



REPUBBLICA ITALIANA
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 1062 del 2012, proposto da:

COOPSERVICE S. COOP. P.A.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentata e difesa dagli avv.ti Ermes Coffrini e Massimo Colarizi ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, via Panama, 12,

contro

AZIENDA OSPEDALIERA OSPEDALE di LECCO,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Vincenzo Avolio ed elettivamente domiciliata presso il dott. Alfredo Placidi, in Roma, via Cosseria, 2

nei confronti di

COPMA SOC. COOP. a r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Fabio Dani e Maurizio Zoppolato ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, via del Mascherino, 72,

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sezione Prima, n. 320/2012, concernente aggiudicazione del servizio di pulizia generale e sanificazione ambientale dell'ospedale di Lecco.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera e della controinteressata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive domande e difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 30 novembre 2012, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Ermes Coffrini per l'appellante e l'avv. Vittoria Luciano, in sostituzione dell'avv.

Vincenzo Avolio, per la parte pubblica, nessuno essendo ivi comparso per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – L'odierna appellante ha partecipato alla gara per l'affidamento del servizio di pulizia generale e sanificazione ambientale delle aree dell'Azienda Ospedaliera di Lecco per un periodo contrattuale di 72 mesi, conclusasi (delibera n. 427 in data 29 aprile 2011) con la formulazione di una graduatoria che la vede collocata al terzo posto con punti 76,06 (prima graduata la Copma soc. Coop. A r.l. con punti 99 ; seconda graduata la Dussman Service s.r.l. con punti 96,16) e con l'affidamento del servizio alla società Copma.

Essa ha impugnato davanti al Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, sede di Milano, gli atti della procedura, deducendone, con unico motivo di gravame, l'illegittimità sotto il profilo della violazione dei principi di pubblicità e trasparenza, per essersi proceduto all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche in seduta riservata.

La controinteressata aggiudicataria, a sua volta, con ricorso incidentale, ha contestato il provvedimento di ammissione alla gara della ricorrente principale, per aver essa violato la disciplina di gara nel produrre "una dichiarazione bancaria di disponibilità all'apertura di una linea di credito, che tale non è in quanto recante in calce la seguente precisazione, peraltro finalizzata a svuotarne la rilevanza e la consistenza: Quanto sopra senza nostra responsabilità né garanzia" (v. ric. inc. di primo grado).

Il Giudice adito, esaminata la domanda incidentale in via prioritaria, l'ha accolta, conseguentemente dichiarando improcedibile il ricorso principale.

Avverso l'anzidetta sentenza propone ora appello la società originaria ricorrente, deducendone l'erroneità, per essere a suo dire la dichiarazione bancaria da essa prodotta in sede di gara in sintonia con le previsioni del relativo regolamento e per aver inoltre il Giudice di prime cure applicato una causa di esclusione in un'ipotesi da detto regolamento non prevista; conclude, dunque, per la reiezione del ricorso incidentale di primo grado e per l'accoglimento del ricorso principale ivi da essa proposto, le cui censure ripropone in questa sede.

Si sono costituite in giudizio tanto l'azienda quanto la società controinteressata, resistendo all'appello nel merito.

Con memorie in data 8 novembre 2012 sia l'appellante che l'appellata azienda hanno insistito per l'accoglimento delle opposte conclusioni in precedenza rassegnate.

Con ulteriore memoria depositata in data 16 novembre 2012 l'Azienda Ospedaliera ha replicato alle ultime deduzioni di parte ricorrente.

Anche l'appellante, con memoria in data 16 novembre 2012, ha replicato alle più recenti contestazioni avversarie.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica del 30 novembre 2012.

2. – Fatte le superiori premesse si osserva innanzitutto, in fatto, che il T.A.R., rilevato che il Regolamento di gara stabiliva che i partecipanti dovessero allegare all'offerta "una dichiarazione bancaria attestante la disponibilità ad aprire a favore della ditta in caso di aggiudicazione una linea di credito dedicata all'appalto di valore pari al valore annuo, iva esclusa, posto a base d'asta" e che la ricorrente principale si è munita di una dichiarazione di tale natura che si conclude con la frase "quanto sopra senza nostra responsabilità né garanzia", ha osservato che "un'offerta cui non si accompagni una dichiarazione di disponibilità efficace non potrebbe essere assunta in considerazione da parte della stazione appaltante" (pag. 4 sent.).

