

N. 07286/2011 REG.PROV.COLL.
N. 12197/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12197 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Seriana 2000 Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Beatrice Belli e Antonio Carullo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Adriano Giuffrè, situato in Roma, via Camozzi n. 1;

contro

Laziodisu – Ente pubblico dipendente per il Diritto agli Studi Universitari nel Lazio, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui è legalmente domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

ATI costituita da Osa-Operatori Sanitari Associati Soc. coop., in persona del legale rappresentante p.t., nella sua qualità di mandataria, e da cooperativa sociale ONLUS Santi Pietro e Paolo Patroni di Roma, in persona del legale rappresentante p.t., nella sua qualità di mandante,

rappresentata e difesa dall'avv. Mario Esposito, con domicilio eletto presso lo studio del difensore, situato in Roma, via Lattanzio n. 66;
Servizi Più soc.coop. a r.l., in persona del legale rappresentante p.t.;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso introduttivo:

del provvedimento di esclusione della soc. cooperativa ricorrente dalla gara per "Servizi assistenziali integrativi in favore degli studenti universitari diversamente abili gravi per l'Adisu di Roma Uno Sapienza" (Lotto 1) e per il "Servizio di trasporto per gli studenti diversamente abili iscritti presso l'Università di Tor Vergata per l'Adisu di Roma Due Tor Vergata" (Lotto 2), provvedimento comunicato con fax prot. n. 003961/10 RM/III/2 del 19.11.2010, inviato in pari data; dell'eventuale provvedimento di revoca della disposta ammissione, conseguente all'apertura delle buste, se in quanto esistente, e di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale;

quanto ai motivi aggiunti:

del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento dei "Servizi assistenziali integrativi in favore degli studenti universitari diversamente abili gravi per l'Adisu di Roma Uno Sapienza" (Lotto 1) e per il "Servizio di trasporto per gli studenti diversamente abili iscritti presso l'Università di Tor Vergata per l'Adisu di Roma Due Tor Vergata" (Lotto 2); degli atti di approvazione della gara e delle aggiudicazioni definitive, se ed in quanto esistenti ed allo stato ignoti data ed estremi, nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Laziodisu e di Associati Soc. Coop. a r.l. Osa-Operatori Sanitari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 luglio 2011 il Consigliere Antonella Mangia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. Attraverso l'atto introduttivo del presente giudizio, notificato in data 18 dicembre 2010 e depositato il successivo 31 dicembre 2010, la ricorrente impugna il provvedimento con il quale, in data 16 novembre 2010, è stata esclusa dalla gara per i “Servizi assistenziali integrativi in favore degli studenti universitari diversamente abili gravi per l'Adisu di Roma Uno Sapienza” (lotto 1) e per il “Servizio di trasporto per gli studenti diversamente abili iscritti presso l'Università di Tor Vergata per l'Adisu di Roma Due Tor Vergata” (lotto 2), in quanto le offerte economiche dalla predetta presentate erano contenute “in due cartelle non sigillate e prive della necessaria indicazione del lotto cui devono fare riferimento”, in difformità a quanto previsto dal disciplinare di gara.

Ai fini dell'annullamento, la ricorrente deduce i seguenti motivi di diritto:

I MOTIVO: ECCESSO DI POTERE PER FALSO PRESUPPOSTO DI FATTO E DI DIRITTO. ILLEGITTIMITA' PER VIOLAZIONE DI LEGGE PER FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS.

L'errore in cui è incorsa la ricorrente sta nel non aver predisposto due buste B, una per ciascuna offerta economica relativamente ai due lotti cui intendeva partecipare. E' stata sì presentata un'unica busta B ma la stessa era regolarmente chiusa, sigillata con ceralacca, controfirmata, e, dunque, conforme alle prescrizioni di cui all'art. 7 capoverso n. 2 del disciplinare. Non sussistono – in ogni caso - prescrizioni che, in caso di presentazione di offerte per entrambi i lotti, sanzionino con l'esclusione il mancato inserimento di quest'ultime in due buste B distinte.

