

Consiglio di Stato, Sez. V, 28/5/2009 n. 3320

Sulla legittimità dell'esclusione da una gara di appalto di una a.t.i. per aver omesso di produrre il verbale di avvenuto sopralluogo richiesto dal bando.

L'esclusione da una gara d'appalto per ragioni formali può essere disposta sulla base di inequivocabili precetti contenuti negli atti di gara (bando, lettera di invito), come la scrupolosa indicazione dell'adempimento formalmente richiesto e l'altrettanto precisa indicazione della sanzione comminata, per cui, solo in mancanza di una sufficiente chiarezza nei dati in questione, risulterebbe illegittima l'esclusione di un'impresa disposta dall'amministrazione appaltante, dovendo semmai questa disporre un'integrazione documentale al fine di verificare il possesso dei requisiti richiesti a pena di esclusione, poiché, una volta inserita una determinata clausola in un bando di gara, la p.a. non può esimersi dal rispettarla, dovendo garantire la par condicio per tutti i concorrenti: quando gli oneri di produzione documentale siano richiesti a pena di esclusione dalla lex specialis di gara, una volta constatata l'omissione, la stazione appaltante deve trarne le conseguenze in punto di esclusione del soggetto cui esse siano addebitabili.

Ne consegue che, nel caso di specie, l'a.t.i. deve essere esclusa dalla gara di appalto per aver omesso di produrre l'attestato di avvenuto sopralluogo richiesto dal bando.

Materia: appalti / bando di gara

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 2089/2008, proposto da:

- Orion società cooperativa, in proprio e quale capogruppo mandataria A.T.I. Orion-Siram s.p.a.-
Consorzio nazionale servizi-Consorzio cooperative costruzioni, in persona del legale rappresentante
Architetto Aldo Torelli, rappresentata e difesa dall'avv. Bruno Becchi ed elettivamente con lui
domiciliata presso lo studio dell'avv. Vito Bellini, in via Orazio n. 3, Roma, ricorrente;

contro

- l'Azienda unità sanitaria Roma D, in persona del direttore generale, rappresentata e difesa dall'avv.
Fabio Ferrara ed elettivamente con lui domiciliata presso la sede legale dell'Azienda, in via Casal
Bernocchi n. 73, Roma, resistente;

e nei confronti di

- Mugnai s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria A.T.I. Mugnai-Maire Engineering s.p.a.-
Codigest. s.p.a., in persona dell'amministratore delegato, dottor Claudio Giuli, rappresentata e difesa
dagli avv.ti Raffaele Izzo, Paolo Vaiano e Diego Vaiano ed elettivamente domiciliata presso il loro
studio, sul Lungotevere Marzio n. 3, Roma, appellata controinteressata;
per l'annullamento o la riforma
della sentenza del tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione III-quater, 8 novembre 2007
n. 11075, concernente l'aggiudicazione della gara per l'affidamento della gestione e manutenzione
immobiliare ed impiantistica presso l'A.u.s.l. e connesse richieste risarcitorie.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.u.s.l. appellata e della società controinteressata;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 24 febbraio 2009, il Consigliere Aldo SCOLA;
Uditi, per le parti, gli avvocati Vito Bellini, per delega di Bruno Becchi, Fabio Ferrara e Donatella Resta,
per delega di Raffaele Izzo;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

La società Orion, in proprio e quale capogruppo dell'ATI con le imprese Siram, C.N.S. e C.C.C., meglio descritte in epigrafe, impugnava l'aggiudicazione definitiva dell'appalto della gestione e manutenzione del patrimonio immobiliare ed impiantistico e servizi accessori dell'Azienda intimata per: violazione e falsa applicazione dell'articolo 25 del decreto legislativo n. 157 del 1995 e dell'articolo 89 del d.lgs. n. 163 del 1996; eccesso di potere per illogicità manifesta, difetto assoluto di istruttoria e travisamento, in relazione al carattere anomalo dell'offerta ATI-Mugnai, perciò da escludere; 1) violazione e falsa applicazione dell'articolo 25 del d.lgs. 157 del 1995 e degli articoli 86 e seguenti del d.lgs. 163 del 2006; 2) 2) violazione e falsa applicazione dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990, per difetto assoluto di motivazione; eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione e d'istruttoria, illogicità e contraddittorietà manifeste, essendo le giustificazioni fornite dalla controinteressata in sede di accertamento dell'anomalia della sua offerta nient'altro che l'esatta riproduzione delle indicazioni fornite in sede di offerta.

