

N. 00484/2013 REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna (Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 72 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Ser.Cim.S.R.L.Società Unipersonale, Consorzio Co&Ge, Iris Soc.Consortile A R.L.,
Socrembologna S.R.L. Società Unipersonale, rappresentati e difesi dagli avv. Roberto Facinelli,
Pasqualina Ianni, con domicilio eletto presso Roberto Facinelli in Bologna, via Castellata N. 3/2 A -
3/B; Cipea E Cariiee-Co.Ed.A.-Unifica Consorzio Fra Imprese Di Produzione Edilizia Impiantistica
ed Affini.Soc.Coop.Va, rappresentato e difeso dagli avv. Pasqualina Ianni, Roberto Facinelli, con
domicilio eletto presso Roberto Facinelli in Bologna, via Castellata N. 3/2 A - 3/B;

contro

Comune Di Bologna, rappresentato e difeso dagli avv. Giulia Carestia, Monica Cattoli, con
domicilio eletto presso Comune Di Bologna Ufficio Legale in Bologna, via Oberdan 24; C.I.M.S.
S.C.R.L.-Cooperativa Intersettoriale Montana Di Sassoleone, Amga Energia Servizi S.R.L., C.I.F.
Consorzio Imprese Funebri S.R.L., Sofia Krematorium, Novaspes Investimenti S.R.L.,
rappresentati e difesi dall'avv. Giuseppe Girani, con domicilio eletto presso Carlo Cattani in
Bologna, via Fossalta 1; Hera Servizi Cimiteriali S.R.L., Deloitte Financial Advisory S.R.L.;

per l'annullamento

- della Determinazione Dirigenziale P.G. n. 295665/2012 del Comune di Bologna di aggiudicazione definitiva della gara di selezione di un socio privato nella società per la gestione dei cimiteri di Bologna (comunicata in data 18 dicembre 2012 con lettera prot. 296367);
- dei provvedimenti e, comunque, delle determinazioni e valutazioni assunte dal Comune di Bologna in sede di prequalifica in merito alla documentazione presentata da RTI CIMS, in relazione alla gara di selezione di un socio privato nella società per la gestione dei cimiteri di Bologna;
- dei provvedimenti assunti dalla relativa Commissione di gara nelle sedute segrete e in quelle pubbliche del 3 e 10 dicembre 2012, con cui è stata ritenuta economicamente più vantaggiosa l'offerta presentata da RTI CIMS.
- del verbale della Commissione di gara del 9 novembre 2012 con cui è stata ritenuta ammissibile l'offerta CIMS nonostante l'omessa indicazione delle parti dei servizi da svolgersi da ciascun componente il R.T.I.;
- dei verbali della Commissione di gara del 16,27 e 30 novembre 2012 in cui vengono esaminati i Piani Industriali dei concorrenti;
- delle valutazioni e determinazioni compiute dalla Commissione di Gara in sede di controllo dei requisiti ex art. 48, co. 2 D.Lgs. 163/2006 in funzione della disposta aggiudicazione definitiva.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune Di Bologna e di C.I.M.S. S.C.R.L.-Cooperativa Intersettoriale Montana Di Sassoleone e di Amga Energia Servizi S.R.L. e di C.I.F. Consorzio Imprese Funebri S.R.L. e di Sofia Krematorium e di Novaspes Investimenti S.R.L.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Cims S.C.R.L., Amga Energia Servizi S.R.L., Nova Spes Investimenti S.R.L., C.I.F. Consorzio Imprese Funebri S.R.L., Sofia Krematorium, rappresentati e difesi dall'avv. Giuseppe Girani, con domicilio eletto presso Carlo Cattani in Bologna, via Fossalta 1;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 giugno 2013 il dott. Ugo Di Benedetto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della comunità europea il Comune di Bologna ha indetto una procedura di evidenza pubblica per la selezione di un socio privato nella società per la gestione dei cimiteri di Bologna.

Al socio selezionato è riservata una partecipazione pari al 49% del capitale sociale e l'attribuzione di compiti di natura operativa per la durata di trent'anni decorrenti dalla data di sottoscrizione dell'aumento di capitale e ciò per i servizi cimiteriali, oggetto della concessione, nonché per i lavori di manutenzione straordinaria di opere e di impianti.

Il criterio di selezione prescelto è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa con una ripartizione di punteggio mediante attribuzione di 51 punti per l'offerta tecnica e 49 punti per l'offerta economica, a propria volta articolata in sotto criteri.

Alla gara hanno partecipato due candidati.

Il raggruppamento temporaneo di imprese CIMS si classificava al primo posto mentre il raggruppamento temporaneo di imprese Ser.Cim. si classificava secondo posto.

