

I giudici di Palazzo Spada ritengono legittima, in un appalto del servizio di custodia e gestione dei documenti amministrativi, la richiesta di ubicazione nella provincia o province limitrofe della struttura destinata ad archivio nonché la prescrizione, a pena di esclusione, della presentazione di un progetto e di una relazione dalla quale si dovevano chiaramente evincere, tra l'altro, l'ubicazione (distanza chilometrica dalla sede dell'Azienda) e le caratteristiche strutturali dell'immobile.

Di conseguenza risulta legittima l'esclusione di una ditta partecipante che si era limitata, invece, ad indicare nella domanda un generico impegno a reperire l'immobile in questione nella provincia o province limitrofe

Nella decisione numero 1036 del 3 marzo 2004, il Consiglio di Stato risulta d'accordo con l'operato di un'amministrazione per aver escluso dalla partecipazione ad una gara di servizi, un'impresa che invece di dichiarare l'attualità di alcuni requisiti, si è limitata ad impegnarsi al loro futuro attuarsi

Si legge infatti nell'emarginata decisione che "Né può ritenersi l'illegittimità della clausola in questione per essere stato richiesto in via preventiva un requisito che semmai poteva riguardare l'aggiudicatario, in quanto l'ubicazione e la struttura dell'immobile costituivano, secondo la disciplina di gara, degli elementi fondamentali per la valutazione dell'offerta e perciò dovevano essere precisati ex ante"

A cura di Sonia LAZZINI

Così nella massima ufficiale :

Consiglio di Stato, V, 3 marzo 2004, n. 1036

CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Scelta del contraente

Ancora dubbi sulla necessità, ai fini dell'impugnativa del bando di gara, della presentazione della domanda di partecipazione.

Il Consiglio rileva la permanenza di dubbi in giurisprudenza sul problema della necessità o meno della presentazione della domanda di ammissione alla gara (o al concorso) al fine di ritenere ammissibile il ricorso avverso le cosiddette clausole escludenti del relativo bando, riscontrandosi da una parte un indirizzo affermativo di tale necessità per concretizzare l'interesse all'impugnazione del bando (A.P. n. 1 del 29.1.2003, sez. IV n. 253 del 17.1.2002 e n. 7187 del 10.11.2003, sez. V. n. 1574 del 26.3.2003 e sez. VI n. 719 del 25.2.2003), dall'altro un orientamento di segno opposto, che giudica tale domanda inutile (Sez. V n. 794 del 14.2.2003 e sez. VI n. 6429 del 20.10.2003). Nella specie, non essendo determinate ai fini del decidere, il Collegio non ha ritenuto di prendere posizione sulla questione, pur manifestando una preferenza, ancorché solo a fini pratici, per l'orientamento che richiede comunque la presentazione della domanda, dato che da essa (e relativa documentazione allegata) può desumersi l'interesse concreto alla decisione, in relazione al possesso di tutti i requisiti (anche di quelli non contestati) richiesti dal bando, in mancanza dei quali l'azione non sarebbe comunque sorretta da un idoneo interesse processuale, atteso che, in caso di contestazione di una pluralità di requisiti prescritti per l'ammissione alla gara (o al concorso), il ricorso diventa infondato con riferimento ai requisiti (o al requisito) ritenuti in giudizio legittimamente prescritti e inammissibile per carenza di interesse con riferimento agli altri requisiti richiesti (secondo il pacifico orientamento secondo cui è sufficiente a reggere il provvedimento amministrativo impugnato l'esistenza di un motivo autonomo non contestato o ritenuto fondato: Cons. St., sez. IV n. 69 del 26.1.1998, Sez. V n. 206 e n. 208 del 23.1.2001, sez. VI n. 5530 del 17.10.2000).

CONTRATTI DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

Scelta del contraente

E' legittima la clausola di bando che, per l'appalto di un servizio di archiviazione, imponga come requisito minimo di ammissione la disponibilità della struttura destinata ad archivio entro il territorio della provincia o delle province limitrofe.