In subordine e relativamente alla subprocedura di verifica della congruità:

3) violazione e falsa applicazione dell'articolo 25 del d.lgs. n. 157 del 1995 e dell'articolo 86 del D.lg. n. 163 del 2006; violazione del punto VI. 3 lettera C) del bando di gara; violazione dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990; difetto istruttorio, illogicità manifesta, travisamento ed erronei presupposti.

4) violazione e falsa applicazione dell'articolo 25 del d.lgs. n. 157 del 1995 e dell'articolo 86 del D.lg. n. 163 del 2006; violazione del punto VI. 3 lettera C) del bando di gara; violazione dell'articolo 3 della legge n. 241 del 1990; carenza istruttoria, illogicità manifesta, travisamento ed erronei presupposti.

La società ricorrente proponeva, poi, motivi aggiunti con i quali ulteriormente sviluppava gli argomenti inizialmente esposti nel primo motivo di gravame, chiedendo l'accesso a tutta l'offerta presentata dalla controinteressata e non soltanto a quella relativa alla parte tecnica come, invece le aveva consentito l'Azienda resistente.

La società ricorrente proponeva pure altri motivi aggiunti, con i quali deduceva, in relazione all'aggiudicazione in favore della controinteressata, l'illegittimità sopravvenuta per violazione e falsa applicazione dell'articolo 23, comma 1, lettera b) del d.lgs. n. 157 del 1995; violazione dei principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa; eccesso di potere per manifesta illogicità e sviamento; in subordine, eccesso di potere per illogicità manifesta e violazione dei principi di economicità e buon andamento dell'azione amministrativa.

Si costituiva in giudizio l'A.u.s.l. intimata, chiedendo il rigetto del gravame.

Si costituivano in giudizio la Mugnai s.p.a. e l'A.T.I. di cui la stessa era capogruppo, proponendo ricorso incidentale per l'illegittima ammissione alla procedura di gara delle ricorrenti, avendo violato, le medesime, le disposizioni del disciplinare di gara e prodotto una polizza cauzionale priva dei requisiti dell'imputabilità al raggruppamento (cfr. C.S., Ad. pl., dec. n. 8/2005): motivi del ricorso incidentale cui replicava la ricorrente, chiedendone la reiezione.

I primi giudici esaminavano preliminarmente il ricorso incidentale, accogliendone il primo motivo ed assorbendone i rimanenti, dopodiché dichiaravano inammissibile il gravame principale con sentenza prontamente impugnata dalla Orion, che riprospettava le censure già dedotte in prima istanza, aggiungendovi le seguenti:

vizio di motivazione e falsa applicazione dell'art. III.2.1. lett. f) del bando e degli artt. 5 e 7.2.1. n. 10 del disciplinare di gara, norme non contemplanti un obbligo generalizzato di sopralluogo per tutti i soggetti raggruppati o raggruppandi in A.T.I. (v. C.S., sez. IV, dec. n. 4644/2007), al riguardo equivalendosi delega preventiva e ratifica successiva, purché anteriori al momento della presentazione dell'offerta, avendo l'A.u.s.l. convalidato l'attestato di sopralluogo 20 luglio 2007, malgrado la nel frattempo mutata composizione dell'A.T.I., onde favorire la più ampia partecipazione;

