



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2492 del 2012, proposto da:

PACIFICO S.r.l. – LAVANDERIA INDUSTRIALE, in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I. con Gruppo Industriale Di Giacomo S.r.l., Lavanderia D'Alessio S.r.l. e Ditta Servizi Sanitari Integrati S.r.l. – mandanti, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Francesco Lanocita e Giuseppe Lanocita, con i quali è elettivamente domiciliata in Napoli alla Via Caracciolo n. 15 presso lo studio Laudadio-Scotto;

contro

- A.S.L. CASERTA, rappresentata e difesa dall'Avv. Lidia Buondonno dell'Avvocatura Regionale, con la quale è elettivamente domiciliata in Napoli alla Via Santa Lucia n. 81;
- REGIONE CAMPANIA, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- a) della deliberazione del direttore generale dell'ASL Caserta n. 462 del 5 aprile 2012, con la quale si è espressa la non ammissibilità del RTI ricorrente alle fasi successive della procedura aperta per l'affidamento del servizio di noleggio, lavaggio e disinfezione della biancheria PP.OO. e delle divise del personale dipendente dell'ASL Caserta e kit sterili per le SS.OO., nonché si è disposta la pubblicazione dell'avviso di non aggiudicazione della gara;
- b) dell'avviso di non aggiudicazione della gara;
- c) dei verbali della commissione giudicatrice nn. 1 e 2, con particolare riferimento al verbale n. 2 del 20 marzo 2012;
- d) del bando di gara e del relativo capitolato speciale, così come approvati dal direttore generale dell'ASL Caserta;
- e) di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale, ivi compresi, per quanto di ragione: 1) la nota del Servizio Provveditorato dell'ASL Caserta prot. n. 4533/Prov dell'11 novembre 2011; 2) la richiesta di parere inoltrata all'AVCP con nota prot. n. 5183/Prov del 28 dicembre 2011; 3) il sollecito di parere reso con nota prot. n. 437/Prov del 26 gennaio 2012; 4) il parere AVCP acquisito al protocollo dell'ASL Caserta con il n. 1107/Prov del 14 marzo 2012; 5) il nuovo bando di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'amministrazione resistente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 maggio 2013 il dott. Carlo Dell'Olio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il costituendo RTI in epigrafe (d'ora in seguito anche "RTI Pacifico"), di cui la società ricorrente è mandataria, ha partecipato come unico concorrente alla procedura aperta, indetta dall'ASL Caserta, finalizzata all'affidamento del servizio di noleggio, lavaggio e disinfezione della biancheria dei presidi ospedalieri, delle divise del personale dipendente e dei kit sterili per le sale operatorie, rimanendone escluso per l'omessa indicazione, nei documenti contenuti nella busta della documentazione amministrativa, delle quote di partecipazione di ciascuna ditta al raggruppamento.

La società ricorrente impugna la delibera aziendale n. 462 del 5 aprile 2012 – con cui è stata sancita l'esclusione dalla gara ed è stata contestualmente disposta la non prosecuzione della procedura per mancata aggiudicazione – unitamente agli atti di gara meglio in epigrafe individuati, adducendo una serie di doglianze attinenti alla violazione del d.lgs. n. 163/2006, alla violazione dei principi generali in tema di gare pubbliche, nonché all'eccesso di potere sotto svariati profili.

Resiste al gravame l'ASL Caserta.

Sia parte ricorrente sia l'amministrazione resistente hanno depositato, rispettivamente in data 29 aprile 2013 e 21 maggio 2013, memorie illustrative.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza n. 787 del 7 giugno 2012, riformata in appello dal Consiglio di Stato con ordinanza n. 2744 del 13 luglio 2012 sulla base della seguente motivazione: "Ritenuto che l'appello appare assistito da *fumus boni iuris*, considerato che non è contestato tra le parti il possesso dei titoli e requisiti per la partecipazione alla gara individualmente da parte di ciascuna impresa del costituendo raggruppamento, cosicché appare non violato l'art. 37 cod. appalti per il fatto che le ditte si siano impegnate alla esecuzione secondo il criterio della ripartizione territoriale;"

2. Con il gravame in trattazione, la società ricorrente mira ad infirmare la menzionata delibera di esclusione al fine di provocare la prosecuzione della gara, nella quale il RTI di cui è mandataria risulta avvantaggiato in quanto unico concorrente.

