

N. 05507/2014REG.PROV.COLL.
N. 04531/2014 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 4531 del 2014, proposto da:
Societa' Officina 2000 S.r.l. in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria Rti, Rti - Officine Carrozzerie Autoveicoli Industriali srl Ocai, rappresentati e difesi dagli avv.ti Gennaro Terracciano e Vincenzo Barrasso, con domicilio eletto presso Gennaro Terracciano in Roma, largo Arenula, n.34;

contro

Azienda Regionale Emergenza Sanitaria - Ares 118 in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenza Di Martino, con domicilio eletto presso Vincenza Di Martino in Roma, via Pompeo Magno n.7; Autofficina Pontina srl in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa

dagli avv. Lucio Anelli e Giuseppe Squillaci, con domicilio eletto presso Lucio Anelli in Roma, via della Scrofa n.47;

Lucidi Società in nome collettivo di Lucidi Pietro & Sabrina, Autorita' per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Forniture, Autorita' Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA SEZIONE III QUATER n. 02319/2014,

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell' Azienda Regionale Emergenza Sanitaria - Ares 118 e di Autofficina Pontina Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2014 il Cons. Roberto Capuzzi e uditi per le parti gli avvocati Terracciano, Di Martino e Anelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La società Officina 2000 srl, in proprio ed in qualità di capogruppo del costituendo RTI con la mandante O.C.A.I. Officine Carrozzerie Autoveicoli Industriali s.r.l., aveva impugnato davanti al Tar per il Lazio, sede di Roma, la sua esclusione dalla gara indetta

dall'Azienda Regionale Emergenza Sanitaria ARES 118 per l'affidamento del servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria, meccanica ed elettronica e delle revisioni periodiche nonché per gli interventi di carrozzeria, della cellula sanitaria, sostituzione e riparazione pneumatici di ambulanze e automezzi adibiti al soccorso sanitario dell'Azienda deducendo i seguenti motivi di doglianza:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt.41, 42, 46, 48 e 79 del D.Lgvo n.163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art.3 del D.lgvo n.163/2006 in combinato disposto con l'art.3 della L. n.241/1990. Violazione e falsa applicazione dei paragrafi III.2.1), III.2.2) e III.2.3) del bando di gara. Violazione e falsa applicazione dell'art.8 lett.A), paragrafo 7, del capitolato d'Oneri Speciale di gara. Difetto di motivazione. Eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche e, in particolare, per difetto del presupposto, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria, ingiustizia, sviamento di potere e carenza di motivazione. Violazione dei principi del giusto procedimento, trasparenza, imparzialità e pubblicità dell'azione amministrativa. Violazione dei principi di economicità, efficacia, proporzionalità, correttezza, massima partecipazione. Violazione dei principi in tema di affidamento dei privati, buona fede e correttezza. Violazione e falsa applicazione dell'art.97 della Costituzione;

2) Illegittimità dei paragrafi III.2.1) e III.2.2) e III.2.3) del bando di gara, degli artt. 1 e 8 lett.A) paragrafo 7 del capitolato d'Oneri

Speciale di gara e dell'Allegato A - Disciplinare Tecnico per violazione e falsa applicazione degli artt.2,41,42, 46 e 48 del D.lgvo n.163/2006. Eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche e, in particolare, per difetto del presupposto, travisamento ed erronea valutazione dei fatti, difetto di istruttoria, ingiustizia, sviamento di potere e carenza di motivazione. Violazione dei principi del giusto procedimento, trasparenza, imparzialità e pubblicità dell'azione amministrativa . Violazione dei principi di economicità, efficacia, proporzionalità, correttezza, massima partecipazione. Violazione dei principi in tema di affidamento dei privati, buona fede e correttezza. Violazione e falsa applicazione dell'art.97 della Costituzione.

Il Tar adito rigettava l'istanza cautelare proposta dalle ricorrenti con ordinanza n.1189/2013, che veniva tuttavia riformata con ordinanza n.1195/2013 della Sezione Terza del Consiglio di Stato sul presupposto che " Trattandosi di esclusione da una procedura di gara con due sole partecipanti, le esigenze cautelari possono essere soddisfatte, senza pregiudizio delle controparti, mediante l'ammissione con riserva dell'appellante alle ulteriori fasi della procedura di gara".

In esecuzione della pronuncia cautelare di secondo grado, la resistente ARES 118 valutava l'offerta delle società ricorrenti, collocandola tuttavia, nella graduatoria definitiva, dietro l'offerta del raggruppamento controinteressato cui veniva aggiudicato l'appalto.

La determinazione di aggiudicazione veniva impugnata con motivi

aggiunti affidati a numerose ulteriori doglianze.

Con tali motivi aggiunti le ricorrenti chiedevano la condanna della resistente amministrazione al risarcimento del danno in forma specifica, previa dichiarazione di inefficacia del contratto ove stipulato, ovvero, in subordine, per equivalente.

