

N. 01613/2013REG.PROV.COLL.
N. 08966/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8966 del 2012, proposto da:

La Lucentezza s.r.l., con sede in Bari, in proprio e quale mandataria ATI con A.ME.F Multiservice s.r.l., rappresentate e difese dall'avv. Giacomo Valla, con domicilio eletto presso dott. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata con sede in Foggia,, rappresentato e difeso dagli avv. Michele e Giuseppe Romano, con domicilio eletto presso avv. Fabrizio Lofoco in Roma, viale G. Mazzini n. 6;

nei confronti di

Cooperativa di Produzione e Lavoro "Tre Fiammelle", con sede in Foggia, rappresentata e difesa dall'avv. Gennaro Notarnicola, con domicilio eletto presso dott. A. Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – BARI- SEZIONE I n. 01956/2012,

resa tra le parti, concernente affidamento servizio di pulizia - risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata e della Società Cooperativa di Produzione e Lavoro "Tre Fiammelle";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 marzo 2013 il Cons. Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati Pappalepore su delega dell'avv. Valla, avv. Romano Giuseppe e Michele e avv. D'Ambrosio su delega dell' avv. Notarnicola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per la Puglia – Bari – Sezione I, con sentenza n. 1956 del 24 ottobre 2012 depositata il 19 novembre 2012, ha accolto il ricorso incidentale proposto dalla Società cooperativa di produzione e lavoro “Tre Fiammelle”, con sede in Foggia, aggiudicataria del servizio quinquennale di pulizia dei locali, degli uffici e dei laboratori della sede dell'Istituto Zooprofilattico Sperimentale (IZS) della Puglia e della Basilicata, in Foggia, stazione appaltante, avverso l'ammissione alla gara della s.r.l. La Lucentezza, con sede in Bari, mandataria in A.T.I. con la mandante A.ME.F. s.r.l., seconda in graduatoria e ricorrente principale.

Il T.A.R. infatti, esaminato prioritariamente il ricorso incidentale per “l'effetto” paralizzante (Cons.St.-Ad.Plen. n. 4/2011), ha ritenuto fondata la censura secondo cui La Lucentezza non sarebbe stata in possesso del requisito, prescritto dall'articolo 4 del bando di gara, di aver effettuato negli ultimi tre anni di una fornitura “identica” a quella oggetto della procedura

(articolo 2 bando), posto che la citata A.ME.F. aveva attestato di aver svolto attività “analoghe”, e cioè il solo servizio di lavaggio vetreria, con la conseguente esclusione dell'A.T.I. dalla gara.

I giudici di primo grado pertanto hanno dichiarato inammissibile il ricorso principale prodotto da La Lucentezza avverso gli atti della gara e in particolare avverso la deliberazione della Giunta esecutiva dell'Istituto n. 157 del 20 giugno 2011 di aggiudicazione del servizio alla Tre Fiammelle, in quanto l'A.T.I. era priva di legittimazione al ricorso, con condanna alle spese di giudizio in favore delle controparti.

2. La Lucentezza s.r.l., con atto notificato il 14 dicembre 2012 e depositato il 18 dicembre 2012, ha interposto appello e, nel censurare la pronuncia dei giudici di primo grado, sostiene argomentatamente che il servizio di lavaggio vetreria era da ritenersi “identico”, come peraltro affermato dal responsabile del procedimento con la nota n. 6115 del 14 marzo 2011, in quanto comunque rientrante nel servizio di “pulizia”, e in tal senso quindi andava interpretata e letta la previsione del bando.

A sostegno richiama i principi di ragionevolezza e adeguatezza, il legittimo affidamento e la definizione delle “attività di pulizia” - non considerata dal T.A.R. - di cui all'articolo 1 del D.M. 7 luglio 1997 n. 274 (recante il regolamento di attuazione della legge 25 gennaio 1994 n. 82 per la disciplina, fra l'altro, delle attività di pulizia).

