

Consiglio di Stato sez. IV 8/9/2015 n. 4170

Appalti pubblici - richiesta svolgimento servizi identici – legittimità se c'è rispondenza a “precipuo interesse pubblico e chiara previsione della lex specialis”

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 839 del 2015, proposto da:

Manutencoop Facility Management Spa in proprio e quale Capogruppo Mandataria Ati con Operosa scrl, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, Via

contro

Aeroporti di Puglia Spa, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv., con domicilio eletto presso l'avv. in Roma,

nei confronti di

La Cascina Global Service Srl in proprio e quale Capogruppo Mandataria costituendo ATI con CNS – Consorzio nazionale servizi soc. coop., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti, con domicilio eletto presso il dott. in Roma, Via

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia - Bari: Sezione I n. 01483/2014, resa tra le parti, concernente affidamento servizio pulizia aree interne ed esterne spazi aeroportuali e attività connesse - risarcimento danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aeroporti di Puglia Spa e di La Cascina Global Service Srl in proprio e quale Capogruppo Mandataria Ati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 giugno 2015 il Cons. Andrea Miglioizzi e uditi per le parti gli avvocati Cristiana Carpani, Adriano Tolomeo, Gennaro Rocco Notarnicola e Michele Perrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato sulla G.U.U.E. del 21 dicembre 2012 Aeroporti di Puglia spa indicava una procedura di gara aperta, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, avente ad oggetto l'affidamento per un triennio del servizio di pulizia delle aree interne ed esterne degli aeroporti pugliesi nonché dei servizi specialistici ed accessori per un importo complessivo di euro 10.268.024,75.

La gara in questione, cui prendevano parte tre operatori veniva espletata e aggiudicata in via definitiva, con provvedimento del 22 novembre 2013, in favore del RTI La Cascina Global Service – CNS Consorzio Nazionale Servizi (di seguito La Cascina) che si posizionava al primo posto della graduatoria con punti 87,82, precedendo la concorrente Manutencoop Facility Management s.p.a. (infra Manutencoop) che riportava punti 79,85.

Quest'ultima impugnava innanzi al Tar della Puglia l'atto di aggiudicazione deducendo la violazione della normativa di cui all'art.49 del dlgs n.163/1996 e dell'art.88 DPR n.207/2010 in ragione di un ritenuto non valido contratto di avvalimento prodotto da La Cascina che perciò stesso, ad avviso della ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

In quella sede La Cascina presentava ricorso incidentale volto ad ottenere l'esclusione dalla gara di Manutencoop che sarebbe stata priva del requisito di capacità tecnica indispensabile per partecipare alla procedura selettiva di che trattasi.

L'adito Tribunale amministrativo pugliese con sentenza n. 1483/2014, per ragioni di economia processuale, riteneva di procedere all'esame del ricorso principale in ragione della "manifesta infondatezza" del medesimo, rigettando il ricorso stesso, mentre dichiarava improcedibile il ricorso incidentale.

Avverso tale decisum è insorta Manutencoop, deducendo a sostegno del proposto appello i seguenti motivi:

illegittimità della sentenza appellata per violazione dell'art.49 del dlgs n.163/2006 nonché dell'art. 88 del DPR n.207/2010, violazione punto II .2.3 del bando di gara, nonché dell'art. 2.2 secondo comma e 2.2.b del disciplinare di gara. Violazione dell'art.275 del PDR n.207/2010: violazione del principio della par condicio. Eccesso di potere per violazione dei principi di buon andamento, efficacia, efficienza, economicità dell'azione amministrativa, nonché di imparzialità. Motivazione erronea ed inconferente. Travisamento.

Secondo parte appellante il contratto di avvalimento prodotto dalla controinteressata è connotato da indeterminatezza e genericità e tanto in contrasto con la regola della determinatezza dell'oggetto del contratto stesso: in particolare generico ed astratto è l'impegno dell'ausiliaria CNS Soc. Coop. di mettere a disposizione de La Cascina il requisito di capacità tecnico professionale di cui quest'ultima sarebbe peraltro carente.

L'indeterminatezza del contratto di avvalimento nei termini identificati dalla giurisprudenza amministrativa sarebbe assolutamente evidente e questo avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara dell'ATI La Cascina;

2) Illegittimità della sentenza appellata per violazione ed erronea, travisata applicazione dell'art.46 del dlgs n.163/2006 posto che erronea si appaleserebbe la statuizione del primo giudice nel configurare la possibilità del soccorso istruttorio ex art. 46 dlgs n.163/2006 in favore del RTI controinteressato in relazione alle dichiarazioni rese con il contratto di avvalimento.

