relativo alla “Procedura di gara aperta per la stipula di convenzione quadro finalizzata all'affidamento del servizio di sorveglianza antincendio e gestione delle emergenze per le Aziende/Enti della Regione Toscana” – Gara n. 6630582 – Lotto Unico: CIG N. 6940410F80, il cui Bando è stato pubblicato in GU/S17 del 25.01.2017;
- b) dell'art. 9.7 “Clausola sociale – salvaguardia occupazionale” del Capitolato normativo, sempre afferente la “Procedura di gara aperta per la stipula di convenzione quadro finalizzata all'affidamento del servizio di sorveglianza antincendio e gestione delle emergenze per le Aziende/Enti della Regione Toscana” – Gara n. 6630582 – Lotto Unico: CIG N. 6940410F80, il cui Bando è stato pubblicato in GU/S17 del 25.01.2017;
- c) di tutti gli atti a tali provvedimenti comunque connessi, presupposti e conseguenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Estar-Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale e di Gsa - Gruppo Servizi Associati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 maggio 2017 il dott. Giovanni Ricchiuto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il presente ricorso l'Associazione Nazionale Imprese di Sorveglianza Antincendio (da ora A.n.i.s.a.) ha impugnato, il bando indetto dall'ESTAR, diretto alla stipula di una convenzione quadro finalizzata all'affidamento del servizio di sorveglianza antincendio.

La durata prevista è di 72 mesi a fronte di un corrispettivo di appalto stimato in Euro 44.850.000.00 (IVA esclusa).

Detta Associazione, in quanto rappresentativa degli operatori di settore appaltatori dei servizi antincendio presso strutture sanitarie situate sull'intero territorio nazionale, ritiene il bando lesivo per le imprese facenti parte della stessa associazione.

In primo luogo sarebbe illegittimo l'art. 7 del disciplinare nella parte in cui prevede che l'aggiudicazione avvenga secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, utilizzando una formula di calcolo che privilegierebbe l'elemento prezzo rispetto a quello qualitativo.

Risulterebbe illegittima anche la previsione contenuta nell'art. 9.7 del Capitolato Normativo, laddove non conterrebbe un preciso riferimento al contratto collettivo da applicare nella formulazione delle offerte.

Nell'avversare i sopra citati provvedimenti si sostiene l'esistenza dei seguenti vizi:

1. la contraddittorietà, l'illogicità, il difetto di motivazione e l'eccesso di potere, in quanto pur essendosi in presenza di un appalto "ad alta intensità di manodopera", e quindi, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la formula prevista dall'art. 7 del disciplinare attribuirebbe un valore preponderante al criterio del prezzo più basso;

2. Illogicità, il difetto di motivazione e la violazione degli artt. 30, 50 e 102 del D.lgs. 18.04.2016, n. 50 e del D.M. 2 agosto 2010, in quanto sarebbe illegittima la previsione contenuta all'art. 9.7 del capitolato che non specificherebbe quale contratto dovrebbe essere preso a riferimento nell'articolare l'offerta economica.

Si è costituita l'Estar che, preliminarmente, ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per difetto di legittimazione attiva dell'associazione ricorrente, in considerazione del fatto che sussisterebbe un conflitto di interessi dell'associazione con i propri iscritti che hanno partecipato alla gara.

La stessa Estar sostiene il difetto di interesse dell'associazione ricorrente, in quanto nessuna delle clausole contestate impedirebbe la partecipazione alla gara di un'impresa facente parte dell'ANISA.

In subordine si chiede il rigetto del ricorso in quanto infondato.

Si è costituito in giudizio il Gruppo Servizi Associati S.p.A. (da ora GSA), adita in qualità di soggetto controinteressato.

Detta impresa, dopo aver evidenziato di essere operante nel mercato dei servizi antincendio e di risultare aderente ad ANISA, ha ritenuto di fare proprie le censure proposte dalla ricorrente, chiedendo l'accoglimento del ricorso.

All'udienza del 16 maggio 2017, uditi i procuratori delle parti costituite, il ricorso è stato trattenuto per la decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è inammissibile per difetto di interesse dell'ANISA, risultando fondata l'eccezione sul punto proposta dall'Estar.

1.1 L'ANISA sostiene l'illegittimità della formula matematica utilizzata che risulterebbe in contrasto con l'art. 95, co. 3 del d.lgs. 50/2016, laddove detta disposizione prevede l'applicabilità del

criterio della offerta economicamente più vantaggiosa agli appalti, come quello ora in esame, ad alta intensità di manodopera.

A parere della ricorrente la formula utilizzata, nel momento in cui attribuirebbe un'importanza considerevole al massimo ribasso, integrerebbe una sostanziale violazione della disposizione sopracitata.

1.2 Altrettanto censurabile sarebbe la scelta di non prevedere l'applicazione di un determinato contratto collettivo, circostanza anch'essa che risulterebbe pregiudizievole per le imprese facenti parte dell'associazione ricorrente.

