



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 Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 709 del 2011, proposto da:
Team Service Soc. Cons. A Rl, rappresentata e difesa dagli avv.ti
Franco Coccoli, Lorenzo Aureli, Cesare Carmignani, Tommaso
Mariuzzo e Mario Sanino, con domicilio eletto presso Cesare
Carmignani in Brescia, via Gramsci, 14;

contro

Azienda Ospedaliera Ospedale Treviglio-Caravaggio, rappresentata e
difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso
Elena Pagani in Brescia, via Gramsci, 30;

nei confronti di

Servizi Associati Soc. Coop a r.l. anche in R.T.I. con Italcappa Coop.
Sociale, Italcappa Cooperativa Sociale anche in R.T.I. con Servizi
Associati Soc. Coop., rappresentati e difesi dagli avv.ti Mauro

Ballerini e Barbara Bracarda, con domicilio eletto presso Mauro Ballerini in Brescia, v.le Stazione, 37;

per l'annullamento

- della determinazione n. 382 del 15 aprile 2011 – comunicata in data 18 aprile 2011 – di approvazione dei verbali di gara relativi all'affidamento del “servizio di pulizia e sanificazione degli Ospedali di Treviglio, Romano di Lombardia, Calcinate e San Giovanni Bianco, dei Poliambulatori e delle Strutture esterne afferenti l'Azienda Ospedaliera”;

- per quanto occorre possa:

-- di tutti i verbali di gara;

-- dell'ordinanza direttoriale del 31 gennaio 2011 con la quale è stata nominata la commissione giudicatrice;

-- delle norme di gara di cui al bando di gara, al Capitolato speciale d'appalto, nonché al disciplinare di gara, ivi compreso l'art. 16 di quest'ultimo;

-- di ogni atto presupposto, preparatorio, conseguente e comunque connesso ad oggi non conosciuto dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Ospedale Treviglio-Caravaggio e di Servizi Associati Soc. Coop a r.l. anche in R.T.I. con Italcappa Coop. Sociale e di Italcappa Cooperativa Sociale anche in R.T.I. con Servizi Associati Soc. Coop.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2011 la dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara per l'affidamento del "servizio di pulizia e sanificazione degli Ospedali di Treviglio, Romano di Lombardia, Calcinate e San Giovanni Bianco, dei Poliambulatori e delle Strutture esterne afferenti l'Azienda Ospedaliera", per la durata di 72 mesi ed un importo presunto complessivo a base d'asta di euro 12.900.000,00 (IVA esclusa), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (prevedendo 60 punti per l'offerta tecnica e 40 per il prezzo).

Essa, ritenendo illegittimo il provvedimento di aggiudicazione a favore della controinteressata, lo ha impugnato, deducendo:

1. violazione e falsa applicazione dell'art. 37 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, violazione e falsa applicazione dell'art. 9 del disciplinare di gara, dei principi di imparzialità e par condicio: il raggruppamento temporaneo composto dalla Servizi Associati soc. coop e Italcappa Coop. Sociale avrebbe dovuto essere escluso per la mancanza di corrispondenza tra quota di qualificazione, collegata al possesso dei requisiti, quota di partecipazione indicata con riferimento al costituendo raggruppamento e quota di esecuzione del servizio

dichiarata nell'offerta e demandata a ciascuna impresa. Secondo la lex specialis della gara (art. 9), in caso di RTI, i requisiti di capacità economico-finanziaria di cui ai punti B e C dell'art. 7 (fatturato complessivo dell'impresa nel triennio 2007-2009 non inferiore a due volte il valore complessivo dell'appalto e fatturato specifico per servizi di pulizia presso strutture sanitarie pubbliche o private nel triennio medesimo non inferiore a 20.000.000,00 di euro) dovevano essere posseduti cumulativamente dall'intero RTI, in misura minima del 50 % dall'impresa capofila ed in misura minima del 10 % dalle imprese mandanti. Inoltre, lo stesso disciplinare prevedeva che i concorrenti riuniti in RTI "devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento". Da ciò deriverebbe la necessità della corrispondenza tra quota di partecipazione, quota di qualificazione e quota di esecuzione.

La Servizi Associati (mandataria) ha dichiarato un fatturato globale nell'ultimo triennio di 118.862.474,00 Euro, un fatturato specifico di 17.945.947,27, attestando di possedere oltre il 50 % del requisito di capacità economico-finanziaria. La mandante Italcappa ha dichiarato un fatturato specifico di 5.120.470,96, pari a circa il 22 % dell'importo dichiarato dal raggruppamento. Ciononostante, nell'assunzione delle percentuali di lavori da eseguire, le percentuali sono state ribaltate, essendosi la mandante assunta il 72,49 dei servizi di pulizia e sanificazione, a fronte dei 27,51 % della mandataria.

