

Cosa fare nel caso in cui un bando di gara non fornisca elementi univoci per comprendere se l'importo della cauzione provvisoria debba essere riferito all'intero, biennale, rapporto contrattuale, o solo all'importo (annuale) posto a base d'asta?

A fronte di una palese equivocità ed ambiguità del contenuto della prescrizione di un bando di gara, soccorre, per la sua esegesi ed attuazione, il principio del favor participationis che esige, nell'incertezza della portata precettiva delle regole di gara prive della necessaria chiarezza, l'ammissione alla procedura, in esito ad una loro interpretazione che preferisca e riveli il contenuto precettivo più favorevole (alla partecipazione) tra quelli leggibili in esse, del maggior numero di concorrenti, allo specifico fine di tutelare l'interesse dell'amministrazione al più ampio confronto concorrenziale

Merita di essere segnalata la particolare fattispecie risolta nella decisione numero 5040 dell'1 ottobre 2007 emessa dal Consiglio di Stato relativamente al dubbio sull'importo della cauzione provvisoria da presentare

< Deve, infatti, osservarsi che la clausola che si assume inosservata risulta formulata in modo da non palesare univocamente la misura del deposito cauzionale, sia in quanto il riferimento all'importo presunto del servizio poteva essere inteso, in assenza di altre puntuali qualificazioni del parametro ed in considerazione della portata plurivoca dell'espressione, come relativo tanto all'intero periodo biennale del rapporto contrattuale, quanto all'importo a base d'asta (in quanto assunto come parametro in altre parti della lettera d'invito), sia in quanto l'omessa indicazione dell'importo presunto del servizio nel testo diramato del documento, nonostante la previsione - nell'apposito spazio rimasto bianco - della sua comunicazione alle imprese, impediva a queste ultime di decifrare, con una elementare ed immediata operazione matematica, l'effettivo importo della cauzione provvisoria.>

tratto da Cons. St., Sez. V, 25 marzo 2002, n.1695:

<E' innegabile, d'altra parte, che la documentazione di gara si presentasse, sul punto, ambigua, tanto da indurre la Commissione a valutare le offerte prescindendo dalla spesa prevista per lo smaltimento. Nella specie, quindi, non può non seguirsi quell'orientamento giurisprudenziale che in caso di incertezza nell'interpretazione delle clausole della lex specialis, va preferita la lettura che consente una più ampia partecipazione alla gara>

A cura di Sonia LAzzini

Riportiamo qui di seguito la decisione numero 5040 dell' 1 ottobre 2007 emessa dal Consiglio di Stato

R E P U B B L I C A I T A L I A N A
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente
DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 26/2004 proposto da
SOCIETA' ALFA S.R.L.

contro

MIN.INFRASTRUTTURE E TRASPORTI- PROV. REG. OPERE PUBBL.LAZIO

CONSORZIO BETA- GIA'

CONSORZIO BETA 2000

CONSORZIO GAMMA -

non costituitosi;

per la riforma

della sentenza del TAR LAZIO – ROMA, Sezione III, n. 6077/2003, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE DEL SERVIZIO DI PULIZIA E FORNITURA MATERIALE IGIENICO SANITARI;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di

MIN.INFRASTRUTTURE E TRASPORTI- PROV. REG. OPERE PUBBL.LAZIO e CONSORZIO BETA - GIA' CONSORZIO BETA 2000;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 19 Giugno 2007, relatore il Consigliere Carlo Deodato, ed uditi, altresì, gli avvocati Goggiamani e l'Avv. dello Stato Cesaroni;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con la sentenza appellata veniva respinto il ricorso proposto dalla ALFA s.r.l. avverso l'aggiudicazione al controinteressato consorzio BETA 2000 (adesso consorzio BETA) del servizio di pulizia e di fornitura di materiali igienico-sanitari presso l'edificio di via Monzambano n.10, Roma - disposta in esito alla procedura di affidamento bandita, con il sistema della licitazione privata, dal Provveditorato Regionale per le Opere Pubbliche per il Lazio - e dichiarato improcedibile il ricorso incidentale proposto dal consorzio controinteressato.

Avverso la predetta decisione proponeva rituale appello la ALFA, ribadendo le censure dedotte in primo grado a carico dell'aggiudicazione gravata ed invocandone, in riforma della decisione appellata, l'annullamento, unitamente al risarcimento dei danni patiti in conseguenza dell'illegittimo affidamento del servizio al consorzio controinteressato.

