

N. 00467/2010 REG.SEN.
N. 01190/2009 REG.RIC.



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 il Piemonte

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 1190 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Sodexo Italia S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Roberto Invernizzi, Marco Pizzetti, con domicilio eletto presso l'avv. Marco Pizzetti in Torino, via Mercantini, 6;

contro

Istituto Belletti Bona - Centro Socio Sanitario Polivalente, rappresentato e difeso dagli avv. Franco Enoch, Francesca Dimonte, con domicilio eletto presso l'avv. Francesca Mastroviti in Torino, via Ponza, 3;

nei confronti di

Cooperativa Sociale di Ristorazione e Servizi Gran Menu' Onlus; Vivenda S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Michele Perrone, con domicilio eletto presso Bruno Sarzotti in Torino, corso Re Umberto, 27;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

della nota dell'Istituto 11 settembre 2009, senza numero di protocollo, che informa dell'aggiudicazione provvisoria dell'appalto del servizio di ristorazione agli ospiti del centro socio sanitario polivalente istituto Belletti Bona (cig 03162566b3);

nonché di tutti gli atti ad esso presupposti consequenziali o comunque connessi, ivi compresi:

- la determinazione dirigenziale dell'Istituto 6 luglio 2009, n. 24; di nomina della Commissione di gara;
- l'avviso 7 luglio 2009 di comunicazione della celebrazione della prima seduta pubblica di gara;
- i verbali di gara;
- l'avviso 26 agosto 2009 di comunicazione della celebrazione della seconda seduta pubblica di gara;
- il verbale della seduta pubblica di gara del 10 settembre 2009;
- la determinazione 4 maggio 2009 n. 14;
- il disciplinare di gara;
- il capitolato speciale d'appalto;
- i chiarimenti dati dal responsabile del procedimento;
- la nota 15 settembre 2009 con cui l'Istituto ha chiesto documenti all'aggiudicatario;

nonché l'eventuale provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara de qua;

nonché per l'accertamento incidentale di caducazione del contratto frattanto eventualmente stipulato fra l'Istituto e l'aggiudicatario, ovvero per la declaratoria di nullità o inefficacia dello stesso;

nonché il risarcimento del danno arrecato alla ricorrente.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Istituto Belletti Bona - Centro Socio Sanitario Polivalente;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Vivenda S.p.A.;
Esaminate le memorie difensive;
Esaminato il ricorso incidentale depositato il 31.12.2009;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 14/01/2010 il Referendario Avv. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1.1. La ricorrente impugna l'aggiudicazione provvisoria e poi, con motivi aggiunti del 26.11.2009, anche quella definitiva, della gara d'appalto del servizio di ristorazione agli ospiti del centro sanitario polivalente indetta dall'istituto resistente, disposta a favore della controinteressata.

Alla gara era stato ammesso il r.t.i controinteressato, del quale la Vivenda S.p.A. si era qualificata mandataria e le altre due società mandanti.

Tale raggruppamento riusciva aggiudicatario con punti 91,52 contro gli 87,47 della ricorrente che risultava seconda in graduatoria.

Con il gravame in epigrafe, implementato di motivi aggiunti estensivi, la ricorrente deduce dieci motivi di ricorso che saranno illustrati appresso in uno con la loro disamina.

Si costituiva in giudizio l'istituto intimato con atto di costituzione e documenti depositati il 18.1.2009 e memoria il 1.12.2009.

1.2. Si costituiva anche la controinteressata con memoria e documenti

depositati il 2.12.2009.

Alla Camera di Consiglio del 3.12.2009 la Sezione accoglieva l'incidente cautelare con motivazione circa il fumus boni iuris e fissava udienza pubblica al 14.1.2010, durante la quale sulle conclusioni delle parti e la Relazione del Referendario Avv. Alfonso Graziano la causa veniva ritenuta in decisione.

