



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5458 del 2016, proposto da:  
Delta Petroli Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso  
dall'avvocato Francesco Scanzano, con domicilio eletto presso lo studio Studio  
Legale Chiomenti in Roma, via XXIV Maggio n. 43;

***contro***

Azienda Ospedaliera Sant'Andrea, in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenza Di Martino, con domicilio eletto  
presso il suo studio in Roma, via Pompeo Magno n.7;

***nei confronti di***

Nuova Malegori Srl in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e in qualità  
di mandataria del costituendo RTI con la Lucente Spa, rappresentato e difeso dagli  
avvocati Damiano Lipani, Francesca Sbrana, con domicilio eletto presso lo studio  
Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna, 40;  
La Lucente s.p.a. in persona del legale rappresentante p.t, non costituita in  
giudizio;

### *per la riforma*

della sentenza breve del T.A.R. Lazio, Sezione Terza Quater 5909 del 2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle aree verdi, degli impianti di irrigazione e pressurizzazione, del servizio di pulizie aree esterne, del servizio neve, igiene ambientale, gestione servizi igienici delle aree a uso comune e di parcheggio.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea e della Nuova Malegori Srl in proprio e in qualità di mandataria del RTI;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 marzo 2017 il Cons. Stefania Santoleri e uditi per le parti gli avvocati Francesco Scanzano, Vincenza Di Martino e Francesca Sbrana;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. - Con il ricorso di primo grado la società Delta Petroli s.p.a. ha impugnato il provvedimento del 18 marzo 2016, col quale era stata esclusa dalla gara a procedura aperta, ai sensi del d.lgs. n. 163/06 e s.m.i., per l'affidamento del servizio quinquennale di gestione e manutenzione delle aree verdi, degli impianti di irrigazione e pressurizzazione, servizio di pulizie aree esterne, ecc., indetto dall'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea di Roma, da aggiudicarsi col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per il valore complessivo dell'appalto di € 5.930.000.

La società Delta Petroli, gestore uscente del servizio, è stata esclusa dalla gara per violazione dell'art. 5 del capitolato speciale d'appalto, nella parte in cui prevedeva che, per assicurare la continuità del servizio, ciascun concorrente dovesse garantire, tra gli altri, la disponibilità di un organico minimo di «6 operatori addetti ai servizi di pulizie, compresa la raccolta dei rifiuti derivanti dall'appalto, che garantiscano l'erogazione di questo servizio anche nei giorni festivi dalle ore 07.00 alle ore 20.00».

In merito a tale previsione contenuta nel capitolato speciale di appalto, la ricorrente aveva sollecitato alla stazione appaltante un chiarimento, chiedendo «di precisare se è richiesta l'erogazione del servizio in maniera continuativa dalle ore 07.00 alle ore 20.00 oppure se tale indicazione è da intendersi come fascia oraria entro cui svolgere il servizio» ed ottenendo la seguente risposta, sovrapponibile alla prescrizione del bando: «l'erogazione del servizio deve essere garantita in maniera continuativa dalle ore 07,00 alle ore 20,00».

Ha formulato quindi l'offerta, indicando «per lo svolgimento delle attività di pulizia delle pertinenze si prevede l'impiego di 4 squadre composta ciascuna da 2 operatori per un totale di 8 unità lavorative che assicurano la pulizia continuativa in due fasce orarie che vanno dalle 07 alle 13,00 e dalle 14,00 alle 20,00 e da una squadra di 1 lavoratore impiegato nel diserbo delle pertinenze secondo la pianificazione stagionale. La Delta Petroli prevede la formazione di 4 unità lavorative di riserva in grado di sostituire i lavoratori assenti per malattia, infortuni e ferie. Il loro impiego è riepilogato nella tabella che segue (...)». In tale tabella, per i giorni feriali (da giovedì a venerdì) risultano dunque impiegate due squadre, per complessivi 4 lavoratori, nella fascia oraria dalle 7 alle 13 e 2 lavoratori nella fascia dalle 14 alle 20, nel mentre per i giorni festivi (sabato e domenica) risulta impiegato 1 lavoratore dalle 7 alle 13 e 1 lavoratore dalle 18 alle 20; infine, per tutta la

settimana (da lunedì a domenica), risulta garantito dalle 7 alle 13 un lavoratore per l'attività di diserbo secondo pianificazione.