ancora falsa applicazione del cit. art. 5 e motivazione errata ed illogica, avendo pure altre associate di altre A.T.I. (ivi compresa A.T.I.-Mugnai) omesso di effettuare un diretto sopralluogo e non potendosi imporre ulteriori e no previste visite ai luoghi, oltre alle due obbligatorie secondo il disciplinare di gara; anomalia dell'offerta Mugnai, poi risultata aggiudicataria, per omesse o sottostimate voci di costo (come per la straordinaria manutenzione d'impianti elettrici; per il personale, indicato in 32 anziché 62 unità, tra dedicate e condivise; complessivo sistema informatico: Hardware e software; proposte migliorative; servizi tecnici, diagnosi energetica, servizi d'ingegneria, analisi di laboratorio e formazione; manutenzione straordinaria d'impianti elettrici; somiglianza delle giustificazioni richieste ed offerte dalla Mugnai rispetto alla sua offerta iniziale, ritenuta dalla stazione appaltante non esaustiva; inattendibile classifica al primo posto della Mugnai, solo grazie a parti della propria offerta concernenti i servizi stralciati (66% del totale) e non più appartenenti all'oggetto del contratto d'appalto, omessa valutazione analitica dei profili di anomalia riscontrati nell'offerta Mugnai, non apprezzabile con richiamo al sopravvenuto d.lgs. n. 163/2006; inopinato stralcio dei servizi dalla gara d'appalto, disposto con delib. n. 498/2007, residuando solo il servizio tecnico gestionale ed il call center così divenuto privo di specifiche finalità; pretese risarcitorie, quantificate nel 10% dell'importo contrattuale, più euro 90.000,00 per spese di partecipazione, I.V.A. per costi esteri ed euro 41.250,00 per costi interni.

La Mugnai appellata si costituiva in giudizio e resisteva al gravame.

Anche la A.u.s.l. si costituiva in giudizio e resisteva all'appello, sostenendo l'inattendibilità della richiesta risarcitoria, la legittimità del proprio operato e la correttezza dell'impugnata pronuncia, ritenuta meritevole di conferma, e richiamando la circostanza che l'appaltatore sapeva di dover provvedere pure alla gestione calore e di dover rinunciare a servizi (o parte di essi) eventualmente affidati al contraente del Multiservizio tecnologico regionale, previo già stipulato accordo regione-azienda sanitaria, reso solo esecutivo con la cit. delib. n. 498/2007 (v. C.S., sez. V, ordinanza n. 24/2008, resa su appello n. 9420/2007, A.u.s.l. Roma D-Mugnai/Elyo, concernente un'interrotta proroga contrattuale).

L'appellante Orion, con memoria riepilogativa, insisteva nelle sue tesi difensive.

All'esito della pubblica udienza di discussione la vertenza passava in decisione, dopo il deposito di una memoria riassuntiva da parte della Mugnai s.p.a..

DIRITTO

Il ricorso è infondato e va respinto per i motivi attendibilmente individuati dal Tribunale di prima istanza e che qui si riassumono come segue.

1) Veniva esaminato, preliminarmente, il ricorso incidentale proposto dalla Mugnai s.p.a.: ove, con quest'ultimo, sia contestata la mancata esclusione dalla gara dell'impresa ricorrente principale, l'eventuale fondatezza di questo può comportare la perdita della legittimazione ad agire proprio di tale ricorrente principale, in quanto, riducendosi il suo interesse a contrastare i risultati della gara ad interesse di mero fatto, potrebbe intervenire una pronuncia concludente il processo, in rito, per difetto di una delle condizioni dell'azione; donde la priorità logica dell'esame del ricorso incidentale. La controinteressata lamentava la violazione delle disposizioni riguardanti una delle condizioni per partecipare alla gara (il sopralluogo del sistema patrimoniale immobiliare dell'A.u.s.l., da parte dell'impresa ricorrente e partecipante alla gara), richiamando anche l'articolo 5 del disciplinare di gara, rubricato "assunzione di responsabilità dei concorrenti", ove, a carico di ogni impresa partecipante all'appalto, si prevedeva l'obbligo di effettuare una visita tecnica dei due plessi sanitari facenti parte dell'A.u.s.l. Roma D (Ospedale Grassi di Ostia e C.P.O. di Ostia) e costituenti la gran parte del patrimonio immobiliare dell'Azienda, con un incaricato di quest'ultima tenuto, poi, a rilasciare un'attestazione dell'avvenuto sopralluogo: obbligo considerato soddisfatto da un sopralluogo svolto congiuntamente da tutte le imprese riunite in associazione temporanea di imprese ovvero, effettuato dalle imprese del raggruppamento espressamente delegate dalle altre non intenzionate a parteciparvi;

con la correlativa necessità, sancita a pena di esclusione, d'inserire l'attestato di sopralluogo nella busta contenente la documentazione necessaria per partecipare alla gara.

La ricorrente (v. verbale 13 settembre 2006) non avrebbe prodotto l'attestato di sopralluogo e non avrebbe nemmeno conferito delega a tale fine ad una delle imprese con essa associate, limitandosi a rilasciare un attestato nel quale afferma di fare propria la visita effettuata da altra impresa dell'A.T.I., come rilevato dal rappresentante della Mugnai (durante le operazioni di gara), che avrebbe chiesto, espressamente, l'esclusione della ricorrente dalla procedura.

