

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 490/04 REG.DEC.

N. 9471 REG.RIC.

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

ANNO 2002

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 9471/2002 del 15/11/2002, proposto
della DE.TRA.SUD SRL Q.LE C.GRUPPO ATI e ATI –
D.E.S.A. SERVICE SCARL rappresentate e difese dall'avv.
Enrico Follieri con domicilio eletto in Roma v.le Mazzini, 6
presso Giuseppe Lupis;

contro

AZIENDA OSPEDALIERA SS. ANNUNZIATA DI TARANTO
rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Cecinato con domicilio
eletto in Roma Lungotevere Flaminio 46-PAL. IV presso Gian
Marco Grez

e nei confronti di

GLOBAL B.F. Q.LE C. GRUPPO ATI, ATI – EUROPA
SCARL, ATI – SINTEL SCARL, ATI – SINCON SCARL, ATI
CARRIERI AUTOSERVIZI SCARL, tutte rappresentate e difese
dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani con domicilio eletto in Roma
via L. Mantegazza 24 presso Luigi Gardin;

per la riforma

della sentenza del **TAR PUGLIA – LECCE: SEZIONE II n.**
7954/2001, resa tra le parti, concernente GARA APPALTO
ASSEGNAZIONE SERVIZIO DI ATTIVITA' LOGISTICA;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'AZIENDA OSPEDALIERA SS. ANNUNZIATA DI TARANTO, della GLOBAL B.F. Q.LE C.GRUPPO ATI, della ATI – EUROPA SCARL, della ATI – SINTEL SCARL, della ATI . SINCON SCARL e della ATI – CARRIERI AUTOSERVIZI SCARL;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo n. 315 del 20 ottobre 2003;

Alla pubblica udienza del 17 ottobre 2003, relatore il Consigliere Goffredo Zaccardi e uditi, altresì, gli avv.ti Follieri e Caggiula, per delega dell'avv. Sticchi Damiani;

RITENUTO E CONSIDERATO IN FATTO E DIRITTO

QUANTO SEGUE:

1) I fatti di causa possono essere dati per conosciuti per come analiticamente ricostruiti sia nella parte espositiva in fatto della sentenza appellata che nel ricorso in appello e negli scritti difensivi dell'Amministrazione e della Associazione di imprese appellata.

2) Ai fini della delimitazione dell'oggetto del presente giudizio è necessario preliminarmente osservare che con sentenza n. 890/2001 il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sezione seconda di Lecce, ha accolto un primo ricorso (n. 4963/2000) proposto dalla DE.TRA.SUD. s.r.l., attuale appellante, per l'annullamento delle deliberazioni del Direttore

Generale della Azienda Ospedaliera “SS. Annunziata” di Taranto n. 1142 del 22 novembre 2000 e n. 6 del 10 gennaio 2001 con le quali era stato aggiudicato l'appalto del servizio di supporto all'attività di farmacia alla Associazione temporanea di imprese di cui era capogruppo Global by flight, ed, inoltre, era stata dichiarata congrua l'offerta della aggiudicataria dopo l'esame delle giustificazioni fornite dalla medesima in esito ad una richiesta di chiarimenti resasi necessaria a causa della sospensione degli atti di gara impugnati disposta dal giudice di primo grado in sede cautelare.

Tale decisione ha accolto il ricorso suindicato, dopo aver respinto una serie di censure indirizzate avverso la valutazione positiva effettuata dall'Amministrazione dell'offerta della aggiudicataria in ordine alla non anomalia della stessa, essenzialmente perché l'offerta di cui trattasi avrebbe dovuto essere sottoposta a verifica di anomalia prima dell'aggiudicazione in quanto portava un ribasso superiore alla media dei ribassi aumentata del quinto (secondo motivo), vi era una contraddizione tra le indicazioni fornite nel progetto tecnico circa la consistenza del personale impiegato presso il magazzino esterno (pari ad otto unità), ed il computo dei costi era stato effettuato solo per la metà del personale in parola in relazione alla circostanza che il personale avrebbe dovuto essere impiegato anche per un altro appalto (profilo b) del primo motivo aggiunto) ed, infine, perché era stato omissis il computo dei contributi dovuti all'INPS per il personale

(trenta dipendenti) alle dipendenze della Global by flight e della Coop Europa per gli anni 2005 e 2006 e non era stato considerato il costo del nastro trasportatore e del montacarichi che l'aggiudicataria aveva offerto tra le migliori nel progetto tecnico (censure poste nei motivi aggiunti).

Nella parte finale la decisione ha affermato che era preclusa la pronuncia relativa alla richiesta di risarcimento del danno "poiché l'annullamento degli atti impugnati consente la soddisfazione in forma specifica dell'interesse dedotto in giudizio, cioè la pretesa ad ottenere l'appalto".

