

N. 03237/2011 REG.PROV.COLL.
N. 11776/2010 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11776 del 2010, proposto da:

Tre Esse Italia Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avv. Francesco A. Caputo, con domicilio eletto
in Roma, via Ugo Ojetti, 114;

contro

Comune di Pomezia, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e
difeso dall'avv. Giovanni Montella, con domicilio eletto in Roma, via
Avignone, 102;

nei confronti di

Management Consulting Srl e MF Consulting Srl (in RTI), in persona dei
rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avv.ti
Andrea Aiello e Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso lo studio
del primo in Roma, via degli Astri, 5;

per l'annullamento

- della determinazione dirigenziale del 18 novembre 2010, n. 540/DIR6,
con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva del servizio di

gestione della definizione agevolata dei carichi tributari in materia di imposte locali, al RTI Management Consulting S.r.l. – MF Consulting S.r.l., nonché della relativa comunicazione del 19 novembre 2010 e di tutti gli atti presupposti, tra cui in particolare i verbali di gara ed il bando di gara nella parte in cui, non inserendo nelle condizioni di partecipazione l'iscrizione presso l'albo di cui all'art. 53, comma 1, del D.Lgs. n. 446 del 1997, si intende derogatorio della specifica legge appena citata e dell'obbligo di cui all'art. 37, comma 4, del summenzionato D.Lgs. n. 163 del 2006.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pomezia, della Management Consulting Srl e della MF Consulting Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 aprile 2011 il Primo Ref. Daniele Dongiovanni e uditi l'avv. Caputo per la ricorrente, l'avv. Montella per il Comune resistente, l'avv. Aiello e l'avv. F. Seghini, in sostituzione dell'avv. Tedeschini, per le società controinteressate;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara pubblica indetta dal Comune di Pomezia nel mese di agosto 2010, avente ad oggetto “l'affidamento del servizio di gestione della definizione agevolata dei carichi tributari in materia di imposte locali”.

La gara è stata aggiudicata al raggruppamento temporaneo composto dalle società controinteressate mentre la ricorrente si è classificata al secondo posto.

Avverso l'esito della procedura selettiva, ha proposto impugnativa la società Tre Esse Italia chiedendone l'annullamento, previa sospensione

dell'esecuzione, per i seguenti motivi:

1) violazione degli artt. 52 e 53 del D.lgs n. 446 del 1997, dell'art. 6, comma 2, del capitolato di appalto; illegittimità dell'ammissione alla gara dell'aggiudicatario.

L'ATI controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto le società che la costituiscono non risultano iscritte all'albo istituito presso il Ministero dell'Economia e delle finanze, ai sensi dell'art. 52, comma 5, lett. b) n. 1 e dell'art. 53 del D.lgs n. 446 del 1997.

Eppure, la gara ha ad oggetto attività comunque attinenti la liquidazione, l'accertamento e la riscossione di tributi locali per le quali è necessaria l'iscrizione al predetto albo, che garantisce l'onorabilità dei soggetti che si sostituiscono agli organi preposti all'esercizio delle predette funzioni pubbliche;

2) violazione dell'art. 37, comma 4, del D.lgs n. 163 del 2006; indeterminatezza dell'offerta dell'aggiudicatario con violazione dell'art. 72 del R.D. n. 827 del 1924; illegittimità dello *specimen* di domanda di partecipazione alla gara nella parte in cui non riproduce l'obbligo di cui all'art. 37, comma 4, del D.lgs n. 163 del 2006 ma indica la sola necessità di specificare le quote di suddivisione del RTI.

L'ATI aggiudicataria, in violazione dell'art. 37, comma 4, del D.lgs n. 163 del 2006, non ha indicato le parti del servizio che sarebbero state eseguite dai singoli componenti del raggruppamento.

L'ATI controinteressata si è limitata, invero, ad indicare le quote di partecipazione al raggruppamento delle due società.

Ora, sebbene il modello di domanda predisposto dalla stazione appaltante richiedeva la sola specificazione delle quote di partecipazione al raggruppamento temporaneo, ciò non escludeva che l'ATI concorrente avrebbe comunque dovuto indicare le parti del servizio che sarebbero state svolte da ogni singolo componente del raggruppamento, siccome imposto

dal citato art. 37, comma 4, del D.lgs n. 163 del 2006.

