

N. 04661/2014REG.PROV.COLL.
N. 07016/2014 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 7016 del 2014, proposto da:
Revi S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Baldassarre, con
domicilio eletto presso Francesco Baldassarre in Roma, via della
Scrofa 64;

contro

Asl Brindisi, rappresentato e difeso dall'avv. Loredana Papa, con
domicilio eletto presso A. Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI
LECCE: SEZIONE II n. 02087/2014, resa tra le parti, concernente il
cottimo fiduciario per l'affidamento del servizio di rilevazione, di
monitoraggio di gas anestetici e di monitoraggio igienico - ambientale
nelle sale operatorie – MCP;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl Brindisi;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 28 agosto 2014 il Pres.
Pier Giorgio Lignani e uditi per le parti gli avvocati Nilo, su delega di
Baldassarre, e Papa;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ditta appellante, già ricorrente in primo grado, è il gestore uscente del servizio di rilevazione, monitoraggio gas anestetici e monitoraggio igienico ambientale delle sale operatorie e di altri ambienti controllati, presso l'Azienda Sanitaria Locale di Brindisi.

Alla scadenza del contratto, l'A.S.L. ha indetto una procedura di "cottimo fiduciario" (art. 125, d.lgs. n. 163/2006) per il nuovo affidamento del servizio, per la durata di 24 mesi e una spesa complessiva presunta non superiore ad euro 205.500, più IVA; e con il criterio del "prezzo più basso".

La procedura di cottimo fiduciario è stata indetta con l'invito di presentare offerte – con procedura telematica sul sito www.acquistinretepa.it - rivolto a oltre 1700 ditte (salvo verifica dei requisiti di idoneità tecnica). Il gestore uscente (l'attuale appellante) non è stato invitato, in dichiarata applicazione del criterio della "rotazione".

2. L'attuale appellante ha impugnato davanti al T.A.R. Lecce la delibera di indizione nonché gli atti connessi e presupposti.

La ditta ricorrente deduceva, come primo ed essenziale motivo, l'argomento che nella specie non si poteva adottare la procedura del "cottimo fiduciario" (con le regole inerenti, fra cui quella della "rotazione") in quanto l'importo di euro 205.500, più IVA, era superiore alla "soglia" comunitaria per gli appalti di servizi, di cui all'art. 125, comma 9, del d.lgs. n. 163/2006. Soglia che, deduceva ancora la ricorrente, è stata fissata in euro 200.000 per effetto del regolamento CE 30 novembre 2011, n. 1251.

Oltre a ciò, la ricorrente deduceva che l'utilizzazione del cottimo fiduciario non era consentita dall'urgenza, e che comunque non si giustificava l'esclusione "a priori" di essa ricorrente, gestore uscente del servizio.

3. Il ricorso è stato deciso con sentenza immediata n. 2087/2014 ed è stato respinto con compensazione di spese.

In particolare il T.A.R. ha ritenuto:

(a) che la scelta della formula del "cottimo fiduciario" nella specie sia legittima, in quanto il Regolamento (CE) n. 1336/2013 della Commissione del 13 dicembre 2013 entrato in vigore il 1° gennaio 2014 ha determinato le nuove soglie di applicazione della disciplina comunitaria in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti; in particolare, per gli appalti di servizi del genere di quello di cui si discute la soglia è stata elevata ad euro 207.000, superiore all'importo a base d'asta, indicato in euro 205.500 nella delibera di indizione della

gara, n. 965 del 23 maggio 2014;

(b) che sussiste il requisito della “urgenza”, giacché il contratto con il gestore precedente (l’attuale appellante) era scaduto e in fase di *prorogatio*;

(c) che il criterio della “rotazione”, imposto dall’art. 125, cit., giustifica che l’invito non sia stato rivolto al gestore uscente.

4. La ditta REVI s.r.l. ha proposto appello a questo Consiglio, dando atto che dal 1° gennaio 2014 la “soglia” comunitaria è stata elevata ad euro 207.000, ma che in realtà tale cifra si raggiunge nella fattispecie, giacché stando al bando e al capitolato speciale all’importo di euro 205.500 si aggiungono euro 1.500 per oneri relativi alla sicurezza, non soggetti a ribasso.

Per il resto, l’appellante ha riproposto le altre censure.

Si è costituita l’Azienda Sanitaria, eccependo preliminarmente che il primo motivo di appello è inammissibile, in quanto costituisce una modifica sostanziale del primo motivo del ricorso introduttivo, giustamente rigettato nella formulazione in cui era stato proposto.

5. In occasione della trattazione della domanda cautelare in camera di consiglio il Collegio, sentite le parti, ravvisa gli estremi per procedere alla decisione immediata.

