

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER L'EMILIA-ROMAGNA

SEZIONE DI PARMA

composto dai Signori:

Dott. Gaetano Ciccìo Presidente

Dott. Umberto Giovannini Consigliere Rel.est

Dott. Italo Caso Consigliere

ha pronunciato il seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 359 del 2003, proposto da *** Multiservizi s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Harald BONURA e dall'Avv. Giovanni FIGUERA ed elettivamente domiciliata presso lo studio dell'Avv. Michele CALANDRUCCIO, in Parma, strada Farini n. 18

contro

Comune di Parma, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'Avv. Salvatore CAROPPO ed elettivamente domiciliato presso lo studio del medesimo, in Parma, via Melloni n. 1 b

e nei confronti delle costituende

- A.T.I. *** Coop. S.c.r.l. (mandataria), *** s.c.r.l., *** s.c.r.l., Multiservice s.c.r.l., *** s.c.r.l. (mandanti), in persona del legale rappresentante p.t. della mandataria, rappresentata e difesa dall'Avv. Massimo RUTIGLIANO ed elettivamente domiciliata presso lo studio del medesimo, in Parma, Borgo S. Brigida n. 1;

- A.T.I. *** s.c.r.l. (mandataria), *** Coop s.c.r.l., *** s.c.r.l., Multiservice s.c.r.l., *** s.c.r.l. (mandanti), in persona del legale rappresentante della società mandataria, rappresentata e difesa dall'Avv. Alberto BERTORA e dall'Avv. Antonio DE LUCA ed elettivamente domiciliata presso lo studio dei medesimi, in Parma, strada Farini n. 35;

e nei confronti

solo relativamente al ricorso per motivi aggiunti:

di ***. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale n. DD/2003 – 1568 del 3/7/2003, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di pulizia di uffici e strutture comunali per i lotti 1 e 2 relativamente alla gara bandita dal Comune di Parma con determinazione dirigenziale n. 1120 del 21/5/2003;

- della determinazione dirigenziale n. DD/2003 – 1699 del 18/7/2003, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di pulizia per il lotto n. 3;

- del verbale di gara n. 72 del 27/6/2003, nella parte in cui fissa i criteri per l'attribuzione dei punteggi parziali relativi all'affidabilità aziendale e nella parte in cui ammette alla gara per il lotto 2 la A.T.I. capogruppo ***;
- del verbale di gara n. 72 del 27/6/2003, 2^ conv.;
- del verbale di gara n. 72 del 28/6/2003, 3^ conv.;
- del verbale di gara n. 72 del 30/6/2003, 4^ conv., nella parte in cui la Commissione aggiudica il lotto n. 2 all'A.T.I. capogruppo *** e il lotto 1 alla A.T.I. capogruppo *** Coop;
- del verbale di gara n. 72 del 30/6/2003, 5^ conv.;
- del verbale di gara n. 72 del 1/7/2003, 6^ conv., nella parte in cui aggiudica il lotto 3 alla ATI capogruppo *** Coop e rigetta le osservazioni della ricorrente;
- degli allegati A,B,C, al suddetto verbale n. 72;
- ove occorra, "in parte qua" del bando di gara, ove inteso nel senso che l'affidabilità aziendale debba essere valutata, in caso di A.T.I., secondo le modalità individuate dalla Commissione;
- ove occorra, "in parte qua" del bando di gara, ove inteso nel senso fatto proprio dalla Commissione, in riferimento alla cauzione obbligatoria prestata da una A.T.I.;
- ove occorra, della determinazione dirigenziale n. 1120 del 21/5/2003, con cui sono stati approvati il capitolato d'oneri, l'avviso d'asta, l'estratto d'avviso ed è stata indetta l'asta pubblica in tre lotti, per l'affidamento del servizio di pulizie dei locali comunali; nonché di tutti gli atti presupposti, preparatori, connessi e consequenziali.

E per l'annullamento, con motivi aggiunti di ricorso:

- della determinazione dirigenziale n. DD/2003-2786 del 11/11/2003, con cui l'Amministrazione Comunale ha annullato d'ufficio, in autotutela, l'aggiudicazione del servizio di pulizia del Direzionale Uffici Comunali – D.U.C. (lotto n. 2);
- del bando di gara pubblicato il 10/1/2004 per l'affidamento del medesimo servizio di pulizia del D.U.C.;
- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione del servizio;
- ove occorra, della non conosciuta determinazione dirigenziale con cui sono stati approvati il bando, il capitolato d'oneri ed è stata indetta l'asta pubblica.

Visto il ricorso ed il ricorso per motivi aggiunti presentato dalla società ricorrente ai sensi dell'art. 1 della L. n. 205 del 2000;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Parma, dell'A.T.I. avente *** Coop s.c.r.l. quale mandataria e dell'A.T.I. avente *** sc.r.l. quale mandataria;

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

Visti i ricorsi incidentali presentati da A.T.I. *** Coop e da A.T.I. ***;

