

T.A.R. Toscana, Sez. I, 7 dicembre 2010, n. 6717

Contratti della P.A. - Gara – Raggruppamenti temporanei – Cumulo dei requisiti posseduti da ciascuna impresa – Possibilità – Sussiste

N. 06717/2010 REG.SEN.

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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1428 del 2010, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Citelum S.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Mauro Barberio e Stefano Porcu, con domicilio eletto presso l'avv. Francesco Bertini in Firenze, via Lorenzo il Magnifico n. 83;

contro

Comune di Montignoso, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Carlo Lenzetti, con domicilio eletto presso l'avv. Luisa Gracili in Firenze, via dei Servi n. 38;

nei confronti di

Enel Sole S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con l'impresa Ditta Gaina Ivano, rappresentata e

difesa dall'avv. Stefano Grassi, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, corso Italia n. 2;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Enel s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Salvatore Cardillo, Stefano Grassi, Lucia Lannocca, con domicilio eletto presso l'avv. Stefano Grassi in Firenze, corso Italia n. 2;

per l'annullamento

della determinazione n. 6128 adottata dal Responsabile del Settore LL.PP. – Area Tecnica del Comune di Montignoso in data 20.07.2010 (comunicata in data 21.07.2010, ma non allegata), mediante la quale si è provveduto ad aggiudicare definitivamente la gara di appalto per la “Gestione in global service del servizio di **pubblica illuminazione**” al **R.T.I. ENEL Sole S.r.l. – Gaina Ivano**; della **nota prot.** 12194 del 21.07.2010, a firma del Responsabile del Settore LL.PP. – Area Tecnica, con la quale è stato comunicato l'esito della gara;

del provvedimento di ammissione alla gara del R.T.I. ENEL Sole S.r.l. – Gaina Ivano e della conseguente mancata esclusione del controinteressato R.T.I.;

della determinazione n. 6082 del 23.04.2010, a firma del Responsabile del Servizio (Area tecnica – Settore LL.PP.) del Comune di Montignoso che ha aggiudicato provvisoriamente la gara al R.T.I. ENEL Sole S.r.l. – Gaina Ivano;

del verbale di gara di 1[^] seduta in data 17.02.2010; del verbale di gara di 2[^] seduta in data 4.03.2010; del verbale di gara di 3[^] seduta in data 12.03.2010; del verbale di gara di 4[^] seduta in data 12.03.2010; del verbale di gara di 5[^] seduta in data 8.04.2010; del verbale di gara di 6[^] seduta in data 22.04.2010;

ove occorra, del bando e del disciplinare di gara; nonché, sempre ove occorra, dei provvedimenti di nomina della Commissione di gara (determinazioni 1009 del 17.02.2010 e 6025 del 19.02.2010); per la caducazione e/o l'inefficacia del

contratto eventualmente stipulato tra le parti, quindi per il risarcimento in forma specifica (attraverso l'affidamento del servizio nelle more, eventualmente, aggiudicato alla controinteressata) o, altrimenti, per il risarcimento dei danni per equivalente

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Montignoso e di Enel Sole S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale proposto da Enel Sole S.r.l.;

Visto l'atto di intervento di Enel s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1 dicembre 2010 il dott. Riccardo Giani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società ricorrente espone di aver partecipato alla gara bandita dal Comune di Montignoso per l'affidamento in *global service* del servizio di pubblica illuminazione per la durata di anni 20, che a tale procedura ha partecipato anche il costituendo raggruppamento d'impresе tra Enel Sole srl e la ditta Gaina Ivano e che proprio tale raggruppamento ha ottenuto l'aggiudicazione definitiva della gara.

Avverso l'aggiudicazione definitiva e gli atti tutti della gara insorge la società ricorrente, articolando nei confronti degli atti gravati le seguenti censure:

1 – “Violazione della *lex specialis* di gara; Eccesso di potere per carenza di istruttoria; Violazione del giusto procedimento”, venendo censurato il mancato rispetto del punto 13 del disciplinare di gara (in quanto il richiesto certificato ISO 14001 risulta posseduto solo dalla mandataria) nonché il mancato rispetto del

punto 17 del medesimo disciplinare (il requisito di certa pregressa attività in Comune con almeno 1500 punti luce essendo posseduto solo dalla mandataria);

2 – “Violazione dell’art. 83 d.lgs. 163 del 2006; Violazione del giusto procedimento”, avendo la commissione di gara proceduto alla predisposizione di sottocriteri e sottopunteggi per la valutazione dell’offerta tecnica, attività non ammessa dalla norma invocata.