E' legittima la previsione di un bando che prescriva, come condizione minima per partecipare all'appalto, l'ubicazione nella provincia o province limitrofe della struttura destinata ad archivio, con la

presentazione di un progetto e di una relazione dalla quale si evincano l'ubicazione (distanza chilometrica dalla sede della stazione appaltante) e le caratteristiche strutturali dell'immobile. Legittimamente va esclusa, conseguentemente, l'impresa che si sia limitata ad indicare nella domanda un generico impegno a reperire l'immobile in questione nella provincia o province limitrofe, posto che l'ubicazione e la struttura dell'immobile costituivano, secondo la disciplina di gara, degli elementi fondamentali per la valutazione dell'offerta e perciò dovevano essere precisati *ex ante* e non potevano trattarsi alla stregua di un requisito riguardante l'aggiudicatario, dimostrabile anche dopo l'aggiudicazione.

REPUBBLICA ITALIANA

N.1036/04REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

N. 1970 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta

ANNO 2003

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1970/2003, proposto dalla ***** Ospedalieri Fiorentini s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv.to C. Narese, elettivamente domiciliata, in Roma, Lungotevere Flaminio n. 46, pal. IV, sc. B presso Studio Grez;

CONTRO

Azienda USL n. 16 di Padova, rappresentata e difesa dall'avv.to A. Cartia, elettivamente domiciliata in Roma, via Del Viminale n. 43; presso lo studio dell'avv. Fabio Lorenzoni;

per la riforma

della sentenza del TAR Veneto sez. I n. 6637 del 18.12.2002, con la quale è stato respinto il ricorso proposto dalla Società.

Visto l'atto di appello e relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda;

Viste le memorie difensive prodotte dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 25.11.2003, relatore il consigliere Aniello Cerreto ed uditi altresì per le parti gli avv.ti Narese e M. Loria, per delega dell'avv. Cartia;

Visto il dispositivo di decisione n. 382 del 26.11.2003;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto:

FATTO

Con il ricorso in epigrafe, la società ***** ha fatto presente che la USL n. 16 di Padova aveva indetto una gara per l'affidamento del servizio di custodia e gestione dei documenti amministrativi; che in particolare il bando di gara prevedeva una durata triennale del servizio per l'importo complessivo di euro 650.000 e che i concorrenti dovevano disporre di un fatturato specifico, relativo a servizi di archiviazione realizzato nell'ultimo esercizio 2001, di almeno euro 650.000; che inoltre venivano richieste referenze positive per servizi di custodia e gestione di documenti rilasciate da almeno tre Aziende USL e che, con riferimento alla partecipazione alla gara delle ATI, tutte le imprese temporaneamente raggruppate dovevano possedere ed attestare il possesso delle condizioni minime richieste dal bando; che la Società presentava, entro il termine previsto del 7.8.2002, la domanda di ammissione alla gara ma poi proponeva in data 17.10.2002 ricorso al TAR per l'annullamento dell'intero bando e dell'eventuale provvedimento di esclusione, per la valenza escludente delle clausole richiamate; che l'Azienda depositava documentazione solo in sede di camera di consiglio per la trattazione dell'istanza cautelare, per cui richiedeva termine per la presentazione di motivi aggiunti, che venivano regolarmente proposti; che nella camera di consiglio del 27.11.2002 il TAR tratteneva il ricorso per la decisione di merito, respingendolo con la sentenza in epigrafe.

