

N. 00467/2013 REG.PROV.COLL.
N. 01295/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1295 del 2012, proposto da:

Insoft 2000 Soc. Coop., in persona del legale rappresentante *pro tempore*,
rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Potenza, con domicilio eletto presso
quest'ultimo in Bari, via Ausilio 35;

contro

Comune di Molfetta;

nei confronti di

Consorzio Innotec, in proprio e quale mandatario del costituendo r.t.i.
“Innotec-Caretek s.r.l.”, e Caretek S.r.l., in persona del legale rappresentante
pro tempore, rappresentate e difese dagli avv.ti Raffaele Guido Rodio,
Fernando Rodio, Riccardo Montanaro e Angiola Peyrano Pedussia, con
domicilio eletto presso l'avv. Raffaele Guido Rodio in Bari, via Putignani,
168;

Consoft Sistemi S.p.a., Tesan S.p.a.;

per l'annullamento

della nota prot. n. 36814 del Comune di Molfetta, ricevuta in data 21

giugno 2012, con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione provvisoria all'a.t.i. controinteressata della procedura ad evidenza pubblica avente ad oggetto la realizzazione del sistema di monitoraggio telematico di soggetti fragili e relativa gestione del servizio;
della determinazione dirigenziale n. 209 del 14 giugno 2012, con la quale è stata approvata l'aggiudicazione provvisoria;
di tutti gli allegati verbali delle operazioni di gara, del bando e del disciplinare di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Innotec Soc. Cons. a r.l. e di Caretek S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 febbraio 2013 la dott. Francesca Petrucciani e uditi per le parti i difensori avv.ti Stefano Potenza, Antonella Martellotta, per delega dell'avv. Raffaele Guido Rodio, e Fernando Rodio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Molfetta ha indetto una procedura di evidenza pubblica per la realizzazione di un sistema di monitoraggio telematico dei soggetti fragili e la relativa gestione del servizio; il disciplinare di gara prevedeva espressamente l'esclusione per il caso in cui il concorrente, facendo ricorso all'avvalimento, non avesse rispettato quanto prescritto dall'art. 49 D.Lgs. 163/2006 e dal capo 4 lett. b) del disciplinare stesso.

Alla procedura hanno partecipato il r.t.i. Innotec soc. cons. a r l. (mandataria) – Caretek s.r.l. (mandante) e il raggruppamento della ricorrente; la Innotec ha dichiarato di avvalersi, per il possesso dei requisiti

richiesti dal bando, della società controllante Consoft Sistemi s.p.a..

Dopo aver verificato la regolarità e la completezza della documentazione contenuta nei plichi la Commissione aveva sottoposto alla verifica di congruità l'offerta del Consorzio Innotec sotto il profilo del costo annuo della manutenzione correttiva, adattiva ed evolutiva, comprensivo dell'hardware e del software di base, per il periodo di gestione (3 anni); a seguito della verifica, valutate positivamente le giustificazioni fornite, la Commissione aveva aggiudicato provvisoriamente l'appalto al r.t.i. Innotec-Caretk.

Con il ricorso principale la Insoft ha impugnato l'aggiudicazione provvisoria deducendo:

1. violazione dell'art. 38 D.Lgs. 163/2006, eccesso di potere sotto vari profili, violazione del principio del buon andamento e dell'art. 97 Cost., in quanto la società Consoft Sistemi, ausiliaria del r.t.i. aggiudicatario, avrebbe dovuto dichiarare il possesso dei requisiti generali richiesti dall'art. 38 citato, mentre nel plico non era presente la dichiarazione ai sensi e per gli effetti dell'art. 38 lett. b) e c) dell'amministratore delegato Franco Cibrario né quella del procuratore Rivetti Raffaella;

2. violazione dell'art. 86 D.Lgs. 163/2006, eccesso di potere sotto vari profili, violazione del principio di buon andamento e dell'art. 97 Cost., in quanto il canone annuo offerto dalla controinteressata per la manutenzione, pari ad euro 0,01, non rispettava la prescrizione dell'art. 87, comma 2, lett. g) del D.Lgs. 163/2006, poiché non superava il costo del lavoro come determinato periodicamente dal Ministro del Lavoro, tanto che l'offerta avrebbe dovuto essere esclusa.

