



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

ex articolo 74 Cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 230 del 2014, proposto da:

Lavanderie dell'Alto Adige S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti
Francesca Cima e Michele Luzzatto, con domicilio eletto presso lo
studio del secondo, in Trieste, via Carducci n. 10;

contro

Comune di Udine, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giangiacomo
Martinuzzi, Claudia Micelli e Giuseppe Sbisà con domicilio eletto
presso lo studio del terzo, in Trieste, via Donota n. 3;

nei confronti di

Cws-Boco Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti
Giangiacomo Olivi, Fabio Elefante, Ilaria Gobbato e Andrea
Crismani, con domicilio eletto presso lo studio dell'ultimo, in Trieste,
via Valdirivo n. 13;

per l'annullamento, previa sospensione cautelare dell'efficacia

- della determinazione dirigenziale n. cron. 1383 esec. di data 29.04.2014, di aggiudicazione definitiva della gara d'appalto per il servizio di noleggio, lavaggio e manutenzione di abiti da lavoro ad alta visibilità e di indumenti da lavoro per il personale dell'amministrazione comunale di Udine per il triennio 2012-2015 identificata con CIG. 4615932396;
- di ogni altro atto presupposto, susseguente e consequenziale al provvedimento impugnato, ivi compresi tutti i verbali di gara della Commissione giudicatrice e dei contratti eventualmente stipulati; e per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Udine e della società Cws-Boco Italia S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2014 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Esponde la ricorrente società Lavanderie dell'Alto Adige S.p.A. di aver partecipato alla procedura aperta per l'aggiudicazione, secondo il criterio del prezzo più basso, dell'appalto di servizio di noleggio,

lavaggio e manutenzione di abiti da lavoro ad alta visibilità e di indumenti da lavoro per il personale, indetta dal Comune di Udine per il triennio 2012-2015, e di essersi classificata al secondo posto.

In tale qualità, non avendo sortito alcuna effetto l'informativa di ricorso inviata alla Amministrazione comunale, essa impugna l'aggiudicazione a favore della controinteressata società Cws–Boco Italia S.p.A., pure evocata in giudizio, chiedendone l'annullamento, previa sospensione cautelare degli effetti, con condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente.

Questi i motivi di impugnazione dedotti dalla ricorrente:

1) *“Violazione dei principi di trasparenza e buon andamento ed imparzialità della pubblica amministrazione e del principio di continuità della gara”*: si duole la società Lavanderie dell'Alto Adige S.p.A. della lunghezza della procedura di gara (ben undici mesi), dovuta esclusivamente alle continue richieste di integrazioni documentali e di chiarimenti alla controinteressata. In tal modo, a detta della ricorrente, sarebbe stato violato il principio di continuità della gara, che, proprio per evitare favoritismi, presiede, ex articolo 71 R.D. n. 827/1924, allo svolgimento delle procedure di evidenza pubblica.

2) *“Violazione del Decreto Legislativo 163/2006 e s.m.i., della lex specialis di gara, del Capitolato Speciale di Gara e del Disciplinare – Eccesso di potere – carenza di istruttoria e di motivazione – Manifesta illogicità e irragionevolezza”*: sostiene la società ricorrente che la stazione appaltante abbia fatto esercizio del potere si soccorso istruttorio al di fuori delle ipotesi in

cui è ammesso. In particolare si duole la deducente del fatto che il Comune di Udine abbia consentito alla controinteressata di regolarizzare la ricevuta di pagamento a favore della AVCP e la fideiussione prestata in luogo della cauzione provvisoria, di specificare il requisito di partecipazione del fatturato per servizi identici, di modificare una delle condizioni inizialmente indicate per rendere la prestazione oggetto del contratto di appalto. Contesta, infine, la società Lavanderie dell'Alto Adige S.p.A. l'esito favorevole con il quale si è concluso per l'aggiudicataria il subprocedimento di verifica della anomalia dell'offerta.

