

N. 04984/2011 REG.PROV.COLL.
N. 08873/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8873 del 2009, proposto da: Soc. Sogea S.r.l., in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dagli avv. ti Domenico Colella e Carlo Tangari, con cui è domiciliata elettivamente presso lo studio dell'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

la Soc. Aeroporti di Roma S.p.a., in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dagli avv. ti Paola Conio e Luca Leone, presso il cui studio è domiciliata elettivamente in Roma, via degli Appennini, 46;

nei confronti di

Soc. Zucchet Aldo S.p.a. in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa, in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda Ati con la Soc. San.Eco S.r.l., dagli avv. ti Paolo Salvatori e Luca Gaggiotti, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Gramsci, 20;

Soc. San.Eco S.r.l., in persona del legale rappresentante p. t.;

per l'annullamento

del provvedimento non conosciuto, comunicato dalla Soc. Aeroporti alla ricorrente con nota A006303 del 2.09.2009, di aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI controinteressata dell'appalto per il servizio di disinfezione, disinfestazione e derattizzazione da svolgere, per un periodo di 24 mesi, con propria organizzazione nelle aree del sito aeroportuale di Fiumicino;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Soc. Aeroporti di Roma S.p.a. e Zucchet Aldo S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Vista l'ordinanza collegiale n. 1716/2010 in data 29 novembre 2010;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 marzo 2011 il Cons. Donatella Scala e uditi, altresì, l'avv. Colella per la parte ricorrente, l'avv. l'avv. Gaggiotti per la società controinteressata, e l'avv. Conio per la parte resistente Aeroporti di Roma S.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Riferisce la società Sogea S.r.l. di avere partecipato alla gara indetta dalla Soc. Aeroporti di Roma S.p.a. per l'affidamento del servizio di disinfezione, disinfestazione e derattizzazione da svolgere, per un periodo di 24 mesi, con propria adeguata organizzazione nelle aree del sito aeroportuale di Fiumicino.

Il criterio di aggiudicazione della gara, gestita interamente in via telematica, è quello del prezzo più basso; l'importo complessivo dell'appalto ammonta ad € 912.628,00, di cui € 885.248,00 costituisce l'importo "a corpo" biennale a base d'asta ed € 27.380,00 il compenso, non soggetto a ribasso, per gli oneri connessi agli adempimenti in materia di sicurezza sul lavoro.

La ricorrente si è classificata nella competizione al secondo posto.

Con il ricorso in epigrafe impugna, pertanto, l'aggiudicazione definitiva in favore dell'Ati tra le società Zucchet Aldo S.r.l. e San.Eco. S.r.l., lamentandone l'illegittimità alla stregua dei seguenti motivi:

1) Violazione e falsa applicazione del bando di gara e dell'art. 42, comma 1, lett. a) d. lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i.; eccesso di potere per difetto di istruttoria, erronea presupposizione.

Assume la ricorrente che la capogruppo mandataria non possiede il requisito non frazionabile del pregresso svolgimento di analogo servizio di importo annuale non inferiore a € 200.000,00, avendo prodotto una dichiarazione dalla quale risulta essere stata titolare in ATI del contratto di importo pari a € 406.240,00, in relazione al quale, nell'anno 2006 l'importo maturato complessivamente dal mese di maggio è stato pari a € 203.120,00 e per il 2007 di € 203.120,00. Né è ammissibile una integrazione postuma della predetta dichiarazione, poiché, nella specie, trattasi di documenti univocamente previsti dal bando a pena di esclusione. Tanto meno può invocarsi il disposto dell'art. 18 della legge n. 241 del 1990, che consente alla S.A. di sanare eventuali deficienze documentali sulla scorta di documentazione prodotta dalla stessa impresa in altre gare, perché tale comportamento violerebbe il principio della par condicio ed il principio del rispetto dei tempi procedurali. Per le medesime ragioni l'Amministrazione non avrebbe potuto esercitare la facoltà di cui all'art. 6 della legge n. 241 del 1990, vertendosi in ipotesi di lacuna sostanziale e non già formale.