Visto l'ulteriore ricorso presentato da ATI ***;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del 23/3/2004, il dott. Umberto GIOVANNINI; uditi altresì gli Avv.ti BONURA e FIGUERA per la società ricorrente; l'Avv. CAROPPO per il Comune di Parma, l'Avv. RUTIGLIANO per A.T.I. *** Coop quale mandataria, l'Avv. DE LUCA per A.T.I. *** quale mandataria;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato al Comune di Parma, all'A.T.I. *** Coop s.c.r.l. (mandataria), *** s.c.r.l., *** s.c.r.l. Multiservice s.c.r.l., *** s.c.r.l. (mandanti), qui di seguito sinteticamente denominata A.T.I. 1 e all'A.T.I. *** s.c.r.l. (mandataria), *** coop s.c.r.l., *** s.c.r.l., Multiservice s.c.r.l., *** s.c.r.l. (mandanti), qui di seguito sinteticamente denominata A.T.I. 2, la società ricorrente *** Multiservizi s.p.a. ha impugnato gli atti relativi alla gara per l'affidamento, mediante asta pubblica, di tre lotti di servizi di pulizia riguardanti uffici e strutture comunali, ivi compresi i verbali della commissione di gara, anche nella parte di essi relativa all'ammissione di A.T.I. 2 e, ove occorra, del bando, nelle parti relative alla valutazione dell'affidabilità aziendale e nelle parti relative alla prestazione, da parte dei concorrenti, di cauzione obbligatoria.

All'esito della suddetta procedura di gara, i lotti n. 1 e n. 3 sono stati affidati ad A.T.I. 1, mentre il lotto n. 2 è stato affidato ad A.T.I. n. 2.

Secondo la ricorrente, gli atti impugnati sono illegittimi per i seguenti motivi di diritto.

1) – Violazione e falsa applicazione del bando di gara punto 6) e punto 9); Violazione dei principi generali disciplinanti la garanzia fideiussoria nelle gare di appalto; Eccesso di potere per sviamento, violazione della prassi ed illogicità -

Con esclusivo riferimento al lotto 2, la ricorrente contesta l'ammissione dell'offerta di A.T.I. 2 perché la polizza fideiussoria da questa presentata risulta intestata soltanto a *** s.c.r.l., senza alcuna indicazione della sua qualità di capogruppo mandataria di una costituenda associazione temporanea d'impresa.

A ciò consegue che tale documento possa assolvere soltanto parzialmente la propria funzione di garanzia, esplicando essa i propri effetti soltanto nei confronti della contraente *** s.c.r.l. ma non riguardo alle imprese associate.

A.T.I. 2, pertanto, non doveva essere ammessa alla gara, con conseguente aggiudicazione della stessa, relativamente al secondo lotto, alla ricorrente, collocata al secondo posto nella relativa graduatoria.

2) – Violazione e falsa applicazione del bando di gara punto 2; Violazione dei principi di correttezza e di parità di trattamento; Violazione dei principi in tema di associazione temporanea d'impresa; Violazione del principio della libertà di concorrenza di cui agli artt. 41 e 81 e segg. Cost. e del Trattato C.E.; Violazione o elusione del principio di buon andamento della p.a. di cui all'art. 97 Cost.; Eccesso di potere per illogicità ed irrazionalità, sviamento -

Riguardo a tutti e tre i lotti, l'attribuzione, da parte della commissione di gara, del punteggio sull'affidabilità aziendale alle concorrenti raggruppate in A.T.I., avrebbe dovuto essere calcolato sommando i punti ottenuti da ciascuna impresa in rapporto alla percentuale di servizio dalla stessa svolto e non già, come è avvenuto, sommando i punteggi attribuiti ad ogni singola impresa.

Il bando, peraltro, attua detta attribuzione proporzionale del punteggio solo relativamente al requisito del possesso della certificazione ISO, ma esso deve essere interpretato nel senso dell'estensione di tale principio anche alla valutazione dell'affidabilità aziendale delle concorrenti.

Diversamente operando, come ha ritenuto di fare la Commissione, infatti si determina violazione del principio della "par condicio" tra i concorrenti mediante l'attribuzione, in violazione del principio di libera concorrenza, tutelato anche a livello comunitario, di un ingiustificato e perciò illegittimo vantaggio alle imprese raggruppate in A.T.I. rispetto alle imprese che partecipano alla gara singolarmente.

Se la Commissione avesse attribuito ad A.T.I. 1 e ad A.T.I. 2 i punteggi come sopra illustrato, la società ricorrente sarebbe risultata vincitrice quanto meno relativamente al lotto n. 3.

3) – Violazione del D.M. 7/11/2001 n. 18453, attuativo della L. n. 327 del 2000; Violazione del C.C.N.L. del 25/5/2001; Violazione del D. Lgs. n. 157 del 1995, art. 12, lett. f; Violazione del capitolato generale d'appalto per l'affidamento del servizio di pulizia, art. 13; Violazione del bando di gara e dei principi di imparzialità e buon andamento della p.a. di cui all'art. 97 Cost. Eccesso di potere per difetto d'istruttoria e carenza di motivazione -

Per la valutazione dello schema organizzativo in relazione al numero di dipendenti addetti ai servizi anche in sostituzione per ferie e per malattie, i lavori della commissione si sarebbero svolti in modo affrettato, in un tempo eccessivamente esiguo, con stringate ed inadeguate motivazioni.

Inoltre, la Commissione ha ritenuto attendibile quanto comunicato dalle A.T.I. concorrenti su dati consuntivi estrapolati da appalti analoghi eseguiti in precedenza, in luogo di applicare, in modo oggettivo, le tabelle di cui al D.M. indicato in rubrica, riportanti, tra l'altro, un "fattore incrementale" (fattore K) su cui calcolare l'organico di fatto necessario per garantire il monte ore progettuamente determinato per l'esecuzione del servizio.

Detto decreto è applicabile alla fattispecie in esame in quanto il bando richiama il capitolato generale per l'affidamento dei servizi di pulizia, che, a sua volta, impone all'impresa appaltatrice di rispettare tutte le condizioni normative, nessuna esclusa, del C.C.N.L. per le imprese di pulizia.