Secondo parte ricorrente, quindi, il raggruppamento avrebbe dovuto essere escluso, perché la mandante non ha dimostrato di possedere i requisiti per lo svolgimento del 72,49 % del servizio;

2. violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, dei principi di pubblicità delle gare, di continuità e concentrazione della gara, di imparzialità e par condicio.

Secondo parte ricorrente, premessa l'illegittimità della presenza di due commissioni (una amministrativa - nominata con deliberazione n. 237 del 16 marzo 2010 e cioè prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte fissato al 25.10.10 - e una tecnica, nominata dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta, con ordinanza del direttore generale del 31 gennaio 2011), quella tecnica sarebbe stata illegittimamente nominata dopo l'apertura delle buste contenenti le offerte, violando i principi di garanzia dell'imparzialità che sottendono alla prescrizione della nomina dopo l'avvenuta presentazione delle offerte. La commissione "amministrativa", invece, avrebbe illegittimamente compiuto attività di natura valutativa, come la verifica della corrispondenza delle offerte a quanto richiesto dal bando e dal disciplinare di gara.

La commissione tecnica avrebbe altresì illegittimamente provveduto all'apertura delle buste in seduta riservata e non pubblica.

Infine le operazioni di valutazioni delle offerte si sarebbero protratte per mesi, in violazione del principio della concentrazione e non sarebbe stato dato puntualmente atto delle misure adottate per

garantire la corretta conservazione delle buste;

3. violazione e falsa applicazione della disciplina di gara e degli artt. 86 e 87 del d. lgs. 163/2006 ed eccesso di potere. Il raggruppamento aggiudicatario non avrebbe adeguatamente giustificato la propria offerta in sede di verifica dell'eventuale anomalia dell'offerta, per quanto riguarda l'esposizione del costo del personale necessario al fine di sostituire il personale assente con diritto alla conservazione del posto.

La controinteressata si è costituita in giudizio, eccependo l'infondatezza del ricorso in ragione del fatto che la lex specialis non imponeva alle ditte concorrenti di eseguire quote di appalto corrispondenti alla quota percentuale dei requisiti di capacità finanziaria dichiarati. La regola della necessaria corrispondenza sarebbe prevista solo per i lavori pubblici.

La commissione tecnica per la valutazione delle offerte sarebbe stata regolarmente costituita e avrebbe agito nel rispetto della legge, la quale impone la pubblicità della sola apertura delle buste amministrative.

Pienamente soddisfattiva e conforme alla disciplina sarebbe la giustificazione dell'offerta fornita dalla controinteressata stessa, sia con riferimento al monte ore complessivo, che alle previsioni delle sostituzioni e delle ore di coordinamento.

Tali conclusioni sono state poi ribadite, sinteticamente, nella memoria depositata in vista della pubblica udienza del 3 novembre

2011, nella quale è stata introdotta anche l'eccezione di improcedibilità del ricorso per la mancata formulazione della domanda volta ad ottenere la dichiarazione dell'inefficacia del contratto nel frattempo stipulato.

Anche l'Azienda Ospedaliera Ospedale Treviglio-Caravaggio ha dispiegato la propria difesa, eccependo:

- la tardività del ricorso, in quanto la graduatoria sarebbe stata stilata in seduta pubblica il 6 aprile 2011;
- l'infondatezza della prima censura;
- la tardività della censura relativa alla costituzione dell'unica commissione prevista nel caso di specie;
- l'infondatezza delle censure relative al momento di designazione della commissione tecnica, all'operato del seggio di gara e della commissione stessa, alla, solo asserita, non corretta conservazione dei plichi nelle diverse fasi della procedura, alla valutazione delle offerte in seduta riservata;
- l'infondatezza della censura relativa all'ineidoneità delle giustificazioni dell'offerta dell'aggiudicataria, dimostrata dal fatto che le ore offerte non si discostano in modo rilevante da quelle previste dall'offerta della ricorrente.

Respinta l'istanza cautelare, la ricorrente proponeva appello, chiedendo l'annullamento dell'ordinanza di questo Tribunale n. 564 del 9 giugno 2011, ottenendo una pronuncia cautelare favorevole, ancorchè ai soli fini della fissazione con priorità della trattazione del

merito innanzi al giudice di primo grado.

