

Se è legittima l'esclusione, è impugnabile l'aggiudicazione?

Scritto da Fabrizio Laudani
Lunedì 18 Luglio 2011 15:30 -

N. 739/2011 REG. PROV. COLL. N. 1450 REG. RIC. ANNO 2008 REPUBBLICA
ITALIANA IN
NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1450 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

M. S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Luisa Demagistris, J. Pietro Quadri, con domicilio eletto presso la prima in Torino, corso S. Maurizio, 81;

contro

Azienda Sanitaria Locale To1, rappresentata e difesa dagli avv. Prof. Mario Eugenio Comba, Matteo Chiosso, con domicilio eletto presso l'avv. Prof. Mario Eugenio Comba in Torino, via Mercantini, 6;

nei confronti di

M. S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Prof. Carlo Emanuele Gallo, Franco Mastragostino, con domicilio eletto presso l'avv. Prof. Carlo Emanuele Gallo in Torino, via Pietro Palmieri, 40;
D. Srl, rappresentata e difesa dagli avv. Antonio Erba, Guglielmo Giordanengo, con domicilio eletto presso l'avv. Guglielmo Giordanengo in Torino, via Ettore De Sonnaz, 11;

per l'annullamento

Se è legittima l'esclusione, è impugnabile l'aggiudicazione?

Scritto da Fabrizio Laudani
Lunedì 18 Luglio 2011 15:30 -

1) di tutti i verbali di gara ed in particolare del verbale della seduta pubblica del 9 ottobre 2008, conosciuto a seguito di atto di produzione in giudizio del 3.12.2008, nel quale M. è stata dichiarata esclusa dalla valutazione economica e dalla formazione della graduatoria finale, del verbale di valutazione tecnica del 16.06.2008 - 21.07.2008;

2) del verbale di aggiudicazione provvisoria e di aggiudicazione definitiva allo stato non conosciuto, allo stato non conosciuti, compresa la lettera di comunicazione della graduatoria finale 23.10.2008;

3) di ogni altro atto presupposto connesso e consequenziale;

4) del capitolato speciale di gara, in particolare:

A) dell'art. 29 del capitolato speciale;

B) dello schema offerta economica modello sub. 3.3. Capitolato Speciale;

C) dell'art. 57 del capitolato speciale;

D) dell'art. 68 del capitolato speciale;

E) del punto IV.2 del Bando di Gara nella parte in cui non stabiliva i criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

5) della lettera 24.04.2008 con cui l'A.S.L. ha fornito chiarimenti in ordine agli atti di gara,

Se è legittima l'esclusione, è impugnabile l'aggiudicazione?

Scritto da Fabrizio Laudani
Lunedì 18 Luglio 2011 15:30 -

compresi gli allegati alla stessa lettera relativi a "Schemi offerta" (Modello sub. 3.3.), nella parte relativa all'indicazione del costo al mq.

6) della delibera di indizione n. 536/DG/28/07 del 31.10.2007, con cui veniva approvata la procedura ristretta, segnatamente il bando di gara, la lettera di invito, il capitolato speciale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale To1 e di M. S.p.A. e di D. Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2011 il dott. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO E DIRITTO

1. Con il gravame in epigrafe, implementato di due atti per motivi aggiunti la ricorrente società impugna l'aggiudicazione alla controinteressata del servizio di pulizia per i presidi ospedalieri e non ospedalieri della resistente ASL per un importo di circa 7.500.000 euro per anni tre.

Sulla vicenda si è ripetutamente pronunciato il Tribunale in sede cautelare con pronunce tutte

Se è legittima l'esclusione, è impugnabile l'aggiudicazione?

Scritto da Fabrizio Laudani
Lunedì 18 Luglio 2011 15:30 -

confermate in appello.

L'offerta della ricorrente è stata esclusa e perché considerata incompleta e indeterminata per non aver indicato il costo del servizio a metro quadro, espressamente richiesto dall'art. 29 del capitolato speciale d'appalto che al punto 3 stabiliva che i concorrenti dovessero indicare "il costo del servizio al metro quadro, intendendo tutte le superfici da pulire, sia orizzontali che verticali, IVA esclusa".

La ricorrente, come detto, interponeva un primo atto per motivi aggiunti il 29.12.2008 e un secondo il 28.2.2009.

La Sezione si pronunciava per l'infondatezza del gravame dapprima con Ordinanza cautelare n. 1012/2008, poi con successive ordinanze n. 52/2009 e 237/2009, tutte confermate, come detto, dalla V Sezione del Consiglio di Stato.

La controinteressata produceva memorie il 13.1.2009 e il 16.6.2011.

