

N. 08267/2011 REG.PROV.COLL.
N. 05756/2011 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 Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 60 e 74 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 5756 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla

Padana Everest Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ermes Coffrini, Paolo Sansone e Massimo Colarizi, con domicilio eletto in Roma, via Panama, 12, presso l'avv. Massimo Colarizi;

contro

Regione Lazio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Rodolfo Mazzei e Fiammetta Fusco, con domicilio eletto in Roma, via Marcantonio Colonna n.27, presso l'avv. Fiammetta Fusco;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

dalla Servizi Italia Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo

Colarizi, e Ermes Coffrini, con domicilio eletto in Roma, via Panama, 12, presso l'avv. Massimo Colarizi;

ad opponendum:

Sogesi Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Maurizio Brizzolari e Andrea Zanetti, con domicilio eletto in Roma, via della Conciliazione, 44, presso l'avv. Maurizio Brizzolari;

per l'annullamento, previa sospensiva,

del bando di gara per l'affidamento del servizio di lavanolo occorrente alle Aziende sanitarie della Regione Lazio - (art. 120 c.p.a.)

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Regione Lazio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2011 il cons. Giulia Ferrari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Rilevato che nella suddetta camera di consiglio il Collegio, chiamato a pronunciare sulla domanda cautelare di sospensiva dell'atto impugnato, ha deciso di definire immediatamente il giudizio nel merito con sentenza resa ai sensi dell'art. 60 c.p.a., e ne ha dato comunicazione ai difensori presenti delle parti in causa.

Ritenuta priva di pregio l'eccezione di inammissibilità del ricorso per non avere la ricorrente presentato la domanda di partecipazione alla gara entro il termine, prorogato a seguito della modifica della lex specialis di gara, del 20 settembre 2011, e ciò in quanto i due motivi di gravame sono rivolti avverso clausole della lex specialis che, secondo la sua prospettazione, impediscono alla ricorrente di formulare l'offerta;

Ritenuto, quanto alla seconda eccezione sollevata dall'Amministrazione resistente, che correttamente il ricorso è stato notificato alla sola Regione Lazio avendo la stessa bandito la gara oggetto del gravame;

Considerato, infatti, che ai sensi dell'art. 1 del disciplinare di gara la Regione Lazio è stata delegata all'indizione della gara, con la conseguenza che il ricorso avverso il bando, la procedura ad evidenza pubblica e l'aggiudicazione possono, ma non devono necessariamente, essere notificati anche alle Aziende sanitarie deleganti;

Considerato infatti che nel caso in cui un soggetto deleghi altro soggetto ad indire una gara d'appalto, il ricorso contro gli atti del procedimento di gara non deve essere necessariamente notificato anche all'Ente delegante, ponendosi l'Ente delegatario come centro di riferimento di tutta l'attività posta in essere, salva la facoltà del delegante di intervenire in giudizio (Cons.St., sez. V, 25 luglio 2006, n. 4654; id., sez. IV, 25 febbraio 2003, n. 1024; Tar Salerno 26 marzo

1985, n. 107);

Ritenuto inammissibile (così come comunicato alle parti presenti - e dato atto a verbale, ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a.) l'atto di intervento volontario ad adiuvandum, depositato il 4 ottobre 2011, della Servizi Italia s.p.a., la quale – in considerazione del tenore della lex specialis di gara – afferma di non aver potuto presentare l'offerta; Considerato, infatti, che l'intervento ad adiuvandum non può essere proposto dal titolare di una posizione giuridica direttamente tutelabile con una propria impugnativa, e non già di una posizione dipendente da quella del ricorrente principale (Cons. St., sez. V, 20 giugno 2011, n. 3702), pena l'elusione del termine perentorio, e quindi decadenziale legislativamente fissato per ricorrere;

Visto l'atto di motivi aggiunti, notificato il 3 ottobre 2011 e depositato il successivo 14 ottobre, con il quale è impugnato il bando di gara così come rettificato dalla stazione appaltante con avviso del 22 luglio 2011;

