

N. 00993/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00002/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2 del 2013, proposto dalla Ecosistemi Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv.ti Raffaele Bifulco, Carlo Contaldi La Grotteria e Giovanni Immordino, ed elettivamente domiciliato presso lo studio di quest'ultimo sito in Palermo nella via Libertà n°171;

contro

la Presidenza della Regione Siciliana - Dipartimento della Programmazione, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Palermo presso i cui uffici, siti in Palermo nella via A. De Gasperi n°81, è domiciliato per legge;

nei confronti di

Alimentaria Sicilia Srl, in persona del legale rappresentante p.t., non costituito;

per l'annullamento

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento del servizio di "accompagnamento all'attuazione della politica

- di acquisti pubblici ecologici nella Regione Siciliana” - CIG 3739230E32;
- del relativo provvedimento di aggiudicazione provvisoria;
- del diniego di esercizio del potere di autotutela comunicato con nota del 21.9.12;
- nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto con conseguente subentro della ricorrente, ovvero, in subordine, con risarcimento del danno per equivalente;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Presidenza della Regione Siciliana - Dipartimento della Programmazione;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2013 il dott. Sebastiano Zafarana e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.1. Con ricorso notificato il 27/12/2012 e depositato il 02/01/2013 la società Ecosistemi S.r.l. ha impugnato gli atti della gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di “accompagnamento all'attuazione della politica di acquisti pubblici ecologici nella Regione Siciliana” - CIG 3739230E32, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta più vantaggiosa.

La domanda di annullamento è stata proposta congiuntamente a quella di eventuale declaratoria di inefficacia del contratto e conseguente subentro nonché, in subordine e per l'ipotesi di impossibilità della chiesta tutela reale, unitamente a quella di risarcimento del danno per equivalente da liquidarsi secondo criteri che la stessa ricorrente società si è riservata di indicare in corso di causa.

1.2. Il ricorso si articola in sei motivi di doglianza con cui, sotto diversi profili, si censurano i vizi: di violazione dell'art.8 del disciplinare di gara; degli artt.37, comma 8, ,42, 46, comma 1/bis, e 48 del D.Lgs.163/2006; di violazione del D.P.R. 445/2000 e del divieto di ribasso sugli oneri per la sicurezza (D.Lgs. 81/2008 e art.87 D.Lgs.163/2006).

Più specificamente, la società ricorrente, deduce l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore del RTI Alimentaria in quanto:

a) l'offerta economica sarebbe stata sottoscritta dalla sola Alimentaria Sicilia S.r.l., società mandataria del costituendo RTI, ma non già dalla società mandante Co.O.Pe.Ra.Te. S.r.l.;

b) non sussisterebbe la necessaria corrispondenza tra percentuale di possesso dei requisiti, quota di partecipazione al RTI e quota di esecuzione delle prestazioni tra le due società partecipanti al costituendo RTI risultato aggiudicatario;

c) la mandante Co.O.Pe.Ra.Te. S.r.l. non avrebbe adempiuto all'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economico e finanziaria e di capacità tecnica e professionale;

d) l'attività dichiarata dalla capogruppo Alimentaria Sicilia S.r.l non soddisferebbe i requisiti di cui all'art.8 del bando di gara con riferimento ai servizi considerati analoghi, in quanto nessuno degli interventi da essa indicati mostrerebbe il minimo collegamento con il GPP (green public procurement);

e) l'indicazione di interventi non coerenti con il GPP, comporterebbe conseguentemente la violazione dell'obbligo di verità;

f) infine la capogruppo del costituendo RTI, in sede di domanda di partecipazione, avrebbe indicato che nessun importo è stato computato quale corrispettivo per oneri di sicurezza salvo poi, in sede di offerta economica, averne indicato l'importo nella misura dello 0,5%.

In conseguenza dell'esclusione del costituendo RTI (tra Alimentaria Sicilia

S.r.l. e Co.O.Pe.Ra.Te. S.r.l.) dalla procedura di gara, avrebbe dovuto essere dichiarata aggiudicataria la ricorrente Ecosistemi S.r.l.