Il 31.12.2009 la Vivenda s.p.a, in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i. interponeva ricorso incidentale, al quale le controparti replicavano eccependone la tardività e l'inammissibilità per carenza di legittimazione.

Alla pubblica Udienza del 14.1.2010 udita la discussione delle parti e la Relazione del Referendario Avv. Alfonso Graziano la causa veniva trattenuta a sentenza.

2.1. Il Collegio non può che confermare la valutazione di fondatezza del gravame, già preannunciata in sede cautelare. Il ricorso incidentale può essere trattato di seguito posto che non si profila di tipo paralizzante.

Fondati e assorbenti appaiono i prime due motivi di ricorso, dedotti in linea dichiaratamente principale.

Con il primo di essi la ricorrente rubrica violazione di legge ed eccesso di potere per travisamento, sviamento e violazione del disciplinare e del capitolato.

Assume in sostanza che la controinteressata non avrebbe i requisiti di capacità economica richiesti dalla lex specialis ai fini dell'ammissione alla competizione, evidenziando che il disciplinare di gara la punto 15.2.1. lett.

b) imponeva nei concorrenti il possesso di un fatturato globale complessivo nel triennio 2005-2007 non inferiore a 6 milioni di euro ed uno annuo inerente servizi di ristorazione negli ultimi tre esercizi non

inferiore a 600.000 euro per ciascun esercizio. Disponeva ancora la norma di gara che in caso di ATI non ancora formalmente costituite i predetti importi dovessero essere posseduti pro quota da ciascuna impresa componente.

Ora, la mandante dichiarava di partecipare al raggruppamento futuro in ragione del 48%, conseguendone che il suo fatturato globale realizzato nel triennio suindicato avrebbe dovuto essere non inferiore ad € 2.880.000 e quello specifico in servizi ristorativi, non inferiore a 288.000 euro, tale essendo il risultato dell'applicazione della percentuale del 48% al monte fatturato richiesto per l'impresa singola dal citato punto della legge di gara sia nel triennio che con riferimento a ciascuno dei tre esercizi.

Viceversa, nella documentazione inerente i requisiti tecnico – economici di partecipazione, la controinteressata mandante dichiarava un fatturato globale nel triennio di soli € 1.455.497 e un fatturato in servizi di ristorazione pari nel 2005 a circa 130.000 euro, nel 2006 a circa 147.000 e nel 2007 a circa 162.000, importi tutti inferiori a quelli sopra individuati in virtù del calcolo aritmetico appena delineato in relazione alla citata quota di partecipazione della mandante al costituendo rti.

2.2. Il motivo si appalesa fondato siccome supportato da elementi documentali emergenti per tabulas e va pertanto accolto.

Intanto, va posto in luce che risulta fondata in fatto l'asserzione secondo cui la mandante Cooperativa Gran Menù ha dichiarato in gara di aver realizzato nel triennio preso in considerazione dalla lex specialis un fatturato complessivo pari ad € 1.455.497,00 e uno per servizi di ristorazione pari nel 2005 a 129.789,01, nel 2006 a 146.915,91 e nel 2007 a 161.891,95 euro. E' infatti agli atti (doc. 19 produzione della ricorrente) l'autocertificazione prodotta dalla Gran menù, che riporta i sopra notati

importi.

Ne consegue la palese infrazione del punto 15.2.1 lett. b del disciplinare che fissa i requisiti negli importi suindicati (doc. 8 ricorrente). Analoga norma si rinviene all'art. 9 del bando di gara, lett. a) (doc. 7 ricorrente).

Posto che, dunque, l'impresa mandante doveva dichiarare di avere realizzato nel triennio un fatturato complessivo non inferiore al 48% dei 6.000.000 di euro fissati dall'art. 12.2.1. del disciplinare e un fatturato in servizi di ristorazione non inferiore nel triennio al 48% di 600.000 euro per ciascuno dei predetti tre esercizi, la predetta impresa doveva essere esclusa per avere invece dichiarato di aver realizzato fatturati notevolmente inferiori sia nel triennio, con riguardo al fatturato globale, che in ciascuno dei predetti tre esercizi con riguardo al fatturato per servizi di ristorazione.