Considerato che il bando di gara è immediatamente impugnabile solo quando contiene clausole escludenti o che impediscono la formulazione dell'offerta (Cons. St., A.P., 29 gennaio 2003, n. 1; id. 4 dicembre 1998, n. 1; id., sez. V, 3 agosto 2011, n. 4625; id. 14 luglio 2011, n. 4274);

Considerato infatti che, come chiarito anche dalla più recente giurisprudenza, le clausole del bando o della lettera di invito, che onerano l'interessato ad un'immediata impugnazione, sono soltanto

quelle che prescrivono in modo inequivoco requisiti di ammissione o di partecipazione alla gara, in riferimento sia a requisiti soggettivi che a situazioni di fatto, la carenza dei quali determina immediatamente l'effetto escludente, configurandosi il successivo atto di esclusione come meramente dichiarativo e ricognitivo di una lesione già prodotta (Cons.St., sez. V, 5 ottobre 2011, n. 5454 e 19 settembre 2011, n. 5323);

Ritenuto assistito da *fumus boni juris* il primo motivo dell'atto di motivi aggiunti (che reitera il primo motivo di ricorso), con il quale si deduce l'illegittimità dell'art. 12 del disciplinare di gara nella parte in cui preclude la partecipazione in Ati di società che avrebbero i requisiti per partecipare anche singolarmente;

Considerato infatti che la è stata ritenuta ammissibile la riunione in Ati di imprese che anche da sole sono in possesso dei requisiti, non vigendo alcun espresso divieto legale in tal senso (Cons. St., sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; id. 20 febbraio 2008, n. 588). Considerato, infatti, che è stato ritenuto irrilevante il parere dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato 7 febbraio 2003 n. AS251, nel quale si sottolinea il rischio che il modello del raggruppamento possa evolvere a strumento di collaborazione restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, in quanto detto parere è finalizzato a suggerire alle stazioni appaltanti, «pur nel silenzio della legge», di «limitare la possibilità di associarsi in RTI da parte di due o più imprese, che singolarmente sarebbero in grado di

soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara». Non può peraltro non rilevarsi come nel diritto comunitario il raggruppamento temporaneo di imprese sia considerato uno strumento pro-competitivo, il cui utilizzo non è limitato alle imprese prive dei requisiti individuali di qualificazione. La questione rientra piuttosto nella discrezionalità del legislatore per decidere se sia opportuno introdurre un divieto di Ati per imprese che individualmente sono in possesso dei requisiti, divieto che non è stato finora introdotto;

Considerato invece che è venuto meno l'interesse a coltivare il secondo motivo di ricorso (e ciò a prescindere dalla sua ammissibilità in quanto proposto immediatamente in occasione dell'impugnazione del bando), avendo la stazione appaltante modificato il bando nella parte in cui richiedeva di dichiarare tutte le condanne per qualsiasi reato, a prescindere che si tratti di condanne passate in giudicato o riguardanti reati estinti;

Considerato che è immediatamente censurabile l'art. 5 del disciplinare di gara (impugnato con il terzo motivo di ricorso e la terza censura dell'atto di motivi aggiunti) perché impedirebbe la formulazione dell'offerta e dei relativi prezzi;

Considerato che tale motivo è fondato atteso che l'art. 5 del disciplinare - lasciando alla stazione appaltante la possibilità, nel periodo di vigenza del contratto, di estendere i servizi appaltati a favore di nuovi centri di utilizzo o di sospendere o ridurre i servizi

appaltati presso i centri di utilizzo senza che tali scostamenti, se contenuti entro il quinto dell'importo contrattuale – costringe a formulare offerte soggette ad eccessivi margini di aleatorietà;

Considerato invece che è venuto meno l'interesse a coltivare il quarto motivo di ricorso, con il quale si censura la previsione della scheda tecnica del Capitolato che richiede l'offerta di divise di una marca individuata senza lasciare la possibilità di offrire una fornitura equivalente, avendo la stazione appaltante in parte qua modificato la *lex specialis* di gara;

Ritenuto dunque che il ricorso deve essere accolto ma che sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese e degli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati.

Compensa integralmente tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Maria Luisa De Leoni, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/10/2011

IL SEGRETARIO

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