La seconda classificata R.T.I. Ser.Cim. dopo aver inviato un preavviso di ricorso, ai sensi dell'articolo 243 bis del decreto legislativo 163 del 2006, il cosiddetto codice dei contratti, presentava ricorso al Tar avverso l'aggiudicazione definitiva nonché tutti gli atti di gara in epigrafe indicati, deducendo l'illegittimità della procedura.

La controinteressata intimata presentava un ricorso incidentale diretto ad ottenere l'esclusione dalla procedura della ricorrente principale.

Le parti costituite sviluppavano ampiamente le rispettive difese con memorie e repliche e la causa veniva trattenuta in decisione all'odierna udienza.

2. In linea di diritto va osservato che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione n. 4 del 2011 ha chiarito che vi è la necessità di definire il giudizio muovendo dall'esame delle questioni

preliminari, in applicazione di un'espressa regola positiva, stabilita dal codice del processo amministrativo.

Infatti, in virtù dell'articolo 76, comma 4, "Si applicano l'articolo 276, secondo, quarto e quinto comma 2, del codice di procedura civile e gli articoli 114, quarto comma, e 118, quarto comma, delle disposizioni per l'attuazione del codice di procedura civile ratifica, in data 7 maggio 2013, come risulta dalla documentazione prodotta e non contestata dal ricorrente principale, come ammesso dall'art 183 c.p.c, applicabile al processo amministrativo in forza del rinvio esterno codificato dall'articolo 39 del C. P. A.,.

Inoltre il difetto di legittimazione di una delle ricorrente incidentali non inciderebbe comunque sul ricorso incidentale sottoscritto anche dalle altre imprese del raggruppamento, ciascuna da sola legittimata a proporlo (sulla legittimazione ad impugnare gli atti di gara della singola impresa, mandante o mandataria, offerente vedi Corte di Giustizia Europea, sez. IV, Sentenza 6 maggio 2010, n. C-149/08 e Cons. Stato, Sez. VI, 8 febbraio 2013, n. 714).

3.1. Nel merito il ricorso incidentale è infondato.

Non può essere condivisa la censura dedotta con la quale si contesta l'ammissione della ricorrente principale alla gara sostenendo che vi sarebbe stata un'illegittima modificazione della composizione del raggruppamento temporaneo di imprese in violazione dell'articolo 37 del decreto legislativo 163 del 2006 nonché dell'articolo 3.7. B, della lettera di invito.

L'intangibilità della composizione della cordata costituita da un raggruppamento di imprese, secondo la tesi difensiva, sarebbe stata ribadita anche dalla risposta fornita dal comune ad una richiesta di chiarimenti presentata.

3.2. Va, infatti, osservato in primo luogo che nel caso concreto non vi è stata la sostituzione di un'impresa con un'altra impresa bensì soltanto la riduzione del raggruppamento temporaneo di imprese a seguito del recesso della Manuencoop S.P.A.. Tale modifica soggettiva, pertanto, non ha inciso minimamente sulla verifica dei requisiti di idoneità morale, tecnico organizzativa ed economica e quindi sulla legittimazione delle imprese che fanno parte del raggruppamento offerente (Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2012, n. 2328).

3.3. Inoltre, la Manuencoop S.p.A. si è ritirata nel mese di agosto del 2012 e, quindi, antecedentemente alla presentazione dell'offerta vera e propria che costituisce l'ipotesi contemplata dall'articolo 37, nono comma, del codice dei contratti che fa riferimento all'impegno presentato in sede di offerta, sia pur successivamente alla fase di "manifestazione di interesse".

Né è possibile, stante il principio di tassatività delle cause di esclusione, codificato dall'articolo 46 del codice dei contratti, come modificato dal decreto legge 13 maggio 2011, numero 70, interpretare estensivamente detta norma, la quale precisa che i bandi e le lettere d'invito non possono contenere, a pena di nullità, ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Un'eventuale clausola nulla dovrebbe, comunque, essere rilevata d'ufficio ai sensi dell'articolo 31, comma quarto, del C. P. A..

4. L'infondatezza del ricorso incidentale e la conseguente legittimazione del ricorrente principale comportano la necessità di affrontare le questioni dedotte con il ricorso introduttivo ed i motivi aggiunti di impugnazione.

5. Con il primo motivo di ricorso il ricorrente deduce la violazione dell'articolo 79, comma quinto quater del decreto legislativo 163 del 2006 perché l'amministrazione non gli avrebbe concesso, nel termine di 10 giorni, l'accesso informale agli atti con ciò pregiudicando la tutela giurisdizionale.

