



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 8461 del 2012, proposto da:
Dusmann Service S.r.l. e Team Service Società consortile a r.l., rappresentate e difese dagli avv.ti Maria Cristina Lenoci, Domenico Menorello e Francesco Marascio, con domicilio eletto presso Maria Cristina Lenoci in Roma, via E. Gianturco, 1;

contro

- Azienda ULSS n. 5 “Ovest Vicentino”, rappresentata e difesa dagli avv. Mario Testa e Luigi Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;
- Regione Veneto, Azienda ULSS n. 3 di Bassano del Grappa, Azienda ULSS n. 4 “Alto Vicentino”, Azienda ULSS n. 6 di Vicenza;

nei confronti di

Manutencoop Facility Management S.p.a. e Coopservice Società cooperativa per azioni, rappresentate e difese dagli avv.ti Franco Mastragostino, Angelo Piazza e

Raffaella Arcangeli, con domicilio eletto presso Angelo Piazza in Roma, via Luigi Robecchi Bricchetti, 10;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO – VENEZIA, SEZIONE I, n. 01222/2012, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di pulizia e servizi integrati.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda ULSS 5 “Ovest Vicentino” e di Manutencoop Facility Management S.p.a. - Coopservice Società cooperativa per azioni;

Visto l'appello incidentale di Manutencoop Facility Management S.p.a. e Coopservice Soc. coop. p.a.

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2013 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Manzi Andrea su delega di Manzi Luigi, Lenoci, Testa e Piazza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. In esito a procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con deliberazione n. 37 in data 27 gennaio 2012 dell'Azienda ULSS n. 5 “Ovest Vicentino” (capofila), l'appalto del servizio di pulizia e dei servizi integrati da svolgersi (con durate differenziate) presso le Aziende sanitarie (nn. 3, 4, 5 e 6) della Provincia di Vicenza, è stato definitivamente aggiudicato all'a.t.i. Manutencoop Facility Management S.p.a. e Coopservice soc. coop. p.a.

Le società Dussmann Service S.r.l. e Team Service Soc. Consortile a r.l., partecipanti alla gara in a.t.i. costituenda e classificate al secondo posto della

graduatoria, (con una differenza di punteggio di 0,76), hanno impugnato l'aggiudicazione dinanzi al TAR del Veneto.

L'a.t.i. aggiudicataria ha presentato ricorso incidentale.

2. Il TAR del Veneto, dopo aver disposto istruttoria (ord. n. 565/2012 – in esito alla quale l'Azienda ha depositato una relazione di chiarimenti in data 23 maggio 2012), con la sentenza appellata (I, n. 1222/2012) ha respinto il ricorso principale di Dussmann -Team Service.

Il TAR, in particolare, ha svolto le considerazioni appresso sintetizzate.

2.1. Quanto alle censure rivolte alla mancata esclusione dell'offerta aggiudicataria:

- essendo un' a.t.i. a carattere orizzontale costituitasi prima di presentare la domanda di partecipazione, l'offerta deve essere imputata alla mandataria, rappresentante esclusiva nei confronti della stazione appaltante ex art. 37, comma 16, del d.lgs. 163/2006, e quindi non rilevava l'eventuale carenza (per limite di valore insufficiente) del potere di rappresentanza del procuratore speciale della mandante Coopservice; in ogni caso, l'offerta presentata si pone al di sotto della somma per la quale detto procuratore era legittimato a vincolare la società, non potendosi desumere né dalla *lex specialis* né dalla visura della C.C.I.A.A. che detta somma dovesse intendersi comprensiva di IVA; ed un procuratore speciale ben poteva impegnare la società, al pari del rappresentante legale ex art. 2384 c.c.;
- in ordine alla violazione del principio di segretezza da parte dell'offerta risultata vincitrice, appare indimostrato l'assunto secondo cui la commissione avrebbe dedotto l'ammontare esatto dell'offerta dalla delibera di conferimento dei poteri rappresentativi al procuratore suddetto;
- non vi è difetto nell'intestazione (in capo alla sola mandataria) della cauzione provvisoria, posto che la polizza fideiussoria è stata sottoscritta da entrambe le partecipanti all'a.t.i. e che esse risultano identificate in allegato alla polizza;