L'impresa Orion osservava come il carattere aperto della procedura di gara permettesse al soggetto concorrente di rivelarsi soltanto all'atto della presentazione dell'offerta (9 agosto 2007): nel momento del sopralluogo (20 luglio 2007), non avendo ancora preso corpo l'A.T.I. (cui essa avrebbe aderito in seguito), essa non avrebbe potuto delegare, per il sopralluogo, una delle altre imprese con cui si sarebbe poi associata; considerava la fornita dichiarazione di approvazione come idonea a sostituire la delega all'effettuazione del sopralluogo, nel rispetto dell'unica previsione disciplinante la comminatoria dell'esclusione dalla gara (mancata allegazione dell'attestato di visita dei luoghi), dato che il documento attestante l'avvenuto sopralluogo svolto da altra impresa del raggruppamento - la Siram - sarebbe stato prodotto ed inserito nel plico A, contenente la documentazione richiesta per poter prendere parte alla gara.

2) Al riguardo, condivisibilmente i primi giudici osservavano come l'appalto in esame fosse costituito dalla "manutenzione e gestione del patrimonio immobiliare e impiantistico e servizi accessori" dell'Azienda resistente, donde l'onere per i concorrenti - con la presentazione dell'offerta - di assumersi ogni responsabilità in ordine alla conoscenza del patrimonio immobiliare e impiantistico dell'Azienda, con l'accessorio dovere di effettuare la visita tecnica dei due plessi sanitari più consistenti dell'Azienda.

Quanto ai raggruppamenti di imprese, il disciplinare di gara precisava che: "In caso di RTI costituite o costituende il sopralluogo dovrà essere effettuato congiuntamente da tutte le ditte costituenti il raggruppamento ovvero da una sola ma solo su espressa delega da parte di quella o di quelle che non partecipano al sopralluogo" e, dopo il punto 16 dell'articolo 7, si disponeva che l'attestato di visita dovesse riguardare tutte le imprese raggruppate o raggruppande.

Risultava evidente l'obbligo, per qualunque soggetto partecipante - singolo o raggruppato - di dare prova dell'avvenuta conoscenza dei luoghi (o più precisamente della maggior parte di essi, e cioè dell'ospedale Grassi e del C.T.O. di Ostia) mediante l'allegazione del documento previsto a tale scopo, ammettendosi la non effettuazione delle visite, esclusivamente nel caso di raggruppamenti, mediante la delega preventiva conferita da una delle imprese del raggruppamento ad altra, ed imponendo la forma scritta, accompagnata dal documento di riconoscimento del rappresentante dell'impresa delegante, come garanzia della sua provenienza.

L'inosservanza della procedura descritta comportava la sanzione dell'esclusione, senza la possibilità di alternativi comportamenti, asseritamente ritenuti equivalenti alla delega all'effettuazione del sopralluogo da parte di una sola delle imprese raggruppate o raggruppande, rilasciata in via preventiva.

3) L'esclusione da una gara d'appalto per ragioni formali può essere disposta sulla base di inequivocabili precetti contenuti negli atti di gara (bando, lettera di invito), come la scrupolosa indicazione dell'adempimento formalmente richiesto e l'altrettanto precisa indicazione della sanzione comminata, per cui, solo in mancanza di una sufficiente chiarezza nei dati in questione, risulterebbe illegittima l'esclusione di un'impresa disposta dall'amministrazione appaltante, dovendo semmai questa disporre un'integrazione documentale al fine di verificare il possesso dei requisiti richiesti a pena di esclusione, poiché, una volta inserita una determinata clausola in un bando di gara, la p.a. non può esimersi dal rispettarla, dovendo garantire la par condicio per tutti i concorrenti: quando gli oneri di produzione documentale siano richiesti a pena di esclusione dalla lex specialis di gara, una volta constatata l'omissione, la stazione appaltante deve trarne le conseguenze in punto di esclusione del soggetto cui esse siano addebitabili.