II MOTIVO: ECCESSO DI POTERE PER CARENZA DI MOTIVAZIONE, CONTRADDITTORIETA'. Provvedendo ad aprire la busta della ricorrente che recava espressamente la dicitura "offerta economica lotto 1 e lotto 2", l'Amministrazione ha dimostrato di accettare l'offerta presentata, con implicita ammissione della ricorrente alla gara. In tal modo, l'Amministrazione si è contraddetta, senza esprimere motivazioni specifiche sul punto.

Con atto depositato in data 10 gennaio 2011 si è costituito il Laziodisu, il quale – nel prosieguo e precisamente in date 24 gennaio 2011, 10 febbraio 2011 e 14 febbraio 2011 – ha depositato documenti ed una memoria, precisando che "la presentazione delle due offerte in buste aperte, non sigillate, non timbrate né controfirmate su tutti i lembi di chiusura" è certamente ragione di esclusione.

2. In data 27 gennaio 2011 la ricorrente ha depositato motivi aggiunti, notificati in data 14 gennaio 2011, proposti per l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva dei due lotti messi in gara, denunciando "illegittimità derivata" per tutti i motivi espressi nel ricorso introduttivo, formalmente riproposti.

In medesima data si è costituita l'OSA – Operatori Sanitari Associati soc. coop. a r.l..

In data 22 febbraio 2011 la ricorrente ha prodotto una memoria, affermando che "sembra ora che l'Amministrazione appaltante intenda" offrire una diversa, postuma motivazione dell'esclusione impugnata, la quale – in quanto tale - è inammissibile.

In medesima data anche la controinteressata ha prodotto una memoria, con cui ha sostenuto che l'Amministrazione ha operato nel pieno rispetto degli artt. 7 e 11 del disciplinare di gara, salvaguardando i principi di eguaglianza e pari trattamento.

Con ordinanza n. 721 del 2011, la Sezione ha respinto la domanda

incidentale di sospensione.

Tale ordinanza è stata confermata dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 1858/2011 del 29 aprile 2011.

3. Il 20 aprile 2011 la ricorrente ha prodotto II motivi aggiunti, proposti – previa adozione di misure cautelari - per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato fra Laziodisu e l'ATI capeggiata da OSA in data 22 marzo 2011 e per l'accertamento del risarcimento del danno, deducendo:

- ILLEGITTIMITA' DERIVATA;

- ECCESSO DI POTERE SOTTO IL PROFILO DELLA VIOLAZIONE DELL'ORDINE DEL GIUDICE, atteso che con provvedimento cautelare provvisorio n. 1374 del 25 marzo 2011 il Consiglio di Stato aveva sospeso il provvedimento impugnato fino alla data del 29 aprile 2011.

Con memoria prodotta in data 27 aprile 2011 il Laziodisu ha ribadito la manifesta infondatezza del ricorso.

Con memoria depositata in data 10 maggio 2011 l'OSA ha, invece, contestato l'ammissibilità dell'istanza cautelare formulata con i motivi aggiunti di cui sopra per difetto di corrispondenza tra la medesima e la domanda di merito nonché opposto l'infondatezza nel merito della domanda della ricorrente.

In medesima data la ricorrente ha prodotto atto di rinuncia alla domanda cautelare.

4. In date 28 giugno 2011 e 1 luglio 2011 la ricorrente ha depositato ulteriori memorie, insistendo sulla propria posizione e, in particolare, affermando che “la mancata prestazione del servizio nel periodo dall'1 al 29 aprile 2011, nonostante l'ordine del Giudice, ha importato” un danno per la stessa “la cui misura si precisa in € 50.000,00” per “mancato utile”, “spese amministrative e legali” e “mancata referenza di fatturato per requisiti future partecipazioni a gare di appalto analoghi settori”.