1.3. Si è costituita in giudizio l'amministrazione resistente, ma non la società controinteressata benché ritualmente intimata.

1.4. Alla camera di consiglio dell'11/01/2013 il Collegio ha concesso la richiesta misura cautelare ed ha fissato l'udienza di merito per il giorno 05/04/2013.

1.5. L'amministrazione resistente e la società ricorrente hanno depositato memorie difensive rispettivamente in data 02/03/2013 e 25/03/2013.

1.6. All'udienza pubblica del 05/04/2013, i procuratori delle parti hanno ribadito le rispettive tesi difensive e dopo la rituale discussione il ricorso, su richiesta degli stessi, è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

2. Preliminarmente il Collegio deve occuparsi dell'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'amministrazione resistente per non avere, la ricorrente, evocato in giudizio anche la Co.O.Pe.Ra.Te. S.r.l., società mandante del costituendo RTI che si è aggiudicato la gara.

L'eccezione è infondata atteso che per costante giurisprudenza amministrativa dalla quale il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi, *“Nelle controversie in tema di gare pubbliche la notificazione del ricorso alla sola impresa capogruppo e mandataria di una costituenda ATI è sufficiente ai fini dell'adempimento delle formalità previste dall'art. 41 c.p.a. (Consiglio di Stato sez. V, 26 giugno 2012, n. 3752).*

Ed infatti, così come è pacificamente ammessa la possibilità di impugnativa da parte di una sola impresa facente parte di un'ATI costituenda in ragione del vincolo che astringe le imprese raggruppande, correlativamente deve ritenersi che la notificazione di un ricorso nei confronti dell'impresa capogruppo e mandataria di una costituenda ATI sia sufficiente ai fini dell'adempimento delle formalità previste dall'art. 41 del cod. proc. amm.

In particolare è stato osservato che: *“Anche con riferimento ai raggruppamenti temporanei di imprese non ancora formalmente costituiti, che la legge ha ammesso a partecipare alle gare, vale il principio secondo cui gli adempimenti non specificamente prescritti con riguardo alle singole imprese partecipanti vanno riferiti all'impresa mandataria, quale punto di riferimento unitario del costituendo raggruppamento. Da questo principio, che identifica nell'impresa capogruppo il punto di riferimento unitario di una costituenda ATI e dal suo fondamento giuridico, costituito dall'essere dotata - la capogruppo - di uno speciale potere di rappresentanza conferitole dalle imprese raggruppande attraverso l'impegno a stipulare mandato collettivo speciale (art. 37 comma 8, d.lg. n. 163 del 2006) da intendere, più esattamente, come contratto preliminare di mandato sottoposto a condizione risolutiva nel caso di mancata realizzazione dell'evento dell'aggiudicazione del contratto in favore dello stesso costituendo raggruppamento temporaneo, si deduce che la notifica del ricorso all'impresa capogruppo di un' ATI , si rivela sufficiente al fine dell'esatta instaurazione del contraddittorio e della valida instaurazione del giudizio (T.A.R. Napoli Campania sez. VIII, 01 luglio 2010, n. 16542).*

Per le surriferite argomentazioni, l'eccezione risulta infondata.

3. Superata l'eccezione di inammissibilità sollevata dall'amministrazione resistente, può adesso passarsi all'esame del primo motivo di ricorso con il quale la Ecosistemi S.r.l. contesta la violazione dell'art.8 del disciplinare di gara e degli artt.37, comma 8 e 46, comma 1/bis, del D.Lgs. 163/2006 deducendo che l'offerta economica sarebbe stata sottoscritta dal legale rappresentante della sola Alimentaria Sicilia S.r.l., società mandataria del costituendo RTI, ma non già dal legale rappresentante della società mandante Co.O.Pe.Ra.Te. S.r.l.

Il motivo è fondato.

Sul punto la difesa erariale ha concisamente replicato che il legale rappresentante della società mandante avrebbe, invece, sottoscritto e controfirmato a margine tutti gli atti di gara, ivi compresa l'offerta

economica, rinviando il Collegio all'esame del documento in parola senza null'altro argomentare al riguardo e senza fornire alcuna specifica puntualizzazione.