Va, infatti, osservato che un eventuale ritardo nel consentire l'accesso non incide sulla legittimità della procedura ma soltanto sui termini per la presentazione dei motivi aggiunti e, pertanto, non vi è stato alcun pregiudizio per la tutela giurisdizionale, anche a prescindere dalla circostanza, riferita dal comune, della non tempestività nella presentazione della domanda di accesso imputabile al ricorrente stesso.

6. È inammissibile la seconda censura dedotta con il ricorso introduttivo concernente la mancata allegazione delle dichiarazioni previste dall'articolo 38 del codice dei contratti, relative ai legali rappresentanti ed ai direttori tecnici delle imprese mandatarie e mandanti nel momento della manifestazione di interesse a partecipare alla procedura in sede di prequalificazione.

Sotto altro profilo lamentano l'omessa attestazione della permanenza dei requisiti richiesti nella successive fasi della procedura.

Infatti, vanno condivise le eccezioni dell'amministrazione intimata e del conto interessato relative alla genericità della stessa. Non vengono indicate le dichiarazioni eventualmente mancanti né viene replicato all'affermazione difensiva secondo la quale tutti i legali rappresentanti ed i direttori tecnici di tutte le imprese partecipanti hanno reso le dichiarazioni di articolo 38.

La contro interessate evidenzia che le imprese che non hanno presentato la dichiarazione con riferimento al direttore tecnico è perché non hanno un direttore tecnico

6.1. Naturalmente andranno esaminate autonomamente, di seguito, puntualmente, le ulteriori analoghe censure che sono state dettagliate nei motivi aggiunti di ricorso, presentati a seguito dell'accesso agli atti.

7. Nè sussiste la violazione dell'articolo 37 del decreto legislativo 163 del 2006, il cd. codice dei contratti, dedotta con la terza censura. Secondo la ricorrente l'offerta presentata dalla vincitrice non avrebbe indicato e specificato le parti di servizio che sarebbero state eseguite dai singoli operatori riuniti e consorziati come previsto, secondo la tesi difensiva, a pena di esclusione, anche dall'articolo 4.2, della lettera di invito.

Infatti, come esattamente rilevato dalla difesa dell'amministrazione la vincitrice è un raggruppamento orizzontale e nell'offerta ha precisato che tutte le imprese avrebbero svolto indifferentemente il servizio e ne ha indicato la percentuale. Trattandosi di un raggruppamento orizzontale, infatti, è sufficiente l'indicazione della misura percentuale senza necessità di specificare le parti del servizio da eseguire ad opera delle singole imprese.

Come rilevato anche dalla difesa del contro interessato, del resto, l'onere in parola è stato assolto indicando la percentuale della quota di riparto delle prestazioni per quanto concerne i servizi mentre per quanto riguarda i lavori è stato indicato che la totalità dei lavori, ossia 100%, sarebbe stato effettuato dalla impresa CIMS.

8. È, altresì, infondata la quarta censura con cui si deduce la violazione degli articoli 5 e 13 della legge regionale n. 19 del 2004 come modificata dalla legge regionale dell'Emilia-Romagna n. 14 del 2005.

Secondo la tesi del ricorrente l'intera gara sarebbe viziata perché, in violazione della legge regionale citata, non sarebbe stata mantenuta la separazione tra l'attività connessa all'ambito cimiteriale necroscopico da una parte, di carattere pubblicistico, e l'attività funeraria, estranea ai fini pubblicistici. Secondo il ricorrente, infatti, entrambe le attività farebbero riferimento al medesimo soggetto privato

Sotto altro profilo, poi, si evidenzia che la legge regionale citata prevederebbe l'incompatibilità tra l'esercizio dell'attività di onoranze funebri e la gestione delle camere mortuarie ovvero degli altri servizi cimiteriali.

Il ricorrente sottolinea che l'articolo 5 della legge regionale disciplina il servizio pubblico cimiteriale, mentre l'articolo 13 della legge regionale disciplina l'attività funebre di tipo commerciale. Inoltre, l'articolo 5 della legge regionale precisa che qualora il gestore dei servizi pubblici cimiteriali svolga anche attività funebre occorrerebbe la separazione societaria.

8.1. Tale prospettazione non può essere condivisa.

Infatti, la legge regionale prevede soltanto un obbligo di separazione societaria come del resto ha effettuato la società precedentemente concessionaria ossia Hera S.p.A., la quale, con l'entrata in vigore della legge regionale, aveva costituito un'altra società Hera Srl effettuando, quindi, la separazione societaria pur mantenendone il pacchetto azionario, ed affidandole l'attività funebre di tipo commerciale.

Nel caso concreto la gara riguarda soltanto i servizi cimiteriali ed infatti lo stesso bando al punto 3.2 prevede che il soggetto vincitore dovrà costituire un apposito veicolo societario per l'assunzione degli obblighi previsti dal bando e quindi per svolgere il servizio pubblico cimiteriale. Conseguentemente l'attività commerciale funeraria verrà ad essere eventualmente svolta da un soggetto distinto.

