

N. 00025/2015REG.PROV.COLL.

N. 05880/2014 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 5880 del 2014, proposto da:

SDS srl,

in persona del legale rappresentante p.t.,

rappresentata e difesa dall'avv.to Luigi Nilo ed elettivamente domiciliata presso lo studio Grez, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18,

contro

AZIENDA ULS ROMA D,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dall'avv.to Fabio Ferrara ed elettivamente domiciliata presso la sede dell'Azienda medesima, in Roma, via Casal Bernocchi, 73

nei confronti di

RTI NTA srl – CAMUS srl,

in persona del legale rappresentante p.t.,

per il quale si è costituita in giudizio la capogruppo mandataria, rappresentata e difesa dall'avv.to

Gianluca Piccinni ed elettivamente domiciliata presso lo studio dello stesso, in Roma, via G.G. Belli, 39,

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA - SEZIONE III QUATER n. 03548/2014, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di gestione delle attività dello sportello unico integrato e dei servizi amministrativi complementari per le necessità dell'Azienda USL Roma D - ris. danno.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda sanitaria e della controinteressata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive domande e difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 17 dicembre 2014, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Gabriele Pafundi, in sostituzione dell'avv. Luigi Nilo, per l'appellante, l'avv. Fabio Ferrara per l'appellata e l'avv. Gianluca Piccinni per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Con il ricorso di prime cure, proposto dinanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sede di Roma, l'odierna appellante, classificatasi al secondo posto nella gara a procedura negoziata per l'affidamento dei servizi di gestione delle attività dello sportello unico integrato indetta dall'Azienda USL Roma D con deliberazione n. 370/2013, impugnava gli atti di gara.

Il T.A.R., ritenuto di poter prescindere dall'esame dell'eccezione di tardività del ricorso sollevata dall'ASL e dalla controinteressata, lo ha respinto.

L'appellante contesta gli argomenti posti a fondamento del decisum oggetto di gravame.

Si sono costituite in giudizio, per resistere, tanto la società controinteressata quanto l'ASL, entrambe riproponendo l'eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado.

Con successive memorie (l'appellante anche con repliche) tutte le parti hanno ribadito le rispettive tesi.

All'udienza del 17 dicembre 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. – Preliminarmente va disattesa l'eccezione di improcedibilità dell'appello, sollevata dalla controinteressata sulla base dell'assunto secondo cui “la prestazione oggetto del presente appello è stata interamente eseguita” (pag. 2 mem. cost.).

Ed invero la ricorrente ha proposto, in uno con la domanda impugnatoria, quella di risarcimento del danno (limitata in grado di appello alla sola richiesta per equivalente, sì che non pertinente si rivela l'ulteriore eccezione della controinteressata stessa, sollevata con memoria in data 27 ottobre 2014, di inammissibilità del ricorso per sopravvenuta carenza di interesse con riferimento alla domanda di risarcimento in forma specifica), ai fini del cui accoglimento sicuramente permane l'interesse della ricorrente stessa all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, l'accertamento della cui illegittimità verrebbe a configurare uno dei requisiti necessari per poter ascrivere all'Amministrazione resistente il denunciato illecito c.d. aquiliano e, conseguentemente, per fondare l'eventuale obbligo risarcitorio.

3. – Venendo ora al merito dell'appello, la sentenza di primo grado mérita conferma, sì che esso va respinto.

3.1 – Bisogna prendere le mosse dalla già menzionata eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado (cui fa da contraltare il primo motivo di appello, con il quale viene riproposta la prima censura del ricorso di primo grado, volta a far valere il vizio di violazione di legge con riguardo alla comunicazione della avvenuta aggiudicazione nella parte in cui avvertiva della possibilità di presentazione di ricorso giurisdizionale avverso tale provvedimento “entro trenta giorni dal ricevimento della presente”) per tardività della notifica, che, già sollevata in primo grado dalle resistenti, viene qui da entrambe riproposta.

L'eccezione è infondata.

