



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 il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 298 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Gsa - Gruppo Servizi Associati Soc. Cons. p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luca Ponti e Luca De Pauli, con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

contro

Azienda Ospedaliero Universitario "Santa Maria della Misericordia" di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Federico Rosati, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo in Trieste, via Donota 3;

nei confronti di

Elisicilia s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., per sé e quale capogruppo mandataria dell'ATI costituita con CMB Consulting s.r.l., rappresentata e difesa

dagli avv.ti Luigi Borgia e Carmela Marino, con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

Azienda Ospedaliera "Santa Maria degli Angeli" di Pordenone, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

Cmb Consulting s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

Gielle di Luigi Galantucci, in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

Quanto al ricorso introduttivo e ai motivi aggiunti depositati in data 13.11.2013:

a) della Determinazione dirigenziale del Direttore del Dipartimento Servizi Condivisi n. 803/2013 dd. 11 settembre 2013;

b) del Verbale di gara n. 1 dd. 25 luglio 2013;

c) del Verbale di gara n. 2 dd. 25 luglio 2013;

d) della nota prot. 49743 dd. 6 settembre 2013 del Direttore del Dipartimento Servizi Condivisi;

e) del provvedimento, di data ed estremi non noti, con il quale la Stazione appaltante ha disposto l'esecuzione anticipata, prima ancora della stipula del contratto e comunque in violazione del termine di stand still;

f) del Bando di Gara e delle Norme di Partecipazione alla Gara;

g) di tutti gli altri atti comunque connessi, presupposti e conseguenti a quelli come sopra indicati;

- per la declaratoria della nullità e/o inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato in relazione alla procedura aperta de qua tra la Stazione appaltante e i controinteressati;

- per il risarcimento dei danni patiti e patendi dalla ricorrente in conseguenza dell'operato dell'Amministrazione resistente;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliero Universitario "Santa Maria della Misericordia" di Udine - Dipartimento Servizi Condivisi e della società Elisicilia s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 febbraio 2014 la dott.ssa Manuela Sinigoi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Oggetto del presente giudizio è la procedura aperta indetta dal Dipartimento Servizi Condivisi dell'Azienda Ospedaliero Universitaria "Santa Maria della Misericordia" di Udine per l'affidamento, secondo il criterio del prezzo più basso, del servizio assistenza antincendio e soccorso presso l'eliperficie dell'Azienda Ospedaliera Santa Maria degli Angeli di Pordenone, per la durata di 14 mesi.

Con ricorso spedito per la notifica il 27 settembre 2013 e depositato il 9 ottobre 2013, la società consortile GSA – Gruppo Servizi Associati, classificatasi al terzo posto nella graduatoria di merito formata dalla commissione giudicatrice all'esito della valutazione delle offerte pervenute, ha contestato, infatti, la legittimità degli atti di gara, a partire dal Bando e dalle Norme di partecipazione sino alla definitiva aggiudicazione a favore della ATI Elisicilia s.r.l. – CMB Consulting s.r.l., invocandone l'annullamento, previa sospensione cautelare.

Ha chiesto, inoltre, la declaratoria della nullità e/o inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more, nonché il risarcimento dei danni tutti asseritamente subiti.

A sostegno delle domande avanzate ha dedotto i seguenti motivi di diritto:

1. Violazione di legge (artt. 68, 72, 81, 82 e 121 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – art. 97 Cost.) – Illogicità – Arbitrarietà – Violazione del principio di buon andamento e di imparzialità dell'azione amministrativa – Violazione del principio di concorrenza e di parità di trattamento, ragionevolezza e proporzionalità – Violazione del principio di serietà, adeguatezza e affidabilità dell'offerta – Illegittimità derivata.
2. Violazione di legge (artt. 82 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – art. 97 Cost.) – Eccesso di potere – Illogicità – Irrazionalità – Illegittimità derivata
3. Violazione di legge (art. 5 Norme di partecipazione – art. II.2.1 del Bando di gara – art. 82 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) – Travisamento ed errore di fatto – Contraddittorietà
4. Violazione di legge (art. 243-bis d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) – Travisamento – Violazione del principio dell'affidamento – Violazione dell'art. 24 Cost.
5. Violazione di legge (artt. 2 e 11 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – art. 302 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 – art. 97 Cost.) – Violazione dei principi di concorrenza, trasparenza, economicità – Eccesso di potere – Carenza dei presupposti – Illogicità manifesta – Difetto di motivazione – Sviamento per elusione del termine di stand still