Si sono costituiti il Consorzio Innotec e la Caretek resistendo al ricorso e proponendo ricorso incidentale, deducendo:

1.violazione e falsa applicazione dell'art. 41 D.Lgs. 163/2006, degli artt. 2.2. lett. a) e 4 lett. b3) e b5) del disciplinare di gara, dell'art. III.2.2. del

bando, violazione della *par condicio* tra i concorrenti, del principio di economicità dell'azione amministrativa, eccesso di potere, non avendo la Insoft presentato la dichiarazione relativa al fatturato del triennio precedente richiesta dall'art. 2.2 lett. a) del disciplinare, né quella relativa alla sua capacità economico-finanziaria in relazione al 40% del servizio che aveva offerto di svolgere;

2. violazione e falsa applicazione dell'art. 2.3 lett. b) del disciplinare, dell'art. III.2.3. del bando, violazione della *par condicio* tra i concorrenti, del principio di economicità dell'azione amministrativa, eccesso di potere, non possedendo la Insoft una sede con adeguata stabile organizzazione nel raggio di 15 km dal Comune appaltante.

Con motivi aggiunti proposti a seguito dell'accoglimento dell'istanza di accesso alla documentazione della controinteressata la Insoft ha poi lamentato i seguenti ulteriori profili di illegittimità degli atti impugnati con il ricorso principale:

3. violazione e falsa applicazione dell'art. 34 lett. d) e dell'art. 37 del Codice dei Contratti pubblici, eccesso di potere sotto vari profili, violazione dell'art. 97 Cost., non rientrando il raggruppamento aggiudicatario tra le ipotesi in cui era consentita dalla norma citata la costituzione di un raggruppamento temporaneo di imprese;

4. violazione e falsa applicazione degli artt. 49 e 42 del Codice dei Contratti pubblici, violazione dell'art. 88 del relativo Regolamento di attuazione, violazione dell'art. 2 punto i) e dell'art. 4 punto b.12) del disciplinare, eccesso di potere sotto vari profili, violazione dell'art. 97 Cost., in quanto la ditta ausiliaria Consoft Sistemi non aveva reso le dichiarazioni richieste dall'art. 38 del Codice dei Contratti in ordine al possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento;

5. violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e 87 D.Lgs. 163/2006, violazione dell'art. 26 comma 6 D.Lgs. 81/2008, eccesso di potere sotto

vari profili, violazione dell'art. 97 Cost., in quanto il raggruppamento aggiudicatario non aveva quantificato gli oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale.

Alla camera di consiglio del 7 novembre 2012 è stata accolta l'istanza cautelare contenuta nel ricorso, ritenendo sorretto da *fumus* il motivo attinente alla mancanza della dichiarazione sull'insussistenza di precedenti penali in capo al sig. Franco Cibrario, amministratore e legale rappresentante dell'ausiliaria Consoft Sistemi s.p.a..

All'esito dell'udienza pubblica del 20 febbraio 2013 il ricorso è deciso, con deposito del dispositivo della sentenza.

DIRITTO

Può prescindersi dal preliminare esame del ricorso incidentale essendo il ricorso principale e i motivi aggiunti infondati.

Con la prima doglianza la ricorrente ha contestato il difetto della dichiarazione richiesta dall'art. 38 lett. b) e c) del Codice dei Contratti per l'amministratore delegato della ditta ausiliaria Consoft Sistemi Franco Cibrario e per il procuratore Rivetti Raffaella.

In merito deve rilevarsi che nel verbale della seduta del 7 dicembre 2011 della Commissione giudicatrice, in cui si è proceduto all'apertura dei due plichi contenenti le offerte, viene espressamente attestata la presenza, nel plico del raggruppamento Consorzio Innotec-Caretek, delle dichiarazioni, rese ai sensi del D.P.R. 445/2000, previste dalle lettere e, f, g, h, i del disciplinare di gara e della dichiarazione cumulativa richiesta dal punto 2.1. del bando.

Sulla base di quanto risultante dal verbale, facente piena prova fino a querela di falso di tali circostanze, deve quindi ritenersi che il plico della controinteressata fosse completo di tutta la documentazione richiesta a pena di esclusione dalla gara, con conseguente infondatezza della contestazione.

