



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

1.

sul ricorso numero di registro generale 9219 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Coopservice Soc. Coop. az., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'ATI costituenda con Swisslog Italia Spa, Plurima Spa, Ingegneria Biomedica Santa Lucia Spa, mandanti, tutte rappresentate e difese dagli avv. Massimo Colarizi ed Ermes Coffrini, con domicilio eletto presso Massimo Colarizi in Roma, via Panama, 12.

contro

CFP Coop. - Cooperativa Facchini Portabagagli, Manutencoop Facility Management Spa e Acea Costruzioni s p a, rappresentate e difese dagli avv. Andrea Manzi, Francesco Rizzo, Stefano Baccolini, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Confalonieri N. 5;

Area Vasta Emilia Nord-AVEN e Azienda U S L di Reggio Emilia, rappresentate e difese dall'avv. Guglielmo Saporito, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

2.

sul ricorso numero di registro generale 77 del 2012, proposto da:

Azienda Usl di Reggio Emilia, rappresentata e difesa dall'avv. Guglielmo Saporito, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Coopservice Soc. Coop. az. , rappresentata e difesa dagli avv. Massimo Colarizi, Ermes Coffrini, con domicilio eletto presso Massimo Colarizi in Roma, via Panama, 12;

C F P coop.-Cooperativa Facchini Portabagagli, Manutencoop Facility Management Spa e Acea Costruzioni Spa , tutte rappresentate e difese dagli avv. Andrea Manzi, Francesco Rizzo e Stefano Baccolini con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Gonfalonieri n. 5;

per la riforma

quanto al ricorso n. 9219 del 2011:

1) del dispositivo di sentenza del TAR Emilia Romagna , Parma, Sezione I n. 00398/2011, nonché della sentenza n.

413/2011, resa tra le parti, concernente affidamento da parte di A V E N- Area Vasta Emilia Nord, dei servizi e forniture necessarie per attivazione e gestione dell'unita' logistica centralizzata –U I C di magazzino e trasporto farmaci alle Aziende Ospedaliere dell'AVEN.

2) quanto al ricorso n. 77 del 2012:

della sentenza del TAR Emilia Romagna, Parma: Sezione I n. 00413/2011, resa tra le parti, concernente affidamento da parte di A V E N dei servizi e forniture necessarie per attivazione e gestione dell'unita' logistica centralizzata –U L C di magazzino e trasporto farmaci alle Aziende Ospedaliere AVEN.

Visti i due appelli, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di CFP coop. - Cooperativa Facchini Portabagagli, mandataria di ATI e delle imprese mandanti meglio sopra indicate, di Azienda USL di Reggio Emilia e di AVEN, nonché di Coopservice coop.az., mandataria ATI e delle imprese mandanti meglio sopra indicate;

Viste le memorie difensive per entrambe le cause ;

Visti tutti gli atti di entrambe le cause;

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

Chiamate entrambe le cause all'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2012, relatore il Cons. Lydia Ada Orsola Spiezia e uditi per ciascuna di esse gli avvocati Coffrini, Manzi e Saporito;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato nella GUCE 12 marzo 2010 l'Area Vasta Emilia Nord- AVEN, composta dalle Aziende Ospedaliere di Modena, Reggio Emilia, Parma e Piacenza, ha indetto una gara a procedura ristretta per l'affidamento dei servizi e delle forniture necessarie per l'attivazione e la gestione dell'Unità Logistica Centralizzata- ULC, ubicata a Reggio Emilia, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per una durata di anni 9 e con un importo a base d'asta di euro 30.000.000,00, IVA esclusa; in concreto l'AVEN, centralizzato il magazzino per la fornitura dei farmaci agli ospedali, ha bandito la gara per la logistica del magazzino ed i rifornimenti quotidiani dei farmaci ai plessi ospedalieri della Area NORD.

Alla gara hanno partecipato quattro imprese, ma la commissione ha ritenuto idonee (in applicazione dell'art 1.6 del Capitolato) soltanto le offerte presentate da Coopservice coop. az. , in costituenda ATI con altre imprese mandanti, che si è classificata al primo posto in graduatoria con un ribasso d'asta di 1,67% e con punti complessivi 95,72, e da Cooperativa Facchini Portabagagli -CFP c o o p in ATI costituenda con altre imprese mandanti, classificatasi al secondo posto con un ribasso d'asta di 10,10% e con punti complessivi 91,87.

Con determinazione 11 aprile 2011, n. 25, il Direttore Operativo AVEN ha disposto l'aggiudicazione del servizio alla ATI di cui Coopservice è mandataria.