L'Azienda resistente, costituita, ha eccepito, in via preliminare, la tardività del I, II e III motivo di impugnazione perché riguardano una specifica clausola della lex specialis di gara relativa ai criteri di valutazione dell'offerta economica, che avrebbero precluso alla ricorrente di formulare un'offerta consapevole e che andavano, quindi, sin da subito opposti. Nel merito, ha contestato, in ogni caso, con diffuse argomentazioni la fondatezza del ricorso e concluso per la sua reiezione, così come per quella della preliminare istanza cautelare, che ritiene non assistita dal prescritto requisito del periculum in mora, in quanto la ricorrente

potrebbe, in ogni caso, ottenere il ristoro economico del danno patito laddove il ricorso dovesse essere ritenuto fondato.

L'ATI Elisicilia/CMB ha eccepito, invece, con la memoria di costituzione l'inammissibilità del ricorso per mancanza di specificità dei motivi d'impugnazione. Nel merito, ne ha contestato pure essa la fondatezza, chiedendone la reiezione. Quanto alla domanda incidentale di sospensione, è dell'avviso che non sussista il richiesto periculum, in quanto la ricorrente è giunta solo terza.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti spedito per la notifica il 30 ottobre 2013 e depositato il 13 novembre 2013, la ricorrente ha introdotto le seguenti ulteriori censure:

6. Violazione di legge (artt. 86 e 87 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241) – Illogicità – Arbitrarietà – Difetto di istruttoria e di motivazione – Illegittimità derivata

7. Violazione di legge (art. 82 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 – art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241) – Illogicità – Arbitrarietà – Difetto di istruttoria e di motivazione – Illegittimità derivata.

L'Azienda resistente e l'ATI controinteressata hanno controdedotto anche al ricorso per motivi aggiunti, eccependo, in via preliminare, la tardività dei motivi di doglianza e contestandone, in ogni caso, la fondatezza.

In prossimità della camera di consiglio del 4 dicembre 2013, parte ricorrente ha replicato con memoria alle eccezioni e alle argomentazioni difensive svolte dall'Azienda resistente e dall'ATI con riferimento al ricorso introduttivo.

All'esito di tale udienza, il Tribunale, con ordinanza cautelare n. 103/2013, ha accordato a controparte la misura cautelare invocata e fissato l'udienza pubblica per la trattazione del merito, circostanza quest'ultima che ha indotto il Consiglio di Stato, innanzi al quale l'ATI controinteressata ha appellato l'ordinanza su indicata, a rinviarne la trattazione ad altra data.

Celebrata l'udienza pubblica del 26 febbraio 2014, in vista della quale la controinteressata e la ricorrente hanno depositato rispettivamente una memoria conclusionale ed una memoria di replica, con cui hanno confermato le rispettive prospettazioni, la causa è stata trattenuta in decisione.

Vanno, in primo luogo, disattese le eccezioni preliminari sollevate in relazione al ricorso introduttivo dalla difesa dell'Azienda resistente e della ATI controinteressata.

Quanto alla ritenuta tardività del gravame, osserva, invero, il Collegio che la giurisprudenza amministrativa afferma in modo costante, da anni, che *“l'onere di immediata impugnazione del bando di gara riguarda le sole clausole che concernono i requisiti soggettivi di partecipazione dei soggetti interessati, che risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non siano suscettibili di essere condizionate dal suo svolgimento e perciò in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla procedura, nonché quelle che impongono oneri incomprensibili o manifestamente sproporzionati, come tali immediatamente ostativi alla partecipazione alla gara. Ogni diversa questione riguardante l'assunta illegittimità della procedura di gara può e deve essere proposta unitamente agli atti che delle clausole dimostrate lesive fanno diretta applicazione (provvedimento di esclusione o dell'aggiudicazione del contratto o di altro provvedimento che segni comunque, per l'interessato, un arresto procedimentale), atteso che sono essi atti che rendono attuale e concreta la lesione della situazione dell'interessato. Pertanto, sussiste l'onere di immediata impugnazione del bando di gara o lettera di invito solo in relazione alle clausole che impediscono in limine la partecipazione alla procedura di determinati soggetti e non richiedano alcuna significativa attività interpretativa né dei destinatari del bando, né degli organi dell'Amministrazione che ne debbano fare applicazione sicché in tutti gli altri casi deve ritenersi tempestiva l'impugnazione della lex specialis contestualmente a quella degli atti che di essa fanno applicazione, atteso che solo questi ultimi identificano il concorrente leso e rendono attuale e concreta la lesione della relativa situazione soggettiva in relazione all'eventuale esito*

