

N. 00586/2011 REG.PROV.COLL.
N. 00667/2008 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 Lombardia
sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 667 del 2008, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Impresa Rossi Luigi Srl, anche quale mandataria del costituendo R.T.I. con - Societa' Ags Italia Spa e Societa' Ags Italia Spa, rappresentate e difese dagli avv.ti Alessandro Cecchi e Innocenzo Gorlani, con domicilio eletto presso Innocenzo Gorlani in Brescia, via Romanino, 16;

contro

Comm Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Donatella Bono e Antonio Roberti, con domicilio eletto presso Donatella Bono in Brescia, via Bulloni, 12;

nei confronti di

Societa' Rossi Italia Srl, in R.T.I con Canavesi Srl, rappresentate e difese dall'avv. Giovanni Esposito, con domicilio eletto presso

Giovanni Esposito in Brescia, via Inganni, 4;

Hansa Luftbild - Aerosistemi - G.E.I.E. (Sigla Abbreviata Hansaer G.E.I.E.) e Compucart Sc Arl, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

- del verbale del Consiglio di Amministrazione della società COMM s.r.l. del 2 maggio 2008, con il quale è stata approvata la graduatoria finale ed aggiudicato definitivamente al costituendo R.T.I., tra la Rossi Italia s.r.l. di Brescia e la Canavesi s.r.l. di Bergamo, il servizio per la produzione della cartografia numerica e del DBT alle scale 1:2000 e 1:50.000 del territorio di 39 comuni dell'aggregazione "Comuni Montani Bergamaschi";

- del provvedimento di nomina della commissione, degli atti e dei verbali della suddetta gara e di ogni altro provvedimento, anche incognito, se lesivo;

e per la condanna

della COMM s.r.l. ad aggiudicare alle società ricorrenti in costituendo R.T.I. il servizio di cui è causa, o, in subordine, a risarcire per equivalente tutti i danni patiti per il mancato svolgimento del servizio.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comm Srl e di Societa' Rossi Italia Srl, in R.T.I con Canavesi Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 marzo 2011 la dott.ssa

Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le società ricorrenti hanno partecipato, in forma di costituendo R.T.I., come gli altri quattro soggetti che hanno presentato un'offerta, alla gara indetta dalla società COMM s.r.l. per l'aggiudicazione, con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa ed un importo complessivo di 377.000,00 Euro, il servizio per la produzione della cartografia numerica e del DBT alle scale 1:2000 e 1:50.000 del territorio di 39 comuni dell'aggregazione "Comuni Montani Bergamaschi".

Dopo aver superato il controllo a campione della documentazione amministrativa, l'offerta delle ricorrenti è stata ammessa, al pari di quella di altri due soggetti, senza riserve, mentre nei confronti del raggruppamento tra G.E.I.E. Hansa Luftbild Aerisitemi e Compocart scarl e dell'R.T.I. Rossi Italia s.r.l. e Canavesi s.r.l., l'ammissione è stata con riserva: ciò in ragione del segnalato, da parte di un concorrente presente, possibile contrasto tra il numero di dipendenti indicato per svolgere il lavoro e la dichiarazione di esonero dal rispetto della legge n. 68/1999, per quanto riguarda il primo e dell'omessa indicazione della percentuale o parte del servizio che ciascuna impresa avrebbe eseguito, il secondo.

A seguito di ciò la stazione appaltante ha sospeso la seduta pubblica

per procedere, in seduta riservata, ad esaminare le offerte tecniche.

Successivamente, in seduta pubblica, sono state aperte le offerte economiche, il che ha consentito di accertare che i due concorrenti ammessi con riserva avevano ommesso di corredare l'offerta con le giustificazioni relative all'anomalia dell'offerta.

Dopo aver provveduto all'approvazione della graduatoria finale che ha visto la gara aggiudicata al costituendo R.T.I. tra la Rossi Italia s.r.l. di Brescia e la Canavesi s.r.l. di Bergamo, con la collocazione al secondo posto del raggruppamento tra G.E.I.E. Hansa Luftbild Aerisitemi e Compocart scarl e al terzo posto del raggruppamento ricorrente, con deliberazione del consiglio di amministrazione del 2 maggio 2008 è stata definitivamente sciolta ogni riserva e il servizio aggiudicato in via definitiva al soggetto primo classificato.