2.2. Quanto alla omessa considerazione del carattere anomalo dell'offerta aggiudicataria:

- non vi è violazione dei salari minimi previsti per il personale da impiegare nel servizio di pulizia, posto che la commissione di gara ha effettuato un'approfondita disamina dei costi indicati nelle giustificazioni presentate dall'a.t.i. vincitrice e che dalla documentazione fornita è possibile riscontrare il rispetto dei parametri riportati nel c.c.n.l. in relazione al costo medio del personale nel senso recepito dalla tabella ministeriale di riferimento; in ogni caso, tali valori non rappresentano parametri inderogabili ma indici del giudizio di congruità, e conseguentemente, affinché possa propendersi per l'anomalia dell'offerta, occorrerebbe anche che la discordanza fosse considerevole e palesemente ingiustificata;

- non è dimostrato che il quantitativo di manodopera offerto sia insufficiente ad assicurare adeguati livelli igienico-sanitari nei reparti ospedalieri, né un giudizio di incongruità può derivare dal minor quantitativo di ore offerto dall'a.t.i. vincitrice, atteso che il giudizio di congruità di un'offerta ha natura globale e sintetica in ordine alla serietà o meno dell'offerta nel suo insieme, con conseguente irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento;

2.3. In ordine alla non corretta attribuzione di punteggi, per i sotto-parametri A2, A4, A5, A6, B1, B3, C2, C3 e D, dell'offerta tecnica, le relative censure discendono da una pretesa riformulazione dei giudizi di merito espressi dalla commissione, che però sfuggono al sindacato giurisdizionale in ragione dell'insussistenza di manifesti profili di irragionevolezza.

2.4. Per ciò che concerne altri profili comportanti la mancata esclusione del r.t.i. aggiudicatario:

- l'omessa sottoscrizione dell'offerta economica da parte della mandante Coopservice non rende invalida l'offerta, per le già esposte ragioni sulla sufficienza della sottoscrizione da parte della mandataria;

- quanto all'aver l'impresa mandataria documentato il possesso nel triennio precedente di un fatturato in misura inferiore rispetto a quello della mandante, dalla documentazione si evince che entrambe possiedono il fatturato minimo richiesto, mentre il fatto che quello della mandante sia superiore non rileva, dovendosi il possesso dei requisiti in misura "maggioritaria" in capo alla mandataria, di cui all'art. 95, comma 2, del d.P.R. 554/1999, essere riferito alla quota di partecipazione concretamente assunta nel r.t.i. e non ai valori assoluti di classifica delle imprese raggruppate.

2.5. Infine, in ordine alle censure idonee a travolgere la gara:

- quanto alle modalità di conservazione dei plichi, la commissione (nel verbale del 14 giugno 2011) ha precisato che sono stati custoditi in armadio chiuso a chiave e si presentano integri e sigillati, e nulla viene dedotto in contrario dalla ricorrente;

- non vi è stata violazione del principio di collegialità, in quanto i sottogruppi della commissione hanno svolto mera attività di accertamento tecnico-quantitativo del possesso dei requisiti dell'offerta tecnica, ma la valutazione è stata rimessa al giudizio dell'intera commissione;

- non rileva che uno dei componenti della commissione sia cambiato dopo la prima seduta di gara.

3. Il TAR ha poi respinto anche il ricorso incidentale, affermando che:

- sulla mancata esclusione di Dussmann Service, in violazione dell'art. 38, comma 1, lettera f), del d.lgs. 163/2006, non risponde al vero che la società avesse sottoscritto un appalto non autorizzato nell'ambito di un pregresso rapporto contrattuale (cfr. dichiarazione del Comune di Pisa prot. 8895 in data 5 marzo 2012);

- non vi è stata violazione del disciplinare di gara nella parte in cui richiede che le dichiarazioni di cui alle lettere b), c) e m-ter), dell'art. 38, cit., avrebbero dovuto essere rese, oltre che dagli amministratori muniti di rappresentanza e dal direttore

tecnico, anche da tutti i soggetti cessati nel triennio antecedente, posto che tale ulteriore incombente ricade soltanto sui soggetti di cui alla lettera c), e a siffatta indicazione la mandante si era attenuta.