Infine, ad una richiesta specifica della Commissione di gara, la società Delta Petroli ha precisato che «le squadre di riserva sono costituite da personale non impiegato nell'appalto che interviene in sostituzione di quello finalizzato per l'esecuzione dei servizi».

A fronte di tale offerta, la stazione appaltante ha disposto l'esclusione della società Delta Petroli dalla gara, ritenendo la sua offerta non rispondente alla previsione contenuta nell'art. 5 del C.S.A., anche alla luce dei chiarimenti forniti alla stessa società interessata.

2. - Avverso il provvedimento di esclusione la società ha proposto ricorso che è stato però respinto dal TAR per il Lazio, Sezione Terza Quater, con la sentenza impugnata.

3. - Avverso tale decisione ha proposto appello la società appellante, chiedendo la riforma della sentenza di primo grado.

3.1 - Si sono costituite in giudizio sia l'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea che la società Nuova Malegori S.r.l., aggiudicataria del servizio, che hanno precisato, in punto di fatto, che la società Delta Petroli ha impugnato con separato ricorso dinanzi al TAR per il Lazio il provvedimento di aggiudicazione definitiva a favore della società controinteressata, e che nelle more del giudizio è stato stipulato il contratto di appalto tra tale società e l'Azienda Ospedaliera.

Entrambe hanno concluso chiedendo il rigetto dell'appello.

3.2 - Tutte le parti hanno depositato scritti difensivi in prossimità dell'udienza pubblica del 23 marzo 2017, nella quale l'appello è stato trattenuto in decisione.

4. - Poiché la società appellante ha impugnato in primo grado il provvedimento di aggiudicazione, deve ritenersi superata l'eccezione di inammissibilità e/o

improcedibilità dell'appello per sopravvenuta carenza di interesse, sollevata dall'Azienda Ospedaliera Sant'Andrea.

5. - L'appello, benchè ammissibile, è comunque infondato, e va quindi respinto.

5.1 - Con il primo motivo di appello l'appellante ha dedotto, in estrema sintesi, che:

- la propria offerta sarebbe stata rispondente alla previsione dell'art. 5 del C.S.A., in quanto la stazione appaltante aveva precisato che il servizio doveva essere "garantito" e non "eseguito" in maniera continuativa dalle ore 7.00 alle ore 20.00;
- essa avrebbe offerto quattro squadre, composte ciascuna da due operatori, per un totale di otto unità lavorative; il servizio sarebbe stato avviato alle ore 7.00 come richiesto, e si sarebbe concluso alle ore 20.00, come previsto nel C.S.A.;
- erroneamente il TAR avrebbe fondato la propria decisione facendo riferimento alla tabella relativa al personale impiegato per lo svolgimento del servizio, non avendo tenuto conto della dichiarazione negoziale resa in sede di partecipazione alla gara (pagg. 8-10).

Con il secondo motivo ha rilevato che:

- tenuto conto della tipologia del servizio richiesto (pulizia e raccolta rifiuti) non sarebbe possibile il suo svolgimento in via continuativa, senza soluzione di continuità per 13 ore consecutive, essendo sufficiente la programmazione temporale dell'impiego degli operatori addetti;
- l'interpretazione seguita dal TAR sarebbe contrastante con la lex specialis di gara e sarebbe comunque illogica, tenuto conto della natura del servizio oggetto di gara;
- la presenza di fasce orarie scoperte nella tabella di sintesi degli orari di svolgimento del servizio non avrebbe alcun rilievo, perché anche in quelle ore il servizio sarebbe comunque garantito (pagg. 11-13).

Con il terzo motivo, invece, ha dedotto che il TAR:

- avrebbe respinto erroneamente la censura di difetto di motivazione del provvedimento di esclusione dalla gara, consistente nella mera ostensione della tabella con gli orari/giorni di pulizia delle aree esterne, non avendo tenuto conto della dichiarazione negoziale resa dalla società Delta Petroli di esecuzione del servizio “dalle ore 07 alle 13,00 e dalle 14.00 alle 20.00”;

- avrebbe travisato sia l’art. 5 del C.S.A. che la stessa offerta tecnica, in quanto non si sarebbe avveduto che la società aveva offerto di eseguire le prestazioni con 8 addetti, in modo conforme a quanto specificato nel capitolato (pagg. 13-14).