Va, inoltre, condivisa, la tesi difensiva del comune il quale evidenzia che questa censura è semmai diretta a contestare la legittimità del bando, che non è stato tempestivamente impugnato, con conseguente tardività della sua proposizione avverso l'aggiudicazione intervenuta all'esito della gara.

9. Nè sussiste la violazione degli articoli 41 e 42 del decreto legislativo 163 del 2006 per mancanza dei requisiti di capacità economico finanziaria, evidenziata con la quinta censura di cui al ricorso introduttivo.

Infatti, il bando richiede l'attestazione di aver svolto servizi cimiteriali per un importo di ricavi, negli ultimi tre esercizi non inferiore ad euro 5 milioni e non inferiore ad 1 milione per i servizi di cremazione.

L'offerente ha attestato la sussistenza del requisito, nella forma richiesta dal bando.

Del resto appare corretto l'operato della stazione appaltante che, a norma del bando, ha ritenuto valide le dichiarazioni relative al 2011, 2010 e 2009 e non, come pretende la ricorrente anche nei motivi aggiunti di impugnazione, quelli relativi al 2010, 2009 e 2008.

In particolare il requisito della mandataria, ai sensi dell'articolo 275 del regolamento dei contratti numero 207 del 2010, è stato assolto mediante l'avvalimento dell'impresa ausiliaria AMGA Energia. Inoltre, come risulta dal verbale del 18 dicembre 2012, prodotto in atti, entrambe le cordate

sono in possesso dei requisiti richiesti e che, per quanto riguarda i servizi cimiteriali, il requisito è soddisfatto dalla somma del fatturato specifico del raggruppamento temporaneo concorrente mentre per quanto riguarda il servizio di cremazione esso è soddisfatto dalla mandante Sofia Krematorium.

10. Con il sesto e settimo motivo di ricorso si deducono la violazione dell'articolo 86 del codice dei contratti evidenziando, sotto un duplice profilo, l'anomalia dell'offerta vincitrice e la mancata verifica da parte dell'amministrazione.

I motivi possono essere trattati congiuntamente evidenziando che nella presente procedura non vi era alcun obbligo, bensì una mera facoltà, di attivare il procedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta, essendovi soltanto due partecipanti. Inoltre, il punteggio conseguito non raggiunge i quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara, come precisato dall'articolo 86, comma secondo citato.

Del resto, è vero che sensi dell'articolo 86, comma terzo, "in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa". Tuttavia, si tratta di una mera facoltà e nel caso concreto non vengono evidenziati elementi tali da consentire in questa sede di sindacare, sotto questo profilo, la scelta dell'amministrazione di non attivare procedimento.

10.1. Infine, come recentemente precisato dal Consiglio di Stato (Cons. Stato, ordinanza 761 del 11 febbraio 2013), proprio con riferimento alla mancata attivazione del procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, neppure si può chiedere in giudizio che il giudice compia la verifica di anomalia sulle offerte, in sostituzione dell'amministrazione. Infatti, il giudice si può sostituire all'amministrazione pronunciandosi sulla fondatezza della pretesa solo se ricorrono due condizioni: - che l'inerzia dell'amministrazione sia illegittima (art. 31, comma 1, c.p.a.); - che non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non siano necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione (art. 31, comma 3, c.p.a.). Vi è poi una clausola di chiusura del sistema, contenuta nell'art. 34, comma 2, c.p.a., a tenore del quale "in nessun caso il giudice può pronunciare con riferimento a poteri amministrativi non ancora esercitati".

10.2. In conclusione il giudice può verificare la legittimità della verifica di anomalia già compiuta dall'amministrazione, ma non può, nel giudizio di cognizione, sostituirsi all'amministrazione compiendo per la prima volta la verifica di anomalia.

11. Ne è condivisibile l'ottava censura dedotta concernente la violazione delle regole sull'affidamento, la disparità di trattamento e la irragionevolezza per avere l'amministrazione, informato, via e-mail, i candidati del compenso previsto per l'advisor, posto a carico dell'aggiudicatario, solo dopo la pubblicazione del bando e dopo la scadenza dell'originario termine per la presentazione delle offerte il Comune.

Va, infatti, osservato che la previsione del compenso a carico dell'aggiudicatario era già prevista nella lettera di invito.

Il vizio, comunque diretto a porre nel nulla l'intera gara, è infondato perché l'importo è stato comunicato ai partecipanti in data 20 settembre 2012 e quindi, ancorché dopo la scadenza del primo termine di presentazione delle offerte, ben prima rispetto al termine prorogato che è stato posticipato per tutti al 5 novembre 2012.