2) Violazione e falsa applicazione del bando di gara, della lettera di invito e del Capitolato speciale di appalto, nonché dei principi di affidabilità dell'offerta economica. Violazione del CCNL di categoria; eccesso di potere per difetto di istruttoria, erronea presupposizione.

La ricorrente assume che la controinteressata ha presentato l'offerta economica palesemente inaffidabile e contrastante con la lex specialis sotto

molteplici profili, circostanza questa che avrebbe imposto l'esclusione, prima ancora che per l'anomalia della stessa, per violazione della disposizione generale di cui all'art. 7, comma 3, della lex specialis. In particolare, la ricorrente deduce che la controinteressata ha indicato, nei propri giustificativi dell'offerta, personale impiegato solo in numero di 2 unità di livello I del CCNL e non anche, in violazione a quanto richiesto dal bando, personale specializzato, sicché l'aggiudicataria, non avendo, in sostanza, previsto alcuna unità lavorativa specializzata, ha surrettiziamente ridotto i costi per la mano d'opera.

Aggiunge che l'inattendibilità dell'offerta di controparte emerge anche dal costo orario della manodopera che non comprende i costi aggiuntivi per le maggiorazioni previste (notturno, festivi).

La ricorrente deduce ancora l'anomalia dell'offerta, sia in senso letterale che ai sensi dell'art. 86 del Codice dei contratti. Infatti, i tre prezzi relativi ai tre servizi esprimono tre ribassi distinti ed eterogenei rispetto all'importo a base d'asta; mentre il ribasso percentuale doveva essere unico per ogni offerta economica, anche se suddivisa in più voci, senza che potesse essere configurabile una pluralità di ribassi all'interno della stessa offerta da ricondurre ad unità.

Per concludere, a conferma della rilevata anomalia dell'offerta, la ricorrente sottolinea che la controinteressata, in relazione al servizio di rimozione, raccolta, trasporto e smaltimento guano depositato presso giardini pensili terminal C, ha indicato un importo pari ad € 18.990,40, con un ribasso del 96% rispetto a quello a base d'asta pari ad € 116,400,00.

Analogamente per il servizio di rimozione, raccolta, trasporto e smaltimento guano depositato presso la Palazzina Epua 1 o Epua 2, ha indicato un importo di € 4.657,60 rispetto all'importo a base d'asta di € 31.004,00.

Conclude la ricorrente chiedendo, in accoglimento degli esposti mezzi di

censura, l'annullamento degli atti impugnati, con declaratoria, per l'effetto, dell'inefficacia del contratto stipulato dalla stazione appaltante con l'aggiudicataria, nel quale si dichiara disponibile al subentro.

Si sono costituiti sia Aeroporti di Roma S.p.a. che la società controinteressata Zucchet Aldo, per resistere al ricorso, di cui hanno chiesto il rigetto.

Con ordinanza collegiale n. 1717/2010 la Sezione ha rilevato che la Stazione appaltante, a confutazione del primo motivo di ricorso, con cui la ricorrente lamenta la mancata esclusione dell'ATI aggiudicataria, poiché la capogruppo mandataria Zucchet S.r.l. non avrebbe comprovato l'espletamento di un servizio analogo annuale non inferiore ad € 200.000,00, requisito richiesto dalla lex specialis a pena di esclusione, ha esposto delle considerazioni, con le quali, tuttavia, pur indicando lo svolgimento, da parte dell'ATI Zucchet, di un servizio per un importo, globalmente considerato, di gran lunga superiore a quello richiesto dal bando, non specifica se il requisito di capacità tecnica richiesto dal bando di gara sia riferibile specificamente in capo alla mandataria Zucchet.

Anche dalla attestazione depositata dalla stessa controinteressata, ove è attestato che le imprese, riunite in ATI, hanno svolto un servizio analogo a quello di cui è causa, fatturando un importo complessivo di 406.000,00, suddiviso equamente in € 203.000,00 per l'anno 2006 e 203.000,00 per l'anno 2007, non si evince il possesso del requisito richiesto in capo alla sola mandataria Zucchet.