Se è vero, infatti, che l'art. 120, comma 5, del d.lgs. n. 104/2010 stabilisce che "per l'impugnazione degli atti di cui al presente articolo (nella specie, il provvedimento di aggiudicazione definitiva) il ricorso ed i motivi aggiunti, anche contro atti diversi da quelli già impugnati, devono essere proposti nel termine di 30 giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del d.lgs. n. 163/2006", occorre anche ricordare che la norma da ultimo indicata prevede, al comma 5-bis, che "la comunicazione è accompagnata dal provvedimento e dalla relativa motivazione contenente almeno gli elementi di cui al comma 2, lett. c)...; l'onere può essere assolto, nei casi di cui al comma 5, lett. a) e b) e b) bis, mediante l'invio dei verbali di gara, e, nel caso di cui al comma 5 lett. b) ter, mediante richiamo alla motivazione relativa al provvedimento di aggiudicazione definitiva, se già inviata...", aggiungendo (comma 5-quater) che l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia.

Dunque, dall'analisi complessiva delle disposizioni ora esposte - che annettono rilievo, ai fini dell'individuazione del dies a quo per la proposizione del ricorso, alla comunicazione di cui all'art. 79 - si evince il principio generale secondo cui, in caso di comunicazione incompleta, bisogna aver riguardo, ai fini della decorrenza del citato termine, alla conoscenza, comunque acquisita, degli elementi oggetto della comunicazione dell'articolo 79 (Cons. St., V, 13 marzo 2014, n. 1250).

Nel caso di specie, alla luce del contenuto della comunicazione di aggiudicazione prot. n. 107888 in data 10 dicembre 2013 (recante la sola indicazione dell'aggiudicatario e della posizione occupata in graduatoria dall'odierna appellante), si deve ritenere che solo l'accesso realizzato in data 3 gennaio 2014, alla luce dell'inciso finale del comma 5 dell'art. 79 cit., abbia integrato la piena conoscenza degli elementi ritenuti rilevanti dallo stesso art. 79 del codice dei contratti pubblici, con conseguente tempestività del ricorso introduttivo, notificato in data 17 gennaio 2014.

Né detta cognizione integrale può ritenersi raggiunta, come pure sostengono le eccezioni all'esame, in forza della incontestata presenza di un delegato della ricorrente alle operazioni di gara di apertura delle offerte tecniche e di quelle economiche, nonché di aggiudicazione provvisoria, atteso che solo l'aggiudicazione definitiva produce, nei confronti dei partecipanti alla gara diversi dall'aggiudicatario, un effetto lesivo, consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della stazione appaltante od altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del "bene della vita" rappresentato dall'aggiudicazione della gara (Cons. St., ad. plen., 31 luglio 2012, n. 31); sì che solo dalla piena conoscenza della aggiudicazione definitiva (in quanto unico atto

conclusivo della procedura selettiva, in relazione al quale sorge un onere di tempestiva impugnazione da parte dei concorrenti non aggiudicatari) e degli elementi tutti di cui al comma 2, lett. c), dell'art. 79 cit. decorrono i termini per l'impugnazione di quegli atti, che, quali quelli di cui qui si eccipisce l'intervenuta conoscenza da parte dei rappresentanti dell'impresa presenti alle sedute della commissione di gara, hanno portato alla aggiudicazione provvisoria (avente, com'è noto, natura di mero atto endoprocedimentale: Cons. St., III, 11 febbraio 2013, n. 763), la cui autonoma impugnazione costituisce una mera facoltà.

3.2 – Superati gli aspetti rilevanti in rito, si può passare alla seconda censura di appello, con la quale viene reiterato il secondo motivo del ricorso originario, respinto dal T.A.R., con cui si era dedotta l'illegittimità della mancata esclusione dell'A.T.I. aggiudicataria per non aver la mandante presentato la dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. c), del D. Lgs. n. 163/2006 riguardante il socio di maggioranza della società medesima.

La doglianza è infondata.