Ha dedotto che tale sentenza era erronea ed ingiusta per le seguenti ragioni:

- la Società aveva tempestivamente e direttamente impugnato il bando, le cui clausole ne pregiudicavano la partecipazione alla gara, e solo in via cautelativa aveva chiesto l'annullamento dell'eventuale esclusione, mentre il TAR non aveva esaminato le censure avverso il bando,

deducendone l'inammissibilità per il fatto che era stata legittimamente pronunciata l'esclusione della Società per aver omesso nella domanda alcuni elementi richiesti dall'Amministrazione, ma in tal modo non era stato tenuto conto che la domanda di partecipazione alla gara era funzionale non al conseguimento dell'aggiudicazione ma al fine di evitare di vedersi eccepire nel relativo giudizio il difetto di interesse all'impugnazione e quindi poter partecipare alla successiva gara sulla base di una nuova disciplina;

- dovendosi ritenere ammissibili le censure avverso il bando, che vengono riproposte in appello, esse erano anche fondate in quanto la disciplina di gara era sostanzialmente rivolta ad escludere qualsiasi concorrenza da parte di imprese emergenti nell'archiviazione delle cartelle cliniche al fine di garantire una sorta di diritto di monopolio a favore delle imprese già stabilmente insediate in tale settore, vanificando altresì la facoltà di costituire associazioni temporanee di imprese, per le quali venivano richiesti requisiti di partecipazione per lo meno doppi rispetto a quelli prescritti per le imprese singole;

- il TAR aveva ritenuto ragionevole l'imposizione dell'indicazione del luogo e della consistenza del futuro magazzino per il deposito del materiale da archiviare ma in tal modo non aveva tenuto conto dell'illegittimità della pretesa, in caso di eventuale ATI, secondo cui ciascuna impresa dovesse possedere tutti i requisiti prescritti, tra cui quelli relativi al deposito; che una volta rinnovata la gara l'istante poteva associarsi con altra impresa disponibile a proporre in gara un magazzino adeguato; che perciò non era illegittima la richiesta di indicare il futuro magazzino di deposito ma il fatto che, in caso di ATI, ciascuna impresa dovesse possedere il magazzino;

- neppure poteva condividersi l'assunto del TAR in ordine alla legittimità dell'esclusione per non avere l'impresa indicato l'elenco dei principali servizi prestati negli ultimi tre anni con le relative indicazioni, in quanto da una parte la prescrizione del bando non era posta a pena di esclusione, con possibilità di integrare la documentazione come era avvenuto per la ***** Italia ed inoltre la domanda di partecipazione presentata dall'impresa era ampiamente articolata con l'indicazione del fatturato globale realizzato nel triennio 1999-2001 e del fatturato specifico realizzato nel 2001;

- neppure la mancata indicazione dei titoli di studio professionali dei prestatori del servizio poteva legittimare l'esclusione dalla gara, in quanto la prescrizione non era a pena di esclusione, tanto è vero che l'Amministrazione ne aveva consentito la regolarizzazione per i documenti lacunosi presentati dalla ***** Italia;

- infine doveva censurarsi l'esclusione anche con riferimento all'inesistenza delle referenze su servizi specifici in considerazione dell'illegittimità della relativa clausola.

Costituitasi in giudizio, l'Azienda ha chiesto il rigetto dell'appello. Ha precisato che correttamente il TAR aveva rilevato la carenza di interesse dell'Impresa a conseguire una decisione di merito sui motivi di esclusione attinenti sia al fatturato dell'ultimo anno sia alle referenze positive per servizi di custodia e gestione documenti, posto che le censure rivolte contro gli altri motivi, idonei a giustificare autonomamente l'esclusione, erano stati disattesi per infondatezza.

In prossimità dell'udienza pubblica di discussione del ricorso, entrambe le parti hanno presentato memoria conclusiva.

L'impresa ha insistito sull'erroneità del capovolgimento operato dal TAR in ordine all'esame delle censure proposte, in quanto in tal modo il soggetto che fin da principio è consapevole di dover essere escluso dalla gara a causa di clausole illegittime, per poter contestare tali clausole si dovrebbe dotare di tutto quanto richiesto dal bando ai fini dell'aggiudicazione che fin dall'inizio è riservata ad altri. Ha poi evidenziato che nel giudizio avverso il bando di gara contenente clausole escludenti non potevano trovare spazio considerazioni sull'esito della domanda di ammissione.