Si è costituito in giudizio il Comune di Udine, opponendosi alla prospettazione avversaria e chiedendo pertanto il rigetto del ricorso proposto da controparte. Ritiene, in particolare, l'Ente resistente di aver correttamente esercitato il proprio potere di soccorso istruttorio, avendo consentito alla controinteressata di sistemare solamente piccole imprecisioni e errori materiali contenuti nella relativa offerta. Sottolinea, inoltre, come nessuna delle mancanze dell'offerta in esame costituisca causa di esclusione ai sensi della *lex specialis* di gara.

Quanto alla censura relativa alla verifica dell'anomalia dell'offerta della controinteressata, la difesa comunale ricorda come, secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale, il sindacato del Giudice amministrativo sia limitato alle ipotesi di abnormità della decisione dell'Amministrazione ovvero di manifesta illogicità e errore di fatto.

Si è parimenti costituita in giudizio la controinteressata, società Cws-Boco Italia S.p.A., ugualmente contestando le conclusioni avversarie,

e instando conseguentemente per il rigetto del ricorso proposto dalla controparte.

La società ricorrente ha poi depositato una memoria difensiva, nella quale, oltre a ribadire i motivi di impugnazione già sviluppati in ricorso, ha dedotto quale ulteriore profilo di illegittimità degli atti impugnati la violazione dell'articolo 79, comma 2, lettera c), D.Lgs. n. 163/2006, per incompletezza della comunicazione inviata dalla stazione appaltante in ordine alla avvenuta aggiudicazione dell'appalto per cui è causa.

Questo Tribunale con ordinanza n. 87/2014 accordava alla ricorrente l'invocata tutela cautelare, osservando come il ricorso, a un sommario esame, si appalesasse fondato quanto meno con riferimento all'utilizzo da parte della stazione appaltante del potere di soccorso istruttorio in relazione alla modifica da parte della controinteressate delle clausole contrattuali concernenti le modalità di esecuzione della prestazione dedotta in contratto. La decisione cautelare è stata confermata in appello dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 3805/2014.

Successivamente, sia il Comune di Udine, che la società Cws-Boco Italia S.p.A., hanno depositato memorie difensive, nelle quali hanno ulteriormente argomentato le proprie tesi.

All'udienza del 17 dicembre 2014 la causa è trattenuta in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, il Collegio, condividendo sul punto le eccezioni della difesa del Comune e della difesa della società controinteressata,

dichiara la inammissibilità per tardività e irritualità, essendo stata introdotta con atto depositato anziché con atto notificato, il motivo di impugnazione concernente l'incompletezza della comunicazione inviata dalla stazione appaltante dalla ricorrente in ordine all'avvenuta aggiudicazione dell'appalto qui in esame. Tale censura, invero, è stata proposta la prima volta con la memoria depositata dalla deducente in data 27.06.2014 e per tale ragione non può essere decisa dal Tribunale.

Può ora passarsi all'esame dei motivi di impugnazione correttamente proposti dalla società Lavanderie dell'Alto Adige S.p.A..

Il primo motivo di gravame è infondato.

Il principio di continuità della gara ha una funzione tendenziale, nel senso di indicare un paradigma cui deve conformarsi l'azione della stazione appaltante ed è finalizzato a tutelare il genuino esito della procedura comparativa, ponendolo al riparo da eventuali impropri condizionamenti esterni. Sicché, la sua violazione non determina di per sé solo l'annullamento degli atti del procedimento di evidenza pubblica.

Ora, non avendo parte ricorrente offerto prova, anche solo indiziaria, che la dilatazione dei tempi per l'aggiudicazione dell'appalto abbia comportato una alterazione nell'ordinario svolgimento della gara ovvero una manipolazione della documentazione contenente le offerte dei partecipanti, deve concludersi per il rigetto della doglianza, in applicazione del principio generale di cui all'articolo 21 octies L. n. 241/1990, in forza del quale il vizio formale che non abbia avuto

effetti sostanziali sul contenuto dell'atto non ne può comportare l'annullamento (cfr., C.d.S., Sez. III[^], sentenza n. 4449/2014).

Conclusione questa che si impone tanto più nelle procedure in cui - come nel caso di specie - il criterio di aggiudicazione sia quello del prezzo più basso, perché l'automaticità della valutazione esclude in radice che possa determinarsi un vulnus all'interesse tutelato dalla previsione (quella della continuità delle operazioni di gara) che qui si assume violata (cfr., C.d.S., Sez. III[^], sentenza n. 5057/2014).