Con memoria prodotta il 2 luglio 2011 l'OSA ha confutato le pretese della ricorrente, evidenziando che il decreto monocratico da quest'ultima invocato, oltre che essere stato emesso in epoca successiva alla stipulazione del contratto, è stato travolto dall'ordinanza collegiale n. 1858 del 2011 del Consiglio di Stato.

5. All'udienza pubblica del 14 luglio 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e, pertanto, va respinto.
2. Come esposto nella narrativa che precede, la ricorrente lamenta l'illegittimità del provvedimento di esclusione dalla gara per “Servizi assistenziali integrativi in favore degli studenti universitari diversamente abili gravi per l'Adisu di Roma Uno Sapienza” (lotto 1) e per il “Servizio di trasporto per gli studenti diversamente abili iscritti presso l'Università di Tor Vergata per l'Adisu di Roma Due Tor Vergata” (lotto 2) e – con i I motivi aggiunti – del provvedimento di aggiudicazione definitiva in seguito adottato.

A tali fini denuncia violazione di legge (in particolare, della *lex specialis*) ed eccesso di potere sotto svariati profili (falso presupposto di fatto e di diritto, carenza di motivazione e contraddittorietà).

Le su dette censure non sono meritevoli di condivisione.

- 2.1. In particolare, la ricorrente denuncia eccesso di potere per falso presupposto di fatto e di diritto e violazione della *lex specialis* in quanto sostiene che l'errore compiuto – ossia la mancata predisposizione di due buste distinte per ciascun lotto – non costituisce una condizione imposta “a pena di esclusione della gara in caso di inosservanza”.

Tale censura è infondata.

- 2.2. Ai fini del decidere, appare opportuno ricordare che il provvedimento di esclusione impugnato risulta adottato sulla base del rilievo che la

ricorrente - partecipante alla procedura di gara per l'affidamento di entrambi i lotti contemplati nei relativi avviso e disciplinare di gara - ha inserito le buste B, relative all'Offerta Economica, "in due cartelle non sigillate e prive della necessaria indicazione esterna del lotto cui devono far riferimento, in difformità a quanto stabilito dall'art. 11 punto C) del disciplinare di gara" nonché in spregio dell'art. 7, comma 2, in combinato disposto con l'art. 9, del medesimo disciplinare.

Ciò detto, il Collegio ritiene che – in base alla disamina delle prescrizioni del disciplinare di gara ma anche dei principi che presiedono la materia – l'Amministrazione ha correttamente operato.

In particolare, osserva che:

- erano previsti due distinti lotti, afferenti rispettivamente i "Servizi assistenziali integrativi in favore degli studenti universitari diversamente abili gravi per l'Adisu di Roma Uno Sapienza" ed il "Servizio di trasporto per gli studenti diversamente abili iscritti presso l'Università Tor Vergata per l'Adisu di Roma Due Tor Vergata", con possibilità per le imprese interessate di partecipare anche ad un solo lotto (art. 1: "Gli operatori economici interessati alla gara possono presentare singole offerte per l'aggiudicazione di un lotto o di tutti i lotti");
- ai sensi dell'art. 7 del disciplinare di gara, la busta contenente l'offerta economica doveva essere, a pena di esclusione, "chiusa e sigillata con ceralacca ovvero con strisce adesive, timbrate e controfirmate su tutti i lembi di chiusura anche quelli preincollati dalla ditta produttrice";
- ai sensi del successivo art. 9, le offerte economiche relative al lotto 1 ed al lotto 2 erano espressamente definitive "specifiche" e "diverse";
- l'art. 11 disponeva, poi, che "nel caso il medesimo operato economico voglia partecipare a tutti i Lotti, salvo il rispetto delle modalità di partecipazione sopra menzionate, lo stesso dovrà conformarsi alle seguenti previsioni:

.....