4. Può aggiungersi che l'aggiudicazione e la stessa indizione della gara erano state impugnate anche da altra concorrente, la società Esperia (poi divenuta Kuadra), il cui ricorso è stato parimenti respinto dal TAR Veneto (I, n. 572/2012, confermata da Cons. Stato, III, n. 208/2013).

5. Appellano Dussmann Service e Team Service, riproponendo (dichiaratamente, secondo un ordine diverso da quello seguito dal ricorso di primo grado) le censure disattese dal TAR, integrandole con considerazioni critiche della sentenza di primo grado, più sotto esaminate ai punti 8 ss.

6. Controdeducono puntualmente la AULSS n. 5, Manutencoop e Coopservice.

7. Quest'ultime società propongono anche appello incidentale. Con esso, in particolare:

- ribadiscono che il Comune di Pisa, con la nota prot. 39180 in data 7 ottobre 2011, aveva in un primo tempo dichiarato che non erano previsti ed autorizzati subappalti per il servizio di pulizia, portierato e centralino presso i locali della Procura della Repubblica (subappaltato da Dussmann a COPISA), e solo in seguito, contraddicendosi, ha comunicato il contrario con la nota prot. 8895/2012, cit.; che non è stata prodotta alcuna istanza di autorizzazione al subappalto, peraltro vietato (per l'attività di sanificazione) dall'art. 12, comma 3, del capitolato di quella gara; cosicché, Dussmann era incorsa in una falsa dichiarazione su una causa di esclusione ex art. 38, cit., comma 1, lettera f) ("errore grave nell'esercizio dell'attività professionale", che la stazione appaltante avrebbe dovuto valutare), nonché nella violazione dell'art. 3 del disciplinare;

- ribadiscono la violazione dell'art. 3, punto 1.3., e delle istruzioni in calce ai moduli allegati 2 e 3, del disciplinare di gara, in quanto per l'amministratore cessato

Innocenzi, la dichiarazione (modulo allegato 3) resa dagli attuali amministratori è limitata alla lettera c), e lo stesso avviene per la dichiarazione resa in proprio da Azzurri, quale direttore tecnico cessato (modulo allegato 2); manca invece la dichiarazione riferita alle lettere b) e m-ter), che nei moduli risultano barrate (punti 1 e 3).

8. Il Collegio esamina l'appello principale, seguendo l'ordine proposto dalle appellanti.

8.1. Viene anzitutto lamentata la mancata considerazione del carattere anomalo dell'offerta aggiudicataria.

Le relative censure non appaiono condivisibili.

Può convenirsi con l'Azienda che nelle gare pubbliche il giudice amministrativo, chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del giudizio di anomalia, può sindacare le valutazioni rese dalla Pubblica amministrazione solo sotto i profili della loro logicità e ragionevolezza, della carenza di istruttoria e della erroneità dei fatti, senza che possa procedere autonomamente alla verifica di congruità, sovrapponendo la propria idea tecnico-discrezionale al giudizio non erroneo né illogico dell'organo amministrativo, al quale la legge attribuisce la tutela dell'apprezzamento dell'interesse pubblico nel caso concreto (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, IV, 30 maggio 2013, n. 2956; V, 18 febbraio 2013, n. 974; III, 10 maggio 2013, n. 2533 e 15 gennaio 2013, n. 208); mentre, nel caso in esame, le appellanti principali non indicano dove siano ravvisabili simili illogicità o travisamenti.

Va al riguardo sottolineato che, a seguito dell'incombente istruttorio disposto dal TAR, l'Azienda aveva prodotto documentazione nella quale, come sottolineato dal TAR, veniva indicato specificamente l'ammontare del costo del personale anche con riferimento ai livelli di manodopera da impiegare in relazione al monte ore complessivamente dichiarato, dai quali è possibile riscontrare il rispetto dei

parametri previsti dal c.c.n.l. *pro-tempore* vigente in relazione al costo medio del personale come recepito dalla tabella ministeriale di riferimento.