L'Azienda, a sua volta, ha precisato che le condizioni minime richieste per partecipare alla gara erano a pena di esclusione, tra cui l'indicazione della struttura da destinare ad archivio situata nella provincia di Padova o province limitrofe; né poteva procedersi alla regolarizzazione in quanto nel caso dell'istante erano mancata qualsiasi indicazione ad es. in ordine all'elenco dei titoli di studio e professionali dei prestatori del servizio.

Alla pubblica udienza del 25.11.2003, il ricorso è passato in decisione.

DIRITTO

1. Con sentenza TAR Veneto n. 6637 del 18.12.2002 è stato respinto il ricorso proposto dalla Società ***** avverso il bando di gara, e l'eventuale provvedimento di esclusione, per l'affidamento del

servizio di custodia e gestione dei documenti amministrativi, indetto dall'Azienda ULSS n. 16 di Padova.

Avverso detta sentenza ha proposto appello la Società.

2. L'appello è infondato.

2.1. La Società rileva che aveva tempestivamente e direttamente impugnato il bando di gara, le cui clausole ne precludevano la partecipazione, e solo in via cautelativa aveva presentato domanda di partecipazione e chiesto l'annullamento dell'eventuale esclusione, mentre il TAR non aveva esaminato le censure avverso il bando, deducendone l'inammissibilità per il fatto che era stata legittimamente pronunciata l'esclusione della Società per aver omesso nella domanda alcuni elementi richiesti pur essi per la partecipazione, ma in tal modo non sarebbe stato tenuto conto che la domanda di partecipazione alla gara era funzionale non al conseguimento dell'aggiudicazione ma al fine di evitare di vedersi eccepire nel relativo giudizio il difetto di interesse all'impugnazione e quindi rivolta solo a poter partecipare alla successiva gara sulla base di una nuova disciplina.

2.2. L'assunto della Società non può essere condiviso nel caso in esame.

In via preliminare occorre precisare che, avendo l'Impresa presentato domanda di partecipazione, non viene in rilievo il problema della necessità o meno della presentazione della domanda di ammissione alla gara (o al concorso) al fine di ritenere ammissibile il ricorso avverso le cosiddette clausole escludenti del relativo bando. Aspetto che al momento non ha ancora assunto un orientamento univoco presso questo Consiglio, in quanto da una parte è stata ritenuta necessaria la presentazione della domanda per concretizzare l'interesse concreto all'impugnazione del bando (A.P. n. 1 del 29.1.2003, sez. IV n. 253 del 17.1.2002 e n. 7187 del 10.11.2003, sez. V. n. 1574 del 26.3.2003 e sez. VI n. 719 del 25.2.2003), dall'altra tale domanda è stata ritenuta inutile (Sez. V n. 794 del 14.2.2003 e sez. VI n. 6429 del 20.10.2003).

Peraltro, bisogna considerare che la partecipazione ad una gara (od a un concorso) è normalmente subordinata al possesso da parte dell'aspirante di una pluralità di requisiti nel termine prescritto, per cui per lo meno il soggetto che intende contestare le clausole del bando richiedenti in modo illegittimo alcuni requisiti (non posseduti) dovrebbe dichiarare in giudizio di essere in possesso degli altri requisiti prescritti (salvo l'onere di dimostrarne l'effettiva sussistenza in caso di contestazione ad opera delle parti resistenti) al fine di potere ritenere presente l'interesse concreto a ricorrere. Con la conseguenza che solo a fini pratici può ritenersi più convincente l'orientamento che richiede comunque la presentazione della domanda, dato che da essa (e relativa documentazione allegata) può desumersi l'interesse concreto alla decisione. Pertanto, la domanda di partecipazione una volta presentata non può che essere presa in esame dall'Amministrazione (e dal Giudice) al fine di accertare la sussistenza o meno di tutti i requisiti prescritti.