Ritenendo illegittimo tale esito della procedura concorsuale, l'impresa Rossi e la sua mandante hanno proposto il ricorso in esame, provvedendo a dimostrare l'interesse all'esclusione di entrambi i soggetti che precedono il loro raggruppamento nella graduatoria finale, il quale determinerebbe l'aggiudicazione a quest'ultimo. Nel ricorso sono stati quindi dedotti:

1. violazione e falsa applicazione dell'art. 37 del d. lgs. n. 163 del 2006, nonché dell'art. 9 del disciplinare di gara e dell'art. 253, comma 9, del d. lgs. n. 163/2006, laddove l'R.T.I. risultato aggiudicatario non ha provveduto a specificare le parti di servizio che saranno svolte da ciascun partecipante al raggruppamento: specificazione, questa, imposta dalla necessità di consentire la verifica della sussistenza dei

requisiti minimi richiesti in capo ai partecipanti;

2. violazione e falsa applicazione dell'art. 34 del d. lgs. 163/2006 e dell'art. 10 del d. lgs. 240/1991, in quanto la forma organizzativa prescelta dal raggruppamento secondo classificato non sarebbe compatibile con l'art. 34 del d. lgs. 163/2006: esso prevede, infatti, un raggruppamento temporaneo tra un GEIE e una cooperativa, dando vita ad una forma associativa di secondo livello non prevista dal legislatore;

3. violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e 87 del d. lgs. n. 163 del 2006, nonché dell'art. 12 del disciplinare di gara. Entrambi i raggruppamenti collocatisi nei primi due posti della graduatoria non avrebbero presentato le giustificazioni previste dall'art. 87 del codice degli appalti, nonostante l'art. 12 del disciplinare di gara facesse espresso riferimento, per quanto attiene al subprocedimento di verifica dell'anomalia, ai criteri di individuazione e di verifica, nonché alle procedure, di cui all'art. 87 del d. lgs. 163/06. Ciò è stato ritenuto ammissibile, dal Consiglio di Amministrazione, in quanto, a parere di quest'ultimo, la presentazione delle giustificazioni non era richiesta a pena di esclusione e comunque nessuna offerta è risultata aver superato la soglia di anomalia;

4. violazione e falsa applicazione dell'art. 84 del d. lgs. n. 163 del 2006, nonché dei principi generali in materia di composizione delle Commissioni di concorso. In via subordinata parte ricorrente ha ravvisato la dedotta illegittimità degli atti derivante dalla partecipazione alla commissione di gara di "soggetti politici", quali il

Presidente e un consigliere del Consiglio di Amministrazione della stazione appaltante, da qualificarsi quali amministratori pubblici trattandosi di una società pubblica. In ogni caso, secondo il citato art. 84, la commissione avrebbe dovuto essere presieduta da un dirigente e non anche dal Presidente del Consiglio di Amministrazione. Consiglio di Amministrazione che, seppur incompetente, si sarebbe sostituito alla Commissione nello scioglimento delle riserve avanzate rispetto all'ammissione dei soggetti poi qualificatisi ai primi due posti della graduatoria.

Si è costituita in giudizio la stazione appaltante, eccependo, in primo luogo, la carenza di interesse delle ricorrenti, in quanto, nel caso di rigetto delle censure volte all'esclusione dei primi due raggruppamenti in graduatoria, esse non avrebbero alcun interesse all'accoglimento delle ulteriori doglianze.

In punto di fatto essa ha specificato come la composizione della commissione di gara sia stata frutto dell'assenza, nella struttura della società, di dirigenti e/o funzionari.

Nel merito la Comm s.r.l. ha difeso la propria linea di condotta, in specie, con riferimento all'ammissione del raggruppamento aggiudicatario pur non avendo lo stesso specificato la percentuale delle prestazioni di competenza di ciascun partecipante al raggruppamento stesso: ad assolvere l'onere di cui all'art. 37 del d. lgs. 163/06 sarebbe, quindi, sufficiente l'elencazione delle parti di servizio operata da entrambi i componenti.