Con il quarto motivo di appello ha dedotto l’appellante che le diverse modalità di svolgimento del servizio avrebbero potuto al massimo comportare l’attribuzione di un punteggio inferiore per l’offerta tecnica, ma non l’esclusione dalla gara (pagg. 15-16).

Infine, con l’ultimo motivo, la società appellante ha dedotto che erroneamente il primo giudice avrebbe considerato come *lapsus calami* il riferimento alle aree verdi, pur riportando nel provvedimento impugnato la tabella descrittiva delle attività offerte per l’esecuzione del servizio di pulizia delle aree esterne: ciò denoterebbe il vizio di difetto di istruttoria e di travisamento dei fatti.

6. - Ritiene il Collegio di poter esaminare congiuntamente i primi quattro motivi di impugnazione, tenuto conto della loro stretta connessione.

Le censure sono infondate, essendo pienamente condivisibile quanto statuito dal primo giudice.

L’art. 6.2 del Disciplinare di gara prevedeva, a pena di esclusione, l’obbligo per i partecipanti alla gara di inserire nella busta n. 2 della documentazione tecnica, il progetto tecnico operativo contenente “lo sviluppo sistematico e completo di tutte le prescrizioni richieste dal Capitolato Speciale di Appalto...”.

Quest’ultimo, all’art. 5 (pag. 12, rubricato “personale adibito al servizio”) specificava che ciascun concorrente per assicurare la continuità del servizio,

secondo standard qualitativi di eccellenza, avrebbe dovuto garantire la disponibilità di un organico minimo di 20 persone, tra le quali “6 operatori addetti ai servizi di pulizie, compresa la raccolta dei rifiuti derivanti dall’appalto, che garantiscano l’erogazione di questo servizio anche nei giorni festivi dalle ore 07,00 alle 20,00”.

Inoltre, la clausola ribadiva l’obbligo dell’espletamento continuativo del servizio anche successivamente, con riferimento alla sostituzione dell’organico di servizio in caso di assenza sia programmata che non programmata.

Sebbene il capitolato fosse chiaro nel richiedere la garanzia dello svolgimento del servizio di pulizia

dalle 7.00 alle 20.00 tutti i giorni compresi i festivi, la stazione appaltante ha pure precisato (come già rilevato in precedenza) che “l’erogazione del servizio deve essere garantita in maniera continuativa dalle ore 07.00 alle ore 20.00”.

A fronte di queste chiarissime previsioni, correttamente il TAR ha ritenuto che *“l’offerta tecnica formulata dalla Delta Petroli s.p.a. non corrisponde a quanto prescritto dall’art. 5 del c.s.a. e che, comunque, è infondata la ricostruzione della ricorrente secondo cui nella fascia oraria 7-20 il servizio sarebbe dovuto essere «garantito, ma non anche eseguito».*

Giustamente il primo giudice ha rilevato che *“...è evidente come il c.s.a. chiedesse per i servizi di pulizia non una mera disponibilità di personale, peraltro individuato in modo molto preciso sia nel numero (6 operatori) sia negli orari di «erogazione» del servizio (dalle 7 alle 20 anche nei giorni festivi), ma piuttosto l’effettiva erogazione con le specifiche modalità numeriche e temporali in esame”.*

La risposta al quesito conferma, inoltre, la clausola del capitolato.

Al di là degli aspetti lessicali sui quali fa leva l’appellante (correlati all’uso del termine “garantito” anziché “eseguito”) è comunque evidente che per poter garantire lo svolgimento continuativo del servizio è necessario disporre del relativo personale addetto: sicchè, la mancanza del personale ritenuto necessario secondo

la stazione appaltante, per talune ore o giorni della settimana, come nel caso di specie, rende inammissibile l'offerta.