L'appellante ha invece prodotto in giudizio una tabella riepilogativa di dati "estrapolati dalle offerte di gara", in base alla quale sarebbe stato possibile individuare una stima dei costi del personale dell'a.t.i. aggiudicataria (che, peraltro, come sottolineano le controparti, appare mutevole - i conteggi prospettati dalle appellanti principali conducono a risultati diversi: dai 2.132.610,32 euro indicati nel ricorso introduttivo di primo grado, ai 2.053.655,46 della memoria di primo grado, ai 2.429.815,78 del ricorso d'appello – ma comunque) non in linea con i parametri ministeriali.

L'Azienda ha buon gioco nel replicare che il costo del personale non poteva essere ricavato dalle sole offerte economiche, in quanto la *lex specialis* fissava la quantità di ore di servizio per le sole tipologie di servizi diversi da quelli di pulizia, e non richiedeva ai concorrenti di esplicitare i soli costi sopportati per il personale (sicché gli importi indicati in offerta risultavano comprensivi di tutti i costi di produzione). In pratica, ai fini del raffronto, mancava (in quanto non richiesta) l'indicazione del monte ore complessivo articolato nei diversi livelli contrattuali di inquadramento, e del personale impiegato nei singoli livelli.

La commissione di gara ha valutato positivamente (come non anomala) anche l'offerta dell'a.t.i. aggiudicataria, in presenza di un monte ore dichiarato che rispettava le previsioni del capitolato (per i servizi accessori) e della coerenza del numero di ore di lavoro annue per unità di personale (al lordo delle ore annue mediamente non lavorate) con le previsioni del d.m. 17 marzo 2008.

8.2. Un secondo ordine di censure è incentrato sull'erroneità, in chiave comparativa, dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche.

L'appellante principale ribadisce che la propria offerta supera di gran lunga quella della concorrente per pregio tecnico-qualitativo, e che irragionevolmente la

Commissione ha attribuito una diversa preferenza. Per supportare tale assunto, indica, in relazione ai diversi sottoparametri rilevanti, i seguenti profili di illogicità:

- B1 - *“Piano operativo degli interventi di pulizia (orario giornaliero e periodico, numero unità di personale assegnato, numero totale delle ore previste, ecc.) compresi eventuali servizi integrati”* - non è stato adeguatamente apprezzato il maggior numero di ore di servizio previsto;

- C3 - *“Controllo di risultato (disponibilità di supporti informatici, presenza di strumentazione con lettura immediata dei risultati, manutenzione e taratura, ecc.)”* - ad entrambe le offerte è stato attribuito il medesimo giudizio (“buono”) nonostante la controinteressata non abbia indicato alcuna strumentazione;

- A2 - *“Modalità di pianificazione e programmazione del servizio”* - ad entrambe le offerte è stato attribuito il giudizio “discreto”, nonostante l’offerta delle appellanti principali, a differenza di quella delle avversarie, contenga il dettaglio della programmazione, in termini di frequenze e fasce orarie;

- A4 - *“Analisi dei punti critici, valutazione dei rischi propri ed interferenziali, misure preventive e sistemi di sicurezza”* - le appellanti principali hanno ottenuto un giudizio (“discreto”) inferiore a quello (“buono”) delle avversarie, solo perché i dettagli circa i rischi di mansione attribuibili alle proprie attività sono stati esposti in allegato;

- A5 - *“Sistema di gestione dei servizi di reperibilità, gestione dell'emergenza, sostituzioni per ferie, malattie, scioperi e cause di forza maggiore”* - e A6 - *“Tipologia dei prodotti utilizzati (elenco dei prodotti, relative schede tecniche e di sicurezza), tipologia, numero, caratteristiche tecniche delle attrezzature messe a disposizione comprese le caratteristiche del sistema informatico (hardware, software e relativo addestramento del personale)”* - non sono state adeguatamente apprezzate le migliorie offerte dalle appellanti principali, a differenza delle avversarie, per quanto concerne, rispettivamente, la proposta di

una specifica squadra di pronto intervento per l'attività ordinaria nelle sale operatorie, e la puntuale descrizione dei prodotti da utilizzare;

- D1 - “*Migliorie*”– gli elementi tecnici offerti dalle appellanti principali sono di gran lunga superiori rispetto a quelli offerti dalle avversarie.