In vista della pubblica udienza, conseguentemente fissata, anche parte ricorrente (come già detto delle altre) ha prodotto una memoria, nella quale ha ribadito quanto già precedentemente dedotto nel ricorso. Essa è stata notificata alle altre parti del giudizio, in quanto recante la domanda di dichiarazione dell'inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 122 del codice del processo amministrativo e la connessa attestazione della disponibilità al subentro nel contratto.

Alla pubblica udienza del 3 novembre 2011, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, la causa è stata dunque trattenuta in decisione.

DIRITTO

Deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di tardività formulata dall'Amministrazione resistente nella propria memoria costitutiva che, però, non merita positivo apprezzamento.

A tale proposito il Collegio ritiene, infatti, che il dies a quo per la decorrenza del termine di trenta giorni fissato per l'impugnazione dell'aggiudicazione di una gara per l'affidamento di un appalto, non possa che coincidere con il momento in cui è intervenuta la piena conoscenza del provvedimento effettivamente lesivo e cioè quello di aggiudicazione definitiva. Infatti, appare condivisibile quanto affermato dal T.A.R. Veneto, sez. I, 28 gennaio 2009 , n. 208 e cioè che “pur conservando rilievo il fatto della presenza dei

rappresentanti delle imprese partecipanti alla gara muniti di mandato, nella seduta nella quale si è proceduto all'aggiudicazione provvisoria, tuttavia non può farsi coincidere con tale data il dies a quo per il conteggio del termine fissato dalla legge per potere proporre impugnativa giurisdizionale: essendo ancora in corso, in quella fase, il procedimento e mancando il provvedimento conclusivo”.

Accertata l'ammissibilità del ricorso, non pare sussistano i presupposti per dichiarare nemmeno l'improcedibilità dello stesso in ragione della mancata richiesta di dichiarazione dell'inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato.

Si ritiene, infatti, che, alla luce di quanto disposto dall'art. 122 del codice del processo amministrativo, la formulazione della suddetta specifica richiesta non possa essere considerata come una condizione di procedibilità del ricorso, atteso che è facoltà del soggetto ricorrente richiedere o meno il risarcimento in forma specifica. In altre parole, al di fuori dei casi di maggiore gravità espressamente disciplinati dall'art. 121, la declaratoria dell'inefficacia del contratto è una mera eventualità, il cui verificarsi è subordinato all'espressa domanda di parte ricorrente in tal senso, la mancata proposizione della quale può rilevare solo in termini di valutazione dell'eventuale risarcibilità del danno subito per effetto dell'illegittima aggiudicazione a soggetto diverso, ma non anche di improcedibilità della domanda di annullamento degli atti della procedura ad evidenza pubblica.

Il legislatore, peraltro, non si preoccupa di chiarire se, qualora la stipulazione del contratto sia sopravvenuta alla notificazione del ricorso, la domanda in parola debba essere necessariamente proposta mediante il ricorso all'istituto dei motivi aggiunti oppure sia sufficiente a garantirne l'ingresso nel giudizio la mera notificazione, come nel caso di specie, della memoria in cui la domanda risarcitoria viene in tali termini esplicitata, manifestando la disponibilità al subentro nell'esecuzione della prestazione oggetto del contratto.

Si può, però, prescindere dall'entrare nel merito di tale quesito di natura processualistica, attesa l'irrilevanza della soluzione con riferimento alla fattispecie in esame, dal momento che il gravame non può trovare positivo apprezzamento e, quindi, consequenzialmente, nemmeno la connessa domanda risarcitoria, come si avrà modo di precisare nel prosieguo.

Con la prima censura, infatti, parte ricorrente lamenta una violazione dei principi normativi in ordine al rapporto tra requisiti di capacità richiesti e impegni all'esecuzione delle prestazioni con riferimento alla ripartizione di quest'ultime tra i diversi componenti del raggruppamento risultato aggiudicatario.

A tale proposito deve essere preliminarmente dato atto del pieno rispetto, da parte del raggruppamento risultato aggiudicatario dell'unica prescrizione imposta dalla legge di gara, attinente alla corrispondenza tra quota di partecipazione al raggruppamento dichiarata dalle diverse imprese partecipanti e quota di esercizio del

servizio che le stesse si sono impegnate ad eseguire. Tale corrispondenza è puntualmente ravvisabile dalla documentazione in atti, che evidenzia anche come la mandataria, nel pieno rispetto di quanto richiesto dal disciplinare, possieda oltre il 50 % dei requisiti di qualificazione e la mandante oltre il 10 % degli stessi.

Ciò premesso, non si ravvisa, invece, alcuna disposizione (né di legge, né regolamentare, né contenuta, infine, nella *lex specialis* della gara) che imponesse il possesso dei requisiti di partecipazione in misura corrispondente alla quota di partecipazione stessa al raggruppamento.

