

N. 03275/2015REG.PROV.COLL.

N. 01171/2015 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 1171 del 2015, proposto dalla:
Azienda Sanitaria Locale n. 2 Olbia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Vanessa Porqueddu, con domicilio eletto presso Stefano Gattamelata in Roma, Via di Monte Fiore n. 22;

contro

Italpol Vigilanza S.r.l., quale mandataria del costituendo RTI con S.G.S. s.r.l., La Metropol Sarda e Standard System Engineering s.r.l, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giovan Candido Di Gioia, con domicilio eletto in Roma, Piazza G. Mazzini, n. 27;

nei confronti di

Vigilpol Coopservice, La Nuorese, Vedetta 2 Mondialpol, Alarm System, n.c.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Sardegna, Sezione I, n. 890 del 5 novembre 2014, resa tra le parti, concernente l'esclusione del costituendo RTI formato da Italpol Vigilanza S.r.l., S.G.S. s.r.l., La Metropol Sarda e Standard System Engineering s.r.l, dalla procedura ristretta per l'esecuzione dei servizi di sicurezza nel territorio dell'Azienda Sanitaria Locale n. 2 di Olbia

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Italpol Vigilanza S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2015 il consigliere Dante D'Alessio e uditi per le parti l'avv. Renzo Cuonzo, su delega dell'avv. Vanessa Porqueddu, e l'avv. Giovan Candido Di Gioia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Itapol Vigilanza s.r.l. ha partecipato, in costituendo RTI con S.G.S. s.r.l., La Metropoli Sarda e Standard System Engineering s.r.l., di seguito Itapol, alla procedura ristretta indetta dall'Azienda Sanitaria Locale n. 2 Olbia, di seguito ASL, per l'esecuzione dei servizi di sicurezza, servizi e forniture complementari nel territorio di competenza dell'Azienda.

La gara prevedeva l'aggiudicazione del servizio, di durata quinquennale, con prezzo base stabilito in € 28.217.540, con il criterio dell'offerta economica più vantaggiosa.

2.- Con provvedimento in data 18 aprile 2014 l'ASL ha disposto l'esclusione dalla gara dell'offerta presentata da Itapol, facendo applicazione della disposizione contenuta nella lettera di invito che consentiva, dopo la fase di prequalificazione e prima dell'attribuzione dei punteggi riservati alle offerte tecniche ed economiche, una valutazione preliminare della «rispondenza dell'offerta agli obblighi di CSA e ...alle specifiche prescritte in atti di gara (capitolato speciale d'appalto, lettera invito) e relativi allegati».

3.- Itapol ha impugnato il provvedimento di esclusione davanti al T.A.R. per la Sardegna che, con ordinanza n. 178 dell'11 giugno 2014, ha disposto la sospensione cautelare degli effetti della disposta esclusione.

3.1.- L'ASL ha quindi provveduto all'esame anche dell'offerta di Itapol. All'esito della procedura di gara è risultata tuttavia complessivamente migliore l'offerta del costituendo RTI formato da Vigipol Coopservice, La Nuorese, Vedetta 2 Mondialpol, Alarm System, di seguito Vigipol, al quale l'ASL ha, quindi, aggiudicato la procedura con delibera n. 1162 del 1 ottobre 2014.

4.- Il T.A.R. per la Sardegna, con sentenza n. 890 del 5 novembre 2014, dopo aver respinto le eccezioni di rito sollevate dalla ASL Olbia, ha accolto nel merito il ricorso di Itapol.

4.1.- Il T.A.R., in particolare, ha ritenuto fondata e assorbente la censura con la quale Itapol aveva sostenuto la nullità della clausola escludente, contenuta nella lettera di invito, per il contrasto con l'art. 46, comma 1 bis, del codice dei contratti pubblici. Infatti «l'ipotesi di introdurre, tra le fasi procedurali di una procedura ristretta, una valutazione di conformità delle offerte al capitolato speciale d'appalto, preliminare alla fase di assegnazione dei punteggi, il cui mancato superamento condurrebbe all'esclusione dell'offerta, non trova... riscontro in alcuna delle fattispecie tassativamente descritte nell'art. 46 cit.».

5.- L'ASL ha appellato l'indicata sentenza sostenendone l'erroneità.