Tale omissione avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara dell'ATI controinteressata.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Pomezia e le società controinteressate chiedendo il rigetto del ricorso perché infondato nel merito.

In particolare, il Comune di Pomezia ha dapprima eccepito l'inammissibilità dell'impugnativa per mancata impugnazione del bando di gara nei termini decadenziali (nella parte in cui non ha previsto, come requisito di ammissione, l'iscrizione all'albo di cui agli artt. 52 e 53 del D.lgs n. 446 del 1997).

Con ordinanza n. 205/2011, è stata accolta la domanda di sospensiva.

In prossimità della trattazione del merito, le parti hanno depositato memorie (anche di replica), insistendo nelle loro rispettive posizioni.

In particolare, le società controinteressate hanno anche chiesto di sollevare la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia CE, ai sensi dell'art. 267 del TFUE, per verificare la compatibilità comunitaria (con l'art. 49 TFUE in tema di libertà di stabilimento) dell'art. 52 del D.lgs n. 446 del 1997 nella parte in cui impone alle società l'iscrizione all'albo istituito presso il Ministero dell'Economia e delle finanze.

Alla pubblica udienza del 6 aprile 2011, la causa, dopo la discussione delle parti, è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. Può prescindersi dall'esame dell'eccezione di inammissibilità (*recte*: irricevibilità) dedotta dal Comune di Pomezia e dalla valutazione sulla necessità di sollevare la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia CE (tutte attinenti al primo motivo di ricorso) in quanto, per risolvere la controversia, è sufficiente limitarsi, in ossequio al principio di sinteticità sancito dal combinato disposto degli artt. 120, comma 10, e 74 del D.lgs n.

104 del 2010, all'analisi del secondo motivo che, in ragione della sua fondatezza, riveste carattere assorbente rispetto alla prima doglianza (come detto, oggetto delle eccezioni di controparte).

2. Ed invero, risulta fondato il secondo motivo con cui la ricorrente lamenta la violazione dell'art. 37, comma 4, del D.lgs n. 163 del 2006, non avendo l'ATI aggiudicataria indicato le parti del servizio che sarebbero state eseguite dai singoli componenti del raggruppamento.

Ora, non risulta smentito che l'ATI controinteressata, pur utilizzando il modello allegato al bando di gara, si sia limitata ad indicare le sole quote di partecipazione delle singole imprese del raggruppamento senza tuttavia specificare le parti del servizio che sarebbero state svolte, in caso di aggiudicazione, dal singolo componente (così da non consentire alla stazione appaltante di verificare la corrispondenza del servizio dagli stessi svolto in relazione alle quote dichiarate di partecipazione al RTI e verificare anche i requisiti di cui agli artt. 41 e 42 del D.lgs n. 163 del 2006).

Sul punto, si è di recente espresso il Consiglio di Stato, sez. V, con decisione n. 744/2010, le cui argomentazioni il Collegio condivide.

In quella sede, il giudice di appello, dopo aver richiamato l'art. 37, commi 4 e 13, del D.lgs n. 163 del 2006, ha precisato che la chiarezza del tenore letterale delle citate disposizioni impone di considerare vincolanti, per le imprese riunite, gli obblighi di specificazione delle parti delle prestazioni che saranno eseguite da ciascuna di esse e delle quote di partecipazione.

Ha aggiunto il Consiglio di Stato che tale obbligo è espressione di un principio generale che prescinde dall'assoggettamento della gara alla disciplina comunitaria e non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale) o alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie, cfr. Cons. St., sez. V, 18 agosto 2009, n. 5098; sez. VI, 4 maggio 2009, n. 2783; sez. V, 14 gennaio 2009, n. 98, rese su fattispecie disciplinate dalle analoghe, ma

non identiche, disposizioni sancite dal d.lgs. n. 157 del 1995).

Dal punto di vista sostanziale, la necessità di indicare nell'offerta le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese risponde alle seguenti esigenze di interesse pubblico:

- a) conoscenza preventiva, da parte della stazione appaltante, di chi sarà il soggetto che esegue il servizio e la parte specifica del servizio ripartito e svolto dalle singole imprese, al fine di rendere più spedita l'esecuzione del rapporto, tramite l'individuazione preventiva del responsabile;
- b) agevole verifica, da parte del responsabile del procedimento, della competenza tecnica dell'esecutore comparata con la documentazione prodotta in sede di gara;
- c) rendere effettiva la composizione del raggruppamento e rispondente alle esigenze di unire insieme capacità tecniche e finanziarie integrative e complementari e non a coprire la partecipazione di imprese non qualificate, aggirando così le norme di ammissione stabilite dal bando.

