

Consiglio di stato, sezione terza, sentenza n. 751 del 30 gennaio 2019

Partecipazione gara d'appalto – Mancata indicazione negli atti di gara delle prestazioni principali e secondarie – Limiti ai raggruppamenti di tipo verticale

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 7594 del 2018, proposto daS.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio in Roma, via

contro

..... S.C. A R.L., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso il suo studio in Roma, piazza; S.p.A., in proprio e quale capogruppo del Rti con le mandanti S.p.A., S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli Avvocati, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio in Roma, piazza; Rti - S.p.A. quale mandante, Rti - S.p.A. quale mandante, Rti - S.r.l. Unipersonale quale mandante non costituiti in giudizio;

nei confronti

....., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocato, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e

domicilio fisico presso lo studio in Roma, via;
..... -, non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima)
n. 494/2018, resa tra le parti, concernente l'annullamento

- della determinazione del 12 febbraio 2018, e relativa comunicazione, con cui il Sindaco Unico di “.....” disponeva l'aggiudicazione definitiva della “*Procedura ristretta, in forma centralizzata, per l'affidamento dei servizi integrati per la gestione e manutenzione delle apparecchiature sanitarie delle Aziende Sanitarie Locali e delle Aziende Ospedaliere della Regione Umbria*” in favore dell'A.t.i. controinteressata;
- ove occorresse della precedente aggiudicazione provvisoria;
- ove occorresse, dei precedenti verbali di gara ed in specie di quelli attraverso i quali si è disposta l'ammissione della compagine avversaria;
- ove occorresse dell'infra-citato Chiarimento n. 2 del 2 settembre 2016 e della normativa di indizione gara ove dovesse andare in conflitto con le previsioni di cui all'art. 61, comma 3, nuovo Codice Contratti;
- ove occorresse ancora, di qualsiasi ulteriore provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale,

e per la condanna dell'Amministrazione intimata

al risarcimento del danno patito in forma specifica tramite l'aggiudicazione della commessa in favore della ricorrente, eventualmente previa declaratoria di inefficacia e/o nullità del Contratto se medio tempore stipulato, e/o il risarcimento per equivalente in maniera parziale –qualora la ricorrente sia ammessa al subentro nel Contratto d'appalto a lavorazioni già avviate e limitatamente all'importo di quelle eseguite da soggetto privo di titolo - o integrale –s e, per l'avanzato stato dei lavori o per qualsiasi altra ragione, non sia più possibile subentrare nell'appalto-, nonché in via subordinata

- per l'annullamento dell'intera procedura di selezione, dal suo atto di indizione sino alla definitiva aggiudicazione, e, se intervenuto, del relativo contratto d'appalto che in tale ipotesi andrebbe dichiarato nullo o inefficace;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di S.C. A R.L. e di Althea Italia S.p.A., in proprio e quale capogruppo del Rti con le mandanti S.p.A., S.p.A. e dell';

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 gennaio 2019 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati su delega dell'Avvocato;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con il ricorso in appello indicato in epigrafe, la Società appellante (dora in poi HC) espone che con il ricorso di primo grado aveva censurato l'aggiudicazione definitiva in favore di RTI costituito da S.p.a. (ora fusa per incorporazione in Althea Italia S.p.a), quale mandataria e S.p.a., s.p.a eS.r.l., quali mandanti , nonché degli altri atti sopra specificati della procedura ristretta per l'affidamento dei servizi integrati per la gestione e la manutenzione delle apparecchiature sanitarie delle Aziende sanitarie locali e delle Aziende ospedaliere della Regione Umbria, per la durata di 36 mesi(salvo rinnovo) e valore pari a euro 72.000.000,00, iva esclusa, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'impugnativa era affidata ai seguenti motivi:

I. violazione dell'art. 61, comma 3, d.lgs. n. 50/2016, per la partecipazione alla selezione di offerta proveniente da compagine di cui fa parte un operatore economico non invitato;