Ad avviso del Collegio, la prospettazione implica un sindacato delle scelte discrezionali dell'Amministrazione, che esula dall'ambito del presente giudizio.

Va infatti ricordato che, in sede di valutazione comparativa delle offerte tecniche presentate nelle gare d'appalto, le valutazioni tecniche, caratterizzate dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dall'opinabilità dell'esito della valutazione, sfuggono al sindacato intrinseco del giudice amministrativo, se non vengono in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione (cfr., *ex plurimis*, Cons. Stato, III, 19 gennaio 2012, n. 249; V, 8 marzo 2011, n. 1464).

Da quanto esposto, le argomentazioni dell'appello principale non fanno emergere simili profili di evidente illogicità, incongruità o travisamento.

Le valutazioni operate dalla Commissione, viceversa, possono trovare plausibile giustificazione nelle considerazioni prospettate dalle aggiudicatriche.

Quest'ultime, infatti, hanno sottolineato che:

- per il sotto-parametro A2, in realtà l'offerta Manutencoop contiene l'esposizione per singola ULSS e per ogni edificio, sia per il servizio di pulizia ordinaria che per quello di pulizia periodica, l'indirizzo del cantiere, l'area di rischio, la frequenza di svolgimento del servizio, la programmazione settimanale giorno per giorno del servizio e la fascia oraria giornaliera di intervento;

- per A4, il giudizio differenziato espresso dalla commissione è in realtà ben articolato, e non si esaurisce certo nel sottolineare la circostanza della descrizione solo in allegato dei dettagli;

- per A5, è innegabile nell'offerta avversaria la carenza riscontrata dalla commissione (omessa descrizione della gestione delle assenze per ferie), mentre la previsione della specifica squadra di intervento, in quanto relativa all'attività ordinaria delle sale operatorie, è estranea al sottoparametro (avrebbe semmai dovuto essere indicata nell'elaborato D, dedicato alle migliorie);
- per A6, i criteri generali di valutazione rilevanti in base al disciplinare sono quelli della "chiarezza nell'esposizione", "sintesi" e "completezza dell'esposizione", e non può dirsi che la descrizione delle caratteristiche del sistema di sicurezza fosse soltanto "accennata", in quanto ad essa Manutencoop ha dedicato un capitolo ad hoc (pag. 94);
- per B1, la quantità delle ore dedicate al servizio non rappresentava un profilo apprezzabile autonomamente;
- per C3, non risponde al vero che l'offerta Manutencoop non contempli la disponibilità di strumenti di misura (necessari a svolgere il controllo di risultato), dato che essi sono stati previsti al punto A.6 dell'offerta (così come richiesto dalla documentazione di gara - cfr. art. 14 degli Allegati Tecnici) e non sono stati nuovamente descritti in ossequio al criterio della sinteticità previsto dalla *lex specialis*;
- per D, a ben vedere, l'appellante principale ha proposto quattro migliorie, a fronte delle tre proposte dalle aggiudicatrici, ma non era previsto un criterio di valutazione numerico-quantitativo, bensì un criterio qualitativo relativo all'idoneità delle migliorie ad ottimizzare il servizio da appaltare.

Altre confutazioni si riferiscono a profili di criticità delle valutazioni – quelli relativi ai sottoparametri B3 ("*Sistema di sanificazione ambientale (criteri guida, modalità di effettuazione delle prestazioni, mezzi impiegati, sistemi di raccolta e trasporto interno rifiuti, ecc.*"), C2 ("*Controllo di processo*") – censurati dalle ricorrenti principali in primo grado, ma non specificamente riproposti in appello.

