

N. 05342/2011 REG.PROV.COLL.
N. 07240/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7240 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc. Focard a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Michele Damiani, con domicilio eletto presso il medesimo, in Roma, via A. Mordini, 15;

contro

Azienda Ospedaliera “Complesso Ospedaliero San Giovanni Addolorata” di Roma, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe De Vergottini e Massimo Greco, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Antonio Bertoloni, 44;

nei confronti di

Soc. Sameco a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Antonella Lo Conte, con domicilio eletto presso la medesima in Roma, piazza Adriana, 20;

per l'annullamento

- del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara indetta per

l'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e smaltimento/recupero dei rifiuti pericolosi a rischio infettivo, dei rifiuti sanitari pericolosi non a rischio infettivo, di altre tipologie di rifiuti pericolosi, speciali non pericolosi e dei rifiuti che richiedono particolari sistemi di gestione prodotti nei presidi e nelle sedi amministrative dell'Azienda Ospedaliera "Complesso Ospedaliero San Giovanni Addolorata", adottata dalla Commissione giudicatrice del 28 luglio 2010, verbale di gara n. 1;

dell'art. 19 del Disciplinare di gara;

di ogni altro atto comunque connesso a quello impugnato, con particolare riferimento alla nota di comunicazione prot. n. 16720/2010 del 2.8.2010 ed alla lex specialis del procedimento;

e con i motivi aggiunti notificati in data 17.11.2010:

del provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata della gara sopra indicata;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera "Complesso Ospedaliero San Giovanni Addolorata" di Roma e della Soc. Sameco a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2011 il Consigliere Solveig Cogliani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso introduttivo, l'istante premesso di aver partecipato alla gara indetta dalla resistente Azienda ospedaliera con bando pubblicato in G.U.C.E. in data 12.6.2010, insieme alla contro interessata Sameco s.r.l., esponeva che alla prima seduta era stata esclusa perché era stata rilevata la

non conformità alle prescrizioni del bando della quietanza comprovante l'avvenuto versamento del deposito cauzionale provvisorio come previsto a garanzia dell'offerta dal combinato disposto degli artt. 15 e 19 del Disciplinare di gara e chiarito con nota prot. N. 15847 del 20.7.2010. Esponeva, altresì, che il rappresentante della Focard s.r.l. aveva provveduto immediatamente a sottolineare che si verteva in un'ipotesi di mero errore materiale dovuto all'erronea indicazione del valore dell'appalto e che tuttavia, non si era verificato alcun vantaggio a favore dell'istante.

Pertanto, la ricorrente censurava il provvedimento di esclusione adottato con i seguenti motivi di gravame:

1 – illegittimità dell'art. 19 del Disciplinare di gara per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 75 d.lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i., illegittimità del provvedimento di esclusione per violazione e falsa applicazione dell'art. 46, d.lgs. n. 163 cit.; invalidità derivate; eccesso di potere per difetto di istruttoria e difetto di motivazione, poiché il contrasto della previsione dell'art. 19 del Disciplinare, che prevede che la cauzione sia costituita per un valore pari al 2% del prezzo annuo al netto dell'IVA, con quella dell'art. 75 menzionato, che dispone che l'offerta sia corredata da una garanzia pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, avrebbero dovuto portare l'amministrazione ad esercitare il potere di cui all'art. 46 del Codice dei contratti pubblici;

2 – violazione dell'art. 97 Cost., violazione e/o falsa applicazione sotto diverso profilo dell'art. 75 menzionato e del principio della massima partecipazione dei concorrenti alle gare pubbliche, dell'art. 1431 c.c. ed eccesso di potere;

3 – violazione dell'art. 75, d.lgs. n. 163 del 2006, sotto ulteriore profilo, e dell'art. 1339 c.c. ed eccesso di potere poiché la società aveva chiarito che la garanzia era presentata in conformità alla previsione dell'art. 75 cit., dovendosi intendere che quanto disposto dal richiamato articolo costituisce

norma imperativa, che trova dunque applicazione di diritto nel contratto alla luce della disciplina civilistica invocata;

4 – violazione dell'art. 70 d.lgs. n. 163 cit. e dell'art. 1339 c.c. ed eccesso di potere, poichè l'amministrazione aveva ommesso di indicare le ragioni di urgenza dell'abbreviazione dei termini per presentare l'offerta.

Per i suesposti motivi l'istante chiedeva l'annullamento degli atti di gara.

