



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 307 del 2012, proposto da:

Ecogest S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Luciano Mastrovincenzo, Francesco Lilli, con domicilio eletto presso Orio De Marchi Avv. in Trieste, via Fabio Severo 20;

contro

Autovie Venete S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Gianfranco Carbone, con domicilio eletto presso Gianfranco Carbone Avv. in Trieste, via Romagna 30;

nei confronti di

Arduino Martinuzzo Vivai S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Marco Feroci, Vanessa Zecchin, con domicilio eletto presso Vanessa Zecchin in Trieste, via Rismondo 12/1; Server Srl;

per l'annullamento

-del provvedimento di aggiudicazione definitiva dd. 17 luglio 2012 della procedura aperta indetta da autovie venete s.p.a. per l'affidamento del servizio di manutenzione delle aree a verde lungo l'intera rete autostradale in concessione, le bretelle di collegamento e le relative pertinenze - destra taglioamento, comunicato con nota dd. 20 luglio 2012 prot. n. u/29098;

-di tutti gli atti e verbali di gara, nella parte in cui con gli stessi è stata disposta l'aggiudicazione della gara in favore dell'a.t.i. costituenda tra le imprese Arduino Martinuzzo Vivai s.r.l. (mandataria) e Sever s.r.l. (mandante);

-della nota fax prot. u/33884 dd. 3 settembre 2012, a mezzo del quale Autovie Venete s.p.a. - nel riscontrare l'istanza di riesame in autotutela e preavviso di ricorso ex art. 243 bis d.lgs. 163/06 e s.m.i., comunicava di non volere provvedere alla rimozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva deliberato dal consiglio di amministrazione in data 17.7.2012;

-di ogni altro atto o provvedimento presupposto, compresi quelli relativi alla verifica del possesso dei requisiti in capo all'a.t.i. dichiarata aggiudicataria e, si opus sit, il bando, il disciplinare di gara e l'ulteriore documentazione di gara;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autovie Venete S.p.A. e di Arduino Martinuzzo Vivai S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Arduino Martinuzzo Vivai S.r.l., rappresentato e difeso dagli avv. Marco Feroci, Vanessa Zecchin, con domicilio eletto

presso Vanessa Zecchin in Trieste, via Rismondo 12/1;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2012 il dott. Enzo Di Sciascio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente rappresenta di aver partecipato alla procedura di gara in discussione, che aveva indicato nel bando come "oggetto dell'appalto" il "servizio di manutenzione delle aree a verde lungo l'intera rete autostradale in concessione, le bretelle di collegamento di competenza e le relative pertinenze – Destra Tagliamento" da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Prevedeva altresì, al punto 7.4 del disciplinare, in ordine ai requisiti tecnico – professionali, un "elenco dei principali analoghi (servizi di manutenzione ordinaria del verde in ambito autostradale e/o strade extraurbane principali e secondarie in presenza di traffico" effettuati negli ultimi 5 anni precedenti alla data di pubblicazione del bando, con l'indicazione degli importi, date e destinatari pubblici o privati di cui almeno uno della stessa tipologia".

Lo stesso paragrafo del disciplinare, nella parte dedicata ai RTI prevedeva che "alla mandataria capogruppo è richiesto, pena l'esclusione dalla gara, il possesso dei requisiti minimi prescritti nella misura minima del 40% mentre alle mandanti/consorziate è richiesto il possesso dei medesimi requisiti minimi del 10% purché il raggruppamento/consorzio raggiunga, nella sua interezza, l'importo globale richiesto".

La ricorrente partecipava alla gara, che però, in data 17.7.2012, è stata aggiudicata alla costituenda ATI formata dalla Arduino Martinuzzo Vivai srl e Sever srl.

Essa peraltro non avrebbe posseduto i requisiti tecnico – professionali previsti dal bando di gara. La ricorrente, invece, che si qualificava al secondo posto, li avrebbe posseduti e sarebbe stata illogicamente pretermessa.

Deduce pertanto i seguenti motivi di gravame:

1) Violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare e degli artt. 41 e 42 del D. Lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, per disparità di trattamento e per perplessità.

L'aggiudicataria sarebbe sfornita dei requisiti speciali di qualificazione, di cui agli artt. 41 e 42 del D. Lgs. n. 163/2006.