8.3. Un terzo ordine di censure riguarda i poteri del sig. M.M., procuratore speciale della mandante Coopservice, al quale il consigliere delegato L.F. avrebbe potuto validamente conferire poteri di rappresentanza entro il limite di valore di 20 milioni di euro (la quota di partecipazione al r.t.i., pari al 34,99%, comportava, se rapportata alla base di gara di euro 70.045.000,00, un impegno pari a 24.500.000,00, quindi eccedente detto limite).

Al riguardo, sembra corretta l'argomentazione del TAR, posto che nell'ambito di un a.t.i. di tipo orizzontale, quale quella aggiudicataria, ai sensi dell'art. 37, comma 16, del d.lgs. 163/2006, l'offerta è sempre e soltanto riferibile alla mandataria, alla quale spetta la rappresentanza dei mandanti nei confronti della stazione appaltante. In ogni caso, il limite dei poteri di rappresentanza andrebbe più correttamente rapportato all'importo complessivo offerto, pari ad euro 56.690.500,85, così da determinare, pro-quota, un valore di euro 19.836.006,24, appena al di sotto del limite dei poteri rappresentativi (i valori indicati sono al netto dell'IVA, non essendovi previsione che imponga di computarla, e non avendo l'imposta incidenza sull'obbligazione concretamente assunta dall'impresa, in ragione della rivalsa nei confronti del cliente).

Non vi è poi alcuna valida ragione per considerare meno affidabile o meno impegnativa una dichiarazione proveniente dal procuratore speciale, rispetto a quella proveniente dal rappresentante legale di cui all'art. 2384 c.c. (cfr. Cons. Stato, V, 31 ottobre 2001, n. 5691).

Nell'appello principale, si precisa che il TAR avrebbe travisato il senso delle doglianze, in quanto le censure vertevano sull'illegittimità dell'atto di costituzione in sé e per sé del r.t.i. avversario. Ad avviso del Collegio, le considerazioni svolte dal TAR riguardo al potere di impegnare le imprese in relazione all'offerta, qui sopra sostanzialmente condivise, si attagliano anche al potere di costituire l'a.t.i.

L'appellante sottolinea inoltre che, in base alla “quarta avvertenza del paragrafo C9 dell’art. 3 del disciplinare” di gara, la domanda di partecipazione doveva essere sottoscritta, a pena di esclusione, anche in caso di a.t.i. già costituita, dal rappresentante della mandante.

Il Collegio osserva che la “quarta” delle “*Avvertenze*” (pag. 13), concerne in realtà la necessità, in caso di sottoscrizione della domanda da parte di un procuratore del legale rappresentante, di allegare detta procura.

Dal complesso delle indicazioni contenute nell’art. 3, si evince peraltro (pag. 15) che, “*in caso di partecipazione in forma associata*”, la documentazione inerente l’offerta tecnica “*potrà essere resa dal legale rappresentante dell’impresa mandataria o dalla persona abilitata ad impegnare validamente lo stesso*”; mentre l’offerta economica “*dovrà essere sottoscritta da tutti i legali rappresentanti delle imprese associate o dalle persone abilitate ad impegnare validamente gli stessi, con l’impegno, in caso di aggiudicazione, a conformarsi alla disciplina di cui all’art. 37 del D.lgs. 163/2006*”. Ciò, ad avviso del Collegio, deve intendersi nel senso che la sottoscrizione da parte di tutti fosse richiesta in caso di a.t.i. costituenda e non anche in caso di a.t.i. già costituita, posto che in quest’ultima ipotesi le imprese associate non debbono ulteriormente allegare l’impegno (a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi) di cui al comma 8, dell’art. 37, cit.

8.4. Un quarto ordine di censure concerne la violazione del principio di segretezza delle offerte.

Ad avviso del Collegio, l’esistenza del summenzionato limite ai poteri di rappresentanza del consigliere delegato F. non poteva far desumere l’esatta entità dell’offerta che l’a.t.i. avrebbe presentato.