Si costituiva l'Azienda ospedaliera, chiedendo il rigetto della domanda ed evidenziando in primo luogo la mancata impugnazione dell'art. 19 del Disciplinare ed, in fatto, che l'importo garantito nella cauzione presentata dalla ricorrente (pari a euro 1.635,00) non era corrispondete a quanto disposto dal bando, ma nemmeno a quello indicato dall'art. 75 d.lgs. n. 163 del 2006.

Si costituiva, altresì, la controinteressata insistendo per la reiezione del gravame.

Con ordinanza n. 3698 del 2010, confermata in sede di appello dal Consiglio di Stato (con ordinanza n. 7240 del 2010), questa Sezione respingeva l'istanza cautelare anche per profili di carenza del fumus boni juris.

Con i successivi motivi aggiunti la ricorrente impugnava il provvedimento di aggiudicazione, riproponendo censure analoghe a quelle già articolate nell'atto introduttivo del giudizio.

A seguito del deposito delle memorie delle parti e della discussione, la causa era trattenuta in decisione.

DIRITTO

Osserva il Collegio, preliminarmente, che il gravame dovrebbe essere dichiarato inammissibile, in quanto l'istante ha ommesso di impugnare tempestivamente l'art. 19 del disciplinare, avverso il quale sono formulate le censure, laddove prevede un importo della cauzione differente da quanto disposto dall'art. 75 d.lgs. n. 163 del 2006, chiaramente prestando

acquiescenza a quanto disposto dalla legge di gara. Tuttavia, a prescindere dall'esame dell'eccezione svolta da parte resistente, il ricorso risulta infondato nel merito.

Passando, pertanto, all'esame dei motivi di ricorso va rilevato che l'art. 19 del Disciplinare aveva previsto, senza margini di incertezza ed equivocità, di calcolare la cauzione provvisoria sulla base del prezzo annuo del servizio, come specificato nell'art. 15 del bando di gara. In primo luogo, deve escludersi l'illegittimità di siffatta disposizione in confronto con la generale prescrizione di cui all'art. 75 del Codice dei contratti pubblici, secondo quanto costantemente affermato dalla giurisprudenza amministrativa, che ha avuto modo di precisare che rientra nella discrezionalità dell'amministrazione la fissazione di requisiti di partecipazione ad una gara per l'aggiudicazione di un appalto diversi rispetto a quelli legali salvo il limite della logicità e ragionevolezza di quanto richiesto e della pertinenza e congruità a fronte dello scopo perseguito, in modo da non restringere, oltre lo stretto indispensabile, la platea dei potenziali concorrenti e da non preconstituire situazioni di assoluto privilegio (Consiglio Stato, Sez. V, 15 febbraio 2007, n. 647). Nel caso in esame, data la specificità dell'oggetto della gara, deve ritenersi non affetto da illogicità il criterio adottato dall'amministrazione, che, peraltro, non incide in alcun modo sulla par condicio dei partecipanti.

Peraltro, la prescrizione del disciplinare, rimasta inoppugnata, prescriveva espressamente ed inequivocabilmente l'esclusione dalla gara in caso di mancata o insufficiente presentazione della garanzia.

Nella specie, ulteriormente, va precisato che l'amministrazione, con la nota di chiarimento, aveva ribadito l'applicazione della regola fissata nell'art. 19 del Disciplinare.

In fatto, peraltro, non può trascurarsi il dato che l'importo indicato dalla ricorrente non corrisponde né a quanto richiesto dal Disciplinare (pari ad

euro 10.900,00) né all'importo di euro 5.450,00 nella migliore ipotesi per la ricorrente, nel caso in cui volesse intendersi che la stessa abbia fatto applicazione della riduzione prevista dall'art. 75, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006.

Da quanto sin qui detto, non possono essere condivise le censure articolate nei primi tre motivi di ricorso.

Ancora, con riferimento al quarto ed ultimo motivo di gravame, va rilevato che le motivazioni per l'indizione della procedura trovano esplicazione nella deliberazione del Direttore generale n. 726 del 19.5.2010 allegata alla memoria difensiva dell'Azienda ospedaliera resistente.

Ne consegue che il ricorso deve essere respinto, divenendo improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse i motivi aggiunti proposti dalla istante avverso il provvedimento di aggiudicazione. Tuttavia, in ragione della complessità della fattispecie, sussistono giusti motivi per compensare le spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge. Dichiara, inoltre, improcedibili i motivi aggiunti. Compensa le spese di lite tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/06/2011

IL SEGRETARIO

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