

Se ha ragione il ricorrente incidentale, il giudice non legge il ricorso principale?

Scritto da Fabrizio Laudani
Martedì 02 Agosto 2011 08:50 -

N. 6402/2011 Reg. Prov. Coll. N. 4792 Reg. Ric. ANNO 2010 REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter) ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4792 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

A. Spa, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo RTI con la P. s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Federico Tedeschini e Pierpaolo Salvatore Pugliano ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo, situato in Roma, largo Messico n. 7;

contro

il Ministero dell'Interno, in persona del Ministro p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso cui è legalmente domiciliato in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

O. Srl (nel prosieguo anche più semplicemente O.), in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e in qualità di mandataria del costituendo RTI con T. S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio del difensore, situato in Roma, via Principessa Clotilde n. 2;

T. Spa, in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e in qualità di mandante del costituendo RTI con O. s.r.l.;

per l'annullamento,

previa sospensiva,

quanto al ricorso introduttivo:

- dell'avviso di pubblicazione dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto (avvenuta in data 22/03/2010), apparso sul sito del Ministero dell'Interno - Dipartimento della Pubblica Sicurezza in data 27 aprile 2010;

- dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto e del relativo decreto (poi comunicati con nota prot. n. 555/EST/PON/3.3/1962/10 del 21 maggio 2010);

- di tutti i verbali di gara (dal n. 1 al n. 13), nella parti in cui hanno ammesso alla procedura e hanno collocato al primo posto della graduatoria il RTI guidato da O.;

Se ha ragione il ricorrente incidentale, il giudice non legge il ricorso principale?

Scritto da Fabrizio Laudani

Martedì 02 Agosto 2011 08:50 -

- di ogni altro atto presupposto, connesso e comunque consequenziale, ancorché di data e tenore sconosciuti, che incidono sfavorevolmente nella sfera giuridica della ricorrente;

per la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato in data 6 maggio 2010;

per il risarcimento dei danni patiti e patendi;

quanto ai I motivi aggiunti:

- della nota del 21 maggio 2010 con cui il Ministero dell'Interno ha rimesso il decreto del 22 marzo 2010 con il quale è stata approvata la graduatoria predisposta dalla Commissione della gara in data 18 marzo 2010 ed informato che "per mera imprecisione nella precedente comunicazione ... del 22 marzo 2010 il predetto decreto è stato definito come di aggiudicazione provvisoria quando invece era di definitiva approvazione della graduatoria";

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e di O. Srl;

Visto il ricorso incidentale, integrato da motivi aggiunti, proposto da O. Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2011 il Consigliere Antonella Mangia e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Attraverso l'atto introduttivo del presente giudizio, notificato in data 21 maggio 2010 e depositato il 28 maggio successivo, la ricorrente impugna l'aggiudicazione definitiva dell'appalto indetto per l'affidamento del "Servizio di ideazione, progettazione esecuzione e gestione di un servizio integrato di comunicazione multimediale, ufficio stampa, rassegna stampa, prodotti editoriali e comunicazione di immagine e marketing del PON Sicurezza per la Sviluppo - Obiettivo Convergenza 2007/2013" e tutti gli atti presupposti, chiedendone l'annullamento.

Nel contempo, chiede la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato.

In particolare, la ricorrente espone quanto segue:

- di aver partecipato alla procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del servizio di cui sopra, indetta dal Ministero dell'Interno con bando pubblicato nella G.U. del 10 agosto 2009;

Se ha ragione il ricorrente incidentale, il giudice non legge il ricorso principale?

Scritto da Fabrizio Laudani

Martedì 02 Agosto 2011 08:50 -

- in data 11 marzo 2010 il Ministero dell'Interno le comunicava l'esito delle valutazioni effettuate dalla Commissione di gara e che il giorno 16 marzo 2010 "ci sarebbe stata l'apertura delle buste contenenti le offerte economiche";

- con nota 23 marzo 2010 la stessa Amministrazione le comunicava che aveva ottenuto "il secondo miglior punteggio" e, pertanto, la invitava a presentare la "documentazione indicata nel disciplinare di gara a comprova del possesso dei requisiti richiesti", ai sensi dell'art. 48, comma 2, d.lgs. n. 163/2006, e ciò nonostante già in data 22 marzo 2010 l'appalto fosse stato affidato in via definitiva alla società controinteressata;

- in data 23 aprile 2010 presentava formale istanza di accesso agli atti di gara;

- l'Amministrazione "concedeva solo una parziale ostensione dei documenti richiesti", negando l'accesso ai curricula professionali degli esperti inseriti nell'offerta dal RTI guidato da O. e all'offerta economica e tecnica di quest'ultima e, dunque, impedendo la verifica di documentazione comunque necessaria all'esercizio del diritto di difesa.

