



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2719 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Pulitori ed Affini s.p.a. (mandataria) e Consorzio di Servizi Globali Centro Nord Est (mandante) in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'avv. Massimiliano Brugnoletti presso il cui studio in Roma, alla Via Antonio Bertoloni, n. 26 b) domiciliario elettivamente;

contro

Fondazione Enasarco in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avvocati Antonio Lirosi e Cinzia Guglielmello e domiciliata presso lo studio "Gianni Origoni Grippo Cappelli & Partners" in Roma, Via delle Quattro Fontane, n. 20;

nei confronti di

Soc Issitalia A. Barbato s.r.l. in persona del legale rappresentante p.t., controinteressata non costituita in giudizio;

per l'annullamento

al giudicato formatosi sulla sentenza TAR Lazio sezione III bis, 24 novembre 2012, n. 9712 passata in giudicato in data 15 febbraio 2013;

per la declaratoria di nullità e di annullamento con motivi aggiunti del 4 luglio 2013 e per l'annullamento con motivi aggiunti del 12 settembre 2013

della delibera del Consiglio di Amministrazione della Fondazione Enasarco n. 69 del 13 giugno 2013 di annullamento della gara indetta con la delibera n. 2 del 2012 per l'affidamento del servizio di pulizia presso gli uffici della Fondazione,

del verbale del 27 marzo 2013 con cui la commissione ha rimesso al responsabile del procedimento l'analisi dell'assetto di gara, nonché di tutti gli atti connessi e consequenziali;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Fondazione Enasarco;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 ottobre 2013 la dott.ssa Pierina Biancofiore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

1. Con sentenza non definitiva n. 7705 del 29 luglio 2013 la sezione si è pronunciata sul ricorso per l'esecuzione del giudicato formatosi sulla sentenza 24 novembre 2012, n. 9712, dichiarando il ricorso principale improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse e respingendo in parte i motivi aggiunti ed in parte disponendo la conversione del rito per quanto concerneva la domanda di annullamento della deliberazione della Fondazione Enasarco di cui al verbale n. 69 del 13 giugno 2013 e della delibera di cui al verbale del 27 marzo 2013.

1.1 Va precisato che il ricorso a monte concerneva una gara per l'affidamento del servizio di pulizia presso alloggi di proprietà della Fondazione ed il TAR, condivisi i profili di censura avanzati dalla società ricorrente, lo aveva accolto valutando la violazione dell'art. 87 del Codice degli appalti in ordine ai criteri da esso stabiliti per la valutazione dell'offerta anomala, osservando che andava, in particolare, accolto il profilo di censura con il quale le ricorrenti facevano valere che la loro offerta si presentava migliorativa, pur nel rispetto delle prescrizioni del bando, al punto da non giustificare l'esclusione dalla gara.

Nelle more della presentazione del ricorso per l'ottemperanza della sentenza sopra detta, la Fondazione adottava il verbale del 27 marzo 2013 con il quale la Commissione valutatrice riammetteva in gara le ricorrenti e pertanto con una prima determinazione la sezione, nella sentenza n. 7705 del 29 luglio u.s., ha ritenuto improcedibile la domanda di ottemperanza presentata col ricorso principale, proprio per il sopraggiunto verbale.

1.2 Come anticipato sopra, nella stessa sentenza, la sezione esaminava allora il primo atto di motivi aggiunti che conteneva testualmente la domanda di "declaratoria di nullità e/o annullamento" della delibera di annullamento della gara e di quella di riammissione delle ricorrenti alla gara e di rimessione degli atti al RUP per le sue osservazioni. Con essi le ricorrenti gravavano sia il citato verbale del 27 marzo 2013 sia il successivo del 13 giugno 2013 proponendo l'unica articolata censura di violazione ed elusione di giudicato ex art. 21 septies della L. n. 241/1990, l'eccesso di potere per il difetto di istruttoria, la violazione del principio di buon andamento e imparzialità e la violazione dell'art. 97 Cost. –

Il profilo riguardante l'elusione del giudicato veniva trattenuto in decisione e respinto.

Gli altri aspetti non consentivano al giudice di trattenere detta parte dei motivi aggiunti in decisione, alla luce dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 2 del 15 gennaio 2013, sopraggiunta nelle more dei giudizi, con conseguente conversione del rito in giudizio di legittimità.

2. Di conseguenza ora vengono in esame i motivi sopra richiamati e che non si sono potuti analizzare, oltre un secondo gruppo di motivi aggiunti, con i quali le società interessate fanno valere ancora l'unica articolata censura di violazione degli articoli 21 quinquies e 21 nonies della legge n. 241 del 1990; la violazione dell'art. 1337 c.c. e del principio di buona fede; l'eccesso di potere per errore nei presupposti, difetto di motivazione, difetto di istruttoria; violazione del principio di buon andamento e imparzialità, violazione dell'art. 97 Cost.