L'assunto è da condividersi.

Non occorre invero spendere soverchi argomenti sul fatto che un documento, che non risponda dal punto di vista sostanziale allo schema contenutistico richiesto dalla legge di gara, si rivela inesistente (nella misura in cui non contenga – del che nel caso di specie si discute – la effettiva dichiarazione di garanzia dalla stessa prevista a completamento dell'offerta), sì da concretare l'ipotesi di offerta priva "anche se parzialmente dei documenti richiesti", o, quanto meno, l'ipotesi di offerta espressa in modo "incompleto": ipotesi, entrambe, previste come

cause di esclusione delle offerte dall'art. 4) del Regolamento della gara in argomento.

Ciò posto, occorre allora accertare se la predetta dichiarazione, così come presentata in sede di gara dall'odierna appellante, possa considerarsi una "efficace" dichiarazione di disponibilità nel senso richiesto dal bando; tale, cioè, da soddisfare il sotteso bisogno dell'Amministrazione di comprova del possesso di "una solidità patrimoniale che gli permetta di sostenere correttamente gli oneri legati all'esecuzione del servizio" (v. art. 1).3.A).A3) del Regolamento di Gara).

La clausola appare anzitutto del tutto chiara nei suoi contenuti e nella sua funzione: la "dichiarazione bancaria attestante la disponibilità ad aprire a favore della ditta in caso di aggiudicazione una linea di credito dedicata all'appalto di valore pari al valore annuo, iva esclusa, posto a base d'asta" è richiesta ai fini della dimostrazione della solidità economico-finanziaria della ditta concorrente.

Essa costituisce espressione del potere riconosciuto alle singole amministrazioni (v. art. 41, comma 2, primo periodo del D. Lgs. n. 163/2006) di stabilire, nei limiti della ragionevolezza e sulla base delle esigenze derivanti dalla singola gara, quali ulteriori documenti intendano richiedere per comprovare la capacità economica e finanziaria delle imprese concorrenti (salvo il limite relativo ai documenti di cui alla lett. b) del comma 1, volto ad assicurare la possibilità di partecipazione alla gara dei concorrenti degli stati membri della CE che non prevedono la pubblicazione dei bilanci), senza che sulla scelta integrativa possa essere esperito un sindacato forte di legittimità (C.G.A.R.S., 19 ottobre 2010, n. 1290).

Da tali considerazioni consegue non soltanto la constatazione incidentale della legittimità della clausola del bando in relazione alla norma di base, che peraltro non può essere messa in discussione in questa sede nella quale il bando medesimo ed il Regolamento di gara non figurano fra gli atti impugnati, ma, anche, che la *lex specialis* debba essere letta coerentemente con il potere, discrezionale ed insindacabile, riconosciuto alla stazione appaltante e, dunque, con rigorosa aderenza alla volontà espressa nella *lex medesima* di avvalersi di determinati elementi, ai fini della documentazione del requisito.

Sulla base di tali presupposti logico-fattuali, che non consentono di far prevalere nella specie il principio del *favor participationis* rispetto al palese significato attribuito dalla stazione appaltante alla clausola avuto anche riguardo alla tassatività della prescrizione, deve ritenersi che la disponibilità della banca a soddisfare richieste di affidamento in caso di aggiudicazione dell'appalto per un importo non inferiore ad Euro 5.800.000,00, affermata in sede di dichiarazione prodotta dall'odierna appellante ai fini della partecipazione alla gara in questione, risulti del tutto vanificata dall'ulteriore precisazione ivi contenuta (con caratteri sottolineati, all'evidente fine di richiamare su di essa l'attenzione del lettore) che tanto viene attestato "senza nostra responsabilità né garanzia".