Ciò detto, la ricorrente deduce i seguenti motivi di diritto:

I) VIOLAZIONE DI LEGGE: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 38 LETT. C) D.LGS. 163/2006 E S.M.I.; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS (ART. 12 DEL CAPITOLATO D'ONERI E DISCIPLINARE DI GARA RUBRICATO "CONDIZIONI MINIME DI PARTECIPAZIONI" LETT. A) "REQUISITI AMMINISTRATIVI" (ART. 38 D.LGS. 163/2006) E ART. 14 DEL DISCIPLINARE DI GARA RUBRICATO "MODALITA' DI PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE"). VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELL'AUTOVINCOLO. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITA' DEI PRESUPPOSTI, TRAVISAMENTO DEI FATTI, MANIFESTA INGIUSTIZIA, SVIAMENTO, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE. La società mandante del RTI risultato poi aggiudicatario - ossia la T. S.p.A. - ha rilasciato le dichiarazioni di cui all'art. 38, lett. c, d.lgs. 163/2006 in modo incompleto. In particolare: - tali dichiarazioni non coprono l'arco temporale prescritto, ricompreso tra il 27 novembre 2006 ed il 27 novembre 2009; - le stesse dichiarazioni non riguardano i legali rappresentanti e gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza delle società incorporate nel corso del triennio in esame (TE. s.r.l. a socio unico e TE. S.r.l.). Ciò detto, l'offerta del RTI guidato da O. doveva essere esclusa.

II) VIOLAZIONE DI LEGGE: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 17 L. 68/1999 E DELL'ART. 38, COMMA 1, LETT. L), D.LGS. 163/2006 E S.M.I.; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS (ART. 12 DEL CAPITOLATO D'ONERI E DISCIPLINARE DI GARA RUBRICATO "CONDIZIONI MINIME DI PARTECIPAZIONI" LETT. A) E ART. 14 DEL DISCIPLINARE DI GARA RUBRICATO "MODALITA' DI PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE") REQUISITI AMMINISTRATIVI (ART. 38 D.LGS. 163/2006), VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELL'AUTOVINCOLO. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITA' DEI PRESUPPOSTI, TRAVISAMENTO DEI FATTI, MANIFESTA INGIUSTIZIA, SVIAMENTO. Né la mandataria né la mandante hanno presentato la certificazione (o quanto meno una esplicita dichiarazione sostitutiva) ex art. 17 L. 68/1999 (riguardante il diritto al lavoro dei disabili), richiamato dall'art. 38, comma 1, lett. l, del d.lgs. 163/2006.

Se ha ragione il ricorrente incidentale, il giudice non legge il ricorso principale?

Scritto da Fabrizio Laudani
Martedì 02 Agosto 2011 08:50 -

III) VIOLAZIONE DI LEGGE: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL D.P.R. 445/2000 E S.M.I.. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELL'AUTOVINCOLO. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITA' DEI PRESUPPOSTI, TRAVISAMENTO DEI FATTI, MANIFESTA INGIUSTIZIA, SVIAMENTO. Alle dichiarazioni rilasciate dalla mandante sono state allegare copie di un documento di identità scaduto il 4 agosto 2008 e, quindi, non valido.

IV) VIOLAZIONE DI LEGGE: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA LEX SPECIALIS (ART. 14 DEL CAPITOLATO D'ONERI E DISCIPLINARE DI GARA RUBRICATO "MODALITA' DI PRESENTAZIONE DELLE OFFERTE"); VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELL'AUTOVINCOLO. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITA' DEI PRESUPPOSTI, TRAVISAMENTO DEI FATTI, MANIFESTA INGIUSTIZIA, SVIAMENTO. La busta B "Offerta tecnica" doveva contenere, a pena di esclusione, una relazione tecnica composta di massimo 60 pagine. Nella offerta di O., oltre alla relazione tecnica di 59 pagine, era presente un allegato denominato "piano medio", composto di 56 pagine. Atteso che tale piano non può essere considerato un "elaborato creativo/media" ed, anzi, costituisce - a tutti gli effetti - parte integrante della relazione tecnica, l'offerta della controinteressata doveva essere esclusa (risultando la relazione tecnica di 115 pagine circa).