Concludono per l'annullamento di tutti i provvedimenti impugnati e per la condanna della Fondazione al pagamento delle spese di giudizio ed onorari.

3. La Fondazione si è costituita in giudizio opponendo la tardività anche di tale secondo gruppo di motivi aggiunti e rassegnando conclusioni opposte a quelle delle ricorrenti.

4. I due gruppi di motivi aggiunti sono, dunque, venuti in decisione alla pubblica udienza del 3 ottobre 2013.

DIRITTO

1. I motivi aggiunti sono infondati e vanno respinti.

Con essi le ricorrenti aggrediscono le due delibere, la prima in data 27 marzo 2013 con cui la commissione di gara ha riammesso le ricorrenti in gara a seguito della sentenza n. 9712/2012 ed ha rimesso al responsabile del

procedimento l'analisi dell'assetto della gara stessa e la seconda in data 13 giugno 2013 con cui il Consiglio di Amministrazione della Fondazione ha disposto l'annullamento della gara.

2 Le censure proposte nei due gruppi di motivi aggiunti, tranne quella di violazione del giudicato ex art. 21 septies della L. n. 241/1990 già analizzata e respinta in ordine al primo gruppo, finiscono per coincidere, sicché saranno esaminate a fattor comune.

Le società ricorrenti lamentano che la delibera n. 69 del 13 giugno 2013 non è sorretta da alcuno dei principi in tema di annullamento degli atti disciplinato dall'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990.

La Fondazione ha ritenuto esistente una carenza ed equivocità delle clausole, mentre invece non sussiste e né essa può derivare dai chiarimenti che, invece, essendo modificativi della *lex specialis* sono del tutto inefficaci, come accertato dalla sentenza n. 9712 del 2012. Né può condividersi la conclusione cui è pervenuta la Fondazione secondo cui la equivocità avrebbe consentito alla sola offerta dell'RTI Pulitori ed al. di lucrare sul prezzo di gara avendo offerto un consistente ribasso, perché almeno altri quattro concorrenti hanno offerto un ribasso notevole.

La motivazione dell'atto è carente nella dimostrazione dell'interesse pubblico, ritenuto sussistere da parte di Enasarco nella "complessiva inattendibilità delle offerte", nonché nella non rispondenza degli atti alle "esigenze di Enasarco", in virtù di una falsata valutazione delle offerte e del giudizio economico. Osservano che la motivazione appare piuttosto viziata da valutazioni di carattere politico – amministrativo piuttosto che sulla congruità delle offerte, asseritamente basate su di una concessa "possibilità di incrementare le prestazioni di base (che erano frutto dell'offerta migliorativa del precedente aggiudicatario) senza obbligo di dimostrazione...". Citano un precedente Consiglio di Stato che ha ritenuto inficiato l'annullamento di una gara basato più che su una sopravvenuta ragione di interesse pubblico, come frutto di un giudizio politico amministrativo (C. Stato, sezione V, 8 novembre 2012, n. 5681).

Sostengono che il provvedimento non sarebbe stato assunto entro un termine ragionevole; l'esclusione di ATI Pulitori è dell'11 ottobre 2012, la sentenza di annullamento dell'esclusione è del 24 novembre 2012, l'annullamento della gara è del 13 giugno 2013.

3. Una volta chiarita la portata del giudicato come effettuato con la sentenza

non definitiva n. 7705 del 2013 e che cioè la sezione, contrariamente a quanto dedotto dalle ricorrenti per sostenere l'elusione del giudicato, con la "sentenza n. 9712 del 24 novembre 2012 non ha affatto ritenuto univoca la lettera delle disposizioni del Capitolato riportate nella stessa, limitandosi a rilevare la discrasia rispetto ai chiarimenti che sancendo un dovere di prestare, di base, come minimo 5 ore di pulizia laddove l'art. 3 del Capitolato faceva riferimento ad una facoltà del concorrente, hanno in realtà finito per generare l'equivoco, anziché risolverlo, sulla durata della prestazione offerta, con efficacia integrativa della *lex specialis* postuma rispetto all'apertura della gara." i vizi dedotti ulteriormente non appaiono condivisibili.

L'annullamento della esclusione delle interessate è infatti stato pronunciato dalla sezione, proprio a causa della equivocità della clausola del bando, come diffusamente illustrata nella sentenza n. 9712/2012 ed in base alla quale le ricorrenti avevano potuto presentare la loro offerta migliorativa, laddove con i chiarimenti dati dalla stazione appaltante sul punto in realtà si modificava la lettera del bando, in violazione dei principi comunitari di trasparenza e massima partecipazione che presiedono alla interpretazione dei bandi di gara.

