

N. 00063/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00566/2010 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 l' Umbria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 566 del 2010, proposto da:

Pubblica Assistenza Flegrea - Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore sig. Vincenzo Di Maio Mastellone, rappresentata e difesa dagli avv.ti Eliseo Laurenza e Massimiliano De Benedictis, con domicilio eletto presso l'avv. Antonio Coaccioli in Perugia, piazza Alfani, 4;

contro

Azienda Sanitaria Asl 1 - Citta' di Castello, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Lorenzo Anelli, con domicilio eletto presso l'avv. Daniele Spinelli in Perugia, piazza Biordo Michelotti,1;

nei confronti di

Italy Emergenza Cooperativa Sociale, in persona del legale

rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Carlo Calvieri e Patrizia Stallone, presso il primo dei quali è elettivamente domiciliata in Perugia, via Bartolo, 43;

per l'annullamento

- del provvedimento in data 9.11.2010 prot. 0027336 dell'Azienda Sanitaria ASL 1 dell'Umbria comunicante l'esclusione dalla gara d'appalto mediante procedura ristretta per l'affidamento dei servizi di trasporti Sanitari e non Sanitari, lotto 1°;
- del verbale di gara n. 1 in data 14.10.2010, del verbale di gara n. 2 in data 20.10.2010 e del verbale di gara in data 8.11.2010;
- in parte qua, della lettera d'invito alla gara prot. n. 0018942 in data 4.8.2010 dell'Azienda Sanitaria n. 1 dell'Umbria;
- dei provvedimenti di nomina della Commissione di gara, di aggiudicazione provvisoria e definitiva della gara;
- una agli atti preordinati, connessi e consequenziali fra i quali le note dell'Azienda Sanitaria n. 1 dell'Umbria prot. n. 0027354 in data 9.11.2010, prot. n. 0027368 in data 9.11.2010, prot. n. 0027534 in data 10.11.2010, prot. n. 0027707 in data 12.11.2010;
- e per la dichiarazione di inefficacia del contratto ove intervenga nelle more della decisione del presente ricorso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Asl 1 - Citta' di Castello e di Italy Emergenza Cooperativa Sociale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2011 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto che nella fattispecie in esame sussistono i presupposti per la definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare ai sensi dell'art. 60 del cod. proc. amm., potendosi dunque fare ricorso alla sentenza in forma semplificata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ONLUS ricorrente premette di avere partecipato alla gara per l'affidamento (per quattro anni) dei servizi di trasporto sanitari e non sanitari bandita dall'A.S.L. n. 1 dell'Umbria-Città di Castello, limitatamente al lotto n. 1 (concernente, in particolare, i trasporti sanitari in emergenza e ordinari/programmati, effettuati con ambulanze di tipo A di cui al d.m. Trasporti 553/87 e s.m.i.).

Si tratta di una procedura ristretta, prevedente, quale criterio di aggiudicazione, quello del prezzo più basso.

Esponde di avere ricevuto, con nota prot. n. 0027336 del 9 novembre 2010, comunicazione della propria esclusione dalla gara, decisa nella seduta pubblica del precedente 8 novembre per le ragioni già evidenziate nel precedente verbale n. 2 del 20 ottobre 2010, e consistenti nel fatto che la garanzia/cauzione inserita nella busta "A", relativa alla documentazione amministrativa, non rispecchia la

lex specialis di gara, nella parte in cui prevede l'obbligo per i concorrenti di assicurare l'efficacia della garanzia medesima per almeno 180 giorni dal termine ultimo per la presentazione delle offerte, oltre che nel fatto che (la ricorrente) ha presentato le referenze di un solo istituto bancario, in violazione di quanto disposto dall'art. 41, comma 1, lett. a), del codice dei contratti pubblici.

Impugna in questa sede il provvedimento di esclusione, oltre che la lettera di invito ed il provvedimento di aggiudicazione, deducendo i seguenti motivi di diritto :

1) Violazione dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 55, 75, 81 e 82 del d.lgs. n. 163 del 2006; violazione del bando di gara; eccesso di potere per difetto di motivazione, difetto di istruttoria, illogicità, ingiustizia manifesta.