Tutti gli importi dichiarati sono quelli indicati più sopra, che giova ricordare: fatturato complessivo pari ad € 1.455.497,00 e uno per servizi di ristorazione pari nel 2005 a 129.789,01, nel 2006 a 146.915,91 e nel 2007 a 161.891,95 euro.

Il primo motivo di gravame è pertanto fondato e va accolto.

3.1. Con il secondo mezzo la ricorrente, rubricando le stesse norme e principi di cui al motivo precedentemente scrutinato, si duole del mancato possesso in capo al raggruppamento costituendo controinteressato, anche dei requisiti di ordine tecnico, in quanto l'ati proposta è verticale, avendo le imprese dichiarato che la mandataria "svolgerà la direzione e gestione del servizio di ristorazione, la selezione ed il controllo dei fornitori, l'approvvigionamento delle derrate" mentre la mandante "svolgerà le selezione ed assunzione del personale, le operazioni di pulizia, disinfezione e sanificazione delle strutture".

Ergo, la mandataria assume il servizio di ristorazione in senso stretto,

mentre la mandante compiti accessori di selezione del personale e pulizia e sanificazione.

Ne conseguiva che il requisito afferente alla disponibilità di una cucina di riserva entro 30 km di piano stradale, richiesta all'art. 11 punto 8 del disciplinare, doveva essere posseduto da quella delle imprese che assumeva l'esecuzione del servizio di ristorazione, ossia dalla mandataria.

La quale ha invece dichiarato di essere priva di tale requisito, indicando che il centro cucina in questione è posseduto dalla mandante.

3.2. Il motivo in disamina è sostenuto da tratti di sicura fondatezza e va pertanto accolto.

Constata il Collegio la fondatezza in fatto dell'indicata ripartizione delle attività tra la mandataria e la mandante, essendo agli atti il doc. 11 della ricorrente, recante la dichiarazione in ordine al costituendo raggruppamento, prodotta dalle imprese controinteressate e riportante la suindicata suddivisione dei compiti da cui emerge che il servizio principale di ristorazione veniva assunto dalla mandataria.

Ne discende che era questa a dover dimostrare il possesso del requisito tecnico inerente la disponibilità del centro cucina richiesto al punto 8 del disciplinare.

Viceversa, è dato riscontrare la dichiarazione di cui al doc. 12 della ricorrente, prodotta dalla Vivenda s.p.a controinteressata, che attesta "la disponibilità per tutta la durata dell'appalto, di cuna cucina di riserva, nell'ambito di 30 km dall'Istituto Belletti Bona (...) per il tramite dell'impresa mandante del costituendo raggruppamento R.T.I. Società Cooperativa Sociale di Ristorazione e Servizi Gran Menù".

Da quanto rilevato discende la violazione dell'art. 37 del codice appalti e dell'art. 8 del disciplinare di gara per non avere la controinteressata

dichiarato il possesso della cucina de qua da parte della mandataria, impresa che avrebbe assunto il servizio di ristorazione e che doveva essere munita del prescritto requisito di idoneità tecnica richiesto dalla lex specialis.

Il motivo è pertanto fondato e va accolto.

In definitiva, la fondatezza dei primi due scrutinati motivi di gravame consente al Collegio di accoglierlo, potendosi assorbire i restanti motivi, stante la portata tranciante delle censure svolte con il primi due mezzi.

3.1. Approdando allo scrutinio del ricorso incidentale può prescindersi dalla disamina delle eccezioni di tardività e inammissibilità del mezzo, stante la sua manifesta infondatezza nel merito.