Resistevano il Ministero delle infrastrutture - Provveditorato Regionale per le Opere Pubbliche per il Lazio - ed il consorzio BETA contestando la fondatezza delle doglianze svolte a sostegno dell'appello e domandandone la reiezione.

Non si costituiva, invece, il consorzio Impresa General Services (d'ora innanzi: consorzio GAMMA.), intimato in primo grado in quanto secondo classificato.

Alla pubblica udienza del 19 giugno 2007 il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- Le parti controvertono sulla legittimità dell'affidamento al consorzio BETA (già consorzio BETA 2000), disposta in esito alla procedura di affidamento bandita, con il metodo della licitazione privata e con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dal Provveditorato Regionale per le Opere Pubbliche per il Lazio, dell'appalto avente ad oggetto il servizio di pulizia e di fornitura di materiali igienico-sanitari presso l'edificio di via Monzambano n.10, sotto il peculiare profilo del possesso, da parte dei consorzi classificatisi al primo ed al secondo posto della graduatoria finale, di taluni requisiti di partecipazione alla gara.

Il Tribunale di prima istanza, adito dalla società ALFA (classificatasi terza), ha riconosciuto la procedura, unitamente alla relativa aggiudicazione dell'appalto, immune dai vizi denunciati dalla ricorrente ed ha, pertanto, respinto il relativo ricorso.

L'appellante critica la correttezza della pronuncia reiettiva gravata, insiste nel sostenere la sussistenza delle violazioni dedotte con il ricorso originario e conclude per la riforma della sentenza appellata, per l'annullamento dell'aggiudicazione impugnata in primo grado e per la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni patiti da essa ricorrente per effetto dell'illegittimo affidamento del servizio (ormai esaurito) al consorzio controinteressato.

Il Ministero delle infrastrutture ed il consorzio BETA difendono, di contro, la legittimità degli atti controversi, per come già riscontrata in prima istanza, e concludono per la reiezione dell'appello.

2.- Occorre premettere che la società ricorrente (classificatasi terza nella graduatoria finale della procedura controversa) indirizza le sue doglianze all'ammissione alla gara dei consorzi che hanno riportato i due punteggi più alti, ricevendo, così, la legittimazione e l'interesse a ricorrere proprio dalla

contestazione della correttezza della partecipazione alla procedura del consorzio secondo classificato, restando, altrimenti (e, cioè, nell'ipotesi di comprovata validità dell'ammissione alla gara di quest'ultimo), sprovvista di titolo a censurare l'aggiudicazione dell'appalto, in quanto classificatasi in posizione non utile a ritrarre alcun beneficio dal suo annullamento.

Ne consegue, sotto un profilo strettamente metodologico, la necessità di esaminare prioritariamente, in quanto logicamente antecedenti, le censure rivolte a contestare la partecipazione alla procedura del consorzio GAMMA., al fine di verificare la persistenza in capo alla ricorrente, all'esito della relativa disamina, dell'interesse a contestare l'affidamento del servizio al consorzio BETA.

3.- Così chiarito l'ordine logico dell'esame dei motivi di ricorso, occorre principiare dall'esame della censura con cui la ricorrente insiste nel denunciare la violazione, da parte di entrambi i consorzi che la precedono, della prescrizione della lettera di invito sulla cauzione provvisoria (punto 20 del documento), offrendo una lettura della relativa clausola, là dove quantifica il deposito "in ragione di 1/20 dell'importo presunto previsto del servizio", nel senso che detta percentuale sarebbe riferita al corrispettivo stabilito per l'intera durata (biennale) del rapporto contrattuale, e non all'importo a base d'asta (viceversa relativo ad un anno del servizio).

L'assunto è infondato e va disatteso.

Deve, infatti, osservarsi che la clausola che si assume inosservata risulta formulata in modo da non palesare univocamente la misura del deposito cauzionale, sia in quanto il riferimento all'importo presunto del servizio poteva essere inteso, in assenza di altre puntuali qualificazioni del parametro ed in considerazione della portata plurivoca dell'espressione, come relativo tanto all'intero periodo biennale del rapporto contrattuale, quanto all'importo a base d'asta (in quanto assunto come parametro in altre parti della lettera d'invito), sia in quanto l'omessa indicazione dell'importo presunto del servizio nel testo diramato del documento, nonostante la previsione - nell'apposito spazio rimasto bianco - della sua comunicazione alle imprese, impediva a queste ultime di decifrare, con una elementare ed immediata operazione matematica, l'effettivo importo della cauzione provvisoria.