E', di contro, fondato il secondo motivo di impugnazione.

Il potere di soccorso istruttorio, specificatamente attribuito alle stazioni appaltanti dall'articolo 46, comma 1, D.Lgs. n. 163/2006, al fine di evitare che violazioni meramente formali finiscano per incidere negativamente sull'obiettivo della massima partecipazione alle gare, trova il proprio limite nel principio, costituzionale e comunitario, della tutela della par condicio tra i concorrenti.

Questo significa che detto potere può e deve essere esercitato per regolarizzare certificati, documenti e dichiarazioni già esistenti, ovvero per comprovare il possesso di requisiti soggettivi sussistenti al momento della presentazione dell'offerta; viceversa, esso non può e non deve essere utilizzato per consentire l'integrazione dell'offerta con la produzione postuma di dichiarazioni totalmente mancati richieste a pena di esclusione, ovvero la modifica e/o il completamento del contenuto dell'offerta stessa (cfr., C.d.S., Sez. III[^], sentenza n. 4543/2014).

In tale modo, infatti, il concorrente destinatario di un soccorso

istruttorio da parte della stazione appaltante al di fuori degli stretti limiti in cui è consentito si troverebbe a beneficiare di un indebito vantaggio competitivo a discapito degli altri partecipanti (cfr., T.A.R. Marche sentenza n. 742/2014).

Nel caso in esame, se pure era doveroso da parte del Comune acconsentire alla regolarizzazione e precisazione della documentazione relativa al pagamento del contributo all'Autorità di vigilanza, alla polizza fideiussoria prestata in luogo della cauzione provvisoria, e al possesso del requisito di partecipazione del fatturato per servizi identici, altrettanto non può affermarsi con riferimento alla modifica del contenuto degli obblighi negoziali.

Risulta, invero, per tabulas che la società Cws-Boco Italia S.p.A. abbia allegato alla domanda di partecipazione alla procedura di evidenza pubblica qui in esame la ricevuta di pagamento del suddetto contributo effettuata da altro operatore economico e per altra gara; risulta tuttavia anche che, invitata a tanto dall'Amministrazione comunale, abbia poi depositato la ricevuta del pagamento del contributo a favore dell'Autorità da essa effettuato per la procedura in discussione prima della scadenza del termine di partecipazione alla gara.

Vi è dunque prova che, in disparte una scarsa attenzione nella preparazione dei documenti di gara, la controinteressata abbia tempestivamente adempiuto all'incombente.

Altrettanto è da osservarsi in relazione alla polizza fideiussoria stipulata a favore della stazione appaltante, ove l'intestazione è al

Comune di Udine, nelle premesse è correttamente individuata la procedura di gara, il fideiussore si costituisce garante della concorrente, ma il potere di escussione è attribuito all'Azienda Sanitaria Provinciale di Enna.

Anche in questo caso è di palmare evidenza il rifiuto, non fosse altro perché l'Azienda Sanitaria Provinciale di Enna non vanta alcun diritto sulla cauzione prestata nell'ambito di una procedura di gara bandita da altra pubblica Amministrazione.

Per quanto attiene lo svolgimento nel triennio antecedente di servizi identici per un determinato fatturato minimo, va osservato come non sia in contestazione il possesso del requisito di partecipazione da parte della controinteressata, come del resto emerge anche dalle risultanze documentali. Sicché, del tutto correttamente il Comune ha chiesto di precisare l'oggetto dei contratti integranti il presupposto (se di solo noleggio o anche di lavaggio) e di delimitare il periodo di riferimento al triennio di interesse. Infatti, il requisito già sussisteva, legittimando pienamente la partecipazione alla gara della concorrente.

Invece, per quanto riguarda l'ultima irregolarità che la stazione appaltante ha consentito alla società Cws-Boco Italia S.p.A. di sanare, questo Collegio ritiene che sia stato fatto un uso illegittimo del potere di soccorso istruttorio, avendo dato la possibilità alla concorrente di modificare il contenuto dell'offerta.