2.1 In via preliminare, in accoglimento dell'eccezione formulata dalla difesa attorea in occasione dell'udienza di discussione, deve essere rilevata la tardività della memoria depositata dalla difesa aziendale in data 21 maggio 2013, con conseguente sua inutilizzabilità nel presente giudizio.

3. Il ricorso, ciononostante, non si profila meritevole di accoglimento.

Vale ripercorrere, in punto di fatto, i passaggi salienti della vicenda contenziosa, come ricostruiti in base alle risultanze processuali.

Il RTI Pacifico, nell'intento di assolvere gli oneri dichiarativi imposti dall'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006 (d'ora in seguito anche "art. 37") in caso di partecipazione di imprese associate, inseriva nella busta della documentazione amministrativa una dichiarazione, confermata in una relazione tecnica parimenti acclusa agli atti di gara, nella quale dava conto esclusivamente delle parti di servizio affidate all'esecuzione delle singole ditte, secondo un criterio di distribuzione territoriale.

La stazione appaltante, dopo aver in un primo momento ravvisato la regolarità della documentazione amministrativa presentata dal RTI Pacifico (cfr. verbale di gara n. 1 dell'8 novembre 2011), decideva di

approfondire la tematica della sufficienza della dichiarazione resa ex art. 37, investendo per l'occasione l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (AVCP). Quest'ultima, dopo alcuni solleciti, rilasciava in data 13 marzo 2012 un parere, nel quale così concludeva: "Nel caso di specie, occorrerebbe quindi verificare se la distribuzione territoriale del servizio, indicata dalle imprese del RTI in sede di offerta, possa rappresentare un valido criterio – seppur non palesemente espresso – mediante il quale evincere una perfetta corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, in ossequio alle suddette previsioni normative (commi 4 e 13 dell'art. 37, ndr.). (...). Si ribadisce, infine, che il presente contributo (...) è volto solo a fornire assistenza e informazioni riguardo l'ambito di applicazione del codice dei contratti, nel presupposto che la responsabilità di valutare la scelta opportuna da adottare è di competenza dell'ente affidante."

Successivamente, la commissione giudicatrice, nel prendere posizione in merito alla completezza della dichiarazione ex art. 37 prodotta dal RTI Pacifico, così statuiva: "Alla luce della nota di riscontro dell'A.V.C.P. e di una sentenza all'uopo acquisita sulla specifica problematica della mancata indicazione delle quote di partecipazione delle ditte nell'ambito del R.T.I., la commissione, all'unanimità, ritiene che dalla mancata osservanza dell'obbligo di indicazione delle quote di partecipazione derivi la conseguenza che l'offerta è inammissibile." (cfr. verbale di gara n. 2 del 20 marzo 2012).

La decisione della commissione veniva, infine, recepita nella delibera aziendale di esclusione dalla gara sulla scorta della seguente preliminare osservazione: "nella documentazione amministrativa presentata dal suddetto R.T.I., si evince che le singole ditte – mandataria e mandanti – hanno presentato un documento nel quale è specificata la parte del servizio che ciascuna di esse si impegna successivamente a svolgere, con un criterio di mera ripartizione territoriale, ma non vi è altra indicazione, neanche in altri documenti contenuti nella busta: Documentazione Amministrativa, circa la quota di partecipazione di ciascuna ditta al R.T.I.;".

4. Ciò premesso, si può dare corso allo scrutinio delle censure articolate in gravame non senza rimarcare che, ai fini di quanto interessa, l'art. 37, comma 13, nella versione applicabile *ratione temporis*, così recita: "I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento."

