

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la TOSCANA - PRIMA SEZIONE
ha pronunciato la
S E N T E N Z A
Sul ricorso 2434/2004 proposto da:
***** DI ***** ANTONINA MANDATARIA A.T.I.
contro

MINISTERO DELL' ISTRUZIONE UNIVERSITA' E RICERCA UNIVERSITA' STUDI DI
FIRENZE UNIVERSITA' DI FIRENZE / POLO BIOMEDICO
e nei confronti di
***** SOC. COOP. A R.L.

per l'annullamento
del provvedimento del 27.10.2004 della Commissione per la valutazione delle domande di partecipazione alla gara , comunicato a mezzo nota prot. n. 52973 x/3 del 05.11.2004 pervenuta l'11.11.2004 - di esclusione del T.T.I. ricorrente dal prosieguo della gara;
- della stessa nota Università degli Studi di Firenze Polo Biomedico Prot. n. 52973 x/3 dello 05.11.2004 di comunicazione del provvedimento di esclusione dal prosieguo della gara;
- di tutti gli atti connessi, presupposti e consequenziali e segnatamente:
- della clausola di cui al punto 10) del Bando di Gara ove intesa nei sensi di cui infra come dedotti dalla resistente Amministrazione;
- del provvedimento del 29.10.2004 della "Commissione per la valutazione delle domande di partecipazione alla gara" di scelta, previa indebita esclusione del R.T.I. ricorrente dal novero dei soggetti istanti, delle imprese concorrenti da invitare per la presentazione delle offerte, inficiato in via derivata.
Visti i Motivi Aggiunti depositati presso questo Tribunale l'11 gennaio 2005, proposti per l'annullamento, previa sospensiva, dell'esecuzione:
- dei provvedimenti dell' 1.12.2004 adottati in danno della ricorrente "Commissione per la valutazione delle domande di partecipazione alla gara" - comunicati giusta nota prot. n. 58208 X/3 del 2.12.04 trasmessa a mezzo racc.a/r pervenuta il 14.12.04- di valutazione; di attribuzione dei relativi punteggi; e di consequenziale deteriorata collocazione dell'istanza presentata dal R.T.I. *****- San Gerlando al 26° posto della graduatoria concernente la fase di prequalificazione dei soggetti istanti da invitare per la presentazione delle offerte;
nonché di tutti gli atti connessi, presupposti e consequenziali ed in particolare:
- occorrendo, ove inteso nei sensi di cui infra, del provvedimento del 27.10.2004, implicitamente recato dal verbale di gara di pari data e, segnatamente, dalla tabella (all.1) parte integrante del verbale stesso, che riporta i criteri previsti dal bando ai fini della attribuzione degli specifici punteggi, nella parte in cui fa riferimento ed indica i "principali servizi di pulizia in luogo dei "principali servizi" effettuati negli ultimi tre anni (2002, 2003, 2004);
- di tutti gli atti del procedimento di gara di cui si conoscono gli estremi, che fossero stati frattanto posti in essere successivamente all'1. 12. 2004 e, segnatamente, della determinazione dirigenziale, eventualmente già adottata, di aggiudicazione dell'appalto; con conseguente necessità per la resistente Amministrazione della rinnovazione delle operazioni di gara a partire dall'ultimo atto esente da vizi.

Visti gli atti e i documenti depositati con il ricorso ed i motivi aggiunti;

Visto l'atto di costituzione del giudizio di

MINISTERO DELL' ISTRUZIONE UNIVERSITA' E RICERCA
UNIVERSITA' DI FIRENZE / POLO BIOMEDICO
UNIVERSITA' STUDI DI FIRENZE

Visti gli atti della causa;

Visto l'art.23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Udito nella pubblica udienza del 06 Luglio 2005 , relatore il Cons. GIACINTA DEL GUZZO, l'avvocato M.Montini delegato da S. Giacalone e L.Andronio (Avv.Stato);
Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1) Con RICORSO INTRODUTTIVO, notificato il 2.12.2004, la costituenda Associazione Temporanea di Imprese di cui in epigrafe ha chiesto a questo Tribunale l'annullamento del provvedimento del 27.10.2004, con il quale la Commissione per la valutazione delle domande di partecipazione alla gara ha escluso la ricorrente dal prosieguo della gara indetta dall'Università degli studi di Firenze – Polo biomedico – “ per l'affidamento del servizio di pulizie giornaliere e periodiche dei suoi edifici (o di alcuni suoi edifici) in proprietà o in uso. Categoria di servizio 14 – CPC:874” nonché l'annullamento della nota del Dirigente Coordinatore di Polo n. 52973 x/3 del 5.11.2004.

