



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 38 del 2018, proposto da:

Russotti Gestioni Hotels S.p.A, in persona del legale rappresentante *p.t.*,
rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Ando', Patrizia Silipigni,
domiciliata per legge presso la Segreteria del Tar Catania;

contro

Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione
“Garibaldi” di Catania, in persona del legale rappresentante *p.t.*,
rappresentata e difesa dall'avvocato Agatino Cariola, con domicilio eletto
presso lo studio del difensore in Catania, via G. Carnazza, 51;

Per l'annullamento

della delibera del Commissario Straordinario dell'A.R.N.A.S. Garibaldi di
Catania n. 277 del 24.11.2017, pubblicata sul sito ufficiale dell'Azienda il
29.11.2017, di indizione di una procedura aperta per l'affidamento dei
servizi di *reception* nei Presidi Ospedalieri Garibaldi Nesima e Garibaldi
Centro;

degli atti allegati, e tra essi del Disciplinare di Gara e Capitolato Speciale d'Appalto;

nonché di ogni altro provvedimento presupposto, consequenziale e comunque connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale e di Alta Specializzazione "Garibaldi" di Catania;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2018 il dott. Francesco Bruno e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Russotti Gestioni Hotel spa – attuale gestore dei servizi di *reception*, pulizia e sanificazione presso l'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Garibaldi di Catania – ha impugnato col ricorso in epigrafe la delibera del Commissario Straordinario della stessa azienda ospedaliera n. 277 del 24.11.2017, pubblicata sul sito ufficiale il 29.11.2017, con la quale è stata indetta una procedura aperta per l'affidamento del servizio di *reception* nei Presidi Ospedalieri Garibaldi Nesima e Garibaldi Centro, del valore di euro 1.490.380,08 oltre IVA, di durata triennale, da aggiudicare col criterio del minor prezzo rispetto al costo orario del servizio.

La Russotti spa, che nelle more ha anche presentato domanda di partecipazione alla gara, ha sollevato le seguenti censure avverso la delibera di indizione, il disciplinare di gara ed il C.S.A.:

1.- violazione dell'art. 95 del D. Lgs. 50/2016 poiché - a suo parere - la gara avrebbe dovuto essere aggiudicata col criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa privilegiato dal citato articolo di legge (piuttosto che con quello del "prezzo più basso"), trattandosi di servizio

“*ad alta intensità di manodopera*”, e dunque rientrando nel novero dei servizi per i quali si applica il criterio indicato in ricorso;

2.- eccesso di potere, travisamento dei presupposti, contraddittorietà e disparità di trattamento;

sarebbe errata – secondo la censura in esame – l’idea manifestata dall’Azienda resistente, per la quale il servizio messo a bando ha natura standardizzata, come è possibile ricavare dal fatto che il valore dell’appalto costituisce la risultante esclusivamente del costo delle retribuzioni del personale addetto. Per contro, ritiene la ricorrente che il costo del lavoro non possa essere ricavato dal CCNL turistico alberghiero del 2013 citato dall’Azienda, ma dagli accordi tra sindacati e lavoratori. Il disciplinare, peraltro, assegna alla stazione appaltante la scelta di quale CCNL applicare agli addetti.

Si è costituita in giudizio per resistere al ricorso l’A.R.N.A.S. Garibaldi di Catania.

Successivamente a tale costituzione, nella quale si è dato atto della circostanza che nelle more erano pervenute offerte da parte di nove imprese, la ricorrente ha integrato il contraddittorio processuale nei confronti di tutti i partecipanti alla procedura selettiva.

Con ordinanza n. 108/2018 la Sezione ha respinto la domanda cautelare formulata in seno al ricorso con la seguente motivazione: “*Considerato che la controversia in esame – diversamente da quanto prospettato dalla ricorrente - non pare rientrare in quelle previste dall’art. 120, co. 2 bis, del c.p.a.*;

Considerato che la domanda cautelare non può essere accolta in ragione del fatto che la stazione appaltante sembra aver fatto legittimo ricorso al criterio di aggiudicazione secondo il prezzo più basso;”

In sede di appello alla citata ordinanza, il C.G.A. ha sostenuto che “*Quantunque i motivi di appello sembrano meritevoli di approfondimento, considerato che il TAR ha fissato, per la trattazione del merito del ricorso,*

l'udienza del 7 giugno 2018, il ricorso non merita accoglimento.”
(ordinanza C.G.A. n. 185/2018).