La Cascina si è costituita in giudizio con controricorso ed ha in via pregiudiziale ai sensi e per gli effetti di cui all'art.101 comma 2 c.p.a. riproposto il ricorso incidentale di tipo escludente, riproducendo il seguente motivo d'impugnazione:

Violazione e falsa applicazione dell'art.III.2.3 del bando di gara e degli artt.2.2 e 2.2.b del disciplinare di gara. Eccesso di potere per difetto di istruttoria ed erronea presupposizione, posto che Manutencoop non è in possesso o comunque non ha provato di essere in possesso del requisito di pregresso svolgimento dei servizi di pulizia in aree interne ed esterne aeroportuali richieste dalla lex specialis di gara.

Le parti hanno poi prodotto a sostegno delle rispettive tesi difensive apposite memorie illustrative anche di replica.

All'udienza pubblica del 16 giugno 2015 la causa è stata introitata per essere definitivamente decisa.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che sia necessario pronunciarsi sui motivi del ricorso incidentale di primo grado, completamente obliterati dal giudice di prime cure, riproposti ex art.101 c.p.a. nel presente giudizio di appello.

Relativamente al rapporto tra ricorso principale (proposto dal concorrente sconfitto in una procedura selettiva) e il ricorso incidentale (proposto dal concorrente vincitore) l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato con sentenza n. 9 del 25/2/2014, anche in relazione alla pronuncia della Corte di Giustizia UE Sez. X 4 luglio 2013 (causa C/100/12) e riprendendo le coordinate ermeneutiche dell'Adunanza Plenaria n.4/11 ha evidenziato quanto segue:

il giudice ha il dovere di decidere la controversia ai sensi dell'art.76 comma 4 c.p.a. e dell'art.276 c.p.c. secondo l'ordine logico che di regola pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito;

nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara deve essere esaminato prioritariamente rispetto al ricorso principale il ricorso incidentale escludente che sollevi una eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che ha partecipato alla gara ma che dalla stessa avrebbe dovuto essere escluso e non lo è stato per errore dell'amministrazione;

la regola della priorità della disamina del gravame incidentale di prime cure con effetti paralizzanti non trova deroga allorché come nel caso all'esame vengono in rilievo concorrenti vizi escludenti che però appartengono a categorie non omogenee.

Nella specie il ricorso incidentale proposto da La Cascina, attuale controinteressata, per la natura delle censure ivi dedotte assume carattere certamente escludente sia in via logica che cronologica e andava perciò prioritariamente esaminato rispetto alla disamina del ricorso principale proposto da Manutencoop, attuale appellante.

Ciò preliminarmente precisato, principiando dal ricorso incidentale, con esso La Cascina eccepisce la mancata esclusione dalla gara di Manutencoop per il fatto che tale concorrente non aveva comprovato il possesso il requisito di partecipazione alla gara previsto dalle disposizioni di cui ai punti III.2.3 del bando di gara e agli artt. 2.2 e 2.2 b del disciplinare di gara.

La tesi della ricorrente incidentale merita adesione.

Il bando di gara a proposito delle condizioni di partecipazione e della situazione personale degli operatori economici (punto III.2) richiedeva (punto III.2.3) ai partecipanti alla gara di "aver eseguito nell'ultimo triennio 2010 - 2011 e 2012 o di avere in corso di espletamento un appalto per servizi di pulizia di aree interne ed esterne di spazi aeroportuali con l'indicazione degli importi, delle date e degli aeroporti per un importo aggiudicato non inferiore a 10.000.000 euro".

Quindi il disciplinare di gara a proposito dei requisiti di carattere speciale (punto 2.2) e cioè quelli relativi alla capacità economica e finanziaria classificati come 2.2.a e alla capacità tecnica e professionale rubricati come 2.2.b stabiliva espressamente che "in caso di ATI i requisiti di cui ai

punti 2.2 a e 2.2.b dovranno essere dichiarati e posseduti per almeno il 40% dall'impresa Capogruppo e per la restante percentuale cumulativamente dalla mandante in misura non inferiore per ciascuna mandante al 10%. Il totale deve essere comunque pari al 100% dei requisiti richiesti alla impresa singola. In ogni caso, ai sensi dell'art.275 comma 2 del Regolamento, la mandataria deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria" Manutencoop nel dichiarare e comprovare il possesso del requisito di capacità tecnica di cui al punto 2.2.b del disciplinare ha fatto riferimento ai seguenti due contratti di appalto:

quello con GESAP, soggetto gestore dell'aeroporto "Falcone Borsellino" di Palermo, avente ad oggetto il servizio di pulizia (in particolare di immobili destinati prevalentemente ad uso uffici) per un importo complessivo di euro 8.200.816.78;

quello con Sacbo spa soggetto gestore dell'Aeroporto di Orio al Serio, dell'importo pari ad euro 2.893.435.,44.