II. violazione del principio di certezza e di determinatezza dell'offerta di gara, violazione dell'art. 48, comma 4, nuovo Codice Contratti, violazione delle pagine 3, 5, 9 e 22 della Lettera d'invito, in ragione del divieto di presentazione offerte indeterminate;

III. violazione dell'art. 17.6 del capitolato in relazione all'art. 3, numero 10), lettera f) dello stesso documento, violazione del principio di immodificabilità dell'offerta economica, poiché *“l'istanza di partecipazione e, poi, l'offerta economica assegnerebbero a s.p.a.”* (mandante del R.t.i. aggiudicatario) il 20% delle prestazioni elencate dall'art. 3, n. 10, lettera f), con conseguente violazione del citato art. 17.6 del capitolato speciale, il quale vieta l'esecuzione della prestazione di consulenza tecnica specialistica da parte del personale tecnico dipendente di ditte produttrici o distributrici di apparecchiature (come);

IV. in via subordinata: violazione dei principi di continuità e concentrazione delle operazioni di gara, in ragione dell'eccessivo numero di sedute della commissione di gara.

Concludeva, infine, la Società odierna appellante, con la domanda di risarcimento del danno in forma specifica tramite l'aggiudicazione della commessa in proprio favore, eventualmente previa declaratoria di inefficacia e/o nullità del contratto se medio tempore stipulato, ovvero per il risarcimento per equivalente.

Il Tribunale di prime cure, assorbita l'eccezione di inammissibilità e di irricevibilità proposte dall'....., rigettava il gravame in ragione dei seguenti motivi:

1 – la possibilità per l'impresa prequalificata ed invitata individualmente alla procedura ristretta di presentare l'offerta quale mandataria di operatori riuniti,

ancorché non invitati alla procedura sarebbe espressamente prevista dall'art. 48 co. 11, d.lgs. n. 50 del 2016;

2 – la dichiarazione della controinteressata, contestata quanto alla indeterminatezza, risulterebbe invece *per tabulas* aver specificato le parti del servizio da eseguirsi da parte di ciascuna delle imprese aderenti al R.T.I.; nel caso di specie la lettera di invito risulterebbe aver imposto alle imprese riunite in un raggruppamento di specificare non la quota di esecuzione in relazione a ciascuno dei singoli servizi accessori di cui all'art. 3 co. 10 lett. a-h del capitolato, ma solo le parti percentuali in caso di RTI orizzontali del servizio / fornitura che sarebbero eseguite dalle singole imprese (pag. 9 della lett. d'invito);

3 – altresì, infondata sarebbe la violazione dell'art. 17.6 del capitolato, si tratterebbe di un impegno assunto con riferimento alla fase di esecuzione del contratto;

4 – infine, infondata sarebbe anche la censura circa il numero di sedute della commissione, poiché il principio di continuità avrebbe un valore tendenziale, sicché nell'ipotesi che occupa il numero delle sedute sarebbe giustificato dalla complessità della procedura.

Avverso siffatta sentenza HP propone i seguenti motivi di appello:

I – *errores in indicando* per motivazione carente, erronea e contraddittoria, inammissibilità dell'offerta RTI aggiudicatario in relazione e agli artt. 3.10 lett. f) e 17.6 del capitolato speciale, violazione del principio di immodificabilità dell'offerta e dell'art. 83 co. 9 d.lgs. n. 50 del 2016, poiché:

a) la lettera d'invito a pag. 9 prescriveva che in caso di RTI la dichiarazione dovesse contenere la specificazione delle parti del servizio/fornitura da eseguirsi da parte dalle singole imprese;

b) le imprese controinteressate presentavano offerta con il modulo dell'associazione di tipo orizzontale, per il quale ciascuna impresa dichiara di assumere l'impegno ad eseguire tutte le prestazioni oggetto del servizio integrato da affidare con quote