Alla pubblica Udienza del 5.7.2011 il ricorso e i motivi aggiunti, sulle conclusioni delle parti e la Relazione del Referendario Avv. Alfonso Graziano, sono stati trattenuti a sentenza.

2.1. Con il primo mezzo la ricorrente lamenta: 1) che il costo del servizio a metro quadro poteva ricavarsi da un facile calcolo matematico; 2) che il modulo offerta era carente dell'indicazione temporale in base alla quale calcolare il costo al mq; 3) la scheda offerta sarebbe equivoca; 4) i chiarimenti diramati dalla P.A. avrebbero lasciato intendere che per costo al mq dovesse farsi riferimento al costo al mq per interventi di risanamento a seguito di ristrutturazioni per cui la presenza dell'indicazione del costo del servizio a mq appariva come un errore di redazione della scheda offerta economica; 5) la prescrizione non era in linea con il criterio di assegnazione del punteggio che era il canone mensile per il singolo lotto; 6) il Capitolato non contemplava quale causa di esclusione l'ipotesi di eventuale carenza di dati non essenziali nell'offerta economica.

2.2. Con ben due ordinanze cautelari la Sezione ha deliberato l'infondatezza delle riassunte

Se è legittima l'esclusione, è impugnabile l'aggiudicazione?

Scritto da Fabrizio Laudani
Lunedì 18 Luglio 2011 15:30 -

censure e deve in questa sede di merito confermare la relativa valutazione.

Il dato di partenza incontrovertito e riconosciuto dalla stessa deducente è che la sua offerta non ha indicato il costo del servizio al metro quadro.

Ora, siffatta indicazione era espressamente prescritta dalla riportata previsione dell'art. 29 del capitolato speciale. Ne consegue che l'offerta risultava espressa in modo indeterminato e, come rilevato in sede cautelare, era priva di un elemento essenziale per valutarne la congruità.

Quanto all'asserita ricavabilità del dato omesso attraverso un'operazione di calcolo aritmetico, il Collegio osserva come l'appalto fosse a corpo e la pretesa operazione di calcolo mediante i metri quadrati conosciuti dalla commissione introduceva nella procedura all'esame un elemento di alterazione della par condicio, nel senso che trattare in siffatta privilegiata maniera l'offerta della deducente arrecava un vulnus alla par condicio rispetto agli altri concorrenti che avevano invece debitamente indicato il prezzo a metro quadro.

2.3. Oltretutto, valga soggiungere che per principio consolidato i dati inerenti le offerte dei concorrenti non sono integrabili o modificabili dalla Commissione, pena l'infrazione del canone della par condicio competitorum.

Un'eventuale attività deduttiva del seggio di gara avrebbe frustrato inoltre l'onere del concorrente di formulare un'offerta certa e determinata.

Valga inoltre considerare che era anche lo schema offerta originario a indicare la riga inerente il costo al metro quadro, al pari della nuova scheda offerta allegata dalla ASL ai chiarimenti del 24.4.2008, la quale riproduceva la previsione della ulteriore riga relativa alla voce di costo al metro quadro per interventi di risanamento a seguito di ristrutturazioni.

2.4. Da respingere è pure l'ulteriore deduzione difensiva secondo cui il prezzo al metro quadro era da intendersi riferito unicamente al prezzo al metro quadro per interventi di ristrutturazione.

Se è legittima l'esclusione, è impugnabile l'aggiudicazione?

Scritto da Fabrizio Laudani
Lunedì 18 Luglio 2011 15:30 -

Viceversa si oppone a siffatta prospettazione limitativa la generalità della prescrizione dell'art. 29 sopra riportata, la quale era cristallina nell'imporre l'indicazione del costo al metro quadro non solo per gli interventi di risanamento conseguenti a ristrutturazione, bensì per tutte le tipologie di pulizie e quindi anche per gli interventi di pulizia ordinaria dei presidi e dei non presidi ospedalieri.

Infondata si prospetta pertanto la censura di equivocità della scheda offerta.

2.5. La ricorrente si duole anche della mancata attivazione da parte della P.A. del dovere di soccorso ex art. 46 del codice dei contratti, facendone derivare l'illegittimità della sua esclusione.

2.6. La censura è infondata sotto un profilo sostanziale poiché come già rilevato con l'Ordinanza cautelare n. 1012.2008 la norma invocata non è applicabile per riparare ad omissione di profili essenziali dell'offerta, quali la sua incompletezza per omessa indicazione del costo al metro quadro.

