

L'esclusione legittima conclude per l'aspirante, il procedimento di gara, e la sua posizione, rispetto al bene della vita su cui verte la procedura, non assume altra configurazione che quella di interesse di mero fatto, del tutto priva di rilevanza e tutela giuridica : si ritiene insussistente anche l'interesse strumentale ad un'eventuale rinnovazione della procedura di gara, in quanto, a seguito dell'esclusione legittima, la Ditta non ha un'aspettativa diversa e maggiormente qualificata rispetto a quella che si può riconoscere a qualsiasi altro soggetto che non abbia preso parte alla gara e si riprometta, ad esempio, di parteciparvi a seguito dell'eventuale rinnovazione

Il Consiglio di Stato con la decisione numero 1589 del 29 marzo 2006, ci insegna che:

< Occorre tener presente che questo Consiglio ha in più occasioni avuto modo di chiarire come il soggetto che sia stato legittimamente escluso da una procedura concorsuale non abbia alcun interesse a dolersi della mancata esclusione di altri concorrenti o ad impugnare l'aggiudicazione ad altri, in quanto dall'annullamento della mancata esclusione dell'altro concorrente o dell'aggiudicazione ad esso conferita lo stesso non potrebbe ricavare alcun concreto vantaggio; l'esclusione legittima conclude, infatti, per l'aspirante, il procedimento di gara, e la sua posizione, rispetto al bene della vita su cui verte la procedura, non assume altra configurazione che quella di interesse di mero fatto, del tutto priva di rilevanza e tutela giuridica .

Tale orientamento è condiviso anche dai TAR, ritenendosi insussistente anche l'interesse strumentale ad un'eventuale rinnovazione della procedura di gara, in quanto, a seguito dell'esclusione legittima, la Ditta non ha un'aspettativa diversa e maggiormente qualificata rispetto a quella che si può riconoscere a qualsiasi altro soggetto che non abbia preso parte alla gara e si riprometta, ad esempio, di parteciparvi a seguito dell'eventuale rinnovazione.

Peraltro, nella specie le ditte partecipanti erano tre e la gara poteva essere aggiudicata anche nel caso di una sola offerta valida (art. 39 del capitolato), per cui un eventuale interesse strumentale alla rinnovazione integrale della gara in tanto poteva in concreto profilarsi in quanto anche le altre due partecipanti alla gara, oltre la ricorrente originaria, dovessero essere escluse in base alle censure dedotte. Ma neppure tale ipotesi si verifica nel caso in esame>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta ANNO 2005

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 6719/2005, proposto dalla SOC. **** ITALIA S.R.L. in proprio ed in qualità di capogruppo ATI costituenda rappresentata e difesa dall'avv. Gerardo Romano Cesareo con domicilio eletto in Roma alla via Sabotino n. 2/A presso l'avv. Valentina Lipari;

contro

la CAVC CONSORZIO AREA VASTA CENTRO S.C. A R.L.

rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Iaria con domicilio eletto in Roma presso il dott. Gianmarco Grez al lungotevere Flaminio n. 46. pal. IV, sc. B,

e nei confronti delle

soc. **** S.P.A. E A.T.I. rappresentate e difese dagli avv.ti Andrea DEL RE, Lucio Nicolais con domicilio eletto in Roma, presso lo studio del secondo alla piazza Mazzini n. 27;

e nei confronti della

- **** SOC. COOP. A R.L. non costituitasi in giudizio;

per la riforma

della sentenza TAR Toscana, Sez. II, n. 1764 del 21.4.2005 resa tra le parti, con la quale è stato respinto il ricorso proposto dalla soc. ****.

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio e dell'aggiudicataria originaria;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Alla pubblica udienza del 20.1.2006, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, gli avvocati Vulpetti per delega di Cesareo, Iaria e Nicolais;

Visto il dispositivo di decisione n. 51 /2006

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto;

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza in epigrafe, il TAR Toscana ha respinto il ricorso proposto dalla società **** avverso gli atti del "pubblico incanto per l'affidamento della fornitura combustibili e del servizio di gestione energetica e tecnologica degli impianti di climatizzazione asserviti ad alcuni edifici delle Aziende UU.SS.LL. di Pistoia e Firenze".

