



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 Puglia

Lecce - Sezione Terza

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

Ex art. 60 c.p.a., sul ricorso n. 1799 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

- Solidarietà e Lavoro soc. coop. e Ladisa s.p.a., rappresentate e difese dall'Avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso lo studio del difensore, in Lecce alla via 95° Rgt. Fanteria 9;

***contro***

- il Comune di Martina Franca, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Olimpia Cimaglia e Giuseppe Misserini, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Angelo Vantaggiato, in Lecce alla via Zanardelli 7;

***nei confronti di***

- R.R. Puglia s.r.l., in proprio e quale capogruppo del r.t.i. costituito con C.I.S.M. soc. coop., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Emanuele Tomasicchio e Antonio L. Deramo, con domicilio eletto presso lo

studio dell'Avv. Pier Luigi Portaluri, in Lecce alla via Imbriani 36;

***per l'annullamento***

- della determinazione del Dirigente del Settore Istruzione e Cultura del Comune di Martina Franca n. 378 dell'1 dicembre 2011, di aggiudicazione definitiva e affidamento anticipato in via d'urgenza all'a.t.i. R.R. Puglia e C.I.S.M. del "servizio di refezione nelle scuole dell'infanzia statali e comunale, scuole primarie e secondarie di I grado a tempo pieno e/o prolungato";
- del verbale di gara dell'8 novembre 2011, comunicato alle ricorrenti con nota prot. n. 23301 del 9 novembre 2011, nel quale l'offerta economica delle ricorrenti è stata qualificata come "non ammissibile", con l'attribuzione di "nessun punteggio";
- della nota del Dirigente del Settore Istruzione del Comune di Martina Franca prot. n. 964/25782 del 21 novembre 2011, di riscontro alla diffida di Solidarietà e Lavoro del 9 novembre 2011, con la quale è stato confermato il giudizio di inammissibilità dell'offerta economica delle ricorrenti;
- della d.d. n. 402 del del 16 dicembre 2011;
- di tutti gli atti della gara, inclusa la d.d. n. 378 dell'1 dicembre 2011 di aggiudicazione definitiva;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale;
- e per la declaratoria di inefficacia del contratto, ove stipulato;
- e per la condanna al subentro nell'aggiudicazione e, se stipulato, nel contratto.

Visti il ricorso e i motivi aggiunti.

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Martina Franca e di R.R. Puglia s.r.l..

Visto il ricorso incidentale proposto da R.R. Puglia s.r.l..

Visti gli atti della causa.

Relatore alla camera di consiglio del 26 gennaio 2012 il Cons. dott. Ettore Manca e uditi gli Avv.ti Sticchi Damiani, Tomasicchio -anche in sostituzione dell'Avv. Deramo- e Misserini.

Sentite le parti ai sensi dell'art. 60 c.p.a..

Osservato quanto segue.

1.- Premesso che:

- le ricorrenti partecipavano, quali parti di un costituendo r.t.i., a una gara indetta dal Comune di Martina Franca per l'affidamento del servizio di refezione scolastica;

- la Commissione, peraltro, nella valutazione della loro offerta economica, rilevando che nulla vi era allegato (in violazione dell'art. 8 del Capitolato, ai sensi del quale l'offerta economica andava corredata, a pena di inammissibilità, da una dichiarazione della parte attestante che nella formulazione della stessa si era tenuto conto del costo del lavoro e degli obblighi in materia previsti dalla legislazione di settore -sicurezza, condizioni di lavoro, di previdenza e assistenza-, con specifica indicazione del contratto collettivo applicabile), riteneva <<l'offerta della Ladisa s.p.a. e Cooperativa Solidarietà e Lavoro non ammissibile>> e, pertanto, non le assegnava alcun

punteggio;

- le ricorrenti si collocavano così al secondo posto della graduatoria (laddove, avendo ottenuto per l'offerta tecnica un punteggio maggiore rispetto all'unica altra impresa partecipante, e avendo offerto un ribasso superiore, sarebbero dovute, nella loro prospettazione, risultare aggiudicatarie del servizio), ovvero, secondo quanto poi precisato e stabilito dal Responsabile del servizio con la d.d. n. 402 del 16 dicembre 2011, erano dalla stessa gara in radice escluse.

2.- Rilevato che le ricorrenti evidenziano, sul punto, che la richiamata previsione del Capitolato si poneva in contrasto con l'art. 13, punto 3, del Bando, il quale, disciplinando il contenuto della busta "C", prevedeva che la stessa dovesse esclusivamente contenere l'offerta economica (<<Nella busta contenente l'offerta economica non devono essere inseriti altri documenti>>). E, ancora, che le indicazioni in materia di lavoro erano in ogni caso evincibili dal contenuto delle dichiarazioni che le partecipanti dovevano rendere ai sensi dell'all.to "B" - Dichiarazione Sostitutiva da compilare obbligatoriamente.

3.- Rilevato, poi, che la controinteressata propone ricorso incidentale, sottolineando come, in concreto, quello costituito dalle ricorrenti, fosse un raggruppamento di tipo "verticale", in cui la mandataria avrebbe svolto la prestazione principale (refezione scolastica) e la mandante quella scorporabile (approvvigionamento

dei viveri), laddove invece il bando non consentiva questo tipo di ripartizione (cfr. art. 37, comma 2, d.lgs. n. 163 del 2006: <<Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie>>).

