

Tar Puglia, sezione seconda, sentenza n. 1979 del 16 dicembre 2019

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 Seconda

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 c.p.a.;

sul ricorso numero di registro generale 1410 del 2019, proposto da, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

....., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Lecce, domiciliataria ope legis;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione del costituendo RTI ricorrente dalla procedura aperta indetta dalla Prefettura di Brindisi per l'affidamento dei servizi di gestione e funzionamento del, CIG 7877410460 e dei consequenziali e connessi provvedimenti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Ufficio Territoriale del Governo Brindisi;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2019 il dott. Roberto Michele Palmieri e uditi per le parti i difensori avv. per i ricorrenti e avv. dello Stato

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

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. È impugnato il verbale di gara n. 2/19, con cui è stata disposta l'esclusione del costituendo RTI ricorrente dalla procedura aperta indetta dalla Prefettura di Brindisi per l'affidamento dei servizi di gestione e funzionamento del, CIG 7877410460.

A sostegno del ricorso, la ricorrente ha articolato i seguenti motivi di gravame, appresso sintetizzati: 1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 89, comma 7, del D. Lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 7, capoverso 8, del Disciplinare di gara; eccesso di potere; 2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 83, comma 9, D. Lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 13 del Disciplinare di Gara; violazione del principio di massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica; eccesso di potere sotto vari profili; 3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D. Lgs. 50/2016 e dell'art. 6.1, lett. a), del Disciplinare di Gara; eccesso di potere sotto vari profili.

Ha chiesto pertanto l'annullamento dell'atto impugnato, con vittoria delle spese di lite.

L'Amministrazione resistente si è costituita con memoria di stile depositata in data 11.11.2019.

Nella camera di consiglio del 27.11.2019, fissata per la discussione della domanda cautelare, il Collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria,

sentite sul punto le parti costituite, ha definito il giudizio in camera di consiglio con sentenza in forma semplificata, ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

2. Il ricorso, in relazione ai dedotti profili di gravame, è fondato.

Le ragioni di esclusione del RTI ricorrente dalla gara, emergenti dal verbale n. 2/19, possono così riassumersi:

a) il contratto di avvalimento tra la(società facente parte del RTI ricorrente) e l'ausiliaria risultava *“essere stato sottoscritto con Ausiliaria di altro partecipante alla gara (Coop. I Talenti) in contrasto, quindi (pena esclusione), con quanto previsto dall'art. 7 capoverso 8 del Disciplinare di gara (che ribadisce l'art. 89 comma 7 del D. Lgs. 50/2016)”*;

b) la non avrebbe dimostrato la sussistenza del requisito di capacità economico-finanziaria richiesto dall'art. 6.2 punto 2) del Disciplinare, attraverso la produzione di due idonee referenze bancarie attestanti la solidità economica e finanziaria;

c) la non avrebbe dichiarato e dimostrato, attraverso l'ausiliaria, la sussistenza del requisito di capacità tecnica di cui all'art. 6.3 lett. a) del Disciplinare (comprovata esperienza nel settore per 36 mesi), avendo dimostrato un'esperienza di soli 27 mesi;

d) la risulterebbe priva del *“requisito generale previsto dall'art. 6.1 di iscrizione camerale o altro «... per attività coerenti con quelle oggetto della presente procedura di gara» da intendersi, chiaramente, nel settore più volte rimarcato, di accoglienza e assistenza a cittadini stranieri”*.

Nessuno di tali motivi è fondato.

3. Con riferimento al motivo di esclusione *sub a)*, esso contrasta con la previsione (pur richiamata, ma male interpretata dall'Amministrazione) di cui all'art. 89 co. 7 codice appalti pubblici (CAP), secondo cui: *“In relazione a ciascuna gara non è consentito, a pena di esclusione, che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti”*. Dunque, tale

previsione normativa esclude che della stessa ausiliaria si avvalga più di un “concorrente”, ma non impedisce che, nell’ambito del medesimo raggruppamento di imprese, queste ultime si avvalgano della medesima impresa ausiliaria, sempreché non vi siano intenti elusivi, non allegati dall’Amministrazione (cfr, sul punto, C.d.S, IV, 10.4.2018, n. 2183). Pertanto, sotto tale profilo, la S.A. ha introdotto una nuova causa di esclusione dei concorrenti dalla gara, in violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione.

