



**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 1297 del 2012, proposto da:

Team Service Soc. Cons. a resp.lim., rappresentata e difesa dall'avv. Mario Sanino, con domicilio eletto presso Sanino Studio Legale in Roma, viale Parioli, 180;

***contro***

Azienda Ospedaliera " Ospedale Treviglio Caravaggio", rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio eletto presso Giuseppe Franco Ferrari in Roma, via di Ripetta, 142;

***nei confronti di***

Servizi Associati Soc. Coop., in proprio e in qualità di Capogruppo Mandataria costituendo Rti, Italcappa Cooperativa Sociale, rappresentati e difesi dagli avv. Giovanni Pascone, Giorgio Antonicelli, Rosalba Chiaradia, con domicilio eletto presso Giovanni Pascone in Roma, via Michele Mercati;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE II n. 01586/2011, resa tra le parti, concemente Affidamento da parte dell'Azienda Ospedaliera di Treviglio del servizio pulizia e sanificazione degli Ospedali di Treviglio, Romano di Lombardia, Calcinato e San Giovanni Bianco, dei Poliambulatori e delle strutture esterne afferenti l'azienda ospedaliera

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera " Ospedale Treviglio Caravaggio" e di Servizi Associati Soc. Coop. in proprio e in qualità di Capogruppo Mandataria Costituendo Rti e Italcappa Cooperativa Sociale;

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 20 aprile 2012 il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per le parti gli avvocati Sanino, Ferrari e Antonicelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con bando spedito per la pubblicazione il 30 settembre 2010 l'Azienda Ospedaliera "Ospedale Treviglio -Caravaggio" indiceva una gara a procedura aperta per l'affidamento con il criterio dell'offerta più vantaggiosa, per mesi 72, del servizio di pulizia e sanificazione degli Ospedali di Treviglio, Romano di Lombardia, Calcinante e San Giovanni Bianco, nonché dei poliambulatori e delle Strutture esterne afferenti l'Azienda Ospedaliera, con un prezzo a base d'asta di euro 12.000.000,00.

La gara, cui hanno partecipato circa 10 imprese, è stata aggiudicata con determinazione 15 aprile 2011 n. 382 alla Coop.Cons Servizi Associati, in ATI con Italcappa Cooperativa Sociale, che con punti 98,46 e con un'offerta economica di euro 12.885.165 si è classificata prima in graduatoria, mentre al secondo posto si è classificata Team Service soc. cons. a resp. lim. con punti 85,62 e con un'offerta economica di euro 12.771.000,00; la durata del servizio è stata fissata in mesi 72 (fino al maggio 2017) con decorrenza dal 1 giugno 2011, poi spostata al 1 luglio 2011 con successiva determina a seguito di sopravvenuta esigenza di proroga a favore del gestore uscente Coop. Cons. Team Service.

Con ricorso proposto nel maggio 2011 al TAR Lombardia, Sez di Brescia, Team Service, gestore uscente, con tre articolati motivi chiedeva l'annullamento, previa sospensione, del provvedimento di aggiudicazione definitiva, dei verbali di gara, dell'atto di nomina della commissione giudicatrice del 31 gennaio 2011, nonché del capitolato e del disciplinare di gara con specifico riguardo all'art. 16; con successiva memoria ritualmente notificata alle controparti, poi, la ricorrente formulava domanda per far dichiarare l'inefficacia del contratto stipulato, nelle more, tra la stazione appaltante e l'aggiudicataria, dichiarandosi anche disponibile al subentro nel contratto .

Con sentenza 17 novembre 2011 n. 1586 il TAR Lombardia, preliminarmente respinte le eccezioni avverse, nel merito ha ritenuto infondate le censure, respingendo il ricorso.

1.1. Con appello, notificato il 17 febbraio 2012, Team Service ha impugnato la sentenza, riproponendo, con quattro articolati motivi, le censure dedotte in primo grado ed ha chiesto che, in riforma della medesima, l'aggiudicazione a favore della controinteressata sia annullata e sia dichiarato inefficace il contratto stipulato il 22 giugno 2011, disponendo altresì il proprio subentro nel medesimo oppure, in subordine, che sia annullata l'intera gara, dichiarando inefficace il contratto ed ordinando la ripetizione della gara stessa.