Del C.C.N.L. sopra citato, fa parte integrante la tabella allegata al D.M. in questione, riportante le ore mediamente non lavorate da dette imprese.

Le A.T.I. controinteressate, pertanto, si sono rese responsabili di avere reso false informazioni in ordine alla descrizione dei loro schemi organizzativi, tali da giustificare la loro esclusione dalla gara ex art. 12 n. 157 del 1995.

Inoltre, mancando ben 11 unità operative per il lotto 1, 2 unità per il lotto 2 e 3 unità per il lotto 3, i sistemi organizzativi proposti dalle A.T.I. non sono adeguati al servizio da svolgere.

- Con ricorso per motivi aggiunti, la stessa ricorrente ha impugnato il provvedimento con cui il Comune di Parma ha proceduto, in autotutela, all'annullamento della suddetta gara limitatamente al lotto n. 2, per mancato esame dell'offerta della concorrente impresa *** e ha impugnato, altresì, il

successivo bando con cui la stessa amministrazione comunale ha indetto un nuovo procedimento di gara per l'affidamento del servizio di cui al già menzionato lotto n. 2.

La ricorrente, nel far rilevare il proprio interesse ad impugnare i suddetti atti avendo essa presentato, riguardo a tale lotto di servizi, l'unica offerta ammissibile, ne chiede l'annullamento per i seguenti motivi in diritto.

4) – Violazione del principio di buon andamento dell'azione amministrativa; Violazione dei principi di economicità e di efficacia dell'attività amministrativa di cui all'art. 1 L. n. 241 del 1990 -

Il Comune ha sostanzialmente deciso di annullare d'ufficio la gara, relativamente al lotto n. 2, in considerazione della successiva scoperta della busta contenente l'offerta ***.

L'Amministrazione avrebbe dovuto, invece, in forza dei rigorosi e complessi requisiti di partecipazione, riguardo alla mancanza dei quali ben tre offerte su un totale di cinque presentate erano state escluse dalla gara, aprire la busta della suddetta concorrente, al fine di verificarne ora per allora l'ammissibilità, conservando così gli altri atti di gara.

5) – Violazione dei principi di buon andamento dell'azione amministrativa; Eccesso di potere per illogicità manifesta, contraddittorietà, travisamento di fatti, incompletezza dell'istruttoria -

L'avvio del procedimento di annullamento della gara è avvenuto a distanza di tre mesi dalla notizia del rinvenimento della busta contenente l'offerta non esaminata dell'impresa *** ed in coincidenza con lo scadere del 60° giorno dal momento in cui quest'ultima ha avuto piena conoscenza del rinvenimento tardivo della propria busta e, quindi, quando era ormai decorso il termine, per la predetta concorrente, di proporre un'eventuale impugnativa giurisdizionale.

6) – Invalidità derivata del bando di gara pubblicato il 10/1/2004-

Il nuovo bando di gara trae fondamento dal presupposto dell'avvenuto illegittimo annullamento della precedente aggiudicazione, per cui anch'esso è illegittimo, per invalidità derivata.

7) – Invalidità originaria "in parte qua" del bando di gara -

In via autonoma è illegittimo il nuovo bando nella parte in cui non prevede che, in presenza di concorrenti associate in A.T.I., il punteggio inerente l'affidabilità aziendale e lo schema organizzativo sia attribuito sommando i punti ottenuti da ciascuna impresa associata in misura corrispondente alla percentuale di servizio svolto da ciascuna di esse.

Così disponendo, infatti, si finisce per avvantaggiare immotivatamente in misura consistente le A.T.I. a scapito delle imprese che concorrono a titolo individuale.

Inoltre, applicare in una gara pubblica il criterio qui contestato, determina, in concreto, violazione delle regole e dei principi che favoriscono la massima partecipazione alle gare pubbliche e, quindi, la concorrenza, inducendo a concentrare le offerte sostanzialmente in un unico o al massimo due poli.

§ § §

L'Amministrazione Comunale di Parma, costituitasi in giudizio, ritenendo infondati sia il ricorso principale sia il ricorso per motivi aggiunti, ne chiede la reiezione, con condanna della società ricorrente al pagamento delle spese processuali.

§ § §

Si è costituita in giudizio A.T.I. 2, che oltre a richiedere la reiezione del ricorso per infondatezza, ha, a sua volta, proposto ricorso incidentale evidenziando le seguenti censure avverso l'ammissione della ricorrente alla prima gara:

- Violazione del D. Lgs. n. 157 del 1995 e dei principi generali in materia di partecipazione alle gare d'appalto; Violazione del T.U. Enti Locali e dei principi generali in materia di società miste pubblico private; Violazione delle norme e dei principi generali in materia di libertà di iniziativa economica e di tutela della concorrenza -

La ricorrente, società per azioni partecipata per il 51% dal Comune di *** e per la rimanente quota da una società di lavoro temporaneo, per previsione statutaria e per quanto previsto dalla convenzione stipulata con la predetta amministrazione comunale, dovrebbe occuparsi di attività connesse ai compiti di tale amministrazione e non potrebbe, pertanto, operare fuori dal suo ambito territoriale in quanto, così facendo, risulterebbero distratte delle risorse pubbliche dai fini di loro destinazione.

Oltre che per il suddetto motivo, la ricorrente doveva essere esclusa dalla gara in questione, anche perché la sua partecipazione determinerebbe un effetto distorsivo della concorrenza, stante il più favorevole regime di cui essa gode.

