



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 9764 del 2009, proposto da:
Pdp Societa' Cooperativa in Pt. R Nq. Mandante Costituendo Rti, Rti - Team
Service Societa' Cooperativa A R.L., Rti - Antinia S.r.l., rappresentati e difesi dagli
avv. Domenico Gentile, Andrea Manzi, con domicilio eletto presso & Sutcliffe
Orrick, Herrington in Roma, piazza della Croce Rossa, 2/B;

contro

Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino e Morelli" di Reggio Calabria,
rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Romano, con domicilio eletto presso
Bruno Tassone in Roma, via Toscana, 1;

nei confronti di

Sipam S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Clarizia, Francesca Idone,
Maria Ida Leonardo, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via
Principessa Clotilde, 2; La Puligienica S.r.l., Gs 2000 S.r.l., Medieco S.r.l.,
rappresentati e difesi dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Angelo
Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, 2; Azienda Europea Servizi S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI REGGIO CALABRIA n. 01061/2009, resa tra le parti, concernente della sentenza del T.A.R. CALABRIA - SEZ. STACCATA DI REGGIO CALABRIA n. 01061/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO SERVIZIO DI PULIZIA, DISINFEZIONE, SANIFICAZIONE IMMOBILI AZIENDA OSPEDALIERA.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera "Bianchi Melacrino e Morelli" di Reggio Calabria e di Sipam S.r.l. e di La Puligienica S.r.l. e di Gs 2000 S.r.l. e di Medieco S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2010 il Cons. Nicola Russo e uditi per le parti gli avvocati Manzi, Ciociola, per delega dell'Avv. Romano, e Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato e depositato in data 28.05.2009 la P.D.P. soc. coop. a r.l., in proprio e nella qualità di mandante del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la Team Service soc. coop. a r.l. (mandataria) ed Antinia s.r.l. (mandante) adiva il T.A.R. Calabria, sezione staccata di Reggio Calabria, per chiedere l'annullamento, previa sospensiva:

- dei verbali delle sedute riservate della Commissione n. 14 del 2.9.2008, n. 15 del 11.9.2008, n. 16 del 23.9.2008, n. 18 del 29.10.2008 e n. 19 del 15.12.2008 nel corso delle quali si era proceduto alla rivalutazione ed alla nuova attribuzione dei punteggi dei progetti tecnici delle partecipanti alla procedura di gara ad evidenza

pubblica avente ad oggetto l'affidamento del servizio di pulizia, disinfezione, sanificazione degli immobili dell'Azienda Ospedaliera "Bianchi- Melacrino- Morelli" di Reggio Calabria comprensivo del prelievo, raccolta, evacuazione e smaltimento dei rifiuti sanitari di cui al D.P.R. 254/2003;

- del verbale n. 20 del 15.12.2008, nella parte in cui la A.T.I. La Puligienica non è stata esclusa per aver proposto un diverso numero di addetti nell'offerta tecnica rispetto a quelli presi in considerazione nell'offerta economica;

- dell'aggiudicazione provvisoria del servizio in questione stabilita nella seduta di gara del 10 aprile 2009 in favore della A.T.I. La Puligienica, nonché dell'aggiudicazione definitiva adottata con determina dirigenziale n. 340 del 21 maggio 2009.

Successivamente, con atto notificato in data 12 giugno 2009, la P.D.P. soc. coop. a r.l. formulava motivi aggiunti avverso altri verbali di gara e chiedeva l'annullamento dei punteggi assegnati e la rideterminazione degli stessi, con conseguente condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni patiti per perdita dell'appalto.

Si costituiva l'Azienda Ospedaliera, chiedendo il rigetto del ricorso, con vittoria delle spese di giudizio.

La Sipam s.r.l., in proprio e nella qualità di mandante dell'A.T.I. costituita con la PFE s.p.a. (ex La Puligienica s.r.l.), la GS 2000 s.r.l. e la Medieco s.r.l., con atto depositato il 24 giugno 2009, proponeva ricorso incidentale, formulando censure che avrebbero dovuto portare alla declaratoria di inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse.