Sono stati impugnati in primo grado:

- il verbale di gara n. 1 del 7 agosto 2003, con il quale è stata dichiarata l'ammissione alla gara dell'ATI **** Spa e di **** soc. coop. a r.l.;

- il verbale della IV seduta della Commissione tecnica del 26 agosto 2003, avente per oggetto la valutazione dell'offerta tecnica dell'ATI ****, del verbale della VII seduta del 18 settembre 2003, con il quale è stata, tra l'altro, deliberata l'esclusione dell'ATI **** e comunque di tutti i verbali della Commissione Tecnica in parte qua;

- il verbale di gara n. 2 del 29 agosto 2003 con il quale la Commissione di gara ha preso atto della non valutabilità dell'offerta tecnica della costituenda ATI **** e della sua conseguente esclusione dalla gara e con il quale è stata altresì dichiarata l'aggiudicazione della gara in favore dell'ATI **** Spa;

- la determinazione dell'Amministratore unico del Consorzio dell'Area Vasta Centro del 9 ottobre 2003, con la quale sono stati approvati gli atti di gara ed è stata disposta l'aggiudicazione dell'appalto all'ATI ****;

Il TAR ha concluso per la legittimità dell'esclusione della ricorrente e per l'inaammissibilità delle censure dedotte avverso l'ammissione alla gara dell'ATI **** Spa e di **** soc. coop. a r.l..

2. Avverso detta sentenza ha proposto appello la ricorrente originaria, che ha dedotto quanto segue:

- contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, la ricorrente originaria era stata esclusa dalla Commissione tecnica, che invece aveva solo il potere di valutare le offerte tecniche, con conseguente illegittimità per incompetenza del provvedimento di esclusione dalla gara;

- la Commissione tecnica aveva ritenuto che l'offerta dell'ATI **** non rispondesse all'esigenza di manutenzione full risk espressa dal capitolato speciale, giacché escludeva dal canone tutti gli interventi di manutenzione straordinaria e quegli interventi di manutenzione ordinaria consistenti in sostituzioni di parti avariate, vetuste, obsolete o che necessitano di sostituzione a causa di atti di vandalismo e comunque dovute a cause non riconducibili ad una corretta manutenzione; con conferma della legittimità di tale posizione da parte del TAR.

Detta conclusione si fondava su presupposti erronei in quanto non si trattava di un'attività manutentiva full risk, tanto è vero che il capitolato, che peraltro non usava neppure il termine full risk, distingueva accuratamente tra interventi manutentivi contrattuali ed extra contrattuali; inoltre l'offerta dell'istante era corrispondente a quanto richiesto dal capitolato, essendosi precisato che "si intendono parte del suddetto servizio tutte le attività che compaiono esplicitamente all'interno delle richieste contenute nel capitolato speciale e le prestazioni aggiuntive offerte dall'appaltatore". Nell'offerta, poi, i piani manutentivi erano indicati e spiegati e quindi dettagliati nell'offerta tecnica in relazione agli impianti censiti durante i sopralluoghi.

Per cui, l'assunto secondo cui l'offerta dell'istante era parziale in quanto non comprendente tutta la manutenzione da includere nel canone ed in quanto priva di piani manutentivi era privo di fondamento.

Relativamente poi alla manutenzione ordinaria legittimamente erano stati esclusi da essi quelle parti dovute ad atti di vandalismo e comunque dovute a cause non riconducibili ad una non corretta manutenzione, trattandosi di aspetti che sfuggono a qualsiasi programmazione e che giammai potrebbero rientrare nella manutenzione ordinaria o di quella programmata.

- in ogni caso, qualora l'offerta dell'istante non fosse risultata chiara o completa, occorre innanzitutto motivare le ragioni di non valutabilità in riferimento agli elementi da prendere in considerazione ai sensi dell'art. 39 ed in riferimento agli elementi minimi di cui all'art. 35;

- peraltro, pur in presenza di dette carenze, l'offerta dell'istante doveva essere ammessa alla valutazione, acquisendo eventualmente i necessari chiarimenti;

- sia l'ATI **** che **** dovevano essere escluse dalla gara, in quanto non avevano specificamente sottoscritto le clausole onerose di cui all'art. 40 del capitolato speciale;

- le mandanti dell'ATI **** avevano prodotto delle dichiarazioni sostitutive ai sensi della L. n. 15/1968 e del D.P.R. n. 445/2000 in luogo delle dichiarazioni con sottoscrizione autenticata o di apposite certificazioni rilasciate dalle amministrazioni competenti, senza la dichiarazione di consapevolezza della responsabilità per le ipotesi di falsità o di mendacio, richiesta dall'art. 48 D.P.R. n. 445/2000;

- invalidità delle cauzione provvisoria presentata dalla ****, in quanto intestata esclusivamente ad essa mandataria e priva di qualsiasi riferimento alle partecipanti all'ATI;

- violazione dell'art. 34 del capitolato speciale e del principio di concorrenza tra imprese, in quanto all'ATI **** partecipavano i primi due operatori del settore, con conseguente illegittima ammissione alla gara.