- Violazione dell'art. 25 del D. Lgs. n. 157 del 1995 e dei principi generali in materia di valutazione di anomalia delle offerte ed eccesso di potere per irrazionalità manifesta;

Le offerte della ricorrente, recanti per tutti e tre i lotti un ribasso superiore al quinto della media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse, avrebbe dovuto essere sottoposta, da parte della commissione di gara, alle verifiche del caso, per il riscontro di un'eventuale anomalia.

- Eccesso di potere per irrazionalità manifesta, omessa valutazione dei presupposti di fatto, difetto di motivazione;

All'offerta tecnica presentata dalla ricorrente è stato attribuito un punteggio superiore al dovuto, quanto, specificamente, alle voci investimenti per la formazione, sicurezza, metodologia, prodotti ed attrezzature, procedure di autocontrollo.

Riguardo agli stessi elementi, inoltre, all'offerta tecnica della resistente è stato attribuito immotivatamente un punteggio deteriore rispetto a quello della ricorrente, in quanto la commissione di gara ha motivato detto punteggio, peraltro incongruamente, solo relativamente agli investimenti (il cui valore è stato ritenuto "disomogeneo e quindi non valutabile per intero").

Con atto notificato alle controparti e depositato in data 3/2/2004, A.T.I. 2 ha presentato ulteriore ricorso da valere quali motivi aggiunti, quale ricorso incidentale sui motivi aggiunti e quale ricorso principale, opponendosi alla seconda gara di cui al bando in data 10/1/2004 (alla quale hanno partecipato sia A.T.I. 2 sia un'A.T.I. costituita da *** Multiservizi s.p.a. e Consorzio I.G.S.) per i seguenti motivi:

- Violazione del D. Lgs. n. 157 del 1995; dell'art. 35 della L. n. 448 del 2001, nonché dei principi generali in materia di partecipazione alle gare d'appalto; Violazione del T.U. Enti Locali e dei principi generali in materia di società miste pubblico private; Violazione delle norme e dei principi generali in materia di libertà di iniziativa economica e di tutela della concorrenza -

La ricorrente è partecipata per il 51% dal Comune di *** e per il 49% dalla s.p.a Italia Lavoro che ha quale unico socio il Ministero del Lavoro; essa ha per oggetto sociale, in particolare, la manutenzione degli immobili del Comune di ***, con cui è legata da una convenzione mentre il socio di minoranza svolge anch'esso attività pubblicitiche di promozione e gestione di azioni nel campo delle politiche attive del lavoro ai sensi dell'art. 30 della L. n. 488 del 2001.

Si ribadiscono, pertanto, le precedenti considerazioni esposte nel ricorso incidentale riguardo allo sviamento rispetto ai fini pubblicistici perseguiti e alla distorsione della concorrenza.

Alla partecipazione della ricorrente alla nuova gara risulta poi ostativa la specifica preclusione di cui all'art. 35, 2° comma della L. n. 448 del 2001.

- Violazione del D. Lgs. n. 267 del 2000 e dei principi generali della materia -

La scelta di una società a totale capitale pubblico come *** Multiservizi s.p.a. di costituire un'A.T.I. con un consorzio di imprese private e di partecipare con essa ad una gara per l'affidamento di un appalto pubblico di servizi, senza ricorrere ad un sistema selettivo ad evidenza pubblica per la scelta del partner, si pone in contrasto con il principio di concorsualità e di massima trasparenza, cui deve ispirarsi l'attività contrattuale della P.A., oltre che con le disposizioni dettate in materia di scelta del socio privato nelle società a partecipazione pubblica ed applicabili per analogia al caso di specie.

- Violazione del bando di gara e dei principi regolatori della materia; Eccesso di potere per illogicità e disparità di trattamento;

La resistente A.T.I. non può non rilevare che, nel presentare la propria offerta, l'A.T.I. *** Multiservizi s.p.a. – Consorzio IGS abbia fornito una fideiussione intestata alla sola capogruppo e non anche all'associato Consorzio, il che determinerebbe una minore garanzia per la stazione appaltante ed una difformità rispetto alle prescrizioni del bando.

- Inammissibilità dell'impugnazione del nuovo bando di gara da parte della ricorrente -

*** Multiservizi s.p.a., dopo avere impugnato il suddetto bando con motivi aggiunti, non ha partecipato alla gara, atteso che l'offerta è stata presentata da un'A.T.I. di cui *** Multiservizi s.p.a. è solo uno dei membri e, quindi, da un soggetto diverso; da tali considerazioni deriva l'inammissibilità dell'impugnazione con motivi aggiunti del nuovo bando di gara.

§ § §

Si è inoltre costituita in giudizio A.T.I. 1, resistendo al ricorso principale soprattutto contestandone il terzo mezzo d'impugnazione e successivamente proponendo, a sua volta, ricorso incidentale per i seguenti motivi in diritto:

- Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà manifesta; Violazione dei principi generali in materia di valutazione dei requisiti dei partecipanti alle gare -

La previsione del bando di gara, nella parte relativa alla valutazione dell'affidabilità delle A.T.I. partecipanti, se interpretata nel senso propugnato dalla ricorrente, sarebbe illogica e non applicabile, stante che l'attribuzione del punteggio avrebbe dovuto avvenire in sede di esame dell'offerta tecnica prima dell'apertura della busta contenente l'offerta economica, nella quale doveva essere indicata la percentuale di partecipazione al servizio delle imprese associate in A.T.I.

Pertanto, sulla base della sequenza procedimentale indicata nel bando, tale operazione di attribuzione del punteggio in percentuale non avrebbe potuto materialmente essere effettuata.