V) VIOLAZIONE DI LEGGE: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 86, 87, 88 E 89 D.LGS. 163/2006 E S.M.I.; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELL'AUTOVINCOLO. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITA' DEI PRESUPPOSTI, TRAVISAMENTO DEI FATTI, MANIFESTA INGIUSTIZIA, SVIAMENTO, DIFETTO DI ISTRUTTORIA E MOTIVAZIONE. L'offerta della O. è inidonea a consentire di realizzare un servizio accettabile, atteso che alla voce "ufficio stampa" prevede solo 350 giornate di esperto senior e 200 di esperto junior. Nella tabella riassuntiva dei costi, la voce "comunicazione pubblicitaria" prevede 1.480 gg. uomo che "in ogni caso appare decisamente sovrastimate". Ciò nonostante, la Commissione non ha richiesto chiarimenti.

VI) VIOLAZIONE DI LEGGE: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 79 D.LGS. 163 DEL 2006 E S.M.I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEL DIRITTO COSTITUZIONALMENTE GARANTITO DI DIFESA. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 97 COST. ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO, atteso che la Stazione appaltante non ha comunicato l'aggiudicazione definitiva ed ha consentito un accesso - peraltro parziale - solo all'indomani dello scadere dei 60 gg. dall'avvenuta aggiudicazione.

In conclusione, la ricorrente - dopo aver formulato istanza istruttoria - afferma che il RTI controinteressato doveva essere escluso dalla procedura di gara, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione.

Con atto depositato in data 28 maggio 2010 si è costituita la controinteressata O. s.r.l..

Con atto depositato in data 3 giugno 2010 si è, altresì, costituito il Ministero dell'Interno.

Con controricorso depositato in data 7 giugno 2010 la controinteressata ha così replicato alle censure formulate: - la mandante T. s.p.a. ha pienamente ottemperato alla prescrizione dell'art.

Se ha ragione il ricorrente incidentale, il giudice non legge il ricorso principale?

Scritto da Fabrizio Laudani

Martedì 02 Agosto 2011 08:50 -

38 in quanto ha, tra l'altro, indicato le generalità degli amministratori muniti di potere di rappresentanza in carica e cessati dalla carica nel triennio antecedente alla data di pubblicazione del bando, atteso che in tale periodo l'unico amministratore cessato dalla carica è il consigliere delegato U. M.; - nessuna disposizione impone di dichiarare il possesso dei requisiti in capo agli amministratori delle persone giuridiche che, precedentemente alla partecipazione alla gara, risultano essere state incorporate nella società concorrente; - la soluzione della ricorrente contrasta, anzi, con gli artt. 51 e 116 d.lgs. n. 163/2006; - in ogni caso, l'incorporata è solo una e rispetto all'unico membro del consiglio di amministrazione di questa la dichiarazione risulta resa (stante la coincidenza soggettiva tra i soggetti muniti di potere rappresentativo di TE. s.r.l. e di T. s.p.a.); - attestando di non trovarsi "in alcuna delle condizioni ostative di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.", le imprese del raggruppamento hanno operato in piena ottemperanza sia dell'art. 38 in esame, sia dell'art. 17 della legge n. 68/1999, sia del disciplinare di gara; - la lex specialis non prescrive l'esclusione dalla gara in caso di presentazione di un documento scaduto e, comunque, era possibile il procedimento di rettifica indicato dall'art. 71 del d.P.R. 445/2000; - in ogni caso, al documento di identità allegato era applicabile il disposto dell'art. 31, comma 3, d.l. n. 112 del 2008 che ha elevato ex lege il termine di validità delle carte di identità a 10 anni dalla emissione; - la lex specialis non prevede l'esclusione dalla gara in caso di superamento del limite di 60 cartelle; - in ogni caso, la restrittiva ricostruzione della ricorrente è infondata, atteso che gli elaborati "creativi/media" possono riguardare sia la fase creativa della ideazione sia la fase di distribuzione del messaggio pubblicitario attraverso la pianificazione dei media; - l'art. 86 del d.lgs. 163/2006 non è invocabile perché riguarda casi in cui il punteggio ottenuto è pari o superiore a 4/5 del massimo previsto; - l'infondatezza dei motivi esaminati determina l'inammissibilità per carenza di interesse dei vizi c.d. procedurali; - gli oneri informativi sono stati, comunque, correttamente adempiuti.

In data 14 giugno 2010 la ricorrente ha depositato motivi aggiunti, notificati in data 11 giugno 2010, proposti per l'annullamento della nota del 21 maggio 2005, con la quale l'Amministrazione ha rimesso il decreto di approvazione della graduatoria ed informato che "per mera imprecisione terminologica nella precedente comunicazione ... del 22 marzo 2010 il predetto decreto è stato definito di aggiudicazione provvisoria quando invece era di definitiva approvazione della graduatoria".