Nè sussiste alcuna disparità di trattamento poiché, per questo profilo, tutti i candidati sono stati posti nelle medesime condizioni.

12. Quanto ai motivi aggiunti di ricorso va respinta preliminarmente l'eccezione di tardività sollevata dalla difesa del comune.

Infatti, non vi era alcun onere, bensì una mera facoltà, per il candidato di avvalersi dell'accesso informale e pertanto i motivi aggiunti appaiono tempestivi con riferimento all'esito dell'accesso agli atti concretamente effettuato.

Inoltre, una delle società facente parte del raggruppamento temporaneo vincitore, ossia Sofia Krematorium, ha sede in Bulgaria con conseguente dilatazione dei termini per la notifica dei motivi aggiunti.

13. Nel merito anche motivi aggiunti di ricorso sono infondati.

Con il nono motivo di ricorso (il primo dei motivi aggiunti) la ricorrente deduce la violazione dell'articolo 38, 48 e 51 del codice dei contratti sotto vari profili, distintamente articolati.

Gli stessi sono tutti infondati per le ragioni di seguito specificate.

13.1. Secondo il ricorrente l'AMGA servizi energia Srl avrebbe ommesso di presentare la documentazione con riferimento ad AMGA energia Srl in liquidazione, cedente il proprio ramo d'azienda all'Amga servizi Energia.

A prescindere dalla circostanza, non contestata dalla ricorrente ai sensi dell'articolo 64, comma secondo del c.p.a., dedotta dalla difesa del comune secondo cui gli amministratori di entrambe le società erano gli stessi e che, quindi, hanno già presentato le dichiarazioni di cui all'articolo 38 (pag 8 memoria del comune depositata il 4 giugno 2013), appare comunque decisiva la circostanza di fatto documentata dalla contro interessata che ha evidenziato come la cessione del ramo d'azienda sia avvenuta in data 28 dicembre 2010. Il bando è stato pubblicato il 2 dicembre 2012 e, quindi, era già decorso un anno rispetto l'intervenuta cessione.

In proposito va osservato che l'articolo 38 del codice dei contratti citato, nel testo risultante dalle modifiche intervenute per effetto della legge 12 luglio 2011 numero 106, ha ridotto ad un anno (in luogo dei tre anni originariamente previsti) il periodo temporale di riferimento per le dichiarazioni a carico dei soggetti cessati dalla carica. Ciò è stato precisato dalla stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato secondo cui "3.3. Alla luce delle esposte considerazioni deve quindi ritenersi la sussistenza in capo al cessionario dell'onere di presentare la dichiarazione relativa al requisito di cui all'art. 38, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006 anche in riferimento agli amministratori ed ai direttori tecnici che hanno operato presso la cedente nell'ultimo triennio (ora nell'ultimo anno)".

13.2. Ne può comportare l'esclusione dalla procedura la circostanza, evidenziata dal ricorrente, secondo cui alcune dichiarazioni richieste dall'articolo 38 non risulterebbero datate. Infatti, ben può essere ritenuta rilevante la data del protocollo relativa la presentazione della documentazione di gara o, al più, una richiesta di regolarizzazione in applicazione del principio del cosiddetto "soccorso istruttorio" per completare detta documentazione.

Il già citato principio della tipicità delle cause di esclusione, codificato dall'articolo 46 del codice dei contratti, come modificato dal decreto legge 13 maggio 2011, numero 70, non consentirebbe all'amministrazione di eliminare il contro interessato dalla procedura per effetto di detta incompletezza.

13.3. Ne è condivisibile la tesi secondo la quale mancherebbe la dichiarazione da parte di Karma International socio di maggioranza di Sofia Krematorium, poiché, come evidenziato dalla difesa del comune, le dichiarazioni richieste riguardano le persone fisiche. Inoltre, si tratta, comunque, di un soggetto diverso rispetto a quello facente parte del raggruppamento temporaneo candidato.

13.4. Ne può essere accolta la tesi del ricorrente secondo la quale le dichiarazioni di cui all'articolo 38 del codice dei contratti, presentate in sede di "manifestazione di interesse" avrebbero dovuto essere tutte confermate nel momento della presentazione dell'offerta. Infatti, detta documentazione deve ritenersi valida, evitando un'inutile aggravio del procedimento, salvo naturalmente il poterdovere di controllo del Comune ai sensi dell'articolo 48.

13.5. Ne incide sulla legittimità della procedura la circostanza che la società Amga abbia, nelle more, esteso il proprio oggetto sociale, senza comunicarlo alla stazione appaltante. Infatti, nessuna norma del codice dei contratti e nemmeno il bando di gara imponevano detto adempimento e del resto la ricorrente non indica alcuna norma che sia stata violata per questo profilo.