Infatti, sotto il profilo della capacità tecnica, sono stati prodotti dall'aggiudicataria due certificati (nn. 9 e 10) che concernono "interventi di manutenzione giardini" e "manutenzione straordinaria del verde e regimentazione e controllo del deflusso delle acque nei parchi urbani" che in alcun modo sarebbero assimilabili ai servizi oggetto di gara.

Allo stesso modo i certificati, di cui ai nn. 7 e 13 si riferirebbero genericamente a "manutenzione del verde pubblico" senza alcun nesso con l'oggetto della gara, mentre quelli di cui ai nn. 8, 11 e 12, che hanno per oggetto lavori e non servizi sarebbero solo in parte riferibili a "pertinenze stradali" per una percentuale che non è nota.

I certificati nn. 14 e 15 sembrerebbero riferiti a strade di accesso a centri commerciali. In ogni caso il primo non è sottoscritto dal committente e il secondo non sarebbe stato inserito nell'elenco fornito in sede di gara.

Non corrisponderebbero, infine, le percentuali dichiarate in sede di dimostrazione dei requisiti tecnico – professionali dalla costituenda ATI aggiudicataria: la mandataria, che ha dichiarato di possederli all'80% del totale dei servizi, in realtà ne espone il 54,56% del fatturato globale e il 69,79% dei servizi analoghi.

Pertanto:

- vi sarebbe ontologica diversità fra la manutenzione del “verde urbano, dei parchi e dei giardini” e quella del “verde autostradale” o da eseguirsi su strade extraurbane, dato che sarebbe palese la non riconducibilità di taluni dei servizi, indicati dall’ATI controinteressata, alla tipologia di quelli richiesti dalla lex specialis (“servizi di manutenzione ordinaria del verde in ambito autostradale e/o strade extraurbane principali e secondarie in presenza di traffico” come recita il disciplinare di gara);

- a rifarsi solo ai certificati del Comune di Trieste n. 9 “manutenzione giardini e lavori di riqualificazione” (doc. 3) e n. 10 “parchi urbani – lavori di manutenzione straordinaria e regimentazione delle acque” (doc. 4) essi si riferirebbero a prestazioni estranee all’oggetto dell’appalto, riguardando tipologie di strade irriducibili l’una all’altra, anche secondo il Codice della strada.

Ne conseguirebbe che, a fronte dell’importo minimo di € 6.200.000,00 previsto dal bando per i servizi analoghi, avendone l’aggiudicatario dichiarato in eccesso soltanto € 51.000,00, la dovuta esclusione per eterogeneità assoluta del valore complessivo di tali lavori, che ammonta a € 579.257,00 ne comporterebbe l’esclusione dalla gara.

Sarebbe inoltre violato il principio della par condicio, di cui dovrebbe farsi garante l’amministrazione.

In tal senso la Commissione giudicatrice, in sede di aggiudicazione, è tenuta ad applicare letteralmente le clausole di gara, con riguardo ai requisiti di partecipazione. Il formalismo che ne consegue risponde ad esigenze di certezza e di imparzialità dell’azione amministrativa.

Nel caso di specie i requisiti previsti sarebbero rispondenti ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, in quanto giustificati dalle esigenze, cui deve rispondere l’appalto, e servirebbero ad evitare il rischio che il servizio venga affidato ad imprese non in possesso della competenza richiesta.

Pertanto, in base all’art. 7 del disciplinare di gara e degli artt. 37, 42 e 48 del D. Lgs. n. 163/06 l’assenza della capacità tecnico – professionale avrebbe dovuto portare all’esclusione del RTI aggiudicatario. Sarebbe pertanto illegittimo che a ciò la stazione appaltante non abbia provveduto.

2) Violazione dell’art. 37 del D. Lgs. n. 163/06 ed eccesso di potere per illogicità manifesta, disparità di trattamento e perplessità.

L’art. 37 citato stabilisce, con norma valida anche per gli appalti di servizi, che i concorrenti, riuniti in RTI debbono eseguire le rispettive prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, onde è necessario che sia l’una che l’altra siano da essi specificate all’atto di partecipazione alla gara, a pena di inammissibilità dell’offerta.

Nel caso tale proporzione non sarebbe rispettata né sarebbe posseduto un ulteriore requisito, che di tale principio è il corollario, cioè che ogni impresa partecipante all’ATI possieda i requisiti di ammissione in corrispondenza alla quota di partecipazione, a garanzia di una corretta esecuzione della prestazione offerta.