In data 19.11.2009 veniva depositata la sentenza n. 1061/09 con la quale venivano accolti il quinto ed il settimo motivo di ricorso incidentale proposto dalla Sipam s.r.l., e si statuiva l'inammissibilità, per carenza di interesse, del ricorso principale e dei motivi aggiunti proposti dalla PDP soc. coop. a r.l., con compensazione integrale delle spese ed onorari di giudizio fra le parti.

Avverso la prefata sentenza la PDP soc. coop. a r.l. ha proposto appello, deducendone l'erroneità e l'ingiustizia e chiedendone la riforma, previa sospensione e concessione di misure cautelari provvisorie, con conseguente annullamento degli atti impugnati in primo grado e con condanna al risarcimento in forma specifica dell'Azienda Ospedaliera o, in via subordinata, per equivalente, anche in via equitativa ex art. 1226 c.c.

Si è costituita l'Azienda Ospedaliera, chiedendo il rigetto del gravame, con conseguente conferma della sentenza impugnata e con vittoria delle spese del grado.

Con decreto cautelare *inauditaalteraparte* n. 6054/09, depositato il 7 dicembre 2009, è stata accolta la richiesta di sospensione della sentenza impugnata fino alla trattazione della domanda cautelare.

Con atto notificato il 19 dicembre 2009 la Sipam s.r.l. ha proposto appello incidentale volto ad evidenziare sia l'erronea valutazione del giudice di prime cure sia in ordine alla affermata fondatezza del primo motivo proposto con ricorso principale dalla PDP soc. coop. a r.l., sia al mancato accoglimento del primo, secondo, terzo e quarto motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado.

Con ordinanza n. 109/2010 la Sezione, in accoglimento dell'istanza cautelare, ha sospeso l'efficacia della sentenza di primo grado ed ha fissato l'udienza per la trattazione del merito al 23 marzo 2010.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie illustrative, insistendo per l'accoglimento delle conclusioni già rassegnate.

Alla pubblica udienza del 23 marzo 2010 la causa è stata assunta in decisione ed in data 25 marzo 2010 è stato pubblicato il dispositivo n. 212/2010.

DIRITTO

L'appello principale è infondato.

È opportuno sintetizzare le censure sollevate dalla PDP soc. coop. a r.l. con l'appello principale, riguardanti la sentenza di primo grado nella parte in cui accerta la fondatezza delle deduzioni sollevate dalla Sipam s.r.l. nel ricorso incidentale e dichiara l'inammissibilità del ricorso proposto dalla PDP per carenza di interesse.

La PDP, nel primo motivo di appello, ritiene che il ricorso incidentale proposto dalla Sipam s.r.l. sia inammissibile in quanto fa riferimento solo ad atti endoprocedimentali e non all'atto conclusivo del procedimento (l'aggiudicazione a favore della Sipam).

Siffatta censura è priva di pregio.

Infatti, le argomentazioni sollevate con ricorso incidentale attengono ai verbali di gara ed alle conseguenti decisioni assunte dalla Commissione, che hanno ammesso alla prosecuzione della gara anche l'ATI con PDP soc. coop. a r.l., che invece doveva essere esclusa per i gravi vizi riscontrati nell'offerta tecnica ed economica.

È evidente, pertanto, che il ricorso incidentale è stato proposto per contestare le valutazioni fatte dalla Commissione in relazione ad altri aspetti della procedura di gara, in modo però da mantenere inalterato l'esito segnato dal provvedimento impugnato, cioè l'aggiudicazione in favore della Sipam s.r.l.

Anche il secondo motivo del ricorso principale, ritenuto assorbito dal giudice di primo grado e riproposto nell'appello, risulta privo di fondamento.