Nel caso di specie la mandante si è impegnata ad eseguire oltre il 72 % delle prestazioni previste dal capitolato, mentre la mandataria si è assunta le prestazioni rimanenti (evidentemente minoritarie), in piena corrispondenza con le percentuali di partecipazione al raggruppamento di ognuna di esse, così da rispettare la prescrizione che imponeva, anche nel bando di gara, la corrispondenza tra quota di esecuzione della prestazione e quota di partecipazione al raggruppamento, a prescindere dalle quote di possesso dei requisiti di partecipazione.

È pur vero che la diversa interpretazione voluta da parte ricorrente trova spazio nell'ambito degli appalti di lavori pubblici, in relazione ai quali l'art. 37 del d. lgs. 163/06 viene letto nel senso di imporre la corrispondenza anche tra percentuale di esecuzione dei lavori e di possesso dei requisiti di qualificazione. Ciononostante la

giurisprudenza, così come l'Autorità di Vigilanza dei Contratti pubblici, concordano nel ritenere che tale disposizione non sia espressione di principi generali e non possa, quindi, trovare applicazione in relazione all'affidamento di servizi, dove è molto più ampia la discrezionalità riconosciuta alla stazione appaltante nell'individuazione dei requisiti di capacità tecnica e nella correlazione tra questi e le prestazioni da eseguirsi nell'ambito del raggruppamento di imprese. “Ne consegue che solo una clausola inequivoca della *lex specialis* di gara potrebbe legittimamente estendere agli appalti di servizi il su richiamato principio di corrispondenza tra requisiti soggettivi e quote di partecipazione”, come si afferma nella sentenza del TRGA Trento del 19 ottobre 2010, n. 199, in linea con numerose altre pronunce, che delineano un orientamento da cui questo Tribunale non ravvisa ragione di discostarsi.

Né tale principio, comunemente ritenuto dalla giurisprudenza, può essere scalfito nella sua legittima applicazione, dalla sopravvenienza del DPR 270/2010, che ha espressamente previsto, all'art. 275, che anche in relazione all'affidamento dei servizi “La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria”, in quanto entrato in vigore solo l'8 giugno 2011 (e cioè dopo la pubblicazione del bando) e, quindi, non applicabile alla fattispecie in esame.

Per quanto attiene alla pretesa, illegittima, presenza di due

commissioni di gara, si può prescindere dall'eccezione di tardività della censura (dovuta alla mancata, tempestiva, impugnazione del bando), atteso che la stessa risulta essere frutto di un errore di qualificazione operato dalla ricorrente.

Il disciplinare di gara (art. 16), infatti, prevedeva espressamente la presenza del seggio di gara e di una commissione tecnica, stabilendo che il Presidente del seggio di gara, verificata l'integrità dei plichi, la regolarità e completezza della documentazione inserita nella busta A e la mera presenza delle buste B e C, consegnasse le buste B alla Commissione tecnico giudicatrice appositamente nominata in momento successivo alla seduta di verifica della documentazione amministrativa, conservando in armadio chiuso le Buste C.

Un tanto accertato, appare chiaro come la ricorrente abbia confuso la presenza, secondo quanto accade normalmente nelle gare condotte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di un seggio di gara e di una commissione tecnica all'uopo costituita, con una, di fatto e di diritto, inesistente previsione di due commissioni.

Nessuna violazione di legge appare ravvisabile nell'aver affidato al seggio di gara lo svolgimento di compiti meramente amministrativi - quale la valutazione di regolarità delle domande presentate e cioè un'attività che non implica attività discrezionale - riservando ad un'apposita commissione di esperti del settore l'analisi tecnica delle offerte presentate. In altre parole, il principio di derivazione comunitaria, il quale impone di rimettere la valutazione delle offerte,

al fine dell'individuazione della migliore, ad un unico organo collegiale non risulta essere violato dall'adozione delle sopra descritte modalità (conforme T.A.R. Piemonte, Sez. I, 30 giugno 2011, n. 711).

Anche il fatto che la commissione tecnica sia stata nominata successivamente all'apertura dei plichi contenenti le offerte non appare, come si è già avuto modo di affermare in sede cautelare, circostanza che possa inficiare la imparzialità della commissione, mentre rispetta a pieno la disposizione in proposito dettata dalla legge, che impone che la nomina sia successiva alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte.