Con detta nota è stata comunicata alla ricorrente l' esclusione dalla gara perché la “domanda è pervenuta in data 21 ottobre 2004 alle ore 12.00 tramite fax, ai sensi dell'art.10, comma 10 del D. Lgs. 157/95. Successivamente alla scadenza prevista dal bando, ha fatto seguito al fax raccomandata contenente la domanda di partecipazione. La Commissione ha ritenuto all'unanimità di escludere la Vostra Ditta dal prosieguo della gara, in quanto il bando, potendo fissare criteri più restrittivi rispetto alla previsione di legge, stabiliva a pena di esclusione che la domanda pervenisse in busta chiusa entro il termine perentorio del 21 ottobre 2004 ore 13. Di conseguenza il fax è inammissibile in base alla lex specialis costituita dal bando che richiedeva il plico chiuso e la raccomandata è inammissibile in quanto pervenuta oltre il termine suddetto.”

Viene, anche, impugnato il punto 10 del bando di gara.

Avverso i richiamati atti la parte ricorrente ha mosso le seguenti censure:

I) Violazione di legge: art. 10, comma 10, D. Lgs. 17.3.1995 n. 157 – Punto 10) bando di gara.

II) Eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti, del difetto di presupposto e della irrazionalità manifesta.

Nella gara a licitazione privata la possibilità di presentare la domanda di partecipazione anche a mezzo di fax è prevista espressamente dall'art. 10 del D. Lgs. n.157/1995, che prescrive, anche, di confermare il fax tramite raccomandata da spedirsi non oltre il termine di ricezione delle domande previsto dal bando; il che, nella specie, è avvenuto, con la spedizione della raccomandata alle ore 12,31 del 21 ottobre 2004.

III) Violazione di legge: art. 10, comma 10, del D. Lgs. 17.3.1995 n. 157.

IV) Eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei fatti.

V) Eccesso di potere sotto i profili della illogicità, della arbitrarietà e della incongruenza manifesta.

La clausola di cui al punto 10 del bando non potrebbe essere interpretata nel senso ritenuto dalla Commissione di gara; per il caso, poi, che l'interpretazione sia, invece, l'unica attribuibile al bando, la clausola viene impugnata per violazione del disposto di legge oltre che per manifesta inadeguatezza non rispondendo la previsione ad alcuna esigenza specifica ai fini del raggiungimento dello scopo perseguito con la procedura concorsuale.

Peraltro, da un canto, l'art. 10, comma 10, del D. Lgs. n.157/1995 non sarebbe discrezionalmente derogabile dall'Amministrazione, dall'altro, la deroga sarebbe manifestamente illogica in quanto operata in assenza di giustificazione.

VI) Illegittimità derivata.

Il provvedimento di scelta delle ditte da invitare risulterebbe affetto, in via derivata, dai vizi sopra enunciati.

Si è costituita in giudizio l'Avvocatura erariale, la quale, con memoria 13.12.2004, ha, preliminarmente, formulato le seguenti eccezioni:

a) difetto di legittimazione passiva dell'intimato Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca, in quanto l'Università degli studi è ente pubblico dotato di ordinamento autonomo nei limiti stabiliti dalle leggi dello Stato e di personalità giuridica, che sta in giudizio autonomamente;

b) inammissibilità per tardiva impugnazione del bando, che, essendo direttamente lesivo, doveva essere impugnato in via diretta ed autonoma nel termine decadenziale; peraltro, non potrebbe essere invocata

la disapplicazione del bando, essendo questa ammissibile solo in presenza di posizioni di diritto soggettivo, ipotesi che, nel caso, non ricorre;

c) improcedibilità dell'istanza cautelare e del ricorso, essendo stata la ricorrente (1.12.2004) ammessa, con riserva, dalla Commissione all'apertura della busta con la domanda di partecipazione ed essendo stata classificata al 26° posto, posizione che non dà diritto alla ricorrente a partecipare alla licitazione privata, dovendovi essere ammesse, ai sensi del punto 5 del bando, le prime dieci ditte classificate in sede di preselezione.