Del resto, tra il limite dei poteri di rappresentanza (20.000.000,00) ed il valore dell’offerta pro-quota (19.836.006,24), uno scarto, non eclatante in termini percentuali ma di certo non meramente formale, esiste. A ben vedere, il limite dei

poteri di rappresentanza (peraltro, stabilito con una delibera del consiglio di amministrazione soltanto menzionata nella procura rilasciata al sig. M, ancorché conoscibile attraverso una visura camerale) forniva indicazioni solo in ordine all'offerta massima presentabile, e per il resto elementi orientativi, solo quantitativamente più significativi di quelli ricavabili da un'attenta analisi dei bilanci societari.

8.5. Viene anche lamentata l'omessa indicazione nella polizza fideiussoria dei dati inerenti alla mandante.

In realtà, anche se nella polizza, quale contraente (obbligato principale) è indicata la sola mandataria (ma, comunque, in calce ad essa è apposta la sottoscrizione di entrambe le società componenti l'a.t.i.), nell'Allegato - Parte B della polizza, a titolo di "Integrazioni e modifiche", viene precisato che "*L'esatta denominazione del Contraente si deve intendere la seguente: Associazione Temporanea di Imprese tra: - Manutencoop Facility Management S.p.a. (capogruppo); - Coopservice soc. coop. p.a. (mandante)*", ed anche l'Allegato è sottoscritto da entrambe.

Non può quindi condividersi la prospettazione dell'appellante principale, secondo la quale l'intestazione alla mandante sarebbe indicata soltanto in un "appendice" ed in maniera "non inequivoca", sembrando al Collegio che la fidejussione non presenti contraddizioni o ambiguità tali che il garante possa opporre all'Amministrazione limitazioni alla garanzia prestata ovvero eccezioni alla sua concreta operatività.

8.6. Un sesto ordine di censure concerne l'omessa sottoscrizione dell'offerta economica da parte della mandante.

Si è detto che l'art. 3 del disciplinare prevedeva che l'offerta economica, in caso di partecipazione in forma associata, fosse sottoscritta "*da tutti i legali rappresentanti delle imprese associate o dalle persone abilitate ad impegnare validamente gli stessi, con l'impegno, in caso di aggiudicazione, a conformarsi alla disciplina di cui all'art. 37 del D.lgs. 163/2006.*".

Ai sensi dell'art. 37, comma 8, del d.lgs. 163/2006, è prevista la sottoscrizione delle offerte da parte di tutte le imprese che costituiranno il r.t.i., qualora questo non sia ancora costituito. Viceversa, la costituzione congiunta non è necessaria qualora, come avviene nel caso in esame, le imprese partecipanti sono già costituite in r.t.i., posto che alla mandataria spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, dei mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti dipendenti dall'appalto.

Anche alle pagine 13-14, il disciplinare prevedeva, anche nel caso di raggruppamenti già costituiti (*“devono essere prodotti da ciascun concorrente che costituisce o costituirà il raggruppamento temporaneo ...”*), la produzione da parte di tutte le imprese associate della (sola) documentazione di cui ai punti 1.1.-1.8 e 1.13, che non comprende l'offerta economica.

Pertanto, le previsioni testuali del disciplinare potevano correttamente interpretarsi nel senso che la sottoscrizione da parte delle mandanti fosse necessaria nella sola ipotesi in cui l'a.t.i. non fosse già stata costituita.

8.7. Un settimo ordine di censure si basa sulla violazione del requisito del possesso della capacità finanziaria in misura maggioritaria in capo alla mandataria.

Va premesso che entrambe le imprese associate hanno dichiarato il pieno possesso del requisito del fatturato globale nel triennio precedente in misura pari ad almeno 21 milioni di euro.