Occorre, al riguardo, precisare che correttamente il giudice di primo grado ha esaminato preliminarmente il ricorso incidentale proposto dalla Sipam. Per il necessario rispetto del principio della sua valenza preliminare, infatti, l'esame del ricorso incidentale deve precedere quello del gravame principale, ogni volta che con il primo (nella prospettiva di un effetto paralizzante) vengano affrontate questioni capaci di incidere sulla sussistenza stessa della legittimazione a ricorrere in capo al ricorrente principale (*idest* per difetto di una condizione dell'azione)

venendo posto in discussione lo stesso titolo del ricorrente principale a proporre il gravame (cfr. Cons. St., Sez. VI, 30.9.2008, n. 4686)

Pertanto, l'esame del ricorso incidentale deve precedere l'esame del ricorso principale, qualora il concorrente che abbia ottenuto l'aggiudicazione deduca che l'impresa sconfitta avrebbe dovuto essere esclusa in radice dalla gara. Infatti, se il ricorso incidentale è accolto, il ricorso principale diventa inammissibile per difetto di legittimazione all'impugnazione dell'impresa ricorrente principale, con conseguente impossibilità di esaminare i vizi da questa denunciati nei confronti dell'impresa aggiudicataria.

A tale proposito, il Collegio rileva che anche se di regola è sufficiente l'interesse strumentale del partecipante ad una gara pubblica di appalto ad ottenere la riedizione della gara stessa, deve in ogni caso ritenersi che un tale interesse non sussista in capo al soggetto legittimamente escluso, dato che tale soggetto, per effetto dell'esclusione, rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara, ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle distinte scansioni procedurali (cfr. Cons. St., Sez. V, 29.12.2009, n. 8969).

La Sezione, invero, non ignora recenti approdi giurisprudenziali secondo i quali l'interesse del soggetto legittimamente escluso da una gara ad evidenza pubblica non potrebbe ritenersi insussistente, quantomeno in ordine alla prospettazione di quelle censure che portano a travolgere l'intera competizione. Secondo tale orientamento il fatto della semplice partecipazione alla procedura selettiva varrebbe a fondare il titolo legittimante al ricorso in vista della soddisfazione dell'interesse strumentale alla riedizione della gara dovendosi rimarcare la ontologica differenza rispetto al non partecipante che di quel titolo è pacificamente sfornito.

Tuttavia il Collegio condivide un orientamento tradizionale della Sezione (cfr. Cons. St., Sez. V, 13 settembre 2005, n. 4692; Cons. St., Sez. V, 21 novembre

2007, n. 5925), in base al quale un tale interesse non sussiste in capo al soggetto legittimamente escluso, dato che quest'ultimo rimane privo non soltanto del titolo legittimante a partecipare alla gara, ma anche a contestarne gli esiti e la legittimità delle distinte scansioni procedurali.

Il suo interesse protetto, invero, da qualificare quale interesse di mero fatto, non è diverso da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnarne gli atti, pur essendo titolare di un interesse di mero fatto alla caducazione dell'intera selezione, al fine di poter presentare la propria offerta in ipotesi di riedizione della nuova gara (cfr. dec. n. 5925/2007 cit.).

A quanto ora detto occorre aggiungere che alla gara in questione ha partecipato, oltre alle parti coinvolte nel presente giudizio, anche un altro raggruppamento di imprese (l'A.T.I. SMI).

E' sufficiente allora al Collegio richiamare le condivisibili conclusioni cui recentemente è pervenuta l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio con la decisione n. 11 del 10 novembre 2008, la quale dopo aver premesso che il giudice amministrativo, in ordine all'ordine di trattazione del ricorso principale e di quello incidentale e sulle conseguenze processuali della loro fondatezza, deve attenersi ai pilastri fondanti del giudizio e cioè ai principi di economia processuale e di logica e che può esaminare con priorità a seconda dei casi quello che risulta decisivo per dirimere la controversia, ha, poi, in particolare, chiarito quanto segue:

- il giudice può esaminare prima il ricorso incidentale, come avviene quando l'aggiudicatario di una gara - cui siano state ammesse almeno tre offerte (come nel caso in questione) - abbia dedotto l'illegittimità dell'atto che vi abbia ammesso il ricorrente principale; infatti, ove il ricorso incidentale vada accolto, per la risalente pacifica giurisprudenza:

- l'impresa ricorrente principale, che ha presentato l'offerta da escludere (come statuito dal giudice), non può più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non può conseguire non solo l'aggiudicazione, ma neppure la ripetizione della gara, poiché, pur se risultasse l'illegittimità dell'atto di ammissione della aggiudicataria, l'Amministrazione - salvo l'esercizio del potere di autotutela - non potrebbe che prendere in considerazione l'offerta o le offerte presentate dalle altre imprese ammesse con atti divenuti inoppugnabili;
- il ricorso principale diventa, dunque, improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione (*rectius*, interesse), poiché proposto da impresa che non può ottenere alcuna utilità;
- tuttavia, nulla preclude al giudice di esaminare con priorità il ricorso principale che risulti infondato, per giungere alla statuizione di improcedibilità del ricorso incidentale (cfr. pure, sul punto, la recente decisione di questa Sezione n. 3076 del 19.5.2009).