Lamenta altresì la condanna alle spese disposta anche nei confronti dell'Istituto Zooprofilattico, a suo avviso soccombente.

Ripropone infine i motivi del ricorso principale in primo grado, ribadendo che: la società Tre Fiammelle era da escludere dalla gara non avendo il legale rappresentate sottoscritto i lembi di chiusura del plico, il progetto tecnico e quindi l'offerta tecnica; i plichi delle offerte tecniche non sono stati aperti in seduta pubblica; il punteggio assegnato alle offerte tecniche è stato sostanzialmente “predefinito” rendendo automatica l'aggiudicazione

del servizio alla Tre Fiammelle (offerta € 178.940,00; p. 60/100) anziché a La Lucentezza (offerta € 125.615,00; p. 41,57/60), che aveva offerto un ribasso notevolmente inferiore e più vantaggioso rispetto all'importo annuo a base d'asta di € 179.450,00 oltre IVA; il costo del lavoro previsto dalle Tre Fiammelle era di ritenersi inadeguato, anomalo e inaffidabile; la commissione di gara sarebbe incorsa in valutazioni macroscopicamente erronee del proprio progetto tecnico.

Conclude con la domanda di inefficacia del contratto, di subentro nell'appalto e di risarcimento del danno.

3. La Società cooperativa di produzione e lavoro Tre Fiammelle si è costituita con atto depositato l'11 gennaio 2013 e, con memoria depositata il 27 febbraio 2013, ha replicato puntualmente ai motivi dedotti nell'appello, riproponendo fra l'altro il secondo motivo del ricorso incidentale di primo grado secondo cui l'A.ME.F., mandante dell'A.T.I. appellante, non ha rispettato, ai fini della dimidiazione dell'importo della cauzione, l'articolo 75 del Codice degli Appalti, non avendo segnalato il possesso del requisito della certificazione di qualità in capo ad entrambe le imprese e non avendo corredato la copia fotostatica del certificato di qualità da alcuna attestazione di conformità.

4. L'Istituto Zooprofilattico Sperimentale della Puglia e della Basilicata si è costituito con atto depositato il 13 febbraio 2013 e, con memoria depositata il 16 febbraio 2013, ha anch'esso controdedotto argomentatamente alle censure dell'appello, a sostegno della legittimità della sentenza impugnata e della regolarità della gara.

5. La Lucentezza, con memorie depositate il 27 febbraio e 4 marzo 2013, rinnova le argomentazioni dell'appello e replica alla controparte Tre Fiammelle eccependo in via preliminare la tardività della riproposizione del secondo motivo del ricorso incidentale di primo grado.

6. La Sezione, con ordinanza n. 4647 del 21 ottobre 2011, ha respinto

l'appello cautelare proposto da La Lucentezza confermando l'ordinanza n. 781/2011 con cui il T.A.R. Puglia – Sezione I ha rigettato l'istanza sospensiva dei provvedimenti impugnati da La Lucentezza.

7. La causa, all'udienza pubblica del 15 marzo 2013, è stata trattenuta in decisione.

8. L'appello è infondato e va confermata la sentenza impugnata, condividendo le puntuali ed esaurienti argomentazioni già svolte dai giudici di prime cure alle quali si fa richiamo.

Il T.A.R., infatti, nell'esaminare doverosamente in via prioritaria il ricorso incidentale della società Tre Fiammelle, ha avuto modo di circoscrivere l'oggetto del contenzioso all'esame della corrispondenza o meno dell'offerta della Lucentezza alla previsione del bando che prescriveva la fornitura, nell'ultimo triennio, di servizio “identico” a quello posto in gara (servizio di pulizia dei locali, dei laboratori e degli uffici della sede dell'Istituto), e quindi se il servizio di “lavaggio vetreria” svolto dalla stessa fosse da ritenersi per l'appunto “identico” ovvero “analogo”.