negativo della gara, mentre anteriormente la lesività delle clausole contestate resta sul piano dell'astrattezza e potenzialità.” (così T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. II, 11 gennaio 2013, n. 28; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 3 aprile 2012, n. 1550; ex plurimis, Cons. St., sez. V, 28 maggio 2012, n. 3128; id., sez. VI, 04 ottobre 2011, n. 5434; id., sez. V, id., sez. V, 7 settembre 2001 n. 4679; id. 4 marzo 2011 n. 1380; id, 21 febbraio 2011 n. 1071; id., sez. VI, 24 febbraio 2011 n. 1166; id., sez. V, 4 marzo 2008 n. 901; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 09 ottobre 2012, n. 4037; T.A.R. Lazio sez. I, 06 luglio 2012, n. 6163; T.A.R. Lazio sez. III, 14 gennaio 2012, n. 354; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 03 aprile 2012, n. 1550; T.A.R. Lazio sez. I, 01 giugno 2012, n. 5000; T.A.R. Campania, Napoli, sez. III, 01 giugno 2012, n. 2610).

Di recente, è stato, peraltro, condivisibilmente ribadito anche che *“l'onere dell'immediata impugnazione del bando di gara va escluso nei riguardi delle clausole dotate solo di astratta e potenziale lesività, la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione potrebbe essere valutata unicamente all'esito della procedura selettiva, ove negativo per l'interessato.*

Pertanto, non sono immediatamente impugnabili le clausole relative all'individuazione del criterio di aggiudicazione, alle modalità di valutazione delle offerte e attribuzione dei punteggi e, in generale, alle modalità di svolgimento della gara, nonché alla composizione della Commissione giudicatrice.

In tali ipotesi, il termine per impugnare anche gli atti di gara, che eventualmente concretizzano la lesione della posizione giuridica dedotta in giudizio, non può che decorrere dalla conoscenza del provvedimento di aggiudicazione in favore di terzi (cfr., in termini, T.A.R. Lazio, sez. II, 4 novembre 2013 n. 9373; T.A.R. Piemonte, sez. II, 24 settembre 2013 n. 1036)” (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-ter, 5 febbraio 2014, n. 1432).

Nel caso di specie, la ricorrente, laddove svolge censure preordinate al travolgimento dell'intera procedura di gara e alla sua riedizione (in particolare col I motivo di gravame) deduce, all'evidenza, possibili vizi di legittimità della lex specialis di gara, la cui lesività si è attualizzata soltanto all'esito della gara stessa. Ne

deriva che il termine per impugnare i relativi atti non può che decorrere dalla conoscenza del provvedimento di definitiva aggiudicazione.

Quanto all'eccepita inammissibilità del ricorso, pare, invece, sufficiente rilevare che l'interesse azionato dalla ricorrente è prioritariamente quello strumentale alla rinnovazione della procedura di gara (previo emendamento di quelle parti della stessa ritenute viziate), rispetto al quale nessun rilievo può assumere la posizione occupata dalla medesima all'esito della gara qui contestata, nonché che i motivi di ricorso paiono esposti con specificità sufficiente a consentire l'identificazione delle tesi sostenute a supporto della domanda finale.

Nel merito, il ricorso è fondato e va accolto.

Il Collegio ritiene, invero, di ribadire le argomentazioni che hanno consentito già nella fase cautelare di formulare una prognosi favorevole alla ricorrente in ordine al possibile esito del gravame, avuto riguardo, in particolare, alle censure dalla medesima dedotte col primo motivo di impugnazione.