Pertanto l’inosservanza di tale regola da parte della capogruppo mandataria comporterebbe l’esclusione dell’ATI controinteressata.

Sussistono inoltre i requisiti, cioè la colpa della stazione appaltante, anche se, in base alla giurisprudenza comunitaria non è necessario dare la prova per ai fini risarcitori, che ha adottato un provvedimento illegittimo, aggravato dalla immotivata risposta reiettiva dell’istanza di provvedere all’autotutela, che dimostra un comportamento almeno negligente, in presenza dell’ostensione dei vizi dell’offerta dell’aggiudicatario.

Si ritiene, al riguardo, che vada calcolato sia il danno emergente, sia il lucro cessante, pari al 10% dell’ineseguito, detratto il 20%. Andrebbe riconosciuta la responsabilità precontrattuale della P.A., dato che la ricorrente sarebbe l’unica legittima destinataria dell’aggiudicazione, oltre all’interesse negativo, corrispondente alle spese inutilmente sostenute e alla perdita di ulteriori occasioni.

Ha proposto quindi istanza di sospensione degli atti impugnati.

Sia l'amministrazione che la parte controinteressata hanno replicato con memorie.

Quest'ultima ha altresì proposto ricorso incidentale, con cui ritiene che avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara la ricorrente principale, per i seguenti motivi:

1) Violazione del disciplinare di gara, dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006, dei principi di imparzialità e buon andamento ed eccesso di potere per difetto di istruttoria, falso presupposto e travisamento dei fatti

Dal momento che la ricorrente principale è controllata al 100% dalla T. & C. srl, cioè da una società di capitali, anche tale società avrebbe dovuto rendere le dichiarazioni, di cui all'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006, così come modificato dal D.L. n. 70/2011, come confermerebbero le schede allegare al disciplinare di gara ai sensi dell'art. 7.1., mentre ne ha allegato soltanto una, attestante l'assenza di cause di esclusione di cui alle lettere b, c e m ter di detto art. 38, senza allegare l'ulteriore documentazione prescritta, così che la Ecogest non avrebbe messo la stazione appaltante in condizione di verificare che il proprio socio unico avesse assolto a tutti gli obblighi prescritti dall'art. 38 violando tale norma e il disciplinare di gara.

Pertanto la ricorrente principale non avrebbe dovuto essere ammessa ovvero non avrebbe potuto superare il vaglio previsto dall'art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006.

Ha chiesto anch'essa la sospensione dell'atto oggetto del gravame incidentale con cui la ricorrente è stata ammessa alla gara.

Con ordinanza n. 1132 del 31.10.2012 il Collegio ha ritenuto, allo stato degli atti, l'infondatezza della domanda cautelare, di cui al ricorso incidentale, ritenendo che la dichiarazione ex art. 38 sia stata resa dal soggetto obbligato, e la fondatezza, invece, di quella annessa al ricorso principale, perché alcune delle prestazioni svolte da imprese facenti parte del RTI aggiudicatario non sembrerebbero pertinenti all'oggetto dell'appalto, così che il raggruppamento, nel suo complesso, non raggiungerebbe l'ammontare prescritto dal bando.

Con più memorie tutte le parti hanno sostenuto le rispettive tesi sia riguardo al ricorso principale che a quello incidentale.

Nella camera di consiglio del 31.10.2012 il Collegio ha accolto l'istanza cautelare della ricorrente.

Nell'esame nel merito del ricorso il Collegio ritiene di dare priorità al ricorso incidentale del RTI aggiudicatario, il quale contesta alla ricorrente principale di non aver osservato l'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006, così come modificato dal D.L. 70/2011, nella parte in cui la società T&C srl, che controlla la Ecogest al 100%, avrebbe depositato una dichiarazione non rispondente ai dettami di detta norma e del tutto incompleta, non mettendo la stazione appaltante nella condizione di verificare che il socio unico della ricorrente principale avesse compiutamente assolto agli obblighi, che detto art. 38 impone.

E' vero che una dichiarazione in tal senso è stata resa da un soggetto – l'amministratore unico - a ciò obbligato ma, non essendo stata depositata la visura camerale, non è dato comprendere se vi siano altri soggetti che avrebbero dovuto renderla, onde essa è da ritenersi senz'altro necessaria ma, nelle forme in cui si presenta, non sufficiente.