- Violazione del D. Lgs. n. 157 del 1995 e dei principi generali in materia di partecipazione a gare di appalto; Violazione del T.U. Enti Locali e dei principi generali in materia di società miste pubblico – private; Violazione delle norme e dei principi generali in materia di libertà di iniziativa economica e di tutela della concorrenza -

La società ricorrente non doveva essere ammessa a partecipare alla gara, in quanto essa non può operare fuori dal Comune di ***, secondo quanto già argomentato in proposito da A.T.I. 2 nel suo ricorso incidentale.

- Violazione dell'art. 25 del D. Lgs. n. 157 del 1995 e dei principi generali in materia di valutazione di anomalia delle offerte ed eccesso di potere per irrazionalità -

Dall'esame del contenuto del ricorso promosso dalla ricorrente si evince che tutte le offerte economiche presentate dalla stessa rientrano tra quelle che l'art. 25, comma 3, del D.Lgs. n. 157 del 1995 considera a sospetto di anomalia, in quanto presentavano tutte una percentuale di ribasso superiore al quinto della media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse.

Ciò nonostante, illegittimamente la Commissione di gara non ha sottoposto l'offerta della ricorrente alle verifiche prescritte, chiedendo all'impresa di precisare quali fossero le condizioni che le consentivano di offrire un prezzo così competitivo.

- Eccesso di potere per irrazionalità manifesta; omessa valutazione dei presupposti di fatto, difetto di motivazione -

Riguardo all'offerta tecnica, risulta illegittima l'attribuzione alla ricorrente, da parte della commissione, di un punteggio superiore a quello assegnato all'A.T.I. resistente.

Dai verbali non risultano infatti – tranne che per gli investimenti, in cui la motivazione è però incongrua - le ragioni del deterioro punteggio attribuito alla resistente.

§ § §

Alla pubblica udienza del 23/3/2004, la causa è stata chiamata e, quindi, è stata trattenuta per la decisione, come da verbale.

§ § §

DIRITTO

Con il presente ricorso, una società partecipante alla gara pubblica per l'affidamento, mediante asta pubblica, del servizio di pulizia di uffici e di strutture del Comune di Parma (servizio suddiviso in tre lotti, con possibilità per le imprese di concorrere anche per uno o più lotti), impugna i provvedimenti di aggiudicazione dei lotti n. 1 e n. 3 ad A.T.I. *** – Coop s.c.r.l. (mandataria), *** s.c.r.l., *** s.c.r.l., Multiservice s.c.r.l., *** s.c.r.l. (mandanti) di seguito denominata A.T.I. 1 e il provvedimento di aggiudicazione del lotto n. 2 ad A.T.I. *** s.c.r.l. (mandataria), *** Coop s.c.r.l., *** s.c.r.l., Multiservice s.c.r.l., *** s.c.r.l. (mandanti) di seguito denominata A.T.I. 2., nonché i verbali di gara e i relativi allegati, per le parti indicate in epigrafe e, ove occorra e limitatamente alle parti indicate in epigrafe, il bando di gara e gli atti di approvazione del capitolato d'oneri, dell'avviso d'asta e dell'estratto dell'avviso.

Con successivo ricorso per motivi aggiunti, presentato ai sensi dell'art. 1 della L. n. 205 del 2000, la ricorrente ha impugnato sia il provvedimento con cui il Comune di Parma ha annullato, in autotutela, la predetta gara limitatamente al lotto n. 2, sia il nuovo bando di gara indetto per l'aggiudicazione dei servizi di pulizia compresi in tale lotto.

A.T.I. 2, aggiudicataria del 2° lotto, oltre a resistere alle censure esposte con l'atto introduttivo del presente giudizio, ha proposto, a sua volta, ricorso incidentale avverso gli atti della prima gara, nonché successivo ulteriore ricorso (qualificato dalla stessa come principale) avverso il nuovo bando di gara già impugnato dalla ricorrente, come si è detto, con motivi aggiunti.

Anche A.T.I. 1, aggiudicataria del 1° e del 3° lotto, costituitasi in giudizio, oltre che ad opporre le proprie difese in resistenza, a sua volta attacca gli atti della prima gara introducendo anch'essa, ricorso incidentale.

Si è infine costituita in giudizio l'Amministrazione Comunale di Parma che, con articolato controricorso, ritiene infondato il ricorso principale della ricorrente e ne chiede, di conseguenza, la reiezione.

Il Collegio ritiene che, per ragioni di ordine logico, debbano essere esaminate prioritariamente le censure contenute nei motivi aggiunti, con i quali la ricorrente, come si è anticipato, ha impugnato sia il provvedimento con cui il Comune ha annullato, in autotutela, gli atti di gara relativi al lotto n. 2 sia il nuovo bando di gara per l'assegnazione di tale lotto di servizi.

Il Collegio, deve premettere, in fatto, che il provvedimento di annullamento è stato adottato dall'Amministrazione Comunale a seguito dell'accertata illegittimità della procedura di gara dovuta al mancato esame, da parte della commissione (a quanto sembra a causa di un disguido) dell'offerta tempestivamente presentata dall'impresa ***.

Ciò premesso, occorre rilevare che tutte le censure che attaccano il provvedimento di annullamento e precisamente quelle rubricate sub 4) e 5) in narrativa, appaiono manifestamente infondate, dal momento che l'Amministrazione Comunale resistente, di fronte alla accertata mancata considerazione dell'offerta presentata da ***, non aveva altra scelta che ripetere "ab initio" la procedura di gara, non potendo essa ovviamente aprire ed esaminare a parte ed individualmente la busta presentata dall'impresa pretermessa, dopo che erano già state aperte e valutate quelle presentate dalle altre imprese concorrenti.