Ha poi precisato che, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, il rigetto delle censure avverso l'esclusione dell'istante non poteva comportare l'inammissibilità delle doglianze avverso l'ammissione delle altre due ditte, avendo interesse a conseguire la rinnovazione integrale della procedura.

2. Si sono costituiti in giudizio, l'aggiudicataria originaria e la Stazione appaltante, che hanno richiesto il rigetto dell'appello.

Con ordinanza n. 4835/2005, questa sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dall'appellante.

Hanno presentato memoria conclusiva sia l'appellante che l'aggiudicataria originaria.

Il ricorso è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 20.1.2006.

3. L'appello è infondato.

3.1. Priva di pregio è la prima doglianza con la quale si deduce l'illegittimità dell'esclusione per incompetenza della Commissione tecnica, che avrebbe dovuto limitarsi a valutare le offerte tecniche, spettando invece l'esclusione alla commissione di gara, la quale peraltro avrebbe omesso di pronunziarsi in merito, limitandosi a prendere atto di quanto disposto dalla commissione tecnica.

In effetti l'esclusione dell'attuale appellante è stata confermata dalla commissione di gara che, recependo quanto accertato dalla Commissione tecnica sulla base di una non valutabilità oggettiva, dovuta a carenza di elementi necessari per procedere alla valutazione.

Neppure può condividersi l'assunto dell'appellante secondo cui l'esclusione della propria offerta sarebbe avvenuta per una ragione non prevista nel capitolato come causa di esclusione.

Si osserva al riguardo che l'art. 40 del Capitolato, nel regolare le clausole di esclusione, prevede in primo luogo che la violazione delle "disposizioni di cui agli articoli precedenti" comporta l'automatica esclusione dalla gara; tra le norme oggetto del rinvio è compreso perciò anche l'art. 35 il quale impone, in sede di offerta tecnica, la descrizione dei piani di manutenzione, i quali sono precisati dall'art. 6 punti f e g del Capitolato stesso. Per cui l'offerta tecnica è regolata da precise cause di esclusione.

3.2. Nè vale sostenere da parte dell'appellante che la propria offerta era conforme alle prescrizioni di capitolato, comprendendo tutti i servizi richiesti.

La Commissione ha indicato le seguenti ragioni di contrasto col capitolato:

- aver dichiarato che gli interventi di manutenzione straordinaria saranno eseguiti e successivamente contabilizzati sulla base di preventivi di spesa di volta in volta proposti;

- aver dichiarato non comprese nel servizio di manutenzione ordinaria le sostituzioni di parti avariate, vetuste od obsolete, o per atti di vandalismo o comunque dovute a cause non riconducibili ad una non corretta manutenzione

Su tali questioni il Collegio deve confermare quanto ritenuto dal TAR.

Sul primo punto (manutenzione straordinaria), la dichiarazione resa dalla Ditta appare in contrasto con la prescrizione dell'art. 35 del capitolato, regolante l'offerta tecnica) che impone di indicare un piano di manutenzione da effettuare su ogni singolo impianto; per contro l'offrire preventivi di spesa di volta in volta da predisporre contrasta col concetto stesso di piano che si caratterizza proprio per prevenire l'esigenza manutentiva (proprio per ridurre l'evenienza sfavorevole di dovervi fare fronte di volta in volta) e a tale scopo il preventivo assolve chiaramente la prescrizione di capitolato di cui la commissione ha rilevato contrasto. Peraltro la natura programmatica dell'onere in parola era confermata dalla nota di chiarimenti (n. 800 del 17.7.03) sottoscritta ed inviata dal responsabile del procedimento ai concorrenti.

Sul secondo profilo (manutenzione ordinaria), la Ditta ha in effetti dichiarato non comprese nel servizio di manutenzione ordinaria le sostituzioni di parti avariate, vetuste od obsolete, o per atti di vandalismo o comunque dovute a cause non riconducibili ad una non corretta manutenzione; ed anche tale dichiarazione, a composizione dell'offerta tecnica, non risulta però compatibile con le prescrizioni dell'art. 21 del capitolato che, disciplinando gli oneri manutentivi in generale (secondo capoverso) li definisce come "ogni e qualsiasi elemento di spesa direttamente indirettamente collegato all'attività manutentiva", comprendendo quindi anche alcune spese che invece l'offerta della ricorrente dichiarava non comprese.