Avverso l'aggiudicazione ed i connessi atti di gara la coop. CFP (mandataria in ATI costituenda con Manutencoop Facility Management s p a ed Acea Costruzioni s p a) ha proposto ricorso innanzi al TAR Emilia Romagna, Sezione staccata di Parma, che , previa pubblicazione anticipata del dispositivo di sentenza n. 398/2011, con sentenza n. 413/2011 ha respinto il ricorso incidentale proposto dalla ATI Coopservice avverso la stessa ammissione alla gara dell'ATI ricorrente, mentre ha accolto il ricorso principale per contrasto dell'offerta aggiudicataria con l'art. 37, comma 4, Codice Contratti per la mancata indicazione dell'impresa che (nell'ambito della ATI costituenda) avrebbe eseguito le opere edili e gli impianti complementari; il TAR, quindi, ha annullato l'aggiudicazione a favore di ATI Coopservice, disponendo il subentro della ricorrente ATI- CFP nell'affidamento del servizio e

condannando i soccombenti a spese di lite per complessivi euro 4.000,00 (oltre gli accessori di legge).

La coop. Coopservice, in proprio e quale capogruppo dell'ATI suddetta, con l'appello R. G. 9219/2011 ha dapprima impugnato il dispositivo di sentenza e, di poi, pubblicata anche la motivazione della sentenza TAR Emilia Romagna, Parma, n. 413/2011, ha presentato motivi aggiunti il 14 dicembre 2011, chiedendo (con due articolati motivi) che, in riforma della sentenza di primo grado, sia accolto il ricorso incidentale proposto avverso l'ammissione della CFP alla gara e sia, invece, respinto il ricorso principale proposto dalla stessa seconda classificata avverso l'aggiudicazione ad ATI Coopservice.

Si è costituita il 30 novembre 2011 Manutencoop Facility Management s p a , mandante della ATI di cui è mandataria coop. CFP, eccependo l'improcedibilità dell'appello proposto da Coopservice avverso il dispositivo di sentenza a seguito della intervenuta pubblicazione della motivazione della sentenza TAR Emilia Romagna, Sez. Parma, 22 novembre 2011, n. 413 .

Si sono costituite contestualmente la AVEN e l'Azienda U S L Reggio Emilia, chiedendo l'accoglimento dell'appello e con successive memorie hanno insistito sulla legittimità dell'aggiudicazione del servizio alla coop. Coopservice in ATI con le mandanti.

Nel gennaio 2012 si sono costituite anche soc. coop. CFP ed Acea Costruzioni s p a , che, invece, hanno chiesto il rigetto dell'appello; con successiva memoria CFP, unitamente alle mandanti, ha rappresentato che nel frattempo Coopservice aveva proposto motivi aggiunti avverso la sentenza appellata e che ricorrevano i presupposti per l'applicazione dell'art. 96 c p a , poiché con appello R. G. n. 77/2012 anche la stazione appaltante aveva impugnato la sentenza di primo grado; nel merito, quindi, ha chiesto il rigetto dell'appello Coopservice, riproponendo, peraltro, i motivi di ricorso, dichiarati assorbiti, relativi al contrasto dell'offerta della ATI-Coopservice sia con l'art 37, comma 13, Codice Contratti (per la mancata indicazione nell'offerta delle quote di partecipazione al raggruppamento da parte delle singole imprese) sia con la prescrizione che prevedeva la duplice sottoscrizione dell'ultima pagina del Capitolato per accettazione specifica delle condizioni contrattuali .

Con successive memorie l'aggiudicataria Coopservice ha sia riproposto i motivi del ricorso incidentale respinti dal TAR sia illustrato con ulteriori argomenti le censure alla sentenza che aveva annullato l'aggiudicazione a suo favore (per contrasto con l'art. 37, comma 4, Codice Contratti in quanto l'offerta ATI-Coopservice aveva ommesso di indicare l'impresa che avrebbe eseguito le opere edili e gli impianti complementari, pur se si trattava di opere di valore non superiore al 2% dell'intero importo dell'appalto pari a 30.000.000,00 di euro) ; infine l'aggiudicataria ha replicato, altresì, alle censure della ricorrente CFP assorbite dalla sentenza e riproposte in appello ed ha insistito per l'accoglimento dell'appello.

1.1. La sentenza TAR è stata impugnata anche da Azienda USL di Reggio Emilia e da AVEN con appello notificato il 19 dicembre 2011, R .G. n. 77/2012; la Stazione appaltante, in riforma della medesima, ha chiesto (con unico articolato motivo) il rigetto del ricorso principale proposto da ATI-CFP e, quindi, la conferma dell'aggiudicazione già disposta a favore di ATI-Coopservice .

Si è costituita in giudizio la coop . Coopservice, in proprio e quale capogruppo ATI costituenda, che , previa riunione di questo appello con quello proprio R. G: n. 9219/2011, ha comunque aderito alle conclusioni formulate dall'appellante Stazione appaltante.