Tale operazione, infatti, se effettuata, avrebbe comportato da un lato violazione del principio che tutela la "par condicio" tra i concorrenti ad una gara pubblica e dall'altro lato violazione della normativa di gara laddove questa esige che vi sia esame congiunto delle offerte presentate dalle imprese partecipanti.

Né può fondatamente affermarsi che la decisione di annullare d'ufficio la gara in questione relativamente al lotto n. 2, abbia ingiustificatamente favorito ***, se si pensa che, anteriormente alla scadenza dei termini per la proposizione, da parte di quest'ultima, di un'eventuale impugnativa, l'Amministrazione Comunale, al fine di evitare ulteriori possibili conseguenze di carattere risarcitorio, aveva concluso una transazione, convenendo con la suddetta impresa di ripetere la gara e di rifondere i danni dalla stessa fino a quel momento subiti.

Riguardo, invece, alla sesta e settima censura con le quali i motivi aggiunti attaccano il nuovo bando di gara rispettivamente per illegittimità derivata dal provvedimento di annullamento e per la modificazione, in tale atto, di una norma precedentemente contenuta nel primo bando, il Collegio deve rilevare che la società ricorrente non ha, allo stato e cioè prima della conclusione della nuova procedura di gara, alcun interesse ad impugnarlo immediatamente, stante da un lato l'accertata legittimità dell'atto di annullamento in autotutela adottato dal Comune di Parma e dall'altro lato che la nuova formulazione della norma non impediva alla stessa ricorrente di partecipare alla nuova gara, come del resto è in realtà avvenuto, seppure con la presentazione dell'offerta da parte di *** Multiservizi s.p.a, nella nuova veste di impresa capogruppo di un'A.T.I.

A tali considerazioni consegue, pertanto, che il ricorso per motivi aggiunti in parte è infondato per quanto riguarda l'impugnazione del provvedimento comunale di annullamento in autotutela e in parte deve essere dichiarato inammissibile per difetto d'interesse, per quanto concerne l'impugnazione del nuovo bando di gara.

Per le stesse ragioni appena svolte, ritiene il Collegio che debba essere dichiarato inammissibile per difetto d'interesse il secondo ricorso proposto da A.T.I. 2 (e da quest'ultima qualificato anche come

ricorso principale) per opporsi, anche in questo caso prima dell'adozione del provvedimento conclusivo del procedimento, all'ammissione alla nuova di gara di A.T.I. *** Multiservizi s.p.a. – Consorzio ICS.

Occorre precisare che tale ricorso può essere esaminato in questa sede congiuntamente al ricorso principale e al ricorso per motivi aggiunti presentati da *** Multiservizi s.p.a, per ragioni di connessione ed in applicazione del principio di economia dei giudizi (v. in termini C.d.S., sez. VI, 1/10/2003 n. 5707).

Sempre in conseguenza dell'accertato legittimo rifacimento della gara di affidamento dei servizi di cui al lotto n. 2, devono essere dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza d'interesse il primo motivo del ricorso principale proposto dalla società ricorrente, in quanto contestante l'ammissione alla gara di A.T.I. 2, partecipante alla gara stessa e aggiudicataria, come si è detto, solo relativamente al secondo lotto di servizi, nonché il ricorso incidentale proposto dalla stessa A.T.I. 2, con il quale essa, ancorché attacchi l'ammissione alla gara di *** Multiservice s.p.a. che ha partecipato per tutti e tre i lotti, aveva – all'evidenza – interesse a conservare l'aggiudicazione unicamente per il secondo lotto.

Occorre peraltro aggiungere, per completezza dell'esposizione che, comunque, sarebbe infondato il primo motivo contenuto nel ricorso principale, con il quale *** Multiservice s.p.a. ritiene che A.T.I. 2 non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara perché ha presentato una fideiussione bancaria in cui essa compare quale unica contraente, senza che nel documento sia fatto alcun cenno all'estensione della garanzia, in favore dell'Amministrazione appaltante, anche per le altre imprese facenti parte della costituenda A.T.I..

In proposito, infatti, giova osservare che il bando di gara, a pag. 7, prescrive che la dichiarazione di cui al punto 3, lettera d) ed e), in caso di partecipazione di imprese associate in A.T.I., dovrà essere prodotta dalla sola capogruppo, così come il deposito cauzionale di cui al punto n. 6; tale punto prescrive poi che la fideiussione deve essere rilasciata "a prima richiesta" e per l'ipotesi in cui l'impresa aggiudicataria non si presenti alla stipulazione del contratto "per qualsivoglia motivo", per cui, anche nel caso, qui ricorrente, di A.T.I. ancora da costituirsi, vengono meno quelle ragioni di cautela, determinate da un ridotto ambito di responsabilità gravante sulle singole imprese associate rispetto a quello gravante sulle imprese di A.T.I. già costituita, che in talune decisioni del giudice amministrativo hanno causato l'accoglimento della tesi prospettata nel suddetto motivo.

Sempre procedendosi in ordine logico, deve essere esaminato il ricorso incidentale proposto da A.T.I. 1 e, in particolare, i motivi con i quali essa contesta l'ammissione della società ricorrente alla prima gara, rinviandosi la trattazione del motivo con il quale A.T.I. 1, attaccando il bando di gara nella parte in cui prevede che "in presenza di A.T.I. il punteggio verrà attribuito sommando i punti ottenuti da ciascuna impresa in rapporto alla percentuale di servizio svolto da ciascuna impresa associata", al prosieguo e cioè in sede di esame del ricorso principale, in quanto contenente doglianza recante opposta interpretazione della suddetta disposizione del bando.