La ricorrente conclude quindi per l’annullamento degli atti gravati e il risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente.

Si sono costituite in giudizio il Comune di Montignoso e il RTI controinteressato per resistere al ricorso.

In data 7 ottobre 2010 parte ricorrente depositava altresì atto di motivi aggiunti a mezzo dei quali proponeva la seguente ulteriore censura nei confronti degli atti gravati:

3 – “Eccesso di potere per carenza di istruttoria e per travisamento dei fatti; Violazione art. 23 bis della legge n. 133 del 2008; Violazione del giusto procedimento”.

Enel Sole srl, in proprio e quale mandataria del RTI controinteressato, proponeva altresì ricorso incidentale avanzando le seguenti censure:

I – “Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 23-bis d.l. 25 giugno 2008 n. 112 e s.m.i. – Eccesso di potere particolarmente sotto il profilo del difetto di istruttoria e del travisamento dei fatti”;

II – “Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 38 d.lgs. 163 del 2006 – Violazione del punto III 2.1. lett. b) del bando di gara. Eccesso di potere particolarmente sotto il profilo del difetto di istruttoria e del travisamento dei fatti”;

III – “Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis: disciplinare di gara busta A – documenti – art. 2, punti 10 e 14. Eccesso di potere particolarmente sotto il profilo del difetto di istruttoria e del travisamento dei fatti”.

È altresì intervenuta in causa Enel spa, quale titolare dell'intero capitale sociale di Enel Sole srl, a sostegno delle tesi di quest'ultima

Chiamata la causa alla pubblica udienza del giorno 1 dicembre 2010, relatore il dr. Riccardo Giani, sono stati sentiti i difensori della parti presenti. La società ricorrente ha dichiarato di rinunciare alla censura proposta con i motivi aggiunti e la controinteressata ha dichiarato di rinunciare alla prima censura proposta con il ricorso incidentale. La causa è stata quindi trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Con il ricorso principale viene gravata l'aggiudicazione al RTI controinteressato della gara indetta dal Comune di Montignoso per l'affidamento in *global service* del servizio di illuminazione comunale, nei confronti della quale vengono mosse due censure (stante la rinuncia alla terza doglianza che era stata avanzata con l'atto di motivi aggiunti).

Con il primo mezzo parte ricorrente censura profili attinenti alla partecipazione alla gara del RTI controinteressato, al fine di evidenziare che il raggruppamento medesimo avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura per difetto di presupposti di partecipazione, avendo parte ricorrente a ciò un interesse particolarmente stringente essendo l'unico altro partecipante alla gara in questione. Ad avviso di parte ricorrente la stazione appaltante, nell'ammettere il RTI controinteressato alla gara, avrebbe violato due previsioni del disciplinare di gara, segnatamente i punti 13 e 17 dell'art. 2.

Il disciplinare di gara al punto 13 dell'art. 2 (cfr. doc 10 di parte ricorrente) – nell'indicare i documenti che devono essere contenuti a pena di esclusione nella busta A – parla di “dichiarazione attestante il possesso di certificato rilasciato da organismi indipendenti, attestante il rispetto da parte dell'impresa di norme di gestione ambientale, con riferimento al sistema comunitario di ecogestione e AUDIT (EMAS) o a norme di gestione ambientale basate sulle pertinenti norme

europee (ISO 14001) o internazionali, ai sensi dell'art. 44 del d.lgs. n. 163/2006". Con la prima contestazione, contenuta nel primo mezzo, parte ricorrente sostiene che il RTI controinteressato avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in quanto la certificazione ISO 14001 risulta posseduta dalla sola capogruppo e non anche dalla mandante, come sarebbe invece stato necessario.

La censura è infondata.