Detto ricorso incidentale è infondato.

Non pare al Collegio che la ricostruzione del dettato normativo da parte del ricorrente incidentale corrisponda a quella effettivamente vigente nel caso di specie.

Il bando di gara (punti III.2.1., III.2.2., III.2.3) rinvia al disciplinare di gara il compito di dettare le norme in base alle quali si esamineranno le condizioni di partecipazione, fra cui anche (punto III.2.1.) la "conformità ai requisiti".

Il disciplinare, a sua volta, nel regolare le modalità di presentazione delle offerte, prevede (art. 6) che ciascuna di esse "dovrà, pena l'esclusione dalla gara, pervenire entro il termine perentorio indicato dal bando di gara" e andrà contenuta in un "plico sigillato e controfirmato sui lembi di chiusura" e che "il plico, a pena di esclusione, dovrà contenere al suo interno n. 3 (tre) buste chiuse...rispettivamente busta "A – Documentazione", busta "B – Offerta

tecnica”, busta “C – Offerta economica”.

Al punto 7. “Documentazione richiesta” si specifica che “Nella busta “A – Documentazione” debbono essere contenuti, pena l’esclusione dalla gara, i seguenti documenti:

7.1 schede 1,2,3,4,5, e 6 debitamente compilate e sottoscritte”.

Il ricorrente incidentale contesta appunto la violazione, da parte della ricorrente, di tale obbligo, a suo dire gravante sulla ricorrente principale, di aver violato l’art. 38, così come modificato dal D.L. 13.5.2011 n. 70 non depositando completamente i documenti richiesti da detto punto 7.1., che dovrebbero, in particolare, contenere, da parte del soggetto controllante, tutte le dichiarazioni a cui sono tenuti i partecipanti alla gara.

Pare al Collegio che si trascuri il fatto che l’art. 2 del D.L. n. 70/2011 non ha indifferenziatamente esteso ad altri soggetti gli obblighi di dichiarazione che l’art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006 pone a carico dei concorrenti alla gara ma solo ha richiesto ad essi alcune di tali dichiarazioni in ipotesi tassative.

Il caso che ne riguarda concerne tali obblighi riferiti al “socio di maggioranza (in questo caso T&C srl, il socio che possiede la totalità delle azioni di Ecogest srl) in caso di società con meno di quattro soci” dal momento che Ecogest srl è una società a socio unico.

A questi soggetti l’art. 4, 2° comma, del D.L. n. 70/2011, in modifica dell’art. 1, lett. b) e c) del D. Lgs. 63/2006 nel testo previgente estende solo l’obbligo di rendere le dichiarazioni relative:

- alla pendenza di un procedimento per l’applicazione di misure di prevenzione;
- alla condanna con sentenza passata in giudicato o decreto di condanna irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ex art. 444 c.p.p. per reati gravi, che incidono sulla moralità professionale, ovvero per reati, accertati con sentenza passata in giudicato, per i reati di cui all’art. 45, paragrafo 1, della direttiva 2004/18/CE, con la precisazione, nel caso di specie, che detti reati diventano rilevanti nel caso di specie, in cui non si tratta di persona fisica e viene in rilievo altro tipo di società rispetto a quelle elencate nel menzionato art. 38, 1° comma, lett. b) (società in nome collettivo o in accomandita semplice) se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

Tale requisito è esattamente quello richiesto dalla scheda n. 3 del disciplinare di gara.

Ora risulta dagli atti prodotti in causa dallo stesso ricorrente incidentale che il legale rappresentante di detta società T&C srl, in qualità di socio unico della ricorrente principale Ecogest srl ha dichiarato l’assenza, nei suoi confronti, delle cause impeditive sopra elencate, cioè di procedimenti per l’applicazione di misure di prevenzione o condanne incidenti sulla moralità professionale o che sono causa di esclusione, di cui all’art. 38 1° comma lett. b) e c) del D. Lgs. n. 163/2006 (e, ad abundantiam anche di altra ipotesi) precisando che è stata emessa nei suoi confronti sentenza di applicazione della pena su richiesta, ma che il relativo reato è ormai estinto (ipotesi in cui, ai sensi del medesimo art. 38 1° comma lett. c) l’esclusione non opera).

Nessuna ulteriore dichiarazione era richiesta né dalla legge né dalla lex specialis a tale figura e, va sottolineato, la società ricorrente ha correttamente dichiarato, completando le notizie da fornire alla stazione appaltante, di trovarsi in stato di controllo diretto da parte della società T&C srl.

Il Collegio pertanto riafferma la conclusione raggiunta in sede cautelare secondo cui le dichiarazioni dovute ex art. 38 dalla società controllante sono state debitamente rese dal soggetto (legale rappresentante) che era abilitato a renderle. Anche il verbale di gara e la difesa di Autovie Venete spa condividono la conclusione che Ecogest srl, con le dichiarazioni come presentate, dovesse essere ammessa alla gara.

Il Collegio pertanto rigetta il ricorso incidentale.

Va ora esaminato il ricorso principale, con cui Ecogest srl contesta, nei termini più sopra indicati, la carenza dei requisiti tecnico professionali in capo al RTI aggiudicatario.

Più particolarmente si contesta:

- che il bando (Sezione II par. 1.1) definisce come “Oggetto dell'appalto” il “servizio di manutenzione delle aree a verde lungo l'intera rete autostradale”.

- che il disciplinare di gara, all'art. 7.4 richiedeva, come requisito tecnico – professionale, di esibire l'elenco “dei principali servizi analoghi (servizi di manutenzione ordinaria del verde in ambito autostradale e/o strade extraurbane principali e secondarie in presenza di traffico) effettuati negli ultimi 5 anni, precedenti alla data di pubblicazione del bando, con l'indicazione degli importi, date e destinatari, pubblici o privati di cui almeno uno (della stessa tipologia);

- che lo stesso disciplinare, con riguardo ai RTI di tipo orizzontale, qual è quello controinteressato, specificava che è richiesto, a pena di esclusione, alla capogruppo mandataria il possesso dei requisiti prescritti per i servizi analoghi (cioè nei servizi di manutenzione ordinaria del verde in ambito autostradale e/o strade extraurbane principali e secondarie in presenza di traffico) nella misura minima del 40% dei requisiti da esso prescritti, in esecuzione degli artt. 41 e 42 del D. Lgs. n. 163/2006;

- che, in particolare, alcuni dei certificati delle amministrazioni esibite a riprova del possesso di tali requisiti in realtà si riferivano a servizi che non si potevano considerare analoghi a quelli oggetto dell'appalto, con la conseguenza che esse non avrebbero potuto essere considerate nel fatturato degli ultimi 5 anni, che sarebbe così sceso sotto il limite minimo richiesto di € 6.200.000,00 e che la loro accettazione da parte dell'amministrazione come prestazione utile avrebbe violato la par condicio fra i concorrenti e violato l'art. 7 del disciplinare di gara, onde il RTI aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara;

- che, inoltre, sarebbe stato violato l'art. 37 del D. Lgs. n. 163/2006, il quale stabilisce che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo debbono eseguire la prestazione nella percentuale corrispondente alla rispettiva quota di partecipazione al RTI, dovendo sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di servizi da eseguire dal singolo operatore economico e quota di partecipazione dello stesso al raggruppamento, così che le stesse debbono essere specificate nell'offerta dai partecipanti al raggruppamento, a pena di inammissibilità alla gara, ai sensi dell'art. 37, 13° comma, del D. Lgs. n. 163/2006, mentre nella specie detta corrispondenza non sussisterebbe, e tale disposizione, in quanto espressione di un principio generale, dovrebbe essere applicata indipendentemente dal settore interessato alla gara (lavori, servizi o forniture), dalla morfologia del raggruppamento e dalla tipologia delle prestazioni, richiedendosi altresì che la singola impresa abbia i requisiti di ammissione in corrispondenza alla quota di partecipazione, a garanzia della stazione appaltante nella fase dell'esecuzione e ciò a pena d'inammissibilità dell'offerta, quando essa implica l'esecuzione della prestazione da un'impresa, in tutto o in parte, priva dei requisiti di qualificazione in misura simmetrica alla quota di prestazione ad essa devoluta, mentre nel caso in esame sarebbe palese che la capogruppo mandataria non possiede i requisiti sufficienti a coprire l'80% delle prestazioni.