Tale precisazione riguarda certamente tutte le attestazioni contenute nella stessa nota (peraltro ultronee rispetto a quanto richiesto dal regolamento di gara nella parte in cui eccedono l'oggetto della dichiarazione ivi prevista, che si limitava alla "disponibilità ad aprire a favore della ditta in caso di aggiudicazione una linea di credito dedicata") e vale a pregiudicare ed a rendere non conforme allo scopo del bando e della legge (che richiedono una dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria che le amministrazioni "ritengono di richiedere" mediante le referenze indicate, ovvero mediante "qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante") la dichiarazione di disponibilità resa nel caso di specie.

Né può essere invocata in senso contrario una interpretazione del regolamento di gara, secondo cui questo "non chieda[e] la produzione di una dichiarazione vincolante dell'istituto bancario, che non si deve impegnare ed obbligare ora per allora ad aprire una linea di credito" (pag. 15 app.).

La formula "senza responsabilità né garanzia" (senza dubbio, come s'è detto, riferibile nel caso concreto all'esame anche all'attestazione dell'affidamento bancario in caso di aggiudicazione) vale a rendere infatti quest'ultima priva

del valore richiesto dalla *lex specialis* e dalla legge; il requisito di idoneità soggettivo richiesto (volto a valorizzare, nell'ambito della generica capacità economico-finanziaria dell'impresa concorrente, i rapporti di natura economica consistenti nell'apertura di credito bancario "dedicata" allo specifico rapporto contrattuale con la P.A.) è in grado invero di assurgere al grado di idonea attitudine dimostrativa di tale capacità solo se la banca, con la sua dichiarazione di "disponibilità", dia concreta "garanzia" della futura apertura di una linea di credito: e ciò si realizza con una vera e propria proposta contrattuale o quanto meno con un impegno a contrarre (contenente, se del caso, l'indicazione di tempi, modi e condizioni per l'apertura stessa), che non rechi altra condizione se non quella dell'avverarsi dell'aggiudicazione.

Tanto si rende con tutta evidenza necessario, secondo la evidente ratio della clausola di gara in argomento, al chiaro fine di rafforzare in modo ulteriore la complessiva affidabilità dell'offerta formulata e, in via mediata, di garantire la stessa amministrazione circa la corretta esecuzione del servizio oggetto dell'appalto e la capacità del concorrente di rispondere dei danni derivanti dall'eventuale inadempimento delle obbligazioni assunte.

Una tale funzione di garanzia, che le regole di base della procedura in considerazione attribuiscono alla richiesta dichiarazione di disponibilità della Banca, non è certo in grado di essere svolta dalla dichiarazione della cui validità qui si discute, che, con la formula ivi apposta "senza responsabilità né garanzia", finisce con lo smentire sé stessa e, come correttamente controdedotto dall'Azienda appellata, finisce con l'esser priva di "ogni conseguenza giuridica".

Essendo detta dichiarazione richiesta tra la documentazione a corredo dell'offerta e necessaria, a pena di esclusione, al fine della sua validità, la mancanza in essa di un valido contenuto negoziale rispondente alla prescrizione della *lex specialis* vale a renderla inesistente, con la conseguenza che, esclusa ogni possibilità di ricorso istruttorio in relazione all'oggetto delle dichiarazioni presentate a fini di partecipazione a pubbliche gare, l'offerta dell'odierna appellante, come correttamente concluso dal T.A.R., andava esclusa dalla gara, in quanto priva di uno dei documenti richiesti, conformemente a quanto previsto dall'art. 4) del Regolamento di Gara.

La conferma della sentenza impugnata quanto al decisum di accoglimento del ricorso incidentale di primo grado comporta naturalmente la sua conferma anche quanto alla declaratoria di improcedibilità del ricorso principale, la paralisi dei cui effetti per effetto dell'accoglimento del ricorso incidentale non è in alcun modo messa in discussione dall'atto di appello.

3. - In conclusione l'appello deve essere respinto.

A carico dell'appellante devono essere poste le spese del presente grado di giudizio, che si liquidano nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo respinge e, per l'effetto, conferma, nei sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante alla rifusione delle spese del presente grado in favore dell'Azienda appellata e della controinteressata, liquidandole in Euro 3.000,00=, oltre i.v.a. e c.p.a., in favore di ciascuna di dette parti.

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

Così deciso in Roma, addì 30 novembre 2012, 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

Dante D'Alessio, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/01/2013

IL SEGRETARIO

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