1.3 Ciò premesso per quanto concerne le doglianze proposte è necessario evidenziare che costituisce orientamento giurisprudenziale maggioritario, fatto proprio anche da questo Tribunale, quello diretto a sancire che l'onere di immediata impugnazione del bando è circoscritto al caso in cui vengano contestate clausole escludenti, che siano ostative all'ammissione dell'interessato o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura.

Le rimanenti clausole ritenute lesive sono suscettibili di essere impuginate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (in questo senso si veda Cons. Stato Sez. VI, 08-02-2016, n. 510; T.a.r. Toscana, sez. I, 13 luglio 2015, n. 1; Consiglio di Stato, sezione III, 10 giugno 2016, n. 2507; Consiglio di Stato, sezione V, 30 dicembre 2015, n. 5862; Consiglio di Stato, sezione V, 12 novembre 2015, n. 5181; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 25

febbraio 2014, n. 9; Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 7 aprile 2011, n. 4).

1.4 Si è affermato, infatti, che deve essere riconosciuto carattere escludente, non solo alle clausole che concernono i requisiti di partecipazione in senso stretto alle gare pubbliche, ma anche a quelle che impongono, ai fini della partecipazione, oneri manifestamente incomprensibili o sproporzionati, ovvero che impediscono o rendono impossibile il calcolo di convenienza tecnico o economico, ovvero che prevedono condizioni negoziali eccessivamente onerose o obiettivamente non convenienti, ovvero ancora che contengono gravi carenze circa i dati essenziali per la formulazione dell'offerta.

1.5 Va, altresì, evidenziato che l'Adunanza Plenaria n. 1/2003 ha affermato che *"non può essere condiviso quell'indirizzo interpretativo che è volto ad estendere l'onere di impugnazione alle prescrizioni del bando che condizionano, anche indirettamente, la formulazione dell'offerta economica tra le quali anche quelle riguardanti il metodo di gara e la valutazione dell'anomalia. Anche con riferimento a tali clausole, infatti, l'effetto lesivo per la situazione del partecipante al procedimento concorsuale si verifica con l'esito negativo della procedura concorsuale o con la dichiarazione di anomalia dell'offerta. L'effetto lesivo è, infatti, conseguenza delle operazioni di gara, e delle valutazioni con essa effettuate, dal momento che è solo il concreto procedimento negativo a rendere certa la lesione ed a trasformare l'astratta potenzialità lesiva delle clausole del bando in una ragione di illegittimità concreta ed effettivamente rilevante per l'interessato: devono pertanto ritenersi impugnabili unitamente all'atto applicativo, le clausole riguardanti i criteri di aggiudicazione, anche se gli stessi sono idonei ad influire sulla determinazione dell'impresa relativa alla predisposizione della proposta economica o tecnica, ed in genere sulla formulazione dell'offerta, i criteri di valutazione delle prove concorsuali, i criteri di determinazione delle soglie di*

anomalie dell'offerta, nonché le clausole che precisano l'esclusione automatica dell'offerta anomala".

1.6 Applicando detti principi al caso di specie è evidente l'inammissibilità del ricorso per difetto di un concreto e attuale interesse all'annullamento del bando e delle clausole sopra citate.

1.7 La *lex specialis* prevede che, nel caso di specie, l'aggiudicazione sia disposta secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo alla componente prezzo un punteggio massimo pari a 40 punti ed alla componente qualitativa un punteggio massimo pari a 60 punti.

1.8 Parte ricorrente contesta la legittimità della formula così espressa: $V(a) = Ra/R_{max}$, dove: $V(a)$ = coefficiente relativo all'offerta economica del concorrente; Ra = ribasso percentuale offerto dal concorrente e, da ultimo, R_{max} = ribasso percentuale dell'offerta più conveniente.

Detto criterio di aggiudicazione avrebbe l'effetto di trasformare la gara, originariamente prevista per essere aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in una gara al massimo ribasso, in quanto le differenze di punteggio riferite all'offerta economica che verrebbero a crearsi non potrebbero essere colmate dalla valutazione qualitativa.

1.9 L'assenza di un effettivo interesse risulta evidente laddove si consideri che la formula sopra citata non si traduce in una clausola ostativa alla partecipazione, né in uno strumento idoneo a rendere più difficile la presentazione di offerte da parte delle imprese facenti parte dell'associazione ricorrente.

Quest'ultima deduce a fondamento del ricorso un rischio meramente ipotetico, limitandosi a contestare la scelta della formula matematica,

sino a proporre una differente, ritenuta quest'ultima più aderente alle caratteristiche dell'appalto.

Le argomentazioni della ricorrente non pervengono ad una dimostrazione certa ed inconfutabile circa l'esistenza di un qualche pregiudizio, strettamente correlato alla partecipazione di alcuni concorrenti a discapito di altri, fermandosi a considerazioni che si traducono in una sostanziale "non condivisione" delle scelte poste in essere dalla stazione appaltante.

