

N. 00989/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00596/2013 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 596 del 2013, proposto da:
CNA Servizi S.C., in proprio e quale capogruppo mandataria
dell'ATI costituenda con Confindustria Toscana Servizi s.c. a r.l. e
Sintesis s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Orsola Cortesini e
Giovanni Taddei Elmi, con domicilio eletto presso il loro studio in
Firenze, via Lamarmora n. 14;

contro

Provincia di Livorno, rappresentata e difesa dall'avv. Federico
Barbensi, con domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R.
Toscana in Firenze, via Ricasoli n. 40;

nei confronti di

Ambiente Italia s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Piermario Sasso,
con domicilio eletto presso l'avv. Mauro Montini in Firenze, via dei

Rondinelli, 2;

Scuola Superiore S. Anna;

Legambiente Toscana Onlus;

per l'annullamento

del provvedimento dirigenziale n. 123 del 15.3.2013, comunicato alla ricorrente a mezzo racc. a.r. ricevuta in data 22.3.2013, con cui la Provincia di Livorno - Unità di Servizio Formazione Professionale, ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara indetta per la realizzazione del "Progetto energia - Interventi di sensibilizzazione, formazione e supporto alle imprese nel campo dell'energia" - CIG 4473049CCB in favore della costituenda ATI tra Ambiente Italia s.r.l. (capofila), Scuola Superiore Sant'Anna e Lega Ambiente Toscana Onlus, e di tutti gli atti connessi, presupposti e conseguenti, tra i quali:

- la determinazione dirigenziale della Provincia di Livorno, Unità di Servizio Professionale, n. 7 del 25.1.2013, nella parte in cui è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria della gara in favore della predetta ATI;
- i verbali delle sedute di gara del 6.9.2012, 14.9.2012, 28.9.2012, 4.10.2012, 10.10.2012, 23.10.2012, 5.12.2012 e 13.3.2013 e tutti gli altri anche di data e numero incogniti nella parte in cui l'ATI costituenda tra Ambiente Italia s.r.l., Scuola Superiore Sant'Anna e Lega Ambiente Toscana Onlus è stata ammessa a partecipare alla medesima gara e non ne è stata esclusa;

- per quanto occorrer possa ed in via meramente subordinata, dell'avviso di gara, della lettera di invito del 6.9.2012 e del capitolato speciale di gara laddove interpretati nel senso di consentire la partecipazione alla procedura all'ATI costituenda tra Ambiente Italia s.r.l., Scuola Superiore Sant'Anna e Lega Ambiente Toscana Onlus; nonchè per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato ex artt. 245 bis e 245 ter d.lgs. n. 163/2006 e artt. 121 e 122 d.lgs. n. 104/2010 e con espressa domanda di subentrare nel suddetto contratto ex art. 122 d.lgs. n. 104/2010; nonchè per la condanna della Provincia di Livorno al risarcimento dei danni ex art. 245 quinquies d.lgs. n. 163/2006 e art. 124 d.lgs. n. 104/2010, in forma specifica, mediante l'aggiudicazione della gara in favore della costituenda ATI con capogruppo mandataria CNA Servizi Livorno S.C. e, soltanto in via meramente subordinata, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Provincia di Livorno e di Ambiente Italia s.r.l.;

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 giugno 2013 il dott. Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Provincia di Livorno, con avviso approvato con determina dirigenziale n. 120 del 30.7.2012, al fine di individuare i soggetti da invitare alla procedura di cui all'art. 27 del d.lgs. n. 163/2006, chiedeva di manifestare l'interesse ad essere invitati a presentare un'offerta per il servizio "progetto energia", da svolgere mediante attività di promozione, sensibilizzazione, formazione, accompagnamento alle imprese, creazione di una filiera di imprese specializzate nell'edilizia sostenibile. La *lex specialis* di gara prevedeva un importo a base d'asta di euro 418.200 più IVA, stabiliva il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prescriveva, tra i requisiti di partecipazione, l'iscrizione presso la Camera di Commercio nel settore di attività pertinente all'oggetto dell'appalto e subordinava l'aggiudicazione definitiva alla dimostrazione del possesso, anche successivamente all'espletamento della gara, dell'accreditamento regionale ex art. 17, comma 4, della L.R. n. 32/2002 (documento n. 1 depositato in giudizio contestualmente al ricorso).