Ebbene, nessuno dei predetti contratti è idoneo a dimostrare il possesso del requisito di partecipazione alla gara richiesto dalla lex specialis se si osserva che:

quanto al secondo dei predetti contratti, quello con Sacbo, esso è stato stipulato il 16/2/2013 e cioè con decorrenza dal giorno successivo a quello di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura selettiva per cui è causa (15 febbraio 2013) e se così è, tale rapporto contrattuale non può annoverarsi tra quelli utili a dimostrare il possesso del requisito di che trattasi posto che contrariamente a quanto prescritto dal disciplinare di gara non si riferisce al precedente triennio 2010 - 2011 e 2012 e neppure può considerarsi "in corso di espletamento".

Appare evidente infatti che la condizione di ammissione alla gara deve essere sussistente al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura selettiva, momento fondamentale cui ancorare il possesso dei requisiti, secondo un criterio di certezza delle situazioni giuridiche soggettive e tenuto comunque conto che al momento della dichiarazione di possesso del requisito (15/2/2013) il contratto non era comunque in essere.

Neppure il primo contratto, quello stipulato per l'aerostazione di Palermo, può ritenersi valido ai fini della dimostrazione del possesso del requisito di capacità tecnica nei termini previsti dalla disciplina di gara.

Manutencoop ha stipulato con Gesap una convenzione di facility management che ha per oggetto l'attività di pulizia e manutenzione di impianti antincendio e facchinaggio per immobili adibiti prevalentemente ad uffici, ma l'oggetto della gara per cui è causa è costituito specificatamente dal servizio di pulizia di aree interne ed esterne di spazi aeroportuali (punto III.2.3) che è cosa diversa.

L'oggetto dell'affidamento qui in contestazione ancorché rientrante nel genus del servizio di pulizia ha comunque connotazioni proprie, se è vero le prestazioni di pulizia in riferimento ai siti previsti (aree interne ed esterne degli spazi aeroportuali) devono avvenire con modalità ed ausilio di mezzi

calibrati ai luoghi, e tanto vale a differenziare le prestazioni richieste rispetto al normale servizio di pulizia effettuato all'interno di immobili adibiti ad ufficio.

E d'altra parte proprio al fine di assicurare la presenza dei requisiti di capacità tecnica (sotto tale voce del bando si colloca l'oggetto del servizio richiesto) ben può l'Amministrazione appaltante richiedere che i concorrenti abbiano svolto servizi identici a quello oggetto dell'appalto sempreché, s'intende, il requisito dell'identità dei servizi sia chiaramente espresso e risponda ad un precipuo interesse pubblico, condizioni, queste, certamente presenti nel caso all'esame (Cons. Stato Sez. IV 6/10/2003 n. 5823; Sez. V 12/4/2005 n. 1631).

Neppure può sottacersi al riguardo il fatto che nella specie l'esperienza pregressa per prestazioni identiche trova la propria giustificazione nelle caratteristiche tecniche del servizio oggetto di affidamento (Cons. Stato Sez. V 29/3/2006 n. 1599).

Non v'è identità tra il servizio operato in precedenza e il servizio che si va a richiedere in relazione al nuovo affidamento e tale discrasia fa venir meno il possesso del requisito specifico prescritto dalla lex di gara.

Conclusivamente, i contratti allegati da Manutencoop non sono validamente idonei a comprovare il possesso del requisito di capacità tecnica imprescindibilmente richiesto dalla lex specialis e tale non conformità alla normativa disciplinate l'accesso alla gara avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla procedura selettiva di Manutencoop, come fondatamente eccepito dalla controinteressata La Cascina con il gravame incidentale di prime cure.

Questo conduce a riformare la sentenza di primo grado che ha obliterato l'esame del ricorso incidentale che invece avrebbe dovuto essere oggetto di disamina giudiziale ed altresì essere accolto.

La fondatezza del ricorso incidentale di carattere escludente prodotto da La Cascina in primo grado e qui riproposto ex art.101 c.p.a. comporta l'inammissibilità del ricorso principale di prime cure di Manutencoop che non essendo legittimata a partecipare alla gara non può dedurre censure volte a stigmatizzare la gestione della procedura selettiva e gli esiti della stessa.

In ragione della peculiarità della vicenda processuale all'esame sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, in riforma dell'impugnata sentenza, così dispone:

a) accoglie il ricorso incidentale di prime cure proposto da La Cascina Global Service srl in costituendo RTI con CNS- Consorzio Nazionale Servizi soc. coop.;

b) dichiara inammissibile il ricorso principale di primo grado proposto da Manutencoop Facility Management s.p.a. in proprio e quale Capogruppo mandataria con Operosa scarl;

c) rigetta l'appello principale.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/09/2015

IL SEGRETARIO

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