Infatti, il disciplinare di gara prevedeva che l'offerente si impegnasse a che *«se richiesto dall'Amministrazione, il servizio avrà decorrenza anche in pendenza di stipula del contratto»*. La società Cws-Boco Italia S.p.A.,

invece, nella propria offerta si impegnava a che *«in caso di aggiudicazione, il servizio sarà espletato solo in presenza del contratto che dovrà comunque essere redatto entro 30 giorni solari dall'aggiudicazione»*.

Il dato testuale rende evidente che non si tratta di una mera discrepanza, come sostengono il Comune e l'aggiudicataria, ma di due obbligazioni diverse. E non di un'obbligazione collaterale, ma di quella principale, attenendo ai tempi di inizio dell'esecuzione della prestazione ed essendo diretta a soddisfare l'interesse primario del creditore.

Va, invero, considerato che il procedimento di evidenza pubblica è finalizzato alla selezione del miglior contraente possibile per l'Amministrazione in relazione a un determinato contratto: dunque essa è preordinata alla conclusione di un contratto. Ne consegue che gli atti della procedura di evidenza pubblica hanno una natura bifronte, costituendo al contempo atti pubblici e atti prenegoziali.

In questa ottica, la lex specialis di gara va a formare la proposta negoziale e l'offerta del concorrente l'accettazione di detta offerta (cfr. quanto affermato, sia pure ad altri fini, da C.d.S., Sez. V[^], sentenza n. 3831/2013). Ora, per la regola generale codificata dall'articolo 1326, ultimo comma, Cod. civ., "un'accettazione non conforme alla proposta equivale a nuova proposta". Ne consegue che la società Cws-Boco S.p.A. non si era vincolata nei confronti del Comune di Udine e che pertanto andava esclusa dalla gara.

Ne può condividersi quanto sostenuto da parte resistente che valorizza la dichiarazione della concorrente di accettare tutte le

condizioni poste dalla documentazione di gara: trattasi, invero, di dichiarazione generica, necessariamente recessiva rispetto a una espressa manifestazione di volontà con essa incompatibile.

Né la stazione appaltante poteva, come invece illegittimamente ha fatto, consentire all'interessata la modifica della dichiarazione, perché questo sì significava consentire la modifica dell'offerta in violazione del principio di par condicio dei concorrenti.

E', infine, assorbita la censura inerente il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta della aggiudicataria, perché attinente a fase successiva del procedimento di evidenza pubblica: in tanto può farsi luogo alla verifica dell'anomalia in quanto l'offerta sia ammissibile. La inammissibilità dell'offerta rende non attuale la questione della sua (prospettata) anomalia.

In conclusione, la domanda di annullamento viene accolta.

Non viene, invece, accolta la domanda di risarcimento del danno.

Parte ricorrente non ha, infatti, allegato la violazione da parte della stazione appaltante della regola dello stand still. Ne consegue che, in combinazione alla tutela cautelare accordata dal Giudice di primo e secondo grado, la caducazione dell'aggiudicazione a favore del concorrente che precede è sufficiente a garantire piena soddisfazione dell'interesse del ricorrente, vieppiù tenuto conto dell'efficacia conformativa della pronuncia del Giudice amministrativo.

Spetta alla stazione appaltante riattivare la procedura di gara, assumendo le conseguenti decisioni anche in ordine alla aspettativa della società ricorrente di vedersi aggiudicato l'appalto per cui è causa.

Il che, altresì, esclude allo stato di dar luogo al risarcimento per equivalente, ben potendo le aspirazioni della deducente all'esecuzione del contratto ancora trovare piena attuazione (cfr., T.A.R. Sardegna, Sez. I[^], sentenza n. 62/214).

In definitiva il ricorso va accolto nei termini sopra specificati; le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Condanna l'Amministrazione resistente a rifondere la ricorrente delle spese del giudizio, che liquida in complessivi Euro 4.000,00, oltre ad accessori di legge; compensa integralmente le spese di giudizio tra la ricorrente e la controinteressata.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Manuela Sinigoj, Primo Referendario

Alessandra Tagliasacchi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/01/2015

IL SEGRETARIO

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