In punto di fatto è pacifico che il requisito di cui al richiamato punto 13 dell'art. 2 del disciplinare di gara è nella specie posseduto dalla mandataria del RTI controinteressato e non dalla mandante impresa Gaina Ivano, come si evidenzia dalle dichiarazioni rilasciate in sede di gara dalla stessa mandante (cfr. doc. 11 di parte ricorrente ove al punto 10 si legge che "il requisito relativo al possesso di certificato rilasciato da organismi indipendenti attestante il rispetto di norme di gestione ambientale basate sulle pertinenti norme europee [ISO 14001], è soddisfatto dal costituendo RTI attraverso l'impresa mandataria"). Sempre in punto di fatto deve essere altresì evidenziato come il RTI controinteressato, con nota del 5 febbraio 2010 (cfr. doc. 4 dell'Amministrazione resistente), ebbe a formulare alla stazione appaltante una richiesta di specifico chiarimento sul punto 13 del disciplinare, in particolare chiedendo se tale requisito "possa essere soddisfatto, in caso di RTI, dal possesso del certificato da parte della sola impresa capogruppo". La stazione appaltante rispose al quesito (cfr. doc. 5 del Comune) sostanzialmente rilevando la sufficienza del possesso da parte della capogruppo, ciò con richiamo da un lato all'art. 95 del DPR n. 554 del 1999 e dall'altro al punto 10 dello stesso disciplinare di gara.

Rileva il Collegio come, anche sulla base dell'ampia giurisprudenza versata in giudizio da parte ricorrente (TAR Lazio, sez. II, 6 febbraio 2007, n. 923; TAR Campania, 7 ottobre 2008, n. 13437 ecc.), debba giungersi alla conclusione di una necessaria adeguata valorizzazione, in punto di distribuzione dei requisiti tecnici tra

le imprese facenti parte di un RTI, della disciplina della legge di gara, onde evidenziare quali requisiti debbano essere accertati in capo al raggruppamento come tale, e quindi con possibile sufficienza del loro possesso da parte della capogruppo, e quali invece debbano essere specificamente posseduti da ciascuna impresa partecipante al RTI medesimo. E' certo che le forme di aggregazione di imprese, funzionali alla partecipazione alle pubbliche gare, mirano ad ampliare la dinamica concorrenziale, consentendo di sommare tra loro i requisiti posseduti dai singoli membri del raggruppamento. Con il risultato che la valutazione dei requisiti di idoneità tecnica ed economica di norma deve farsi cumulando i requisiti posseduti da ciascuna impresa, salvo che si tratti di connotati che per prescrizione di legge, per espressa disposizione della normativa di gara o per loro intrinseca natura devono essere necessariamente posseduti da ciascuna delle imprese riunite. Nel caso di specie il necessario possesso della certificazione ISO 14001 non appare richiesta in capo tanto alla mandataria quanto alla mandante del costituendo RTI, apparendo quindi sufficiente a soddisfare le previsioni del disciplinare il possesso della certificazione medesima da parte della capogruppo mandataria. In tal senso appare convincente il riferimento al punto 10 del disciplinare di gara effettuato dalla stazione appaltante in sede di risposta al chiarimento richiesto dalla controinteressata, ove con riferimento al diverso ma avvicicabile requisito della certificazione UNI EN ISO 9001: 2000 si afferma che in caso di RTI il requisito deve essere posseduto dalla capogruppo. In mancanza di una specifica previsione sul profilo in esame in sede di punto 13 pare ragionevole estendere, in presenza di una conforme *ratio*, anche a questo requisito la norma di gara che ne prevede il necessario possesso solo in capo alla capogruppo.

Il punto 17 del disciplinare di gara prescrive, a pena di nullità, l'inserimento nella busta A di "certificazione attestante l'installazione in un comune di almeno 1.500,00 punti luce di un supporto informatico che consenta il censimento dei

punti luminosi, la visualizzazione delle mappe e le statistiche di funzionamento di guasti ed interventi, e dovrà essere comprovato allegando, a pena di esclusione, copia del certificato”. Sempre nell’ambito del primo mezzo, parte ricorrente contesta che il suddetto requisito doveva essere posseduto sia dalla mandataria che dalla mandante del RTI controinteressato, mentre risulta esser stato posseduto solo da Enel Sole srl.

La censura è infondata.