Sul piano giuridico deve inoltre qui rilevare la Sezione come l'art. 46 del codice dei contratti e il relativo dovere di soccorso alle imprese non sia invocabile, secondo quando già in altra fattispecie chiarito, quando la procedura di gara è prevenuta alla fase di valutazione dell'offerta.

2.7. Invero, il perimetro applicativo dell'art. 46 resta circoscritto e contenuto alla fase della prequalificazione, atteso che la norma dispone che la stazione appaltante invita i concorrenti a chiarire il contenuto di dichiarazioni o documenti presentati in sede di offerta ed è doverosamente delimitato temporalmente e confinato alla fase nella quale l'Amministrazione deve ammettere alla gare le imprese.

Viceversa la norma non può trovare applicazione per interpretare, chiarire o completare dati afferenti alla successiva fase dell'offerta in senso proprio, pena la violazione della par condicio (in tal senso già T.A.R. Emilia - Romagna - Parma, 6.2.2008, n. 90; T.A.R. Lombardia - Brescia, 5.3.2007, n. 180).

Se è legittima l'esclusione, è impugnabile l'aggiudicazione?

Scritto da Fabrizio Laudani
Lunedì 18 Luglio 2011 15:30 -

3. In via subordinata la deducente, rubricando violazione dell'art. 83 del codice dei contratti, lamenta con apposito motivo di doglianza, difetto di coincidenza tra la consistenza del servizio e il relativo costo, deducendo che l'oggetto dell'appalto comprendeva anche gli interventi straordinari connessi ad opere di ristrutturazione se ed in quanto necessari.

Se ciò è esatto, osserva il Collegio che è altrettanto vero, peraltro, che i concorrenti dovessero decurtare dal canone complessivo richiesto, gli interventi straordinari di risanamento a seguito di ristrutturazioni.

Invero, le imprese potevano formulare la richiesta di canone mensile considerando la possibile incidenza anche del costo determinato dai predetti interventi straordinari, tenuto conto che erano a conoscenza dell'estensione in mq delle superfici oggetto di eventuali interventi straordinari.

4.1. Con il secondo motivo la ricorrente rubrica violazione della l. n. 123/2007 e dell'art. 68 del d.lgs. n. 163/2006 lamentando l'omessa allegazione al contratto d'appalto di DUVRI che ai sensi della l. n. 123/2007 è doveroso da parte della stazioni appaltanti, che devono metterlo a disposizione dei concorrenti ed è da considerare specifica tecnica ai sensi dell'art. 68 del codice dei contratti.

Nella specie l'ASL avrebbe violato siffatte disposizioni, non avendo fornito alla ricorrente il prescritto documento di valutazione dei rischi.

4.2. La doglianza non coglie nel segno, non considerando che il DUVRI presuppone che la stazione appaltante abbia previamente valutato l'esistenza di interferenze tecniche correlate all'espletamento del servizio, rientrando pertanto nella sua discrezionalità tecnica predisporre il Documento già in fase di redazione del contratto d'appalto ovvero rinviarne l'elaborazione una volta prescelto l'aggiudicatario.

Nel caso all'esame poiché le modalità di svolgimento del servizio costituivano specifica componente dell'offerta tecnica da predisporre da parte dei concorrenti, non avendo l'Amministrazione a priori contezza della consistenza del servizio, era impossibilitata a predisporre l'invocato documento di valutazione del rischio di impresa.

Se è legittima l'esclusione, è impugnabile l'aggiudicazione?

Scritto da Fabrizio Laudani
Lunedì 18 Luglio 2011 15:30 -

5.1. Con i primi motivi aggiunti la deducente ripropone le censure dirette avverso la sua esclusione dalla gara per incompletezza dell'offerta.

Le doglianze sono inammissibili per violazione del principio del ne bis in idem, avendo già il Tribunale pronunciato sulle stesse con l'Ordinanza cautelare n. 1012/2008 e non essendo stati allegati fatti nuovi sopravvenuti, come del resto già indicato dalla Sezione con l'Ordinanza cautelare n. 52/2009. Oltretutto su quelle censure pendeva l'appello cautelare interposto avverso la prima decisione interinale di questo giudice.

5.2. Parimenti inammissibili si prospettano le ulteriori censure che la deducente con i motivi aggiunti all'esame rivolge avverso la partecipazione alla gara della controinteressata e della D. Srl.