Da quanto dedotto in ricorso non emerge alcun indizio di una concreta violazione, ad opera della stazione appaltante, dei principi di imparzialità e trasparenza nella scelta dei componenti della commissione di gara: nessuna delle circostanze enunciate dall'appellante evidenzia un effettivo rischio di alterazione del corretto svolgimento della procedura. Ne discende, in base al principio ormai costantemente affermato dalla giurisprudenza, secondo cui il mero sospetto di un'irregolarità nella gestione della gara non può condurre all'annullamento dei relativi atti, se non risulta dimostrata una specifica lesione della posizione giuridica soggettiva ricorrente, l'impossibilità di accogliere la doglianza.

Il disciplinare di gara, peraltro, prevedeva che la valutazione delle offerte tecniche avvenisse separatamente e in seduta riservata,

riservando alla seduta pubblica, oltre alla apertura dei plichi contenenti le offerte al fine della verifica della completezza delle stesse, la sola apertura delle offerte economiche.

Anche tale prescrizione e, conseguentemente, il comportamento tenuto dalla stazione appaltante che si è attenuta alla stessa, debbono ritenersi conformi alla legge, in conformità all'orientamento condiviso da questo Collegio, secondo cui "l'obbligo di pubblicità delle sedute delle commissioni di gara riguarda esclusivamente la fase dell'apertura dei plichi contenenti la documentazione e l'offerta economica dei partecipanti, e non anche la fase di apertura e valutazione delle offerte tecniche" (così Consiglio di Stato, V, 13 ottobre 2010, n. 7470, conforme a numerosi altri precedenti).

È pur vero che il Consiglio di Stato, nella sentenza dell'Adunanza plenaria 28 luglio 2011, n. 13, ha recentemente optato per un orientamento di segno nettamente opposto, ma a tale proposito non si può trascurare che, nel caso di specie, le modalità di apertura delle buste erano espressamente previste dal bando di gara e non sono state tempestivamente impugnate sin dalla sua pubblicazione, così da determinare la tardività della censura proposta solo successivamente all'aggiudicazione, invocando il solo generale principio di pubblicità e non anche una specifica lesione di una posizione giuridica soggettiva specificamente vantata dalla ricorrente derivata dalla sua violazione.

Non appare suscettibile di positivo apprezzamento nemmeno la presunta mancanza dell'adozione di misure idonee ad impedire la

manomissione dei plichi, dal momento che l'omissione della specificazione, nel verbale, delle modalità di conservazione degli stessi non è sufficiente a comprovare l'effettiva omissione delle misure necessarie a garantire la loro segretezza ed immodificabilità e l'assenza di ogni principio di prova dell'effettiva manomissione o quantomeno del pericolo concreto di essa vale ad escludere la pretesa illegittimità delle operazioni di gara (in tal senso Consiglio di Stato, V, 23 maggio 2011, n. 3079).

Respinti tutti i vizi dedotti con riferimento agli aspetti formali dell'attività della commissione di gara, anche la terza censura, avente ad oggetto il giudizio di congruità dell'offerta della controinteressata, non appare al Collegio suscettibile di positivo apprezzamento. Sono ben noti, infatti, i confini posti al potere del giudice amministrativo in ordine all'accertamento della legittimità dell'operato della stazione appaltante, in particolare per quanto attiene, come nel caso di specie, alla valutazione di congruità dell'offerta. Essi sono rappresentati dalla verifica della ragionevolezza e logicità delle valutazioni operate. Rispetto a tali parametri il contestato giudizio positivo appare conforme agli stessi. La stazione appaltante, infatti, ha ritenuto congrua l'offerta dell'aggiudicataria sulla scorta delle giustificazioni fornite, che si fondano sulla possibilità di utilizzare, per le ore supplementari eventualmente richieste, personale già assunto ed in servizio, senza cioè la necessità di aumentare l'organico al fine di garantire l'intervento straordinario, con conseguente contenimento

dei costi.

Tale conclusione appare rispondere alla necessità di adeguatezza e razionalità, accertata la sussistenza della quale si arresta il potere di indagine del giudice amministrativo, che non può spingersi oltre il controllo di legittimità dell'operato dell'Amministrazione in un ambito discrezionale quale quello della valutazione di congruità delle offerte presentate. La domanda di annullamento degli atti deve, quindi, essere rigettata, così come la correlata pretesa risarcitoria.

Le spese del giudizio seguono l'ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio a favore delle parti resistenti, in misura di Euro 3.000,00 (tremila/00) ciascuno (per un totale di 6.000,00 Euro), oltre ad IVA e C.P.A., in quanto dovuti, nonché rimborso forfetario delle spese.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Mauro Pedron, Presidente FF

Stefano Tenca, Consigliere

Mara Bertagnolli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/11/2011

IL SEGRETARIO

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