Nel merito il ricorso sarebbe infondato, in quanto l'art. 10, comma 10, del D. Lgs. n.157/1995 avrebbe natura dispositiva e non attribuirebbe ai partecipanti una facoltà di scelta tra le varie modalità di invio della domanda ivi previste, bensì sarebbe norma, di cui sarebbe destinataria l'Amministrazione, alla quale la norma attribuirebbe la facoltà di avvalersi di modalità alternative rispetto alla presentazione della domanda in plico chiuso. Quest'ultima, peraltro, sembrerebbe, anche sulla base delle altre disposizioni del decreto legislativo, essere la modalità principale inderogabile dalla P.A..

Con ordinanza n. 1291 del 15 dicembre 2004, questo Tribunale amministrativo ha respinto l'istanza cautelare, nel presupposto dell'assenza del danno grave ed irreparabile, essendo stata l'istanza della ricorrente esaminata dalla Commissione di gara.

2) Con MOTIVI AGGIUNTI, depositati in data 11.1.2005, la parte ricorrente ha impugnato i provvedimenti dell'1.12.2004, comunicati con nota n. 58208 X/3 del 2.12.2004, trasmessa con r. r. pervenuta il 14.12.2004, concernenti l'attribuzione alla ricorrente stessa dei punteggi in base ai requisiti posseduti e la collocazione al 26° posto. Ha, anche, impugnato i criteri, risultanti dal verbale di gara del 27.10.2004, nella parte in cui indicano i "principali servizi di pulizia" in luogo dei "principali servizi" effettuati negli ultimi tre anni (2002,2003, 2004), nonché tutti gli atti che fossero stati posti in essere successivamente.

Questi i motivi di doglianza:

I) Violazione di legge: art. 3 della L. n. 241/1990; Difetto assoluto di motivazione.

I dati contenuti – con riguardo alla posizione della ricorrente - nella tabella allegata al verbale di gara dell'1.12.2004 non sarebbero ricollegabili ai parametri di valutazione fissati dalla Commissione di gara.

II) Violazione di legge: punto 10, ultimo comma, del bando di gara. Determinazioni della Commissione di gara del 27.10.2004 di individuazione dei punteggi correlati ai criteri previsti dal bando – Art. 22, comma 1, del D. Lgs. 17.3.1995 n. 157.

III) Eccesso di potere sotto il profilo della violazione dei principi generali dell'ordinamento giuridico amministrativo in materia di violazione delle regole di autolimitazione stabilite dalla stazione appaltante in sede di fissazione delle regole della gara.

IV) Eccesso di potere sotto i profili della contraddittorietà manifesta, del travisamento dei fatti e del difetto di presupposto.

La Commissione di gara avrebbe errato sia per aver indicato la categoria "principali servizi effettuati negli ultimi tre anni 2002, 2003, 2004" inserendo le parole "di pulizia" dopo la parola "servizi", cosicché verrebbe generata confusione con la categoria "servizi identici a quello oggetto di gara", sia nell'attribuzione dei punteggi spettanti alla ricorrente per le cennate categorie (omettendo, in concreto, di valutare servizi che sarebbero utili per ottenere punteggi in entrambe le categorie). Il punteggio spettante alle Ditte facenti parte della costituenda A.T.I. sarebbe, per la prima di tali categorie, quello di 107 e, per la seconda, quello di p. 168, mentre quello attribuito è di soli p. 67.

Anche per la categoria "Attrezzatura tecnica" il punteggio di zero punti attribuito sarebbe errato, spettando quello di p. 1, perché la ricorrente possiede numerosi apparecchi elettrici connessi al servizio.

Infine, per la categoria "Organico dell'impresa" spetterebbero p. 18 e non già p. 6, in quanto la ricorrente ha dichiarato di avere impiegato, in ogni anno del triennio, 158 dipendenti.

V) Invalidità derivata.

Gli atti del procedimento, ancora in itinere, sarebbero affetti da illegittimità derivata da quella degli atti sopra censurati.

In conclusione, se alla ricorrente fossero stati attribuiti i punteggi spettantile, essa si sarebbe collocata, nella preselezione, al 9° posto con punti 309 e non già al 26° posto: avrebbe, così, avuto titolo ad essere invitata alla gara.

L'Avvocatura erariale ha svolto difese in favore dell'Amministrazione resistente con memoria datata 18.1.2005. Richiamate le precedenti eccezioni e considerazioni, l'Avvocatura, con riguardo alle operazioni di preselezione, da un canto, ha ammesso che nella voce concernente "i principali servizi" per mero errore materiale erano state inserite le parole "di pulizia", essendo evidente trattarsi di due distinte categorie valutative; dall'altro, dopo aver riconosciuto che i punteggi per le categorie "Attrezzatura tecnica" e "Organico dell'impresa" –per mero errore - erano stati attribuiti scorrettamente, ha, tuttavia, sostenuto la correttezza degli altri punteggi contestati e concluso per la reiezione del ricorso, atteso che, in ogni caso, la ricorrente, pur sommando i punteggi non attribuiti, non raggiungerebbe il punteggio necessario per essere ammessa al prosieguo della gara.