Ciò posto la stazione appaltante in prima battuta ed in esecuzione della ridetta sentenza n. 9712/2012 ha riammesso alla gara le ricorrenti, ma ha rimandato gli atti al responsabile del procedimento, affinché procedesse a riesaminare l'intero assetto di gara, sia sotto il profilo della legittimità che in quello della rispondenza all'interesse pubblico, con il verbale della Commissione di gara del 27 marzo 2013.

Non soddisfatte da tale esecuzione le ricorrenti hanno proposto il ricorso per l'ottemperanza, anzi per l'esatta

esecuzione del giudicato ai sensi degli articoli 112 e segg. c.p.a., lamentando che invece, in esecuzione della sentenza primigenia, sarebbe spettata loro proprio la aggiudicazione, non lasciando la sentenza altri margini di operatività alla stazione appaltante.

Si badi bene che, come si evince dalla considerazione n. 10 della deliberazione di annullamento, non vi è stato neppure un atto di aggiudicazione provvisoria della gara.

Ed invece la Fondazione dopo la rimessione degli atti al responsabile del procedimento, e dopo averne recepito la relazione, ha proprio annullato la gara.

Ma in tali due provvedimenti non è dato rinvenire alcuno dei difetti dedotti.

E' infatti accaduto che, mentre l'offerta delle ricorrenti è stata proposta rispetto ad una certa lettura della clausola del bando sulla durata, sulla dislocazione e sul numero di persone che dovevano essere adibite al servizio di pulizia negli immobili di Enasarco, gli altri candidati abbiano interpellato la commissione di gara per avere chiarimenti e ne abbiano ricevuto una interpretazione più restrittiva che ha finito per falsare le loro offerte, laddove essi si sono attenuti ai chiarimenti, costituenti in realtà una vera e propria ridefinizione delle clausole del bando sul numero dei lavoratori da impiegare e sul numero delle ore lavorative.

E ciò ha determinato una violazione del principio di par condicio dei concorrenti.

La tesi delle ricorrenti è che mancherebbero i presupposti per l'applicazione dell'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990 perché le clausole menzionate non erano per nulla equivoche e quindi, una volta "eliminati" dal TAR i chiarimenti, non restava che applicare la *lex specialis* così come esse l'avevano interpretata offrendo un minor numero di ore lavorate, ma con un maggior numero di personale adibito al servizio.

Ma così non è, in quanto, come correttamente osservato nelle premesse della deliberazione di annullamento, laddove l'ATI ricorrente ha ritenuto che le clausole del bando sul numero di persone e di ore non fossero vincolanti e le consentissero di presentare l'offerta migliorativa, tutti gli altri concorrenti, dopo i chiarimenti, si sono attenuti alla lettera della clausola che, distribuendosi il servizio su più sedi e con esigenze diverse di orario, ha ingenerato l'equivoco di poter consentire l'interpretazione offerta dalle ricorrenti. E che è il motivo per cui è stata annullata l'esclusione.

Questa situazione ha comportato che fossero "inattendibili le offerte ed i risultati della gara i quali sarebbero stati diversi laddove tutti i concorrenti avessero avuto la possibilità di modulare liberamente le risorse da impiegare nel servizio presso le sedi romane, in termini di numero di dipendenti e di ore lavorative."

Non sarà forse necessario rammentare che ai sensi dell'art. 21 nonies può essere annullato il provvedimento amministrativo che presenta i vizi di cui al precedente art. 21 octies, ossia incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere, laddove il principio di parità di trattamento è affidato ad una esplicita norma di legge, l'art. 2 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 "Codice degli appalti", con la conseguenza che la sua lesione, come avvenuto nel caso in esame, costituisce oramai violazione di legge, presupposto fondante quindi dell'atto di autotutela.

Le ricorrenti sostengono pure che non sarebbero esposte le ragioni di interesse pubblico alla adozione di un simile provvedimento.

Ma pure tale argomentazione, portata a sostegno delle loro tesi, non può essere condivisa, avuto riguardo alla considerazione n. 6 stante la quale la valutazione della gara effettuata dal responsabile del procedimento "ha evidenziato che la stessa presentava un vizio di fondo derivante dall'aver, da un lato, configurato come "minime" le frequenze e la periodicità delle prestazioni offerte a suo tempo dall'aggiudicatario della precedente gara; e dall'altro lato, previsto la possibilità di offrire frequenze migliorative rispetto a quelle offerte da tale aggiudicatario (...), premiandola con l'attribuzione di un punteggio molto elevato".