Pertanto, alla luce dei delineati principi, correttamente il giudice di prime cure ha esaminato preliminarmente il ricorso incidentale e, avendo ritenuto fondati il quinto ed il settimo motivo di tale ricorso, ha statuito l'inammissibilità per carenza di interesse del ricorso principale e dei motivi aggiunti: *rectius*, per difetto di legittimazione a ricorrere, in tal senso restando corretta la motivazione della sentenza.

E, comunque, quanto al merito della censura contenuta nel secondo motivo del ricorso principale, il cui esame è stato omesso nella sentenza impugnata a causa dell'accoglimento del ricorso incidentale e della statuizione di inammissibilità del ricorso principale, essa appare priva di fondamento.

La PDP soc. coop. a r.l. sostiene che esiste una evidente discrasia fra il numero degli addetti proposto nell'offerta tecnica dalla Sipam s.r.l. e quello valutato come costo nell'offerta economica.

Tuttavia, tale divergenza, come chiarito dalla difesa dell'appellata anche in primo grado, è insussistente, in quanto il numero complessivo degli addetti al servizio di pulizia indicati nel progetto tecnico come nell'offerta economica è di 169 unità. Sia nell'offerta tecnica che in quella economica, la A.T.I. La Puligienica ha presentato un numero complessivo di addetti al servizio di pulizia pari a 169 unità. Solo per completezza è stato allegato all'offerta tecnica, un prospetto comprensivo di 151 unità, previste come unità di sostituzione per riposi compensativi, ferie non godute, ecc, che certamente non sono state conteggiate nel calcolo dei lavoratori realmente in servizio, per cui correttamente la valutazione della Commissione di gara è stata effettuata su un numero complessivo di addetti al servizio di pulizia pari a 169 unità, sia per l'offerta tecnica che per quella economica.

È pacifico, infatti, che nella presentazione globale del progetto tecnico, è necessario, nonché prassi, fare riferimento anche alle unità lavorative addette alle sostituzioni.

Inoltre, come fondatamente eccepito dall'appellata, anche l' A.T.I. SMI s.r.l., altra partecipante alla gara in oggetto, nel proprio progetto tecnico ha fatto riferimento alle unità complessive proposte (comprensive delle sostituzioni), pari a 148 unità di cui 119 effettive. Ed anche nei confronti dell'ATI SMI, la valutazione della Commissione è stata fatta esclusivamente sul numero delle unità effettive (v. verbale n. 14).

Ne consegue quindi, che risulta infondata e non provata l'obiezione di presunta indeterminatezza dell'offerta presentata dalla A.T.I. appellata.

Da quanto finora detto consegue, dunque, che l'appello principale è infondato, mentre l'appello incidentale - con cui si ripropongono i motivi del ricorso

incidentale (primo, secondo, terzo e quarto) disattesi dal T.A.R. e riguardanti le ulteriori incongruenze e/o omissioni presenti sia nell'offerta tecnica che in quella economica del raggruppamento ricorrente, e comportanti la necessità di una immediata esclusione dalla gara, al fine di giungere alla declaratoria di inammissibilità del ricorso principale - è improcedibile per difetto di interesse, stante l'infondatezza dell'appello principale e la conseguente conferma della sentenza sul punto della inammissibilità del ricorso principale per difetto di interesse.