riportate nel documento di ripartizione prodotto, nel quale emergerebbe che anche – sebbene società produttrice di apparati medicali – si obbligava nella misura del 20% a svolgere siffatti servizi, in violazione della preclusione di cui all’art. 17.6 del C.S.A.; sarebbe stata consentita in sede di soccorso istruttorio una ‘sanatoria postuma’ inammissibile in quanto attinente all’offerta ovvero all’impegno associativo; si sarebbe, dunque, consentito al raggruppamento aggiudicatario di precisare, con la nota del 17 marzo 2017, resa in sede di chiarimenti, che *“il personale tecnico destinato alle attività di consulenza tecnico specialistiche non sarà dipendente di ditte produttrici o distributrici di apparecchiature”*;

c) ciò sarebbe avvenuto in violazione di quanto disposto dall’art. 83 co. 9, d.lgs. n. 50 del 2016, della principio di parità di trattamento e non modificabilità dell’offerta; II – *errores in iudicando*, motivazione carente ed erronea, violazione dell’art. 48, co. 4, d.lgs. n. 50 del 2016, violazione delle prescrizioni rese alle pagg. 3, 5, 9 e 22 della lettera di invito (divieto di offerte indeterminate) , in quanto il Tribunale di prime cure non avrebbe considerato che l’appalto in questione avrebbe un oggetto complesso, in quanto articolato in una serie di prestazioni principali, integranti il servizio integrato di gestione e manutenzione delle apparecchiature medicali ed in altre prestazioni accessorie, tra cui quella di consulenza tecnico-specialistica (a riguardo menzionando il precedente di questo Consiglio 1161/2016); nella fattispecie in esame sarebbe stato necessario specificare dunque in sede di offerta tecnica in modo determinato le prestazioni .

Chiedeva dunque, la riforma della sentenza e l’annullamento dell’aggiudicazione, reiterando la disponibilità al subentro nell’appalto ed insistendo per il risarcimento per equivalente in via subordinata.

Si è costituita per resistere S.c.a.r.l. ribadendo l’eccezione di inammissibilità del ricorso introduttivo in primo grado per omessa tempestiva impugnazione del verbale di gara n. 2 relativo alla seduta pubblica del 28 marzo 2017, in cui l’odierna

appellante era presente tramite il proprio procuratore speciale, sollevando le censure riproposte con i motivi due e tre del ricorso di primo grado, in violazione del disposto dell'art. 120 co. 2 bis d.lgs. n. 104/2010. La ricorrente in prime cure avrebbe dovuto impugnare il predetto verbale entro e non oltre il 27 aprile 2017, mentre il ricorso era notificato un anno dopo in esito all'aggiudicazione.

Nel merito contesta la fondatezza dell'appello, in primo luogo poiché il Capitolato non distinguerebbe tra prestazioni principali e secondarie; la norma di ATI orizzontale sarebbe l'unica possibilità, dunque, percorribile e la stessa non poteva che indicare percentualmente l'ammontare dei servizi integrati curati da ciascun partecipante.

Inoltre, la prescrizione contenente il divieto di svolgimento da parte di un dipendente di ditte produttrici o distributrici riguarderebbe unicamente la fase esecutiva dell'appalto.

La precisazione svolta dall'ATI non sarebbe inquadrabile nella fattispecie del soccorso istruttorio di cui all'art. 83 co. 9 d.lgs. n. 50 del 2016, bensì costituirebbe mera conferma che la prestazione sarebbe stata espletata nel rispetto del capitolato. Si è costituita anche Althea Italia s.p.a. che ha fuso per incorporazione s.p.a. riproponendo le eccezioni già svolte in primo grado *ex art.* 101 co. 2 c.p.a. e, nel merito, sostenendo l'unitarietà dell'appalto, nonché rilevando al correttezza del sentenza di prime cure in ordine al riferimento alla fase esecutiva della prescrizione di cui all'art. 17.6 del capitolato. Nega inoltre che l'offerta sia stata modificata in sede di soccorso.

Si è costituita altresì l'..... per resistere, riproponendo l'eccezione di irricevibilità non esaminata dal giudice di prime cure.

All'udienza camerale la causa era rinviata al merito.