C) la Busta B dovrà essere prodotta nel rispetto delle formalità previste dall'art. 9 del presente disciplinare e dovrà essere distinta per lotto di partecipazione”;

- in tutti i casi in cui risulta menzionata la Busta B, ricorre riferimento sempre alla dizione “offerta economica”, ossia ad un'espressione al singolare, implicitamente escludente una Busta B predisposta per due distinte offerte, relative ai distinti lotti 1 e 2.

In ragione di quanto rilevato, appare evidente che la predisposizione da parte della ricorrente di un'unica busta B, contenente le offerte economiche per entrambi i lotti (poste in due cartelle non sigillate, prive di indicazioni in ordine al lotto “cui devono far riferimento”), risulta in contrasto con le prescrizioni del disciplinare di gara, indiscutibilmente imponenti a pena di esclusione – in virtù di una lettura combinata delle stesse – la predisposizione di differenti buste B in relazione ad ogni lotto di partecipazione e, conseguentemente, il rispetto per ogni busta B delle condizioni di cui al sopra indicato art. 7.

In altri termini, l'interpretazione della ricorrente non è condivisibile.

Premesso che la stessa ricorrente ammette che, in caso di presentazione di offerte per entrambi i lotti, il disciplinare di gara “dispone senza dubbio che le due offerte vengano inserite in due buste distinte”, non si comprendono, infatti, i motivi per i quali dette buste non debbano sottostare alle prescrizioni dell'art. 7, tanto più ove si consideri che l'art. 11 fa, comunque, salvo il rispetto delle “modalità di partecipazione sopra menzionate”.

In definitiva, l'errore commesso dalla ricorrente di non aver predisposto due buste distinte per ciascun lotto chiuse e sigillate con ceralacca ovvero con strisce adesive, timbrate e controfirmate su tutti i lembi di chiusura, prive ancora della necessaria indicazione esterna del lotto – errore pacificamente ammesso dalla ricorrente stessa - è ben sanzionabile con

l'esclusione, atteso che la previsione distinta per ogni lotto di differenti buste B non può non comportare che le stesse buste vengano presentate nel rispetto delle condizioni alle stesse afferenti.

Tale conclusione risponde, tra l'altro, a criteri di ragionevolezza e di logica, specie ove si considerino i seguenti profili:

- la suddivisione in lotti, con possibilità per le imprese interessate di partecipare ad un solo lotto e connessa autonoma aggiudicabilità dei lotti stessi, consente di configurare gare distinte (cfr., tra le altre, TAR Lazio, Sez. I ter, sent. n. 35960/2010). Ciò detto, appare evidente che – anche in caso di partecipazione di un'impresa per più lotti - la presentazione della Busta B – offerta economica acquista una propria autonomia in relazione ad ogni lotto e, dunque, non può che avvenire nel rispetto delle prescrizioni all'uopo imposte (nel caso di specie, nel rispetto dell'art. 7 del disciplinare di gara);

- come già osservato anche dal Consiglio di Stato con l'ordinanza n. 1858 del 2011, la mancata predisposizione di due Buste B, chiuse e sigillate come prescritto dal disciplinare di gara, necessariamente inficia la segretezza delle offerte, a scapito della par condicio dei concorrenti;

- posto che le previsioni riguardanti le modalità di predisposizione dei plichi e delle buste sono a salvaguardia della segretezza dei contenuti essenziali delle domande di partecipazione, la quale costituisce un bene cardine dei pubblici appalti (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. V, 19 gennaio 2009, n. 233; TAR Liguria, Sez. II, 13 maggio 2010, n. 2534), l'interpretazione sostenuta dalla ricorrente è palesemente inaccoglibile anche perché – come osservato dalla controinteressata OSA – si presta ad introdurre – in contrasto con criteri di logica – regole diverse ed, in particolare, meno stringenti in caso di partecipazione non ad uno solo bensì ad entrambi i lotti.