Orbene la Sezione concorda pienamente con le motivate conclusioni del giudice di primo grado, laddove ha ritenuto che il servizio di lavaggio vetreria costituisse un servizio specifico e limitato da potersi ricomprendere nel più ampio servizio di pulizia previsto dal bando ma non certo da considerarsi ad esso “identico”, essendo diverse le prestazioni, le dimensioni e la natura degli oggetti del servizio (vetri rispetto a tutte le strutture esistenti nei locali, negli uffici e nei laboratori) e d'altra parte il dato testuale si appalesava chiaro in tal senso e non lasciava adito a dubbio. Tant'è che per il servizio di pulizia della vetreria dei laboratori l'Istituto aveva indetto precedentemente distinta e specifica gara d'appalto.

Né poteva sovvenire l'articolo 1 del D.M. n.274 del 1997, che, a ben leggere, non dice affatto quanto sostenuto dalla società La Lucentezza, bensì fa riferimento esplicito a “il complesso di procedimenti o operazioni

atti a rimuovere polveri, materiale non desiderato o sporcizia da superfici, oggetti, ambienti confinanti ed aree di pertinenza”, definizione così ampia da non potersi restringere nel solo lavaggio della vetreria.

D'altronde, come argomentato dal T.A.R., alla richiamata nota del responsabile del procedimento in data 14 marzo 2011, diretta alla A.ME.F. ed anch'essa contestata dalla Tre Fiammelle, non poteva assegnarsi alcuna valenza interpretativa, modificativa o integrativa del bando né dalla stessa poteva conseguire alcun impegno o vincolo a carico della stazione appaltante, che in ogni caso non risulta aver adottato alcun formale provvedimento in tal senso; peraltro il responsabile ha riconosciuto il lavaggio vetreria come servizio non “identico” ma “analogo” estendendo arbitrariamente, “in insanabile contrasto con la clausola del bando” come affermato dallo stesso giudice di primo grado, la portata di quella stessa clausola a servizi “analoghi”.

Il T.A.R. peraltro ha sottolineato l'inequivoca formulazione del bando, per cui a nessun legittimo affidamento poteva dar luogo quella nota – per di più indirizzata alla sola La Lucentezza – né poteva farsi ricorso al richiamato *favor participationis* dovendosi invece garantire la *par condicio*; la circostanza semmai potrebbe interessare altra sede.

Sul punto può richiamarsi la sentenza della V Sezione n. 5297/2012, secondo cui le previsioni del bando di concorso sono di stretta interpretazione dovendosi dare prevalenza alle espressioni letterali in esse contenute e restando preclusa ogni lettura estensiva che verrebbe ad incidere proprio sull'affidamento dei partecipanti e sulla trasparenza della procedura.

Ad abundantiam può soggiungersi che, già in sede cautelare, il T.A.R. prima e poi la Sezione avevano respinto le domande sospensive a prescindere dall'eventuale accoglibilità del ricorso incidentale, posto che le censure dedotte nel ricorso principale non risultavano allo stato fondate.

Infine, la censura circa la condanna alle spese a favore dell'Istituto è priva di pregio posto che l'Istituto si è costituito in primo grado resistendo al gravame della Lucentezza e in appello a sostegno della sentenza impugnata per cui non può affatto ritenersi, come sostenuto dalla società appellante "soccumbente" tanto che la pronuncia del T.A.R. ridonda proprio a favore dell'Istituto stesso e della legittimità dell'aggiudicazione del servizio alla società Tre Fiammelle.

In conclusione, va ribadita la fondatezza del primo motivo del ricorso incidentale di primo grado e per la valenza pregiudiziale ai fini dell'ammissione alla gara, in disparte la dedotta eccezione di irricevibilità, può prescindersi, come implicitamente operato dal T.A.R., dall'esame della seconda censura concernente la illegittima dimidiazione della cauzione.

9. Per le considerazioni che precedono l'appello va respinto e va confermata la sentenza impugnata.

Data la particolarità del caso si ritiene di disporre la compensazione delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 marzo 2013 con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Hadrian Simonetti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/03/2013

IL SEGRETARIO

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