Se necessario la ricorrente chiede altresì il risarcimento del danno, tenendo altresì conto che, con l'informativa ex art. 243 bis, essa ha avvertito la stazione appaltante, per sollecitare, invano, un provvedimento di autotutela, che è stato negato senza giustificare le ragioni di tale diniego.

Il suo comportamento sarebbe stato quanto meno negligente per avere, nonostante gli elementi forniti in contrario, confermato l'aggiudicazione, anche se, nella materia, l'elemento soggettivo non ha rilevanza. Dovrebbe pertanto liquidarsi il danno emergente e il lucro cessante, pari al 10% dell'ineseguito, detratto il 20%.

Vi sarebbero inoltre i presupposti per il risarcimento per responsabilità precontrattuale, rapportato alle spese sostenute e alla perdita di opportunità di partecipare ad altre procedure selettive.

Le parti intime hanno controdedotto ai motivi di gravame, che ritengono infondati.

In particolare la mandataria del RTI aggiudicatario ha eccepito altresì l'irricevibilità per tardività delle censure avverso alcune certificazioni di esecuzione lavori, esibite a corredo dell'offerta, che la ricorrente ha eccepito solo successivamente a un accesso agli atti.

Tutte le parti hanno prodotto, nel ricorso principale, ulteriori memorie a sostegno delle rispettive tesi.

Deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di tardività proposta dalla mandataria del raggruppamento controinteressato in memoria, là dove si contestano, a seguito di un accesso agli atti, l'appartenenza a servizi analoghi di talune prestazioni da esso rese, ulteriori rispetto a quelle censurate in ricorso.

L'eccezione è peraltro fondata solamente in relazione alle certificazioni non già oggetto di contestazione in sede di ricorso introduttivo, quali sono invece quelle del Comune di Trieste, dei Comuni di Sacile, Aviano, Cordenons, Caneva e Porcia, delle ditte Unicomm e M. Business, nei confronti delle quali si muovono tempestivamente le censure ivi indicate.

Per tutte le rimanenti contestazioni, relative a servizi affidati da altre stazioni appaltanti o investiti in memoria con motivi non dedotti in ricorso, il gravame è da ritenersi irricevibile.

Per tutto il rimanente, peraltro, il ricorso è fondato.

Va rammentato che, come in precedenza notato, che i servizi analoghi attengono, per disposizione del punto 7.4 del disciplinare di gara, a servizi di manutenzione ordinaria del verde in ambito autostradale e/o strade extraurbane principali e secondarie in presenza di traffico.

Tenendo presente tale definizione, non può tenersi conto dei due certificati esibiti per lavori affidati dal Comune di Trieste, che attengono il primo, per € 284.572, a "Giardini: interventi di manutenzione e riqualificazione – anno 2006 . I° fase" e il secondo, per complessivi € 226.759 per "Parchi urbani: interventi di manutenzione straordinaria del verde e regimentazione e controllo del deflusso delle acque", né dei certificati del Comune di Sacile, di complessivi € 191.218 per "manutenzione del verde pubblico", e del Comune di Aviano, con lo stesso oggetto, per € 62.121, il tutto per complessivi € 764.795

Si tratta di prestazioni palesemente estranee all'oggetto dei servizi analoghi, come descritto nel disciplinare di gara, in quanto si riferiscono a manutenzione di giardini e parchi urbani, che quindi non si svolgono né in ambito autostradale né in fregio a strade extraurbane.

In una logica di larga interpretazione dei requisiti di gara e consapevole della difficoltà di avere una esatta certificazione dell'attività svolta, in ciò venendo incontro a quanto esposto dalla difesa della stazione appaltante, si terrà invece conto di altre certificazioni in cui, pur dandosi atto che i lavori interessano anche cigli e banchine stradali, né si specifica, trattandosi sempre di opere di manutenzione del verde pubblico, la loro rilevanza nell'ambito dell'appalto, né si precisa se le strade, pur indicate come interessate nell'attività certificata, sono autostrade o strade extraurbane, come richiede il disciplinare, o soltanto strade urbane.