L'aver limitato l'offerta nei termini sopra emersi non appare infine compatibile con l'ultimo capoverso dell'art. 36, ove si dispone l'inammissibilità di offerte "parziali", quali sono certamente quelle che contengano limiti o riduzioni rispetto alle caratteristiche richieste dalla normativa di gara.

Sotto entrambi gli aspetti sopra indicati, pertanto, l'offerta tecnica della ricorrente non risultava conforme alle disposizioni di capitolato e, in forza delle disposizioni sopra menzionate, è stata correttamente esclusa.

Parimenti infondate sono le censure di illogicità, errore e travisamento nelle valutazioni da parte della Commissione tecnica in ordine all'offerta tecnica. In primo luogo si argomenta che quest'ultima avrebbe erroneamente ritenuto che l'offerta intendesse escludere dal prezzo gli oneri di manutenzione straordinaria. La ragione dell'esclusione non è stata però individuata in una tale dichiarazione ma nella differente circostanza, dichiarata nell'offerta, di voler escludere quelle specifiche modalità e cause di interventi manutentori sopra indicate.

Né vale a confortare la censura svolta il rilievo per il quale le limitazioni dell'offerta contestate dalla Commissione sarebbero da intendersi riferite agli oneri extracontrattuali (e rientranti quindi nella disciplina dell'art. 21 paragrafo 19 del capitolato), da eseguirsi con la procedura della mera richiesta; tal tesi non considera invero che il capoverso 19 del capitolato disciplina gli interventi manutentori "nuovi" (rispetto ai quali la normativa di gara non richiedeva alcuna offerta da valutare) riferendosi quindi ad evenienze non programmate, e comportanti impegni manutentori differenti da quelli di natura programmatica da assumersi invece ai sensi dell'art. 4 (lett. f e g) del capitolato, facenti parte dell'offerta tecnica (art. 35) ed oggetto pertanto di necessaria e specifica valutazione.

Argomenta la società istante l'illegittimità dell'esclusione, per la parte che motiva con l'aver dichiarato esclusi i guasti dovuti a vetustà od obsolescenza, atteso che queste cause sono espressamente escluse

(art. 1, primo cpv., capitolato) dagli oneri di manutenzione ordinaria. Ma l'art. 1 del capitolato esclude dalla manutenzione ordinaria gli oneri ordinari in questione, ma non anche le sostituzioni necessarie per cause non riconducibili ad una non corretta manutenzione e che, in contrasto con l'art. 21 del capitolato (sugli oneri in generale), l'offerta della ricorrente ha invece dichiarato di escludere; in tale parte resta dunque confermato che la dichiarazione della ricorrente è in netto contrasto non solo con il carattere generale dell'onere manutentorio chiaramente emergente dal terzo paragrafo dell'art. 21 del capitolato (oneri manutentivi dell'appaltatore), ma più specificamente con la già citata inammissibilità di offerte parziali (art. 36) come sopra intesa.

Si sostiene che la Commissione avrebbe dovuto chiedere chiarimenti sulle incompletezze registrate; in contrario il Collegio osserva che trattasi di una mera facoltà che comunque non era necessario esercitare poiché le dichiarazioni inerenti all'offerta tecnica erano sufficientemente chiare per essere valutate alla stregua della normativa di gara; pertanto consentire a termini scaduti una loro rettifica avrebbe rappresentato nella specie un'alterazione di elementi fondamentali assoggettati al principio della par condicio tra concorrenti alla stregua della normativa di gara.

3.3. Per quanto concerne le censure specificamente mosse avverso la partecipazione ed aggiudicazione dell'Associazione di imprese controinteressata e della società **** e che il TAR ha dichiarato inammissibili, il Collegio ritiene di poter confermare la statuizione del TAR, con alcune precisazioni.

Occorre tener presente che questo Consiglio ha in più occasioni avuto modo di chiarire come il soggetto che sia stato legittimamente escluso da una procedura concorsuale non abbia alcun interesse a dolersi della mancata esclusione di altri concorrenti o ad impugnare l'aggiudicazione ad altri, in quanto dall'annullamento della mancata esclusione dell'altro concorrente o dell'aggiudicazione ad esso conferita lo stesso non potrebbe ricavare alcun concreto vantaggio; l'esclusione legittima conclude, infatti, per l'aspirante, il procedimento di gara, e la sua posizione, rispetto al bene della vita su cui verte la procedura, non assume altra configurazione che quella di interesse di mero fatto, del tutto priva di rilevanza e tutela giuridica (sez. IV n. 104 del 16.2.1987, sez. VI n. 5442 del 10.10.2002, Sez. V n. 5558 del 12.8.2004).