Si costituivano sia la stazione appaltante che la mandataria del raggruppamento aggiudicatario prospettando l'inammissibilità del proposto gravame nonché dei motivi aggiunti e contestando nel merito la fondatezza delle tesi difensive della ricorrente.

2.- Il Tar esaminava preliminarmente l'eccezione di inammissibilità del ricorso principale sollevata sia dall'ARES 118 che dalla società controinteressata evidenziando in punto di fatto che:

- a) il bando di gara era stato pubblicato in data 25 giugno 2012;
- b) l'oggetto della gara de qua era costituito dal " Servizio di manutenzione ordinaria e straordinaria, meccanica ed elettronica e delle revisioni periodiche, nonché per interventi di carrozzeria, della cellula sanitaria, sostituzione e riparazione pneumatici di ambulanze e automezzi adibiti al soccorso sanitario dell'ARES 118";
- c) tra i requisiti di partecipazione la lex specialis di gara prevedeva:
 - un fatturato globale di impresa conseguito nel triennio 2009-2010-2011 pari almeno all'importo quinquennale del servizio oggetto di gara;
 - un importo relativo al servizio nel settore oggetto di gara di cui all'art.1 effettuato dalla ditta nel triennio 2009-2010-2011 pari almeno

all'importo complessivo del servizio oggetto di gara;

d) con nota del 2 agosto 2012 la stazione appaltante, nel rispondere ad uno specifico quesito, forniva l'elenco dettagliato dei mezzi oggetto del servizio di cui al bando; da tale elenco si evinceva che i suddetti mezzi erano costituiti esclusivamente da autoambulanze;

e) l'offerta delle società ricorrenti era stata esclusa in quanto la documentazione presentata non dimostrava il raggiungimento dell'importo relativo al servizio nel settore oggetto di gara effettuato nel triennio 2009-2010-2011;

f) il gravame era stato notificato in data 18.1.2013.

Su tali presupposti di fatto il Tar sottolineava che la lex specialis di gara richiedeva un fatturato specifico nel triennio antecedente alla emanazione del bando “per il servizio nel settore oggetto della gara” con ciò intendendo inequivocabilmente riferirsi alla manutenzione delle ambulanze e agli automezzi adibiti al soccorso sanitario, poiché nell'ipotesi contraria vi sarebbe stata coincidenza e, comunque, non vi sarebbe stata evidente differenziazione tra il fatturato specifico ed il fatturato globale parimenti richiesto alle società concorrenti che svolgevano attività di manutenzione e riparazione di autoveicoli concludendo quindi per la inammissibilità del ricorso in quanto, mancando la ricorrente del fatturato specifico, la disposizione del bando era direttamente escludente e richiedeva una impugnazione tempestiva nel termine di decadenza e non con l'atto applicativo.

Le spese venivano liquidate secondo il criterio della soccombenza.

3. - Nell'atto di appello la soc. Officina sostiene la erroneità delle argomentazioni del primo giudice nel dichiarare inammissibile il ricorso sostenendo che l'oggetto dell'appalto, lungi dall'essere limitato agli interventi da realizzare sulla sola cellula sanitaria delle ambulanze, si riferiva a tutte le attività di manutenzione ordinaria e straordinaria, meccanica e di carrozzeria da realizzare sulle ambulanze e automezzi adibiti al soccorso sanitario dell'ARES 118.

Il giudice di prime cure avrebbe finito per confondere il fatturato globale e quello specifico, quest'ultimo essendo la cifra d'affari prodotta dalla impresa nell'ambito delle forniture e dei servizi identici o analoghi rispetto a quelli oggetto della procedura selettiva.

Nell'ambito della attività oggetto del fatturato specifico, per l'appellante rientravano complessivamente, sia attività da compiere sulla meccanica e sulla carrozzeria delle autoambulanze (interventi simili a quelli che riguardano qualunque autoveicolo), sia attività di carrozzeria, meccaniche ed elettriche che riguardano la cellula sanitaria con esclusione dell'impianto di ossigeno, apparecchiature elettromedicali e dei presidi accessori (unici elementi, peraltro, che distinguono una autoambulanza da qualsiasi altro veicolo). La lex specialis non chiarisce quanta parte del fatturato specifico dovesse considerarsi essere attinente all'uno o all'altro profilo.

Si è costituita l'Azienda Regionale Emergenza Sanitaria ARES 118 insistendo per la infondatezza dell'appello e la conferma della pronuncia di inammissibilità del primo giudice e nel merito

riproponendo le eccezioni formulate con riferimento al ricorso per motivi aggiunti in primo grado, di inammissibilità per omessa tempestiva impugnazione della formula del Capitolato che richiede la presentazione di offerte superiori a zero. Si è costituita la società a r.l. Autofficina Pontina in proprio e quale mandataria del costituito Rti con Lucidi s.c.c. di Lucidi Pietro e Sabina chiedendo il rigetto dell'appello con la conferma della sentenza di primo grado.