Deve aggiungersi, al riguardo, che il disciplinare di gara prevedeva che nella busta fosse inserita a pena di esclusione una dichiarazione cumulativa, ai sensi del D.P.R. 445/2000, “di insussistenza di tutte le cause di esclusione di cui all’art. 38 D.Lgs. 163/2006”; ad avviso del Collegio, tale formulazione, in assenza di ulteriori specificazioni, autorizza la presentazione di una dichiarazione unica ed onnicomprensiva, da parte del legale rappresentante che sottoscrive la domanda così come predisposta, anche per conto degli altri eventuali legali rappresentanti.

Così, la dichiarazione di non trovarsi in alcuna delle situazioni previste dal primo comma dell’art. 38 è stata ritualmente sottoscritta dal legale rappresentante della Consoft Sistemi Andrea Giacardi, che ha attestato l’assenza delle causa di esclusione con riferimento alla società rappresentata.

Né, peraltro, è emersa in alcun modo la sussistenza delle condizioni ostative per alcuno dei soggetti rappresentanti l’impresa ausiliaria Consoft.

Le stesse considerazioni devono ribadirsi con riferimento alla contestata mancanza della dichiarazione della procuratrice Rivetti Raffaella.

Va quindi esaminata la censura afferente alla anomalia dell’offerta dell’aggiudicataria, in quanto il canone annuo offerto dalla controinteressata per la manutenzione, pari ad euro 0,01, sarebbe inferiore rispetto alle prescrizioni dell’art. 87, comma 2, lett. g) del D.Lgs. 163/2006, ovvero al costo del lavoro come determinato periodicamente dal Ministro del Lavoro.

In primo luogo deve rilevarsi che la lettera g) della norma citata è stata abrogata dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70 e, conseguentemente, il costo del lavoro come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali non può formare parametro vincolante nel giudizio di anomalia dell’offerta (che ha avuto luogo, nel caso di specie, nella seduta del 5 giugno 2012 e quindi in epoca successiva all’abrogazione della norma).

In secondo luogo, nella verifica dell'anomalia dell'offerta il giudizio della stazione appaltante costituisce esplicitazione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di illogicità manifesta o di erroneità fattuale; tale valutazione si sostanzia in un giudizio "globale e sintetico" sulla serietà o meno dell'offerta del singolo concorrente nel suo insieme, comprensivo delle varie voci che la compongono al fine di verificarne la complessiva affidabilità (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 19 settembre 2012, n. 1680, 14 giugno 2012, n. 1192; Consiglio di Stato, sez. III, 15 luglio 2011, n. 4322).

Nella fattispecie, la commissione di gara ha ritenuto soddisfacenti le giustificazioni prodotte dall'aggiudicataria, rilevando la necessità di individuare prioritariamente "il progetto più idoneo tecnicamente ed economicamente e, solo in subordine, di tenere conto del costo finanziario mostrato nelle offerte economiche".

Tali considerazioni risultano corrette ed immuni da elementi di illogicità o errori fattuali, con conseguente infondatezza del motivo.

Va poi esaminato il terzo motivo di impugnazione, contenuto nei motivi aggiunti, relativo all'asserito difetto delle condizioni previste dall'art. 34 D.lgs. 163/2006 per la costituzione del raggruppamento temporaneo di imprese.

Al riguardo assume rilievo determinante la questione della possibilità di partecipazione alle gare d'appalto di soggetti giuridici diversi da quelli ricompresi nell'elenco di cui all'art. 34 citato.

Alla luce della nozione di impresa nel diritto comunitario, che comprende qualsiasi ente che esercita un'attività economica consistente nell'offerta di beni e servizi su un determinato mercato, a prescindere dallo *status* giuridico di detta entità e dalle sue modalità di finanziamento (cfr. da ultimo, in tal senso, Corte di giustizia CE, sentenza 26 marzo 2009, causa C-113/07 P, Selex Sistemi Integrati/ Commissione e Eurocontrol), sia la

giurisprudenza amministrativa che l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (pareri 127/2008 e 48/2010) si sono espresse per l'ammissibilità di partecipazione alle gare anche di enti non compresi nell'elenco contenuto nell'art. 34, quali le associazioni senza fini di lucro (Consiglio di Stato, sez. V, n. 3790/2002) e gli enti pubblici economici, che hanno natura e spesso anche struttura imprenditoriale (TAR Lazio, sez. I, n. 540/2003; TAR Liguria, sez. II, n. 30/2002).