2. Si consideri, peraltro, che la formula così individuata era espressamente disciplinata nel DPR 207/2010, circostanza quest'ultima che conferma come, al contrario di quanto affermato, fosse comunemente utilizzata sino ad un recente passato.

2.1 Non solo non risulta indimostrato il pregiudizio correlato alla scelta della formula matematica, ma va evidenziato come quest'ultima risulti conforme a quanto contenuto nell'art. 95 comma 3 nella parte in cui prevede l'obbligo di applicare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti ad alta intensità di manodopera, disciplina quest'ultima effettivamente vigente alla data del 25 gennaio 2017, periodo di tempo nel quale si è proceduto alla pubblicazione del bando sulla Gazzetta Ufficiale.

2.2 Deve rilevarsi, tra l'altro, come sia erroneo il riferimento, posto in essere dall'associazione ricorrente, a quanto contenuto nel comma 10 bis dell'art. 95, nella parte in cui prevede il limite massimo del 30 per cento riferito al punteggio economico, limite quest'ultimo introdotto nell'ordinamento, per valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta, in un momento successivo alla pubblicazione del bando di gara e, precisamente, a seguito dell'emanazione del primo correttivo al codice dei contratti di cui al D. Lgs. 19/04/2017, n. 56.

2.3 Nemmeno coglie nel segno il riferimento alla recente pronuncia del Consiglio di Stato (Sez. III, Sent., 02/05/2017, n. 2014), nella parte in cui ritiene ammissibile il ricorso proposto da un raggruppamento temporaneo, leso dagli atti di gara nella parte in cui fissavano quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, in luogo di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Nella controversia oggetto della sopra citata pronuncia, infatti, l'Amministrazione aveva effettivamente violato l'art. 95 comma 3, prevedendo il criterio del massimo ribasso in luogo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, introducendo così una clausola in espresso contrasto con una disposizione di legge.

2.4 Nella fattispecie ora in esame il disciplinare di gara risulta adottato nel rispetto della sopra citata disposizione, nella parte in cui prevede che l'aggiudicazione avvenga secondo il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, attribuendo alla componente prezzo un punteggio massimo pari a 40 punti ed alla componente qualitativa un punteggio massimo pari a 60 punti.

2.5 Ciò premesso è evidente come non sussistono i presupposti per individuare un effettivo interesse a ricorrere e, ciò, neanche con riferimento al secondo motivo di ricorso, laddove viene censurato l'art. 9.7 del Capitolato nella parte in cui consente, di fatto, la partecipazione alla gara di imprese che applicano contratti collettivi diversi da quello sottoscritto da ANISA e, quindi, il "CCNL per il Settore della Sorveglianza Antincendio".

Detta clausola, non solo non risulta astrattamente lesiva e suscettibile di pregiudicare la partecipazione di un'impresa, ma va evidenziato come quest'ultima sia conforme alla finalità di garantire la continuità dell'occupazione in favore dei medesimi lavoratori e, ciò, proprio

nella parte in cui non individua espressamente un contratto collettivo di riferimento (Cons. Stato, Sez. III, n. 1896/2013; T.A.R. Toscana, Sez. III, con sentenza n. 231 del 13 febbraio 2017).

3. In conclusione in entrambe le censure proposte non risulta dimostrato l'esistenza di un effettivo interesse e, quindi, il pregiudizio che potrebbero subire le imprese facenti parte dell'associazione ricorrente dalla vigenza delle clausole del bando sopra citate.

3.1 E' evidente che non ricorre alcuna delle ipotesi che renda legittima l'immediata impugnazione del bando; non vengono infatti in rilievo né requisiti di partecipazione che siano ex sé ostativi all'ammissione dell'interessato, né tanto meno clausole che impongano, ai fini della partecipazione, oneri manifestamente irragionevoli, incomprensibili o dal contenuto tale da rendere impossibile la formulazione di una offerta.

4. Il ricorso è, pertanto, inammissibile per difetto di interesse ai sensi dell'art. 35 comma 1, lett. B) del cpa.

Le spese seguono la soccombenza nei confronti della sola Anisa, mentre possono essere compensate nei confronti del Gruppo Servizi Associati che, pur costituitosi in qualità di soggetto controinteressato, ha ritenuto di fare proprie le argomentazioni proposte dalla stessa parte ricorrente aderendo alle tesi di quest'ultima.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di interesse.

Condanna l'Anisa al pagamento, nei confronti dell'Estar, delle spese del giudizio che liquida in complessivi euro 4.000,00 (quattromila//00) oltre oneri di legge.

Compensa le spese nei confronti del Gruppo Servizi Associati.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 16 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Raffaello Gisondi, Consigliere

Giovanni Ricchiuto, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Giovanni Ricchiuto

IL PRESIDENTE
Rosaria Trizzino

IL SEGRETARIO