Con il primo di tali motivi, la difesa di A.T.I.1 ritiene, in concreto che, stanti la natura della ricorrente (società per azioni partecipata solo dal Comune di *** e da società il cui capitale è detenuto al 100% dal Ministero del Lavoro) e le sue finalità, non sarebbe consentita alla stessa la partecipazione ad un'attività lucrativa da svolgersi al di fuori del territorio del Comune di ***.

Tali argomentazioni si fondano su un orientamento giurisprudenziale che, peraltro con riferimento a società sorte per effetto della trasformazione di aziende comunali speciali (mentre la società ricorrente non ha tale genesi), ha talora ritenuto che la partecipazione di tali società ad attività da effettuarsi fuori dal territorio di originaria competenza, o non possa essere ammessa per rispetto dei limiti connessi alle non cessate finalità istituzionali o diversamente possa essere consentita, ma entro limiti angusti e

sempre che lo svolgimento di detta attività esterna non comporti una rilevante distrazione di risorse pubbliche.

Nel caso di specie, si deve osservare che nello statuto e nella convenzione stipulata tra la ricorrente e il Comune di *** tali limitazioni non appaiono, essendo pertanto possibile per la società l'esercizio delle attività consentite dall'oggetto sociale (la cui oggettiva ammissibilità non è contestata) anche nei confronti di soggetti diversi dal predetto Comune e anche se le stesse devono essere svolte fuori dal territorio comunale.

Inoltre, premesso che non si tratta di esplicazione di un servizio pubblico, ma di pulizia e manutenzione di immobili e di attività di promozione del lavoro, si rileva che la s.p.a. *** Multiservizi ha operato ed opera a favore di enti pubblici e privati nell'ambito di tutto il territorio nazionale, ha un rilevante capitale sociale, impiega più di mille dipendenti, per cui, in ultima analisi, deve escludersi che la partecipazione della stessa alla pubblica gara oggetto di causa possa comportare distrazione dai fini pubblicistici sociali (peraltro riscontrabili solamente nel campo della promozione dell'occupazione) nel senso paventato dalla ricorrente in via incidentale.

A conferma delle considerazioni che precedono, è stato stabilito, in giurisprudenza, che le società miste, anche se trasformate da aziende speciali, non soffrono, nella loro attività e in via di principio, di limiti territoriali, soprattutto quando vi siano apprezzabili ritorni di utilità e non vengano distolte in modo rilevante risorse e mezzi della collettività di riferimento (v. C.d.S. sez. V, 9/5/2003 n. 2467; 25/6/2002 n. 3448).

Né può sostenersi che vi sarebbe violazione del principio di concorrenza, quando è stato ritenuto che le società a capitale pubblico possono agire in regime paritario con le imprese private e con queste ultime competere nelle gare pubbliche (v. C.d.S., sez. V, 9/5/2003 n. 2467 cit.; Corte di Giustizia C.E. 2/12/2000 n. 94/99).

Né, infine, può essere invocato il disposto di cui all'art. 35, 2° comma, L. 28/12/2001 n. 448, relativo al divieto, per le società di capitali a rilevante partecipazione pubblica, di partecipare ad attività imprenditoriali fuori dal loro territorio, perché, a tacer d'altro, alla data del bando in questione non era ancora decorso il periodo transitorio previsto dalla suddetta disposizione.

Con altro motivo A.T.I. 1 lamenta la mancata sottoposizione della ricorrente alla procedura di verifica dell'anomalia, ma anche esso risulta infondato, dato che la deducente non ha dato alcuna dimostrazione (che del resto deve essere fornita dall'amministrazione appaltante all'esito di un procedimento in contraddittorio), a prescindere da irrilevanti considerazioni sull'entità del ribasso offerto dalla ricorrente, in ordine alla ritenuta anomalia della suddetta offerta, ferma restando la possibilità per l'amministrazione di avviare tale procedimento di verifica dell'anomalia nell'eventualità di aggiudicazione alla ricorrente di uno o di entrambi i lotti in questione.

Passando all'esame degli altri mezzi d'impugnazione rassegnati con il ricorso principale, il Collegio ritiene di dovere esaminare prima il terzo, con il quale la ricorrente, relativamente alle offerte tecniche presentate da A.T.I. 1 per i lotti 1 e 3 e più specificamente riguardo all'elemento di valutazione "schema organizzativo", ritiene che la Commissione non avrebbe dovuto ritenere attendibili i dati forniti da A.T.I. circa il numero di dipendenti che, secondo l'offerta, dovranno effettuare i servizi di pulizia appaltati (numero comprensivo anche delle unità di personale necessarie per sostituire i colleghi nelle ipotesi di assenze per ferie e malattia) in quanto tale calcolo avrebbe dovuto essere effettuato unicamente sulla base dei dati e degli elementi indicati nella tabella IV allegata al D.M. del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale n. 18453 del 2001 avente ad oggetto: "Determinazione del costo medio orario del lavoro per il personale dipendente da imprese esercenti servizi di pulizia e servizi integrati".

Il motivo è infondato, in quanto nessuna disposizione di gara richiama specificamente il citato decreto ministeriale, la cui normativa, peraltro, concerne il calcolo presuntivo delle unità di personale necessario per le sostituzioni in casi di assenza dovuti non solo a ferie e a malattie ma anche in occasione delle festività (elemento quest'ultimo, che nella fattispecie in esame non è assolutamente rilevante).

