

N. 03811/2013 REG.PROV.COLL.
N. 03037/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 3037 del 2013, proposto da:

Paradivi Servizi Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore,
rappresentata e difesa dall'avv. Carmelo Barreca, con domicilio eletto presso
il suo studio in Roma, via Stoppani, 1;

contro

Acea Spa, in proprio e nella qualità di mandataria di Aria Srl, rappresentata
e difesa dall'avv. Maria Di Croce, con domicilio eletto presso di lei in
Roma, Piazzale Ostiense, 2

per l'annullamento

limitatamente alle parti di interesse, del bando n. 2013/S 042-067415
relativo alla gara indetta dalla Acea s.p.a., avente ad oggetto il "servizio di
trasporto e smaltimento ceneri CER 190113 prodotte presso l'unità di
produzione di S. Vittore del Lazio Aria s.r.l. - Gruppo Acea", nella parte in
cui è preclusa alle società partecipanti la "possibilità di associarsi in R.T.I.
ad un operatore economico singolarmente in possesso dei requisiti di

partecipazione alla procedura di gara”;

di tutta la documentazione ivi compreso il disciplinare di gara, il CSA nonché ogni altro eventuale atto connesso, presupposto o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Acea Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2013 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente espone che ACEA Spa, con bando di gara pubblicato in data 28 febbraio 2013 nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea, ha indetto la procedura di gara avente ad oggetto il "servizio di trasporto e smaltimento ceneri CER 190113 prodotte presso l'unità di produzione di S. Vittore del Lazio Aria s.r.l. - Gruppo Acea".

Soggiunge, in particolare, che il bando, per i soggetti di cui all'art. 37 d.lgs. n. 163 del 2006, pone un divieto, prevedendo che “è preclusa la possibilità di associarsi in R.T.I. ad un operatore economico singolarmente in possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara”.

Paradivi Servizi Srl, che assume essere dotata di tutte le iscrizioni e le certificazioni per far fronte alla richiesta di lavoro, pone in rilievo che stava programmando di partecipare alla gara in oggetto in RTI con altre imprese (sia complete nei requisiti che non), ma che alla verifica della clausola impeditiva è stata costretta a dover bloccare l'iter attivato con le imprese contattate.

Di talché – evidenziando che il tipo di lavoro trattato e la notevole quantità

di rifiuti da trasportare e smaltire offre alle imprese lo spunto per associarsi in RTI al fine di aprire le stesse a più possibilità lavorative e che tale possibilità è invece preclusa dalle prescrizioni del bando di gara che impediscono ai partecipanti in possesso dei requisiti di partecipazione di associarsi liberamente in ATI – ha proposto il presente ricorso, articolato nei seguenti motivi:

Illegittimità della clausola che impone il divieto di partecipazione in R.T.I. per le imprese in possesso di tutti i requisiti di cui al bando di gara. Violazione dell'art. 37 d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere. Violazione del principio del favor participationis e limite al principio di proporzionalità tra l'oggetto di gara e la limitazione. Mancanza di istruttoria e difetto di motivazione.

La preclusione della partecipazione in ATI a tutte le imprese che si trovano in possesso dei requisiti di partecipazione tecnico economici determinerebbe una previsione escludente della partecipazione alla gara, tale da impedire alla ricorrente la formulazione dell'offerta a mezzo di costituenda ATI.

Il divieto sarebbe posto in maniera generica, generalizzata ed a priori ponendosi, quindi, in contrasto non solo con i principi ed i dispositivi dell'art. 37 d.lgs. n. 163 del 2006, ma ancor di più della normativa comunitaria.

Le normative comunitaria e nazionale considererebbero i raggruppamenti di imprese veri strumenti pro-competitivi, il cui utilizzo non dovrebbe essere limitato alle sole imprese prive dei requisiti individuali di partecipazione.