In particolare l'ASL ha riproposto l'eccezione, disattesa dal T.A.R., di carenza di legittimazione processuale di Itapol, che aveva agito esclusivamente in veste di mandataria di un costituendo RTI e non anche in proprio, ed ha poi sostenuto che erroneamente il T.A.R. aveva accolto la censura di illegittimità della clausola contenuta nella lettera di invito, per il contrasto con l'art. 46, comma 1 bis del Codice dei contratti pubblici, tenuto anche conto della riconducibilità dell'appalto a quello di servizi, di cui all'allegato II B del Codice dei Contratti.

6.- All'appello si oppone Itapol che ha sostenuto che la riconducibilità dell'appalto a quello di servizi non consente di escludere l'applicazione dell'art. 46, comma 1 bis del codice dei contratti, espressamente richiamato dalla stessa Amministrazione nella lettera di invito.

Itapol ha poi aggiunto che le cause di esclusione da una procedura di gara, al di fuori di quelle espressamente previste, sono vietate, a pena di nullità, dagli artt. 83, comma 3, 38, e 54, oltre che dall'art. 46, comma 1 bis, del Codice degli appalti, norme tutte richiamate nella più volte citata lettera di invito.

7.- Nelle more Itapol ha impugnato davanti al T.A.R. la delibera, n. 1162 del 1 ottobre 2014, con la quale l'ASL, conclusa la procedura, ha aggiudicato la gara in favore di Vigipol.

7.1.- Il T.A.R. per la Sardegna, con sentenza n. 642 del 31 marzo 2015 ha respinto il ricorso.

La decisione non è tuttavia ancora passata in giudicato e ciò determina la permanenza dell'interesse alla decisione del presente ricorso sia dell'ASL che di Itapol.

8.- Ciò posto si deve preliminarmente esaminare l'eccezione, riproposta in appello dall'ASL, di carenza di legittimazione attiva di Itapol per aver agito esclusivamente in veste di mandataria di un costituendo RTI e non anche in proprio.

8.1.- L'eccezione non è fondata.

Italpol, quale mandataria di costituendo RTI, ha, infatti, come ha già ritenuto il T.A.R., un interesse giuridicamente qualificato all'impugnazione degli atti della procedura di gara dalla quale è stata esclusa.

In proposito, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che la singola impresa facente parte di un costituendo RTI può proporre autonoma impugnazione avverso gli atti della procedura, in quanto titolare di un'autonoma legittimazione ad agire. Il raggruppamento di imprese (anche costituendo) non esclude infatti la soggettività delle singole imprese che lo compongono e che possono far valere in giudizio gli interessi propri e del raggruppamento (fra le tante: Consiglio di Stato, Sez. III, n. 102 del 14 gennaio 2014).

9.- Passando all'esame del merito, la Sezione ritiene che l'appellata sentenza del T.A.R. non possa essere condivisa.

Il T.A.R., come si è accennato, ha ritenuto che l'esclusione di Italpol dalla procedura doveva ritenersi illegittima perché determinata dall'applicazione di una disposizione, contenuta nella lettera di invito, che doveva ritenersi illegittima per il contrasto con l'art. 46, comma 1 bis del Codice dei contratti pubblici che impone il rispetto del principio della tassatività delle clausole di esclusione.

10.- Ritiene invece la Sezione che la clausola contenuta nella lettera di invito alla gara, secondo cui prima della valutazione delle offerte tecniche doveva essere effettuata una preliminare fase di valutazione della rispondenza delle offerte alle prescrizioni minime del Capitolato speciale d'appalto, con l'esclusione delle imprese le cui offerte non avessero rispettato tali prescrizioni minime, non può, contrariamente a quanto sostenuto dal T.A.R., ritenersi nulla per la violazione dell'art. 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti.

11.- Tale disposizione, introdotta dall'art. 4 comma 2 del d.l. 13 maggio 2011 n. 70, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011 n. 106, prevede che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, oltre quelle indicate nello stesso comma 1 bis e riguardanti il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

11.1.- Tale norma, come ha ricordato anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella decisione n. 9 del 25 febbraio 2014, è chiaramente volta a favorire la massima partecipazione alle gare, attraverso il divieto di un aggravio del procedimento, e «*mira a correggere quelle soluzioni, diffuse nella prassi (amministrativa e forense), che sfociavano in esclusioni anche per violazioni puramente formali*».

Lo scopo della disposizione è, quindi, principalmente quello di evitare la possibile esclusione da una gara non a causa della mancanza dei requisiti (soggettivi o oggettivi) di partecipazione ma a causa del mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa.