Pertanto, se la natura non tassativa dell'elenco contenuto nell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici è stata affermata in relazione agli enti pubblici non economici, in ossequio al principio comunitario della massima apertura al fine di creare un mercato concorrenziale, a maggior ragione una lettura estensiva va data alla citata norma per quanto riguarda la possibilità di partecipazione in r.t.i. di soggetti, come i consorzi ordinari, che non presentino alcun rischio di falsare la concorrenza in ragione di possibili finanziamenti pubblici, anche se gli stessi, pur espressamente contemplati in quanto tali, non siano indicati tra quelli che possono partecipare in r.t.i.

Deve quindi ritenersi che l'art. 34 del Codice dei contratti pubblici vada interpretato nel senso che l'elenco ivi contenuto non abbia carattere tassativo e che pertanto non sia preclusa la partecipazione ad una gara di un r.t.i., quale quello in esame, composto da un consorzio ordinario e da una società.

Con il quarto motivo è stata contestata la violazione degli artt. 49 e 42 del Codice dei Contratti pubblici e dell'art. 88 del relativo Regolamento di attuazione, in ragione del fatto che la ditta ausiliaria Consoft Sistemi non avrebbe reso le dichiarazioni richieste dall'art. 38 del Codice dei Contratti in ordine al possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento.

Nel caso di specie con la dichiarazione del 28 novembre 2011 contenuta nel plico del consorzio Innotec la Consoft Sistemi ha dichiarato di possedere e

si è impegnata a mettere a disposizione della Caretek, sua controllata, per tutta la durata dell'appalto, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi oggetto di avvalimento e, in particolare, il fatturato globale dell'ultimo triennio e la capacità tecnica, precisando altresì di avere attivato nell'ultimo triennio un contratto per l'erogazione di servizi analoghi a quelli oggetto della procedura.

Non ha pregio, quindi, l'assunto della ricorrente, in quanto la dichiarazione corrisponde a quanto richiesto dal Codice dei contratti e dal bando, comprendendo la messa a disposizione dell'ausiliata non solo della qualificazione ma anche della capacità tecnica per far fronte all'appalto affidato.

Né rileva, in senso contrario, il fatto che l'impresa ausiliaria sia, nel caso di specie, la controllante di una delle società facenti parte del raggruppamento aggiudicatario, in quanto, come chiarito dalla giurisprudenza, non sussistono limiti di tipo soggettivo in ordine all'impresa ausiliaria e al tipo di legami tra essa e l'impresa ausiliata o altra impresa facente parte del medesimo raggruppamento con l'impresa ausiliata.

Infatti le previsioni comunitarie in tema di avvalimento, che prescindono dalla natura giuridica dei legami tra impresa ausiliaria e impresa ausiliata, e che nel caso di raggruppamenti consentono l'avvalimento sia interno che esterno al gruppo, inducono a ritenere che l'impresa ausiliaria possa essere anche una società facente parte del medesimo gruppo dell'impresa ausiliata, vuoi come controllante, vuoi come controllata, e che, nel caso in cui il concorrente in gara sia un raggruppamento, e una delle imprese del raggruppamento utilizzi l'avvalimento, impresa ausiliaria possa anche essere la controllante o la controllata di altra impresa del medesimo raggruppamento (Consiglio di Stato, sez. VI, 29 dicembre 2010, n. 9577).

Infine va respinto, per le considerazioni sopra svolte con riferimento al secondo motivo del ricorso principale, il quinto motivo contenuto nei

motivi aggiunti, attinente alla violazione degli artt. 86 e 87 D.Lgs. 163/2006 per la mancata quantificazione degli oneri di sicurezza da rischio specifico o aziendale; anche tale motivo, infatti, è stato formulato lamentando l'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria e, quindi, soggiace alle stesse considerazioni sopra evidenziate.

Conclusivamente il ricorso principale deve essere respinto, con conseguente improcedibilità del ricorso incidentale.

La complessità e novità di alcune delle questioni controverse giustificano la compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso principale e i motivi aggiunti;

dichiara improcedibile il ricorso incidentale;

compensa le spese.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 20 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Francesco Cocomile, Referendario

Francesca Petrucciani, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/04/2013

IL SEGRETARIO

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