La sentenza in questione è stata appellata dalla Associazione aggiudicataria dell'appalto di cui trattasi ed il Consiglio di Stato, Sezione Quarta, dopo aver negato la sospensione degli effetti della decisione con ordinanza n. 2814/2001, ha dichiarato inammissibile l'appello principale ed, inoltre, ha dichiarato irricevibile e comunque inammissibile la domanda di risarcimento del danno proposta dall'Associazione di imprese DE.TRA.SUD. s.r.l.- Detra Service assorbendo gli altri motivi proposti con appello incidentale e concernenti la procedura di verifica dell'anomalia dell'offerta della Associazione aggiudicataria. Si è determinato così il passaggio in giudicato della sentenza n.890/2001 con conseguente preclusione in questa sede dell'esame di tali censure .

In effetti l'Associazione attuale appellante per evitare che il destino delle censure di cui trattasi dipendesse esclusivamente

dall'esito dell'appello principale avrebbe dovuto proporle con atto autonomo di appello in via principale impugnando i capi della sentenza che, come si è visto, non erano favorevoli per l'attuale appellante perché avevano ritenuto congrue le giustificazioni addotte dalla Global by flight con eccezione dei tre profili qui sopra riportati e per i quali vi era stato accoglimento del ricorso di primo grado.

Da ciò consegue la inammissibilità delle censure proposte in questa sede e non attinenti agli atti che l'Amministrazione appellata ha emesso in esecuzione della sentenza qui in esame provvedendo al riesame delle giustificazioni dell'offerta della Associazione aggiudicataria ed alla successiva aggiudicazione disposta con deliberazione n. 576 del 12 luglio 2001 del direttore generale dell'Azienda ospedaliera "SS. Annunziata" di Taranto.

Va ancora sottolineato che dalla sentenza n. 890/2001, nonostante una formula non del tutto perspicua che si è riprodotta nel virgolettato che precede, non può desumersi la pretesa della Associazione di imprese ricorrente in primo grado all'aggiudicazione dell'appalto ma più semplicemente, in linea con l'oggetto del giudizio e con le censure esaminate ed accolte, la rinnovazione del procedimento valutativo dell'offerta della aggiudicataria tenendo conto delle valutazioni effettuate dal giudice in ordine ai punti non ritenuti congrui alla previsione dei costi.

Ed invero nella decisione in parola non vi è accertamento della

anomalia dell'offerta ma solo della illegittimità del procedimento di valutazione per gli aspetti evidenziati nella decisione stessa.

3) La questione sottoposta all'attenzione del Collegio si risolve, pertanto, nella risposta ad un duplice quesito: se sia legittimo il riesame delle giustificazioni rese da un soggetto aggiudicatario di una gara al fine di ripetere una valutazione risultata negativa in prima istanza ed, inoltre, se nel far ciò l'Amministrazione aggiudicatrice debba valersi esclusivamente degli elementi forniti dal soggetto interessato nel contraddittorio che è espressamente previsto in materia, ovvero possa avvalersi degli ordinari poteri istruttori di cui è ordinariamente dotata nello svolgimento dei propri compiti istituzionali.

A) Per quanto concerne il primo quesito la risposta non può che essere positiva: il riesame degli elementi che l'aggiudicatario abbia fornito e che non risultino adeguati può essere effettuato senza particolari forme e modalità in quanto l'interesse generale prevalente nelle procedure di affidamento di servizi pubblici è che l'Amministrazione accerti in modo compiuto ed efficace se l'aggiudicatario possa correttamente eseguire l'appalto alle condizioni proposte. L'Amministrazione potrà, pertanto, reiterare le proprie richieste e chiedere chiarimenti o delucidazioni in merito alle notizie ed ai dati già forniti dall'aggiudicatario stesso.

Con riguardo al caso di specie, in ogni caso, il riesame è stato effettuato in esecuzione di un obbligo derivante dalla sentenza

890/2001 e quindi il problema non si pone neanche in termini generali.

Ciò fermo restando che, come si è detto, non vi sono ostacoli di principio ad ammettere una seconda fase di revisione delle giustificazioni rese dall'aggiudicatario per comprovare la non anomalia dell'offerta (cfr. sul punto la decisione n. 4773 de 12 settembre 2001 di questa Sezione).

B) Parimenti positiva è la risposta al secondo quesito: l'art. 25 del D. Lvo n. 157 del 17 marzo 1995 che disciplina la materia della valutazione delle offerte anormalmente basse con riguardo ai contratti di affidamento di appalti pubblici di servizi, prevede al primo comma che l'Amministrazione, prima di escludere le offerte che presentino carattere anormalmente basso debba chiedere per iscritto le "precisazioni in merito agli elementi costitutivi dell'offerta ritenuti pertinenti" ed, una volta acquisiti detti elementi, che li verifichi "tenendo conto di tutte le spiegazioni ricevute".

La fase di verifica implica da un lato che il contraddittorio sia regolarmente costituito e si svolga con pienezza di contenuti in linea con la disposizione che appunto prevede una forma specifica di partecipazione al procedimento del soggetto aggiudicatario cui viene riconosciuta una posizione peculiare, ma da altra angolazione non esclude affatto, ed anzi presuppone, che l'Amministrazione sia dotata degli ordinari poteri istruttori per procedere ad un accertamento efficace e condotto secondo

canoni di correttezza ed imparzialità.