Il Collegio, esaminata la documentazione prodotta dall'amministrazione, rileva che l'offerta economica (di cui all'allegato n.9 del fascicolo di parte) risulta sottoscritta per esteso dal solo legale rappresentante della Alimentaria Sicilia S.r.l. con firma apposta in calce al suo nominativo stampato per esteso e, di seguito, anche in calce al timbro della Alimentaria Sicilia S.r.l. medesima.

Il dato letterale della normativa vigente (art. 37, comma 8, d.lgs. n. 136 del 2006), confermato da una pacifica giurisprudenza del Consiglio di Stato, depone nel senso che - in assenza di mandato già conferito per rappresentare l'A.T.I. - tutte le imprese partecipanti all'associazione temporanea debbano sottoscrivere l'offerta, venendo a mancare, in caso contrario, una dichiarazione di volontà essenziale per l'assunzione del vincolo contrattuale, con conseguente compromissione della serietà ed affidabilità dell'offerta stessa (Cons. Stato sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5749; Cons. Stato, V, 20 maggio 2008, n. 2380, 17 dicembre 2008, n. 6292, 30 agosto 2005, n. 4413, 19 giugno 2003, n. 3657; VI, 29 maggio 2006, n. 3250).

Nel caso specifico non si rinviene, in calce all'offerta economica, né l'indicazione nominativa, né il timbro né la sottoscrizione riconducibile al legale rappresentante della mandante Co.O.Pe.Ra.Te. S.r.l.; rinvenendosi soltanto le sigle (evidentemente) appartenenti ai componenti della commissione di gara, non avendo sul punto la difesa erariale fornito alcuno specifico elemento di prova ai fini di una diversa valutazione del Collegio.

4. Con il secondo motivo la ricorrente Ecosistemi S.r.l. deduce la violazione degli artt.37 e 46, comma 1 bis D.lgs. 163/2006, la violazione dell'art.8 del disciplinare di gara e la contraddittorietà delle dichiarazioni rese dal

costituendo RTI, atteso che non sussisterebbe la necessaria corrispondenza tra la percentuale di possesso dei requisiti, la quota di rispettiva partecipazione e la quota di esecuzione delle prestazioni, delle due società aderenti al costituendo R.T.I. risultato aggiudicatario.

Ciò in quanto nell'offerta economica è dichiarato che la distribuzione dei servizi realizzati è imputabile alla capogruppo per il 60% ed alla mandante per il 40%; mentre nella dichiarazione inserita nella busta "A" è dichiarato che in caso di aggiudicazione sarà conferito mandato speciale con rappresentanza alla società Alimentaria Sicilia S.r.l. la quale assolverà al 90% dei servizi di cui all'offerta.

Inoltre la Ecosistemi S.r.l. lamenta che la mandante Co.O.Pe.Ra.Te. S.r.l. ha dichiarato un fatturato globale di circa euro 200/mila che non le consentirebbe di raggiungere la percentuale del 40% dichiarata nell'offerta economica, atteso che a mente dell'art.8 del disciplinare di gara il 40% del fatturato minimo richiesto (di euro 600/mila) corrisponde ad euro 240/mila.

Anche il secondo motivo è fondato.

La difesa erariale ha innanzitutto argomentato che a seguito delle modifiche apportate al comma 13 dell'art.37 D.Lgs 163/2006 dall'art.1, comma 2-bis, del D.L. 6/7/2012 n.95 (nel testo integrato dalla legge di conversione del 7/8/2012 n.135) l'obbligo di corrispondenza tra quote di possesso dei requisiti di qualificazione e le quote di esecuzione del servizio non potrebbe trovare riscontro in quanto l'obbligo di corrispondenza vale soltanto per lavori pubblici.