A tale fine, oltre a richiamare le doglianze del ricorso introduttivo, formula le seguenti, ulteriori censure:

I) VIOLAZIONE DI LEGGE: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE ART. 11, COMMA 10, D.LGS. 163/2006 E S.M.I.; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 1 D.LGS. 53/2010; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELLA DIRETTIVA 2007/66/CEE; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 24 E 97 COST.; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI, TRAVISAMENTO DEI FATTI, MANIFESTA INGIUSTIZIA, SVIAMENTO, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE. La stipula del contratto non è avvenuta nel rispetto del termine dell'art. 11, comma 10, d.lgs. 163/2006, ossia non prima di 35 gg. dall'invio dell'ultima comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva (la stipula del contratto risale al 6 maggio 2010, la comunicazione in questione al 21

Se ha ragione il ricorrente incidentale, il giudice non legge il ricorso principale?

Scritto da Fabrizio Laudani
Martedì 02 Agosto 2011 08:50 -

maggio 2010). Tale circostanza ha anche comportato violazione del diritto di difesa.

Il successivo 22 giugno 2010 la controinteressata ha prodotto ricorso incidentale, deducendo i seguenti motivi di illegittimità in relazione all'ammissione alla gara della ricorrente:

I. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 38 DEL D.LGS. N. 163/2006 - VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 12, 13 E 14 DEL CAPITOLATO D'ONERI E DISCIPLINARE DI GARA. La mandataria A. ha del tutto omesso di attestare l'insussistenza dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lettere a, d, f, g, h, i, l ed m-bis, con macroscopica ed insanabile violazione della disposizione in argomento. In particolare, non ha formulato una dichiarazione omnicomprensiva attestante la carenza delle condizioni ostative di cui al citato art. 38 ma si è limitata a presentare una dichiarazione del legale rappresentante attestante di non versare nelle cause di esclusione di cui all'art. 38, lett. b, c, e e m-ter. Tale dichiarazione è palesemente carente ed omissiva.

II. VIOLAZIONE E/O FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 12, 13 E 14 DEL CAPITOLATO D'ONERI E DISCIPLINARE DI GARA - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 75 DEL D.LGS. N. 163/2006. La ricorrente non ha presentato una certificazione di qualità aziendale conforme a quella richiesta dal disciplinare, con conseguenziale carenza di un requisito partecipativo richiesto a pena di esclusione. Stante tale carenza, la ricorrente non poteva, tra l'altro, avvalersi della dimidiazione dell'importo della cauzione provvisoria.

In data 8 luglio 2010 la controinteressata ha depositato "motivi aggiunti al ricorso incidentale", formulando le seguenti censure:

I. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 48 DEL D.LGS. N. 163/2006 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 12 E 17 DEL DISCIPLINARE DI GARA. La A. non ha comprovato il possesso del requisito di capacità tecnica di cui all'art. 12, lett. c), del disciplinare, atteso che tre dei contratti richiamati non sono relativi a servizi analoghi. Le fatture concernenti tali contratti - per un importo di complessivi euro 1.000.439,00 - non possono, dunque, essere valutate "ai fini della comprova del requisito dichiarato in sede di gara". Sottratto il predetto ammontare, il residuo volume di fatturato specifico risulta pari a euro 3.133.368,40 e, quindi, insufficiente a soddisfare la quota minima richiesta in capo alla mandataria dell'ATI, pari a euro 3.600.000,00. Ciò detto, la ricorrente doveva essere esclusa dalla gara, ai sensi dell'art. 48 d.lgs. n. 163/2006. E' da aggiungere che, in relazione ai contratti rimanenti, le fatture presentate sono di importo di gran lunga inferiore a quello dichiarato e, in alcuni casi, non computabili perché relative al 2005.

II. VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 48 DEL D.LGS. N. 163/2006 - VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 12 E 17 DEL DISCIPLINARE DI GARA, in quanto la ricorrente non ha presentato copia autentica dei bilanci relativi agli anni 2006, 2007 e 2008.

In esito alle istanze di "esibizione di atti e documenti" formulate dalla ricorrente in date 27 agosto 2010 e 21 ottobre 2010, con ordinanze n. 95/2010 dell'8 ottobre 2010 e n. 1881/2010 del 17 dicembre 2010 è stato ordinato all'Amministrazione di depositare copia del contratto e di

Se ha ragione il ricorrente incidentale, il giudice non legge il ricorso principale?

Scritto da Fabrizio Laudani
Martedì 02 Agosto 2011 08:50 -

tutti i documenti relativi al procedimento conclusosi con l'adozione dei provvedimenti impugnati.

A tali incombenzi l'Amministrazione ha provveduto in date 6 novembre 2010, 3 dicembre 2010, 31 gennaio 2011 e 5 febbraio 2011.