La circostanza che il fatturato della mandante sia superiore a quello della mandataria è irrilevante, posto che il possesso dei requisiti da parte della mandataria “in misura maggioritaria” richiesto dall'art. 95, comma 2, del d.P.R. 544/1999, deve essere riferita non all'entità del requisito minimo prescritto per la gara in relazione all'importo dell'appalto, bensì alle quote effettive di partecipazione all'associazione, sicché può definirsi maggioritaria l'impresa che, avendo una qualifica adeguata in relazione al valore della quota (di a.t.i. e di

prestazione) assunta, assuma concretamente una quota superiore a quella di ciascuna delle imprese mandanti, a prescindere dai valori assoluti di classifica di ciascuna di esse; altrimenti, si creerebbe un vincolo restrittivo al mercato, in contrasto con il principio della libertà di determinazione delle imprese in sede associativa, in quanto sarebbero privilegiate comunque le imprese di maggiori dimensioni (cfr. Cons. Stato, V, 11 dicembre 2007, n. 6363). L'art. 37, comma 13, del d.lgs. 163/2006, disposizione primaria di riferimento, si limita ad imporre il parallelismo fra le sole quote (e relativi requisiti) di partecipazione e di esecuzione, senza coinvolgere nell'obbligo di parallelismo anche il *tertium genus* rappresentato dalle quote (e relativi requisiti) di qualificazione/ammissione (cfr. Cons. Stato, VI, 24 settembre 2012, n. 5074).

8.8. Restano da esaminare le censure concernenti pretesi vizi della gara, idonei a travolgere l'intera procedura.

8.8.1. In ordine alla conservazione delle buste contenenti le offerte, il TAR ha correttamente considerato che dai verbali di gara si evinceva che i plichi erano stati custoditi in armadio chiuso a chiave, presso la sede dell'Azienda ULSS 5 e che, al momento dell'apertura nella seduta riservata del 14 giugno 2011, "tutti i plichi si presentano integri e sigillati".

Non essendo contestata (né contestabile, fino a querela di falso) l'integrità dei plichi sigillati, né essendo stato concretamente argomentato che si possa essere verificata un'alterazione (va considerato che di ciascuna offerta era stata prodotta anche una copia su supporto informatico "non modificabile"), la pretesa che venisse anche indicato in che stanza fosse ubicato l'armadio, a chi spettasse la custodia delle chiavi e quali fossero le modalità di accesso ai plichi da parte dei sottogruppi della commissione di gara (al riguardo, peraltro, si veda la relazione a firma del segretario della commissione giudicatrice in data 21 febbraio 2012, prodotta in primo grado), appare, anche alla luce della giurisprudenza consolidata

(cfr. Cons. Stato, V, 22 febbraio 2011, n. 1094; V, 16 aprile 2013, n. 2105; IV, 4 gennaio 2013, n. 4; III, 14 gennaio 2013, n. 145), infondata.

8.8.2. Non sembra infine censurabile neanche la scelta di creare dei sottogruppi ai quali demandare, non la valutazione e l'attribuzione dei punteggi per ciascuno dei parametri e sottoparametri stabiliti dal disciplinare di gara, ma semplicemente un primo esame della documentazione tecnica, al fine precipuo di relazionare la commissione.

L'appellante postula che i sottogruppi siano stati investiti dall'organo collegiale perfetto del "compito di pervenire ad un vero e proprio giudizio sintetico dell'analisi degli elaborati", ma non esplicita perché ciò si desuma dal verbale del 16 giugno 2011.

Risulta invece dal verbale delle sedute riservate, che soltanto dalla intera commissione, così preinformata, ad evidenti fini di velocizzazione e razionalizzazione delle attività, sia stata effettuata la vera e propria "valutazione dei concorrenti".

E' quindi irrilevante che vi sia stata sproporzione quantitativa e/o numerica nella composizione dei sottogruppi e nelle attività prodromiche a ciascuno di essi demandate.

9. Per quanto esposto, l'appello principale deve essere respinto.

10. Ne consegue la mancanza di interesse alla decisione dell'appello incidentale (in quanto interamente incentrato sull'omessa esclusione dalla gara delle appellanti principali), che deve pertanto essere dichiarato improcedibile.

11. La complessità delle questioni induce a disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Gianpiero Paolo Cirillo, Presidente

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/09/2013

IL SEGRETARIO

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