A seguito di ulteriore memoria e repliche anche *ex art.* 73 c.p.a. delle parti, all'udienza del 17 gennaio 2019, la causa è stata trattenuta in decisione

DIRITTO

I – Osserva il Collegio in primo luogo, che l'appello è stato proposto avverso i capi della sentenza che si pronunciano sui motivi secondo e terzo del ricorso di primo grado. Nulla è dedotto avverso il rigetto del primo motivo.

II – Con l'ultima memoria di replica, l'appellante eccepisce la tardività dell'eccezione di inammissibilità del ricorso di prime cure da parte dell'..... L'eccezione appare irrilevante, poiché le eccezioni di tardività ed inammissibilità sono state riproposte in appello da tutte le parti resistenti/controinteressate.

III – Comunque, in via del tutto preliminare, osserva il Collegio che – come già affermato più volte dalla Sezione - in ragione del carattere speciale, derogatorio, e pertanto di stretta interpretazione del rito “superspeciale” sulle ammissioni ed esclusioni, l'art. 120 comma 2 bis c.p.a è norma di stretta interpretazione.

Orbene, non solo il termine di trenta giorni - come precisato da ultimo dalla sentenza n. 7173 del 2018 - decorre dalla pubblicazione delle ammissioni sul profilo della stazione appaltante (e non dall'eventuale partecipazione ad una seduta, cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 8 febbraio 2018, n. 1765; 27 marzo 2018, n. 1902; Sez. V, 7 novembre 2018, n. 6292; 10 aprile 2018, n. 2176) , ma vieppiù, poiché il rito deve essere ritenuto applicabile unicamente alle contestazione dei profili di inammissibilità della partecipazione evidenziabili nella fase iniziale della gara, perché direttamente relativi alla produzione in sé di dichiarazioni o al contenuto di esse relative ai requisiti di capacità necessari per essere ammessi alla procedura.

Ritiene, invece, il Collegio che esso non possa ritenersi riferito anche alle fasi successive di esame dell'offerta.

Così esclusa la fondatezza delle eccezioni di inammissibilità e ricevibilità del ricorso di prime cure, si deve procedere all'esame del merito.

IV – Nel merito l'appello è infondato.

Non è rinvenibile, infatti, nella *lex specialis* di gara (anche complessivamente considerata) alcuna espressa suddivisione tra prestazioni “principali” e prestazioni “secondarie”, ai sensi e per gli effetti dell’art. 48, comma 2, del d.lgs. n. 50 del 2016, sicché non può che farsi luogo, nella suddetta gara d’appalto, che a raggruppamenti di imprese di tipo “orizzontale”. Vale, infatti, il principio enunciato dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio con sentenza 13 giugno 2012, n. 22, a mente del quale *“La distinzione tra a.t.i. orizzontali e a.t.i. verticali [...] poggia sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione a una determinata gara: in linea generale, l’a.t.i. orizzontale è caratterizzata dal fatto che le imprese associate (o associande) sono portatrici delle medesime competenze per l’esecuzione delle prestazioni costituenti l’oggetto dell’appalto, mentre l’a.t.i. verticale è connotata dalla circostanza che l’impresa mandataria apporta competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti, le quali possono avere competenze differenziate anche tra di loro, sicché nell’a.t.i. di tipo verticale un’impresa, ordinariamente capace per la prestazione prevalente, si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni secondarie scorporabili”*.

Ai sensi dell’art. 48, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 la tipologia del raggruppamento orizzontale come è definito *“quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione”*.

L’oggetto dell’appalto riguarda, nella specie, senza distinzione la gestione e la manutenzione delle apparecchiature sanitarie delle 2 Aziende Ospedaliere e delle 2 Aziende Sanitarie Locali della Regione Umbria.