Con esso la Vivenda s.p., in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i controinteressato, sostiene che l'espressione "pro quota" adoperata dalla suindicata norma del disciplinare per individuare i livelli di qualificazione economica richiesti alle imprese componenti il futuro costituendo raggruppamento, non va riferita, appunto, ai livelli di qualificazione economica, bensì alla dichiarazione, nel senso che è la stessa a dover essere redatta pro quota dalle singole imprese che compongono la futura ATI e non gli importi di fatturato, complessivo e per esercizio, che a dover essere dichiarati e posseduti pro quota.

L'argomento è palesemente infondato oltre che illogico. Non si capisce quale senso avrebbe riferire una dichiarazione alle singole imprese componenti, solo pro quota. La ricorrente incidentale pretende che venga percentualizzata la dichiarazione, ossia il documento riportante i requisiti e non questi ultimi.

Tesi che vulnera tutti i principi dettati dal legislatore in materia di possesso e documentazione dei requisiti; in una parola, tutto il sistema della

qualificazione tecnica ed economico finanziaria che si è venuta stratificando a partire dalla L. n. 584/1977 e successivo d.lgs. n. 406/1991, poi trsguardato nella L. n. 109/1994 e successivamente nel D.P.R. n. 34/2000.

Basti rammentare che ogni qualvolta il legislatore ha regolamentato l'istituto delle associazioni di imprese ha sempre avuto cura di individuare determinati livelli di qualificazione che sono stati imposti alle imprese componenti il raggruppamento.

E' fuori dalla logica e dall'impianto normativo del microsistema della qualificazione affermare che il riferimento alle quote delle imprese componenti le ATI è da operarsi con riguardo alle dichiarazioni e non ai requisiti. La censura va quindi respinta.

3. 2. Deduce in subordine la Vivenda che quand'anche dovesse sostenersi che il riferimento alle quote va fatto ai requisiti e non alla dichiarazione, la norma del disciplinare in questione è illegittima perché in materia di appalti di servizi non vige il principio di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di qualificazione e di esecuzione del servizio, citando all'uopo qualche pronuncia che ha statuito in tal senso.

L'argomento non persuade la Sezione.

3.3. E' peraltro esatto che parte della giurisprudenza opina che detto principio è stato sancito dal legislatore solo in materia di lavori ma non sarebbe estensibile al settore degli appalti di servizi, per i quali l'art. 37 comma 6 del Codice dei contratti impone solo di dichiarare le parti di servizio che saranno eseguite dalle singole imprese. Va peraltro debitamente rimarcato che tale giurisprudenza precisa comunque che in materia di servizi "è riconosciuta alle Amministrazioni aggiudicatrici una

più ampia discrezionalità nell'individuazione dei requisiti di capacità tecnica e nella correlazione di questi con l'istituto del raggruppamento di imprese” (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 09 ottobre 2009 , n. 9861).

Va inoltre pure ricordato il generale indirizzo del Consiglio di Stato, che non differenzia in subiecta materia tra appalti di lavori e servizi, riferendosi alle “prestazioni oggetto del contratto” e precisando che “secondo principi già affermati da questa Sezione, che poiché l'art. 37 del D.Lgs n. 163 del 2006, al comma 13, stabilisce che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, è evidente che deve sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento e che vi è la necessità che la quota di partecipazione debba essere stabilita e manifestata dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara (Cons. St., V Sez., 7.5.2008, n. 2079)” (Consiglio di Stato, Sez. V, 28 settembre 2009 , n. 5817).

3.4. Ritiene, tuttavia, il Collegio di dover prendere le distanze dall'orientamento che, in maniera più o meno tralattizia, nega la vigenza del principio di corrispondenza in analisi nel settore degli appalti di servizi. Una più approfondita e teleologicamente orientata ermeneusi del complessivo ordinamento della qualificazione delle imprese induce, infatti, ad affermare che il principio di corrispondenza tra quote di partecipazione all'associazione di imprese, percentuale di esecuzione delle attività e quote di possesso dei requisiti tecnici ed economici debba trovare cittadinanza anche nel settore degli appalti di servizi, al fine di garantire la stazione appaltante in ordine alla effettiva capacità tecnico economica delle imprese aggiudicatrici dei servizi, le quali debbono essere in grado di far fronte alle

obbligazioni contrattuali, discendendone che solo ove la singola impresa costituente il raggruppamento sia dotata della capacità economica adeguata alla sua percentuale di partecipazione al raggruppamento, la medesima può adeguatamente adempiere alla prestazione di servizio scaturente dall'aggiudicazione del contratto di appalto.