Ha ritenuto, pertanto, necessario, al fine del decidere, acquisire documentati chiarimenti in ordine al possesso, da parte della sola mandataria Soc. Zucchet S.r.l., del requisito di capacità tecnica di cui al punto III.2.3 del bando di gara, in riferimento al servizio svolto presso l'aeroporto "Leonardo da Vinci" di Fiumicino, di cui al rapporto contrattuale intercorso nel periodo dal 1/5/2006 al 31/8/2007.

In esecuzione di quanto sopra Aeroporti di Roma ha depositato in data 13 gennaio 2011 documentazione afferente il requisito di capacità tecnica della società mandataria Zucchet S.r.l., chiarendo che è stata ritenuta la sussistenza dello stesso in relazione al contratto di cui la medesima era titolare in Ati, con decorrenza dal 1° maggio 2006 al 31 agosto 2007, per un valore complessivo di euro 406.240,00, computando in favore della Zucchet le fatture relative all'ordine TDS 84/06 nella misura del 51%, pari alla quota di partecipazione all'Ati, cui vanno aggiunte le fatture relative a due ordini aggiuntivi TDS 664/2006 e TDS 213/2007, aventi per oggetto attività in opzione svolta interamente dalla mandataria.

In vista della discussione nel merito della causa le parti hanno depositato documenti, memorie e repliche.

Alla pubblica udienza del 10 marzo 2011, uditi i difensori delle parti che hanno insistito nelle rispettive richieste e conclusioni, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

La controversia attiene all'aggiudicazione del servizio di disinfezione, disinfestazione e derattizzazione da svolgere, per un periodo di 24 mesi, con propria adeguata organizzazione nelle aree del sito aeroportuale di Fiumicino, assegnata da Aeroporti di Roma, in esito a gara telematica, all'Ati costituita tra le società Zucchet Aldo S.r.l. e San.Eco. S.r.l..

Si duole la ricorrente, classificatasi al secondo posto della graduatoria, dell'omessa esclusione dalla competizione della aggiudicataria, ancorché questa non abbia dimostrato il requisito di capacità tecnica richiesto dalla lex specialis a pena di esclusione, reclamando, pertanto, l'aggiudicazione in suo favore, ed il conseguenziale subentro nel contratto già stipulato.

Il ricorso è fondato.

Il punto III.2.3. del bando di gara ha previsto che le imprese partecipanti dimostrassero, a pena di esclusione, il possesso di una articolata serie di

requisiti di capacità tecnica, con evidenziazione della: “avvenuta regolare esecuzione di almeno un unico servizio di disinfezione, disinfestazione, derattizzazione di importo annuale non inferiore a € 200.000,00. In caso di riunione di imprese ai sensi dell’art. 34 del d.lgs. 163/2006, il suddetto requisito, non frazionabile, dovrà essere posseduto per intero rispettivamente dalla mandataria e dalla stessa consorziata del Consorzio, che già possiede, almeno per il 60%, il requisito di cui al punto III.2.2°) del bando”.

Il bando, come si evince chiaramente dal tenore letterale della disposizione riportata, chiede che i concorrenti e, in caso di raggruppamenti, ciascun componente di questi, fornisca l’evidenza di un dato di fatto: avere eseguito un servizio identico a quello oggetto di gara per un importo annuale minimo, pari ad almeno duecentomila euro, non frazionabili.

E’ principio pacifico che il potere discrezionale della stazione appaltante di prescrivere adeguati requisiti per la partecipazione alle gare per l’affidamento di appalti pubblici è soggetto ai limiti connaturati alla funzione affidata alle clausole del bando volte a prescrivere i requisiti speciali.

Tale funzione consiste nel delineare, attraverso l’individuazione di specifici elementi indicati della capacità economica, finanziaria e tecnica, il profilo delle imprese che si presumono idonee a realizzare il programma contrattuale perseguito dall’Amministrazione ed a proseguire nel tempo l’attività espletata in modo adeguato.