Nella tabella si evince, infatti, che l'offerta della società Delta Petroli non garantisce l'organico minimo previsto nel C.S.A. in quanto il servizio rimane scoperto tutti i giorni dal lunedì al venerdì tra le ore 13.00 e le ore 14.00 ed il sabato e la domenica dalle ore 13.00 alle ore 18.00 (per cinque ore); inoltre il sabato e la domenica la società garantisce la presenza di un solo operatore la mattina (dalle ore 7.00 alle ore 13.00) e di un solo addetto il pomeriggio (dalle ore 18.00 alle ore 20.00); invece dal lunedì al venerdì dalle ore 14.00 alle ore 20.00 sono previsti solo 2 operai, mentre la mattina sono invece 5.

La stazione appaltante, resasi conto dell'inammissibilità dell'offerta, si è premurata di accertare se per quelle ore si potesse ricorrere alla squadra di riserva (destinata alla sostituzioni), ma ciò è stato recisamente escluso dalla stessa concorrente.

Né può sostenersi l'irrilevanza della tabella: essa, infatti, indica espressamente il personale addetto allo svolgimento del servizio e specifica le modalità con le quali viene eseguita la prestazione oggetto di appalto, modalità chiaramente non rispondenti a quanto previsto dalla stazione appaltante.

Peraltro, la stessa dichiarazione allegata alla tabella presenta un'evidente contraddittorietà, in quanto prima fa riferimento alla "pulizia continuativa" e poi individua - per lo svolgimento del servizio - due fasce orarie intervallate da un'ora nella quale non è presente alcun addetto (e quindi non può essere svolto alcun servizio).

Inoltre, come già rilevato, nei giorni di sabato e di domenica non è assicurato neppure il rispetto del personale minimo di 6 addetti richiesto dal C.S.A.

Infine, non può sindacarsi la scelta della stazione appaltante in merito al numero di operatori addetti allo svolgimento del servizio e alla continuità dello svolgimento della prestazione, rientrando nella discrezionalità



dell'Amministrazione la cui scelta non risulta palesemente illogica o irragionevole, essendo giustificata dalla necessità di assicurare un servizio di pulizia "di eccellenza".

Ne consegue la correttezza del provvedimento di esclusione, in quanto l'offerta non risponde alle previsioni del capitolato.

Devono essere respinti anche gli ulteriori motivi di appello essendo pienamente condivisibile quanto ritenuto dal TAR in quanto *"le difformità dell'offerta tecnica che rivelano l'inadeguatezza del progetto proposto dall'impresa offerente rispetto ai requisiti minimi previsti dalla stazione appaltante per il contratto da affidare legittimano l'esclusione dalla gara e non già la mera penalizzazione dell'offerta nell'attribuzione del punteggio, perché determinano la mancanza di un elemento essenziale per la formazione dell'accordo necessario per la stipula del contratto (C.d.S., Sez. V, 5 maggio 2016, n. 1809; Sez. III, 21 ottobre 2015, n. 4804, 1° luglio 2015, n. 3275; Sez. V, 17 febbraio 2016, n. 633, 23 settembre 2015, n. 4460)"*.

*"Né, (...) può dirsi sussistente in capo all'amministrazione l'obbligo di esercitare il soccorso istruttorio a fronte di un'offerta tecnica carente, in radice, di un essenziale requisito rilevante ai fini dell'esclusione (ex multis C.d.S., Sez. III, 26 febbraio 2016, n. 801)"*.

Infine, si appalesa infondato anche l'ultimo motivo di appello, atteso che il mero errore materiale nel quale è caduta l'amministrazione non può essere di per sé indicativo di una carenza di istruttoria o di un travisamento dei fatti che non trovano riscontro negli atti di causa.

In conclusione, per i suesposti motivi, l'appello va respinto perché infondato.

Le spese del grado di appello seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello n. 5458 del 2016 lo respinge e, per l'effetto, conferma la

sentenza n. 5909 del 2016 del TAR per il Lazio che ha respinto il ricorso di primo grado

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del grado di appello sostenute dalla parti costituite, che liquida in complessivi € 3.000,00 per ciascuna di esse, oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**  
**Stefania Santoleri**

**IL PRESIDENTE**  
**Franco Frattini**

IL SEGRETARIO