



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 9804 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da Hotel-Textil s.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Dieter Schramm, Ivo Tschurtschenthaler e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso l'avv. Luigi Manzi in Roma, via F. Confalonieri n. 5;

contro

l'Azienda sanitaria della Provincia autonoma di Bolzano, Compensorio Sanitario di Bolzano, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata presso i suoi uffici in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

la Haas Christian & Markus s.n.c. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Peter Winkler e Stefano Coen, con domicilio eletto presso l'avv. Stefano Coen in Roma, piazza di Priscilla n. 4;

per la riforma

della sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma della Provincia di Bolzano, n. 314/2010 e del dispositivo di sentenza dello stesso Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma della Provincia di Bolzano, n. 10/2010, resi tra le parti, concernenti AGGIUDICAZIONE GARA PER IDENTIFICAZIONE DI UNA IMPRESA PER COSTITUZIONE DI UNA SOCIETÀ PER GESTIONE DI UNA LAVANDERIA - RISARCIMENTO DANNI

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda sanitaria della Provincia autonoma di Bolzano, Compensorio sanitario di Bolzano, e di Haas Christian & Markus s.n.c.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2011 il Cons. Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Schramm, Manzi, Winkler e l'avvocato dello Stato, Bacosi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma di Bolzano, rubricato al n. 150/2010, Hotel Textil s.r.l. impugnava:

- a) il verbale di determinazione del Direttore del Comprensorio Sanitario di Bolzano – Azienda Sanitaria dell’Alto Adige, n. 2010-D2-000831 del 17 maggio 2010, avente ad oggetto l’aggiudicazione della gara a procedura aperta EC 3/2009 per l’identificazione di una impresa al fine della costituzione con la medesima di una società finalizzata alla gestione di una lavanderia per il lavaggio e la gestione della biancheria piana dell’Azienda Sanitaria dell’Alto Adige, nonché dell’abbigliamento da lavoro dei relativi dipendenti alla ditta Haas Christian & Markus s.n.c. di Ora (BZ), ad essa comunicato con nota prot. n. 0055284-BZ dd. 17 maggio 2010 e trasmesso integralmente ai suoi legali con nota 31 maggio 2010, senza numero di protocollo;
- b) il verbale di determinazione del Direttore del Comprensorio n. 2009-D2-001199 del 30 luglio 2009, nella parte in cui ha disposto l’ammissione della sopraccitata Haas Christian & Markus s.n.c. di Ora (BZ) alla procedura ristretta di cui è causa;
- c) l’atto endoprocedimentale con cui la commissione di gara ha proceduto alla verifica con esito positivo in capo alla sorteggiata Ditta Haas circa il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara ex art. 48 d.lgs. n. 163/2006;
- d). i verbali di gara 14 gennaio 2010, 4 febbraio 2010, 23 febbraio

2010 e 5 marzo 2010, come della relazione della commissione e degli ulteriori verbali di gara 15 dicembre 2009, 3 dicembre 2009, 1 dicembre 2009, 23 novembre 2009 e 20 novembre 2009, così come tutti gli altri verbali di gara, anche se non conosciuti.

La società deduceva le censure, così riassunte nella sentenza di primo grado:

- Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis di gara (bando e capitolato d'oneri) nella parte in cui disciplina i requisiti per l'avvalimento; Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 per indeterminatezza assoluta della dichiarazione di avvalimento rilasciata dalla ditta ausiliaria Stahlbau Pichler s.r.l. ai sensi della prescrizione del bando ex lett. F) pag. 10 e dell'art. 49 lett. a) e d); Derivata illegittimità, invalidità e/o inefficacia della dichiarazione di avvalimento; Derivata illegittimità, invalidità e/o inefficacia del provvedimento interlocutorio di ammissione alla gara della controinteressata ditta Haas di cui al verbale di determinazione del Direttore di Comprensorio n. 2009-D2-001199 del 30/07/2009 (doc. 9) per insussistenza in capo alla medesima ditta dei requisiti economico – finanziari di partecipazione; Riflessa illegittimità del provvedimento di aggiudicazione;

- Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis di gara (bando e capitolato d'oneri) nella parte in cui disciplina i requisiti per l'avvalimento; Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 per omessa dimostrazione di poter disporre del

requisito o delle risorse della Ditta Ausiliaria Stahlbau Pichler, anche in relazione alla dedotta indeterminatezza assoluta della dichiarazione di avvalimento rilasciata da quest'ultima ai sensi della prescrizione del bando ex lett. F) pag. 10 e dell'art. 49 lett. a) e d); Derivata illegittimità, invalidità e/o inefficacia della dichiarazione di avvalimento; Derivata illegittimità, invalidità e inefficacia del provvedimento interlocutorio di ammissione alla gara della contro interessata ditta Haas di cui al verbale di determinazione del Direttore di Compensorio n. 2009-D2-001199 del 30/07/2009 per insussistenza in capo alla medesima ditta dei requisiti economico – finanziari di partecipazione; Riflessa illegittimità del provvedimento di aggiudicazione;

- Violazione dell'art. 49, II, lett. E) del d.lgs. n. 163/2006, nonché della lex specialis di gara lett. E) dei requisiti per l'avvalimento del bando di gara”;

- Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 49, II comma, lett. F) del d.lgs. n. 163/2006; Illegittimità derivata del provvedimento di ammissione alla gara della ditta Haas e riflessa illegittimità del pedissequo provvedimento di aggiudicazione”;

- Violazione della lex specialis di gara sotto vari profili – Sviamiento, eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, difetto di motivazione, irragionevolezza; Violazione e falsa applicazione degli artt. 46 e 86 codice degli appalti (documenti e informazioni complementari)”;

- Affitto del complesso aziendale unilateralmente ed inopinatamente sostituito da contratto di servizio e pertanto da offerta alternativa espressamente esclusa dal bando;
- Utilizzo del complesso aziendale oggetto di gara per attività promiscua e comunque non esclusivamente destinata all'attività propria della costituenda società mista;
- Indebita sostituzione, in corso di valutazione delle offerte, del business plan Haas sulla fattibilità economico – finanziaria del progetto, richiesto dall'art. 7 del Capitolato d'Oneri a pena di esclusione, ed eseguito giudizio sulla congruità economica dell'offerta sulla base del business plan sostituito, con stridente lesione della 'par condicio' dei partecipanti";
- In ulteriore subordine: eccesso di potere per difetto di istruttoria e per palese irrazionalità, illogicità e disparità di trattamento nella attribuzione del punteggio alle parti (relazione commissione tecnica):
 - punteggio attribuito per 'progetto tecnico di gestione del servizio di lavanderia' (Haas 18; Hotex 14);
 - punteggio attribuito per 'soluzioni architettonico - funzionali e tecnico - ingegneristiche, in particolare per quanto concerne soluzioni innovative per la minimizzazione dell'impatto ambientale e per il contenimento e l'ottimizzazione del consumo energetico' (Haas 13, Hotex 10);
 - punteggio attribuito per 'caratteristiche delle apparecchiature e dei materiali proposti nonché soluzioni organizzative per la

manutenzione, l'aggiornamento tecnologico e la sostituzione delle apparecchiature' (Haas 13, Hotex 13);

- punteggio attribuito per 'soluzioni per l'ottimizzazione ergonomica delle attività lavorative e per il contenimento dello stress psico-fisico dal lavoro usurante e ripetitivo' (Haas 8; Hotex 7);

- punteggio attribuito per 'ubicazione dell'immobile rispetto alla rete dei servizi di trasporto pubblico' (Haas 4; Hotex 5);

- punteggio attribuito per 'ubicazione dell'immobile rispetto alla vicinanza alle principali arterie stradali di collegamento' (Haas 2; Hotex 4);

- "Eccesso di potere per violazione del bando di gara (pag. 8, punto 6 del capitolato d'oneri) ed illegittima condizione di firma del contratto solo ad avvenuta presentazione di idonea documentazione attestante la possibilità di deroga ai sensi del comma 3, lettera d) dell'art. 49, l.p. n. 13/1997".