Comunque, in caso di contestazione di una pluralità di requisiti prescritti per l'ammissione alla gara (o al concorso), il ricorso diventa infondato con riferimento ai requisiti (o al requisito) ritenuti in giudizio legittimamente prescritti e inammissibile per carenza di interesse con riferimento agli altri requisiti richiesti.

Invero, è pacifico presso questo Consiglio l'orientamento secondo cui è sufficiente a reggere il provvedimento amministrativo impugnato l'esistenza di un motivo autonomo non contestato o ritenuto fondato (sez. IV n. 69 del del 26.1.1998, Sez. V n. 206 e n. 208 del 23.1.2001, sez. VI n. 5530 del 17.10.2000).

2.3. E' proprio quest'ultima l'ipotesi che si è verificata nella specie, in quanto l'istante è stata esclusa dalla gara per una pluralità di ragioni tra loro autonome, tra cui in particolare per la mancata indicazione dell'ubicazione della struttura destinata ad archivio.

Detta specifica indicazione era richiesta senz'altro a pena di esclusione, in quanto da un lato il bando di gara prevedeva, tra le altre, come condizione minima per partecipare all'appalto, l'ubicazione nella provincia di Padova o province limitrofe della struttura destinata ad archivio e dall'altro il capitolato speciale (art.4, lett.C); prescriveva a pena di esclusione la presentazione di un progetto e di una relazione dalla quale si dovevano chiaramente evincere, tra l'altro, l'ubicazione (distanza chilometrica dalla sede dell'Azienda) e le caratteristiche strutturali dell'immobile.

L'impresa si era limitata, invece, ad indicare nella domanda un generico impegno a reperire l'immobile in questione nella provincia di Padova o province limitrofe.

Né può ritenersi l'illegittimità della clausola in questione per essere stato richiesto in via preventiva un requisito che semmai poteva riguardare l'aggiudicatario, in quanto l'ubicazione e la struttura dell'immobile costituivano, secondo la disciplina di gara, degli elementi fondamentali per la valutazione dell'offerta e perciò dovevano essere precisati ex ante.

Irrilevante è poi la circostanza che la disciplina di gara consentiva un accordo tra il partecipante alla gara e l'attuale gestore del servizio al fine del subentro nell'immobile già utilizzato come archivio, in quanto l'Impresa non si era avvalsa di tale facoltà.

2.4. Neppure può essere accolto l'ulteriore rilievo dell'appellante secondo cui il TAR, nel ritenere ragionevole l'imposizione dell'indicazione del luogo e della consistenza del futuro magazzino per il deposito del materiale da archiviare, non avrebbe tenuto conto dell'illegittimità della prescrizione secondo cui, in caso di eventuale ATI, ciascuna impresa dovesse possedere tutti i requisiti prescritti, tra cui quelli relativi al deposito per l'archivio, atteso che una volta rinnovata la gara l'istante poteva associarsi con altra impresa disponibile a proporre in gara un magazzino adeguato.

Al riguardo si osserva che la domanda di partecipazione alla gara da parte dell'istante risulta fatta come impresa singola e non come membro di un'associazione temporanea già costituita o da costituire, per cui la censura relativa alle discipline delle ATI non può essere esaminata per difetto di un interesse concreto.

3. Per quanto considerato, l'appello deve essere respinto con integrazione della motivazione della sentenza del TAR con quanto sopra precisato.

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. V) 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 25.11.2003, con l'intervento dei signori:

Pres. Emidio Frascione

Cons. Raffaele Carboni

Cons. Corrado Allegretta

Cons. Paolo Buonvino

Cons. Aniello Cerreto, Estensore

L'ESTENSORE

f.to Aniello Cerreto

IL PRESIDENTE

f.to Emidio Frascione

IL SEGRETARIO

f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 3 marzo 2004

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

IL DIRIGENTE

f.to Antonio Natale