4.1 Con una prima doglianza, parte ricorrente deduce l'erroneità del giudizio formulato dalla commissione giudicatrice, dal momento che il RTI Pacifico aveva indicato, negli atti versati nella documentazione amministrativa, "le quote di partecipazione delle singole imprese, definendo al contempo, già con detti atti, la conseguente assegnazione a ciascuna impresa delle stesse parti del servizio per la relativa erogazione" e ribadendo "nell'offerta economica, le quote di partecipazione assegnandole per l'esecuzione alle imprese partecipanti al raggruppamento".

La censura non ha pregio.

Come esposto in narrativa e come comprovato dalle emergenze processuali, la dichiarazione ex art. 37 resa dal RTI Pacifico non contiene alcun riferimento alle quote di partecipazione delle ditte al raggruppamento, ma semplicemente specifica le singole quote di esecuzione mediante indicazione descrittiva delle parti del servizio affidate ad ognuna delle imprese associate, secondo una logica di suddivisione territoriale delle competenze.

Né il riferimento alle quote di partecipazione poteva trovare esplicitazione nell'offerta economica, attenendo questo alla sussistenza di un requisito generale di ammissione di cui doveva essere dato conto nella domanda di partecipazione o nella documentazione amministrativa alla medesima allegata (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 7 marzo 2011 n. 1422). Ad ogni modo, è la stessa ricorrente a precisare, a pag. 10 della memoria depositata il 29 aprile 2013, che in effetti, nella busta contenente l'offerta economica, sono state solo indicate "le parti del servizio assegnato a ciascuna impresa per l'esecuzione dell'appalto (quote di esecuzione)", e non le quote di partecipazione

al raggruppamento.

4.2 Con una seconda censura, la ricorrente insiste nel propugnare l'erroneità di giudizio della commissione, sostenendo essenzialmente che l'obbligo di indicare le quote di partecipazione al RTI deve ritenersi soddisfatto non solo nel caso di formale dichiarazione in tal senso, ma anche in presenza di impegni assunti al fine dell'espletamento dell'appalto sotto forma di specificazione delle quote di esecuzione, tali da consentire di individuare sin dall'inizio – come nella fattispecie in esame – le quote di partecipazione.

La tesi, sebbene suggestiva, non convince.

Il Collegio, pur consapevole di un orientamento – apparentemente condiviso dall'ordinanza del Consiglio di Stato con cui è stato accolto l'appello cautelare – che ritiene desumibili le quote di partecipazione ad un RTI dall'indicazione delle quote di esecuzione laddove queste ultime siano sufficientemente precise (ossia individuate in misura percentuale o frazionata, od in termini di ripartizione del servizio), ritiene di aderire al prevalente indirizzo giurisprudenziale che viceversa richiede la puntuale indicazione, nella domanda di partecipazione o nella documentazione amministrativa allegata, sia delle quote di partecipazione sia delle quote di esecuzione. Tale duplice specificazione, a parere del Collegio, da un lato consente di appurare l'effettivo rispetto, da parte delle imprese riunite in raggruppamento, del principio di corrispondenza di cui all'art. 37, comma 13, e dall'altro aggiunge ulteriore garanzia alla serietà dell'offerta contrattuale, impedendo che la partecipazione ad un raggruppamento, ed al conseguimento dei relativi utili, non sia rapportata alla quota di impegno assunto nell'esecuzione dell'appalto.