12.- Nella fattispecie, ritiene la Sezione che l'indicata disposizione non possa ritenersi violata.

12.1.- In particolare, la disposizione, contenuta nella lettera di invito che prevedeva l'esclusione dalla gara nel caso di mancata rispondenza delle offerte alle prescrizioni minime del Capitolato speciale d'appalto non può ritenersi in contrasto con il citato art. 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti in quanto l'esclusione non poteva essere determinata dal mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa, ma dall'accertata mancanza dei necessari contenuti dell'offerta richiesti per la partecipazione alla gara.

12.2.- L'ASL si è, infatti, limitata a stabilire che, prima di procedere all'assegnazione dei punteggi, dovevano essere escluse dalla gara quelle offerte che, in relazione al contenuto specifico della prestazioni ritenute necessarie, non rispondevano ai requisiti (evidentemente minimi) richiesti dal Capitolato speciale, per la partecipazione alla gara e per l'aggiudicazione.

12.3.- Tale previsione non imponeva alcun onere formale aggiuntivo e non può ritenersi in contrasto con il principio della tassatività delle cause di esclusione da una procedura di gara sancito dall'art. 46, comma 1 bis del codice dei contratti.

13.- Questo Consiglio di Stato ha peraltro già affermato che le difformità essenziali nell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto a quello posto a base di gara, legittimano l'esclusione dell'impresa dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nella valutazione del punteggio da assegnare, determinando la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5604 del 26 novembre 2013).

13.1.- Peraltro, come l'ASL ha evidenziato nelle sue memorie, l'art. 68 del codice dei contratti consente espressamente all'Amministrazione di escludere dalla procedura le imprese che offrono prodotti o servizi che non sono conformi alle specifiche tecniche richieste.

14.- Nel caso in esame, Itapol, come si evince chiaramente dalla lettura dei motivi che hanno determinato la sua esclusione dalla procedura, contenuti nella nota dell'ASL in data 18 aprile 2014, non è stata esclusa dalla gara per il mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali.

La citata nota dell'ASL del 18 aprile 2014 elenca, infatti, ben sette criticità dell'offerta presentata da Itapol che, secondo l'Amministrazione, non avrebbero potuto comunque consentire l'aggiudicazione in suo favore della gara.

14.1.- Tali criticità riguardavano, infatti, carenze o difformità dell'offerta, rispetto ai parametri dettati dalla Amministrazione nella documentazione di gara, ritenute essenziali e quindi non rimediabili.

In particolare, l'ASL aveva ritenuto che era incompatibile con le previsioni del capitolato e contraria al corretto espletamento del servizio la prevista fornitura delle dotazioni strumentali in comodato d'uso gratuito e il mancato previsto trasferimento in proprietà degli impianti di videosorveglianza allo scadere del contratto. Inoltre l'offerta era risultata gravemente incompleta per aver lasciato scoperte alcune aree da videosorvegliare e per non aver previsto la realizzazione di opere murarie. L'offerta prevedeva poi alcune condizioni per l'attività di manutenzione full-risk degli impianti di videosorveglianza danneggiati mentre gli atti di gara prevedevano a tal proposito una manutenzione incondizionata. Infine l'offerta era stata esclusa anche per aver previsto prestazioni da retribuire a misura al di fuori dei prezzi di aggiudicazione e per alcune riserve contenute nell'offerta.

14.2.- Si tratta, con ogni evidenza, di cause di esclusione dovute non a motivi formali ma a carenze o difformità essenziali dell'offerta rispetto alle esigenze manifestate dall'Amministrazione negli atti di gara che potevano, quindi, giustificare un'esclusione dalla procedura.

14.3.- Peraltro non possono essere oggetto del giudizio di appello, in assenza di specifica impugnazione, le ragioni che sono state ritenute causa della disposta esclusione di Itapol dalla procedura in questione.

15.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi, ed assorbita ogni altra questione, l'appello deve essere accolto e, in riforma dell'appellata sentenza del T.A.R. per la Sardegna, Sezione I, n. 890 del 5 novembre 2014, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Le spese del doppio grado di giudizio possono essere integralmente compensate fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in integrale riforma della sentenza del T.A.R. per la Sardegna, Sezione I, n. 890 del 5 novembre 2014, respinge il ricorso di primo grado

Dispone la compensazione integrale fra le parti delle spese e competenze del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Deodato, Presidente FF

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 01/07/2015

IL SEGRETARIO

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