In data 11 marzo 2011 la ricorrente ha depositato i motivi aggiunti, deducendo gli ulteriori profili di illegittimità:

1) VIOLAZIONE DI LEGGE: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 14, BUSTA B "OFFERTA TECNICA", LETT. A) DEL CAPITOLATO D'ONERI E DEL DISCIPLINARE DI GARA; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 24 E 97 COST., VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELL'AUTOVINCOLO; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI, TRAVISAMENTO DEI FATTI, ILLOGICITÀ E CONTRADDITTORIETÀ, MANIFESTA INGIUSTIZIA, SVIAMENTO, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE. L'art. 14 di cui sopra imponeva, a pena di esclusione, di inserire nella busta B "l'impegno a costituire un gruppo di lavoro composto nel rispetto delle condizioni minime dall'art. 6 del presente capitolato". A ciò la controinteressata non ha provveduto. L'Amministrazione avrebbe dovuto, dunque, escluderla. Non procedendo in tal senso, ha violato il principio di uguaglianza ed il principio dell'autovincolo.

II) VIOLAZIONE DI LEGGE: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 14, PARAGRAFO BUSTA B "OFFERTA TECNICA", LETT. C) DEL CAPITOLATO D'ONERI E DEL DISCIPLINARE DI GARA; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 24 E 97 COST.; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELL'AUTOVINCOLO; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI, ILLOGICITÀ E CONTRADDITTORIETÀ, TRAVISAMENTO DEI FATTI, MANIFESTA INGIUSTIZIA, SVIAMENTO, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE. La controinteressata non ha allegato allo schema riepilogativo del gruppo di lavoro il "curriculum dettagliato di ciascun componente", come invece richiesto a pena di esclusione.

III) VIOLAZIONE DI LEGGE: VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DELL'ART. 14, PARAGRAFO BUSTA "C-OFFERTA ECONOMICA"; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEGLI ARTT. 24 E 97 COST.; VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELL'AUTOVINCOLO; VIOLAZIONE E FALSA APPLICAZIONE DEI PRINCIPI DEL GIUSTO PROCEDIMENTO. ECCESSO DI POTERE PER ERRONEITÀ DEI PRESUPPOSTI, TRAVISAMENTO DEI FATTI, MANIFESTA INGIUSTIZIA, SVIAMENTO, DIFETTO DI ISTRUTTORIA, DIFETTO DI MOTIVAZIONE. La controinteressata non ha specificato i giustificativi economici per le singole voci che concorrono alla determinazione del prezzo finale.

Con memoria depositata in data 3 giugno 2011 l'Amministrazione resistente ha sostenuto la legittimità del proprio operato.

A seguito del deposito di documenti in data 1 giugno 2011, afferenti, tra l'altro, i contratti stipulati, in data 7 giugno 2011 la ricorrente ha prodotto una memoria, con la quale ha reiterato

Se ha ragione il ricorrente incidentale, il giudice non legge il ricorso principale?

Scritto da Fabrizio Laudani

Martedì 02 Agosto 2011 08:50 -

le censure formulate. Nel contempo, ha ribattuto ai motivi formulati dalla controinteressata nei seguenti termini: - le dichiarazioni presentate ex art. 38 sono sì incomplete ma ciò "avrebbe potuto comportare la richiesta di integrazione e non già l'invocata esclusione"; - l'oggetto della certificazione di qualità prodotto è afferente a quanto richiesto dalla lex specialis "che fa riferimento al settore della comunicazione"; - i tre contratti contestati sono affini all'intento del "POR Obiettivo Sicurezza" che si prefigge di contribuire a comunicare le azioni realizzate per il superamento degli squilibri territoriali delle aree svantaggiate d'Italia; - per le fatture relative ad altri contratti si oppone carenza di interesse; - la mancata presentazione dei bilanci autentificati è una mera irregolarità, sanabile ex art. 46 d.lgs. n. 163/2006.

Con memorie depositate il 7 giugno 2011 ed il 10 giugno 2011 la controinteressata ha confutato le censure formulate dalla ricorrente con il secondo atto di motivi aggiunti nonché replicato alle considerazioni di quest'ultima in ordine ai motivi formulati dalla medesima in via incidentale, insistendo sulla fondatezza di detti motivi e, quindi, sull'inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione e di interesse.

In data 18 giugno 2011 - e, dunque, tardivamente - l'Amministrazione ha prodotto documenti.

All'udienza pubblica del 23 giugno 2011 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. In ambito giurisprudenziale, è stato ripetutamente evidenziato che, in presenza di un ricorso incidentale tendente a contestare la legittimazione attiva del ricorrente, il giudice amministrativo deve fondare l'ordine di priorità attenendosi ai principi di economia processuale e di logicità e, dunque, dare priorità all'impugnativa che risulti decisiva per dirimere la controversia (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. V, 19 maggio 2009, n. 3076).