La ricorrente chiedeva l'annullamento degli atti impugnati e la conseguente aggiudicazione della gara d'appalto in proprio favore e, in via subordinata, la condanna della stazione appaltante al risarcimento di tutti i danni subiti e subendi in dipendenza dei provvedimenti impugnati, nella misura da quantificarsi in corso di giudizio, indicativamente indicati in Euro 15.000.000,00.

Con la sentenza in epigrafe, n. 314 in data 25 novembre 2010, il Tribunale regionale di giustizia amministrativa, Sezione autonoma della Provincia di Bolzano, respingeva il ricorso, dichiarando inoltre

improcedibile il ricorso incidentale.

2. Avverso la predetta sentenza di rigetto, ed in precedenza avverso il dispositivo pubblicato, Hotel-Textil s.r.l. propone il ricorso in appello in epigrafe, rubricato al n. 9804/11, contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituita in giudizio l'Azienda sanitaria dell'Alto Adige chiedendo il rigetto dell'appello.

Si è costituita in giudizio la Haas Christian & Markus s.n.c. chiedendo il rigetto dell'appello e, in subordine, riproponendo, con appello incidentale, i motivi del ricorso incidentale proposto in primo grado.

L'appellante ha depositato memoria.

La causa è stata assunta in decisione alla pubblica udienza del 22 novembre 2011.

3. L'appello principale è infondato.

3a. L'appellante ribadisce in primo luogo le censure, dedotte in primo grado e respinte dal primo giudice, circa l'illegittima ammissione alla gara del raggruppamento poi divenuto aggiudicatario; in particolare, l'appellante contesta gli atti con i quali l'appellante ha dichiarato di avvalersi di altra impresa allo scopo di dimostrare il fatturato globale richiesto per partecipare alla gara, che non chiarirebbero adeguatamente la volontà delle parti.

In particolare, la dichiarazione dell'impresa ausiliaria non

espliciterebbe adeguatamente la sua volontà di mettere i propri requisiti a disposizione dell'altra per consentirle specificamente la partecipazione alla gara di cui ora si tratta.

La tesi è infondata, in quanto la volontà di entrambe le parti di consentire all'impresa ausiliata di avvalersi dei requisiti dell'ausiliante è adeguatamente dimostrata dalla domanda di partecipazione alla gara di cui si discute, sottoscritta congiuntamente, e dalla dichiarazione in data 13 luglio 2009.

L'appellante sostiene che l'impresa ausiliaria non chiarisce di mettere a disposizione dell'ausiliata i propri mezzi specificamente per la partecipazione alla gara d'appalto di cui ora si discute, ma l'osservazione è contraddetta dalla firma congiunta della domanda di partecipazione, che chiarisce adeguatamente la finalità dell'avvalimento.

L'appellante afferma poi che i documenti sopra richiamati non chiariscono che cosa è stato messo a disposizione dell'ausiliata, ma la tesi non può essere condivisa.

Invero, la dichiarazione molto ampia dell'ausiliaria, che dichiara di porre a disposizione dell'ausiliata "per tutta la durata dell'appalto le risorse e/o i mezzi necessari, di cui è carente il concorrente stesso," è univocamente chiarita dalla sua ulteriore dichiarazione, rivolta alla stazione appaltante, circa il fatturato globale negli anni 2006, 2007 e 2008, evidentemente rivolta a mettere il requisito a disposizione della partecipante alla gara.

Ogni ulteriore discussione è poi troncata dal fatto che le necessarie dichiarazioni sono state rese, come non è contestato, in aderenza ai modelli predisposti dalla stazione appaltante.

In realtà, l'appellante avanza il dubbio che l'impresa ausiliaria svolga attività imprenditoriale in settori diversi da quelli oggetto del contratto di cui ora si discute, per cui in realtà non sarebbe in grado di offrire alcun contributo all'odierna appellata.

Al riguardo, il Collegio concorda sul fatto che i requisiti che l'ausiliaria pone a disposizione dell'ausiliata devono riguardare il contratto da affidare, ma osserva che la normativa della gara di cui ora si discute non richiedeva all'ausiliaria una dichiarazione del contenuto descritto.

Atteso che le formalità previste dalla normativa di gara sono state rispettate, il fondamento della censura proposta deve basarsi sulla dimostrazione in fatto dell'asserzione appena riportata.