Con Ordinanza n. 70 del 19 gennaio 2005, il Tribunale ha accolto l'istanza cautelare avanzata in uno ai motivi aggiunti, limitatamente all'ammissione con riserva ed in soprannumero della ricorrente all'ulteriore corso della gara.

Il Consiglio di Stato, VI Sezione, con Ordinanza n. 2065 del 29 aprile 2005, ha accolto l'appello della resistente "ai soli fini della fissazione dell'udienza di merito da parte del giudice di primo grado nei termini di cui all'art. 23 bis della L. n. 1034/1971, ferma restando la ammissione con riserva disposta con l'ordinanza appellata".

Alla pubblica Udienza tenuta il 6 luglio 2005 la causa è passata in decisione.

3) Prima di esaminare il ricorso nel merito, il Collegio deve farsi carico delle eccezioni sollevate dall'Avvocatura erariale.

Fondata risulta l'eccezione concernente il difetto di legittimazione passiva del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca. Le Università sono, infatti, enti autonomi, dotati di personalità giuridica, i quali stanno in giudizio autonomamente.

L'eccezione, secondo la quale la clausola del bando, la cui applicazione è all'origine della controversia, doveva essere immediatamente e direttamente impugnata nel termine decadenziale decorrente dalla pubblicazione, va, invece, respinta. E', invero, possibile che la raccomandata r.r. (confermativa del fax ai sensi del decimo comma dell'art. 10 del D.Lgs. n. 157/1995) possa, in concreto, pervenire tempestivamente all'Amministrazione, cioè prima della scadenza del termine da quest'ultima fissato per la ricezione delle domande, con la conseguenza dell'esclusione dell'immediata lesività della clausola, in quanto il termine previsto dal bando verrebbe comunque rispettato.

4) Devono preliminarmente esaminarsi, anche al fine di verificare la permanenza dell'interesse alle censure concernenti l'esclusione, le doglianze proposte con i Motivi Aggiunti depositati in data 11 gennaio 2005, che sono rivolte avverso i criteri individuati dalla Commissione di gara (per la valutazione dei requisiti posseduti dai soggetti aspiranti alla partecipazione alla stessa) nonché avverso talune delle valutazioni effettuate dalla Commissione.

Le doglianze, ancorché parzialmente fondate (come riconosciuto dalla stessa difesa erariale), non superano la cosiddetta "prova di resistenza", in quanto l'attribuzione di un maggior punteggio per talune categorie di requisiti posseduti non conduce la ricorrente nell'ambito delle prime dieci aspiranti, cioè nel numero delle Ditte che, a norma del bando di gara, devono essere invitate a presentare l'offerta economica.

La ricorrente, cui la Commissione ha riconosciuto un punteggio di p. 181, si è collocata al posto 26° della graduatoria (verbale 1.12.2004 e annessa tabella).

La Ditta collocatasi al decimo posto della graduatoria (***** Soc. Coop. A r.l.) ha riportato p. 290.

Come sopra accennato, la difesa erariale (memoria datata 18.1.2005) ha ammesso che la Commissione è incorsa nei seguenti errori nelle operazioni di gara verbalizzate in data 1.12.2004 e riportate nella tabella riassuntiva di tutti i punteggi assegnati:

a) per mero errore materiale, la prima voce della tabella prevede quale parametro "i principali servizi di pulizia degli ultimi tre anni 2002,2003,2004" anziché "i principali servizi effettuati negli ultimi tre anni 2002, 2003,2004". Il parametro in questione è previsto dal bando nei termini da ultimo riportati ed è relativo a servizi di tipologia diversa da quelli del successivo parametro ("servizi identici a quelli oggetto di gara effettuati negli ultimi tre anni 2001,2002,2003").

L'errore materiale sarebbe evidente, in quanto, in diversa ipotesi, verrebbe, tra l'altro, violato il bando di gara con l'introduzione di un'inammissibile duplicazione delle voci di valutazione.

b) erroneo – riconosce, ancora, l'Avvocatura dello Stato- è il punteggio attribuito per la voce "attrezzatura tecnica", per la quale spetta il punteggio di "1" anziché di "0".

c) erroneo è, anche, il punteggio attribuito per la voce "organico dell'impresa", per la quale spettano p. 18, anziché p. 6, in quanto il singolo punteggio era da attribuirsi in ragione di ciascuno degli anni del triennio considerato.

