



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 1634 del 2014, proposto da:
Poste Italiane s.p.a., in proprio e quale mandataria del costituendo
raggruppamento temporaneo d'impresе composto con la mandante
Postel s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e
difesa dall'avv. Aristide Police, con domicilio eletto presso l'avvocato
Ugo Franceschetti in Firenze, via dell'Oriuolo n. 20;

contro

A.N.C.I. Toscana - Associazione dei Comuni Toscani, in persona del
legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Natale
Giallongo ed Enrico Amante, con domicilio eletto presso l'avvocato
Natale Giallongo in Firenze, via Vittorio Alfieri n. 19;

nei confronti di

Nexive s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria del
costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе con mandanti
Nexive s.c. a r.l., Consorzio Stabile Olimpico e Snem s.p.a.;

Consorzio Stabile Olimpo, Snem s.p.a. e Nexive Società Consortile a responsabilità limitata, rappresentati e difesi dall'avv. Alberto Bianchi, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Palestro n. 3;

per l'annullamento

- del decreto del Segretario Generale dell'Associazione Nazionale dei Comuni Italiani - ANCI Toscana ("ANCI Toscana"), prot. n. 587 del 10.9.2014, comunicato al Raggruppamento Temporaneo d'Imprese formato da Poste Italiane S.p.A. e Postel S.p.A. ("RTI Poste"), odierno ricorrente, in data 15.9.2014, recante l'aggiudicazione definitiva dell'appalto relativo ai servizi di stampa e postalizzazione, consegna e notifica di atti di riscossione volontaria e coattiva degli enti locali toscani in favore del Raggruppamento Temporaneo d'Imprese formato da Nexive s.p.a., Consorzio Stabile Olimpo, Snem s.p.a. e dalla Nexive Società consortile ("RTI Nexive");

-di ogni altro atto presupposto, con particolare riferimento al verbale n. 2 della seconda seduta pubblica, e di ogni altro consequenziale e/o connesso, con specifico riguardo alla nota di ANCI Toscana prot. n. 592/s di trasmissione del decreto di aggiudicazione definitiva;

nonchè per l'eventuale declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto da ANCI Toscana e dal RTI Nexive, e per il conseguente subentro del RTI Poste.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di A.N.C.I. Toscana -

Associazione dei Comuni Toscani e di Nexive s.p.a., Consorzio Stabile Olimpo e Snem s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2014 il dott. Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'ANCI Toscana, quale centrale di committenza dei Comuni ubicati nella regione, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi di stampa, spedizione per posta, consegna e notifica degli atti di riscossione volontaria e coattiva degli enti locali, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Come precisato nel disciplinare di gara (documento n. 2 allegato al ricorso), la finalità era fornire un servizio ai comuni associati che ne avessero fatto richiesta e che, quindi, avessero successivamente aderito al contratto stipulato tra ANCI Toscana e l'aggiudicatario il quale avrebbe dovuto erogare ai comuni stessi le prestazioni definite negli atti di gara. Tuttavia, la *lex specialis* di gara non prevedeva un numero minimo garantito di comuni aderenti, ma si limitava ad elencare (allegato A del capitolato tecnico) gli enti che avevano preventivamente sottoscritto una convenzione con ANCI Toscana per l'eventuale futura sottoscrizione del contratto oggetto di gara.

L'art. 10, lett. A.10, del disciplinare (pagina 22 del documento n. 1 annesso all'impugnativa) prescriveva a ciascun concorrente la presentazione, contestualmente all'offerta, dell'impegno di un fideiussore a rilasciare la cauzione definitiva per l'esecuzione del contratto, di cui all'art. 113 del d.lgs. n. 163/2006, in caso di aggiudicazione a suo favore, e inoltre precisava sia che l'aggiudicatario avrebbe dovuto prestare garanzia definitiva per l'esecuzione dell'appalto a favore di ogni Ente che avesse aderito al contratto stipulato tra ANCI Toscana e l'aggiudicatario stesso, sia che l'impegno al rilascio della cauzione definitiva, da produrre in sede di gara, era da intendersi a favore di tutti i potenziali enti aderenti sino alla concorrenza dell'importo totale massimo contrattualizzato, aggiungendo: "a pena di esclusione, nell'impegno a costituire garanzia definitiva dovrà essere inserita apposita appendice che preveda esplicitamente che l'impegno alla costituzione della garanzia fideiussoria è da intendersi a favore di ciascun Ente che aderirà al contratto in sede di esecuzione dello stesso".