Da ultimo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - con decisione n. 4 del 2011 - ha avuto modo di precisare che, "qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale".

In particolare, ha osservato che "l'eventuale accertamento dell'illegittimità dell'ammissione alla gara presenta portata pienamente retroattiva e, quindi, si riflette sui presupposti e sulle condizioni dell'azione, in modo non dissimile da un provvedimento di esclusione divenuto inoppugnabile", pervenendo così alla conclusione che "l'accertamento della legittimazione al ricorso, imperniato sull'apprezzamento della legittimità del titolo di partecipazione alla gara del soggetto concorrente, assume comunque rilievo pregiudiziale".

Ciò detto, il Collegio ritiene di dover dare precedenza al ricorso incidentale, inequivocabilmente diretto a paralizzare l'azione principale attraverso la denuncia di vizi idonei a riverberarsi sull'interesse a ricorrere della società A..

Tale ricorso è fondato e, pertanto, deve essere accolto.

Se ha ragione il ricorrente incidentale, il giudice non legge il ricorso principale?

Scritto da Fabrizio Laudani
Martedì 02 Agosto 2011 08:50 -

2. Come esposto nella narrativa che precede, la controinteressata sostiene che la ricorrente è stata illegittimamente ammessa alla procedura ad evidenza pubblica per l'affidamento del "Servizio di ideazione, progettazione, esecuzione e gestione di un servizio integrato di comunicazione multimediale, ufficio stampa, prodotti editoriali e comunicazione di immagini e marketing del PON Sicurezza per lo Sviluppo - Obiettivo Convergenza 2007-2013", indetta dal Ministero dell'Interno con bando pubblicato nella G.U. del 10 agosto 2009.

In particolare, afferma che la predetta doveva essere esclusa per una pluralità di motivi, tra cui la violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 per omessa attestazione dell'"insussistenza dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lettere a), d), f), g), h), i), l) ed m-bis)".

La censura de qua è meritevole di condivisione.

2.1. In proposito, appare opportuno ricordare che:

- l'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 dispone una serie di casi di esclusione "dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi", attinenti a requisiti definiti di "ordine generale", imponendo - al comma 2 - l'obbligo per il candidato di attestare "il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445 in cui indica anche le eventuali condanne per le quali abbia beneficiato della non menzione";

- al riguardo, l'art. 14 del disciplinare di gara del Ministero dell'Interno ha, poi, espressamente sancito che la "Busta A - Documentazione dovrà contenere, a pena di esclusione dalla gara, fermo restando quanto previsto dall'art. 46 del d.lgs. 163/2006, la documentazione e le dichiarazioni di cui al precedente art. 12", ossia - tra le altre - "la dichiarazione del legale rappresentante o persona munita di poteri, resa ai sensi degli artt. 38 e 47 del DPR n. 445/2000, attestante che il soggetto rappresentato e i suoi amministratori non si trovano in nessuna delle condizioni ostative di cui all'articolo 38 d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.".

Ciò detto, il Collegio ritiene - in linea con i rilievi della controinteressata ma anche della ricorrente, laddove afferma che "la violazione e falsa applicazione dell'art. 38" costituisce "una illegittimità non sanabile" (pag. 7 del ricorso introduttivo) - che la mancata, compiuta osservanza degli obblighi di attestazione di cui al citato art. 38 non possa che determinare l'esclusione della società.

Secondo un orientamento ormai consolidato - anche se non univoco - della giurisprudenza (cfr., da ultimo, C.d.S., Sez. III, 3 marzo 2011, n. 1371), la disposizione di cui al citato art. 38 va, infatti, intesa nel senso che:

- devono essere escluse dalla partecipazione alla gara le imprese che non presentano dichiarazione sostitutiva delle apposite certificazioni;

- alla mancata presentazione di una delle dichiarazioni prescritte l'impresa partecipante non può rimediare con la successiva integrazione;

Se ha ragione il ricorrente incidentale, il giudice non legge il ricorso principale?

Scritto da Fabrizio Laudani
Martedì 02 Agosto 2011 08:50 -

- l'art. 46 del d.lgs. 163/2006 consente "nei limiti" previsti dallo stesso art. 38 di completare o fornire chiarimenti sulla documentazione presentata, ma non di integrare documentazione non presentata.