Si è costituita anche CFP, mandataria ATI, unitamente alle altre imprese mandanti, che, previo richiamo dell'art. 96, primo comma c p a , ha chiesto il rigetto dell'appello proposto dalla Stazione appaltante, riproponendo, altresì, le altre censure dichiarate assorbite dalla sentenza TAR.

Con successive memorie ciascuna delle parti ha insistito nelle proprie conclusioni di merito, mentre Coopservice ha ribadito anche la richiesta di riunione di questo appello con quello R. G. n. 9219/2011.

Chiamate entrambe le cause alla pubblica udienza del 13 aprile 2012 ed uditi i difensori presenti per entrambe, le medesime sono passate in decisione.

DIRITTO

2. In diritto va preliminarmente disposta la riunione degli appelli in epigrafe ai sensi dell' art.96, comma 1, c p a , in quanto proposti avverso la stessa sentenza di primo grado.

Entrambi gli appellanti, Coopservice (aggiudicataria del servizio) e Stazione appaltante, censurano (per profili solo in parte sovrapponibili) la sentenza TAR, che, rigettato il ricorso incidentale proposto dalla aggiudicataria avverso l'ammissione alla gara dell'ATI CFP (seconda classificata), ha accolto il ricorso principale proposto da ATI-CFP, annullando l'aggiudicazione a favore della coop. Coopservice e disponendo l'affidamento del servizio alla ricorrente principale ATI –CFP.

2.1. Per ragioni di ordine logico va esaminato per primo l'appello R. G. 9219/2011, proposto da Coopservice, che ha dapprima impugnato il dispositivo della sentenza TAR n. 398/2011 del 10 novembre 2011 e successivamente, con motivi aggiunti, la sentenza TAR n. 413/2011.

Coopservice, con due articolati motivi, censura la sentenza di primo grado, in primo luogo, perché ha respinto il proprio ricorso incidentale proposto avverso la stessa partecipazione di ATI-CFP alla gara e, di poi, perché, accogliendo il ricorso principale, ha annullato l'aggiudicazione a suo favore, ritenendo l'offerta illegittima per violazione dell'art. 37, comma 4, Codice Contratti a causa della mancata indicazione dell'impresa che nell'ambito dell'ATI costituenda avrebbe eseguito i lavori edili e gli impianti complementari. .

2. 2. Ad avviso del collegio il primo dei motivi aggiunti d'appello, che ripropone le censure dedotte innanzi al TAR nel ricorso incidentale, è fondato; in conseguenza il ricorso incidentale, proposto dall'aggiudicataria ATI-Coopservice avverso la stessa partecipazione alla gara dell'offerta della ATI-CFP, va esaminato con priorità (v. A. P. n. 4/2011) e va accolto nei sensi e limiti di seguito illustrati.

Infatti, premesso che il bando di gara al paragrafo III. 2- Condizioni di partecipazione, indica al punto III. 2 .1 i requisiti circa la situazione personale degli operatori, al punto III. 2.2. i requisiti circa la capacità economica ed al punto III. 2 .3. quelli circa la capacità tecnica, dall'esame della domanda di partecipazione di Acea Costruzioni s p a, mandante nell'ATI di cui è capogruppo CFP, emerge che la stessa non ha prodotto, a documentazione del profilo di capacità tecnica di cui al punto A, III. 2 . 3, l'elenco dei principali servizi e forniture nel settore oggetto della gara, effettuate durante gli ultimi tre anni(2007-2008-2009), con i rispettivi importi, date e destinatari.

Infatti l'Acea s p a, mandante, erroneamente si è limitata a dichiarare” requisito posseduto dalla capogruppo”, mentre lo stesso bando, al paragrafo VI.3- Informazioni Complementari (pag. 5) precisava che, in caso di ATI, costituito o costituendo, mentre alcuni requisiti dovevano essere posseduti dalla capogruppo, ciascuna impresa del raggruppamento avrebbe dovuto presentare alcune dichiarazioni sulla capacità tecnica ed economica, tra cui quelle del paragrafo III. 2 .2 ., lettere A e B, e quella del paragrafo III. 2. 3., lettera A.

Pertanto la domanda di partecipazione presentata dalla mandante in questione è incompleta con riguardo al requisito della capacità tecnica, richiesta dal bando in capo a ciascuna impresa partecipante alla gara, anche nell'ambito di una ATI, ma soprattutto (a differenza di quanto ritenuto dal TAR) tale incompletezza comporta di per se stessa l'inammissibilità della domanda di partecipazione della Acea alla gara, pur in assenza di espressa clausola di esclusione: infatti appare evidente che, poiché la documentazione della capacità tecnica attiene alle “Condizioni di Partecipazione” elencate nella sezione III. 2. del bando, le “informazioni e le formalità necessarie per valutare la conformità ai requisiti” in ordine alla capacità tecnica (p. III. 2.3.) risultano elementi essenziali caratterizzanti l'offerta ; pertanto la mancata comminatoria espressa della esclusione in caso di incompletezza di tali elementi non è significativa della possibile integrazione in corso di gara di tali documenti incompleti.