Il Collegio, come detto, condivide le argomentazioni del giudice di appello che si basano, peraltro, sulla ricostruzione della *ratio* dell'art. 37 del D.lgs n. 163 del 2006 e sul chiaro tenore letterale della citata disposizione che differisce, nella parte in cui prevede espressamente l'obbligo di corrispondenza tra le quote di partecipazione dal singolo componente al raggruppamento e le parti del servizio dallo stesso svolte nell'ambito dell'appalto, dalla (analoga ma non identica) disposizione contenuta nel previgente D.lgs n. 157 del 1995.

Al riguardo, va, altresì, precisato che non può dubitarsi dell'applicabilità diretta della norma richiamata (il comma 4 dell'art. 37 del D.lgs n. 163 del 2006) alla gara in argomento in quanto, come noto, il mancato esplicito richiamo della norma nel bando di gara non comporta l'inapplicabilità della previsione alla selezione di che trattasi bensì l'integrazione della *lex specialis* da parte della previsione di legge non richiamata.

Peraltro, sebbene il modello di partecipazione alla selezione predisposto dalla stazione appaltante non contenga una tabella dedicata dove indicare le specifiche parti del servizio svolte dal singolo componente del raggruppamento temporaneo (ma solo le quote di partecipazione ai RTI), nel bando di gara è comunque richiamato l'art. 37 del D.lgs n. 163 del 2006 tanto che l'incompletezza del modello non può costituire un esimente tale da ammettere la sanabilità *a posteriori* dell'omissione in cui sono incorse le società controinteressate poiché ciò lederebbe il principio di *par condicio* tra i concorrenti.

Né può ritenersi condivisibile la difesa delle controparti quando asseriscono l'inutilità di specificare le parti del servizio in quanto l'oggetto dell'appalto "è unico e inscindibile".

In disparte il fatto che tale precisazione non esclude certo l'applicabilità dell'obbligo imposto dall'art. 37, comma 4, del D.lgs n. 163 del 2006), ciò che risulta tuttavia dirimente è che l'art. 5 del capitolato di gara, nel descrivere il servizio oggetto della gara, individua comunque una serie di attività che si prestano ad essere eseguite *in parte qua* dalle singole imprese partecipanti al RTI controinteressato.

Del resto, a prescindere dal significato che si vuole attribuire al termine "unico e inscindibile", riesce difficile individuare attività per le quali non sia possibile una divisione di compiti e di funzioni anche perchè, diversamente opinando, verrebbero meno le ragioni stesse della costituzione di un raggruppamento temporaneo, ovvero favorire imprese che, pur non essendo in possesso di tutti i requisiti per partecipare alle gare pubbliche, possono comunque concorrervi raggruppandosi in ATI così da poter eseguire appalti che singolarmente non sarebbero in grado di svolgere.

3. In conclusione, previo assorbimento delle ulteriori censure, il ricorso va accolto nei sensi di cui in motivazione con conseguente annullamento degli atti impugnati nella parte in cui il Comune di Pomezia non ha escluso dalla

gara l'ATI controinteressata.

Non vi è motivo per pronunciarsi sulla declaratoria di inefficacia del contratto non risultando che lo stesso sia stato stipulato, anche in ragione di quanto disposto con l'ordinanza cautelare n. 205/2011.

4. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda *Ter*), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nella parte in cui il Comune di Pomezia non ha escluso dalla gara l'ATI controinteressata.

Condanna le controparti al pagamento in solido delle spese processuali in favore della ricorrente che si liquidano in euro 1.500,00 (millecinquecento/00) oltre IVA e CPA.

Contributo unificato di euro 2.000,00 (duemila/00) a carico delle parti soccombenti, nella misura del 50% per ciascuno, ai sensi dell'art. 13, comma 6 *bis*, del DPR n. 115 del 2002.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Maria Cristina Quiligotti, Consigliere

Daniele Dongiovanni, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/04/2011

IL SEGRETARIO

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