1.2. Si è costituita in giudizio l'Azienda Ospedaliera intimata, che con puntuali controdeduzioni ha chiesto il rigetto dell'appello.

Si è costituita anche l'ATI aggiudicataria, costituita da Servizi Associati soc. coop., anche in proprio, e da Italcappa cooperativa sociale, che preliminarmente ha eccepito l'improcedibilità dell'appello, in quanto Team Service non avrebbe impugnato ritualmente il contratto stipulato dalla stazione appaltante con l'aggiudicataria il 22 giugno 2011, essendosi limitata a chiederne l'inefficacia con memoria notificata ; ha eccepito, inoltre, la tardività del ricorso di primo grado, in quanto la conoscenza dell'aggiudicazione alla controinteressata risalirebbe al 6 aprile 2011, data in cui la commissione ha stilato la graduatoria finale alla presenza dei rappresentanti delle imprese concorrenti ; poi, sempre con riguardo al ricorso al TAR, ne ha ribadito la tardività in parte qua con riguardo sia alla censurata ammissione alla gara della controinteressata (definita dalla commissione nella seduta del 10 novembre 2010) sia all'apertura delle offerte tecniche in seduta riservata (modalità già stabilita dal disciplinare); infine, dopo aver controdedotto alle avverse doglianze, ha chiesto il rigetto dell'appello.

Con successive memorie difensive, nell'imminenza della trattazione della causa nel merito, ciascuna delle parti ha esercitato la facoltà di replica .

Alla pubblica udienza del 20 aprile 2012, uditi i difensori presenti per le parti, la causa è passata in decisione.

2. In diritto la controversia concerne la gara per l'affidamento mediante procedura aperta del servizio di pulizia e

sanificazione degli Ospedali e Strutture sanitarie comprese nell'ambito dell'Azienda Ospedaliera Treviglio – Caravaggio, bandita dalla suddetta Azienda nell'agosto 2010 per la durata di mesi 72 e con un prezzo a base d'asta pari ad euro 12.900.000,00 e conclusasi con l'aggiudicazione alla ATI Coop. Servizi Associati e Coop. Italcappa . In giudizio la stazione appaltante ha rappresentato che, nelle more dell'espletamento della gara, il servizio era stato affidato in proroga fino al gennaio 2010 a Coop . Cons . Team Service, in qualità aggiudicataria della precedente gara annullata dal Consiglio di Stato con sentenza n. 2716/2009; per esigenze organizzative, poi, il servizio era stato ulteriormente prorogato fino al 1 luglio 2011.

L'appellante con 4 articolati motivi chiede che, in riforma della sentenza TAR , in via principale sia annullata l'aggiudicazione alla controinteressata con il conseguente proprio subentro nel contratto ed in via subordinata sia annullata l'intera gara per l'illegittimità della apertura delle offerte tecniche in seduta riservata e delle modalità di conservazione dei plichi nel corso delle operazioni della commissione.

2.1. Per economia di mezzi si prescinde dall'esame delle eccezioni di rito sollevate dalla aggiudicataria, poiché l'appello nel merito è infondato .

Con il primo motivo del ricorso al TAR la ricorrente aveva dedotto la violazione dell'art 37 del Codice Contratti Pubblici e delle disposizioni di gara , in quanto la stazione appaltante, in asserita mancata osservanza della regola della corrispondenza tra quota di qualificazione e quote di partecipazione e di esecuzione, non aveva escluso dalla gara l'ATI Servizi Associati- Italcappa ( poi aggiudicataria), nonostante che la mandante Italcappa nell'offerta tecnica avesse dichiarato di impegnarsi a svolgere il 72,49% del servizio, pur possedendo solo il 22% del requisito di capacità economico finanziaria prescritto dal disciplinare.

La sentenza TAR ha ritenuto insussistenti le suddette violazioni della lex specialis : ad avviso del giudice di primo grado la ATI aggiudicataria aveva pienamente le prescrizioni dell'art. 9 del disciplinare in ordine alla necessaria corrispondenza tra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione della prestazione, mentre non si rinveniva alcuna disposizione ( a livello legislativo o di lex specialis) che imponesse nell'appalto di servizi in questione l'ulteriore requisito della corrispondenza tra possesso dei requisiti di qualificazione e quota di partecipazione al raggruppamento.

2.2. Nell'appello, con il primo motivo, la Team Service, oltre a riproporre le censure formulate innanzi al TAR con il corrispondente primo mezzo, ha dedotto ( pag, 17) l'erroneità della sentenza TAR anche per non aver rilevato che nell'offerta l'aggiudicataria aveva indicato soltanto la quota di esecuzione del servizio, mentre aveva ommesso qualsiasi riferimento alle quote di partecipazione al raggruppamento.

Il motivo è in parte inammissibile ed in parte infondato .

Infatti, quanto alla asserita mancata indicazione alla quota di partecipazione al raggruppamento, la censura è nuova e, quindi , inammissibile in appello, poiché la ricorrente innanzi al TAR si era limitato a contestare l'asserita mancata corrispondenza tra requisiti di qualificazione, quote di esecuzione del servizio e quote di partecipazione al raggruppamento.

Peraltro, come si espone di seguito, la censura è, comunque, infondata così come le altre sulle quali il TAR si è già pronunciato con motivazione, che appare pienamente condivisibile.

Invero (come ha correttamente statuito il TAR) il disciplinare di gara ( art. 9) in caso di raggruppamenti temporanei imponeva soltanto la corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione del servizio, mentre per la capacità economico e finanziaria lo stesso disciplinare stabiliva che alcuni requisiti dovevano essere posseduti cumulativamente dall'intero raggruppamento, in misura minima del 50% dalla capofila ed in misura minima del 10% dalle imprese mandanti .

2.3. La stessa stazione appaltante, nella nota di chiarimenti del 7 ottobre 2010, ha espressamente ammesso che, in

caso di ATI, era possibile ripartire l'esecuzione del servizio in percentuali non corrispondenti a quelle di possesso dei requisiti economici finanziari ( di cui all'art: 7 disciplinare), mentre si rammentava che, ai sensi dell'art. 12, lettera m del disciplinare stesso, era necessario indicare quali prestazioni eseguirà ogni singola impresa, nonché - a pena di esclusione- la percentuale dell'appalto eseguita da ogni impresa.

Pertanto la ricorrente, ove avesse voluto azionare la difformità della *lex specialis* ( chiarimenti inclusi) dalle asserite diverse disposizioni cogenti dell'art. 37 citato, avrebbe dovuto impugnare le specifiche disposizioni del disciplinare ( come interpretate dai chiarimenti), censurandole per contrasto con il suddetto art. 37, mentre la impugnazione della *lex specialis* , tranne che per l'art. 16, si limita ad una clausola omnicomprensiva inserita al termine dell'epigrafe del ricorso al TAR e non trova alcuno sviluppo argomentativi nell'ambito dei tre articolati motivi .

2.4. In punto di fatto, poi, dagli atti ( vedi offerta economica) risulta che, ai sensi dell'art. 37 D. LGS. N. 163/2006, l'ATI aggiudicataria ha indicato sul modulo prestampato le parti ( cioè pulizia e sanificazione presso circa 7 strutture sanitarie a carico di della capogruppo e pulizia e sanificazione presso tutte le altre strutture della stazione appaltante a carico della mandante) e le percentuali del servizio che sarebbero state eseguite da ciascuna impresa ( cioè il 27,51% a carico della capogruppo ed il residuo 72,49% a carico della mandante).

2.5. Né, a differenza di quanto prospetta l'appellante, negli appalti di servizi l'obbligo della corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione del servizio comporta di necessità l'ulteriore corrispondenza con le "quote di qualificazione".

Invero, come ha rilevato la sentenza TAR, il comma 6 dell'art. 37 citato ( che nel caso di lavori richiede in capo alla mandataria il possesso dei requisiti di qualificazione per i lavori di categoria prevalente e per il relativo importo) non appare applicabile per analogia agli appalti di servizi che hanno diverse caratteristiche e per i quali alla stazione appaltante la normativa riconosce una maggiore discrezionalità nella individuazione degli specifici requisiti ritenuti ragionevole indice di capacità economica e professionale; né nel caso di specie poteva essere richiamato l'art. 275 del Regolamento di Attuazione del Codice dei Contratti Pubblici, D P R n. 207/2010, in quanto entrato in vigore in data 8 giugno 2011, cioè dopo la pubblicazione del bando avvenuta nel settembre 2010.