2.3. Diversamente il bando ha ritenuto utile un' espressa clausola di esclusione con riguardo ai livelli minimi di capacità economica e tecnica, richiesti (nella sezione III) ai punti 2. 2. A e 2. 3. B, all'evidente fine di evitare equivoci circa l'essenzialità dell'inserimento nell'offerta anche delle dichiarazioni circa i seguenti requisiti: fatturato specifico nel settore trasporto merci per enti pubblici per un importo minimo di euro 10.000000,00 in uno degli ultimi tre esercizi ; titolarità di almeno un contratto con enti pubblici, negli ultimi tre anni, nel settore logistica di beni sanitari per un importo annuo pari almeno ad euro 200.000,00, nonché la titolarità, sempre nell'ultimo triennio, di rapporti di lavoro con circa 70 unità lavorative per anno, addette ai servizi di logistica e trasporto delle merci; in pratica la stazione appaltante con tali clausole poneva in rilievo che alla gara potevano partecipare solo imprese già in possesso di specifiche esperienze pregresse nel settore del magazzino e trasporto farmaci e ciò, ovviamente, quale requisito ulteriore e specifico rispetto a quelli generali, ma egualmente essenziali, relativi ai fatturati globali e di settore ed all'elenco dei servizi nel settore, prescritti come condizioni di partecipazione di base

2.4. Pertanto, assorbito per economia di mezzi l'esame dell'altro profilo del primo motivo d'appello, che ha riproposto il secondo motivo del ricorso incidentale (respinto dal TAR), nonché del secondo dei motivi aggiunti, che censura, invece, l'annullamento dell'aggiudicazione, nonché l'esame dell'atto introduttivo, l'appello Coopservice va accolto nei sensi indicati e per l'effetto, in riforma della sentenza TAR, il ricorso incidentale proposto da Coopservice avverso la partecipazione alla gara di ATI-CFP va accolto, mentre il ricorso principale, proposto in primo grado da ATI-CFP avverso l'aggiudicazione del servizio alla ATI Coopservice, va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse (v. A . P. n. 4/2011) .

3.Passando, poi, all'esame dell'appello R. G. n. 77/2012, proposto da AVEN e da Azienda U S L Reggio Emilia avverso l'annullamento dell'aggiudicazione del servizio alla ATI-Coopservice, il medesimo va dichiarato improcedibile per carenza sopravvenuta di interesse in correlazione con l'annullamento della sentenza TAR appellata, pronunciato in esito al giudizio proposto dalla prima aggiudicataria e sopra già deciso in tali sensi.

4.Concludendo, quindi, riuniti i due appelli in epigrafe ai sensi dell'art. 96 c p a , l'appello R. G. n. 9219/2011 va accolto nei sensi di cui in motivazione e per l'effetto, in riforma della sentenza TAR, il ricorso incidentale proposto da ATI Coopservice avverso la partecipazione alla gara di ATI-CFP va accolto, mentre quello principale proposto da ATI-CFP avverso l'aggiudicazione del servizio ad ATI-Coopservice va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse;infine l'appello R. G. n. 77/2012, proposto dalla Stazione appaltante per la riforma della sentenza TAR, nella misura in cui (accogliendo il ricorso principale CFP) aveva annullato l'aggiudicazione del servizio ad ATI-Coopservice , va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Quanto alle spese di lite di ciascuna causa, il collegio, viste le diffuse difformità di entrambe le offerte rispetto alle prescrizioni del bando, ritiene sussistenti i presupposti per compensarle integralmente tra le parti per entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), previa riunione degli appelli in epigrafe, accoglie l'appello R. G. n. 9219/2011 e per l'effetto, in riforma della sentenza TAR, accoglie il ricorso incidentale proposto da Coopservice avverso la partecipazione alla gara di ATI-CFP, mentre dichiara improcedibile il ricorso principale proposto da ATI-CFP avverso l'aggiudicazione della gara ad ATI-Coopservice;dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'appello R. G. n. 77/2012 proposto dalla Stazione appaltante avverso l'annullamento dell'aggiudicazione ad ATI-Coopservice disposto dalla sentenza TAR in epigrafe.

Spese di lite di ciascuna causa integralmente compensate tra le parti per entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Alessandro Botto, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/09/2012

IL SEGRETARIO

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