In conclusione, le censure afferenti la violazione della *lex specialis* e l'eccesso di potere per falso presupposto di fatto e di diritto

sono infondate.

2.3. Permane da valutare il motivo con cui la ricorrente denuncia “eccesso di potere per carenza di motivazione, contraddittorietà”.

In particolare, la ricorrente afferma che la S.A. “ha provveduto ad aprire la busta ... che recava espressamente la dicitura: offerta economica lotto 1 e lotto 2” , dimostrando di “accettare l’offerta presentata”, con la conseguenza che l’esclusione si pone – in verità – come una “revoca” della disposta “ammissione”, priva di idonea motivazione.

Anche tale motivo è privo di giuridico pregio.

Quanto affermato dalla ricorrente si profila, infatti, come una ricostruzione giuridica della fattispecie del tutto soggettiva, priva di un supporto fattuale valido e concreto, tenuto conto che:

- in termini generali, l’apertura della busta contenente l’offerta economica non costituisce di per sé “ammissione dell’offerta”;
- l’apertura della busta da parte della S.A. appare un comportamento doveroso al fine di verificarne l’effettivo contenuto. In tale busta, infatti, ben potevano essere contenute due distinte buste – una per il lotto 1 ed un’altra per il lotto 2 - chiuse e sigillate nel rispetto del più volte menzionato art. 7.

Posto che quanto rilevato determina l’impossibilità di riscontrare una “revoca”, le doglianze afferenti alla motivazione ed alla contraddittorietà si rivelano prive di giuridica consistenza.

3. Con i II motivi aggiunti la ricorrente chiede la declaratoria di inefficacia del contratto e la condanna dell’Amministrazione al risarcimento del danno, anche di quello subito per effetto dell’illegittima stipula del contratto nonostante il decreto presidenziale C.d.S. n. 137/2011 .

Al riguardo, il Collegio ritiene di poter soprassedere sull’eccezione di inammissibilità sollevata dalla controinteressata OSA in quanto tali motivi sono infondati per le seguenti ragioni:

- per quanto attiene alla richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto ed alla domanda di risarcimento formulata ai sensi dell'art. 124 CPA, è sufficiente ricordare che il ricorso introduttivo ed i I motivi aggiunti sono stati ritenuti infondati, sicché il provvedimento di esclusione e la conseguente aggiudicazione risultano legittimamente adottati;

- in relazione alla domanda di risarcimento del danno per effetto della stipula del contratto in spregio al decreto presidenziale C.d.S. n. 137/2011, va osservato che: - la stipula del contratto è avvenuta in epoca antecedente al decreto presidenziale invocato (precisamente, in data 22 marzo 2011, mentre il decreto invocato è del 29 marzo 2011); - prescindendo da valutazioni in ordine all'ammissibilità di istanze di risarcimento di tal genere dinanzi al giudice amministrativo, posto che non sono direttamente riconducibili all'illegittimità di provvedimenti amministrativi, la domanda de qua si fonda, comunque, su un provvedimento connotato da natura interinale, il quale è poi venuto meno per effetto dell'ordinanza n. 1858/2011, con la quale il C.d.S. ha respinto l'istanza cautelare.

In definitiva, i II motivi aggiunti non possono essere accolti.

4. Per le ragioni illustrate, il ricorso n. 12197/2010 va respinto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in € 1.500,00 a favore dell'Amministrazione ed € 1.500,00 a favore della controparte OSA, oltre IVA e CPA nei termini di legge.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 12197/2010, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in complessivi € 3.000,00, di cui € 1.500,00 a favore di Laziodisu ed € 1.500,00 a favore di OSA-Operatori Sanitari Associati soc.coop. a r.l., oltre IVA e CPA nei termini di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 luglio 2011

con l'intervento dei Magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Pietro Morabito, Consigliere

Antonella Mangia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/09/2011

IL SEGRETARIO

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