La garanzia prestata dalla ricorrente ha una durata maggiore di quella prescritta dalla *lex specialis*; ed invero ha come decorrenza la data di presentazione dell'offerta (intervenuta il 7 ottobre 2010), mentre la lettera di invito prevedeva una decorrenza ancorata al termine ultimo per la presentazione delle offerte (11 ottobre 2010). L'efficacia di almeno 180 giorni dal suindicato momento è conforme alla lettera di invito, e va comunque intesa nel senso che perdura fino all'integrale svolgimento delle operazioni di gara. Diversamente opinando, dovrebbe ritenersi illegittimo il paragrafo 6.1, lett. e), della lettera di invito, pure fatta oggetto di gravame, che prescrive di prestare

cauzione con validità per almeno 180 giorni decorrenti dal termine ultimo per la presentazione delle offerte, in difformità, tra l'altro, da quanto disposto dall'art. 75 del codice dei contratti pubblici, richiamato dal punto III.1.1 del bando di gara.

2) Violazione dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 41, 46, 55, 81 e 82 del d.lgs. n. 163 del 2006, del bando di gara; eccesso di potere per difetto di motivazione, difetto di istruttoria, illogicità ed ingiustizia manifesta.

Infondato è anche il secondo motivo di esclusione, basato sulla circostanza che la ricorrente avrebbe presentato le referenze di un unico istituto bancario, mentre ha dato prova di avere un plurimo rapporto bancario (con due conti correnti). D'altro canto, la ricorrente aveva già provato in sede di prequalificazione la propria solidità economica e finanziaria, mediante il fatturato del triennio precedente.

Una diversa opzione ermeneutica comporterebbe l'illegittimità del paragrafo 4.4 della lettera di invito che richiede, ai fini della dimostrazione della capacità economica e finanziaria, la dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati, atteso che il bando, ai fini della partecipazione alla gara, aveva previsto una dichiarazione attestante un fatturato globale complessivo nel triennio 2007/2009 almeno pari ai $\frac{3}{4}$ dell'importo stimato complessivo dell'appalto quadriennale riferito al lotto per cui si partecipa, ovvero un fatturato annuo almeno pari ad $\frac{1}{4}$ dell'importo stimato

medesimo, in caso di attività inferiore a tre anni.

La ricorrente ha fornito tale prova, ed è stata ammessa alla gara; sicchè la Stazione appaltante doveva limitarsi al solo esame dell'offerta economica presentata.

3) Violazione dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 55, 81 e 82 del d.lgs. n. 163 del 2006, del bando di gara; eccesso di potere per difetto di motivazione, difetto di istruttoria, illogicità, manifesta ingiustizia.

A parte l'illegittimità della disposta esclusione, va rilevata altresì l'illegittimità della lettera di invito e degli atti di gara ad essa successivi.

In particolare, il bando, al paragrafo II.4, prevede un importo complessivo stimato per anni quattro di euro 3.400.000,00 (IVA esclusa), oltre a complessivi euro 6.700,00 per oneri di sicurezza (non soggetti a ribasso). Il successivo paragrafo IV.2 prevede, quale criterio di selezione, quello del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 82 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Nella lettera di invito, con riferimento al primo lotto, è indicato un importo quadriennale stimato di euro 3.400.000,00; l'affermazione "stimato" ha comportato lo stravolgimento della gara con la presentazione, da parte dei concorrenti, di offerte in aumento. Ed infatti la gara è stata aggiudicata alla Italy Emergenza Cooperativa Sociale, che ha presentato un'offerta di euro 4.700.000,00, importo superiore a quello posto a base di gara dalla Stazione appaltante. Ciò è precluso dalla normativa vigente, in quanto, in caso di

aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, l'elemento discriminante è costituito dalla percentuale di ribasso.