Non esiste alcuna ragione per escludere che l'Amministrazione possa in tale fase, diretta come si è detto ad accertare se le condizioni di aggiudicazione dell'appalto ne assicurino una esecuzione tempestiva e corretta per soddisfare l'interesse pubblico ad una efficiente gestione delle risorse pubbliche ed al conseguimento dei risultati previsti per l'azione amministrativa, debba privarsi degli apporti di conoscenze tecniche e professionali, di dati e notizie in possesso di altre Amministrazioni ed Enti e delle risultanze di attività istruttorie svolte di sua iniziativa che contribuiscano a rendere più affidabile l'esito dell'indagine da compiere.

Del resto la lettera della norma è chiara in tal senso quando dispone che si debba tener conto delle precisazioni del soggetto privato interessato ma affida alla "verifica" dell'Amministrazione l'accertamento del carattere anomalo dell'offerta.

Di ciò si ha conferma se si tiene poi conto della specifica disposizione contenuta nel comma quarto dello stesso articolo 25 che impone all'Amministrazione aggiudicatrice di tener conto anche degli oneri, e delle relative giustificazioni, connessi eventualmente all'applicazione del precedente art. 23, terzo comma, che disciplina la facoltà dell'Amministrazione di precisare le modalità di esecuzione dell'appalto "per assicurare l'efficace e continuativo collegamento con la stessa amministrazione aggiudicatrice per tutta la durata del servizio".

In tal caso non vi può esse alcun dubbio che all'Amministrazione sia consentito svolgere ogni approfondimento istruttorio circa la congruità dei costi del servizio e la adeguatezza delle giustificazioni rese e ciò conferma che nel procedimento qui in esame l'Amministrazione può liberamente avvalersi di tutti gli elementi necessari per raggiungere un convincimento sicuro in ordine alla affidabilità dell'offerta potenzialmente anomala.

4) Nella fattispecie in esame è, quindi, stato corretto il comportamento della Azienda ospedaliera appellata che, dopo l'intervento della sentenza n. 890/2001, ha doverosamente riaperto il procedimento di verifica dell'offerta dell'Associazione aggiudicataria chiedendo con nota n. 417 del 7 maggio ulteriori chiarimenti con riguardo agli elementi di cui il giudice aveva riscontrato l'inadeguatezza. Dopo l'acquisizione di tali chiarimenti il 20 giugno 2001, con deliberazione n. 9, ha incaricato una Società esterna di determinare l'ammontare dei contributi previsti per il personale da impiegare nell'espletamento del servizio per il biennio 2005/2006 ed ha acquisito una relazione degli uffici in merito ai costi del montacarichi e del nastro trasportatore (relazione del 6 luglio 2001 del dirigente dell'Area Gestione Tecnica). Sulla base dell'esito di tali accertamenti ulteriori ha ritenuto che il margine di utile previsto dall'offerta della Associazione aggiudicataria fosse adeguato (e comunque superiore al dieci per cento) e che, pertanto, l'offerta in questione non era anormalmente bassa e che

si dovesse, quindi, procedere ad una nuova aggiudicazione. Nè si può sostenere con successo che sui punti oggetto della rinnovazione del procedimento valutativo vi sia stata integrazione dei dati forniti dall'Associazione di imprese aggiudicataria posto che per il più rilevante di tali elementi, la mancata previsione dei contributi INPS per il biennio suindicato la nota del 16 maggio 2001 di risposta alla ulteriore richiesta di chiarimenti del 7 maggio 2001 contiene negli allegati (perizia Patroni del 2 aprile 2001 pagg. 7 ed 8) una sufficiente precisazione degli oneri da sostenere per tale voce, mentre per il secondo, la mancata indicazione del costo delle migliorie offerte, appare logicamente ammissibile la verifica diretta da parte dell'amministrazione a fronte di un costo per il montacarichi e per il nastro trasportatore oggettivamente non significativo ai fini della valutazione della congruità dell'offerta di cui trattasi (123 milioni rispetto ad un valore dell'appalto di 8 miliardi e 280 milioni).

5) La domanda di risarcimento del danno avanzata dalla Associazione appellante non può trovare ingresso a fronte di un comportamento legittimo dell'Amministrazione appellata mentre i diversi profili di inammissibilità dedotti dalle resistenti sono assorbiti dalle valutazioni in ordine all'infondatezza nel merito dell'appello.

6) Alla stregua delle considerazioni che precedono l'appello va respinto .

Sussistono, tuttavia, ragioni per compensare tra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello di cui in epigrafe lo rigetta con conferma della sentenza appellata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 17 ottobre 2003 con l'intervento dei Sigg.ri:

Alfonso Quaranta	Presidente
Paolo Buonvino	Consigliere
Goffredo Zaccardi	Consigliere estensore
Francesco D'Ottavi	Consigliere
Gerardo Mastrandrea	Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

F.to Goffredo Zaccardi

F.to Alfonso Quaranta

IL SEGRETARIO

F.to Francesco Cutrupi

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10 febbraio 2004

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

IL DIRIGENTE

F.to Antonio Natale