

Vanno immediatamente sottoposte a ricorso al Tar solo quelle clausole che possono essere lesive alla partecipazione mentre nel caso di eventuale illogicità di una clausola relativa alla formulazione dell'offerta, l'istante deve attendere la esclusione dalla gara per promuovere l'impugnativa congiunta del provvedimento di esclusione e della disciplina di gara

Ci sembra importante riportare quanto contenuto nella decisione numero 450 del 5 febbraio 2007 del Consiglio di Stato, relativamente all'esigenze di impugnare immediatamente quelle clausole del bando che risultano lesive di un'eventuale partecipazione

nella specifica fattispecie invece:

<La clausola del capitolato sulla cui base il ricorso è stato ritenuto irricevibile prescrive che “la tariffa oraria proposta non dovrà essere inferiore alla tariffa minima adottata dalla Federazione Nazionale dei Collegi”.

Tale clausola non attiene ad un requisito di partecipazione alla gara non posseduto dalla ricorrente da impugnare immediatamente, come invece ritenuto dal TAR, ma alla formulazione dell'offerta, per cui la relativa lesione non è direttamente collegabile alla disciplina di gara ma al modo in cui l'offerta di partecipazione alla gara viene in concreto predisposta.

Tanto è vero che la ricorrente in astratto avrebbe anche potuto formulare un'offerta diversa da quella presentata attenendosi a quanto previsto da detta clausola. Per cui correttamente l'istante ha atteso la esclusione dalla gara per promuovere l'impugnativa congiunta del provvedimento di esclusione e della disciplina di gara.>

A cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 10249/2005, proposto dalla *** SCARL rappresentata e difesa dagli avv.ti Antonio Drogo e Guglielmo Saporito con domicilio eletto in Roma via n. 2 presso l'avv. Giuseppe Placidi;

CONTRO

- l'AZIENDA OSPEDALIERA “SAN GIOVANNI BATTISTA” DI TORINO rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudia Zucca, Gabriele Pafundi Silvia Di Palo con domicilio eletto in Roma viale Giulio Cesare 14A/4 presso l'avv. Gabriele Pafundi STUDIO PROF.LE ASSOCIATO FRAIETTA MARGARET & ASSOCIATI S.P.A non costituitosi;

GRUPPO *** - SOC. COOP. SOCIALE rappresentato e difeso dall'avv. Romano MisserVille con domicilio eletto in Roma via Pietro Sterbini 4 presso l'avv. Lucia Ricci;

***. OPERATORI rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Pesce con domicilio eletto in Roma via XX Settembre, 1 presso l'avv. Giovanni Pesce;

per la riforma

della sentenza del TAR PIEMONTE - TORINO: Sezione II n. 2432/2005, resa tra le parti, concernente CAPITOLATO E AGGIUDICAZIONE GARA SERVIZIO PRESTAZIONI INFERMIERISTICHE (RISARCIMENTO DANNO);

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'AZIENDA OSPEDALIERA "SAN GIOVANNI BATTISTA" DI TORINO

GRUPPO *** - SOC. COOP. SOCIALE

***. OPERATORI ASSOCIATI COOPERATIVA SOCIALE ONLUS.

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 07 Novembre 2006, relatore il Consigliere Aniello Cerreto ed uditi, altresì, l'avv.ssa Volse, su delega dell'avv. Saporito, e gli avv.ti Pafundi e Pesce;

Visto il dispositivo di decisione n. 547/2006;

FATTO e DIRITTO

1. Con l'appello in epigrafe, la società *** ha chiesto la riforma della sentenza TAR Piemonte, sezione 2°, n. 2432/2005, con la quale era stato dichiarato irricevibile il ricorso proposto dalla medesima per ottenere l'annullamento del capitolato speciale d'appalto nella parte in cui prevedeva che la tariffa oraria proposta non poteva essere inferiore a quella minima adottata dalla Federazione Nazionale dei Collegi, del provvedimento di esclusione dalla gara e del verbale di aggiudicazione della gara, oltre al risarcimento del danno.

Ha dedotto difetto di motivazione ed erroneità della sentenza per le seguenti ragioni:

- contrariamente a quanto ritenuto dal TAR il ricorso doveva considerarsi tempestivo, atteso che la prescrizione del bando in contestazione non riguarda un requisito di partecipazione ma le modalità di formulazione e quantificazione dell'offerta;

- il bando non prevede che la tariffa minima costituisca un requisito di ammissione a pena di esclusione;

- il bando di gara prescrive che la tariffa oraria proposta non poteva essere inferiore a quella minima adottata dalla Federazione Nazionale dei Collegi, ma in tal modo viene illegittimamente equiparata l'attività di singoli professionisti con l'attività di società che hanno alle proprie dipendenze infermieri professionali, atteso che la tariffa IPASVI per liberi professionisti risulta calibrata sulla situazione di singoli infermieri professionali, cioè maggiorata del 30%, in quanto gli infermieri esercenti la libera professione devono provvedere ad adempimenti (polizza assicurativa, contributi previdenziali e spese di formazione) che invece ricadono in capo alla società cooperativa per gli infermieri dipendenti;

- il tariffario IPASVI non è cogente e neppure inderogabile, trattandosi di tariffe puramente indicative;
- in ogni caso è mancata la valutazione di anomalia delle offerte e la fissazione dei minimi tariffari contrasta con il principio della libera iniziativa economica;
- il comportamento dell'Azienda ospedaliera è contrario ai principi di economicità e buon andamento dei pubblici appalti.

