



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 5275 del 2013, proposto da:

Derichebourg Multiservizi s.p.a. in proprio e quale Mandataria della costituenda ATI con il Consorzio Conesp, rappresentati e difesi dagli avv. Angelo Clarizia e Luigi Magno, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

ASL di Caserta, rappresentata e difesa dall'avv. Vincenza Di Martino, con domicilio eletto presso la stessa in Roma, via Pompeo Magno n.7;

nei confronti di

Co.Lo.Coop (Consorzio Lombardo Cooperative), rappresentato e difeso dagli avv. Domenico Galli, Domenico Gentile e Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso l'avv. Domenico Gentile in Roma, via Orsini, 19;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI - SEZIONE I n. 02866/2013, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di pulizia delle strutture della ASL di Caserta

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ASL di Caserta, che ha proposto appello incidentale, e di Co.Lo.Coop (Consorzio Lombardo Cooperative);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 febbraio 2014 il Cons. Vittorio Stelo e uditi per le parti gli avvocati Clarizia, Di Martino e Gentile;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale della Campania – Napoli – Sezione I, con sentenza n. 2866 del 22 maggio 2013 depositata il 3 giugno 2013, ha respinto, con compensazione delle spese, il ricorso incidentale con motivi aggiunti proposto dalla aggiudicataria Derichebourg Multiservizi s.p.a., con sede in Napoli, in proprio e quale

mandataria dell'A.T.I. con il "Consorzio Conesp" con sede in Roma, e accolto il ricorso principale con motivi aggiunti proposto dalla Co.Lo.Coop. (Consorzio Lombardo Cooperative), con sede in Milano, ambedue nei confronti di atti relativi alla procedura aperta per l'affidamento triennale del servizio di pulizia, bandita dall'A.S.L. di Caserta, con il criterio dell'offerta economicamente vantaggiosa.

Il T.A.R. ha dapprima valutato specificatamente le censure introdotte con il ricorso incidentale in quanto volte all'esclusione del ricorrente principale per mancanza dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale (non identità di più servizi dichiarati a quelli oggetto dell'appalto con mancata indicazione della quota riferibile ai servizi identici; non conformità al disciplinare di 4 referenze su 11 circa l'espletamento del servizio con conseguente carenza del fatturato minimo riferito a servizi identici; illogicità e travisamento del confronto concorrenziale fra le offerte tecniche; erronea valutazione della cd. "prova di resistenza" dedotta dalla Co.Lo.Coop., con pregiudiziale insussistenza di interesse al ricorso dovendo la stessa essere comunque esclusa e con conseguente improcedibilità del ricorso principale), ritenendole motivatamente infondate e quindi non preclusive alla partecipazione atteso anche che il giudizio qualitativo delle proposte erano di competenza della Commissione giudicatrice e delle sue insindacabili valutazioni discrezionali.

Ha poi invece accolto il ricorso principale ritenendo illegittima l'esclusione della Co.Lo.Coop. da parte della Commissione, per aver presentato l'offerta economica con la distinta indicazione del prezzo a mq/annuo per la pulizia delle superfici pavimentate coperte nonché per le aree esterne scoperte, asseritamente in contrasto con l'art. 11 del disciplinare che prescriveva un'offerta unica con riferimento alle superfici coperte.

Il giudice di prime cure ha infatti ritenuto che non sussistesse alcuna violazione della *lex specialis*, posto che l'offerta in questione doveva necessariamente incorporare un costo differenziato remunerativo anche per il servizio di pulizia delle aree esterne, e quindi l'offerta ben poteva concretarsi in due distinte componenti di costo, ed essere così chiara e univoca, non incerta né indeterminata o plurima, né comunque vietata dal disciplinare, considerandosi peraltro il prezzo complessivo triennale ai fini dell'aggiudicazione. D'altra parte la Commissione avrebbe potuto agevolmente ricavare il prezzo unitario offerto mediante una mera operazione aritmetica.

Né poteva richiamarsi l'analogia fattispecie oggetto della sentenza dello stesso T.A.R. n. 2009/2010, confermata dal Consiglio di Stato – III n. 1696/2011, che ha ritenuto invece tale offerta differenziata quale motivo preclusivo alla partecipazione, posto che l'art. 4 del D.L. n. 70/2011, qui applicabile *pro tempore*, ha ristretto i provvedimenti di esclusione solo ai casi di "incertezza assoluta sul contenuto" soggiungendo che i bandi e le lettere di invio non potevano contenere, in quanto nulle, ulteriori prescrizioni a pena di esclusione.

Assorbita ogni altra doglianza dedotta dalle parti, l'esclusione della Co.Lo.Coop. e l'aggiudicazione alla Derichebourg erano pertanto da annullare, con l'obbligo di riaprire la gara.