Se un'impresa che partecipa in una determinata quota ad un'ATI non possiede poi la qualificazione richiesta dalla legge speciale nella stessa misura, non può garantire l'amministrazione di adempiere correttamente alla sua obbligazione contrattuale, generandosi un'aporìa e uno scollamento tra il quantum di partecipazione al raggruppamento e la misura della partecipazione dell'impresa all'esecuzione del contratto di appalto di servizi.

Ragion per cui deve predicarsi anche nel settore dei servizi la coerenza e vigenza del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento, quote di qualificazione e percentuale di esecuzione dei servizi affidati dalla P.A.

3.5. Non è di ostacolo alla suggerita esegesi il dato meramente formale e non escludente, che l'art. 37, comma 6 del d.lgs. n. 163/2006 impone unicamente, per le ati partecipanti a gare di appalto di servizi, di indicare le parti di servizio che saranno eseguite dalle singole imprese associate.

Il principio di corrispondenza sinora illustrato non è infatti escluso dalla predetta disposizione, che non lo bandisce, e origina de plano dall'impianto e dalla ratio del sistema di qualificazione relativo alla figura della ATI.

3.6. Ciò posto sul piano dei principi, rileva inoltre il Collegio che la stessa giurisprudenza invocata dalla ricorrente incidentale, nell'escludere la vigenza del delineato principio di corrispondenza nella materia degli appalti di servizi, fa comunque salvo il potere regolamentare della singola stazione

appaltante, che ha ampia facoltà di disciplinare autonomamente il possesso dei requisiti di qualificazione in capo alle singole imprese componenti il raggruppamento (T.A.R. Lazio Roma, sez. II, 09 ottobre 2009 , n. 9861).

Nel caso all'esame del Tribunale la norma di cui al punto 12.2.1.del disciplinare regola proprio i livelli di qualificazione economica che le imprese del costituendo raggruppamento devono dichiarare di possedere e poi dimostrare, prescrivendo che i requisiti de quibus siano tralasciati pro quota dalle imprese stesse.

La censura va pertanto disattesa poiché infondata.

3.7.1. Con ulteriore profilo argomentativo, particolarmente direzionato avverso il secondo motivo di ricorso, la ricorrente incidentale sostiene di aver integrato non un'ati verticale ma una orizzontale in quanto il servizio sarebbe unico, e costituito dal solo servizio di ristorazione, laddove le attività collaterali di assunzione e selezione del personale, assunte dalla mandante non sarebbero un autonomo servizio, distinguibile da quello costituente oggetto dell'appalto.

L'argomento è inesatto siccome contraddetto in fatto dalla stessa autodichiarazione prodotta in sede di gara dalla mandataria e sopra richiamata in sede di scrutinio del secondo motivo del gravame principale.

Invero, è agli atti di causa (doc. 11 di parte ricorrente) la dichiarazione prodotta in gara dalla controinteressata, indicante la ripartizione del servizio oggetto dell'appalto in due tronconi, il primo afferente alle attività di ristorazione in senso proprio e il secondo a quelle di pulizia e disinfezione dei locali e delle attrezzature impiegate per la preparazione dei pasti.

Dall'esame di siffatta dichiarazione desume con sicurezza la Sezione che l'ati proposta dalla controinteressata è di tipo verticale, avendo le imprese

dichiarato che la mandataria “svolgerà la direzione e gestione del servizio di ristorazione, la selezione ed il controllo dei fornitori, l’approvvigionamento delle derrate” mentre la mandante “svolgerà le selezione ed assunzione del personale, le operazioni di pulizia, disinfezione e sanificazione delle strutture”.