Anche l'ammissione del raggruppamento tra un GEIE e una

cooperativa risponderebbe, secondo la stazione appaltante, alle previsioni di legge, richiamando a tal fine la giurisprudenza secondo cui il GEIE, soggetto di derivazione comunitaria, dovrebbe essere qualificato come nuovo strumento societario avente unitaria soggettività al pari di un consorzio, per ciò stesso legittimato a partecipare alle gare (peraltro risalente a prima dell'entrata in vigore del d. lgs. 163/06).

Inoltre la norma non imporrebbe la necessaria produzione delle giustificazioni dell'anomalia in sede di presentazione delle offerte e la composizione della commissione di gara sarebbe avvenuta nel pieno rispetto delle norme, seppur considerando che la stazione appaltante è rappresentata da una società pubblica e non anche da un ente pubblico.

Si è costituita in giudizio anche il raggruppamento controinteressato (Rossi Italia s.r.l. – Canavesi s.r.l.), sostenendo che solo il comma 13 dell'art. 37 del d. lgs. 163/06 prevede espressamente la necessità di indicare la “percentuale” della prestazione da eseguire, con la conseguenza che tale specificazione non avrebbe potuto essere richiesta laddove, come nel comma 4, essa non fosse stata puntualmente richiesta. Conseguentemente l'onere imposto da quest'ultima disposizione sarebbe stato rispettato mediante la elencazione, da parte di entrambe le ditte partecipanti, delle parti di servizio o fasi di lavoro che ognuna di esse si impegnava ad eseguire; indicazione suscettibile di essere intesa nel senso che ciascuna di esse effettuerà il 50 % di ciascuna prestazione, come confermato dal fatto

che il raggruppamento è stato costituito con una partecipazione del 50 % ciascuno.

Una posizione analoga a quella assunta dalla stazione appaltante è sostenuta dalla controinteressata con riferimento alla dedotta inammissibilità di un raggruppamento tra un GEIE e un altro soggetto, nonché all'ammissione delle offerte anche in assenza del corredo delle giustificazioni.

Infine la contestazione della composizione della commissione giudicatrice sarebbe tardiva, in quanto avrebbe dovuto intervenire entro 60 giorni dal 29 aprile 2008 (data della prima seduta pubblica in cui la stessa risultava essere già ritualmente costituita), mentre il ricorso è stato spedito per la notifica solo il 30 giugno 2008.

Successivamente al rigetto della sospensiva, parte ricorrente ha notificato dei motivi aggiunti, deducendo l'illegittimità degli atti per violazione degli artt. 95 e ss. del DPR 554/99 in tema di principio di corrispondenza tra requisiti posseduti dall'impresa ed importo dei lavori da eseguire.

In vista della pubblica udienza la controinteressata ha presentato una memoria nella quale, oltre a ribadire quanto sostenuto nel proprio controricorso, ha precisato in fatto come il contratto sia stato, *medio tempore*, completamente eseguito. Le ricorrenti, peraltro, non risulta abbiano richiesto la dichiarazione di inefficacia del contratto, mentre la domanda volta ad ottenere l'assegnazione o aggiudicazione del contratto sarebbe, secondo la tesi di parte resistente, *ratione temporis*, viziata da difetto di giurisdizione, essendo stata proposta prima

dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo e, quindi, quando la giurisdizione doveva ritenersi del giudice ordinario.

Inoltre, con riferimento al ricorso per motivi aggiunti, il raggruppamento controinteressato ha eccepito la tardività della deduzione, in quanto il fatto che i due membri del raggruppamento aggiudicatario avrebbero svolto ciascuno il 50 % del servizio avrebbe dovuto essere immediatamente presunto dall'offerta nella quale entrambi si impegnavano allo svolgimento delle stesse prestazioni. Nel merito la doglianza sarebbe infondata perché nel raggruppamento fra imprese non vi sarebbe correlazione logica tra possesso dei requisiti e misura della partecipazione individuale (Cons. Stato, 24 aprile 2002, n. 2208).

