



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 327 del 2012, proposto da:

Sever S.r.l. Societa' Unipersonale, rappresentato e difeso dagli avv. Vittorio Domenichelli, Paolo Neri, Federica Sgualdino, Giuseppe Sbisa', con domicilio eletto presso Giuseppe Sbisa' Avv. in Trieste, via Donota 3;

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

Caramori Piante di Caramori Carlo, Eco Green S.r.l., rappresentati e difesi dall'avv. Francesco Volpe, con domicilio eletto presso Alessandro Tudor Avv. in Trieste, Galleria Protti 1; Alba Tech Sistemi S.r.l.;

per l'annullamento

-della delibera del consiglio di amministrazione del 5 settembre 2012 con cui autovie venete s.p.a. ha aggiudicato alla costituenda associazione temporanea d'impresе formata da caramori piante, alba tech sistemi s.r.l. e eco green srl. l'appalto avente ad oggetto 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 - sinistra Tagliamento;

-della nota 07/09/2012 u/34418 a firma del responsabile gare, contratti, forniture e servizi con cui autovie venete ha comunicato alla ricorrente l'esito della procedura;

-dei verbali di gara nella parte in cui la commissione aggiudicatrice non ha disposto l'esclusione dalla procedura della costituenda ati capitanata da Caramori Piante;

-della lex specialis della procedura ed in particolare del disciplinare di gara, nella parte in cui prevede l'attribuzione dei punteggi relativamente agli elaborati "relazione tecnico-gestionale", "relazione tecnica riguardo alle migliorie da adottare per la sicurezza" e "relazione tecnica relativa alla qualità del parco macchine" con il metodo del confronto a coppie;

-di tutti gli altri atti comunque connessi per presupposizione o consequenzialità;

nonchè per la condanna di Autovie Venete spa, al risarcimento del danno causato alla ricorrente dalla mancata aggiudicazione dell'appalto;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autovie Venete S.p.A. e di Caramori Piante di Caramori Carlo e di Eco

Green S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2013 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 ricorrente premette che la gara in discussione, essendo stata esclusa per anomalia la prima classificata, è stata aggiudicata definitivamente, in data 5.9.2012, alla costituenda ATI controinteressata, mentre essa si è classificata al secondo posto.

Ha chiesto l'annullamento degli atti impugnati, ed in primis del provvedimento di aggiudicazione, deducendo diversi e articolati motivi di gravame, di cui al Collegio appare fondato ed assorbente il primo, con cui si contesta l'inosservanza del principio di corrispondenza fra quota di qualificazione, quota di partecipazione e quota di esecuzione, inizialmente dettato per gli appalti di lavori e ritenuto applicabile anche a quelli di servizi da un pressoché costante indirizzo giurisprudenziale del Consiglio di Stato.

Invero il Collegio condivide l'assunto di tale giurisprudenza, secondo cui, dal complesso delle disposizioni che governano la partecipazione alle gare d'appalto dei raggruppamenti temporanei d'impresa e, in particolare, dall'esame degli artt. 37, 41, e 42 del D. Lgs. n. 163/2006, si ricava il principio ineludibile che già nella fase dell'offerta, vi debba essere sostanziale corrispondenza tra le quote di qualificazione e quote di partecipazione all'ATI e tra le quote di partecipazione e quelle di esecuzione, costituendo tale principio, anche quando esso non sia esplicitato dalla lex specialis, un requisito di ammissione la cui inosservanza determina l'esclusione dalla gara (cfr. per tutte CDS III Sez. 11.5.2011 n. 2804; nello stesso senso, fra le molte altre, le più recenti CDS V Sez. 5.12.2012 n. 6243; III Sez. 14.1.2013 n. 136).

Si tratta di un obbligo che, inizialmente previsto solo per gli appalti di lavori a carico delle imprese che costituiscono associazioni temporanee è stato esteso dalla pressoché unanime giurisprudenza anche agli appalti di servizi e forniture, per identità di ratio.

Ci si deve allora doverosamente interrogare se tale obbligo non sia venuto meno retroattivamente per la modifica dell'art. 37, 13° comma, del D. Lgs. n. 163/2006, su cui principalmente l'interpretazione fatta propria dal Collegio si fonda, da parte dell'art. 1 del D.L. 6.7.2012 n. 95, così come integrato dalla L. 7.8.2012 n. 135, per cui oggi esso così dispone:

“Nel caso di lavori i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento” escludendo così gli appalti di servizi, di cui qui si discute, dall'ambito di applicazione del summenzionato principio di corrispondenza, di cui tale norma è, fra le altre sopra menzionate, fondamentale espressione.

Il Collegio esclude tale interpretazione sulla base di un triplice ordine di considerazioni.

In primo luogo detta disposizione non ha, nella sua espressione letterale, il carattere di una norma di interpretazione autentica, non contenendo alcuna espressione che ne estenda l'operatività al passato, facendogli assumere carattere retroattivo.

Di tale opinione sembra anche la giurisprudenza sul punto.

In particolare viene ricordato che l'obbligo, ritenuto applicabile al caso in quella sede esaminato, di corrispondenza fra quote di qualificazione e di esecuzione, “previsto espressamente per i lavori a carico delle imprese che

costituiscono associazioni temporanee, è stato di recente applicato dalla giurisprudenza anche agli appalti di servizi e forniture, sulla base di una interpretazione sistematica dell'art. 37, co. 4 e 13 nella versione originaria, precedente la modifica introdotta con il D.L. n. 95 del 2012 (cfr. CDS III Sez. 14.12.2012 n. 6443).

