

N. 02006/2015REG.PROV.COLL.

N. 03931/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 3931 del 2013, proposto da:
Turigest s.r.l. in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con La Cascina Global Service s.r.l., mandante, rappresentate e difese dall'avvocato Francesco Maria Fucci, con domicilio eletto presso l'avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

contro

Unione dei Comuni della Messapia in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Erroi, con domicilio eletto presso l'avvocato Giuseppe Pecorilla in Roma, via della Scrofa n. 64;

nei confronti di

Ridal s.r.l. in persona del legale rappresentante, in proprio ed in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo con Soc. Coop. di Produzione e Lavoro Tre Fiammelle, mandante, e Soc. Coop Winservice, mandante, rappresentate e difese dall'avvocato Valeria Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Rinascimento n. 11;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Lecce, Sezione III, n. 00322/2013, resa tra le parti, concernente affidamento fornitura e somministrazione pasti caldi scuola per l'infanzia dei Comuni dell'Unione e per Lizzanello, anche primarie, sezioni sperimentali, nonché preparazione e recapito pasti a domicilio di anziani e pulizia locali cucina e refezione - risarcimento danni

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Unione dei Comuni della Messapia e di Ridal s.r.l in proprio ed in qualità di mandataria di raggruppamento temporaneo con Soc. Coop. di Produzione e Lavoro Tre Fiammelle e con Soc. Coop Winservice;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, decimo comma, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 febbraio 2015 il consigliere Manfredo Atzeni e uditi per le parti gli avvocati Francesco Maria Fucci, Felice E. Lorusso su delega dell'avvocato Luca Erroi, Gianluigi Pellegrino su delega dell'avvocato Valeria Pellegrino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Lecce, rubricato al n. 943/2012, la s.r.l. Turigest, in raggruppamento temporaneo con La Cascina Cervice s.r.l. (in prosieguo di trattazione RTI Turigest) impugnava la determinazione dirigenziale n. 22 in data 16 maggio 2012 con cui l'Unione dei Comuni di Messapia aveva aggiudicato la gara per l'affidamento del contratto di fornitura e somministrazione di pasti caldi alle scuole dell'infanzia dei Comuni dell'Unione (per il Comune di Lizzanello anche presso le scuole primarie – sezioni sperimentali) e per la preparazione e il recapito dei pasti a domicilio di anziani, pulizia dei locali e della refezione per gli anni scolastici 2011/12 – 2015/16.

La ricorrente si classificava al secondo posto con 90,347 punti a fronte degli 85,688 attribuiti alla s.r.l. Ridal, in raggruppamento con Tre Fiammelle e Wincervice (in prosieguo di trattazione RTI Ridal), risultata aggiudicataria del contratto.

Chiedeva quindi l'annullamento dell'aggiudicazione e degli atti di gara, contestando l'ammissione dell'aggiudicataria alla procedura sotto i seguenti profili:

- 1) violazione dell'art. 40 c. 7 e 75 c. 7 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, avendo l'aggiudicataria presentato una cauzione provvisoria ridotta del 50% nonostante la mandataria Ridal e la mandante Wincervice siano prive del certificato di qualità necessario per usufruire del beneficio in questione; inidoneità della cauzione emessa da società assicurativa inidonea e inaffidabile;
- 2) violazione del punto III.2.1. del bando di gara recante "Condizioni di partecipazione", per assenza in capo a Wincervice del requisito di capacità tecnica richiesto in alternativa alla certificazione di qualità;
- 3) eccesso di potere, contraddittorietà e difetto di istruttoria per mancanza di elementi di valutazione dell'offerta qualitativa (incompletezza dei dati relativi al centro di cottura principale e di emergenza);
- 4) violazione del punto III.2.1.3 del bando di gara recante "Capacità tecnica – tipo di prove richieste", per mancanza del requisito tecnico in capo a Tre Fiammelle, avendo essa dichiarato un fatturato per servizi identici (2008 – 2010), riferito ad un appalto eseguito in raggruppamento, in misura proporzionale alla quota di partecipazione e non invece a quella effettiva (e minore) di esecuzione dei servizi;
- 5) violazione della prescrizione di cui al disciplinare di gara, secondo cui l'offerta tecnica deve essere contenuta entro le 10 facciate.