Atteso che l'appellante non ha fornito tale dimostrazione nel presente giudizio la censura deve essere respinta.

3 b. L'appellante sostiene che il rapporto di avvalimento non è stato dimostrato ai sensi dell'art. 49, secondo comma lett. f), del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non essendo stato depositato in giudizio, ed invero nemmeno sottoscritto, il contratto di avvalimento.

Osserva il Collegio che i requisiti formali dell'accordo di avvalimento, descritti dal richiamato art. 49, secondo comma lett. f), del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, non sono previsti "*ad substantiam*" e

non possono quindi sottrarsi al principio della libertà delle forme degli atti di volontà fra privati (C.di S., V, 12 maggio 2009, n. 3781).

Nel caso di specie, l'incontro delle volontà è stato univocamente raggiunto sulla base di atti unilaterali, palesemente rivolti a porre a disposizione dell'attuale appellante le risorse di cui dispone l'impresa ausiliaria, che ha garantito la stazione appaltante sottoscrivendo la domanda di partecipazione e fornendo le dichiarazioni necessarie.

In altri termini, l'ausiliaria ha formalizzato il suo impegno in atti espressamente rivolti alla stazione appaltante, impegnandosi quindi anche nei suoi confronti.

Di conseguenza, la stazione appaltante non ha subito alcun pregiudizio dal fatto che l'incontro delle volontà dei due soggetti privati sia avvenuto mediante uno scambio di dichiarazioni unilaterali (C. di S., VI, 13 maggio 2010, n. 2956).

3c. L'appellante sostiene che l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe carente nella parte riguardante la messa a disposizione dell'immobile nel quale attivare la lavanderia, in quanto il bando di gara imponeva che l'immobile stesso fosse dato in affitto alla società costituenda, mentre l'appellata avrebbe proposto un atipico contratto di servizio; solo nel corso del procedimento avrebbe modificato l'offerta, proponendo la stipula di un contratto di affitto, disciplinato dal codice civile.

La doglianza non può essere condivisa.

Deve essere invece condivisa l'osservazione dell'aggiudicataria, la

quale rileva che la sua volontà, trasfusa nell'offerta, deve essere ricostruita sulla base della sottoscrizione della documentazione di gara, con la quale ha accettato i termini della proposta contrattuale della stazione appaltante, mentre non può avere alcuna incidenza sul contenuto del rapporto l'iniziale inesatta qualificazione del rapporto stesso per quanto riguarda la messa a disposizione dell'immobile nel quale dovrà svolgere il servizio la società costituenda.

3d. L'appellante sostiene che l'offerta dell'aggiudicataria sarebbe inammissibile in quanto nell'immobile posto a disposizione si svolgono anche altre attività, per cui lo stesso non è posto a disposizione esclusiva della stazione appaltante, o meglio della società costituenda, ed il servizio dovrà essere svolto in "coabitazione" con altre attività imprenditoriali.

La tesi non può essere condivisa.

Deve essere sottolineato che una clausola vessatoria quale quella del necessario acquisto di un intero immobile per lo svolgimento del servizio dovrebbe essere esplicitata con la assoluta chiarezza, mentre tale volontà non risulta certo con immediatezza dagli atti di gara.

Giustamente, dal suo canto, l'aggiudicataria sottolinea come la normativa di gara imponesse alla vincitrice di mettere a disposizione della società costituenda l'azienda destinata allo svolgimento del servizio.

L'azienda, ai sensi dell'art. 2555 del codice civile, è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa, fra i

quali può evidentemente essere compresa anche una porzione di un immobile, ed anzi tale eventualità è comune nella pratica.

Il senso della disposizione di gara è quindi, univocamente, quello della necessaria messa a disposizione esclusiva della società dei mezzi necessari per lo svolgimento dell'attività, ivi compresi i locali.

Non può, in conclusione, essere riconosciuta alcuna influenza al fatto che l'immobile nel quale si trovano i locali posti a disposizione della società accolga anche differenti aziende.