La clausola, precludendo ab origine la partecipazione delle imprese in questione in RTI, violerebbe il principio del favor participationis.

Peraltro, la stazione appaltante non avrebbe indicato alcuna motivazione specifica per ricorrere ad una clausola di preclusione di tale portata.

La stazione appaltante, nel rappresentare che la previsione in discorso è

stata introdotta con la finalità di ampliare la platea dei possibili concorrenti alla gara tenendo conto delle peculiari caratteristiche del mercato di riferimento, ha eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse ad agire e, nel merito, ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso.

La ricorrente ha insistito per l'accoglimento.

Alla camera di consiglio dell'11 aprile 2013, la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Il ricorso può essere immediatamente definito nel merito con sentenza in forma semplificata adottata ai sensi dell'art. 60 d.lgs. 104/2010.

2.1 Con riferimento alla eccezione in rito proposta dalla stazione appaltante, il Collegio rileva in primo luogo che la giurisprudenza ampiamente prevalente afferma la regola secondo cui la legittimazione al ricorso deve essere correlata ad una situazione differenziata, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione e che, tuttavia, come evidenziato dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 aprile 2011, n. 4, tale regola subisce una deroga, tra l'altro, nell'ipotesi in cui la legittimazione dell'operatore è desumibile dalla manifestata intenzione di impugnare una clausola del bando "escludente", in relazione alla illegittima previsione di determinati requisiti di qualificazione.

Nel caso di specie, la ricorrente offre una prospettazione, secondo cui la clausola del bando impugnata le impedirebbe di formulare l'offerta in RTI, sufficiente a radicare la sua legittimazione all'impugnativa, oltre che il suo interesse al ricorso.

La contestuale presenza delle condizioni soggettive dell'azione determina l'infondatezza dell'eccezione in rito sollevata dall'amministrazione resistente.

2.2 Nel merito, il ricorso è fondato e va di conseguenza accolto.

Nell'ambito del punto VI.3, il bando di gara ha previsto la seguente clausola: "è preclusa la possibilità di associarsi in r.t.i. ad un operatore economico singolarmente in possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara".

Di talché, attesa la chiarezza della formulazione, non può sussistere dubbio che tale clausola sia immediatamente preclusiva della partecipazione alla gara sotto forma di raggruppamento temporaneo per ogni impresa che sia singolarmente in possesso dei requisiti di partecipazione, a prescindere che la stessa intenda associarsi con altre imprese già anche loro singolarmente in possesso dei requisiti, con altre imprese sprovviste singolarmente dei requisiti o sia con imprese singolarmente già in possesso dei requisiti sia con imprese singolarmente sprovviste dei requisiti.

Le censure volte a sostenere l'illegittimità di tale clausola sono persuasive.

La giurisprudenza ha già avuto modo di chiarire come nel diritto comunitario il raggruppamento temporaneo di imprese sia considerato uno strumento pro-competitivo, il cui utilizzo non è limitato alle imprese prive dei requisiti individuali (cfr. TAR Lazio, III quater, 27 ottobre 2011, n. 8267).

La questione della possibile partecipazione ad una gara sotto forma di rti ad imprese già in possesso singolarmente dei requisiti di partecipazione rientra piuttosto nella discrezionalità del legislatore, che potrebbe valutare ex ante l'opportunità di una tale esclusione per impedire che uno strumento ontologicamente pro-competitivo possa essere utilizzato a fini opposti, vale a dire a fini restrittivi della libertà di concorrenza, ma tale divieto non è stato sinora introdotto.

Il tema dei raggruppamento cc.dd. "sovrabbondanti" è stato analizzato dall'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato la quale, come riportato dalla stazione appaltante nella propria memoria difensiva, ha reso un parere in data 14 luglio 2010, precisando la propria posizione.