Orbene, a fronte della segnalata equivocità ed ambiguità del contenuto della prescrizione della cui osservanza si discute, soccorre, per la sua esegesi ed attuazione, il principio del favor participationis che esige, nell'incertezza della portata precettiva delle regole di gara prive della necessaria chiarezza, l'ammissione alla procedura, in esito ad una loro interpretazione che preferisca e riveli il contenuto precettivo più favorevole (alla partecipazione) tra quelli leggibili in esse, del maggior numero di concorrenti (cfr. ex multis Cons. St., Sez. V, 25 marzo 2002, n.1695), allo specifico fine di tutelare l'interesse dell'amministrazione al più ampio confronto concorrenziale (che verrebbe, nella specie, irrimediabilmente pregiudicato, accedendo alla tesi dell'appellante, per effetto dell'estromissione dalla gara dei due consorzi che hanno presentato le migliori offerte).

4.- Con la seconda censura indirizzata all'ammissione alla gara del consorzio GAMMA. si assume l'inosservanza, da parte di quest'ultimo, delle prescrizioni (punto 5 della lettera di invito) relative al duplice requisito dell'iscrizione al registro delle imprese per almeno cinque anni e all'assenza, nell'ultimo quinquennio, di procedure fallimentari o concorrenziali.

Sostiene, in particolare, la ricorrente che il consorzio secondo classificato avrebbe ommesso, per un verso, di documentare il possesso di entrambi i requisiti per il quinquennio richiesto (ma solo dal 7.5.99) e, per un altro, di avere integrato o sostituito il certificato della C.C.I.A.A. (indicato dalla lettera di invito quale unico documento idoneo ad attestare le suddette situazioni) con proprie dichiarazioni o con attestati diversi da quello prescritto (certificato della cancelleria della sezione fallimentare del Tribunale).

Entrambe le violazioni vanno giudicate insussistenti in fatto (prima che in diritto).

Dalla lettura del certificato della C.C.I.A.A. di Milano in data 23.10.2002 (prodotto in gara dal consorzio GAMMA.) si ricava, invero, che l'iscrizione dell'impresa risale al 4.11.1993 (pag.1 del documento) e che la stessa non risulta soggetta a procedure concorsuali (pag.3 del documento).

Come si vede, dunque, le presunte omissioni denunciate a carico del consorzio GAMMA. risultano smentite, in fatto, dalla suddetta allegazione.

Quand'anche, comunque, il certificato della C.C.I.A.A. dovesse ritenersi carente (quanto, in particolare, al periodo di riferimento di entrambi i requisiti ed alla natura delle procedure concorsuali di cui viene

esclusa la pendenza), si porrebbe alle medesime conclusioni reietive, posto che il consorzio GAMMA. ha avuto cura di integrare lo stesso con una propria dichiarazione sostitutiva (valendosi della facoltà riconosciuta dagli artt. 46 e 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, n.445) e mediante la produzione di un certificato della sezione fallimentare del Tribunale di Milano.

E' sufficiente rilevare, al riguardo, che la documentazione così prodotta dal consorzio GAMMA. soddisfa completamente le esigenze conoscitive postulate dalla prescrizione del bando asseritamente inosservata in quanto, a prescindere dalla dedotta difformità formale della tipologia dell'atto richiesto da quelli allegati, non v'è dubbio che questi ultimi contengono tutte le notizie ed i dati voluti dall'amministrazione: l'iscrizione al registro delle imprese e l'assenza di procedure concorsuali nell'ultimo quinquennio.

Orbene, a fronte della riscontrata completezza delle informazioni all'amministrazione, peraltro mediante la produzione di attestazioni ufficiali (il certificato della sezione fallimentare) o di dichiarazioni sostitutive espressamente ammesse dalla legge (in via generale ed immediatamente precettiva e, perciò, prevalente su eventuali diverse prescrizioni contenute nei bandi di gara) per documentare i requisiti in discussione, la presunta disomogeneità di queste ultime dal documento prescritto dalla lettera di invito deve ritenersi del tutto ininfluenza, ai fini della regolarità della procedura, e, comunque, del tutto inidonea ad inficiare la validità dell'ammissione alla gara del consorzio GAMMA., siccome conforme al ridetto principio del favor participationis e soddisfacente del preminente interesse pubblico alla validazione di offerte formulate da imprese che hanno sostanzialmente e compiutamente soddisfatto le esigenze conoscitive cristallizzate nella lettera di invito, oltre che priva di qualsivoglia capacità lesiva del principio della par condicio (che non può intendersi vulnerato da una verifica razionale e non discriminatoria dei requisiti di partecipazione).