4) Violazione dell'art. 97 della Costituzione, degli artt. 55, 81 e 82 del d.lgs. n. 163 del 2006, del bando di gara; eccesso di potere per difetto di motivazione, difetto di istruttoria, illogicità, ingiustizia manifesta.

Gli atti relativi alle operazioni di gara, che hanno comportato anche l'esclusione della ricorrente, sono stati adottati da organo collegiale composto da due componenti in violazione dei principi generali in materia.

Si sono costituite in giudizio l'Azienda Sanitaria Locale 1 Umbria e la controinteressata Italy Emergenza Cooperativa Sociale; la prima, dopo avere segnalato che il procedimento di gara non è ancora pervenuto all'aggiudicazione definitiva, eccepisce l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse non avendo la ONLUS ricorrente allegato di avere formulato un'offerta economica che le consentirebbe di aggiudicarsi l'appalto, e cioè migliore dell'offerta risultata aggiudicataria, ed anche per il fatto di essere stata esclusa; entrambe le parti resistenti eccepiscono inoltre l'infondatezza nel merito del gravame.

Nella camera di consiglio del 23 febbraio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - Deve anzitutto essere disatteso il primo profilo di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse eccepito dall'Azienda resistente

nella considerazione che la Pubblica Assistenza Flegrea Onlus non ha dimostrato di avere formulato un'offerta migliore di quella risultata aggiudicataria.

Con riguardo, infatti, all'impugnativa dell'esclusione dalla gara d'appalto, ritiene il Collegio, in conformità di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, che sia sufficiente un interesse strumentale a rimettere in discussione il rapporto, mentre non occorre la prova che il soggetto ricorrente avrebbe vinto la gara; né il giudice è tenuto a compiere indagini a questo riguardo, atteso che in tale caso l'interesse a ricorrere deve ritenersi sussistente anche unicamente in considerazione del possibile effetto favorevole che potrebbe derivare dalla rinnovazione del procedimento e dalla nuova valutazione dell'offerta presentata (in termini, tra le tante, Cons. Stato, Sez. V, 16 giugno 2009, n. 3908; Sez. IV, 10 aprile 2006, n. 1971; Sez. V, 7 settembre 2004, n. 5878; Sez. IV, 12 giugno 2003, n. 3310).

2. - Nel merito, il ricorso avverso l'esclusione è infondato, e va pertanto disatteso.

Conviene principiare, per economia di giudizio, dalla seconda censura, con cui si deduce l'illegittimità del motivo di esclusione costituito dall'aver «il concorrente ... presentato le referenze di un unico istituto bancario, doppiamente ed impropriamente riferite allo stesso concorrente, quando la norma (cfr. art. 41, comma 1, lett. a, del codice dei contratti pubblici), in realtà prescrive “dichiarazione di

almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ...” proprio per avere il riscontro di due diversi istituti sullo stesso soggetto» (cfr. verbale n. 2 del 20 ottobre 2010, cui fa rinvio la nota prot. n. 0027336 del successivo 9 novembre, recante la comunicazione alla Pubblica Assistenza Flegrea Onlus dell’esclusione dalla gara).

In particolare, assume parte ricorrente anzitutto di avere provato l’esistenza di un plurimo rapporto bancario (vale a dire, di intrattenere due conti correnti con lo stesso Istituto di credito), ma soprattutto di avere assolto all’onere di dimostrazione della propria solidità economico-finanziaria in sede di prequalificazione, con riferimento al fatturato del triennio 2007/2009, con conseguente preclusione dell’Amministrazione a chiedere un’ulteriore dimostrazione di tale requisito.

L’assunto non appare condivisibile.

Giova premettere che la lettera di invito, tra i requisiti di partecipazione previsti a pena di esclusione, al punto 4.3, prescrive, espressamente richiamando l’art. 41 del codice dei contratti pubblici, quale requisito di capacità economica e finanziaria, la «dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari finanziari autorizzati ai sensi del d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385».