Acquisite le manifestazioni di interesse, l'Amministrazione ha invitato con nota datata 6.9.2012 la ricorrente e l'ATI costituenda tra Ambiente Italia s.r.l. (capofila), Scuola Superiore Sant'Anna e Legambiente Toscana Onlus (mandanti) a presentare offerta (documento n. 2). La predetta lettera di invito indicava, tra i

documenti da presentare a pena di esclusione, l'autocertificazione di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lettere a, d, e, f, g, h, i, m, m bis, del d.lgs. n. 163/2006, la dichiarazione di accettazione delle disposizioni contenute nell'avviso di gara e la dichiarazione di acquisito accreditamento regionale per la formazione o la dichiarazione di impegno ad ottenere l'accreditamento stesso alla data di stipula della convenzione (al riguardo la lettera invito precisava che l'obbligo di accreditamento riguardava solo i soggetti che avrebbero erogato le attività formative previste nell'offerta tecnica).

La Provincia di Livorno, con determina dirigenziale n. 7 del 25.1.2013, ha disposto l'aggiudicazione provvisoria a favore della predetta ATI.

E' seguita l'aggiudicazione definitiva, disposta con determinazione n. 123 del 15.3.2013.

La ricorrente si è invece classificata seconda (documento n. 3 depositato in giudizio contestualmente all'impugnativa).

Avverso il suddetto provvedimento e gli atti connessi l'istante è insorta deducendo:

- 1) violazione e falsa applicazione dell'art. 39 del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dell'avviso di gara, della lettera invito e del capitolato speciale; violazione dei principi di libera e corretta concorrenza, del giusto procedimento e di par condicio; violazione del principio di chiarezza delle regole di gara e di buon andamento

della P.A.; eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifeste;

2) violazione e falsa applicazione dell'art. 17, comma 4, della L.R. n. 32/2002 e degli artt. 67 ss. del d.p.g.r. n. 47/2003; violazione dei principi di libera e corretta concorrenza, del giusto procedimento e di par condicio; eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifeste;

3) violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. g, del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione dell'avviso di gara, della lettera invito e del capitolato; violazione dei principi di libera e corretta concorrenza, del giusto procedimento e di par condicio; eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifeste;

4) violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006; violazione dell'avviso di gara, della lettera invito e del capitolato; violazione dei principi di libera e corretta concorrenza, del giusto procedimento e di par condicio; eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità e contraddittorietà manifeste.

Si sono costituite in giudizio, resistendo, la Provincia di Livorno e la controinteressata Ambiente Italia s.r.l..

All'udienza del 5 giugno 2013 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Con la prima censura la ricorrente deduce che la Scuola Sant'Anna di

Pisa e Legambiente Toscana, appartenenti al raggruppamento aggiudicatario, non hanno dichiarato l'iscrizione alla Camera di Commercio, mentre invece l'avviso di gara prescrive, quale requisito di partecipazione, l'iscrizione stessa.

Il rilievo è fondato.

Il predetto avviso (documento n. 1 depositato in giudizio dall'esponente) indica, tra i requisiti di idoneità professionale previsti ai fini della partecipazione alla procedura selettiva, l'iscrizione presso la Camera di Commercio nel settore di attività che consente l'assunzione dell'appalto; in senso analogo si pone la lettera invito (documento n. 2), laddove impone a ciascun concorrente, a pena di esclusione, la dichiarazione "di accettare, senza condizione o riserva alcuna, tutte le norme e disposizioni contenute nell'avviso di gara", e recepisce in tal modo la previsione dei requisiti di ammissione già contenuta nella presupposta *lex specialis*.

Pertanto, in virtù del precetto di gara e della corrispondente disposizione di cui all'art. 39 del d.lgs. n. 163/2006, la mancata iscrizione alla Camera di Commercio da parte della Scuola Sant'Anna e di Legambiente Toscana avrebbe dovuto precludere la loro partecipazione alla procedura concorsuale.

Non rileva, al riguardo, l'orientamento espresso in passato dalla Corte di giustizia secondo cui contrasta con la direttiva comunitaria sugli appalti pubblici la legge nazionale che vieti la partecipazione a soggetti non aventi preminente scopo di lucro (Corte giustizia, IV,

23.12.2009, n. 305), ovvero a operatori che, non esercitando una vera e propria attività d'impresa o di lavoro autonomo, non possono essere iscritti alla Camera di Commercio; invero, il citato art. 39 del d.lgs. n. 163/2006 non preclude indiscriminatamente la partecipazione dei soggetti privi del predetto requisito di iscrizione, ma demanda alla discrezionalità della stazione appaltante la richiesta del requisito medesimo.