Al riguardo, rilevano anche le seguenti considerazioni:

- l'anticipazione al momento della presentazione dell'offerta della dichiarazione del possesso dei prescritti requisiti soddisfa "l'esigenza di ordinato svolgimento della gara e di opportuna trasparenza;

- la stessa lettura della disposizione (art. 38 comma 2 citato) non fa riferimento alla presentazione di tale dichiarazione nel corso della gara per l'ipotesi di mancanza di cause ostative;

- ove fosse invece possibile ammettere l'offerta, pur in assenza della corrispondente dichiarazione, non sarebbe allora sufficiente la regola (art. 48 comma 1 d.lgs. n. 163/2006) della verifica limitata soltanto ad un campione del 10% delle offerte presentate" (cfr. decisione n. 1371 del 2011, già citata).

In ragione di quanto osservato, alla produzione di documentazione carente in ordine ai requisiti contemplati all'art. 38, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006 non è, pertanto, possibile ovviare attraverso l'integrazione successiva, sicché l'unica soluzione che permane è l'esclusione dalla gara.

Nel caso di specie, tale soluzione trova - tra l'altro - avallo nelle previsioni della lex specialis di gara, prescriventi l'esclusione della gara nel caso in cui - come già osservato - la Busta A, relativa alla "Documentazione", non contenga le dichiarazioni di cui al precedente art. 12, tra cui figurano anche dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 in esame (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. V, 11 aprile 2011, n. 2228).

Ciò detto, le dichiarazioni rese dalla ricorrente si profilano carenti o, comunque, non rispondenti al disposto della norma in questione e del disciplinare di gara.

Come dimostrato dalla documentazione allegata al ricorso incidentale, il legale rappresentante della società A. S.p.A. - oltre a non rendere dichiarazioni di carattere generale o, meglio, omnicomprensive - ha, infatti, reso dichiarazioni limitate all'art. 38, comma 1, lett. b), c), e ed m-ter ma nulla ha comunicato per quanto attiene ai requisiti di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), d), f), g), h), i), l) ed m-bis.

Preso atto di tale circostanza - la quale risulta, tra l'altro, confermata dalla ricorrente (cfr. memoria depositata in data 7 giugno 2011, pag. 6, laddove si legge che "la odierna ricorrente ha sì presentato delle dichiarazioni incomplete") - diviene, pertanto, doveroso riconoscere la fondatezza della censura formulata dalla controinteressata e, dunque, affermare che la ricorrente è stata illegittimamente ammessa alla gara, atteso che sussistevano le condizioni per la sua esclusione.

Se ha ragione il ricorrente incidentale, il giudice non legge il ricorso principale?

Scritto da Fabrizio Laudani

Martedì 02 Agosto 2011 08:50 -

3. Con i motivi aggiunti al ricorso incidentale, la controinteressata denuncia, ancora, che la "A. non ha comprovato il possesso del requisito di capacità tecnica di cui all'art. 12 lettera C) del disciplinare" e, più precisamente, "ha preteso di comprovare il possesso del suddetto requisito attraverso la presentazione di tre contratti con il Ministero per gli Affari Esteri in data 9 giugno 2006, 28 novembre 2006 e 20 dicembre 2006" che - in quanto afferenti ad incarichi non rientranti nell'ambito dei "servizi analoghi a quello oggetto del presente appalto" - non potevano essere computati "al fine del raggiungimento della quota minima di requisito di fatturato specifico richiesta alla mandataria dell'ATI, ovvero euro 3.600,000", con conseguente comprova di un fatturato specifico "insufficiente a soddisfare la quota minima richiesta".

In sintesi, la controinteressata afferma che "a fronte della omessa comprova del requisito dichiarato, la Stazione appaltante avrebbe senz'altro dovuto procedere all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità", ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006.

Anche tale censura è meritevole di condivisione.

Come osservato dalla controinteressata, l'art. 12 del disciplinare di gara - alla lett. C), riguardante i "requisiti di capacità tecnica e professionale" (art. 42 d.lgs. n. 163/2006 e s.m.i.) - impone, ai fini della partecipazione alla gara, il possesso da parte del concorrente "dei seguenti requisiti, documentati come di seguito:

Dichiarazione del legale rappresentante o persona munita di poteri, resa ai sensi degli artt. 38 e 47 del DPR n. 445/2000, attestante un fatturato specifico, maturato nella realizzazione di servizi analoghi a quello oggetto del presente appalto non inferiore, a pena di esclusione, a euro 6.000.000 (euro seimilioni/00), iva esclusa, relativo ad almeno tre esercizi realizzati negli esercizi 2006, 2007 e 2008", mentre il successivo art. 13 precisa che "i requisiti di cui al precedente art. 12, lett. B) e C) dovranno essere riferiti al R.T.I. nel suo complesso, fermo restando che l'impresa mandataria deve possedere almeno il 60% dei requisiti di fatturato ivi richiesti".