Al riguardo, il Collegio fa proprie le seguenti osservazioni recentemente formulate dal massimo giudice amministrativo in un caso perfettamente sovrapponibile a quello di specie: “Orbene, la giurisprudenza ha già avuto modo di affermare che il comma 13 dell'art. 37, applicabile anche agli appalti di servizi, stabilisce che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, il che comporta che deve sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori (o, nel caso di forniture o servizi, parti del servizio o della fornitura) eseguita dal singolo operatore economico e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento, essendovi peraltro la necessità che sia l'una che l'altra siano specificate dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara. (Cons. St., sez. III, 11 maggio 2011 n. 2805; in senso conforme, Cons. St., sez. IV, 27 gennaio 2011 n. 606). Si è precisato che ai fini dell'ammissione alla gara di un raggruppamento consortile o di un' A.T.I. occorre che già nella fase di offerta sia evidenziata la corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione, nonché tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, trattandosi di obbligo costituente espressione di un principio generale che prescinde dall'assoggettamento o meno della gara alla disciplina comunitaria e non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale), o alla tipologia delle prestazioni, principali o secondarie, scorporabili o unitarie (Cons. St., sez. VI, 24 gennaio 2011 n. 472; sez. IV, 27 novembre 2010 n. 8253). Più in particolare, si è affermato (Cons. St., sez. III, n. 2805/2011 cit) che “l'obbligo di specificazione in esame trova la sua ratio . . . nella necessità di assicurare alle Amministrazioni aggiudicatrici la conoscenza preventiva del soggetto, che in concreto eseguirà il servizio. E ciò non solo per consentire una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, ma anche per l'effettuazione di ogni previa verifica sulla competenza tecnica dell'esecutore; oltre che per evitare che le imprese si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme d'ammissione alle gare. La regola, si soggiunge, non può non valere poi anche per le A.T.I. costituende, che correttamente sono dunque tenute anch'esse ad indicare, già nella fase di ammissione alla gara, e dunque prima dell'aggiudicazione, le quote di partecipazione di ciascuna impresa al futuro raggruppamento e le quote di ripartizione delle prestazioni oggetto dell'appalto, ai fini della

verifica della rispondenza della prestazione da eseguirsi ai requisiti di qualificazione tecnico-organizzativa fatti valere secondo le relative corrispondenti percentuali, essendo del resto evidente che una diversa soluzione porterebbe ad un diversificato ed ingiustificato trattamento tra le A.T.I. già formalmente costituite e le A.T.I. costituende, che ne sarebbero esonerate e chiamate a dimostrare l'affidabilità della loro proposta contrattuale solo se e quando risultino aggiudicatrici della gara.”. Alla luce delle considerazioni ora esposte, questo Collegio non può convenire con quanto affermato dalla sentenza appellata, laddove essa: - mentre riconosce espressamente che vi è obbligo di indicazione in sede di offerta delle quote di partecipazione ad un’ATI “onde permettere alla stazione appaltante di verificare il possesso, da parte di tutte le imprese facenti parte del raggruppamento, dei requisiti di ammissione alla gara in relazione alle singole quote di partecipazione all’ATI”; - tuttavia, essa ritiene che tale onere “imposto dalla legge e dal disciplinare di gara”, possa ritenersi soddisfatto “specificando i singoli servizi che sarebbero stati eseguiti da ciascuna impresa, atteso che tale indicazione ha pienamente consentito alla stazione appaltante di verificare la corrispondenza tra quote di esecuzione dei servizi, quote di qualificazione e quote di partecipazione all’ATI”. L’indicazione delle quote di partecipazione ad un’ATI costituenda deve indispensabilmente essere indicato in sede di gara (come peraltro afferma anche la sentenza impugnata) e non può essere desunto dalla diversa indicazione delle quote di ripartizione delle prestazioni oggetto dell’appalto. Ed infatti, per un verso, l’indicazione delle quote di partecipazione costituisce il presupposto per una compiuta verifica della rispondenza della prestazione da eseguirsi ai requisiti di qualificazione tecnico-organizzativa fatti valere secondo le relative corrispondenti percentuali, verifica che è negata dalla indicazione del solo dato relativo alla ripartizione delle quote di esecuzione dell’appalto, con conseguente sostanziale disapplicazione dell’art. 37, co. 13, d. lgs. n. 163/2006. Per altro verso, l’omissione della precisa indicazione delle quote di partecipazione alla costituenda ATI non consentendo – in difetto di specifica indicazione, impegno e conseguente assunzione di responsabilità da parte delle imprese – le corrette ed esaustive verifiche da parte dell’amministrazione, determina una violazione della par condicio dei concorrenti (ed in particolare tra ATI già costituite ed ATI costituende). D’altra parte, a fronte di una specifica indicazione prevista dal citato art. 37, co. 13, non vi è ragione per consentire indicazioni diverse, obbligando l’amministrazione – in luogo di una valutazione immediata derivante dalla chiara percezione offerta dalla indicata (con conseguente assunzione di responsabilità) quota di partecipazione all’ATI – a dover desumere tale quota da indicazioni diverse.” (così Consiglio di Stato, Sez. IV, 1° agosto 2012 n. 4406).