13.6. Risulta, inoltre, documentalmente smentita la circostanza che l'attestazione SOA della CIMS, presentata in sede di manifestazione di interesse, non fosse più valida. Il Comune, infatti, ha prodotto la documentazione da cui risulta la validità della stessa al momento della presentazione dell'offerta e fino al 28/2/2013 (doc. 36).

13.7. Ne è fondata la tesi del ricorrente secondo il quale la società Novaspes investimenti non avrebbe presentato la dichiarazione d'impegno della impresa ausiliaria Urcioli groups richiesta dal punto 4.2. della lettera d'invito con riferimento ai requisiti economici e patrimoniali. Infatti, la dichiarazione presentata è conforme a quanto richiesto dall'articolo 49 del codice dei contratti evidenziandosi, inoltre, che la responsabilità solidale è ex lege proprio ai sensi del quarto comma del citato articolo 49 (vedi dichiarazione impresa Urcioli DOC 38 depositato dal Comune) e che l'impresa Urcioli si impegna a mettere a disposizione le risorse anche verso l'amministrazione.

13.8. Nè era necessaria un'ulteriore conferma della volontà di avvalersi dei requisiti dell'ausiliaria in sede di presentazione dell'offerta, rispetto a quanto già dichiarato al momento della "manifestazione di interesse".

14. Con il decimo motivo di ricorso (il secondo dei motivi aggiunti) la ricorrente insiste ancora sulla circostanza che non sarebbero state indicate le parti di servizio e dei lavori che saranno svolte dai singoli componenti del raggruppamento.

Come già evidenziato al punto 7 della presente decisione la vincitrice è un raggruppamento orizzontale e nell'offerta ha precisato che tutte le imprese avrebbero svolto indifferentemente il servizio e ne ha indicato la percentuale. Trattandosi di un raggruppamento orizzontale, infatti, è sufficiente l'indicazione della misura percentuale senza necessità di specificare le parti del servizio da eseguire ad opera delle singole imprese.

14.1. La circostanza che vi sia un errore materiale nell'indicare la percentuale del 36%, attribuita a CIF, era perfettamente riscontrabile confrontandola con la percentuale indicata nella "manifestazione di interesse" e, comunque, la correzione del mero errore materiale è sempre possibile in virtù del principio del "soccorso istruttorio" poiché la dichiarazione è presente agli atti della procedura.

15. Con l'undicesimo motivo (il terzo motivo aggiunto) si ripropone la questione della mancanza dei requisiti di capacità economico finanziaria.

Come sopra precisato la prescrizione del bando che fa riferimento ai tre esercizi antecedente la pubblicazione consente di ricomprendervi anche il fatturato del 2011, poiché il bando è stato pubblicato nel dicembre 2011 ed è, quindi, infondata la censura con riferimento a detto profilo.

15.1. Né sussiste la dedotta carenza del requisito del fatturato in capo a CIMS.

Infatti, come evidenziato dalla difesa dell'amministrazione, la capogruppo CIMS avrebbe dovuto avere un fatturato riferito al complesso dei servizi (articolo 275 del regolamento attuativo del codice dei contratti) e, quindi, non anche il 50% del fatturato richiesto per la cremazione.

Quanto alla dedotta inidoneità della fattura concernente un importo di circa € 66.000, che la difesa del comune ritiene comunque correttamente riferibile a servizi cimiteriali, la stessa, tenuto conto dell'importo, non incide sull'ammontare del fatturato richiesto e quindi la censura non supera la prova di resistenza.

15.2. La certificazione CCIA presentata dalla capogruppo CIMS è del 6/3/2012 ed è, comunque, idonea, (ancorché secondo la tesi del ricorrente di data inferiore ai 15 giorni rispetto alla presentazione dichiarazione di interesse, come richiesto dal bando), poiché la non chiara prescrizione, non a pena di esclusione, consente di ritenere corretta la presentazione di un certificato il più possibile attuale rispetto alla scadenza del termine per la presentazione della manifestazione di interesse. Comunque, ciò non può comportare l'esclusione dalla procedura ma al massimo una richiesta di precisazione documentale.

15.3. Inoltre il punto 4/2 del bando richiedeva soltanto l'indicazione dei titoli di studio e professionali e dell'esperienza maturata del settore per i responsabili dei servizi come effettuato dalla CIMS stessa.