Ergo, la mandataria assume il servizio di ristorazione in senso stretto mentre la mandante compiti di selezione del personale e pulizia e sanificazione.

3.7.2. Non convince al riguardo la prospettazione di parte controinteressata, svolta anche nel corso della discussione orale, secondo la quale la configurazione di tipo verticale presupporrebbe che le attività siano plurime, là dove nella gara in contesa il servizio è unico, coincidendo con quello ristorativo, mentre l’assunzione del personale e la pulizia dei locali costituirebbero un mero accessorio del primo.

Oppone in contrario il Collegio che anche a voler concedere alla linea esegetica prospettata, la presunta – ma in realtà inesistente, perché le attività erano ben definite e differenziate – unicità del servizio non esclude che esso possa venire ripartito in due ben distinte attività, ciascuna delle quali da assumersi da parte di due diverse imprese raggruppate.

E nel caso all’esame la mandataria ha assunto l’esecuzione del servizio di ristorazione propriamente detto e la mandante quello di pulizia dei locali, sanificazione e disinfezione, i quali non si vede come possono ragionevolmente essere ricondotti anche sul piano ontologico, se non proprio su quello funzionale, al servizio ristorativo in senso stretto.

In conclusione, il ricorso incidentale si profila infondato e va pertanto reietto.

4. La domanda risarcitoria va respinta stante la piena satisfattività

dell'accoglimento della domanda di annullamento dell'aggiudicazione e la conseguente necessità che l'amministrazione disponga l'aggiudicazione in capo alla ricorrente, la quale si era posizionata al secondo posto nella graduatoria di merito della gara .F.' infatti noto il principio per il quale "Nell'ambito degli appalti pubblici, se l'aggiudicataria vittoriosa in sede giurisdizionale opta per il risarcimento in forma specifica, essa subentra a titolo derivato per effetto della sentenza di annullamento dell'aggiudicazione" (T.A.R. Lazio – Roma, Sez. III, 10 novembre 2008, n. 9937).

Subentro, assistito in dal rimedio del giudizio di ottemperanza, reso possibile dalla circostanza che il servizio oggetto della contestata gara non è stato ancora eseguito, laddove nel caso contrario sarebbe spettato il risarcimento per equivalente monetario che può quantificarsi nella misura del 10% dell'importo contrattuale, poiché "in caso di annullamento dell'aggiudicazione di un appalto già esaurito o comunque pervenuto ad un punto di esecuzione tale da impedire il soddisfacimento in forma specifica dell'interesse del soggetto illegittimamente pretermesso dalla procedura di aggiudicazione, il lucro cessante, vale a dire l'utile economico che sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in caso di aggiudicazione non avvenuta per l'illegittimità dell'azione amministrativa, deve essere risarcito riconoscendo la spettanza nella sua interezza dell'utile di impresa nella misura del 10%" (T.A.R. Campania - Salerno, Sez. I, 14 febbraio 2008, n. 203).

Rammenta inoltre al riguardo la Sezione che in materia di risarcimento dei danni patiti per effetto dell'illegittima aggiudicazione i appalti la giurisprudenza è pacifica nell'affermare che il rimedio dell'esecuzione in forma specifica, insito nell'accoglimento della domanda demolitoria,

costituisce il prius della tutela risarcitoria.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte - Prima Sezione – definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello incidentale: Accoglie il ricorso principale e per l'effetto Annulla, nei sensi tutti di cui in motivazione, l'impugnata aggiudicazione.

Respinge il ricorso incidentale.

Respinge la domanda risarcitoria contestuale al gravame principale.

Condanna l'Amministrazione a pagare alla ricorrente le spese di lite, che liquida in € 4.000 + IVA e C.P.A.

Ordina che la presente Sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Torino nella Camera di Consiglio del giorno 14/01/2010 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario

Alfonso Graziano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/01/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO