



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2256 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Avr S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Arturo Cancrini, Francesco Vagnucci e Francesco Toscano, con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Rusconi in Milano, via Vincenzo Monti, 8

contro

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avv.ti Maria Rita Surano, Maria Teresa Maffey, Paola Cozzi e Sara Pagliosa, domiciliato in Milano, via Andreani, 10

nei confronti di

Consorzio Gestione Servizi - C.O.G.E.S. rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Boifava, con domicilio eletto presso il suo studio in Monza, via De Amicis, 6

e con l'intervento di

e nei confronti di:

Intergeos s.r.l., non costituita;

Ecogest s.r.l., non costituita

per l'annullamento

degli atti e delle operazioni concernenti la procedura ristretta indetta dal Comune di Milano per l'affidamento del "Servizio globale per la manutenzione programmata delle aree a verde pubblico per il periodo 1.4.2011-31.3.2014", nella parte in cui è stata disposta l'aggiudicazione del contratto in favore del Consorzio Gestione Servizi - CO.GE.S, anziché procedersi alla sua esclusione dalla gara;

atto impugnato con il ricorso originale;

della nota del 22.7.2011, inoltrata alla ricorrente AVR S.p.A. a mezzo e-mail, con cui il Comune di Milano ha disposto il non luogo a provvedere in autotutela in relazione alla prospettata intenzione di proporre ricorso giurisdizionale inoltrata in data 11.7.2011 dalla società deducente ai sensi dell'art. 243 bis del D.Lgs. 163/2006;

atto impugnato con i motivi aggiunti;

degli atti di gara nella parte in cui è stata ammessa la partecipazione della ricorrente alla gara nonostante false dichiarazioni rese, violazione della normativa in materia di avvalimento e di costituendi RTI, nonché per aver valutato le offerte economiche in violazione del principio di segretezza,

impugnati anche dalla controinteressata con ricorso incidentale

integrato con motivi aggiunti.

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Milano;

Vista l'ordinanza del TAR Lombardia, Milano, sez. I, 15/9/2011, n. 1423;

Vista l'ordinanza del TAR Lombardia, Milano, sez. I, 12/3/2012, n. 805;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal Consorzio Gestione Servizi - C.O.G.E.S.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 maggio 2012 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente impugna l'aggiudicazione della gara indetta per l'affidamento del global service relativo al verde pubblico comunale per il periodo 2011/2014 per i seguenti motivi: a) illegittimità della partecipazione del Consorzio Coges alla procedura di gara in composizione parziale; b) illegittimità della partecipazione contestuale del medesimo Consorzio e della consorziata Manutencoop Facility Management; c) omessa verifica dei requisiti

generali in capo alle imprese consorziate, che non hanno partecipato alla procedura; d) violazione delle regole in materia di responsabilità solidale delle imprese consorziate e di immodificabilità delle quote di esecuzione del servizio assunte dalle singole consorziate. Chiede quindi che sia dichiarata l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato e in subordine disposto il risarcimento dei danni.

Con ricorso per motivi aggiunti ha impugnato il diniego di autotutela per illegittimità derivata.

L'aggiudicataria, con ricorso incidentale, solleva i seguenti motivi di ricorso: a) violazione del principio di segretezza in quanto la ricorrente avrebbe inserito nella busta dell'offerta tecnica elementi che andavano inseriti nella busta dell'offerta economica; b) falsità nelle dichiarazioni effettuate ai fini del rispetto della normativa sulle assunzioni delle categorie protette; c) violazione delle norme in materia di gara in quanto l'ATI costituenda con a capo la ricorrente non avrebbe presentato l'impegno a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse; d) violazione dell'art. 49 del Codice degli appalti perché la dichiarazione di avvalimento sarebbe generica.

Con ricorso incidentale per motivi aggiunti la controinteressata deduce gli ulteriori motivi di ricorso: e) perplessità dell'offerta in quanto i dati economici indicati negli atti non sarebbero coincidenti; f) non autenticità delle sottoscrizioni apposte ad alcuni atti dell'offerta della ricorrente; g) genericità della polizza fideiussoria

presentata come cauzione provvisoria.

Il Comune di Milano si è costituito in giudizio e ha chiesto la reiezione del ricorso.

All'udienza del 30 maggio 2012 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

2. In considerazione dell'infondatezza del ricorso principale e di quello per motivi aggiunti proposto dalla ricorrente principale può essere assorbito l'esame del ricorso incidentale.

3. Venendo, quindi, all'esame del ricorso principale il primo motivo va disatteso, posto che, a seguito dell'istruttoria effettuata, è emerso che la partecipazione del Consorzio in composizione parziale è espressamente prevista dal suo statuto.

In materia occorre rilevare che il Coges è un consorzio ordinario di imprese costituito ai sensi dell'art. 2602 c.c.;

In materia di partecipazione alle gare occorre rilevare che secondo un indirizzo della giurisprudenza, in mancanza di un'espressa indicazione di legge, per i consorzi caratterizzati da minore consistenza organizzativa e privi di personalità giuridica, cioè quelli diversi dai consorzi tra cooperative, tra imprese artigiane e dai consorzi stabili (per i quali l'art. 37, comma 7 e 36, comma 5 del D. Lgs. 163/06 espressamente prevedono che il consorzio deve indicare per quali imprese concorre), non sarebbe ipotizzabile una partecipazione parziale. Essa, infatti, farebbe venire meno il vincolo dell'organizzazione comune e conseguentemente quello della

responsabilità solidale (Cons. Stato, V, 20 gennaio 2004, n. 156; Cons. Stato, V, 28 luglio 2011, n. 4524; Tar Toscana, 14 febbraio 211, n. 317).

In senso opposto, un altro orientamento ritiene che anche il consorzio ordinario, come gli altri consorzi, possa partecipare in forma parziale alle gare pubbliche (Cons. Stato, IV, 21 aprile 2008, n. 1778; Cons. Stato, V, 8 luglio 2011, n. 4097; Cons. Stato, III, 28 dicembre 2011, n. 6968; V, 17 maggio 2012, n. 2825).

Il Collegio ritiene che, nella specie, si debba aderire al secondo orientamento, in considerazione dello statuto consortile di Coges. Esso prevede, all'art. 2, che "l'opus consortile prevederà il compimento delle seguenti attività: - la gestione e la realizzazione in nome e per conto proprio o in nome e per conto di alcuni consociati o in subappalto anche da soggetti terzi dell'appalto e/o del compimento dei lavori di opere pubbliche e/o ambientali con l'ausilio e l'impiego di proprio e/o altrui automezzi, attrezzature o tecnologie..... Alle suindicate procedure concorsuali il Consorzio potrà prendere parte formulando offerte, oltre che per proprio conto, anche in nome e per conto di tutte le imprese consorziate o solo di alcune di esse qualora venisse richiesto dalla stazione appaltante il possesso di particolari requisiti tecnici; in ogni caso le imprese consorziate interessate procederanno a sottoscrivere l'offerta congiuntamente con il Presidente del Consorzio, con conseguente assunzione delle obbligazioni solidali di legge. Nel caso

in cui il Consorzio partecipi in proprio, o promuova la partecipazione di solo alcune delle proprie consorziate ad una gara pubblica, le imprese associate, non partecipi, saranno obbligate a non prendere parte né direttamente né in altre forme di associazione o raggruppamento alla medesima gara pubblica... Esse correlativamente non assumeranno alcun obbligo né beneficeranno di alcun vantaggio diretto o solidale, né nei confronti della pubblica amministrazione interessata, né nei confronti del Consorzio relativamente agli esiti economici consortili del contratto pubblico in questione”.

Lo statuto consortile è quindi chiaro nel prevedere la possibilità di una partecipazione parziale e le conseguenze che si producono, ove sia prescelta tale forma di partecipazione ad una gara.

Alla luce di tale disciplina deve escludersi che sia venuto meno il vincolo dell'organizzazione comune tra le imprese partecipanti, in quanto tali responsabili solidalmente verso l'amministrazione appaltante.

4. Il secondo motivo è egualmente infondato in quanto la consorziata Manutencoop Facility Management, benché invitata alla gara, non ha presentato l'offerta.

A ciò si aggiunge il fatto che la suddetta consorziata non era tra quelle per le quali il consorzio partecipava alla gara.

In merito la giurisprudenza (TAR Lombardia, Brescia, I, 7 dicembre 2007, n. 1314) ha chiarito che la partecipazione contemporanea alla

stessa gara di due imprese appartenenti al consorzio, autonomamente qualificate, costituisce evenienza in sé ammessa sia in base a quanto prevede l'art. 36, comma 5 del D.Lgs. 163/2006 – che vieta solo la partecipazione simultanea del "consorzio stabile e dei consorziati" – sia in relazione al disposto dell'art. 37, comma 7, che preclude l'ingresso alla selezione alle sole imprese per le quali il Consorzio, ammesso al confronto comparativo, abbia indicato di concorrere, facendo dunque salva la partecipazione delle restanti consorziate (cfr. Consiglio di stato, sez. VI – 23/3/2007, n. 1423).

5. Il terzo motivo del ricorso principale è altrettanto privo di pregio, ove si consideri che, in via generale e del tutto indipendentemente dalla tipologia del consorzio partecipante a una gara (consorzio stabile o consorzio ordinario) , la giurisprudenza ha affermato in diverse occasioni che, quale che sia la natura del consorzio, esso deve dimostrare il possesso dei requisiti generali di tutti i consorziati che vengono individuati come esecutori delle prestazioni scaturenti dal contratto (Cons. St. , VI, n. 7380 del 2009, IV, n. 1485 del 2008, IV, n. 3765 del 2007, V, n. 4477 del 2005, CGA Reg. Sic. , n. 712 del 2007; Cons. Stato, V, 17 maggio 2012 n. 2825).

A ciò si aggiunge che la contestazione in merito al mancato controllo dei requisiti generali della consorziata Ventura s.p.a., subentrata in data 5.4.2011 alla consorziata Fratelli Baronchelli, va respinta in quanto risultano agli atti di gara sia le dichiarazioni in merito ai requisiti soggettivi sia i controlli svolti dall'amministrazione.

6. Quanto al quarto motivo è sufficiente richiamare quanto già sottolineato in materia di partecipazione del consorzio per conto di alcune soltanto delle imprese consorziate e delle relative conseguenze in materia di responsabilità solidale delle imprese consorziate (art. 37, comma 5 del D. Lgs. 163/06).

Né tanto meno si può ritenere che il verbale del Consiglio direttivo del 1.4.2011 abbia comportato la violazione del principio di immodificabilità delle quote di esecuzione del servizio assunte dalle singole consorziate, in quanto si tratta di una previsione generica che non si pone in contraddizione con gli atti di gara.

La reiezione del ricorso principale si estende anche al ricorso per motivi aggiunti in quanto atto diretto a contestare il mero diniego di autotutela sugli atti di gara espresso dall'amministrazione.

La reiezione della domanda di annullamento degli atti di gara si estende anche alla domanda di inefficacia del contratto ed alla domanda di risarcimento del danno.

Il rigetto dei ricorsi proposti dalla ricorrente principale comporta l'improcedibilità del ricorso incidentale integrato con motivi aggiunti per sopravvenuta carenza di interesse a coltivare il medesimo.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I) definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti,

respinge il ricorso principale ed il ricorso per motivi aggiunti.

Dichiara l'improcedibilità del ricorso incidentale integrato con motivi aggiunti.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali a favore dell'amministrazione e della ricorrente incidentale, che liquida in euro 5.000,00 per ciascuna delle parti, oltre alla restituzione del contributo unificato versato dalla controinteressata.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Alberto Di Mario, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/06/2012

IL SEGRETARIO

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