Quanto al primo motivo del ricorso principale non riproposto in appello, la PDP con la proposizione dell'appello dà per presupposto l'accoglimento del primo motivo del ricorso principale, ma, in realtà, come fondatamente eccepito dall'appellata Sipam, la sentenza di primo grado afferma inequivocabilmente in dispositivo la inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti, per carenza di interesse, con ogni conseguenza di legge, per cui il presupposto per avvalersi delle osservazioni rilevate nel primo motivo del ricorso introduttivo, avrebbe dovuto essere, ovviamente, la riproposizione dello stesso nel giudizio di appello, attività processuale, invece, omessa dall'appellante principale, che si è soffermata solo sul secondo motivo del ricorso principale e sul ricorso incidentale. D'altra parte, la natura stessa del giudizio di appello comporta la necessità della espressa riproposizione dei motivi non accolti con la sentenza di primo grado; pertanto era onere della PDP soc. coop. a r.l. riformulare le considerazioni a sostegno del motivo presentato in primo grado, perché le stesse potessero essere analizzate anche in questo successivo grado di giudizio.

Infine, nella memoria difensiva depositata sia in sede cautelare, che in vista dell'udienza di merito, l'appellante principale eccepisce il presunto difetto di interesse del RTI appellato a coltivare l'appello incidentale, poiché difetterebbe nel

caso di specie l'interesse a ricorrere, inteso quale vantaggio concreto e attuale che possa derivare alla ricorrente dall'accoglimento delle proprie censure.

Siffatta eccezione è infondata, in quanto sul principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti, si è registrata una evoluzione della giurisprudenza di questo Consiglio.

Infatti, la tesi è stata rimessa in discussione da recenti pronunce, secondo cui sarebbe possibile, dopo l'aggiudicazione, il recesso di una o più imprese dell'a.t.i., se quelle rimanenti siano in possesso dei requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto dell'appalto: infatti il divieto legislativo riguarderebbe solo l'aggiunta o la sostituzione di componenti, non anche il venir meno, senza sostituzione, di taluno (Cons. St., Sez. IV, 23 luglio 2007, n. 4101).

In particolare, una recente pronuncia ha osservato che il divieto di modificazione soggettiva non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara. Il rigore di detta disposizione va, infatti, temperato in ragione dello scopo che persegue, che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari. Tale essendo, dunque, la funzione di detta disposizione è evidente come le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento; in tal caso, infatti, le esigenze succitate non risultano affatto frustrate poiché l'Amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi (Cons. St., Sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964).

Siffatte statuizioni sono state riprese anche da una ancora più recente decisione di questo Consiglio (Sez. VI, n. 842/2010), che ha, tra l'altro, affermato: *“Il Collegio ritiene di dover aderire a questo secondo e più recente orientamento, con alcune puntualizzazioni. Tale orientamento da un lato, non penalizza la stazione appaltante, non creando incertezze, e dall'altro lato non penalizza le imprese, le cui dinamiche non di rado impongono modificazioni soggettive di consorzi e raggruppamenti, per ragioni che prescindono dalla singola gara, e che non possono precluderne la partecipazione se nessun documento ne deriva per la stazione appaltante. Né si verifica una violazione della par condicio dei concorrenti, perché non si tratta di introdurre nuovi soggetti in corsa, ma solo di consentire a taluno degli associati o consorziati il recesso, mediante utilizzo dei requisiti dei soggetti residui, già comunque posseduti?”*.

Nel caso di specie, in fase di presentazione della documentazione l'ATI con Sipam ha comunicato che la Società azienda Europa Servizi è stata estromessa dal raggruppamento, e che, tuttavia, sussistono in capo alle restanti imprese del raggruppamento i requisiti per svolgere il servizio aggiudicato.

Alla luce delle delineate statuizioni e considerato tra l'altro che ci si trova nell'ipotesi prevista dall'art. 37, comma 18, del D.Lgs. n. 163/2006, l'eccezione è, dunque, priva di fondamento.

In conclusione, l'appello principale di PDP soc. coop. a r.l. deve essere respinto, con la correzione suddetta della motivazione, mentre l'appello incidentale della SIPAM s.r.l. deve essere dichiarato improcedibile.

La complessità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione fra le parti delle spese ed onorari del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, respinge l'appello principale proposto dalla PDP soc. coop. a r.l. e dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto dalla Sipam s.r.l.

Spese del grado compensate.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2010 con
l'intervento dei Signori:

Stefano Baccharini, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

Eugenio Mele, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/09/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione