

N. 00648/2016REG.PROV.COLL.

N. 09002/2015 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 9002 del 2015, proposto da:
Sanicam Italia S.r.l., rappresentata e difesa dagli Avv. Gennaro Terracciano, Vincenzo Barrasso, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Gennaro Terracciano in Roma, Largo Arenula, 34;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Benevento, rappresentata e difesa dall'Avv. Caterina Costantini, con domicilio presso la Segreteria della III Sezione del Consiglio di Stato, in Roma, Piazza Capo di Ferro, 13;

nei confronti di

Tineos S.r.l., in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. con Uniced S.r.l., rappresentata e difesa dagli Avv. Alberto Vitale, Luigi Raia, Guido Anastasio Pugliese, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Guido Anastasio Pugliese in Roma, Via Giangiacomo Porro, 26;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE V, n. 03411/2015, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di disinfezione, disinfestazione e derattizzazione sui territori pubblici dei comuni che costituiscono la Provincia di Benevento e nelle scuole della Provincia di Benevento;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale di Benevento e di Tineos S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2016 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Gennaro Terracciano e Caterina Costantini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte sull'esito della procedura aperta per l'affidamento in appalto del servizio di disinfezione, disinfestazione e derattizzazione sui territori pubblici dei Comuni e nelle scuole della Provincia di Benevento, per un anno, aggiudicata, col criterio del massimo ribasso, al r.t.i. Tineos S.r.l./Uniced S.r.l., mediante provvedimento n. 304 in data 30 settembre 2014.

2. La Sanicam Italia S.r.l., odierna appellante, è stata esclusa dalla gara "... per non aver dato evidenza della «comprovata esperienza quinquennale» da parte del direttore tecnico «per servizi territoriali identici a quelli oggetto di gara» così come disposto dall'art. 7, punto 3, del Capitolato speciale, allegando alla dichiarazione di nomina del direttore tecnico un unico certificato rilasciato dall'ASL Caserta per aver diretto lavori di disinfezione, disinfestazione, derattizzazione sul territorio e nelle scuole dei comuni della provincia di Caserta per il periodo di 8 mesi dal 01.09.2013 al 01.04.2014" (nota prot. n. 130943 del 22 settembre 2014, facente seguito al verbale di gara n. 3 in data 18 settembre 2014).

3. Sanicam ha impugnato dinanzi al TAR Campania la propria esclusione e l'aggiudicazione definitiva, ma il TAR, con la sentenza appellata (V, n. 3411/2015), ha respinto il ricorso (e conseguentemente ha dichiarato "inammissibile" il ricorso incidentale escludente proposto dall'aggiudicataria), affermando in particolare che:

(a) – la *lex specialis* di gara (artt. 9.1., 9.14 e 10, del disciplinare, 5 e 7 del capitolato speciale, richiamati dal punto III.2 del bando), unitariamente e sistematicamente considerata, va intesa nel senso che la comprovata esperienza quinquennale per servizi identici in capo al direttore tecnico sia da ritenersi requisito essenziale di partecipazione, come tale, richiesto a pena di esclusione dalla gara, ed è incontestato che il direttore tecnico per i lavori di bonifica nominato dalla società ricorrente abbia svolto tale funzione, relativamente ad interventi d'identica natura, solo per complessivi otto mesi nel corso del biennio 2013-2014;

(b) – l'esclusione non è inficiata da incompetenza, per essersi la Commissione di gara avvalsa, quanto ai profili tecnici, di una relazione del SISP-Dipartimento di Prevenzione, non avendo per ciò dismesso le proprie competenze decisorie, esercizio di un potere valutativo discrezionale; né vi è stata alcuna etero-integrazione della volontà dell'organo deputato alla valutazione delle offerte, trattandosi di doverosa verifica della mancanza di un elemento essenziale dell'offerta;

(c) – la *lex specialis*, se intesa nel senso di impedire il potere di soccorso per la suddetta carenza, non viola gli artt. 46, comma 1-bis e 38, comma 2-bis, del d.lgs. 163/2006; infatti, la possibilità di regolarizzazione delle dichiarazioni lacunose e della documentazione incompleta non è assoluta e incondizionata, ma deve svolgersi nel rispetto della *par condicio*, non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda, e presuppone l'esistenza di equivoche clausole del bando relative alla dichiarazione o alla documentazione da integrare o chiarire; invece, nel caso in esame, la clausola espulsiva non mira a sanzionare la violazione di prescrizioni meramente formali e non rispondenti ad alcun apprezzabile interesse pubblico, essendo il requisito tecnico richiesto a garanzia della corretta esecuzione dei servizi affidati; ne consegue che l'esclusione è atto dovuto, in piena coerenza con il principio di tipicità e tassatività delle clausole di esclusione, sancito dal richiamato art. 46, comma 1-bis.

4. Il contratto è stato stipulato in data 18 febbraio 2015, ma con provvedimento n. 304 in data 30 settembre 2014 era stata disposta l'esecuzione anticipata dell'appalto.

Così che l'esecuzione è terminata il 2 ottobre 2015.

5. Appella Sanicam, prospettando censure articolate su tre motivi di ricorso.

In sintesi (il Collegio, trattandosi di censure eterogenee, ritiene di distinguere sub (a), (b), (c) e (d) gli argomenti di censura riuniti sotto il primo motivo, sub (e) ed (f) quelli riuniti sotto il secondo motivo, e sub (g) quelli dedotti con il terzo), viene dedotto che:

(a) – il requisito in questione non è previsto dalla *lex specialis* a pena di esclusione; infatti, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, l'art. 9 del disciplinare non contempla un requisito essenziale di partecipazione, bensì si limita ad indicare che la documentazione tecnica è contemplata dal capitolato speciale, al quale rinvia, mentre gli artt. 5.1. e 7, punto 3, del capitolato dispongono, con riferimento alla sola documentazione tecnica (e non ai requisiti di partecipazione), che il direttore tecnico dei lavori di bonifica, oltre a possedere il titolo specifico per assumere l'incarico (laurea in agraria, biologia, scienze ambientali o chimica), deve aver svolto tale funzione nell'ultimo quinquennio per servizi identici a quelli oggetto della gara; ed il dott. M.A., indicato per l'incarico di direttore tecnico, soddisfa il predetto requisito;

- (b) – anche ipotizzando che vi sia una discordanza tra gli artt. 5.1 e 7 del capitolato, e l'art. 7, punto 3, del medesimo capitolato, i requisiti di partecipazione sono contemplati unicamente dal bando e dal disciplinare, le cui previsioni il capitolato può soltanto integrare ma non modificare, e quindi il dubbio interpretativo va risolto alla luce del principio del *favor* per la massima partecipazione;
- (c) – la conclusione che l'unico requisito richiesto per il direttore dei lavori sia il diploma di laurea trova conferma nell'art. 9.1., punto 15, del disciplinare, che si limita a prevedere la possibilità di attestare il possesso del requisito mediante copia autentica del diploma;
- (d) – al direttore dei lavori, nell'ambito dell'esecuzione del programma annuale di profilassi, è demandata l'unica funzione di concordare con il SISP l'esecuzione temporale degli interventi di disinfezione, disinfestazione e derattizzazione;
- (e) – erroneamente il TAR ha ritenuto insussistente il vizio di incompetenza; infatti, l'esclusione è stata disposta dalla Commissione di gara recependo, senza svolgere alcuna attività istruttoria (cfr. nota prot. 127016 in data 15 settembre 2014), la relazione resa dal SISP (da parte di due componenti che non fanno parte della Commissione);
- (f) - essendo prevista l'aggiudicazione in base al massimo ribasso, nessun rilievo avrebbe dovuto assumere la documentazione tecnica richiesta dalla stazione appaltante; in ogni caso, ove la stazione appaltante avesse ritenuto non adeguatamente attestate le circostanze dichiarate da Sanicam, avrebbe dovuto invitarla, ai sensi dell'art. 46, del Codice dei contratti pubblici, ad integrarle o chiarirle, altrimenti risultando le previsioni della *lex specialis* contrarie a detta disposizione;
- (g) – erroneamente il TAR ha ritenuto insussistente la violazione degli artt. 46, comma 1-bis e 38, comma 2-bis, del Codice, sulla base del presupposto che l'esclusione sia stata disposta per carenze degli elementi costitutivi dell'offerta tecnica; poiché invece la lacuna riguarda un (preteso) requisito di partecipazione, e poiché, trattandosi di gara al massimo ribasso, non vi è alcuna offerta tecnica, occorre disporre il soccorso istruttorio ai sensi delle predette disposizioni, che si applicano ad ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando o al disciplinare di gara (così come affermato dall'ANAC nella determinazione n. 1 in data 8 gennaio 2015).
6. La ASL di Caserta e l'aggiudicataria Tineos si sono costituite in giudizio e controdeducono puntualmente, anche prospettando la mancanza di interesse alla decisione nel merito, in ragione della conclusione dell'esecuzione dell'appalto, e l'inammissibilità dell'appello per mancanza di critiche alla sentenza del TAR, nonché per mancata impugnazione della *lex specialis* nel ricorso introduttivo. Tineos, con ulteriore memoria depositata in data 28 dicembre 2015, ripropone anche le censure dedotte col ricorso incidentale escludente e dichiarate inammissibili dal TAR (inadeguatezza delle referenze bancarie presentate da Sanicam).
7. L'appellante ha depositato memoria e memoria di replica, sottolineando il proprio interesse ad ottenere un risarcimento per equivalente e quantificandone l'importo (a titolo di mancata percezione dell'utile dell'appalto e di danno c.d. curriculare, oltre a rivalutazione ed interessi) in euro 247.585,20, oltre agli interessi legali sino al soddisfo.
- E sottolineando altresì l'inammissibilità in questa sede (per omessa tempestiva riproposizione ex artt. 46, 101, comma 2, e 120, cod. proc. amm.) delle censure dedotte in primo grado da Tineos con ricorso incidentale.
8. Il Collegio osserva anzitutto che la compiuta esecuzione dell'appalto non priva l'appellante dell'interesse alla decisione di merito, a prescindere dalla esistenza di una valida domanda di risarcimento per equivalente.
- In effetti, nella presente controversia una domanda di risarcimento per equivalente di Sanicam non è riscontrabile, neanche in forma sintetica o meramente assertiva, fino alla memoria di replica del giudizio d'appello (depositata in data 30 dicembre 2015 e non notificata alle controparti), nella quale si argomenta della consistenza della chance di aggiudicazione dell'appalto e si quantifica l'utile da esso ritraibile. Tale domanda, anche se potenzialmente ammissibile ai sensi dell'art. 104, comma 1, cod. proc. amm., avrebbe comunque dovuto essere proposta nelle forme di rito.
- Tuttavia, in casi come questo (caratterizzato dall'impossibilità di conseguire l'utilità prefissa, a causa del mutamento della situazione di fatto dovuta alla durata del giudizio), sussiste l'interesse all'accertamento dell'illegittimità del provvedimento impugnato, in vista della proposizione di eventuali ulteriori azioni (risarcitorie), ai sensi dell'art. 34, comma 4, cod. proc. amm.
9. L'appello non può ritenersi inammissibile per mancanza di critiche alla sentenza del TAR, in quanto le censure riproposte comportano una diversa interpretazione della portata applicativa della *lex specialis*, e l'appellante legittimamente si è limitata a sottolineare tali aspetti.

10. D'altra parte, neanche la mancata impugnazione della *lex specialis* nel ricorso introduttivo comporta un'inammissibilità dell'appello, anche se ha effetti per quanto concerne il profilo di impugnazione ad effetto rinnovatorio (incompetenza della Commissione di gara), come appreso precisato.

11. Risulta invece inammissibile la riproposizione da parte di Tineos delle censure dedotte col ricorso incidentale in primo grado. Infatti, poiché detto ricorso è stato dichiarato inammissibile, la riproposizione delle censure non esaminate (così come nell'ipotesi in cui fosse stato dichiarato improcedibile) avrebbe richiesto un appello incidentale. In ogni caso, la riproposizione (mediante memoria depositata in data 28 dicembre 2015 e non notificata alla controparte) risulta tardiva, ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm., rispetto alla scadenza (25 novembre 2015) del termine dimezzato di trenta giorni per la costituzione in giudizio decorrente dalla notificazione dell'appello (26 ottobre 2015).

12. Quanto al merito dell'appello, il Collegio ritiene che le censure non possano essere accolte.

12.1. L'utilizzazione della relazione del SISP-Dipartimento di prevenzione prot. 127016/2014 non inficia l'attività della Commissione di gara, in quanto l'art. 11 del disciplinare di gara prevedeva l'avvalimento di un esperto proprio per valutare il possesso dei requisiti richiesti dagli artt. 5, 5 e 7 del capitolato speciale, e tale previsione non è stata impugnata.

Peraltro, nelle gare pubbliche sussiste la possibilità che, per l'esame di profili di particolare specificità tecnica, la commissione giudicatrice sia supportata da esperti della materia, ma a condizione che i soggetti esterni non sostituiscano la commissione nelle attività valutative che soltanto essa può svolgere (cfr. Cons. Stato, III, n. 303/2015 e n. 4430/2014); ciò che non può dirsi avvenuto nel caso in esame, in quanto il profilo oggetto di controversia implica il mero riscontro, su base documentale, dello svolgimento di attività tecnico-professionale, al di fuori di apprezzamenti discrezionali.

12.2. La *lex specialis* andava correttamente interpretata nel senso di richiedere al direttore dei lavori indicato nell'offerta, un'esperienza di durata quinquennale, e non il mero svolgimento di attività (per una durata imprecisata) nel corso del quinquennio.

Né può dirsi che il requisito fosse previsto esclusivamente dal capitolato (quindi, al di fuori della sede naturale costituita dal bando e dal disciplinare).

Infatti, come puntualizzato anche nella sentenza appellata:

- l'art. 5 del capitolato speciale ("*Personale e attrezzature richieste*"), con riguardo al direttore tecnico specifica (5.1.) che "*dovrà avere svolto tale funzione nell'ultimo quinquennio e dovrà dimostrarlo allegando, al curriculum vitae, le certificazioni rilasciate dagli Enti pubblici che attestino lo svolgimento di tale funzione per servizi identici a quelli oggetto di gara*";
- l'art. 7 del medesimo capitolato speciale ("*Documentazione tecnica*"), prescrive che: "*Per l'ammissione alla gara la ditta concorrente dovrà presentare i documenti tecnici di seguito indicati, che andranno inseriti in una busta chiusa opportunamente sigillata (...).3) dichiarazione di nomina del Direttore tecnico dei lavori, ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, che dovrà essere in possesso (...) di comprovata esperienza quinquennale per servizi territoriali identici a quelli oggetto di gara (...). La mancanza o la difformità di uno solo dei documenti e/o delle dichiarazioni richieste nel presente articolo, comporta l'esclusione dalla gara*";
- l'art. 9.1. del disciplinare dispone che "*Nella "busta A - Documentazione Amministrativa" dovrà essere contenuta, a pena di esclusione, la seguente documentazione: (...) 14. Documentazione tecnica così come richiesta nel Capitolato Speciale cui si rinvia*";
- l'art. 10 del medesimo disciplinare ("*Cause di esclusione*") stabilisce che l'"*Amministrazione procederà ad escludere i concorrenti in caso di: (...) carenza di elementi essenziali dell'offerta*".

12.3. Ai sensi dell'art. 42 del Codice dei contratti pubblici, la stazione appaltante ha il potere di fissare requisiti di partecipazione relativi ai titoli di studio e professionali dei soggetti concretamente responsabili della prestazione di servizi, attraverso l'esercizio di un potere discrezionale, entro i limiti della ragionevolezza e della proporzionalità.

La richiesta del requisito in questione risponde ad un'esigenza non contestabile, considerata la presenza di una componente tecnica (che l'appellante tende a sminuire, ma che comunque deve ritenersi) non trascurabile nell'organizzazione degli interventi di disinfezione, disinfestazione e derattizzazione compresi nel servizio appaltato.

Che la comprovata esperienza quinquennale debba considerarsi elemento essenziale ragionevolmente richiesto a pena di esclusione, si desume anche dall'art. 5.1. del capitolato, dove, subito prima della prescrizione in questione, viene puntualizzato che "*in considerazione del piano di bonifica richiesto e della vastità del territorio di competenza dell'A.S.L.,*

si ritiene necessario che la ditta disponga quanto di seguito richiesto, al fine di assicurare la tempestività e la generalità dei trattamenti e garantirne quindi l'efficacia".

A ben vedere, la richiesta della dichiarazione di nomina del soggetto destinato ad assumere l'incarico di direttore tecnico dei lavori, in possesso di specifici requisiti di titolo di studio e di esperienza professionale quinquennale, costituiva addirittura una componente essenziale dell'offerta, ai sensi dell'art. 74, comma 2, Cod. cit., a prescindere dall'estraneità di tale componente al confronto concorrenziale, trattandosi di aggiudicazione al massimo ribasso.

12.4. Si potrebbe discutere sul periodo di riferimento dell'esperienza quinquennale, potendosi ritenere eccessiva e sproporzionata la richiesta (derivante da una interpretazione testuale del capitolato) dello svolgimento dell'attività, da parte del soggetto designato come direttore tecnico, per tutto l'ultimo quinquennio.

Ma l'appellante non contesta tale aspetto, né prospetta che, una volta compresa la portata del requisito, avrebbe potuto indicare un diverso nominativo in possesso del requisito. Si limita a sostenere che un'esperienza quinquennale non era richiesta, o risulta illegittima, e che quindi la propria offerta è pienamente conforme alla *lex specialis*.

Tuttavia, si è detto che la lettura delle disposizioni suindicate conduce ad una diversa conclusione.

12.5. La previsione a pena di esclusione del requisito in questione, non può dunque ritenersi nulla, ai sensi dell'art. 46, comma 1-bis, del Codice, riguardando – come esposto – un elemento essenziale previsto dalla legge, rispondente ad un interesse pubblico e ragionevolmente proporzionato allo scopo.

Il nodo residuo è dunque quello della necessità che la AUSL esercitasse il soccorso istruttorio, in applicazione dell'art. 38, comma 2-bis, del Codice, che si riferisce alle dichiarazioni richieste dalla *lex specialis* e che *ratione temporis* risulta applicabile alla gara, in quanto il bando è stato pubblicato in data 11 luglio 2014, mentre il d.l. 90/2014, che ha introdotto la disposizione, è entrato in vigore in data 25 giugno 2014 (non rileva in contrario la circostanza, opposta dagli appellati, che alla predetta data il bando fosse già stato approvato dalla AUSL, con deliberazione n. 214 in data 23 giugno 2014).

Al riguardo occorre tuttavia ribadire che Sanicam non ha prospettato la possibilità di sostituire il soggetto indicato come direttore tecnico, con un altro in possesso del requisito mancante, ma si è limitata a contestare l'esistenza di una previsione sulla necessità del requisito, e la legittimità dell'eventuale previsione.

Ed anche volendo ritenere che una simile pretesa di sostituzione sia implicita alla censura in esame, nel descritto contesto, consentire la sostituzione significherebbe in sostanza permettere, in aperta violazione della *par condicio*, una modifica dell'offerta, limite cui sembra dover soggiacere anche la portata applicativa del soccorso istruttorio, come delineato dal combinato disposto degli artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, del Codice.

13. In conclusione, risultando infondate tutte le censure dedotte, l'appello deve essere respinto.

La non perspicua formulazione della *lex specialis*, all'origine della controversia, induce a ravvisare i presupposti per l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/02/2016

IL SEGRETARIO

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