2.6. Inoltre, quanto alla giurisprudenza richiamata nell'appello, fermo restando il pregiudiziale rilievo relativo alla mancata impugnazione delle specifiche disposizioni della *lex specialis*, va precisato che si tratta di pronunce rese in controversie caratterizzate da prescrizioni di gara meno dettagliate e con ampi e generali rinvii alle disposizioni del Codice dei Contratti Pubblici.

3. Vanno, altresì, respinti anche il secondo, terzo e quarto (ed ultimo) articolato motivo d'appello .

Con questi mezzi la sentenza TAR viene impugnata per aver respinto le molteplici censure dedotte dalla ricorrente sia avverso l'articolo 16 del disciplinare ( che prevedeva l'attività della commissione di gara e della commissione tecnica, da nominarsi successivamente alla presentazione delle offerte, nonché l'apertura della busta contenente l'offerta tecnica in seduta riservata ) sia avverso le modalità dell'attività della commissione, che si sarebbe svolta in contrasto con il principio della concentrazione e dell'obbligo di aprire le offerte tecniche in seduta pubblica e di adottare idonee misure per la conservazione medio tempore delle stesse fino al termine delle operazioni .

I tre motivi saranno esaminati congiuntamente in ragione della loro connessione.

3.1. Al riguardo, in primo luogo, non appare censurabile l'art 16 citato che, a dire del ricorrente, aveva previsto due commissioni di gara: infatti non si tratta di due commissioni, ma di un seggio di gara addetto alle operazioni amministrative( presieduto dal Responsabile U. O. Approvvigionamenti della Azienda Ospedaliera) e di una Commissione tecnico –giudicatrice, correttamente nominata in epoca successiva alla presentazione delle offerte

con ordinanza (31 gennaio 2011) a firma del Direttore Generale della stessa Azienda Ospedaliera, per compiere le valutazioni qualitative necessarie per esaminare le offerte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa .

3.2. In secondo luogo, nel caso all'esame, considerato il quadro normativo dell'epoca, l'apertura delle buste delle offerte tecniche in seduta riservata, e non pubblica, non appare di per se stessa illegittima per contrasto con i principi di trasparenza e di imparzialità dell'azione amministrativa, affermati dalla Adunanza Plenaria 28 luglio 2011 n. 13 nelle more della definizione del giudizio di primo grado.

Preliminarmente, si può prescindere dall'esame dell'eccezione di tardività della censura ( sollevata da entrambe le controparti), poiché la medesima non appare pertinente alla procedura in esame .

Ad avviso del Collegio, infatti, le operazioni di custodia dei plichi e di successiva apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica in questa procedura di gara si sono svolte con modalità concrete idonee a realizzare egualmente il risultato di tutela dell'interesse pubblico alla trasparenza per il cui perseguimento l'Adunanza Plenaria n 13/2011 ha indicato lo strumento della seduta pubblica.

Invero, dall'esame del verbale 25 ottobre 2010 emerge che ( in conformità a quanto stabilito dal disciplinare) il seggio di gara in seduta pubblica ha provveduto a verificare il numero e l'integrità dei plichi pervenuti, nonché la completezza della documentazione amministrativa, e poi ha terminato la seduta, ricordando ai presenti che le offerte economiche sarebbero state "chiuso a chiave in apposito armadio, mentre i plichi contenenti la documentazione tecnica saranno consegnati alla Commissione giudicatrice" per la valutazione qualitativa dei progetti proposti; il seggio ha poi completato le operazioni di integrazione documenti nella successiva riunione del 10 novembre 2010 e quindi ha dichiarato che i concorrenti erano ammessi alla fase successiva della gara.

3.3. Né, ad avviso del Collegio, va considerata viziante la circostanza che il seggio di gara in questa seduta, dedicata solo alla acquisizione di documenti integrativi, non abbia ripetuto anche in questo verbale l'annotazione che le buste sarebbero state consegnate alla costituenda commissione tecnica: è evidente, infatti, che si sarebbe trattato solo di una ripetizione di prescrizioni già verbalizzate e per le quali non erano intervenuti elementi di novità da rappresentare.