4. Con riferimento al motivo di esclusione *sub b)*, è ben vero che l’art. 6.2 del Disciplinare indica, tra i requisiti di capacità economica e finanziaria, il possesso di “... *due idonee referenze bancarie attestanti la solidità economica e finanziaria dell’offerente*”. Tuttavia, tale previsione di gara omette di individuare le modalità da seguire nel caso di raggruppamento di imprese, e men che meno stabilisce una qualche sanzione in caso di inosservanza. Orbene, nel caso di specie, la ha allegato alla domanda una dichiarazione con cui ha precisato che: “*le due idonee referenze bancarie attestanti la solidità economica e finanziaria dell’offerente sono possedute nella costituenda R.T.I. dai soggetti società cooperativa Marinella e dalla società cooperativa I Talenti*”. Per tali ragioni, la S.A. non avrebbe potuto escludere la ricorrente dalla gara a motivo di tale dichiarazione, ma al più avrebbe dovuto attivare la procedura di soccorso istruttorio stabilita dall’art. 83 co. 9 CAP. Procedura, quest’ultima, non attivata, non avendo giammai l’Amministrazione richiesto espressamente alla ricorrente – in risposta alla citata dichiarazione di quest’ultima, avente contenuto specifico – dette referenze, ed essendosi invece genericamente limitata a richiedere i requisiti stabiliti dalla legge di gara. Per tali ragioni, anche tale motivo di esclusione deve ritenersi illegittimo.

5. Con riferimento al motivo di esclusione *sub c)*, l’art. 6.4 del Disciplinare recita testualmente: “*I requisiti di cui al precedente punto 6.3 lett. Errore. L’origine riferimento non è stata trovata. e b) in caso di raggruppamento orizzontale, devono essere posseduti sia dalla mandataria sia dalle mandanti. Detti requisiti devono essere posseduti in misura maggioritaria*

dalla mandataria”. Orbene, è evidente la natura confusa di tale previsione di gara (nella parte relativa a: “*Errore. L'origine riferimento non è stata trovata*”), che non consente di apprezzarne pienamente la portata precettiva. Già soltanto per tale ragione, la ricorrente non andava esclusa dalla gara, costituendo il *clare loqui* un principio inderogabile del diritto eurounitario e nazionale. A ciò aggiungasi che qualora si volesse interpretare tale clausola nel senso che il requisito della comprovata esperienza per almeno 36 mesi dovesse essere posseduto “... *in misura maggioritaria dalla mandataria*” (cfr. parte finale del citato art. 6.4 Disciplinare), tale requisito deve, nella specie, ritenersi sussistente “*in misura maggioritaria*” dalla mandataria (cfr. documentazione in atti). A ciò aggiungasi altresì che nel contratto di avvalimento tra l’ausiliaria e l’ausiliata il riferimento ai 27 mesi deve ritenersi un mero refuso, atteso che dall’allegata tavola sinottica emerge che il numero di mesi rilevante ai fini in esame è superiore al minimo richiesto di 36 mesi. Pertanto, in omaggio sia al principio del *clare loqui*, sia al Disciplinare di gara, interpretato nei termini suesposti, la conseguenza è che il RTI ricorrente non andava escluso dalla gara a motivo della ritenuta violazione dell’art. 6.3 lett. a) del Disciplinare, non essendovi, nella specie, alcuna violazione di tal fatta sanzionabile in capo a detto ricorrente.

6. Con riferimento al motivo di esclusione *sub d)*, emerge dalla visura camerale prodotta in sede di gara che annovera tra l’oggetto sociale lo svolgimento di “*servizi in campo sociale, assistenziale educativo e formativo, volti a facilitare l’inserimento nella vita attiva di persone con handicap fisico, psichico o sensoriale, malati psichiatrici minori, anziani, tossicodipendenti, alcol dipendenti, immigrati. In relazione a ciò la cooperativa può gestire i seguenti servizi in campo sociale, educativo e riabilitativo ... centri di accoglienza e di socializzazione, case famiglia, centri pronta accoglienza ...*”. Pertanto, detta società soddisfa senz’altro il requisito prescritto dalla legge di gara, sicché anche sotto tale profilo la disposta esclusione deve ritenersi illegittima.

7. Alla luce di tali considerazioni, il ricorso è fondato e va, pertanto, accolto.

Ne consegue l'annullamento dell'atto impugnato.

8. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e annulla per l'effetto l'atto impugnato.

Condanna l'Amministrazione resistente al rimborso delle spese di lite sostenute dalla ricorrente, che si liquidano in € 3.000 per onorario, oltre rimborso C.U, spese generali e IVA come per legge.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 27 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

L'ESTENSORE
Roberto Michele Palmieri

IL PRESIDENTE
Eleonora Di Santo

IL SEGRETARIO