Infatti di detto principio la sentenza citata fa applicazione.

Soprattutto, però, poiché, come si è detto, il citato obbligo di corrispondenza va applicato nella fase dell'offerta, la norma sopravvenuta non è applicabile, quand'anche fosse di interpretazione autentica, alle fattispecie già esaurite, quelle cioè in cui, come nel presente caso, l'offerta è già stata presentata in data anteriore.

Nell'ambito della presente vicenda processuale deve osservarsi che l'offerta della costituenda ATI aggiudicataria non rispetta la citata indispensabile corrispondenza fra quote di qualificazione e quote di partecipazione, discendente dal combinato disposto degli artt. 37, 41, e 42 del D. Lgs. n. 163/2006, riconosciuti al tempo applicabili anche agli appalti di servizi.

Come infatti correttamente esposto in ricorso il costituendo raggruppamento controinteressato ha esposto un'offerta in cui la capogruppo Caramori Piante di Caramori Carlo assume una quota di partecipazione all'ATI del 49% , la mandante Alba Tech Sistemi srl del 36,50% e la mandante Eco Green srl del 14,50%.

Nel rispetto di tali quote, le imprese che si proponevano di riunirsi in detta ATI doveva possedere, ai sensi del punto 7.3.2 un fatturato globale, cioè un requisito indispensabile di qualificazione, atto a dimostrare la necessaria esperienza allo svolgimento del servizio, realizzato negli ultimi cinque (o almeno quattro) esercizi precedenti la pubblicazione del bando pari ad almeno € 10.400.000, di cui la capogruppo doveva dimostrare il possesso per almeno il 40% e le mandanti per almeno il 10%, purché essa raggiungesse, nel suo complesso, l'importo globale richiesto.

Pertanto il fatturato della mandante Alba Tech Sistemi, dichiarato in offerta, non corrisponde alla quota di partecipazione al raggruppamento.

Quest'ultimo avrebbe dovuto essere di € 3.796.000, corrispondente alla sua quota di partecipazione dichiarata del 36,50%, mentre esso ammonta, in offerta, a € 2.003.915,61.

Del pari la stessa Alba Tech Sistemi non rispetta nemmeno il punto 7.3.3 del disciplinare, relativo ai servizi analoghi, in quanto avrebbe dovuto documentare di aver svolto, nel quinquennio precedente, il 36,50% dell'importo stabilito dalla precitata disposizione, che ammonta, per l'intero raggruppamento, a € 5.200.000 e quindi avrebbe dovuto essere di almeno € 1.898.000, mentre ne ha dichiarato in offerta, mediante avvalimento, soltanto € 1.040.000.

Concorda pertanto il Collegio con quanto esposto in ricorso, secondo cui quanto finora rappresentato dimostra che, in rapporto alle quote di partecipazione dichiarate dalle componenti il raggruppamento non vi erano i requisiti di capacità economico – finanziaria, onde esso andava escluso dalla gara.

Non possono essere attese, al riguardo, le obiezioni dell'amministrazione intimata, che si fondano su qualche isolata pronuncia giurisprudenziale e che pretendono che la disposizione sopravvenuta, che per le ragioni più sopra esposte è irrilevante in ordine al caso di specie, debba servire come chiave di lettura della disciplina delle offerte negli appalti di servizi.

Questa tesi non è condivisa dal Collegio, ritenendo che nello specifico settore esigenze di serietà e di tutela, soprattutto, delle stazioni appaltanti, impongono che chi le espone sia qualificato, cioè abbia la necessaria esperienza in termini di servizi svolti e dei relativi importi, pari alla quota di partecipazione, in caso di ATI, del servizio che si propone di svolgere.

Nemmeno può essere condivisa la posizione, pur presente in giurisprudenza, della controinteressata, che ritiene, sulla base dell'art. 275, 2° comma, del DPR 5.10.2010 n. 207, che stabilisce che solo la lex specialis può stabilire i

requisiti economico – finanziari e tecnico – organizzativi necessari alla partecipazione a una gara in materia di appalti di servizi e forniture.

Nel presente caso, infatti, come sopra esposto, risulterebbe impossibile rispettare il disciplinare di gara se venissero accolte le dichiarazioni dell'ATI controinteressata in ordine alla ripartizione delle quote di partecipazione al raggruppamento, del tutto dissonanti con l'esperienza in fatto maturata.

Non va inoltre dimenticato che è stata necessaria una precisa disposizione di legge per differenziare, sul punto, la disciplina degli appalti di lavori da quella dei servizi, con ciò significando che la disciplina normativa precedente non era sufficiente, come si vorrebbe sostenere, alla bisogna e che l'indirizzo giurisprudenziale consolidato, qui contestato, era conforme alla normativa vigente.

Il ricorso dev'essere pertanto accolto e gli atti impugnati annullati, con assorbimento degli ulteriori motivi di gravame.

Di conseguenza la domanda risarcitoria, essendo escluso il raggruppamento controinteressato, diviene improcedibile, in quanto essa si è classificata seconda e quindi sale al primo posto delle concorrenti regolarmente ammesse.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, di conseguenza annulla gli atti impugnati.

Dichiara improcedibile la domanda risarcitoria.

Condanna l'amministrazione intimata al rimborso delle spese e competenze giudiziali, che liquida nella misura di € 7000 (settemila) oltre al rimborso del contributo unificato, e la costituenda ATI controinteressata, in solido fra le imprese che la compongono, nella misura di € 10.000 (diecimila) entrambi con gli accessori di legge.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere, Estensore

Oria Settesoldi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/02/2013

IL SEGRETARIO

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