2. L'A.T.I. Derichebourg s.p.a. – Consorzio Conesp, con atto notificato l'8 luglio 2013 e depositato il 10 luglio 2013, ha interposto appello, con domanda di sospensiva, riproponendo dapprima i motivi già dedotti in via incidentale in primo grado e contestando poi la pronuncia del T.A.R. sul punto specifico esaminato, posto che gli artt. 2, 11 e 17 del disciplinare di gara e 4 dello schema di contratto prescrivevano, a pena di esclusione, la formulazione di un solo prezzo a mq/annuo per il servizio reso per le superfici, individuate specificatamente, pavimentate calpestabili coperte, includendo nell'appalto anche le pulizie delle superfici definite "aree esterne" e moltiplicando quel prezzo per il triennio contrattuale.

Peraltro l'offerta della Co.Lo.Coop. conseguiva in complesso un importo complessivo annuo e triennale, sia pure di poco, diverso da quello che sarebbe scaturito dalla parametrizzazione con il numero di metri quadri indicato nel disciplinare e riferito alle sole aree coperte. Tale difformità avrebbe dato luogo a un'offerta indeterminata anche ai sensi del citato art. 4 D.L. n. 70/2011 e quindi non sanabile con il cd. soccorso istruttorio.

Con memoria depositata il 21 gennaio 2014 sono state sinteticamente ribadite le argomentazioni a sostegno dell'esclusione dell'offerta della Co.Lo.Coop., richiamando anche la citata sentenza n. 1696/2011 di questo Collegio, che, come dapprima lo stesso T.A.R., ha ritenuto tardive le censure assorbite e riproposte avverso la clausola del bando relativa alla formulazione dell'offerta economica circa il prezzo riferito alle aree, coperte e scoperte, oggetto del servizio.

3. L'A.S.L. di Caserta si è costituita con appello incidentale depositato il 23 luglio 2013, a sostegno dell'operato della Commissione e dell'Amministrazione e sostenendo quindi la legittimità dell'esclusione dell'offerta della Co.Lo.Coop. in quanto difforme dalla disciplina di gara; richiama anch'essa la pronuncia n. 1696 e l'irricevibilità delle contestazioni avverso la clausola del bando di cui trattasi.

Censura la condanna al rimborso del contributo unificato a favore del Consorzio ricorrente che, a suo dire, andava quanto meno posto a carico anche della soccombente Derichebourg.

4. La Co.Lo.Coop. si è costituita con memoria depositata il 20 luglio 2013 e con memorie depositate il 1° e il 15 ottobre 2013 ha controdedotto puntualmente ai motivi dell'appello e ha riproposto le censure assorbite dal T.A.R. concernenti l'ambiguità della *lex specialis*, l'assenza di qualsivoglia sanzione diretta o indiretta nel disciplinare in ordine alla mancata indicazione del prezzo unitario mq/annuo per aree coperte e scoperte, e quindi la legittimità della pronuncia del T.A.R..

5. La causa, rinviata alla trattazione del merito nella camera di consiglio del 17 ottobre 2013, all'udienza pubblica del 6 febbraio 2014 è stata trattenuta in decisione.

6.1. L'appello è fondato e la sentenza impugnata va riformata per le considerazioni che seguono.

6.2. In via preliminare occorre, ai fini del decidere, individuare il *thema decidendum*, oggetto della pronuncia del T.A.R..

Nel caso di specie è stata posta in discussione la corretta applicazione del disciplinare della gara di cui trattasi, e in particolare dell'articolo 11, secondo cui «l'offerta va formulata come miglior prezzo a metro quadro annuo per il servizio reso, secondo le modalità di cui al capitolato speciale di gara e contratto, per le superfici di cui all'allegato elenco (All.1) individuate quale "Sup.pavim." ovvero superfici pavimentate calpestabili coperte. Con ciò si intende che il prezzo sarà calcolato come segue: prezzo unitario di offerta mq/anno moltiplicato per le superfici che nel prospetto allegato al capitolato speciale di gara sono qualificate pavimentate calpestabili coperte. Resta inteso che nell'appalto sono altresì incluse le pulizie della superfici che nell'allegato sono definite "aree esterne"».

A tale prescrizione erano collegati sia l'art. 2 del capitolato speciale che, per le eventuali modifiche delle superfici, faceva per l'appunto riferimento, ai fini del corrispettivo per la differenza, al "costo unitario al mq/mese indicando nell'offerta di gara", che l'art. 4 dello schema del contratto, che prevedeva che "il prezzo contrattuale unitario a mq è fissato in € _____. Il valore del contratto è, pertanto, pari al prezzo unitario a mq moltiplicato per le superfici date in affidamento."

Ancora, il paragrafo 11 del citato art. 11 disponeva che "il prezzo complessivo dell'offerta" sarebbe stato calcolato come "prezzo unitario di offerta mq/annuo di offerta moltiplicato per le superfici che nel prospetto allegato al capitolato speciale di gara sono qualificate pavimentabili calpestabili coperte".

Infine secondo l'art. 17 del disciplinare "l'offerta deve essere completa e formulata così come previsto nel presente disciplinare. Saranno escluse le offerte: ... incomplete, parziali, plurime o espresse in modo indeterminato...".

Ciò premesso, la Stazione appaltante ha inteso applicare le predette disposizioni in modo testuale e rigoroso, escludendo la Co.Lo.Coop. per aver indicato nell'offerta due prezzi distinti, uno per la pulizia delle superfici coperte, un altro per quelle scoperte, a suo avviso per l'appunto in contrasto con il disciplinare che prevedeva una sola offerta con un solo prezzo relativo alle aree coperte, comprensivo di quelle scoperte.

6.3 Orbene, il Collegio non condivide l'assunto dei giudici di prime cure, intendendo invece uniformarsi all'orientamento già espresso in ordine a fattispecie anche analoghe (cfr., fra le altre, III n. 1696/2011, nn. 3731, 4039 e 4176/2013), e a quelle argomentazioni ci si richiama sinteticamente anche per esigenze di economia processuale.

In effetti il testo delle previsioni del disciplinare di gara dianzi citate era chiaro e si riferiva esplicitamente alle aree coperte, con l'indicazione del prezzo a mq/annuo riferito anche alle aree scoperte secondo una valutazione della Stazione appaltante che si appalesa scevra da evidenti vizi di illogicità o irrazionalità.

Il chiaro tenore letterale non consentiva quindi diverse modalità quali quella all'esame con due prezzi distinti, che avrebbe costretto la Commissione, secondo anche quanto sostenuto dal T.A.R., a operazioni per così dire "manipolative" per pervenire all'individuazione della reale offerta della società, con calcoli invero complessi, non spettanti alla Commissione e incompatibili con la previsione della *lexspecialis*, perché per l'appunto comportavano scorpori e segmentazioni dei dati numerici con conseguenti plurime operazioni aritmetiche e "adattamento" dell'offerta.

Per di più l'offerta della Co.Lo.Coop., secondo quei calcoli, non sarebbe risultata, pure rimodulata, in sintonia con la previsione della disciplina di gara portando a risultati diversi, sia pure di poco, con riferimento al prezzo mq/annuo e triennale avuto riguardo al numero dei metri quadri indicato nel disciplinare.

Sostanzialmente può affermarsi che l'offerta della Co.Lo.Coop. non si concretava in un'unica e chiara indicazione del prezzo unitario come richiesto esplicitamente, bensì in due prezzi altrettanto chiari ma non prescritti dal disciplinare, quindi l'offerta era da ritenersi, a seconda le prospettazioni, incompleta, parziale, plurima o indeterminata, ed andava pertanto esclusa dalla gara, come da disciplinare stesso, prevalendo nel caso di specie il principio della garanzia della *par condicio*, e quindi dell'unicità e univocità nonché dell'immodificabilità dell'offerta, su quello del *favor participationis*, non potendosi ipotizzare neanche il ricorso al "soccorso istruttorio".

Le procedure concorsuali, infatti, perseguono il rispetto rigoroso delle regole poste ad assicurare l'imparzialità e la parità di trattamento in tutte le loro fasi, per cui spetta al concorrente il dovere della diligenza nella osservanza delle disposizioni concorsuali proprio ai fini della tutela dell'interesse alla gara; né tale onere può essere posto a carico dell'Amministrazione, che altrimenti proprio quella *par condicio* verrebbe a violare.

Nella fattispecie pertanto la Sezione ritiene che non sussistano equivoci o incertezze derivanti da una possibile asserita ambiguità della legge di gara, per cui, ove la previsione del disciplinare fosse stata intesa come preclusiva, la stessa andava impugnata immediatamente con conseguente inammissibilità della censura dedotta sul punto, come affermato peraltro dalle ricordate pronunce del T.A.R. e di questa Sezione.

Ciò stante, non sovviene neanche il citato art. 4 del D.L. n. 70/2011, che, sia pure nel delimitare le cause di esclusione, non ha inteso di certo favorire offerte comunque incerte, incomplete o parziali, soggette quindi a "rielaborazione" con alterazione della *par condicio* come in occasione dell'offerta in questione.

Dalle considerazioni che precedono consegue, contrariamente a quanto disposto dal giudice di prime cure, la legittimità sia dell'esclusione della Co.Lo.Coop. dalla procedura di cui trattasi sia dell'aggiudicazione del servizio già disposta a favore della Derichebourg., e di conseguenza la fondatezza dell'appello principale sul punto, unico oggetto della pronuncia di accoglimento del ricorso principale di primo grado da parte del T.A.R., per la sua valenza pregiudiziale esime, come per altro verso già disposto dal TAR stesso, dal valutare gli altri profili dedotti dalle parti in primo grado e riproposti in appello.

7. Ne consegue che l'appello principale è accolto nei sensi di cui in motivazione e la sentenza impugnata va riformata, con il rigetto del ricorso principale in quanto del tutto infondato e l'improcedibilità per carenza di

interesse del ricorso incidentale di primo grado.

Va dichiarata anche l'improcedibilità dell'appello incidentale della ASL di Caserta per carenza di interesse.

Tenuto conto infine della particolarità della fattispecie si ritiene di disporre la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio, restando a carico della Co.Lo.Coop. il contributo unificato.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello principale, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale in primo grado.

Dichiara improcedibile l'appello incidentale dell'ASL Caserta.

Spese dei due gradi di giudizio compensate, restando a carico della Co.Lo.Coop. il contributo unificato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere, Estensore

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/02/2014

IL SEGRETARIO

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