In particolare, l'Autorità ha evidenziato l'incompatibilità con le norme antitrust dell'ATI costituita da singole imprese che possiedono i requisiti dimensionali e tecnici richiesti per l'ammissione alla gara, mentre ha distinto l'ipotesi in cui l'ATI sia costituita da un'impresa in possesso dei requisiti necessari per la partecipazione e da un'impresa (o più imprese) non in grado di partecipare autonomamente alla gara, specificando la compatibilità di tale ATI con le norme antitrust se l'unica possibilità di partecipare alla gara dell'impresa di minori dimensioni sia l'associazione con un'impresa in grado di partecipare da sola alla gara.

Il Collegio rileva che - a prescindere dalla considerazione che le intese restrittive della concorrenza vanno provate sulla base dei relativi indici sintomatici, mentre non è possibile in linea di massima presumere un intento anticoncorrenziale e cercare di prevenire lo stesso attraverso l'introduzione di clausole potenzialmente lesive del principio di favor participationis e, quindi, potenzialmente in grado di favorire proprio il più corretto sviluppo concorrenziale - nella fattispecie in esame la stazione appaltante ha dettato una generica clausola inibitoria della partecipazione in raggruppamento temporaneo per le imprese già singolarmente in possesso dei requisiti, senza alcuna ulteriore specificazione, sicché la clausola porterebbe ad escludere anche la possibilità del raggruppamento tra un'impresa già da sola in possesso dei requisiti ed imprese sprovviste di tali requisiti, la cui unica possibilità di partecipazione alla gara sarebbe costituita proprio dall'associazione con l'impresa di maggiori dimensioni, vale a dire nell'ipotesi che la stessa Autorità antitrust ha ritenuto, nel citato parere del 14 luglio 2010, compatibile con le norme sulla concorrenza.

Inoltre, ribadito che le intese restrittive della libertà di concorrenza vanno provate, anche attraverso specifiche ed idonee presunzioni, e che nulla esclude che la competente Autorità possa rinvenire elementi di prova di siffatte intese anche dalla partecipazione a gare in ATI di imprese

singolarmente già in possesso dei requisiti per la partecipazione, deve altresì essere evidenziato che dalla lex specialis di gara non è possibile evincere il compimento di una specifica analisi istruttoria sul mercato di riferimento che possa condurre quantomeno a valutare la ragionevolezza della clausola inserita.

D'altra parte, la procedura ad evidenza pubblica è finalizzata alla individuazione del "giusto" contraente dell'amministrazione, vale a dire del concorrente che offra le migliori garanzie al prezzo più conveniente per la corretta esecuzione della prestazione, ed il principio del favor participationis, e cioè la finalità di assicurare la più ampia partecipazione possibile agli operatori economici alle procedure di gara per l'affidamento dei servizi pubblici, dando concreta attuazione ai principi della concorrenza e della libera esplicazione dell'iniziativa economica privata, è necessaria anche al fine di individuare il "giusto" contraente della pubblica amministrazione in funzione del perseguimento degli obiettivi di efficienza, efficacia, adeguatezza ed economicità dell'azione amministrativa, corollari del principio di buon andamento sancito dall'articolo 97 della Costituzione. In definitiva, sulla base di tutte le considerazioni esposte, è fondato il motivo di impugnativa con cui è dedotta la violazione, da parte dell'impugnata clausola del bando, dell'art. 37 d.lgs. n. 163, del 2006 e del principio di favor participationis, nonché la carenza di istruttoria e di motivazione nell'inserimento di detta clausola.

3. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in € 1.500/00 (millecinquecento/00), sono poste a carico dell'amministrazione resistente ed a favore della ricorrente.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda Ter, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto, annulla l'impugnata clausola del bando secondo cui "è preclusa la

possibilità di associarsi in r.t.i. ad un operatore economico singolarmente in possesso dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara”.

Condanna l'amministrazione resistente al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in € 1.500/00 (millecinquecento/00), in favore della ricorrente.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Roberto Politi, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/04/2013

IL SEGRETARIO

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