V – Da quanto sin qui evidenziato discende, ulteriormente, che se tutte le imprese del raggruppamento dovevano effettivamente descrivere il proprio apporto, venendo meno il presupposto della tesi dell’appellante, può trovare applicazione il principio fissato dall’Adunanza Plenaria, già sotto la vigenza del precedente codice dei contratti (Cons. Ad. Plen. 13.06.2012, n. 22), secondo cui: *“ai fini del vaglio dell’ottemperanza all’obbligo di specificare le «parti» del servizio che saranno eseguite dalle singole*

imprese, dovrà adottarsi un approccio ermeneutico di natura sostanzialistica, nel senso che l'obbligo deve ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese, tenendo conto della natura complessa o semplice dei servizi oggetto della prestazione e della sostanziale idoneità delle indicazioni ad assolvere alle finalità di riscontro della serietà e affidabilità dell'offerta ed a consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate".

Differente è la circostanza che nel Capitolato siano indicate alcune prestazioni come accessorie alla gestione delle apparecchiature ed, in particolare, quelle di “Consulenza tecnico specialistica”, come puntualmente indicato dal Capitolato medesimo, unicamente “su richiesta delle Strutture Aziendali” (punto 17.6).

VI – Per lo stesso motivo (anticipando l'esame del secondo gruppo di censure) non può essere condivisa la necessità di ulteriore specificazione sull'assunto della complessità (prestazioni primarie e secondarie), e del resto perde di vigore la censura di indeterminatezza dell'offerta.

La prestazione di cui al menzionato art. 17.6 del C.S.A. costituisce, dunque, una sorta di prestazione collaterale accessoria ad altre attività e meramente eventuale, in caso di richiesta della Stazione appaltante.

VII – Con riguardo al divieto contenuto al punto 17.6 del capitolato, deve essere condivisa la conclusione del primo giudice circa l'inerenza della prescrizione alla fase dell'esecuzione del contratto.

In tal senso rileva palesemente la collocazione della prescrizione.

VIII - Alla luce di quanto si è fin qui evidenziato, la richiesta di chiarimenti da parte di non viene a configurarsi come soccorso istruttorio, che tenda ad un'integrazione dell'offerta, come diversamente censurato da parte istante, quanto piuttosto – in una impostazione sostanzialistica delle procedure di affidamento –

una vera e propria richiesta di precisazione in ordine alla successiva fase di esecuzione al fine di evitare ogni pregiudizio per i servizi da affidare.

“La disciplina della procedura di gara” – del resto come la Sezione ha avuto modo di porre in evidenza (con la sentenza 2/3/2017 n. 975) – “non deve essere concepita come una sorta di corsa ad ostacoli fra adempimenti formali imposti agli operatori economici e all’amministrazione aggiudicatrice, ma deve mirare ad appurare, in modo efficiente, quale sia l’offerta migliore, nel rispetto delle regole di concorrenza, verificando la sussistenza dei requisiti tecnici, economici, morali e professionali dell’aggiudicatario”.

Orbene, nella specie, la mandataria (con la nota 17 marzo 2017) confermava che con riferimento alla consulenza tecnico specialistica, oggetto della contestazione da parte di HP, la dichiarazione dell’esecuzione da parte della ditta produttrice non poteva che essere riferita ai servizi complessivamente compresi nella voce di gestione integrata del parco apparecchiature sanitarie, da eseguirsi pro quota direttamente da tale ditta, ad esclusione dunque della consulenza oggetto del divieto. La mandataria non integrava dunque, alcunché, ma si limitava a confermare il rispetto delle prescrizioni di gara già accettate.

IX – Quanto al secondo motivo di appello, per ragioni di sinteticità, si può rinviare a quanto già precisato in ordine alla consistenza delle prestazioni oggetto di gara.

X – Per tutto sin qui ritenuto, l’appello deve essere respinto. Tuttavia in ragione della complessità della fattispecie esaminata, sussistono giusti motivi per compensare le spese del presente grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e per l’effetto, conferma la sentenza n. 494 del 2018.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 gennaio 2019

L'ESTENSORE
Solveig Cogliani

IL PRESIDENTE
Giulio Veltri

IL SEGRETARIO