Si costituiva in giudizio il RTI Ridal, il quale proponeva appello incidentale escludente contestando l'ammissione alla gara della ricorrente principale per assenza del fatturato globale e specifico richiesto dal bando (punto III.2.1. lett. h e lett. i) in capo alla mandataria Turigest (titolare del raggruppamento al 60% ed entro tale limite chiamata a dimostrare il possesso del requisito):

- 1) violazione dell'art. 35 D.Lgs. 163/2006 e art. 77 del regolamento di attuazione, per illegittimo impiego da parte dell'impresa ausiliaria di Turigest (Consorzio Stabile A Tavola) dei fatturati di tutte le consorziate;
- 2) illegittimo impiego da parte dell'impresa ausiliaria del fatturato specifico riveniente dal contratto di affitto del ramo di azienda (della Società consortile Remida a r.l.) per quella parte prodotta in data anteriore alla sottoscrizione del contratto, ossia prima del 29 settembre 2009.

Si costituiva in giudizio anche l'Unione dei Comuni della Messapia per resistere al ricorso.

Con sentenza n. 322 in data 13 dicembre 2012, il Tribunale amministrativo della Puglia, sede di Lecce, Sezione Terza, esaminava prioritariamente il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario e lo accoglieva ritenendo l'assorbente fondatezza del secondo motivo di censura, dichiarando inammissibile quello principale.

2. Avverso la predetta sentenza propone appello, rubricato al n. 3931/2013, il RTI Turigest contestando gli argomenti che ne costituiscono il presupposto e chiedendo la sua riforma e l'accoglimento del ricorso di primo grado.

Si è costituita in giudizio l'Unione dei Comuni della Messapia chiedendo il rigetto dell'appello.

Anche il RTI Ridal si è costituito in giudizio resistendo all'appello e riproponendo i motivi di ricorso incidentale non esaminati dal TAR.

Le parti hanno scambiato memorie e repliche.

La causa è stata chiamata in decisione alla pubblica udienza del 17 febbraio 2015.

3. La causa deve essere trattenuta per la decisione nel merito nonostante nelle more del giudizio il contratto della cui aggiudicazione si discute sia stato risolto per inadempimento.

La controversia, infatti, riguarda esclusivamente il procedimento di scelta del contraente privato, mentre sono ad essa estranei tutti gli accadimenti successivi, relativi allo svolgimento del rapporto.

- 3.1. L'appello è infondato e non può essere accolto, dovendo trovare conferma la ricostruzione operata nella sentenza di primo grado, con le puntualizzazioni che seguono.

Il primo giudice ha ritenuto sussistere un motivo (assorbente) di esclusione del raggruppamento odierno appellante in quanto la mandataria Turigest aveva dichiarato, nella domanda, un fatturato relativo a servizi identici inferiore al valore richiesto ai fini dell'ammissione.

- 3.2. Le censure sollevate dal raggruppamento appellante per contestare l'accoglimento dell'opposto ricorso incidentale non sono fondate.

Dispone il disciplinare che *“il requisito dei servizi identici a quello oggetto della presente gara [prestati nel triennio 2008-2009-2010 per l'importo almeno pari a all'importo a base di gara] deve essere posseduto dalla impresa designata quale capogruppo per una percentuale pari al 60% e per la rimanente parte dal raggruppamento nel suo insieme; il raggruppamento deve comunque possedere, nel suo complesso, il totale dei requisiti richiesti”* (pag. 5).

Quindi la mandataria Turigest doveva dichiarare un fatturato specifico almeno pari a 810.000,00 (60% di 1.350.000,00).