La stazione appaltante, pertanto, non può poi derogare, in sede di gara, al puntuale accertamento preliminare di tali requisiti, prodromici alla stessa competizione concorsuale tra le imprese aspiranti, tanto più ove, come nel caso di specie, tali requisiti siano richiesti a pena di esclusione.

E’ pure principio pacifico che il provvedimento di espulsione da una gara d’appalto costituisce atto vincolato rispetto alla clausola del bando che

indica le modalità di presentazione dei documenti a pena di esclusione, in quanto in sede di aggiudicazione di contratti con la p.a., la stazione appaltante è tenuta ad applicare in modo rigoroso ed incondizionato le clausole inserite nella "lex specialis" relative ai requisiti, formali e sostanziali, di partecipazione ovvero alle cause di esclusione.

Il formalismo che caratterizza la disciplina delle procedure di gara risponde, per un verso, ad esigenze pratiche di certezza e celerità e, per altro verso, alla necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i ricorrenti.

Dunque, i formalismi richiesti espressamente e tassativamente dalle prescrizioni di gara costituiscono lo strumento tipico con il quale si rende trasparente la discrezionalità amministrativa e si pongono tutti i concorrenti sullo stesso piano partecipativo, richiedendo loro un eguale impegno di diligenza, attenzione e rispetto verso le clausole dei bandi e dei capitolati.

Tanto precisato, dall'esame della documentazione versata in atti dalla società Aeroporti di Roma in esecuzione dell'ordinanza collegiale n. 1717/2010 è emerso che la Ati aggiudicataria, al fine di dimostrare il possesso del requisito di capacità tecnica, ha fatto riferimento all'ordine TDS 84/06 avente ad oggetto il medesimo servizio oggetto di gara (i.e., disinfezione, disinfestazione, derattizzazione dell'Aeroporto Leonardo L. da Vinci di Fiumicino, giusta offerta del 16.03.2006)), il cui importo annuo attribuibile alla mandataria Zucchet è risultato essere pari ad euro 155.386,80, (inferiore all'importo di 200.000,00 richiesto dal bando, punto III.2.3.); a detto non sufficiente importo è stato, peraltro, cumulato l'importo integrale di due ordini per l'esecuzione di un altro e diverso appalto, giusta ordini n. TDS 664/06 relativo all'offerta del 15.11.2006 e n. TDS 213/07 relativo all'offerta del 12.04.2007, per il servizio di sanificazione con rimozione, raccolta, trasporto e smaltimento guano presso l'Aerostazione e la Palazzina EPUA dell'Aeroporto "Leonardo da

Vinci” di Fiumicino, per un corrispettivo totale di euro 60.000,00.

E' illegittima, allora, l'ammissione alla gara della Ati ricorrente, non avendo questa dimostrato il requisito in relazione ad un unico servizio identico a quello posto a gara per un importo minimo annuo come richiesto con la *lex specialis*, ma avendo ricostruito lo stesso requisito attraverso la sommatoria degli importi di altro e diverso servizio, peraltro, eseguito in due diverse tranches, siccome in contrasto con la chiara prescrizione di cui al punto III.2.3 sopra riportata per esteso.

L'Ati classificatasi al primo posto della graduatoria, pertanto, avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, mentre la società ricorrente, titolare della seconda miglior offerta, avrebbe dovuto aggiudicarsi il servizio.

Deve essere, dunque, annullato il provvedimento di aggiudicazione in favore dell'Ati controinteressata, con ogni effetto in ordine alla sorte del contratto stipulato, nel quale la ricorrente ha dichiarato la disponibilità a subentrare.

Ritiene, in proposito, il Collegio che l'inefficacia del contratto si atteggia, ormai, anche ai sensi dell'art. 122, cod. proc. amm., quale mera conseguenza rispetto all'annullamento dell'aggiudicazione, atteso che la “scelta” in ordine all'inefficacia del contratto quale effetto dell'invalidità dell'aggiudicazione è rimessa al giudice, che a tal fine valuta la sussistenza dei relativi presupposti e condizioni, anche in difetto di espressa domanda di parte.