4.3 Con una terza censura, la ricorrente stigmatizza che la stazione appaltante non ha tenuto conto che ciascuna impresa facente parte del raggruppamento avrebbe avuto da sola la qualificazione per l’erogazione dell’intero servizio.

La censura è inconferente, giacchè nel caso di specie l’esclusione dalla gara poggia sulla mancata specificazione delle quote di partecipazione al raggruppamento e non su pretese incongruenze tra quote di qualificazione e quote di esecuzione. Si aggiunge, come già osservato, che l’obbligo di indicare le quote di partecipazione ad un RTI trova la sua ratio in esigenze di salvaguardia della complessiva serietà dell’offerta contrattuale, che non sono riconducibili soltanto alla verifica di rispondenza delle prestazioni da effettuare ai requisiti di qualificazione tecnico-organizzativa posseduti da ciascuna impresa associata.

4.4 E’ del pari inconferente l’ulteriore censura con cui viene denunciato che “è stato anticipato un giudizio di non corrispondenza tra quote di partecipazione e parti di servizio assegnate per l’esecuzione senza che fosse aperta la busta dell’offerta e quindi senza che fosse verificata la eventuale specificazione dei servizi assegnati alle singole imprese per la loro esecuzione”.

Difatti, si ribadisce che la misura espulsiva trae forza dall’omessa indicazione delle quote di partecipazione e non dalla ritenuta violazione del principio di corrispondenza tra quote, e men che mai tra quote di partecipazione e

quote di esecuzione. D'altronde, per le ragioni esplicitate al precedente paragrafo 4.1, non avrebbe avuto comunque senso per la stazione appaltante procedere all'apertura della busta contenente l'offerta economica.

4.5 Con un'ultima censura, parte ricorrente si duole della contraddittorietà dell'operato della commissione giudicatrice, la quale, "a fronte di una richiesta di parere basata sulla asserita mancata precisazione delle "quote economiche proporzionali in capo a ciascuna ditta nella successiva fase della esecuzione del contratto" e del positivo parere AVCP emesso in tal senso, pur di annullare la gara, ha rivolto l'attenzione sull'asserita e non fondata "mancata osservanza dell'obbligo di indicazione delle quote di partecipazione" al RTT".

Anche tale doglianza non coglie nel segno.

Dalla piana lettura del parere AVCP del 13 marzo 2012, si evince che gli aspetti di criticità messi a fuoco dall'Autorità attenevano non solo alle modalità di specificazione delle quote di esecuzione da parte delle imprese associate, ma anche all'osservanza dell'obbligo di indicazione sia delle quote di esecuzione sia di quelle di partecipazione. Inoltre, come già evidenziato in narrativa, non trova alcun riscontro l'assunto che l'Autorità si sia espressa in maniera positiva sull'ammissione del RTI Pacifico, avendo piuttosto essa rimesso alla stazione appaltante ogni valutazione in merito, alla luce dell'apporto consulenziale fornito.

Non si ravvisa, pertanto, alcun profilo di contraddittorietà nel comportamento tenuto dalla commissione giudicatrice.

5. In conclusione, resistendo gli atti impugnati a tutte le censure prospettate, il ricorso deve essere respinto per infondatezza.

Sussistono giusti e particolari motivi, in ragione delle oscillazioni giurisprudenziali sulla materia controversa, per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese e degli onorari di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Napoli nelle camere di consiglio dei giorni 22 maggio e 10 luglio 2013, con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Pierluigi Russo, Consigliere

Carlo Dell'Olio, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/10/2013

IL SEGRETARIO

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