6. Si deve prendere atto, innanzi tutto, che con riferimento al primo motivo di ricorso l’appellante ammette che il T.A.R., rigettandolo nei termini in cui era stato formulato, ha giudicato correttamente.

In effetti, come si è già detto, la ricorrente aveva dedotto che la “soglia” comunitaria vigente per gli acquisti di servizi era pari ad euro

200.000, mentre l'importo del contratto era stato determinato in euro 205.500, oltre IVA. Invero la "soglia" è stata fissata a 207.000 euro, a decorrere dal 1° gennaio 2014.

Il motivo viene ora riformulato come segue: è vero che la "soglia" è adesso 207.000 euro, ma anche l'importo del contratto è di 207.000 euro; quindi l'affidamento non può avvenire con il cottimo fiduciario (l'art. 125, comma 9, del codice dei contratti, sottrae alla disciplina ordinaria i contratti "di importo inferiore a..."; quindi in caso di parità si applica la disciplina ordinaria).

Come si vede, l'appellante, lungi dall'evidenziare un (supposto) errore del giudice, modifica radicalmente la propria censura: la modifica investe tanto la rappresentazione del fatto (l'importo del contratto, già indicato in euro 205.500, viene ora indicato in euro 207.000) quanto il parametro normativo invocato (la nuova "soglia" pari a euro 207.000 in luogo della vecchia indicata in euro 200.000). L'appello viene dunque impiegato per rimediare ad un duplice errore nella formulazione della censura.

L'inammissibilità appare evidente.

7. Non si può dire neppure che l'aver indicato l'importo del contratto in euro 205.500 anziché 207.000 sia stata una mera svista, un errore materiale immediatamente riconoscibile e quindi dai destinatari e quindi emendabile senza preclusioni.

Ed invero, la delibera d'indizione (n. 965 del 23 maggio 1914) indicava come «*spesa complessiva presunta non superabile*» l'importo di euro 205.500 al netto dell'IVA, ovvero euro 250.710 IVA compresa (al

tasso vigente del 22%).

Entrambi questi importi si leggono nel testo della delibera, e non vi è alcun cenno ad un conteggio separato degli oneri per la sicurezza. Peraltro, com'è noto, le misure relative alla sicurezza fanno parte della prestazione dovuta dall'appaltatore, i relativi oneri sono un costo di produzione come gli altri, e fanno parte a tutti gli effetti del corrispettivo dovuto dal committente, anche ai fini del calcolo dell'IVA. La sola ragione per la quale debbono essere conteggiati separatamente è che non sono soggetti a ribasso in sede di gara. Pertanto, se la delibera di indizione parlava di una «*spesa complessiva presunta non superabile*» per l'importo di euro 205.500 al netto dell'IVA, si doveva intendere che detto importo *includesse* gli oneri per la sicurezza.

Altrettanto si deve dire per il documento telematico pubblicato sul sito www.acquistinretepa.it (cfr. pag. 2 dello stampato: doc. 7 della produzione di primo grado dell'A.S.L., dove si legge: «*importo totale a base d'asta: 205.500,00*» senza alcun cenno agli oneri per la sicurezza.

Nel bando di gara propriamente detto, e nel capitolato speciale, invece, compare l'indicazione di euro 1.500 per «*costi aggiuntivi alla sicurezza non soggetti a ribasso*» oltre all'importo già detto di euro 205.500.

In questa situazione si pone un problema d'interpretazione degli atti di gara, per stabilire se nelle intenzioni dell'ente committente gli oneri per la sicurezza fossero inclusi nell'importo complessivo di euro 205.500 oppure si dovessero aggiungere portando così l'importo

totale ad euro 207.000, oltre IVA.

Non è ora compito di questo Collegio risolvere il dilemma. E' sufficiente osservare che esso si pone: ciò infatti comprova che il mutamento di formulazione della censura, dal primo al secondo grado, non è stato la mera rettifica di un *lapsus* (riconoscibile come tale anche dal giudice di primo grado, che avrebbe dovuto correggerlo d'ufficio) bensì un mutamento sostanziale, non ammissibile.

Tuttavia, per quanto possa rilevare, si osserva che appare maggiormente plausibile la tesi che l'espressione usata nella delibera di indizione («*spesa complessiva presunta non superabile*» per l'importo di euro 205.500 al netto dell'IVA), in sé chiara e non equivocabile, prevalga sulle espressioni di taluno degli atti conseguenti, che sembrerebbero avere elevato la spesa complessiva presunta ad euro 207.000.

8. Concludendo sul punto, il primo motivo dell'appello risulta inammissibile.

9. Quanto agli altri due motivi di appello (che ripropongono il secondo e il terzo motivo del ricorso di primo grado) appare prevalente ed assorbente – oltre che fondato - il terzo.