Il Collegio nel rilevare che la modifica normativa in argomento è successiva all'aggiudicazione della gara (29/11/2012) osserva che secondo la condivisa ed univoca giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato, sez. III, 08 ottobre 2012 n. 5238) la regola dettata dall'art. 37, comma 13, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 – nella precedente formulazione applicabile alla

fattispecie in esame - relativa alla corrispondenza tra quote di partecipazione all' ATI e quote di esecuzione si applica a qualunque settore di appalto (lavori, servizi o forniture).

In particolare l'art. 37 comma 13, d.lg. n. 163 del 2006 con disposizione valida anche per gli appalti di servizi e forniture stabilisce che i concorrenti riuniti in ATI devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, per cui è evidente che deve sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori (o, nel caso di forniture o servizi, di parti di esse) eseguita dal singolo operatore economico e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento, e che vi è la necessità che sia l'una che l'altra siano specificate dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara (T.A.R. Brescia Lombardia sez. II, 21 dicembre 2012, n. 2004).

Il motivo di ricorso, sotto questo profilo, è dunque fondato.

La difesa erariale, inoltre, ha replicato che nessuna contraddittorietà sussisterebbe nelle dichiarazioni rese dal costituendo RTI poichè l'amministrazione, legittimamente, non avrebbe tenuto conto della dichiarazione contenuta nella busta "A" atteso che il disciplinare di gara richiede che la divisione delle quote venga indicata soltanto nell'offerta economica, conformemente a quanto previsto dalla normativa vigente; ed ancora la difesa erariale, pur ammettendo che la quota di fatturato globale dichiarato dalla Co.O.Pe.Ra.Te. S.r.l. è pari al 33,75%, dunque inferiore rispetto alla quota percentuale di esecuzione del servizio dichiarato nell'offerta economica dalla società medesima (pari, invece, al 40%), argomenta la legittimità dell'operato dell'amministrazione che, anche in questo caso, non avrebbe tenuto conto dello scostamento di tale percentuale poichè ritenuto marginale e dunque irrilevante.

Orbene, in disparte l'assorbente considerazione che l'esame dei verbali di gara non consente di rilevare che l'amministrazione, preso atto di quanto

denunziato con il ricorso dalla società ricorrente, abbia scientemente ritenuto di non doverne tenere conto - e si tratta in effetti di giustificazioni postume - il Collegio non può non rilevare che dette difese si appalesano inconducibili in quanto non valgono a superare le censure articolate dalla ricorrente: sia in ordine alla denunciata contraddittorietà tra le dichiarazioni rese nell'offerta economica e nella busta "A" relativamente alla ripartizione delle quote di servizio tra società mandante e capogruppo, atteso che si tratta in entrambi i casi di atti ufficiali di gara la cui contraddittorietà non consente di verificare la serietà ed attendibilità dell'offerta; sia in ordine alla non corrispondenza tra la percentuale di esecuzione del servizio dichiarata dalla Co.O.Pe.Ra.Te. S.r.l. rispetto alla quota di fatturato globale (capacità economica), considerato che la determinazione dell'amministrazione di non tenere conto dello scostamento percentuale perché considerato irrilevante (almeno secondo la spiegazione postuma fornita in giudizio), costituisce un'arbitraria e illegittima violazione di quanto espressamente previsto dall'art.8 del disciplinare di gara.

Dunque, anche sotto questi ulteriori profili, il motivo di ricorso è fondato e meritevole di accoglimento.

5. Conclusivamente il presente gravame va accolto relativamente ai primi due motivi di ricorso, e conseguentemente devono essere annullati i provvedimenti impugnati; resta assorbita ogni altra questione o censura in quanto irrilevante ai fini della presente decisione.

6. La richiesta di risarcimento del danno non può trovare accoglimento per carenza dei presupposti, trattandosi di danno non attuale ma soltanto potenziale, atteso che in conseguenza dell'annullamento degli atti impugnati l'amministrazione dovrà rideterminarsi in ordine all'aggiudicazione della gara.

7. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna l'amministrazione resistente al pagamento, in favore della società ricorrente, delle spese di giudizio che liquida in € 1.500,00 (euro millecinquecento/00) oltre Iva e Cpa.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Giamportone, Presidente

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Sebastiano Zafarana, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/04/2013

IL SEGRETARIO

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