Al riguardo, è documentato in atti che la mandataria Turigest si è avvalsa dei requisiti economici di Consorzio Stabile, il quale a sua volta ha incluso nel fatturato specifico (triennio 2008-2010) quello

riconducibile alla società consortile Remida, benché quest'ultima sia stata acquisita in affitto soltanto in data 29 settembre 2009.

Il primo giudice ha rilevato che erroneamente l'impresa ausiliaria (e per essa il raggruppamento ricorrente) ha computato il fatturato specifico di Remida con riferimento all'intero 2008 (310.773,50) e ai primi nove mesi del 2009 (278.986,58) e ha affermato che il passaggio della qualificazione opera "de futuro" a seguito della stipulazione del contratto di affitto di azienda, atteso che solo da tale momento si ha il trasferimento della gestione e della titolarità (*ad tempus*) dell'esercizio economico.

L'appellante censura la statuizione di accoglimento del ricorso incidentale per ultrapetizione (I motivo); la contesta nel merito (II motivo); deduce nuovamente, infine, il motivo emerso in corso di causa relativo al possesso del requisito economico-finanziario in capo alla impresa ausiliaria (III motivo) e i motivi del ricorso principale relativi al difetto dei requisiti di partecipazione non esaminati dal primo giudice (IV motivo), e reitera le domande di reintegrazione in forma specifica o risarcimento per equivalente.

3.2. L'appellante sostiene che l'argomentazione accolta dal primo giudice non è stata dedotta in primo grado, dall'odierna appellata, nel ricorso incidentale ma solo in memoria non notificata, per cui doveva essere dichiarata inammissibile.

La tesi non trova corrispondenza negli atti di causa in quanto il mezzo di gravame di cui si tratta è stato articolato da pag. 4 a pag. 14 del ricorso incidentale, per cui non è proprio dato comprendere sotto quale profilo la doglianza in discussione dovesse essere dichiarata inammissibile.

La doglianza deve quindi essere respinta.

3.3. L'appellante contesta poi nel merito l'accoglimento il ricorso incidentale, affermando che il requisito economico-finanziario richiesto dalla normativa di gara (fatturato specifico) è stato correttamente individuato nel fatturato dichiarato dalla ausiliaria Consorzio Stabile, alla quale è riconducibile tutto il fatturato maturato nel triennio di riferimento (2008-2010) dalla consorziata Remida.

Afferma il raggruppamento appellante che per effetto dell'acquisizione di azienda (affitto di azienda di Remida del 29 settembre 2009) l'impresa ausiliaria è subentrata nella complessiva posizione soggettiva facente capo a Remida e quindi in tutti i rapporti pregressi a prescindere dal fatto che essa sia stata acquisita in affitto soltanto nella data suddetta, e che pertanto la sentenza impugnata deve essere riformata per violazione dell'art. 51 D.gs. 163/2006.

La tesi non può essere condivisa.

L'invocato art. 51 recita: "*Qualora i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano, affittino l'azienda o un ramo di azienda, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società, il cessionario, l'affittuario ovvero il soggetto risultante dall'avvenuta trasformazione, fusione o scissione, sono ammessi alla gara, all'aggiudicazione, alla stipulazione, previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, nonché dei requisiti necessari in base agli eventuali criteri selettivi utilizzati dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 62, anche in ragione della cessione, della locazione, della fusione, della scissione e della trasformazione previsti dal presente codice*".

La norma quindi espressamente ricomprende all'interno del suo ambito operativo tutte le ipotesi di modificazione soggettiva che possono configurarsi nella fase pubblicistica degli appalti, disciplinando le vicende afferenti al singolo candidato ovvero al concorrente singolo o associato o consorziato sia con riferimento alla procedura di gara sia nella fase successiva dell'aggiudicazione o della stipula del contratto.