Il Collegio rileva in proposito che, se in generale, ai sensi dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici, ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, per le società a responsabilità limitata, sono tenuti a rendere la dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza, il direttore tecnico, il socio unico persona fisica ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, la lex specialis del caso all'esame non risulta in alcun modo intelligibile in tal senso, dal momento che l'art. 1 del Disciplinare di gara specifica che i requisiti di partecipazione (tra i quali quelli “soggettivi di idoneità morale ed affidabilità generica” ex art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006) “sono dettagliati nell'elenco dei documenti richiesti dal successivo art. 2”, ove, al punto 4), il possesso dei requisiti da dichiararsi dal titolare o dal legale rappresentante dell'impresa è riferito (v. lett. b) e c) ai soli amministratori muniti di poteri di rappresentanza ed al direttore tecnico.

Vertesi, pertanto, in tema di omissione di un onere dichiarativo non sancito dalla legge di gara, in relazione al quale vale il principio, secondo cui la Pubblica amministrazione è rigidamente vincolata dalla lex specialis (nemmeno, peraltro, sul punto impugnata) non può disporre l'esclusione dalla gara per cause diverse da quelle ivi espressamente previste, in virtù del principio dell'autovincolo e dell'affidamento, corollari dell'art. 97 cost. (CdS, V, 22.3.2010, n. 1652).

Deve dunque in tal caso prevalere una visione sostanzialistica (cfr Cons. Stato, Ad. Plenaria, n. 10/2012), che ammette l'esclusione solo laddove, in concreto, il soggetto di cui si tratti sia privo dei requisiti morali previsti dall'art. 38 del D. lgs n. 163 del 2006; il che, nella fattispecie, come correttamente rilevato dal T.A.R., non è contestato.

3.3 – Il ricorso va pure respinto nel suo terzo motivo, con il quale si lamenta la mancata valutazione, da parte della stazione appaltante, della congruità del costo di soli Euro 3.900,00 per migliorie proposte e valorizzate nell'offerta tecnica dell'aggiudicataria.

Il motivo, come esattamente statuito dal T.A.R., è inammissibile.

Ed invero, nello schema di offerta economica predisposto dall'Amministrazione (pag. 8 del disciplinare di gara) ed in concreto utilizzato dall'aggiudicataria, nessuna indicazione del valore delle migliorie proposte è prevista, sì che nell'offerta dell'aggiudicataria stessa la differenza risultante dall'operazione (che l'appellante effettua con la pretesa di ricavarne il costo presunto di tali migliorie) “importo complessivo del servizio” meno “importo operatori”, pari ad Euro 3.900,00, rappresenta non certo detto preteso valore, ma semplicemente l'importo relativo alla sicurezza sul lavoro, a norma della stessa *lex specialis* “già compreso nel costo complessivo”, non a caso nell'ambito della stessa offerta proprio in tale misura specificatamente indicato, come ancora una volta richiesto proprio dalle norme di gara.

Avendo dunque la ricorrente errato nel prospettare al Giudice specifici elementi sintomatici di incongruità dell'offerta che a suo dire avrebbero dovuto indurre l'Amministrazione ad attivare il procedimento di verifica dell'anomalia e non potendo certo il Giudice né surrogare gli oneri gravanti sul ricorrente quanto alla individuazione di elementi di dettaglio utili a supportare i dubbi sollevati in ordine alla congruità dell'offerta né sostituirsi d'ufficio all'Amministrazione appaltante nell'accertamento sulla serietà ed attendibilità dell'offerta stessa, la censura, come già detto, è stata correttamente ritenuta inammissibile dal T.A.R.

4. – In conclusione, il ricorso deve essere respinto, con conseguente conferma dell'impugnata sentenza, anche quanto alla reiezione della domanda di risarcimento del danno, non risultando la condotta provvedimento dell'Amministrazione caratterizzata dal connotato dell'illiceità.

Le spese del presente grado di giudizio, liquidate nella misura indicata in dispositivo, seguono, come di regola, la soccombenza.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, lo respinge e, per l'effetto, conferma, nei sensi di cui in motivazione, la sentenza impugnata.

Condanna l'appellante alla refusione delle spese di giudizio in favore delle controparti costituite, nella misura di Euro 4.000,00, oltre I.V.A. e C.P.A., in favore di ciascuna.

Ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, addì 17 dicembre 2014, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Terza – riunito in Camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere, Estensore

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/01/2015

IL SEGRETARIO

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