Tale orientamento è condiviso anche dai TAR, ritenendosi insussistente anche l'interesse strumentale ad un'eventuale rinnovazione della procedura di gara, in quanto, a seguito dell'esclusione legittima, la Ditta non ha un'aspettativa diversa e maggiormente qualificata rispetto a quella che si può riconoscere a qualsiasi altro soggetto che non abbia preso parte alla gara e si riprometta, ad esempio, di parteciparvi a seguito dell'eventuale rinnovazione (V. Tar Lombardia Milano, sez. III, n. 2354 del 3.6.2004 e TAR Lazio, sez. 1, n. 320 del 17.1.2005).

Peraltro, nella specie le ditte partecipanti erano tre e la gara poteva essere aggiudicata anche nel caso di una sola offerta valida (art. 39 del capitolato), per cui un eventuale interesse strumentale alla rinnovazione integrale della gara in tanto poteva in concreto profilarsi in quanto anche le altre due partecipanti alla gara, oltre la ricorrente originaria, dovessero essere escluse in base alle censure dedotte. Ma neppure tale ipotesi si verifica nel caso in esame.

Sono infondate le doglianze rivolte avverso l'ammissione sia della **** (aggiudicataria della gara) che di **** (2° classificata) per mancata sottoscrizione delle clausole onerose di cui all'art. 40 del capitolato speciale, in quanto la relativa disciplina di gara da una parte imponeva la sottoscrizione di ciascuna pagina del capitolato, compresa la pagina relativa alle clausole onerose, (art. 31) e dall'altra richiedeva la specifica sottoscrizione delle clausole onerose (art. 40), per cui essendo equivoca la relativa disciplina la Stazione appaltante avrebbe potuto far integrare le relative sottoscrizioni ma non escludere le due Ditte che non avessero provveduto alla specifica approvazione di tali clausole.

Parimenti non possono condividersi le censure secondo cui le mandanti dell'ATI ****, avendo prodotto delle dichiarazioni sostitutive ai sensi della L. n. 15/1968 e del D.P.R. n. 445/2000 in luogo delle dichiarazioni con sottoscrizione autenticata o di apposite certificazioni rilasciate dalle amministrazioni competenti, senza la dichiarazione di consapevolezza della responsabilità per le ipotesi di falsità o di mendacio, richiesta dall'art. 48 D.P.R. n. 445/2000, dovevano essere escluse della gara.

E' pur vero che l'invocato art. 48 D.P.R. n. 445/2000 prevede tale dichiarazione di consapevolezza, ma sancisce anche che "Le singole amministrazioni predispongono i moduli necessari per la redazione delle dichiarazioni sostitutive, che gli interessati hanno facoltà di utilizzare. Nei moduli per la presentazione delle dichiarazioni sostitutive le amministrazioni inseriscono il richiamo alle sanzioni penali previste dall'articolo 76, per le ipotesi di falsità in atti e dichiarazioni mendaci ivi indicate. Il modulo contiene anche l'informativa di cui all'articolo 10 della legge 31 dicembre 1996, n. 675.

In tutti i casi in cui sono ammesse le dichiarazioni sostitutive, le singole amministrazioni inseriscono la relativa formula nei moduli per le istanze".

Per cui tale dichiarazione di consapevolezza doveva essere prevista nel relativo modulo da predisporre da parte della Stazione appaltante, il che non risulta evidenziato dall'appellante. Né la disciplina di gara (art. 31 del capitolato) stabiliva tale specifica dichiarazione. Di conseguenza la relativa carenza nel caso in esame non può comunque essere addebitata alle ditte partecipanti, a parte il problema della rilevanza da attribuire a tale mancanza nell'ipotesi in cui la disciplina di gara sancisca tale dichiarazione (V. la decisione di questa Sezione n. 2711 del 6.3.2001).

Residuano le doglianze di invalidità delle cauzione provvisoria presentata dalla ****, per essere intestata esclusivamente ad essa mandataria e priva di qualsiasi riferimento alle partecipanti alla costituenda ATI (sulla relativa problematica si è recentemente pronunciata l'A.P. di questo Consiglio n. 8 del 2005) e di violazione dell'art. 34 del capitolato speciale e del principio di concorrenza tra imprese, in quanto all'ATI **** partecipavano i primi due operatori del settore, con conseguente illegittima ammissione alla gara.

Tale doglianze sono senz'altro inammissibili in quanto in caso di accoglimento verrebbe ad essere avvantaggiato non il soggetto ricorrente (attuale appellante, legittimamente escluso) ma il 2° classificato in graduatoria.

4. Per quanto considerato l'appello deve essere respinto

Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello indicato in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 20.1.2006
DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 29 marzo 2006