Ed invero, il secondo motivo si riferisce alla circostanza che mancherebbe il requisito della “urgenza”, cui l'art. 125 del codice dei contratti subordina la possibilità di procedere mediante il “cottimo fiduciario”. Il terzo si può riassumere come segue: dato e non concesso che fosse legittimo procedere a “cottimo fiduciario”, è comunque illegittima la decisione di escludere dalla gara il gestore uscente.

Tale esclusione risulta così motivata nella delibera di indizione: *«la stessa [ditta R.E.V.I.] svolgendo attualmente il servizio di ingegneria clinica presso l'ASL Brindisi, avrebbe un indubbio vantaggio, rispetto agli altri operatori economici, nel formulare offerta, compromettendo la par condicio dell'intera procedura di gara»*. Questa motivazione è stata interpretata dalla sentenza del T.A.R. come una espressione del principio di “rotazione” che secondo l'art. 125 deve essere osservato nelle procedure di cottimo fiduciario.

La ditta ricorrente sostiene che questa motivazione è irragionevole ed incongrua.

10. Il Collegio, come già accennato, ritiene fondata quest'ultima doglianza.

Conviene osservare che nel contesto dell'art. 125 del codice dei contratti pubblici il principio della “rotazione”, imposto con riferimento alla procedura di “cottimo fiduciario”, appare concepito dal legislatore come una contropartita, o un bilanciamento, del carattere sommario e “fiduciario” della scelta del contraente.

Ed invero, il “cottimo fiduciario” è definito dallo stesso art. 125 come *«una procedura negoziata... previa consultazione di almeno cinque operatori economici»*. Nel pensiero del legislatore, dunque, il cottimo fiduciario non è una vera e propria gara, ma una trattativa privata (si veda anche l'art. 3, comma 40, dello stesso codice, che contiene la definizione del termine “procedura negoziata”), quindi una scelta ampiamente discrezionale. Tale discrezionalità si esercita in (almeno) due momenti: primo, l'individuazione delle cinque ditte da “consultare”;

secondo, la scelta del contraente fra le ditte consultate. La discrezionalità è temperata, ma non eliminata, da alcuni principi, quali la “trasparenza” (che implica il dovere di una previa formulazione e comunicazione dei criteri della scelta, etc.) e, appunto, la “rotazione” (per evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo).

11. Nel caso in esame, l'ente appaltante, pur avendo fatto richiamo all'art. 125 del codice dei contratti, ha impostato la procedura come una gara vera e propria, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, ai sensi dell'art. 82, comma 2, lettera (b) dello stesso codice, invitando ben 1771 ditte – vale a dire senza alcuna discrezionalità né alcuna negoziazione.

Ma se questo è vero, il principio della “rotazione” – inteso come esclusione dall'invito di un operatore già interessato ad un rapporto contrattuale con la stessa Azienda - appare non pertinente e privo di ogni ragion d'essere.

Ed invero, in una gara siffatta – caratterizzata da un'amplissima apertura e dall'assenza di ogni discrezionalità ovvero fiduciarità – non vi sono margini per supposti favoritismi.

12. Quanto alla motivazione esternata nella delibera di indizione – e cioè il timore che la ditta ora appellante, avendo già in corso un rapporto contrattuale con l'Azienda, si trovi in condizione di vantaggio in quanto ciò le consentirebbe di formulare una offerta migliore – non pare che si tratti di una ragione sufficiente per escludere un candidato da una gara che si svolge con la piena

trasparenza che è assicurata dalla formula del maggior ribasso.

13. In conclusione, gli atti impugnati (delibera di indizione e atti consequenziali) debbono essere annullati nella parte in cui prevedono l'esclusione dalla ditta ora appellante.

Per effetto di questa decisione, l'appellante dovrà essere ammessa a presentare l'offerta – come peraltro è stato già disposto con il provvedimento cautelare urgente nella ragionevole presupposizione che le offerte pervenute non siano ancora state scrutinate e rese note. Nel caso invece che l'ammissione tardiva alla presentazione dell'offerta non sia più possibile in quanto le offerte degli altri concorrenti fossero già note, l'intera gara dovrà essere nuovamente bandita.

14. In questo contesto non vi è luogo a provvedere sulla domanda risarcitoria, in quanto l'esito del giudizio appare interamente soddisfacente.

15. Le spese dei due gradi del giudizio debbono essere liquidate in favore dell'appellante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) accoglie l'appello e in riforma della sentenza appellata accoglie il ricorso proposto in primo grado, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Condanna la A.S.L. di Brindisi al pagamento delle spese legali dei due gradi in favore dell'appellante, liquidandole complessivamente in euro 3.000 oltre agli accessori dovuti per legge.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio del 28 agosto e dell'11 settembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente, Estensore

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/09/2014

IL SEGRETARIO

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