Ciò detto, risulta evidente che la A. - in qualità di mandataria del costituendo RTI con la P. s.r.l. - doveva comprovare un fatturato specifico pari a euro 3.600.000,00.

A tale fine, la A. ha prodotto numerose fatture, di cui alcune concernenti i seguenti contratti:

- contratto del 9 giugno 2006: "incarico di realizzare un corso di formazione per donne irachene", importo complessivo pari a euro 450.202,50;
- contratto del 28 novembre 2006: "incarico di sviluppare un progetto formativo sul documentario, a favore di cineasti iracheni", importo pari a euro 244.460,70;
- contratto del 20 dicembre 2006: "incarico di realizzare una mostra multidisciplinare per l'esposizione di opere di artisti contemporanei iracheni", importo complessivo pari a euro 409.860,00.

Se ha ragione il ricorrente incidentale, il giudice non legge il ricorso principale?

Scritto da Fabrizio Laudani
Martedì 02 Agosto 2011 08:50 -

In ordine a tali contratti, il Collegio ritiene di dover convenire con la controinteressata sull'impossibilità di qualificare gli stessi come attinenti a "servizi analoghi a quello dell'appalto", il quale è di "ideazione, progettazione, esecuzione e gestione di un servizio integrato di comunicazione multimediale, ufficio stampa, prodotti editoriali e comunicazione di immagine e marketing del Programma Operativo Nazionale - Sicurezza per lo Sviluppo Obiettivo Convergenza 2007 - 2013".

Posto che il criterio della capacità tecnica ha la finalità precipua di comprovare la "competenza", vale a dire la specifica professionalità nello svolgimento del servizio, direttamente connesso all'esperienza maturata dal concorrente in virtù della resa di prestazioni - comunque - attinenti al settore di "interesse" (cfr., tra le altre, C.d.S., Sez. VI, 22 marzo 2008, n. 1459; TAR Lombardia, Brescia, Sez. II, 8 gennaio 2011, n. 23), va osservato che - in effetti - i sopra indicati contratti riguardano servizi che non possono essere qualificati "analoghi" a quello della gara.

In particolare, si tratta di servizi attinenti attività culturale e di formazione, la quale - in quanto tale - si profila inidonea a dimostrare esperienza specifica nei settori della pubblicità, del marketing operativo e dei servizi di ufficio stampa, contemplati all'art. 5 del disciplinare di gara.

Ciò detto, le fatture dei relativi contratti non potevano essere computate, con conseguente venir meno del requisito della capacità tecnica richiesto.

4. Tanto è sufficiente per l'accoglimento del ricorso incidentale, con assorbimento delle ulteriori censure formulate.

A ciò consegue la declaratoria di inammissibilità dell'impugnazione proposta dalla ricorrente principale per mancanza di interesse.

Come più volte ribadito in ambito giurisprudenziale, infatti, "l'aspettativa del concorrente escluso" non è "differente da quella ascrivibile ad un qualunque altro soggetto", ossia in nulla si discosta dall'interesse di fatto di qualsiasi altro operatore" (cfr. C.d.S., n. 7443/2009) e, comunque, una volta accertata - in virtù dell'accoglimento del ricorso incidentale - la sussistenza di una valida causa di esclusione della ricorrente principale dalla procedura di gara, l'eventuale accertamento dell'illegittimità dei provvedimenti in origine impugnati si rivela priva di ogni vantaggio per la ricorrente stessa.

5. In conclusione, il ricorso incidentale deve essere accolto, mentre il ricorso principale ed i motivi aggiunti proposti dalla A. devono essere dichiarati inammissibili.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in complessive euro 5.000,00, di cui euro 2.500,00 a favore del Ministero dell'Interno ed euro 2.500,00 a favore della controinteressata, oltre IVA e CPA nei termini di legge.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 4792/2010, come in epigrafe proposto:

Se ha ragione il ricorrente incidentale, il giudice non legge il ricorso principale?

Scritto da Fabrizio Laudani

Martedì 02 Agosto 2011 08:50 -

- accoglie il ricorso incidentale;
- dichiara inammissibile il ricorso principale;
- condanna la ricorrente A. s.p.a. al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in complessivi euro 5.000,00, di cui euro 2,500 a favore del Ministero dell'Interno ed euro 2.500 a favore della O. s.r.l., oltre IVA e CPA nei termini di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2011 con l'intervento dei Magistrati:

IL PRESIDENTE

Linda Sandulli

L'ESTENSORE

Antonella Mangia

IL CONSIGLIERE

Pietro Morabito

Depositata in Segreteria il 18 luglio 2011

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