Sono state depositate numerose memorie difensive.

Alla pubblica udienza del 16 ottobre 2014 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

4. - L'appello non merita accoglimento in quanto, come correttamente statuito dal Tar, il ricorso in primo grado era inammissibile.

La lex specialis richiedeva che le imprese partecipanti fossero in possesso di un fatturato specifico nel triennio antecedente alla emanazione del bando nel settore oggetto di gara intendendo inequivocabilmente riferirsi al fatturato nella specifica manutenzione di ambulanze o automezzi adibiti al soccorso sanitario; del resto anche il chiarimento del 2 agosto 2012 della stazione appaltante, con il quale veniva reso noto l'elenco dei mezzi oggetto del servizio di cui al bando, esplicitava che i mezzi con i quali effettuare il servizio consistevano solo in autoambulanze.

Al riguardo occorre sottolineare che, come emerso documentazione depositata e dagli scritti degli appellati, le autoambulanze, se

presentano alcuni caratteri che le accomunano a tutti gli altri veicoli a motore, hanno anche elementi di specificità e differenziazione nella carrozzeria, nell'impianto elettrico ed in specie nella cellula sanitaria dotata di complesse apparecchiature, prova ne sia che l'allestimento dei mezzi di soccorso viene effettuato da aziende che operano esclusivamente nel settore specifico, apportando complesse modifiche all'impiantistica ed alla carrozzeria standard dei mezzi ordinari.

Tale peculiarità dei mezzi utilizzati dalla stazione appaltante giustificava la selezione di un contraente dotato di esperienza nel settore quale attestata dal fatturato specifico ed il conseguente restringimento del numero degli aspiranti alla aggiudicazione alle sole imprese che potessero comprovare quella specifica esperienza nel settore della manutenzione della autoambulanze, al fine di garantire la stazione appaltante in ordine alla affidabilità del soggetto chiamato al servizio da svolgere.

Pertanto la delibera di esclusione risultava essere meramente applicativa della clausola del bando, la quale, nel prevedere a pena di esclusione il possesso del citato fatturato specifico con riferimento alle autoambulanze e tra l'altro, con indicazione univoca, “..sulle cellule sanitarie”, risultava essere immediatamente lesiva della posizione giuridica delle ricorrenti che erano in grado di percepire immediatamente il carattere selettivo della partecipazione e la mancanza del suddetto requisito.

Qualora tale disciplina di gara fosse stata ritenuta illegittima fissando dei requisiti di fatturato specifico per l'ammissione alla procedura irragionevoli o eccessivamente discriminatori restringendo illegittimamente la platea dei possibili partecipanti alla gara, era onere del raggruppamento ricorrente impugnare il bando nel termine di decadenza.

Non appaiono condivisibili le argomentazioni dell'appellante che tende ad accreditare una interpretazione delle clausole di gara non immediatamente escludente o ambigua.

Si ribadisce al riguardo che il bando richiedeva un fatturato per la manutenzione ordinaria e straordinaria delle autoambulanze, ivi compresa la cellula sanitaria e che a maggior chiarimento la già richiamata nota ARES 118 del 2.8.2012, nel fornire l'elenco dettagliato degli automezzi costituenti l'oggetto del servizio appaltato, evidenziava che tutti gli automezzi da adibire al servizio consistevano in autoambulanze.

Correttamente il Tar ha rilevato che la clausola del bando sul fatturato specifico doveva essere tempestivamente impugnata per censurarne la illegittimità, come affermato dal consolidato orientamento del Consiglio di Stato (Ad. Plen. n.1/2003; Sez. V, n.5155/2013), secondo cui l'onere di tempestiva impugnazione del bando è configurabile appunto in relazione a clausole immediatamente escludenti, aventi ad oggetto requisiti di partecipazione alla procedura selettiva che l'impresa concorrente o

aspirante tale non possiede ex ante; peraltro l'orientamento di cui sopra è aderente ai contenuti dell'art. 120, comma 5 del c.p.a. che si riferisce a "bandi autonomamente lesivi".

L'inammissibilità del ricorso principale con la conferma della esclusione dell'offerta delle ricorrenti comportava, altresì, l'inammissibilità dei motivi aggiunti, con cui era stata impugnata l'aggiudicazione al raggruppamento contro interessato, in linea con il consolidato orientamento giurisprudenziale (ex plurimis Cons. Stato, Sez.V, n.2765/2013) secondo cui nel caso in cui l'Amministrazione abbia escluso dalla gara pubblica un concorrente, questi non ha la legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione al controinteressato, a meno che non ottenga una pronuncia di accertamento dell'illegittimità dell'esclusione.

5.- In conclusione l'appello non merita accoglimento, tuttavia, in relazione alla peculiarità della fattispecie, spese ed onorari possono essere compensati.

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 16 ottobre
2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere, Estensore

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/11/2014

IL SEGRETARIO

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