Peraltro il predetto indirizzo giurisprudenziale è stato sovvertito da una recente pronuncia, secondo la quale lo Stato può non autorizzare il soggetto senza scopo di lucro a operare sul mercato, tenuto conto dei fini istituzionali e statutari (Corte di Giustizia, 19.12.2012, n. 159).

In conclusione, la mancata applicazione, da parte della Provincia di Livorno, della prescrizione della *lex specialis* ostativa all'ammissione alla gara, non potrebbe fondarsi sulla disapplicazione, per contrasto con la normativa comunitaria, dell'art. 39 del d.lgs. n. 163/2006 e sulla conseguente nullità della prescrizione stessa ai sensi dell'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006, essendo in linea con l'ordinamento comunitario la disposizione della legge nazionale che affidi alla stazione appaltante, nei singoli casi, la scelta di esigere la prova dell'iscrizione nel registro della Camera di Commercio.

Ciò posto, l'Amministrazione aggiudicatrice, una volta operata tale scelta con l'approvazione dell'avviso di gara, non può derogarvi a procedimento in corso, pena la violazione del principio di *par condicio*,

oltre che del combinato disposto della prescrizione del bando e dell'art. 39 del d.lgs. n. 163/2006.

Con la seconda censura la parte istante deduce l'inosservanza dell'obbligo di accreditamento imposto dalla lettera invito e dall'art. 17, comma 4, della L.R. n. 32/2002, in quanto Ambiente Italia s.r.l. e Legambiente Toscana Onlus non sono accreditate presso la Regione Toscana.

Il motivo è fondato.

La lettera d'invito (alla lettera Q) richiede a pena di esclusione, per i soggetti che erogheranno le attività formative previste nell'offerta tecnica, la dichiarazione di avere l'accredimento per la formazione presso la Regione Toscana o l'impegno ad ottenerlo alla data di avvio dell'attività; nel senso dell'inderogabilità dell'obbligo di accreditamento si pone anche l'art. 12 del capitolato speciale d'appalto (documento n. 10 depositato in giudizio dall'esponente), laddove statuisce che, ai fini dell'aggiudicazione definitiva, all'aggiudicatario sarà richiesto, se egli non è già stato accreditato, l'accredimento per la formazione e/o l'orientamento presso la Regione Toscana.

Orbene, Ambiente Italia s.r.l. ha dichiarato la sussistenza del requisito dell'accredimento in capo alla Scuola Superiore Sant'Anna (mandante della costituenda associazione temporanea), nulla precisando riguardo alla propria posizione. Tuttavia la stessa Ambiente Italia, nel dichiarare alla stazione appaltante le quote di

suddivisione del servizio tra gli operatori facenti parte dell'A.T.I., ha specificato che la propria quota comprende la realizzazione delle attività formative (documento n. 6 depositato in giudizio).

Il fatto che lo svolgimento di tali attività sia riconducibile non solo all'Università Sant'Anna, ma anche alla società mandataria, trova conferma nella designazione dei signori Rodolfo Passinetti e Chiara Wolter (dipendenti di quest'ultima, come risulta dall'elenco riportato alla pagina 6 del documento n. 9 depositato in giudizio dalla deducente) quali capo progetto e coordinatore di progetto, sovraordinati al responsabile della formazione, Professor Frey della Scuola Sant'Anna (pagina 8 del documento n. 7 depositato in giudizio).

Pertanto la società capofila, quale operatore destinato ad erogare attività formative e sovraordinato al loro svolgimento, era tenuta ad avere l'accreditamento o ad impegnarsi ad ottenerlo ai fini dell'aggiudicazione definitiva. L'omessa presentazione, in sede di gara, di una dichiarazione di impegno in tal senso e la mancanza del predetto requisito, persistente anche al momento dell'aggiudicazione definitiva, rivelano la violazione della *lex specialis* di gara e dell'art. 17 della L.R. n. 32/2002.

In conclusione, il ricorso deve essere accolto, restando assorbite le censure non esaminate. Per l'effetto, vanno annullate le impugnate aggiudicazioni provvisoria e definitiva.

Le spese sono liquidate come indicato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie nei termini di cui in motivazione.

Condanna la Provincia di Livorno ed Ambiente Italia s.r.l. a corrispondere alla ricorrente, per metà ciascuno, la somma di euro 6.000 (seimila) oltre ad accessori di legge comprensivi di contributo unificato, a titolo di spese di giudizio inclusive di onorari difensivi; spese compensate nei confronti di Scuola Superiore Sant'Anna e Legambiente Toscana Onlus.

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

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

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/06/2013

IL SEGRETARIO

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