La norma richiamata chiarisce che il legislatore, nel risolvere il bilanciamento tra "*favor participationis*" ed esigenza di certezza della qualificazione dei candidati, ha dato la prevalenza a tale ultima esigenza, disponendo che nel caso di modifica soggettiva del concorrente la stazione appaltante deve accertare il

possesso di tutti i requisiti in base ai criteri selettivi utilizzati nel bando ed in ragione della natura del rapporto sottostante la modifica soggettiva.

Poiché l'azienda è funzionalmente preordinata all'esercizio dell'attività di impresa, i requisiti devono essere posseduti in capo al soggetto giuridico (imprenditore) titolare dell'azienda.

Con la conseguenza che il requisito economico-finanziario di cui si discute (fatturato specifico di Remida acquisita in affitto dall'impresa ausiliaria) può essere correttamente riferito all'impresa ausiliaria soltanto in costanza del rapporto di affitto di azienda, vale a dire a decorrere dal 29 settembre 2009.

Il motivo deve essere pertanto disatteso.

3.4. L'appellante sostiene che erroneamente il primo giudice ha ritenuto non rilevanti ai fini della dimostrazione del requisito economico-finanziario i dati forniti in corso di causa relativi al fatturato prodotto dall'impresa ausiliaria nel 2010 ma non riportato in domanda.

L'appellante precisa che nel corso del giudizio di primo grado ha dimostrato che l'impresa ausiliaria nel 2010 dichiarava un fatturato specifico pari a 1.480.868,94 euro, da solo sufficiente a soddisfare il requisito di gara.

Osserva il Collegio che tale integrazione di dati è stata fornita per la prima volta in sede giudiziale e che tali informazioni erano del tutto carenti nella domanda anche se indispensabili per l'ammissione alla gara e un'utile valutazione dell'offerta.

Il giudice di primo grado, sulla base della clausola contenuta a pag. 5 del disciplinare facente riferimento ai documenti, certificati e dichiarazioni richiesti a pena di esclusione, condivisibilmente ha affermato che detta prescrizione comprende anche l'indicazione puntuale e specifica del requisito economico-finanziario (per servizi identici) ed in tal senso ha circoscritto l'oggetto dell'avvalimento ai servizi specifici riportati nella domanda, nel rispetto del principio della parità fra i concorrenti.

Conseguentemente il collegio rileva che il raggruppamento appellante doveva essere escluso per carenza delle suddette informazioni essenziali; infatti l'indicazione del fatturato pregresso relativo alle specifiche prestazioni oggetto della gara in capo alla mandataria è indispensabile per consentire alla stazione appaltante di valutare la solidità economica e la capacità professionale del concorrente; la sua assenza inficia la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta e preclude l'esercizio del cosiddetto soccorso istruttorio.

Va dunque rilevata la insanabile mancanza delle attestazioni specificamente riferite al fatturato specifico, sia per la genericità della dichiarazione rilasciata in domanda dal raggruppamento ricorrente (che attiene alla dichiarazione non circostanziata sulla sussistenza in capo alla mandataria del fatturato specifico prescritto dal bando di gara senza alcuna precisazione) sia per l'omessa indicazione e quantificazione del fatturato 2010 effettivamente posseduto dall'impresa ausiliaria ma allegato solo in corso di causa.

Atteso che nel caso di specie è pacifico, in punto di fatto, che l'impresa ausiliaria ha fatto riferimento al fatturato maturato dalla propria consorziata in data precedente la sua acquisizione in affitto mente non ha allegato alla domanda il fatturato maturato in costanza di rapporto, la conclusione del primo giudice circa l'illegittimità dell'ammissione al procedimento del raggruppamento appellante deve essere condivisa.

4. In conclusione, l'appello principale deve essere respinto con la conseguente conferma della sentenza impugnata.

L'appello incidentale deve essere dichiarato improcedibile.

Le spese del grado devono essere integralmente compensate fra le parti costituite, in ragione della complessità della causa.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello n. 3931/2013, come in epigrafe proposto, lo respinge; dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Compensa integralmente spese ed onorari del presente grado del giudizio fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 febbraio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/04/2015

IL SEGRETARIO

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