Coerentemente, l'art. 11 del disciplinare, nell'elenco delle cause di esclusione dalla gara, indicava al comma IX (pagina 36) la mancata presentazione dell'appendice, allegata all'impegno a costituire la garanzia fideiussoria, precisante che l'impegno stesso era a favore di ciascun Ente che avesse in futuro aderito al contratto.

Inoltre, tra gli elementi di valutazione dell'offerta tecnica, il disciplinare di gara prevedeva la proposta di ciascun concorrente

circa il numero di enti non convenzionati coperti da sportelli fissi idonei a garantire una risposta entro 15 minuti dalla richiesta di intervento, cosicché al concorrente che avesse offerto il numero maggiore sarebbero stati attribuiti 2 punti, ed agli altri concorrenti un punteggio proporzionale.

Alla procedura di gara hanno partecipato il RTI Poste ed il RTI Nexive, il quale ha presentato una fideiussione indicante quale beneficiaria l'ANCI Toscana, e non anche i Comuni aderenti al contratto. Nell'ambito di quest'ultimo raggruppamento, inoltre, la Nexive s.c. a r.l. indicava il ricorso all'avvalimento al fine di soddisfare il requisito di capacità tecnica e professionale, prevedendo come impresa ausiliaria la Nexive s.p.a., la quale però partecipava alla medesima gara in proprio, ed allegando il contratto di avvalimento.

La commissione di gara, nella seduta del 29.5.2014, ha rilevato la difformità, rispetto all'art. A.10 del disciplinare, dell'impegno a costituire la garanzia definitiva assunto dal RTI Nexive, mancante dell'indicazione del corretto destinatario.

I rappresentanti del predetto RTI hanno replicato che la Compagnia assicuratrice aveva confermato l'impegno a rilasciare le polizze definitive a favore degli enti, pur essendo stato rilasciato l'impegno formalmente a favore di ANCI Toscana.

Su tale premessa, la commissione ha ammesso il RTI Nexive alla selezione, reputando la documentazione da essa prodotta conforme alle prescrizioni di gara.

In data 29.7.2014, dopo la verifica di congruità dell'offerta, la commissione ha disposto l'aggiudicazione provvisoria a favore di detto raggruppamento.

E' seguito il decreto n. 587 del 10.9.2014, con il quale il Segretario Generale dell'ANCI Toscana ha aggiudicato in via definitiva l'appalto.

Avverso tale provvedimento e gli atti connessi la ricorrente è insorta deducendo:

1) Falsa applicazione dell'art. 75, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006, violazione dell'art. 10, punto A.10, del disciplinare di gara; eccesso di potere per contraddittorietà e irragionevolezza della motivazione posta a fondamento dell'ammissione del raggruppamento controinteressato; violazione del d.lgs. n. 163/2006 ed eccesso di potere per violazione della par condicio tra operatori; eccesso di potere per sviamento della causa tipica.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 49, comma 2 lett. d) ed e), del d.lgs. n. 163/2006; violazione dell'art. 10, punto A.10, del disciplinare (per mancata esclusione del raggruppamento controinteressato, al cui interno sono presenti l'impresa ausiliaria e quella ausiliata); violazione dell'art. 42 del d.lgs. n. 163/2006 (per avere consentito ai componenti del citato raggruppamento di utilizzare i medesimi requisiti di capacità tecnica professionale sia per l'impresa ausiliaria che per quella ausiliata).

L'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 non permette di ricorrere

all'avvalimento per operatori appartenenti allo stesso raggruppamento; il contratto di avvalimento presentato nel caso di specie ha contenuto generico, non specificando le risorse tecniche ed organizzative di cui potrebbe avvalersi l'impresa ausiliata; non risulta adempiuto l'obbligo del requisito del fatturato pari nel triennio precedente a 2.500.000 euro per servizi analoghi (di cui 2.000.000 per lo svolgimento di attività di notifica e recapito), previsto al paragrafo III.2.3 del bando (documento n. 1); inoltre, il fatturato di almeno 2.000.000 di euro per notifiche e recapiti non è nemmeno richiamato nella scheda di valutazione riguardante la parte controinteressata.

3) Violazione dell'art. 88 del d.lgs. n. 163/2006 ed eccesso di potere per violazione della par condicio nell'ambito del sub procedimento di anomalia dell'offerta del controinteressato; eccesso di potere per manifesta irragionevolezza e ingiustizia.