In conclusione, il punteggio complessivamente spettante alla ricorrente deve essere aumentato di 13 punti.

Tanto precisato, il Collegio deve prendere in esame l'ulteriore profilo, con il quale la ricorrente censura le operazioni compiute dalla Commissione nell'attribuzione dei punteggi per le voci di valutazione dei servizi, cioè, per le prime due voci della tabella riassuntiva.

Assume la ricorrente che illegittimamente la Commissione avrebbe ommesso di valutare nella voce "principali servizi effettuati negli anni 2002,2003,2004" i servizi identici quelli da appaltare (cioè, i servizi di pulizia), i quali dovrebbero avere rilievo, quindi, per l'attribuzione di punteggio in entrambe le voci.

Le argomentazioni difensive non sono meritevoli di condivisione.

Il Collegio deve al riguardo, innanzi tutto, rilevare (come, del resto, osservato dalla stessa parte ricorrente a pag. 8 dei motivi aggiunti) che le voci di valutazione concernenti "i principali servizi effettuati" e "i servizi identici a quelli oggetto di gara" non possono riferirsi agli stessi servizi, dovendo, necessariamente, ogni singola voce valutativa avere un oggetto distinto da quello valutato sulla base degli altri criteri prefissati.

In effetti, valutare due volte gli stessi servizi altererebbe il principio della par condicio a favore delle ditte che, in ipotesi, rinunciando a diversificare ed ad ampliare l'apparato imprenditoriale, rimangono ancorate alla prestazione di un'unica tipologia di servizi. Queste imprese avrebbero, rispetto alle altre, il vantaggio di impegnarsi in un solo settore economico e, nello stesso tempo, di avere, nella preselezione delle gare d'appalto, una posizione prevalente nei confronti della quale sarebbe difficile competere soprattutto da parte delle imprese che si affacciano per la prima volta (o quasi) sul mercato dell'offerta di quel determinato servizio.

A tal proposito, il Collegio deve, ancora, osservare che proprio nella gara per cui è controversia si manifesterebbero, ove fosse accolta la tesi della ricorrente, gli effetti distorsivi della par condicio di cui si è detto.

Il criterio valutativo dei "servizi identici" predisposto dalla Commissione, infatti, di per sé privilegia detti servizi con il punteggio assegnato. Per ogni anno del triennio preso in esame (2001,2002,2003 per "i servizi identici"; 2002,2003,2004 per "i principali servizi") per i "servizi identici" - a parità di importi contrattuali - vengono assegnati punti 7, 8 o 9 per anno fino ad un massimo di punti 250, mentre per "i principali servizi" il punteggio per anno è previsto in punti 6, 7 o 8 fino ad un massimo di punti 125.

Nel caso di specie, deve ulteriormente osservarsi che, mentre la mandataria ***** ha dichiarato la prestazione di un servizio diverso (servizio di trasporto scolastico, utile per la valutazione dei principali servizi per gli anni 2002 e 2003), la mandante Soc. Gerlando ha dichiarato solo servizi di pulizia, cioè servizi identici a quello da appaltare.

Alla stregua delle considerazioni sin qui effettuate, se è vero che alla società ***** spettano, per i servizi "identici" dichiarati nella domanda punti 116, come dalla ricorrente preteso, ed alla società Gerlando punti 52 per la stessa tipologia di servizi (come dichiarati nella domanda), nonché, ancora, punti 12 alla soc. ***** per la voce "principali servizi", per totali punti 180; tuttavia, tale punteggio, sommato ai punteggi per le voci residue (come corretti a seguito degli errori riconosciuti dall'Avvocatura erariale), cioè, sommato a punti 6 + 1 + 3 + 18 + 2 + 4, conduce ad un punteggio complessivo di punti 214, inferiore a quello di punti 290 conseguito dalla ***** Soc. coop. a r. l., collocatasi al decimo posto della graduatoria delle ditte in gara.

In conclusione il ricorso deve essere respinto, mentre le doglianze relative al bando e all'esclusione risultano prive di interesse a seguito dell'esame della domanda di partecipazione e dell'esito complessivo dell'impugnazione.

Le spese di giudizio possono compensarsi tra le parti.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la TOSCANA, 1^a Sezione, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in FIRENZE, in Camera di Consiglio, il 6 luglio 2005

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 25 LUGLIO 2005