Per di più, la p.a. resistente, nel dettare le disposizioni prima esposte, riguardanti l'effettiva conoscenza dei luoghi oggetto dell'appalto, aveva inteso garantirsi la predisposizione di un'offerta seria

da parte di qualunque soggetto imprenditoriale interessato, operante come singolo o riunito ad altri, ritenendo soltanto la conoscenza dell'effettiva entità dei lavori da eseguire utile a tale scopo. Il tempo previsto per la valutazione dell'oggetto dell'appalto al fine della formulazione di un'offerta, remunerativa per l'impresa e favorevole per la stazione appaltante si racchiude, di regola, in 60 giorni e, tra tutte le attività da svolgere per la formulazione di un'offerta, in un appalto come quello di specie, la prima a dover essere condotta da parte di un'impresa che intenda concorrere è proprio quella di prendere visione dei luoghi, solo così potendo la stessa formulare una sua ponderata proposta (come accade pure nel settore privato, ad esempio per la ristrutturazione di un immobile: la prima attività posta in essere dall'impresa interessata all'esecuzione dei lavori è proprio quella relativa al sopralluogo, essendo impensabile che la stessa possa formulare la sua offerta senza aver preventivamente preso conoscenza dei luoghi).

4) Nella specie, se l'Orion aveva maturato la sua volontà di partecipare alla gara, ma non quella di raggrupparsi con altre imprese, la stessa era tenuta, come impresa singola, a svolgere il sopralluogo richiesto, a prescindere da ogni successiva volontà di raggrupparsi con qualunque delle altre imprese interessate alla partecipazione alla gara. Se tale volontà era maturata dopo il 20 luglio 2007, di effettuazione del sopralluogo da parte della Siram, la stessa avrebbe potuto e dovuto prendere visione dei luoghi dopo tale data, ma entro la scadenza per la partecipazione alla procedura (9 agosto 2007). Dal 20 luglio al 9 agosto (data ultima di presentazione dell'offerta) vi poteva essere tempo sufficiente per chiedere la fissazione di un'altra data per visionare gli immobili oggetto dell'appalto: onere formale sanzionato dall'esclusione dalla procedura e sintomo della serietà dell'offerta, non potendosi ravvisare alcuna equivalenza tra la delega al sopralluogo conferita, preventivamente, da un'impresa che abbia già maturato la volontà di raggrupparsi in A.T.I. con quella delegata e l'atto con il quale si faccia proprio il sopralluogo effettuato da un'altra impresa con cui si decida di riunirsi in associazione dopo la visita dei luoghi da parte di questa ed alla vigilia della scadenza del termine per la presentazione dell'offerta. Nel primo caso la volontà di raggrupparsi in A.T.I. con altri soggetti imprenditoriali ed il vincolo collegante le società interessate (che, evidentemente, abbiano già condotto una valutazione economica interna al futuro raggruppamento), oltre a rispondere a quanto richiesto formalmente dalla stazione appaltante, integra la serietà dell'offerta; nel secondo caso, invece, oltre alla violazione della regola formale, vi sarebbe pure da dubitare della serietà dell'offerta che, sconosciuto l'oggetto dell'appalto, potrebbe essere intervenuta, magari, al solo scopo di essere comunque presente sul mercato, magari solo a fini promozionali.

Conseguentemente, non potendo la ricorrente partecipare alla gara, in quanto avrebbe dovuto esserne esclusa, la stessa risultava priva di interesse all'impugnazione degli atti della procedura, donde la riconosciuta inammissibilità del ricorso principale (necessariamente, pure per i profili risarcitori, palesemente collegati a quelli impugnatori).

L'appello va, dunque, respinto, con salvezza dell'impugnata pronuncia.

Le spese del secondo grado di giudizio possono integralmente compensarsi tra le parti costituite, tenuto anche conto del loro reciproco impegno difensivo e della natura della controversia.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, sezione quinta,

- respinge l'appello;
- compensa spese ed onorari del secondo grado di giudizio.

Così deciso in Roma, Palazzo Spada, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, nella camera di consiglio del 24 febbraio 2009, con l'intervento dei signori magistrati:

Raffaele CARBONI	Presidente
Cesare LAMBERTI	Consigliere
Filoreto D'AGOSTINO	Consigliere
Claudio MARCHITIELLO	Consigliere
Aldo SCOLA	Consigliere estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Aldo Scola F.to Raffaele Carboni

IL SEGRETARIO

F.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/05/09

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

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)