Il raggruppamento controinteressato, onde giustificare la non variabilità dei ricavi al variare delle percentuali di adesione dei comuni all'appalto, ha prospettato un parallelismo tra il contratto affidatogli da Equitalia e quello in questione e si è basato sull'indimostrato assunto della sua capacità di adeguare senza oneri l'organizzazione d'impresa; ciò precisato, secondo la ricorrente la commissione di gara non ha vagliato il diverso ambito territoriale dell'appalto de quo rispetto a quello del pregresso contratto stipulato dall'aggiudicatario con Equitalia, ambito territoriale coincidente solo in parte, sia perché quota parte degli invii previsti nel disciplinare è

destinata a zone esterne alla Toscana, sia perché la copertura territoriale adesso proposta dal RTI Nexive include anche regioni diverse da quelle coperte dal contratto sottoscritto con Equitalia; inoltre, è indimostrato che la struttura logistica dell'aggiudicatario predisposta ai fini dell'esecuzione del contratto con Equitalia basti ad assorbire i volumi oggetto dell'odierno appalto senza oneri aggiuntivi (il controinteressato non ha fornito alcuna spiegazione in merito ai costi derivanti dalla necessità di prestare il servizio nelle aree non coincidenti con quelle di cui al contratto precedentemente sottoscritto assieme ad Equitalia). Nella procedura in contestazione l'aggiudicatario ha previsto appositi sportelli fissi adibiti al ritiro della posta raccomandata non consegnata al domicilio, mentre invece il contratto affidato da Equitalia contempla, in caso di notifica non andata a buon fine, il mero deposito presso la casa comunale; infine, a fronte della prescrizione secondo cui gli uffici devono garantire un tempo massimo di attesa di 15 minuti, la commissione di gara ha condiviso l'osservazione del RTI Nexive a sostegno della "non criticità della necessità di garantire un tempo massimo di attesa di 15 minuti".

Si sono costituiti in giudizio l'ANCI Toscana, Nexive s.p.a., Snem s.p.a., il Consorzio Stabile Olimpo e Nexive s.c. a r.l..

All'udienza del 10 dicembre 2014 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Con la prima censura la ricorrente deduce che la controinteressata ha

presentato in sede di gara una dichiarazione di impegno del fideiussore difforme da quanto stabilito a pena di esclusione dal disciplinare di gara, limitandosi a indicare come beneficiaria l'ANCI Toscana, e non anche i comuni aderenti alla convenzione.

Il motivo è fondato.

La polizza per cauzione provvisoria presentata dal raggruppamento controinteressato contempla l'impegno del garante, in caso di aggiudicazione, a rilasciare garanzia per l'esecuzione del contratto, indicando come beneficiaria la stazione appaltante nella veste di ANCI Toscana (documento n. 3 depositato in giudizio da Nexive s.p.a.).

Occorre tuttavia considerare che l'ANCI agisce nel caso di specie quale centrale di committenza, in quanto l'appalto in questione vede come parti sostanziali i comuni che riterranno di aderire alla convenzione: come riconosce la parte controinteressata nella sua memoria difensiva (pagina 3), "l'aggiudicatario dovrà prestare il servizio solo a favore degli enti locali toscani che decideranno di aderire al contratto stipulato da ANCI".

Di tale particolarità tiene conto il disciplinare di gara, laddove prescrive univocamente, a pena di esclusione, l'inserimento, nell'impegno a costituire la garanzia definitiva, di apposita appendice specificante che l'impegno fideiussorio sarebbe stato da intendere a favore di ogni Ente che avrebbe aderito al contratto in sede di esecuzione dello stesso (pagine 23 e 36 del disciplinare di gara).

Invero ANCI Toscana, quanto all'appalto de quo, non ha assunto la veste di contraente in proprio, agendo nell'interesse dei comuni che si sarebbero avvalsi del contratto aggiudicato per lo svolgimento del servizio di stampa, consegna e notifica degli atti di riscossione.