In punto di fatto è pacifico che il requisito in parola è soddisfatto dalla sola mandataria, come risulta dalla attestazione prodotta in gara dalla mandante (doc. 11 di parte ricorrente) ove al punto 3 si legge che “il requisito attestante l’installazione di almeno 1500 punti luce di un supporto informatico che consenta il censimento dei punti luminosi, la visualizzazione delle mappe e le statistiche di funzionamento di guasti ed interventi, è soddisfatto dal costituendo RTI attraverso l’impresa mandataria”. Tuttavia, anche in questo caso, in mancanza di una espressa e diversa previsione della legge di gara, pare da preferirsi una interpretazione che valorizzi la funzione di ampliamento delle possibilità concorrenziali attraverso una partecipazione alle gare pubbliche più ampia possibile, obiettivo che si raggiunge consentendo di sommare tra loro i requisiti di capacità tecnica posseduti dalle singole imprese partecipanti ad un RTI, ove a ciò non ostino previsioni di legge specifiche.

Con il secondo mezzo parte ricorrente evidenzia come la commissione di gara, a fronte di criteri di selezione assai generali previsti dal disciplinare di gara, ha provveduto a ulteriormente specificare pesi e criteri, in tal modo violando la previsione normativa di cui all’art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006.

La censura è fondata.

Il disciplinare di gara (cfr. doc. 10 cit) prevede che all’offerta tecnica siano riservati 70 punti, mentre 30 sono riferiti all’offerta economica e precisa che l’offerta

tecnica dovrà essere predisposta dai concorrenti evidenziando tre punti: A, B e C. Il punto A riguarda il “progetto del servizio” e si articolerà in tre aspetti: A1 “modalità di gestione, piani di manutenzione, risorse umane, attrezzature, strumenti di comunicazione”; A2 “assistenza e pronto intervento”; A3 “supporto informatico”. Il punto B avrà ad oggetto il “programma degli interventi”, con una bipartizione tra B1 “scelte progettuali, qualità della proposta progettuale, materiali impiegati e caratteristiche estetiche e funzionali” e B2 “cronoprogramma complessivo degli interventi”. Il punto C avrà infine ad oggetto “proposte migliorative”. Il disciplinare, quindi, fornisce la griglia dell’articolazione che la proposta tecnica dovrà avere, ma non dettaglia in alcun modo la distribuzione del punteggio a disposizione tra i vari profili. Il Capitolato Speciale d’appalto (cfr. doc. 4 della difesa comunale), all’art. 36, provvede a distribuire i 70 punti attraverso i quali deve essere valutata l’offerta tecnica tra i vari profili sopra indicati: quindi 25 punti al profilo A1, 5 al profilo A2, 2 punti al profilo A3, 20 punti al B1, 3 punti al B2 e 15 punti al profilo C. La commissione giudicatrice nella seduta del 12 marzo 2010 (cfr. all. 5 parte ricorrente) dichiara espressamente “di fissare i sub-criteri integrativi di valutazione correlati ai parametri tecnico-qualitativi già indicati in termini generali negli atti di gara per l’assegnazione dei punteggi massimi e minimi da attribuire alle singole offerte economiche”. Infatti nel verbale della seduta, alla griglia sopra illustrata tratta dal CSA, segue una ben più articolata griglia in cui si indicano sottocriteri e sottopunteggi, stabilendo il peso specifico da attribuire ad una serie di parametri nei quali deve articolarsi la valutazione di ciascun profilo tratto dalla legge di gara. Così, ad esempio, in relazione al profilo A1 – avente riguardo al “progetto di servizio” e per il quale profilo già la normativa di gara stabilisce un’articolazione in ulteriori profili valutativi e cioè: “modalità di gestione, piani di manutenzione, risorse umane, attrezzature, strumenti di comunicazione” – la commissione procede ad una duplice operazione. In primo luogo provvede a

stabilire il peso specifico (rapportando ad unità l'insieme complessivo dei punti a disposizione per la specifica valutazione) tra i cinque aspetti menzionati dalla legge di gara nei quali si articola il profilo A1: quindi 0,20 alle “modalità di gestione”; 0,30 ai “piani di manutenzione”; 0,20 alle “risorse umane”; 0,15 alle “attrezzature”; 0,15 agli “strumenti di comunicazione”. Quindi ciascuno dei cinque aspetti ricordati viene ulteriormente sezionato in più specifici momenti valutativi con attribuzione dei pesi relativi: così l'elemento “modalità di gestione” (cui compete un peso 0,20 del complessivo punteggio attribuito al profilo A1) è ulteriormente articolato in “individuazione/risoluzione delle problematiche tecniche e di controllo della gestione” (con peso 0,10) e “livello di qualità del servizio” (con peso 0,10). Ed operazione analoga è ripetuta per ciascuno dei profili contemplati dalla normativa di gara.