5.- Con il terzo motivo di ricorso inteso a censurare la legittimità dell'ammissione alla gara del consorzio GAMMA., la ricorrente assume che quest'ultimo avrebbe ommesso di documentare, in violazione del punto 16 della lettera di invito, che il costo del personale per gli anni 1999, 2000 e 2001 non era inferiore al 60% del fatturato del triennio, riferito ai servizi di pulizia.

Anche tale doglianza si rivela sprovvista di fondamento.

Al contrario di quanto sostenuto dalla ricorrente, infatti, dall'analisi del conto economico debitamente prodotto dal consorzio GAMMA. si ricava che il costo del personale, correttamente comprensivo degli oneri gravanti sulle imprese consorziate, risulta ampiamente superiore alla percentuale del 60% (del fatturato riferito ai servizi di pulizia) richiesta dalla lettera di invito.

Né vale obiettare che i documenti contabili allegati, unitamente alla coerente dichiarazione confermativa, non precisano le prestazioni e le imprese consorziate alle quali si riferisce il costo del personale ivi riportato, posto che il consolidamento dei dati di bilancio delle imprese consorziate nell'unico rendiconto del consorzio consente un'esposizione unitaria e sintetica delle relative informazioni contabili, senza che la distinzione e la scomposizione delle voci per le singole imprese consorziate valga in alcun modo ad inficiare l'attendibilità del consuntivo, ai fini che qui interessano.

6.- Con l'ultima censura riferita alla posizione del consorzio GAMMA. si insiste nel sostenere l'illegittimità dell'assegnazione ad esso del punteggio riferito al progetto tecnico, sia in quanto non preceduta dalla fissazione di adeguati criteri valutativi, sia in quanto non motivata.

E' sufficiente, al riguardo, rilevare, per un verso, che i criteri di valutazione risultano dettagliati (proprio sotto questa specifica voce) nella lettera di invito, con l'analitica elencazione dei singoli profili della qualità del servizio (con relativo fattore ponderale) oggetto di apprezzamento, e che l'assegnazione del punteggio numerico deve intendersi, di per sé, idoneo, in mancanza dell'allegazione di errori o carenze valutative (nella specie non dedotti dalla ricorrente, ancorché onerativi), ad integrare gli elementi essenziali di una valutazione regolare e trasparente, non risultando in alcun modo necessaria l'esplicitazione delle ragioni assunte a sostegno dei punti riconosciuti a ciascun progetto tecnico.

7.- Così riscontrata la legittimità dell'ammissione alla gara del consorzio secondo classificato, deve dichiararsi l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, delle censure indirizzate a contestare l'aggiudicazione dell'appalto al consorzio BETA, posto che dal suo eventuale annullamento la società ricorrente non ritrarrebbe alcun apprezzabile utilità, giuridica od economica, restando, comunque,

classificata in posizione non utile (la terza) a conseguire l'affidamento del servizio (da valersi quale il bene della vita cui riferire l'interesse azionato con il ricorso).

8.- Alle considerazioni che precedono conseguono la reiezione dell'appello e la conferma della decisione impugnata.

9.- Sussistono, nondimeno, ragioni di equità che giustificano la compensazione delle spese processuali tra tutte le parti

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quarta , respinge il ricorso indicato in epigrafe e dichiara compensate tra tutte le parti le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 19 giugno 2007 con l'intervento dei Sigg.ri:

Giovanni VACIRCA Presidente

Anna LEONI Consigliere

Carlo SALTELLI Consigliere

Carlo DEODATO Est. Consigliere

Sergio DE FELICE Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Carlo Deodato

Giovanni Vacirca

IL SEGRETARIO

Rosario Gorgio Carnabuci

Depositata in Segreteria

Il 01/10/2007

(Art. 55, L. 27.4.1982, n. 186)

Il Dirigente Dott. Antonio Serrao