Orbene, l'art. 75, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006 contempla l'allegazione all'offerta, a pena di esclusione, dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse aggiudicatario; trattasi di garanzia rispetto alla quale il creditore, ovvero il soggetto garantito, deve essere identificato con assoluta certezza, giacchè ritenendo diversamente potrebbe in astratto verificarsi l'ipotesi paradossale che, una volta aggiudicato l'appalto e una volta sorta la necessità di attivare la polizza per inadempienza contrattuale dell'aggiudicatario, il fideiussore si rifiuti di onorare il proprio impegno, precedentemente assunto in realtà nei confronti di altro soggetto (TAR Sicilia, Catania, I, 4.1.2008, n. 57).

Nel caso di specie, a fronte di tale norma e della particolarità del ruolo di ANCI, costituente centrale di committenza operante in nome e per conto dei comuni interessati, l'effettiva operatività dell'impegno del fideiussore, debitamente evidenziata nella *lex specialis* di gara, è condizionata dall'indicazione come beneficiari dei comuni che avrebbero aderito alla convenzione, gli unici che sarebbero concretamente lesi da inadempienze contrattuali dell'aggiudicatario.

Con la prima parte del secondo motivo l'istante, nel contestare

L'avvalimento indicato dalla parte controinteressata, deduce che l'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 non consente l'avvalimento tra operatori appartenenti al medesimo raggruppamento.

L'assunto è infondato.

La partecipazione alla gara di un'impresa che riveste contemporaneamente le qualità di ausiliaria e di partecipante è vietata laddove la stessa impresa partecipi a compagnie diverse, fra le quali essa forma un collegamento sostanziale.

Non vi è invece motivo per escludere che una delle imprese facenti parte di un'associazione temporanea fornisca i propri requisiti ad altra impresa dello stesso raggruppamento (Cons. Stato, V, 3.6.2013, n. 3031; TAR Puglia, Bari, I, 28.2.2010, n. 268).

Con la seconda parte del secondo motivo l'esponente deduce che il contratto di avvalimento sottoscritto da Nexive s.p.a. e Nexive s.c. a r.l. ha contenuto generico e manca della dimostrazione di una disponibilità concreta degli elementi oggettivi connessi al requisito di natura economico finanziaria oggetto di avvalimento.

Il rilievo è fondato.

L'oggetto del contratto di avvalimento in questione si palesa effettivamente indeterminato, in contrasto con l'art. 88, comma 1, lett. a, del d.p.r. n. 207/2010 (espressione di un principio generale). Invero, il suddetto negozio giuridico deve rispettare la disciplina civilistica in tema di contenuto contrattuale, con particolare riferimento all'esistenza ed alla determinatezza dell'oggetto: esso deve

identificare in modo chiaro ed esauriente la volontà del soggetto ausiliario di impegnarsi, la natura dell'impegno assunto e la concreta portata delle risorse messe a disposizione per effetto dell'avvalimento (*ex multis*: Cons. Stato, V, 5.12.2012, n. 6233; TAR Lombardia, Milano, III, 29.12.2012, n. 3290; TAR Toscana, I, 21.5.2012, n. 986; *idem*, 21.3.2013, n. 443), anche qualora si tratti del cosiddetto avvalimento di garanzia (Cons. Stato, III, 17.6.2014, n. 3057); nel caso di specie, al contrario, è incomprensibile quali siano la prestazione ausiliaria oggetto di avvalimento e le specifiche reciproche obbligazioni di ausiliario e ausiliato (documento n. 11 allegato all'impugnativa).

Non è condivisibile la tesi della difesa del raggruppamento aggiudicatario, la quale obietta che nella fattispecie in esame rileverebbe l'avvalimento infragruppo, rispetto al quale non è necessaria la presentazione di un contratto di avvalimento stante il disposto dell'art. 49, comma 2, lett. g, del d.lgs. n. 163/2006.

Occorre infatti considerare che quest'ultima norma prescrive la presentazione, in sede di gara, di dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo, dichiarazione che non risulta essere stata fornita nel procedimento selettivo in questione. Né a tale adempimento possono supplire la visura camerale e il prospetto dei collegamenti societari depositati in giudizio (documenti n. 7 e 8).

In conclusione, il ricorso deve essere accolto, restando assorbite le

censure non esaminate.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come indicato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'impugnata aggiudicazione.

Condanna al pagamento, a favore della ricorrente, della somma di euro 5.000 (cinquemila) oltre agli accessori di legge ed al rimborso del contributo unificato, per metà a carico di ANCI Toscana e per la restante metà a carico della parte controinteressata.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 10 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Bernardo Massari, Presidente FF

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

Alessandro Cacciari, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/12/2014

IL SEGRETARIO

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