4.- Ritenuto, quanto al ricorso incidentale, di carattere “escludente” e, quindi, da esaminare prioritariamente (cfr. Consiglio Stato, a. plen., 7 aprile 2011, n. 4), che lo stesso non risulta fondato, venendo in rilievo, nel caso in esame, un unico tipo di prestazione (servizi di ristorazione scolastica), costituita, tuttavia, da una pluralità di attività (specificamente elencate all’art. 1 del Capitolato: “Oggetto dell’appalto”), delle quali i due soggetti costituenti il raggruppamento operavano una ripartizione “interna” (per la quale la mandante avrebbe svolto una quota del servizio pari al 30%, concretamente identificata, per ragioni di tipo organizzativo-imprenditoriale, nell’attività di approvvigionamento viveri) normativamente non preclusa, sganciata dalla logica prestazione principale/prestazione secondaria e, comunque, priva di conseguenze quanto al rapporto contrattuale con l’amministrazione appaltante.

5.- Ritenuto, quanto al ricorso principale, che lo stesso è fondato, atteso che:

a) il richiamato art. 8 del Capitolato, ai sensi del quale l'offerta economica andava corredata, a pena di inammissibilità, da una dichiarazione dell'offerente attestante che nella formulazione della stessa si era tenuto conto del costo del lavoro e degli obblighi in materia previsti dalla legislazione di settore, con specifica indicazione del contratto collettivo applicabile, si poneva, obiettivamente, in contrasto con l'art. 13, punto 3, del Bando, il quale, come già scritto, disciplinando il contenuto della busta "C", prevedeva che la stessa dovesse esclusivamente contenere l'offerta economica (<<Nella busta contenente l'offerta economica non devono essere inseriti altri documenti>>).

b) tale contrasto neppure poteva reputarsi solo apparante apparente e, in definitiva, superabile ritenendo che la suddetta dichiarazione costituisse un elemento dell'offerta economica e non un "altro documento", come pure suggestivamente sostenuto dalle difese della controinteressata e del Comune, posto che, per un verso, lo stesso Capitolato precisava che essa andava presentata a corredo dell'offerta (di cui dunque non era parte ma elemento diverso, pur se complementare), e, per altro verso, il modello (all.to C del Bando) che le partecipanti dovevano rispettare, a pena di esclusione, nella formulazione dell'offerta economica, non conteneva alcun riferimento alla dichiarazione siffatta, confermandone così l'alterità

rispetto all'offerta medesima.

c) l'esclusione di un concorrente da una gara d'appalto per inadempimento delle prescrizioni formali della procedura è, peraltro, possibile, secondo l'indirizzo della giurisprudenza amministrativa, soltanto quando dette prescrizioni risultino indicate, nella lex specialis della selezione, in modo del tutto chiaro e puntuale e non, invece, quando le stesse siano formulate equivocamente o, come per quanto appena scritto accadeva nel caso in esame, contraddittoriamente. Il principio di tutela dell'affidamento ingenerato dall'Amministrazione con propri atti o comportamenti, il quale trova fondamento nell'ordinamento comunitario quale corollario del generale principio di certezza del diritto, ovvero, secondo diversa ricostruzione, quale espressione del generale obbligo di comportarsi lealmente e secondo buona fede all'interno del rapporto giuridico, preclude infatti la possibilità di escludere quelle imprese che si siano attenute fedelmente alle prescrizioni contenute nel bando, prescrizioni alle quali la disciplina del Capitolato non poteva certamente derogare [e, per quanto precisato sub b), qui di una deroga si trattava e non di una integrazione o specificazione].

In tale situazione l'Amministrazione, illegittima per quanto appena esposto l'ipotesi della esclusione della ricorrente, dovrà dunque, se ritiene necessaria la dichiarazione in parola, disporre che la predetta ricorrente produca "oggi" il documento "legittimamente" omesso (perchè non legittimamente richiestole a pena di esclusione; v., per

una situazione affine, anche quanto all'integrazione documentale, Consiglio Stato, V, 5 settembre 2011, n. 4981).

6.- Nei sensi e per le ragioni fin qui esposte il ricorso incidentale va quindi respinto e quello principale accolto, con assorbimento di ogni altra questione proposta e con le conseguenze, quanto all'inefficacia del contratto eventualmente stipulato (il cui stato di esecuzione sarebbe in ogni caso iniziale), previste dall'art. 121 c.p.a..

7.- Sussistono giusti motivi per compensare fra le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Terza di Lecce, definitivamente pronunciando sul ricorso n. 1799 del 2011 indicato in epigrafe, respinge il ricorso incidentale e accoglie quello principale, nei sensi indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Lecce, nella camera di consiglio del 26 gennaio 2012, con l'intervento dei magistrati:

Rosaria Trizzino, Presidente

Ettore Manca, Consigliere, Estensore

Patrizia Moro, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**



DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/01/2012

IL SEGRETARIO

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