Le referenze bancarie, come noto, costituiscono delle lettere di affidabilità con cui gli istituti di credito attestano, genericamente, di intrattenere rapporti di affidamento bancario con l’impresa. Si tratta, dunque, di dichiarazioni di scienza che offrono alla Stazione

appaltante solamente un indizio della solidità economica del concorrente. Nella misura in cui la *lex specialis*, in conformità, peraltro, della norma di legge, ha chiesto la dichiarazione di almeno due istituti bancari, evidentemente ha inteso acquisire un quadro conoscitivo più ampio in ordine alla capacità economica e finanziaria dell'operatore economico, non sovrapponibile a due dichiarazioni, peraltro con identico numero di protocollo, e dunque anche potenzialmente meri duplicati, provenienti dallo stesso Istituto di credito.

Quanto, poi, all'argomento secondo cui, avendo la ricorrente, in sede di prequalificazione, dimostrato la sua solidità economico-finanziaria, doveva ritenersi precluso in sede di gara un nuovo accertamento, lo stesso non appare condivisibile.

Ed infatti la fase di prequalificazione è volta a far conoscere all'Amministrazione la disponibilità del mercato, e dunque a determinare i requisiti soggettivi di "partecipabilità", sotto l'aspetto della soglia minima di idoneità dei soggetti ad essere valutati (Cons. Stato, Sez. V, 8 settembre 2010, n. 6490), mentre la fase procedimentale introdotta dall'offerta è finalizzata alla verifica della meritevolezza ad aggiudicarsi la gara.

Se dunque la prequalificazione ha natura di autonoma fase subprocedimentale a valenza esplorativa, funzionalmente diretta ad una prima selezione dei soggetti da invitare, prodromica al procedimento selettivo vero e proprio, occorre ritenere che in fase di

gara sia possibile una nuova valutazione, da parte della Stazione appaltante, della posizione dei singoli concorrenti in rapporto ai requisiti sostanziali richiesti dalla lettera di invito (in termini T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 15 gennaio 2009, n. 63; T.A.R. Lazio, Sez. II, 20 giugno 2005, n. 5158; T.A.R. Lazio, Sez. III, 4 novembre 2003, n. 9431).

Deve dunque escludersi che con la prequalificazione si esaurisca il potere di verifica dei requisiti di partecipazione da parte della Stazione appaltante.

2.1. - Né vi era spazio, secondo la, invero non particolarmente chiara prospettazione della ricorrente, per procedere alla regolarizzazione della documentazione presentata, in quanto, come noto, in sede di applicazione dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006, norma che ha il delicato compito di contemperare i principi (talvolta in antitesi) del *favor participationis* e della *par condicio* fra i concorrenti, il punto di equilibrio deve essere trovato nella distinzione tra il concetto di regolarizzazione (sempre possibile) e quello di integrazione documentale (non ammissibile).

2.2 - Nella descritta prospettiva dei rapporti tra prequalificazione e gara non appare meritevole di positiva valutazione neppure l'impugnativa della lettera d'invito, limitatamente al già illustrato paragrafo 4.3, per contrasto con il bando di gara, nell'assunto che la verifica della capacità economica e finanziaria mediante referenze bancarie comporterebbe un'inammissibile commistione tra i criteri

soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti all'aggiudicazione dell'offerta.

E' indubbio che nella normativa sia nazionale che comunitaria risulta codificato il divieto di commistione fra i criteri soggettivi di prequalificazione e quelli oggettivi afferenti all'aggiudicazione, riveniente il proprio fondamento di razionalità nella necessità di tenere separati i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara pubblica da quelli che attengono all'offerta ed all'aggiudicazione (tra le tante, Cons. Stato, Sez. VI, 20 ottobre 2010, n. 7587; Sez. V, 8 settembre 2010, n. 6490), ma nel caso di specie si verte al di fuori di tale ambito, essendo, piuttosto, ravvisabile un'ulteriore valutazione in sede di gara dei requisiti soggettivi di partecipazione.