Sul punto però non può invece accedersi alle pur abili argomentazioni dell'amministrazione appaltante, che, richiamandosi alla necessità di un'interpretazione sostanziale e non meramente formale dei requisiti di gara, secondo la normativa comunitaria, si conclude per la legittimità della valutazione di tutti i servizi prestati dal raggruppamento aggiudicatario, che avrebbe dimostrato lo svolgimento di attività di manutenzione del verde in ambito autostradale e/o su strade urbane principali o secondarie in presenza di traffico, tenendo conto della concreta attività prestata e non della classificazione, che viene dichiarata dal committente, per cui dev'essere fatta una valutazione sostanziale e non formale dei requisiti.

Il Collegio ritiene invece, sul punto:

- da un lato di non essere stato eccessivamente formalistico, dal momento che ha preso in considerazione, favorevolmente o non, per tale concorrente, anche certificazioni non pertinenti a servizi analoghi, ma a lavori

pubblici dello stesso tipo, con ciò mirando alla sostanza;

- dall'altro che non è suo potere di deflettere dall'oggetto dell'appalto, anche nella parte relativa ai servizi analoghi, che descrive le prestazioni che saranno richieste e la cui capacità tecnica a prestarle dev'essere dimostrata dai concorrenti con la documentazione prodotta (e al riguardo va corretta una mera svista nella memoria dell'amministrazione, dove detto oggetto viene riferito a "strade urbane" anziché "extraurbane" come nell'art. 7.3.3 del disciplinare);

- che tale aderenza all'oggetto di gara è una fondamentale garanzia della "par condicio" fra i concorrenti, onde non consentire a chi è, in tutto o in parte, sprovvisto dei requisiti, di prevalere su chi, invece li possiede (e, sul punto, v. la recente sentenza di questo Tribunale amministrativo: TAR Friuli Venezia Giulia n. 462 dd. 11.12.2012) né consentire alle stazioni appaltanti di trasformare una gara, in cui sono rilevanti i requisiti di capacità tecnica in una gara tendente all'aggiudicazione al prezzo più basso, svalutando detti requisiti

Nel caso di specie i requisiti minimi per i servizi analoghi, come dispone il punto 7.3.3. del disciplinare di gara, debbono essere, in caso di RTI orizzontale, posseduti dalla capogruppo mandataria a pena di esclusione, in misura pari al 40% della somma di € 6.200.000 e dalle mandanti nella misura minima del 10% purché il raggruppamento raggiunga, nella sua interezza, il fatturato minimo previsto

Il raggruppamento Martinuzzo Vivai – Sever ha documentato di aver svolto, nel suo complesso, servizi analoghi per complessivi € 6.251.042,98 (€ 4.362.325,32 la mandataria e € 1.888.717,76 la mandante) ma, togliendo da questo totale la somma di € 764.795, che il Collegio ritiene non afferenti a servizi analoghi in ragione dell'oggetto delle prestazioni, diverso da quello prescritto, il fatturato ammissibile di tale raggruppamento scende a € 5.486.247,98, inferiore alla misura minima richiesta di € 6.200.000, onde deve essere escluso dalla gara.

Il Collegio, rigettato il ricorso incidentale, ritiene pertanto sufficiente l'illegittimità finora rilevata, in accoglimento del primo motivo di gravame, per accogliere il ricorso ed annullare l'aggiudicazione della gara al raggruppamento controinteressato, assorbendo l'ulteriore censura di cui al secondo motivo di ricorso circa la mancata corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento stesso e quota di esecuzione delle prestazioni in appalto.

P.Q.M.

il Tribunale amministrativo regionale del Friuli - Venezia Giulia, definitivamente pronunciando sul ricorso in premessa, respinta ogni contraria istanza ed eccezione, rigetta il ricorso incidentale ed accoglie il ricorso principale e, di conseguenza, annulla il provvedimento di aggiudicazione definitiva del Consiglio di amministrazione di Autovie Venete spa del 17.7.2012 e gli atti presupposti impugnati che hanno condotto a detta aggiudicazione.

Condanna l'amministrazione intimata e il raggruppamento controinteressato alla rifusione delle spese di giudizio, che liquida in € 5000 (cinquemila) a carico di Autovie Venete e in € 5000 (cinquemila) a carico del raggruppamento Martinuzzo – Sever, entrambe con l'aggiunta di IVA e CPA, ponendo inoltre a carico di ciascuna delle soccombenti il contributo unificato.

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

Così deciso in Trieste, in camera di consiglio, il 12 dicembre 2012.

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere, Estensore

Oria Settesoldi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 08/01/2013

IL SEGRETARIO

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