L'attività svolta dalla commissione di articolazione e specificazione di sub-pesi e sub-punteggi appare tuttavia illegittima in quanto in contrasto col disposto dell'art. 83 del d.lgs. n. 163 del 2006.

L'art. 83, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, nella sua stesura originaria, si articolava in tre periodi: a) nel primo periodo, allacciandosi con le previsioni degli altri commi dello stesso art. 83 che prevedono quanto la stazione appaltante deve fare in sede di bando, è previsto che “il bando per ciascun criterio di valutazione prescelto prevede, ove necessario, i sub-criteri o i sub-pesi o i sub-punteggi”; b) il secondo periodo contempla la possibile nomina di esperti di ausilio proprio alla fissazione dei sub criteri e punteggi; c) infine il terzo periodo del comma 4 stabiliva che “la commissione giudicatrice, prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte, fissa in via generale i criteri motivazionali cui si atterrà per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo e il massimo prestabiliti dal bando”. La previsione del terzo periodo dell'art. 83, comma 4, cit. è caduta sotto l'osservazione della Commissione CE che ha aperto sul punto una

procedura d'infrazione nei confronti dell'Italia (n. 2007/2309). In particolare la Commissione europea ha ritenuto quella norma in contrasto con le direttive comunitarie dalle quali emerge l'esigenza che i criteri di aggiudicazione dell'appalto nonché la ponderazione relativa di tali criteri e il loro ordine di importanza siano tutti stabiliti nel bando e nei documenti di gara. Il legislatore italiano, con il d.lgs. n. 152 del 2008, ha ritenuto di accogliere i rilievi comunitari, con conseguente soppressione del terzo periodo del comma 4 dell'art. 83. Ne consegue che allo stato della legislazione non è consentito un intervento come quello posto in essere nel caso di specie dalla commissione giudicatrice, trattandosi di una integrazione e articolazione degli specifici pesi attribuiti ai vari criteri non consentita, dovendo tutti i criteri di selezione, anche nel loro peso relativo, comparire negli atti di gara.

Alla luce dei rilievi che seguono la censura in esame deve essere accolta, con annullamento degli atti gravati. Trattandosi di doglianza che riguarda il complessivo svolgimento delle operazioni di gara, l'accoglimento in parola travolge l'intera procedura che dovrà essere integralmente rinnovata dalla stazione appaltante. Il radicale effetto determinato dall'accoglimento della censura in esame consente di dichiarare improcedibile il ricorso incidentale, volto ad attaccare la posizione specifica del ricorrente nell'ambito della gara svolta, travolto ormai dall'annullamento integrale della gara stessa. L'effetto caducatorio conseguente all'accoglimento del ricorso principale, con le conseguenze in termini di generale riedizione delle operazioni di gara, soddisfa poi anche la richiesta di risarcimento del danno in forma specifica avanzata dalla ricorrente, poiché l'interesse della ricorrente troverà realizzazione nelle nuove possibilità di aggiudicazione correlate al rinnovato svolgimento della gara, assorbendo quindi la richiesta di risarcimento per equivalente, avanzata in mero subordinate. Non vi è invece spazio per una pronuncia sul contratto, non avendo le parti documentato se esso sia stato stipulato o meno in esito alle operazioni di gara.

Ritiene il Collegio che sussistano giustificati motivi, per la complessità della fattispecie, per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso principale, ai sensi di cui in motivazione, e per l'effetto annulla l'intera procedura di gara, e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 1 dicembre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Testori, Presidente FF

Riccardo Giani, Primo Referendario, Estensore

Alessandro Cacciari, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/12/2010

IL SEGRETARIO

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