E' indubitabile, infatti, che, a fronte della previsione di due possibili (ed alternative) opzioni di svolgimento del servizio oggetto d'affidamento contemplate dalle Norme di partecipazione alla gara (vedi fac simile di offerta economica allegato sub E) e dal capitolato speciale d'appalto (vedi "Criteri e parametri per la valutazione delle offerte") ovvero 14 mesi con 2 addetti per turnazione (A1) e 14 mesi con 1 solo addetto per turnazione (A2) e della previsione del criterio del prezzo più basso per l'individuazione della migliore offerta (art. 5 – Norme cit.), la mancanza di una previa, chiara ed espressa precisazione della decorrenza prevista per l'una o l'altra delle due opzioni e la previsione di tenere conto, ai fini della comparazione delle offerte, dell'importo complessivo offerto da ciascun concorrente, dato dalla somma dell'importo offerto per l'opzione A1 e di quello offerto per l'opzione A2 (vedi fac simile cit. e "Criteri" del CSA cit.), s'appalesa assolutamente violativa dei canoni di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa, in quanto,

anziché consentire una corretta comparazione tra le offerte pervenute e, conseguentemente, l'individuazione dell'offerta effettivamente migliore, rischia di privilegiare, in maniera del tutto illogica, l'offerta di un operatore economico a scapito di quella di un altro, senza tenere conto di quella che potrà essere in futuro l'opzione di servizio effettivamente prescelta e rispetto alla quale (sola) la stazione appaltante sarà tenuta a corrispondere all'aggiudicataria individuata il corrispettivo economico.

E' eloquente in tal senso l'esempio offerto dalla ricorrente (pag. 12 e ss. del ricorso introduttivo), che ben evidenzia come le determinazioni in ordine alla conformazione del servizio, che l'Amministrazione si è riservata la facoltà di assumere in corso d'esecuzione (*“qualora per modifiche strutturali impiantistiche al sistema antincendio e/o per esigenze riorganizzative, si renda necessaria e possibile la riduzione del numero degli addetti al servizio, questa Azienda si riserva la facoltà di modificare il contratto, con preavviso di 60 giorni, riducendo la presenza in servizio per turnazione a n. 1 addetto”* – vedi pag. 38 CSA cit.), senza pur tuttavia premurarsi di precisare durata e/o decorrenza dell'una o dell'altra opzione, alteri la parità di posizione dei diversi concorrenti e possa, di fatto, incidere significativamente sulla convenienza delle offerte, vanificando l'interesse pubblico perseguito mediante l'aggiudicazione in base al criterio del prezzo più basso.

La fondatezza delle censure contenute nel I motivo di impugnazione, ora scrutinato, porta, quindi, ad accogliere il gravame e ciò anche a prescindere dall'esame di tutti gli altri vizi lamentati dalla ricorrente col ricorso principale e con i motivi aggiunti, che possono ritenersi assorbiti.

Per l'effetto, vanno, quindi, annullati gli atti e i provvedimenti impugnati, tra cui l'aggiudicazione definitiva, su cui si riverbera, inficiandola, la riconosciuta illegittimità della *lex specialis* di gara.

L'Amministrazione sarà, pertanto, tenuta a rinnovare ab origine la procedura di gara, emendandola dai vizi che ora l'hanno invalidata.

La caducazione degli atti della procedura di gara e la sua riedizione appaiono, infine, in grado di garantire piena soddisfazione alle pretese risarcitorie azionate dalla ricorrente.

Nulla deve, invece, disporre in ordine all'invocata declaratoria di nullità e/o inefficacia del contratto, dato che lo stesso non risulta, allo stato, stipulato.

Le spese di lite seguono il criterio della soccombenza nei rapporti tra la ricorrente e l'Azienda resistente e vengono liquidate nella misura indicata in dispositivo, determinata assumendo a riferimento i criteri e i parametri di cui al d.m. 20 luglio 2012, n. 140.

Sussistono, invece, giusti motivi per compensarle per il resto.

Ai sensi di legge, l'Azienda intimata sarà, inoltre, tenuta a rimborsare alla ricorrente (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza), ai sensi dell'art. 13, comma 6 bis.1, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248, il contributo unificato nella misura versata.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia, Sezione I, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla gli atti e i provvedimenti impugnati.

Condanna l'Azienda resistente al pagamento a favore della ricorrente delle spese e delle competenze di lite, che liquida in complessivi Euro 6.000,00, oltre IVA, se dovuta, e CPA.

Le compensa per il resto.

Dà atto, inoltre, che l'Azienda medesima sarà tenuta a rimborsare alla ricorrente (all'atto del passaggio in giudicato della sentenza), ai sensi dell'art. 13, comma 6

bis.1, del d.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, come modificato dall'art. 21 della L. 4 agosto 2006, n. 248, il contributo unificato nella misura versata.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere

Manuela Sinigoi, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2014

IL SEGRETARIO

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