Alla pubblica udienza del 30 marzo 2011 la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Deve essere preliminarmente rigettata l'eccezione in rito introdotta da parte resistente, poiché è ravvisabile un evidente interesse concreto ed attuale rispetto a tutte le censure dedotte nel ricorso, come sopra sinteticamente riportate, il cui integrale accoglimento determinerebbe l'aggiudicazione a favore delle ricorrenti.

Ciò premesso, passando all'esame del merito si rende opportuno premettere che la documentazione prodotta in atti dimostra come le imprese partecipanti al raggruppamento risultato aggiudicatario non abbiano specificato le parti di servizio che saranno svolte da ognuna di esse, affermando, invece, di svolgere entrambe tutte le prestazioni

richieste e cioè: restituzione fotogrammetrica, generazione del DTM, ricognizione, editing fotografico ed alfanumerico e predisposizione degli elaborati finali.

Tale formulazione dell'offerta è stata ritenuta ammissibile e conforme alla norma in quanto trattandosi di raggruppamento orizzontale le indicazioni in questione potevano, secondo l'interpretazione sposata dalla stazione appaltante, essere specificate al momento della costituzione del raggruppamento e del conferimento del mandato.

Tale convincimento è supportato da parte della giurisprudenza, peraltro risalente di qualche anno. Invero il Collegio non ignora che lo stesso risulta ora superato alla luce del più recente orientamento secondo cui la specificazione, almeno con l'indicazione della percentuale, delle prestazioni che competono a ciascun partecipante al raggruppamento è necessario, non solo perché l'art. 37, comma 4, non opera alcuna distinzione tra raggruppamento verticale e orizzontale, limitandosi a prevedere l'obbligo generale di specificazione, ma anche perché tale adempimento risponde a specifiche esigenze pubbliche. L'indicazione delle prestazioni rimesse a ciascun componente del raggruppamento che abbia partecipato alla gara per l'affidamento di un servizio o di una fornitura consente, infatti:

“a) conoscenza preventiva, da parte della stazione appaltante, di chi sarà il soggetto che esegue il servizio e la parte specifica del servizio ripartito e svolto dalle singole imprese al fine di rendere più spedita l'esecuzione del rapporto individuando il responsabile; b) agevole

verifica, da parte del responsabile del procedimento, della competenza tecnica dell'esecutore comparata con la documentazione prodotta in sede di gara; c) rendere effettiva la composizione del raggruppamento e rispondente alle esigenze di unire insieme capacità tecniche e finanziarie integrative e complementari e non a coprire la partecipazione di imprese non qualificate, aggirando così le norme di ammissione stabilite dal bando” (così si legge nella sentenza T.A.R. Sicilia Catania, sez. III, 08 aprile 2010 , n. 1060).

Conseguentemente, come affermato dal Consiglio Stato, nella sentenza 2 novembre 2009 , n. 6786: “Ai sensi dell'art. 37 comma 4, Codice dei contratti pubblici il raggruppamento temporaneo di imprese o di professionisti, sia di tipo verticale che di tipo orizzontale, che partecipi ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi, ha l'obbligo di indicare nella sua offerta le parti del servizio che saranno eseguite da ciascuna delle imprese o associazioni professionali facenti parte del raggruppamento, trattandosi per la stazione appaltante di dato conoscitivo essenziale al fine di verificare il possesso dei richiesti requisiti di idoneità.”.

Ciononostante, nel caso in esame l'ammissione alla gara del raggruppamento tra la Rossi Italia s.r.l. e la Canavesi s.r.l., risulta comunque essere conforme alla legge in considerazione del fatto che, avendo le due ditte espressamente assunto l'obbligo di eseguire entrambe le stesse prestazioni, non poteva che presumersi che intendevano farlo in quote uguali (in base ai principi generali che regolano l'offerta in materia contrattuale in ambito civilistico), così

come risulta successivamente dimostrato all'atto della costituzione del raggruppamento.

Il raggruppamento aggiudicatario avrebbe, però, dovuto essere escluso anche per un altro profilo, secondo la ricostruzione di parte ricorrente e cioè in ragione della mancata esplicitazione delle giustificazioni dell'offerta in prospettiva di una possibile valutazione di anomalia.

A tale proposito il Collegio ritiene di poter condividere la tesi secondo cui "L'inosservanza dell'obbligo, imposto dall'art. 86 comma 5, d.lg. n. 163 del 2005, di corredare l'offerta sin dalla sua presentazione delle giustificazioni preventive non comporta l'esclusione dalla procedura selettiva, atteso che le giustificazioni preventive non assurgono a requisito di partecipazione alla gara, venendo in rilievo la mancata documentazione solo in via eventuale nella fase successiva a quella di verifica dell'anomalia se e in quanto l'offerta risulti sospetta, avendo esse come unico scopo quello di accelerare il procedimento e consentire alla stazione appaltante una valutazione contestuale dell'insieme delle offerte" (così T.A.R. Campania Napoli, sez. I, 16 dicembre 2010 , n. 27519, che richiama la giurisprudenza consolidata di TAR Piemonte, Sez. I, 15 gennaio 2010 n. 226 e 11 febbraio 2009 n. 401; TAR Lazio Roma, Sez. III, 7 luglio 2009 n. 6574; TAR Umbria, Sez. I, 13 maggio 2009 n. 235).

Nel caso di specie, in cui il disciplinare di gara non risulta prevedere una clausola espressa di esclusione dalla gara in ragione della mancata produzione delle giustificazioni, non si ravvisa, quindi, nemmeno la

difficoltà di garantire il rispetto della par condicio, che non risulta, in concreto, essere stata lesa: nessuna offerta, infatti, ha superato la soglia di anomalia, cosicchè, in concreto, nessuna rilevanza ha assunto la mancata produzione delle giustificazioni in via anticipata con riferimento a nessuno dei due raggruppamenti che precede quello ricorrente in graduatoria.

Respinto il ricorso nella parte in cui tende ad escludere il raggruppamento aggiudicatario, non può ravvisarsi alcun interesse per la parte ricorrente all'esclusione dalla gara del raggruppamento secondo classificato, per cui si può prescindere dall'entrare nel merito della seconda doglianza ad esso riferita.

Non può, peraltro, trovare accoglimento nemmeno l'ultima doglianza dedotta in via subordinata con il ricorso introduttivo, relativa alla composizione della commissione.

È pur vero, a tale proposito, che la censura è stata introdotta con ricorso notificato dopo la scadenza del termine di sessanta giorni dalla piena conoscenza della composizione della commissione, che può agevolmente farsi risalire alla data della prima seduta pubblica della commissione stessa; ciononostante si ritiene di poter prescindere dall'eventuale tardività dell'impugnazione, attesa l'infondatezza di quanto dedotto.

La stazione appaltante, nel caso di specie, è una società di capitali costituita da enti pubblici, priva di una struttura amministrativa dotata di figure dirigenziali o comunque di funzionari apicali idonei ad assumere il ruolo di componenti della Commissione. Per ciò stesso ed

in considerazione del fatto che i membri di un consiglio di amministrazione di una società non sono equiparabili ai componenti dell'organo esecutivo di un ente pubblico e che, nel caso di specie, non è stata posta in contestazione la qualificazione dei soggetti individuati come componenti della commissione giudicatrice, il Collegio ritiene che la costituzione di tale organo sia avvenuta nel rispetto della legge ed in particolare dell'art. 84 del d. lgs. 163/2006. Così rigettato il ricorso, le spese del giudizio seguono l'ordinaria regola della soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese del giudizio che liquida, a favore di ciascuna delle controparti, in Euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), per un totale di Euro 5.000 (cinquemila/00), oltre ad IVA, C.P.A. e rimborso forfetario delle spese.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 30 marzo 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Primo Referendario

Mara Bertagnolli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/04/2011

IL SEGRETARIO

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