2. Costituitasi in giudizio, l'Azienda ospedaliera ha controdedotto quanto segue:

- correttamente il TAR ha dichiarato tardivo il ricorso, essendo condizione di ammissibilità dell'offerta il rispetto della tariffa oraria minima adottata dalla Federazione Nazionale dei Collegi;
- la prescrizione di detto minimo tariffario attiene ad una scelta discrezionale aderente all'art. 19 del D. L.vo n. 157/1995 concernente il rispetto degli obblighi attinenti alla sicurezza, alla protezione dei lavoratori ed alle condizioni di lavoro;
- se la disciplina di gara avesse preso a riferimento il contratto collettivo di categoria, ciò avrebbe comportato l'impossibilità di partecipare alla gara da parte di singoli professionisti o associazioni tra professionisti, che hanno dei costi superiori di circa il 30% come del resto riconosciuto dalla ricorrente;
- pur essendo il tariffario IPASVI derogabile, ciò non esclude che l'Amministrazione lo possa assumere come parametro minimo di riferimento;
- l'offerta della ricorrente è risultata inammissibile e perciò essa non poteva essere oggetto a valutazione di anomalia;
- nella specie le prestazioni infermieristiche richieste erano di elevato livello (organizzazione di servizio 24 ore su 24, per sette giorni su sette, organizzazione di eventuali sostituzioni. Fornitura di divise agli infermieri, assicurazione per gli infortuni, formazione del personale) per cui non poteva ritenersi sufficiente il riferimento al costo orario del contratto di lavoro di categoria, essendo il corrispettivo dell'appalto rivolto a remunerare non solo le prestazioni professionali svolte ma anche la complessa attività organizzativa e gestionale richiesta.

3. Si sono costituiti in giudizio anche la società *** e lo Studio professionale Fraietta Margaret & Associati, che hanno chiesto il rigetto dell'appello.

Con ordinanza n. 833/2006, questa sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dall'appellante.

Con memoria conclusiva, sia l'Azienda ospedaliera che la società *** hanno ribadito le proprie tesi.

Alla pubblica udienza del 7.11. 2006, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

4. Il ricorso di 1° grado è infondato nel merito, anche se deve condividersi il rilievo dell'appellante secondo cui il TAR lo ha erroneamente dichiarato tardivo.

4.1. La clausola del capitolato sulla cui base il ricorso è stato ritenuto irricevibile prescrive che "la tariffa oraria proposta non dovrà essere inferiore alla tariffa minima adottata dalla Federazione Nazionale dei Collegi".

Tale clausola non attiene ad un requisito di partecipazione alla gara non posseduto dalla ricorrente da impugnare immediatamente, come invece ritenuto dal TAR, ma alla formulazione dell'offerta, per cui la relativa lesione non è direttamente collegabile alla disciplina di gara ma al modo in cui l'offerta di partecipazione alla gara viene in concreto predisposta. Tanto è vero che la ricorrente in astratto avrebbe anche potuto formulare un'offerta diversa da quella presentata attenendosi a quanto previsto da detta clausola. Per cui correttamente l'istante ha atteso la esclusione dalla gara per promuovere l'impugnativa congiunta del provvedimento di esclusione e della disciplina di gara.

4.2. Le ulteriori doglianze dell'appellante sono infondate in quanto:

- pur essendo il tariffario IPASVI derogabile, ciò non esclude che l'Amministrazione lo possa assumere come parametro minimo di riferimento;
- la prescrizione di detto minimo tariffario attiene ad una scelta discrezionale consentita dall'art. 19 del D. L.vo n. 157/1995 concernente il rispetto degli obblighi attinenti alla sicurezza, alla protezione dei lavoratori ed alle condizioni di lavoro;
- se la disciplina di gara avesse preso a riferimento il contratto collettivo di categoria, come sostenuto dall'appellante, ciò avrebbe comportato l'impossibilità di partecipare alla gara da parte di singoli professionisti o associazioni tra professionisti, che hanno dei costi superiori di circa il 30%, come del resto riconosciuto dalla ricorrente;
- la clausola in contestazione poi non è illogica ma coerente in relazione alle prestazioni infermieristiche richieste, che sono di elevato livello (organizzazione de servizio 24 ore su 24, per sette giorni su sette, organizzazione di eventuali sostituzioni. Fornitura di divise agli infermieri, assicurazione per gli infortuni, formazione del personale). Per cui non poteva ritenersi sufficiente il riferimento al costo orario del contratto di lavoro di categoria, essendo il corrispettivo dell'appalto rivolto a remunerare non solo le prestazioni professionali svolte ma anche la complessa attività organizzativa e gestionale richiesta, come evidenziato dall'Azienda ospedaliera;
- l'offerta della ricorrente è risultata inammissibile e perciò essa non poteva essere oggetto a valutazione di anomalia.

5. Per quanto considerato, il ricorso originario deve essere respinto

Sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese di del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, pronunciando sull'appello respinge il ricorso originario;

Spese compensate;

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 07 Novembre 2006
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - IL 05-02-2007