All'udienza pubblica del 7 giugno 2018 il Collegio ha dato avviso alle parti ai sensi dell'art.73, co. 3, c.p.a., di una possibile causa di inammissibilità del ricorso, rilevata d'ufficio, derivante dal fatto che la clausola oggetto di impugnazione non ha natura immediatamente lesiva ed escludente, e pertanto – in mancanza del provvedimento di aggiudicazione – la società ricorrente sarebbe priva di interesse ad impugnare.

A quella data la causa è passata in decisione.

Il ricorso, prima che infondato, appare inammissibile per difetto di interesse a ricorrere in capo alla società Russotti Gestioni Hotel spa.

Infatti, la recente sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2018 (invero, conosciuta e citata dalla stessa difesa della ricorrente nell'ultima memoria) ha ribadito l'orientamento prevalente già diffuso in seno alla giurisprudenza amministrativa, secondo il quale – al di là dell'ipotesi in cui vengano in rilievo clausole immediatamente impeditive della partecipazione alle pubbliche gare, aventi effetti immediatamente escludenti nei confronti di un concorrente – l'impugnativa del bando può essere proposta solo al momento in cui è stata decretata l'aggiudicazione a favore di taluno dei partecipanti.

Più in dettaglio, il Consiglio di Stato ha specificato che: *“le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall'operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura.”*;

“va ribadito il consolidato orientamento secondo il quale l'operatore del settore che non abbia presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione: e ciò, sia con riferimento alla previgente

legislazione nazionale in materia di contratti pubblici, che nell'attuale quadro normativo.”;

“a) non sia possibile affermare che si possa trarre dalla disposizione di cui ai commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 del c.p.a. una tensione espressiva di un principio generale secondo cui tutti i vizi del bando dovrebbero essere immediatamente denunciati, ancorché non strutturanti in prescrizioni immediatamente lesive in quanto escludenti;

b) sembra invece che il legislatore abbia voluto perimetrare l'interesse procedimentale (cristallizzazione della platea dei concorrenti, ammissioni ed esclusioni) a di cui favorire l'immediata emersione, attraverso una puntuale e restrittiva indicazione dell'oggetto del giudizio da celebrarsi con il rito "superaccelerato";”;

“Quanto sinora esposto consente a questa Adunanza plenaria di ribadire che, anche con riferimento al vigente quadro legislativo, debba trovare persistente applicazione l'orientamento secondo il quale le clausole non escludenti del bando vadano impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (id est: aggiudicazione a terzi), considerato altresì che la postergazione della tutela avverso le clausole non escludenti del bando, al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, secondo quanto già stabilito dalla decisione dell'Adunanza plenaria n. 1 del 2003, non si pone certamente in contrasto con il principio di concorrenza di matrice europea, perché non lo oblitera, ma lo adatta alla realtà dell'incedere del procedimento nella sua connessione con i tempi del processo.” (A.P. n. 4/2018).

Nel dichiarare l'inammissibilità dell'odierno ricorso per difetto di interesse deve solo precisarsi che – in mancanza del provvedimento di aggiudicazione - la clausola impugnata (relativa al criterio di selezione delle offerte), ed i motivi di ricorso, evidenziano che non sussiste alcun effetto immediatamente lesivo nei confronti della società ricorrente, né

tanto meno vengono in rilievo effetti preclusivi rispetto alla partecipazione alla gara.

Le spese processuali possono essere – in deroga alla regola generale – eccezionalmente compensate, tenuto conto del fatto che il principio di diritto ora applicato ha avuto definitiva consacrazione solo con la sentenza dell'Adunanza Plenaria che è intervenuta nel corso del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile per difetto di interesse a ricorrere.

Spese compensate.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giovanni Iannini, Presidente

Francesco Bruno, Consigliere, Estensore

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Francesco Bruno

IL PRESIDENTE
Giovanni Iannini

IL SEGRETARIO