In tal senso inducono anche le disposizioni del codice in materia di giurisdizione esclusiva, come contemplate ora dall'art. 133, il cui comma 1, lett. e), n. 1, stabilisce che: “sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, salvo ulteriori previsioni di legge ... le controversie relative a procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei

procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale, ivi incluse quelle risarcitorie e con estensione della giurisdizione esclusiva alla dichiarazione di inefficacia del contratto a seguito di annullamento dell'aggiudicazione ed alle sanzioni alternative”.

Pertanto, nelle controversie relative agli atti di gara d'appalto, allorché risulti che la ricorrente sarebbe risultata miglior offerente e quindi affidataria del servizio, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione del servizio alla controinteressata, le pretese risarcitorie di parte ricorrente possono trovare adeguata soddisfazione mediante l'applicazione del disposto di cui all'art. 122, sopra richiamato.

Applicate le sopra indicate coordinate normative al caso che ne occupa, ritiene il Collegio che, annullata l'aggiudicazione, tenuto conto degli interessi delle parti, della dimostrata effettiva possibilità per la ricorrente di conseguire l'aggiudicazione in relazione alla posizione conseguita in graduatoria, dello stato di esecuzione del contratto e della possibilità di subentrare nello stesso, non ravvisandosi le condizioni per disporre l'annullamento dell'intera gara, deve essere dichiarata l'inefficacia del contratto in essere con decorrenza dalla data della comunicazione della decisione a cura della Segreteria della Sezione ovvero dalla sua notificazione, a cura di parte ricorrente, se anteriore; con la medesima decorrenza, vista la domanda di subentro dal ricorrente e considerato che il servizio è ancora in corso di svolgimento (essendone prevista la conclusione in data 10 novembre del 2011, termine eventualmente prorogabile per un massimo di un anno) va disposto che, a titolo di risarcimento in forma specifica, la ricorrente subentri nel rapporto contrattuale con l'amministrazione e conseguentemente prosegua nella conduzione del servizio.

In conclusione, alla rilevata illegittimità dell'ammissione dell'ATI controinteressata alla procedura di selezione concernente l'aggiudicazione

del servizio in controversia, ed in accoglimento del profilo di censura sul punto dedotto dalla ricorrente, assorbiti i rimanenti argomenti di doglianza, va disposto l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione in favore dell'Ati tra le società Zucchet Aldo S.r.l. e San.Eco. S.r.l..

All'annullamento accede, quale conseguenza derivata, la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato in data 19 ottobre 2009 ed il subentro nello stesso, per il residuo periodo di durata del servizio, della società ricorrente, la cui offerta è risultata seconda classificata.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate giusta quanto stabilito in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza Ter, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto:

- annulla l'aggiudicazione del servizio di disinfezione, disinfestazione e derattizzazione da svolgere, per un periodo di 24 mesi, con propria organizzazione nelle aree del sito aeroportuale di Fiumicino disposta da Aeroporti di Roma S.p.a. nei confronti dell'Ati Zucchet Aldo S.p.a - Soc. San.Eco S.r.l.;
- dichiara, ai sensi dell'art. 122, c.p.a., l'inefficacia del contratto stipulato in data 19 ottobre 2009 e dispone, per l'effetto, il subentro della società ricorrente per il residuo periodo di esecuzione del servizio.

Condanna la resistente Soc. Aeroporti di Roma S.p.a. alla refusione delle spese processuali in favore della Società ricorrente, liquidate nella somma di €. 3.000,00 (tremila/00); condanna, altresì, la resistente società controinteressata alla refusione delle spese processuali in favore della società ricorrente, pure liquidate nella somma di €. 3.000,00 (tremila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 marzo 2011

con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Donatella Scala, Consigliere, Estensore

Rosa Perna, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 01/06/2011

IL SEGRETARIO

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