A siffatta conclusione il Tribunale deve pervenire sulla scorta di quanto già tratteggiato in sede cautelare, valorizzando il principio di diritto, recentemente riproposto dall'Adunanza Plenaria n. 4/2011, secondo il quale il concorrente legittimamente escluso da una gara d'appalto non vanta alcun interesse differenziato, giuridicamente apprezzabile, a contestare la legittimità dell'aggiudicazione della gara ad altre imprese o l'ammissione delle stesse alla competizione, posto che l'eventuale accoglimento delle difese nessun vantaggio sarebbe idoneo ad arrecare alla sfera giuridica del ricorrente, invulnerata restando la sua esclusione dalla gara (Consiglio di Stato, Sez. V, 30.8.2006, n. 5067; Consiglio di Stato, Sez. V, 16.9.2004, n. 6031; T.A.R. Campania - Napoli, 2.8.2007, n. 727; T.A.R. Abruzzo - L'Aquila, Sez. I, 12.6.2008, n. 691; T.A.R. Campania - Napoli, I, n. 3378/2008).

6.1. Vanno ora scrutinati i secondi motivi aggiunti depositati il 28.2.2009.

Con un primo ordine di doglianze la ricorrente censura la previsione dell'art. 29 del capitolato speciale d'appalto nella parte in cui lo stesso richiede l'espressa indicazione del costo del servizio a metro quadro.

Sul punto la deducente lamenta l'irragionevolezza della prescrizione assumendo che il predetto

Se è legittima l'esclusione, è impugnabile l'aggiudicazione?

Scritto da Fabrizio Laudani
Lunedì 18 Luglio 2011 15:30 -

costo del servizio non era elemento su cui doveva attribuirsi il punteggio all'offerta economica e altresì lamentando che lo schema di offerta sul punto era indeterminato poiché non veniva indicato il parametro temporale su cui calcolare il costo al mq.

6.2. Siffatte doglianze sono destituite di fondamento non rivelandosi illogica la prescrizione di indicare il costo del servizio a mq poiché rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione definire i parametri quantitativo - dimensionali rispetto ai quali le imprese concorrenti siano tenute a dettagliare la propria offerta di prezzo.

La delineata opzione amministrativa non evidenzia, infatti, profili o aspetti di manifesta illogicità, incoerenza o irragionevolezza - nei cui soli limiti seguita ad essere tuttora consentito il sindacato del Giudice amministrativo sull'attività discrezionale - rispondendo, anzi, siffatta scelta ad apprezzabile interesse pubblico all'acquisizione di offerte il più possibile dettagliate, precise e perciò maggiormente ponderate e meditate.

Quanto alla pretesa indeterminatezza del parametro costo del servizio a metro quadro stante la lamentata carenza del parametro temporale di riferimento, deve la Sezione, come già enunciato in sede cautelare, rilevare l'evidente eterogeneità ontologica e funzionale dei fattori tempo/unità dimensionale e la conseguente loro inattitudine a vicendevoli e reciproci condizionamenti o influenze.

Il motivo aggiunto in scrutinio è conseguentemente infondato e va disatteso.

7.1. Con l'ultimo mezzo dei motivi aggiunti in disamina la ricorrente si duole dell'illegittima aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata per erronea valutazione dell'anomalia della sua offerta.

7.2. La censura è soggetta alla medesima diagnosi di inammissibilità per difetto di interesse che ha interessato il primo atto per motivi aggiunti, stante l'evidente carenza di interesse della ricorrente, legittimamente esclusa dalla gara, a contestare l'aggiudicazione ad altri, per l'evidente già rilevata inidoneità dell'eventuale pronuncia positiva di accoglimento del gravame ad ampliare la sfera giuridica della deducente, la cui esclusione legittima resterebbe definitivamente invulnerata dalla pronuncia giurisdizionale.

Se è legittima l'esclusione, è impugnabile l'aggiudicazione?

Scritto da Fabrizio Laudani
Lunedì 18 Luglio 2011 15:30 -

Dal che il palese difetto di interesse alle censure avverso l'aggiudicazione alla controinteressata.

In definitiva, al lume delle considerazioni finora svolte il ricorso va respinto siccome infondato, mentre i motivi aggiunti sono in parte infondati e in parte inammissibili.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge unitamente ai motivi aggiunti.

Condanna la ricorrente a pagare all'Amministrazione e a ciascuno dei controinteressati le spese processuali che liquida in complessivi euro 2.000,00 ciascuno oltre accessori di legge

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2011 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi - Presidente

Se è legittima l'esclusione, è impugnabile l'aggiudicazione?

Scritto da Fabrizio Laudani
Lunedì 18 Luglio 2011 15:30 -

Richard Goso - Primo Referendario

Alfonso Graziano - Referendario, Estensore

IL PRESIDENTE

Franco Bianchi

L'ESTENSORE

Alfonso Graziano

Depositata in Segreteria il 6 luglio 2011

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)