3.4. Inoltre, dai verbali si rileva che la commissione giudicatrice, nella sua prima seduta il 4 febbraio 2011, "avvia i lavori aprendo le buste contenenti le offerte tecniche seguendo l'ordine di protocollo delle stesse" e di poi, al termine di ogni seduta, verbalizza che la busta con l'offerta tecnica "viene riposta, a cura del Presidente della Commissione, in luogo sicuro in un armadio chiuso a chiave".

Risulta, quindi, dagli atti che , in primo luogo, il seggio di gara si impegnava a "consegnare" alla Commissione giudicatrice le offerte tecniche che aveva custodito ed, in secondo luogo, che la commissione ha iniziato ad aprire le buste in data 4 febbraio 2011 senza formulare, nel verbale di quella seduta e delle successive, alcun rilievo preliminare circa la loro integrità, fermo restando che si tratta di verbali che vengono approvati a tutti gli effetti dal soggetto pubblico- stazione appaltante nel provvedimento di aggiudicazione conclusivo della gara .

Pertanto, mentre le rappresentate modalità di custodia dei plichi appaiono in concreto idonee a garantire il rispetto dei principi di trasparenza e di imparzialità dell'azione amministrativa enunciati dalla Adunanza Plenaria n .13/2011, le censure della ricorrente, omettendo la ricostruzione sistematica dei fatti, si fondano unicamente sulla circostanza empirica che nel verbale del seggio di gara non erano descritte nei particolari le modalità di conservazione delle "buste chiuse" (contenenti le offerte tecniche) prima della consegna alla Commissione tecnica.

3.5. Parallelamente, il Collegio ritiene che, nel caso specifico e nel quadro normativo vigente all'epoca della gara ( settembre 2010- aprile 2011) , l' apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, pur se avvenuta in seduta riservata, si è, comunque, perfezionata con modalità di fatto idonee a soddisfare l'interesse pubblico alla trasparenza

ed all'imparzialità dell'azione amministrativa la cui tutela – ad avviso della citata Adunanza Plenaria – trova naturale sede di garanzia nel modus operandi della seduta pubblica .

Pertanto, viste le puntuali indicazioni dei verbali, ad avviso del Collegio la circostanza che l'apertura delle offerte tecniche si sia svolta in seduta riservata non appare di per se stessa sufficiente a configurare automaticamente l'illegittimità dell'intera gara, mentre, per altro verso, l'appellante non ha addotto alcun principio di prova in ordine alla concreta lesione del proprio interesse alla verifica della integrità dei plichi in seduta pubblica, quale operazione “destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara”( vedi A. P. n. 13 /2011 pagg nn.14 e 15) . .

3.6. Né sussiste la dedotta violazione del principio di concentrazione dell'attività della commissione giudicatrice, come prospettato dall'appellante: basti considerare che la commissione è stata nominata il 31 gennaio 2011 ed ha iniziato le operazioni di valutazione delle circa 10 offerte tecniche in data 4 febbraio concludendo i lavori il successivo 31 marzo 2011 e dando atto al termine di ogni seduta che la documentazione veniva “riposta, a cura del Presidente della commissione, in luogo sicuro in un armadio chiuso a chiave”.

4. In conclusione, come si è detto sopra, nel caso di specie le particolari misure adottate dal seggio di gara e dalla commissione tecnica nel maneggiare le buste contenenti le offerte nell'esercizio dei propri compiti si possono considerare idonee a realizzare le esigenze per le quali, nel carente quadro normativo dell'epoca, la giurisprudenza ha ritenuto di individuare come necessaria la modalità della seduta pubblica.

Per le esposte considerazioni, quindi, anche gli ultimi tre motivi d'appello esaminati sono infondati.

L'appello, pertanto, va respinto, confermando con motivazione parzialmente diversa la sentenza impugnata.

Le incertezze giurisprudenziali, che esistevano all'epoca della gara su profili determinanti per l'esito della controversia, giustificano la compensazione tra le parti delle spese di questo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) respinge l'appello in epigrafe e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado nei sensi di cui in motivazione.

Spese di lite del presente grado di giudizio compensate tra le parti .

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/09/2012

IL SEGRETARIO

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