I requisiti di partecipazione ad una gara sono ontologicamente e funzionalmente distinti dai criteri di valutazione dell'offerta, anche perché questi ultimi entrano in gioco solamente dopo che l'offerta ha superato positivamente il vaglio di ammissibilità.

Deve dunque ritenersi che l'impugnata *lex specialis*, nel suo complesso, non contenga una commistione tra requisiti di partecipazione alla procedura concorsuale e criteri di valutazione dell'offerta.

3. - La reiezione del secondo motivo di ricorso consente di prescindere dalla disamina del primo, atteso che laddove il provvedimento di esclusione da una gara d'appalto sia motivato con il richiamo a distinte ed autonome cause di esclusione, tutte

egualmente idonee a sorreggerne la parte dispositiva, l'ipotesi di illegittimità di una di esse non è sufficiente ad inficiare il provvedimento (T.A.R. Campania, Sez. I, 11 dicembre 2006, n. 10448).

E dunque la riconosciuta legittimità della causa di esclusione legata alla presentazione di una sola referenza bancaria è autonomamente in grado di giustificare il provvedimento, escludendone la caducazione.

4. - Con il terzo ed il quarto motivo si deduce, rispettivamente, l'illegittimità della lettera d'invito (che avrebbe portato ad ammettere offerte in aumento, in contrasto con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso) e degli atti di gara, adottati da organo collegiale composto da due membri, a fronte della regola del numero dispari di componenti.

Entrambe le censure devono essere disattese.

Con la terza, in realtà, si lamenta la asseritamente illegittima applicazione delle regole della *lex specialis*, in quanto è facile evincere che non sussiste il lamentato contrasto tra la lettera d'invito ed il bando, non fatto oggetto di gravame.

In particolare, il bando, al punto II.4, n. 3, stabilisce, con riferimento al lotto n. 1, «l'importo complessivo stimato per anni quattro di euro 3.400.000,00 ... IVA esclusa, oltre a complessivi euro 6.700,00 ... per oneri di sicurezza (non soggetti a ribasso)»; in piena conformità, la lettera di invito, a pagina 2, con riferimento allo stesso lotto n. 1,

individua un «importo complessivo quadriennale stimato -(di)- euro 3.400.000,00 IVA esclusa, oltre a complessivi euro 6.700,00 IVA esclusa per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso».

Ora, se illegittima dovesse ritenersi la lettera di invito ove, nella sua formulazione, contraddica il criterio di aggiudicazione prescelto del prezzo più basso, eguale vizio dovrebbe inficiare il bando, che però non è stato neppure gravato, con conseguente inammissibilità dell'impugnativa stessa.

Ove invece la censura sia intesa come rivolta all'operato della Stazione appaltante, deve analogamente ritenersi inammissibile per carenza di interesse, in quanto, anche a voler prescindere dal fatto che l'aggiudicazione definitiva non è ancora intervenuta, l'accertata assenza dei requisiti di ammissione in capo alla ricorrente la priva dell'interesse a censurare gli atti di gara, non potendo in ogni caso partecipare ad un'eventuale rinnovazione della stessa, a bando inoppugnato (in termini, indirettamente, Cons. Stato, Ad. Plen., 15 aprile 2010, n. 2155; T.A.R. Umbria, 17 febbraio 2011, n. 49).

4.1. - Il quarto motivo, concernente la composizione dell'organo di gara, è infondato, in quanto, essendo stato prescelto nella procedura in esame il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, non occorre la nomina di una commissione giudicatrice (obbligatoriamente richiesta dall'art. 84 del codice dei contratti pubblici quando si segua il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa); di conseguenza, le operazioni risultano essere state

legittimamente eseguite dal R.U.P. con l'ausilio di qualche dipendente dell'A.S.L.

5. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, il ricorso deve essere respinto.

Sussistono tuttavia giusti motivi, in ragione della peculiarità della vicenda, per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 23 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Lamberti, Presidente

Carlo Luigi Cardoni, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/03/2011

IL SEGRETARIO

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