Sotto tale profilo l'osservazione che anche altri concorrenti avrebbero offerto un ribasso molto elevato non fa che

porre in maggiore evidenza il vizio di fondo della gara, per come evidenziato dalle premesse del provvedimento: e cioè la volontà della stazione appaltante di reiterare sostanzialmente le modalità della precedente gara, generando una violazione del principio di libera concorrenza, con la conseguenza che anche sotto questo profilo si appalesava la violazione di legge quale presupposto fondante l'annullamento, dal momento che anche tale principio è statuito dall'art. 2 del d.lgs. n. 163/2006.

Tale ricostruzione operata dalla motivazione del provvedimento consente pure di contestare che la determinazione di annullamento si configuri come una distorsione in chiave politica della decisione della stazione appaltante di non dar luogo alla gara, osservazione questa peraltro non provata, ma che comunque appare smentita a monte dalla circostanza che, prudenzialmente non vi è stata alcuna aggiudicazione, neppure provvisoria, a nessuno dei concorrenti meglio collocati dopo le ricorrenti e dall'osservazione che probabilmente la stazione appaltante si è resa conto che la equivocità delle clausole riprese dalla precedente gara in realtà potesse configurare altri tipi di responsabilità nei confronti di chi vi aveva fatto affidamento. La stessa sentenza citata dalle ricorrenti (C. Stato, sezione V, 8 novembre 2012, n. 5681) pone in evidenza proprio tale aspetto e che cioè "Neppure il provvedimento di aggiudicazione definitiva e tanto meno quello di aggiudicazione provvisoria (che del resto si iscrivono nella fase procedimentale di scelta del contraente, concludendola) ostano all'esercizio di un siffatto potere - riferendosi al potere di autotutela - , il quale tuttavia incontra un limite insuperabile nel rispetto dei principi di buona fede e correttezza, alla cui puntuale osservanza è tenuta la p.a. e nella tutela dell'affidamento ingenerato." e, per quanto sopra osservato, l'annullamento in autotutela di una gara che presentava le discrasie rilevate sopra che avevano ingenerato lo squilibrio nel trattamento dei concorrenti appare confermato da tale arresto giurisprudenziale.

L'interesse pubblico è insito già nei due profili della motivazione della deliberazione consiliare esaminati ed è indicato in maniera molto chiara nella nona considerazione, laddove la stazione appaltante osserva che per come si è svolta la gara ne è risultato "falsato il giudizio economico, posto che, se non fossero stati pubblicati i chiarimenti n. 3 e 13 (quelli ritenuti illegittimi/inefficaci dal TAR) anche gli altri concorrenti avrebbero potuto modulare l'offerta sulla base di un numero di risorse/ore inferiore rispetto a quelle indicate come minime dalla Fondazione, potendo esprimere un maggior ribasso ed ottenere, di conseguenza, un punteggio più elevato rispetto a quello riportato nella graduatoria definitiva".

La circostanza posta in evidenza dalle interessate e secondo cui almeno altre quattro concorrenti avrebbero offerto un ribasso notevole, in realtà dimostra proprio il grave squilibrio prodotto dalla scarsa chiarezza delle clausole del Capitolato, cui i chiarimenti hanno tentato di rimediare, generandolo, con la conseguenza che la motivazione che tale squilibrio ha posto in evidenza è tutt'altro che insufficiente o carente.

E' smentito in fatto pure il prospettato mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'art. 21 nonies, proprio per l'exkursus dei provvedimenti dati e sul quale hanno influito i termini per l'adozione dei provvedimenti giurisdizionali, che tuttavia, riferendosi allo speciale rito in tema di appalti pubblici, sono normativamente ridotti, sicché anche tale profilo va rigettato. Secondo la giurisprudenza pure recente sull'argomento "la ragionevolezza del termine entro cui, secondo l'art. 21 nonies della L. n. 241/1990, è ammesso l'esercizio del potere di autotutela, deve essere valutata in concreto in rapporto agli effetti che medio tempore sono stati prodotti dallo specifico provvedimento", (TAR Lazio, Latina, 17 luglio 2013, n. 644) effetti che, nel caso, non vi sono stati a causa della mancata aggiudicazione provvisoria che quindi non ha potuto consolidare in capo alle ricorrenti nessuna posizione stabile.

4. Per le superiori considerazioni i provvedimenti impugnati vanno trovati scevri dalle censure dedotte con i motivi aggiunti in epigrafe indicati, che pertanto vanno respinti.

5. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge i motivi aggiunti del 4 luglio 2013 e del 12 settembre 2013.

Condanna le ricorrenti Pulitori ed Affini s.p.a. e Consorzio di Servizi Globali Centro Nord Est al pagamento in solido di Euro 2.000,00 per spese di giudizio ed onorari a favore di Fondazione Enasarco.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Massimo Luciano Calveri, Presidente

Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore

Ines Simona Immacolata Pisano, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/10/2013

IL SEGRETARIO

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