15.4. Analogamente sono infondate le censure concernente AMGA Servizi SRL, per quanto concerne il fatturato.

Per le ragioni sopra indicate appare corretta la dichiarazione del fatturato specifico riferita all'anno 2011 inoltre non appare rilevante la mancata produzione dei bilanci essendo sufficiente la documentazione della "situazione patrimoniale ed economica" che appare idonea, ai sensi dell'articolo 41 del codice dei contratti, a comprovare la situazione economico finanziaria.

15.5. Analogamente a quanto sopra rilevato per la capogruppo CIMS anche la certificazione CCIA prodotta dall'AMGA è datata 6/3/2012 ed appare idonea come precisato al punto 15.2 della presente decisione.

15.6. La circostanza, poi, che i titoli del responsabile siano in lingua straniera senza traduzione giurata non può portare all'esclusione dalla procedura ma, se del caso, ad una regolarizzazione.

15.7. Nei confronti della CIF vengono avanzate censure analoghe a quelle proposte avverso la capogruppo CIMS ed all'AMGA e, pertanto, valgono le considerazioni di cui sopra.

15.8. Analogamente per quanto riguarda la società Novaspes Investimenti srl valgono le considerazioni di cui sopra in relazione alle analoghe censure dedotte.

Si evidenzia inoltre che appare corretta la tesi difensiva del comune in ordine al fatturato di € 100.000 per i servizi cimiteriali. Trattandosi di elementi prefabbricati di loculi è idonea a documentare il fatturato in servizi cimiteriali.

15.9. Non era, inoltre, necessario presentare i bilanci dell'ausiliaria Urcioli Group's srl poiché l'avvalimento riguardava il requisito tecnico del fatturato specifico essendo il requisito finanziario già posseduto dalla capogruppo.

15.10. Inoltre, non era necessario allegare i titoli di studio dei signori Nicola e Silvano Urcioli non essendo dimostrato che gli stessi ricoprano ruoli di responsabilità nella prestazione dei servizi, come del resto evidenziato dalla difesa del comune e non contestato dalle ricorrenti

15.11. Quanto alle doglianze concernenti la Sofia krematorium, analoghe a quelle concernenti gli altri operatori economici, valgono stesse considerazioni di cui sopra sia per quanto riguarda gli anni di riferimento del fatturato (il 2011) sia per quanto riguarda l'iscrizione la "Agenzia per le iscrizioni", trattandosi di impresa straniera.

15.12. In particolare, poi, per quanto riguarda il contestato ammontare dei ricavi per lo svolgimento di servizi di cremazione si tratta comunque di importi superiori a quelli previsti dagli atti di gara (1.000.000 di euro), anche seguendo la tesi dei ricorrenti, puntualmente contestata dalla difesa dell'amministrazione.

È stato, inoltre, fornito un elenco con tutte le informazioni richieste concernenti il tipo e la quantità dei servizi svolti (numero di cremazioni) con relativa traduzione.

16. Va, inoltre, respinto il dodicesimo motivo di ricorso (il terzo dei motivi aggiunti) con il quale si deduce la violazione dell'articolo 49 del codice dei contratti in tema di avvalimento.

Non sono fondate le censure relative all'avvalimento CIMS- AMGA.

A prescindere dalla tesi difensiva dell'amministrazione, la quale ritiene che sia sufficiente, per la capogruppo, il possesso dei requisiti "in misura maggioritaria" rispetto agli altri componenti e non, come prospettato da ricorrente nella misura del 50%, va osservato che anche detraendo alla società AMGA Energia la quota di fatturato corrispondente alla quota di partecipazione e di esecuzione del raggruppamento temporaneo, residuerebbe un importo di circa € 1.300.000 il quale, sommato a requisito posseduto dalla capogruppo, in proprio, pari ad euro 1.228.396, sarebbe comunque superiore al 50% richiesto. La censura, pertanto, è inammissibile, non superando la prova di resistenza, oltre che infondata.

16.1. Inoltre, la dichiarazione di avvalimento, in conformità con le prescrizioni del bando (punto 4.2.lettera h) richiama puntualmente il requisito tecnico del fatturato (fino al raggiungimento della misura del 51%) e, quindi, è nella sostanza idonea.

16.2. Anche le censure concernenti il mancato rispetto formale delle prescrizioni previste in tema di avvalimento non sono condivisibili.

La società AMGA è una delle mandanti del raggruppamento e nella fattispecie vi è, quindi, un avvalimento cosiddetto interno. Il contratto stipulato tra le parti, prodotto in atti, precisa all'articolo 6 che le parti sono solidalmente responsabili per la corretta esecuzione delle prestazioni e richiamando anche l'articolo 49 del codice dei contratti costituisce un vincolo giuridico idoneo a soddisfare requisiti richiesti, ai sensi della lettera f) della disposizione, anche per quanto concerne l'avvalimento (doc. 54).

Non si tratta di un contratto di subappalto da cui l'irrilevanza delle censure concernenti questo profilo.

16.3. Non sono fondate neppure le censure relative all'avvalimento Novaspes – Urcioli Group's. Per quanto concerne il requisito del patrimonio netto lo stesso era assolto dalla capogruppo CIMS, come dedotto dalla difesa del comune. Per quanto riguarda il fatturato dichiarato l'amministrazione dimostra di aver acquisito in sede di controllo le relative fatture le quali, trattandosi di fornitura di loculi cimiteriali, non costituiscono lavori bensì servizi cimiteriali, contrariamente a quanto dedotto

da ricorrente. Mentre per quanto concerne i requisiti generali, cui fà genericamente riferimento la censura, dichiarati al momento della manifestazione di interesse, gli stessi risultano anche controllati dall'amministrazione (vedi richiesta ai sensi dell'articolo 48 del codice dei contratti).

17. È infondato anche il tredicesimo motivo di ricorso (il quarto dei motivi aggiunti).

Si tratta perlopiù di vizi irrilevanti che non potrebbero portare all'esclusione della candidata stante il principio della tassatività delle cause di esclusione, codificato dall'articolo 46 del codice dei contratti, come modificato dal decreto legge 13 maggio 2011, numero 70.

In particolare il cosiddetto patto di riservatezza, comunque da tutti sottoscritto, appare anche su carta intestata, contrariamente a quanto dedotto.

La mancanza di timbri e di firme in qualche pagina intermedia in qualche dichiarazione non ha posto alcun dubbio all'amministrazione sulla loro riferibilità e provenienza (a parte la genericità della censura che non riferisce indicazioni puntuali in proposito).

Quanto ai documenti societari della Sofia krematorium va osservato che per le società straniere l'articolo 47 del codice prevede minori obblighi formali precisando che la "qualificazione" non è condizione obbligatoria per la partecipazione alla gara.

Poiché la norma precisa che le imprese straniere si qualificano alla singola gara producendo la documentazione conforme alle normative vigenti nei rispettivi paesi il ricorrente avrebbe dovuto dedurre la violazione puntuale di una norma straniera.

17.1. Quanto alle dichiarazioni rese dalle imprese partecipanti al raggruppamento aggiudicatario al di là della "crocetta sul punto relativo" risulta chiaro dalla documentazione dagli impegni assunti l'intenzione di costituire un raggruppamento temporaneo di imprese in caso di aggiudicazione.

18. E', infine, infondato il quattordicesimo motivo di ricorso (il quinto dei motivi aggiunti) con il quale si censura sotto vari profili la mancata valutazione di anomalia dell'offerta tecnica presentata da raggruppamento aggiudicatario.

In pratica con questa censura si chiede al Tar di verificare il contenuto dell'offerta per quanto concerne l'idoneità del piano industriale presentato in relazione alle tariffe, ai volumi ipotizzati di attività, ai valori di produzione ed ai costi (anche con riferimento alla costruzione degli ossari) nonché l'analisi dei costi e dei relativi ricavi sotto il profilo degli utili programmati.

In proposito valgono le considerazioni di cui al punto 10 della presente decisione in particolare per quanto concerne il carattere facoltativo e discrezionale per l'amministrazione della valutazione di anomalia dell'offerta presentata nella presente gara che vede due soli partecipanti nonché sui limiti del potere del giudice amministrativo. Il giudice ha il potere di verificare la legittimità della verifica di anomalia già compiuta dall'amministrazione ma non può, nel giudizio di cognizione, sostituirsi all'amministrazione compiendo per la prima volta, in sede giudiziaria, la verifica di anomalia.

18.1. Ciò a prescindere dalla fondatezza o meno della censura di tardività sollevata dalla controinteressata la quale sostiene che il piano industriale era stato antecedentemente conosciuto.

19. In conclusione, per le ragioni sopra esposte, va respinto il ricorso introduttivo, ivi compresi i motivi aggiunti notificati, nonché il ricorso incidentale.

20. Le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti.

Vi è, infatti, soccombenza reciproca tra il ricorrente ed il controinteressato, essendo stato respinto anche il ricorso incidentale proposto da quest'ultimo.

20.1. Sussistono giustificati motivi per la compensazione delle spese tra il ricorrente e l'amministrazione attesa la novità delle numerose questioni interpretative dedotte ed in particolare

l'assenza di precedenti giurisprudenziali con riferimento alle norme contenute nella legge regionale di cui si è dedotta la violazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso principale, i motivi aggiunti ed il ricorso incidentale.

Spese compensate.

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

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

Ugo Di Benedetto, Presidente FF, Estensore

Italo Caso, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/06/2013

IL SEGRETARIO

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