Esattamente, pertanto, la Commissione ha ritenuto sufficienti ed attendibili i dati, anch'essi presuntivi, forniti da A.T.I., sulla base del numero di personale sostitutivo che è risultato necessario per eseguire i servizi relativi a precedenti analoghi appalti di cui è risultata aggiudicataria.

Risulta fondato, invece, il secondo motivo, perché il bando a pag. 2, in riferimento al punteggio riservato alla voce "affidabilità aziendale e schema organizzativo" stabilisce, all'ultimo comma, con previsione palesemente generale, che "in presenza di A.T.I. il punteggio verrà attribuito sommando i punti ottenuti da ciascuna impresa in rapporto alla percentuale di servizio svolto da ciascuna impresa associata".

Al riguardo, la Commissione ha illogicamente ritenuto che la previsione in esame fosse applicabile soltanto al punteggio con cui doveva essere valutato il possesso, da parte delle imprese concorrenti delle certificazioni ISO di cui al comma precedente, non comprendendo che riguardo all'elemento dell'offerta tecnica "affidabilità aziendale" l'attribuzione cumulativa (e non già proporzionale e cioè in relazione alla percentuale di servizio da svolgere) dei punteggi riportati da ogni singola impresa facente parte di un raggruppamento, determinava assurdamente sia un ingiustificato vantaggio delle A.T.I. rispetto alle imprese che, come la ricorrente, hanno partecipato alla gara singolarmente sia un'attribuzione di punteggio alle imprese associate assolutamente non proporzionata all'apporto che ciascuna di esse ha conferito nell'offerta dell'A.T.I..

Né rileva che tale apporto percentuale potesse di fatto essere conosciuto solo all'atto dell'apertura della busta contenente l'offerta economica, perché ben potevano attribuirsi i punteggi immediatamente in via complessiva, accantonandosi l'attribuzione effettiva del punteggio fino al successivo momento in cui, aperte le buste in questione e conosciute le percentuali di servizi svolte da ciascuna impresa associata, tale operazione poteva essere effettuata in via definitiva e senza margini di discrezionalità.

Per le stesse ragioni sopra precisate deve ritenersi infondato il primo motivo del ricorso incidentale proposto da A.T.I. 1 e con il quale quest'ultima, come si è più sopra anticipato, afferma la legittimità dell'operato della Commissione che, correttamente interpretando il bando di gara, ha attribuito alle imprese concorrenti associate in A.T.I. di un punteggio, relativo all'elemento dell'offerta tecnica "affidabilità aziendale", cumulativo dei punteggi delle singole imprese associate, non tenendo conto della percentuale di servizi che ciascuna di esse si è impegnata a svolgere.

L'accertata fondatezza del diviso motivo del ricorso principale, comporta necessariamente che la Commissione di gara, al fine di verificare se la rideterminazione dei punteggi (secondo il criterio proporzionale sopra esposto) da attribuire ad A.T.I. 1 per l'elemento "affidabilità aziendale" riguardo ai servizi di cui ai lotti n. 1 e n. 3 si ripercuota o meno sulle graduatorie finali e, quindi, sui provvedimenti di aggiudicazione dei servizi compresi nei suddetti lotti, si riunisca nuovamente e rinnovi parzialmente – nei limiti sopra precisati - le operazioni di gara, dandone conto a verbale.

Per l'esecuzione di siffatto incumbente, si fissa termine di gg. 60 (sessanta), decorrente dalla notificazione o dalla comunicazione in via amministrativa delle presente sentenza parziale, entro il quale il Comune di Parma, previa riconvocazione della Commissione della gara in questione ed espletamento, da parte di quest'ultima, delle operazioni sopra precisate, depositi copie conformi all'originale dei relativi verbali con le nuove graduatorie relative ai lotti n. 1 e n. 3 presso la Segreteria della Sezione.

Si rimanda le parti, per il definitivo esame della causa limitatamente alla suddetta questione, alla pubblica udienza del giorno 6 luglio 2004.

La pronuncia sulle spese relative al presente giudizio è rinviata al definitivo esame della causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia-Romagna, Sezione di Parma, pronunciando con sentenza parziale sul ricorso n. 359 del 2003 di cui in epigrafe:

A) - Per quanto concerne la ricorrente:

a) relativamente al ricorso principale: in parte lo dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse, in parte lo respinge e per il resto dispone gli incumbenti istruttori di cui in motivazione;

b) relativamente al ricorso per motivi aggiunti: in parte lo dichiara inammissibile per carenza d'interesse ed in parte lo respinge;

B) - Per quanto riguarda A.T.I. n. 1 controinteressata: respinge il ricorso incidentale dalla stessa presentato;

C) - Per quanto riguarda A.T.I. n. 2 controinteressata: a) dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse il ricorso incidentale dalla stessa presentato; b) dichiara inammissibile per carenza d'interesse il ricorso (dalla stessa qualificato come principale) depositato in data 13/2/2004;

D) Per quanto riguarda gli incumbenti istruttori di cui in motivazione: rinvia le parti, per il definitivo esame della questione, alla pubblica udienza del 6 luglio 2004;

E) – Spese al definitivo.

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

Così deciso in Parma, nella camera di consiglio del 23 marzo 2004.

F.to Gaetano Ciccìo Presidente

F.to Umberto Giovannini Consigliere Rel.est.

Parma, lì 05/04/2004

Il Segretario

F.to Eleonora Raffaele