3e. L'appellante sostiene che all'aggiudicataria sarebbe stato consentito modificare nel corso del procedimento il “*business plan*” presentato a corredo dell'offerta, in tal modo alterando la parità di condizione con gli altri concorrenti.

La doglianza non può essere condivisa.

Giova sottolineare come l'appellante non abbia precisato in che cosa consista la modifica apportata, in tal modo rendendo generica la propria argomentazione ed impendendo di comprendere l'incidenza sulla procedura dell'irregolarità denunciata.

Inoltre, come esattamente rilevato dall'aggiudicataria, il “*business plan*” non è stato, nella gara di cui si discute, un elemento costitutivo dell'offerta, ma una sorta di chiarimento dei suoi elementi interni, da sottoporre a contraddittorio con la stazione appaltante.

Di fatto, poi, la modifica avrebbe riguardato solo un aspetto dell'offerta (il costo dei detersivi), la cui rimodulazione non avrebbe comportato alcuna difficoltà.

Comunque, la modifica apportata all'atto è scaturita da tale confronto, e l'appellante non chiarisce perché il suddetto mutamento avrebbe portato ad una modifica sostanziale dell'offerta.

Anche tale doglianza deve pertanto essere respinta.

3f. L'appellante ripete nel presente grado del giudizio le censure svolte in primo grado avverso l'attribuzione dei punteggi relativi al merito delle offerte.

Tali argomentazioni sono infondate.

Invero, le censure di cui si tratta riguardano aspetti di dettaglio dell'offerta dell'appellata, in raffronto con quella dell'appellante, e pur evidenziando l'opinabilità delle scelte della stazione appaltante non ne dimostrano la manifesta illogicità.

Di conseguenza, ritiene il Collegio che l'appellante ha formulato deduzioni miranti ad un sindacato di merito, riservato alle scelte dell'Amministrazione.

3g. L'appellante si duole del fatto che la firma del contratto sia stata condizionata al rilascio, in favore dell'aggiudicataria, dell'autorizzazione di cui all'art. 49 ter, terzo comma lett. d), della legge della Provincia di Bolzano 11 agosto 1997, n. 13.

La doglianza non è fondata.

L'appellante erroneamente imposta la questione in termini di correttezza urbanistica dell'operazione; la norma richiamata disciplina invece il procedimento attraverso il quale le imprese assegnatarie di aree in zone produttive possono essere ammesse ad

affittare gli immobili ivi realizzati.

E' vero che - deducendo come condizione dell'efficacia del contratto il positivo esperimento della procedura di cui alla norma sopra citata - si dimostra che l'appellata al momento dell'aggiudicazione non disponeva dell'immobile necessario con una libertà d'utilizzo tale da poterci svolta l'attività di cui si tratta.

Peraltro, l'osservazione non è decisiva, in quanto la stazione appaltante ha evidentemente ammesso la possibilità che l'aggiudicataria ottenga la disponibilità dell'immobile dopo la conclusione del procedimento, avendo consentito la partecipazione anche sulla base di un mero preliminare di acquisto.

La stazione appaltante ha evidentemente ammesso che i candidati alla costituzione della società affrontassero gli onerosi adempimenti necessari per acquisire la completa disponibilità dei locali da mettere a disposizione in esclusiva, solo una volta raggiunta la certezza dell'aggiudicazione.

Di conseguenza, rileva il Collegio che, se è consentito partecipare alla gara sulla base di un atto d'obbligo di un privato, appare logico consentirlo quando l'ostacolo all'immediata utilizzazione dell'immobile è costituito dall'autorizzazione di un'amministrazione pubblica, espressamente prevista da una norma di legge.

4. In conclusione, l'appello principale deve essere respinto, e conseguentemente va dichiarato improcedibile l'appello incidentale.

Le spese del grado, contenute nella misura indicata in dispositivo in

ragione della complessità della causa, seguono la soccombenza.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 9804 del 2010, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento, in favore delle due controparti costituite, di spese ed onorari del presente grado del giudizio, che liquida in complessivi € 4.000,00 (quattromila/00), oltre agli accessori di legge, se dovuti, in favore di ciascuna.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Roberto Garofoli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Roberta Vigotti, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/01/2012

IL SEGRETARIO

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