



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 Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 11497 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc Gilardoni Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Remo Danovi, Andreina Degli Espositi, Riccardo Villata, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Riccardo Villata in Roma, via L.Bissolati, 76;

contro

Agenzia delle Dogane, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Smiths Heimann GmbH, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria del raggruppamento

temporaneo di imprese costituito con Smiths Heimann Service Italia Srl e Smiths Heimann sas, rappresentato e difeso dagli avv. Laura Pierallini, Lorenzo Sperati, con domicilio eletto presso Studio Legale Pierallini E Associati in Roma, viale Liegi, 28;

per l'annullamento

- dell'aggiudicazione definitiva in data 30.09.2010, della procedura ristretta per la fornitura e installazione di n. 6 apparecchiature per la scansione radiografica di container e di mezzi di trasporto da destinare agli uffici dell'Agenzia delle Dogane;
- nonché, con motivi aggiunti, della determinazione dell'Agenzia delle Dogane prot. 221/RI in data 04.01.2011;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Agenzia delle Dogane e di Soc Smiths Heimann GmbH;

Visto il ricorso incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 giugno 2011 il dott. Giampiero Lo Presti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Premesso che con ricorso depositato in data 15 dicembre 2010 la

ricorrente Gilardoni ha chiesto l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva della gara indicata in epigrafe, asseritamente determinata per silentium a seguito di aggiudicazione provvisoria in data 30 settembre 2010, e, con successivi motivi aggiunti, ha impugnato il provvedimento espresso di aggiudicazione definitiva intervenuto in data 7 gennaio 2011; e che l'Agenzia delle Dogane e la controinteressata si sono costituite in giudizio per resistere al gravame, quest'ultima proponendo altresì ricorso incidentale per sostenere l'illegittimità della mancata esclusione dalla gara della ricorrente e la conseguente inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti per carenza di interesse;

Premesso altresì che, dopo ampia ed articolata trattazione di tutti i motivi di ricorso, alla pubblica udienza del giorno 8 giugno 2011 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione nel merito;

Considerato che, secondo l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 4 del 7 aprile 2011), il rapporto di priorità logica nell'ordine di decisione della controversia implica che il giudice decida, con priorità su ogni altra questione sollevata con il ricorso principale, le censure proposte con il ricorso incidentale;

Ritenuto in via preliminare che il ricorso incidentale è tempestivo, in quanto notificato in data 4 marzo 2011, entro il termine di sessanta giorni dalla data di notificazione alla controinteressata del ricorso principale, considerato che per la proposizione del ricorso incidentale è applicabile il termine ordinario previsto dall'art. 42,

comma 1, c.p.a. e non il termine abbreviato previsto dall'art. 120 c.p.a., in ragione del tenore letterale di quest'ultima disposizione che non riferisce espressamente anche al ricorso incidentale il regime speciale previsto per la proposizione del ricorso principale e dei motivi aggiunti e vista l'impossibilità di estensione analogica "in malam partem" di disposizioni che incidono sui principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale;

Ritenuto che vanno quindi esaminati preliminarmente tutti i motivi di ricorso incidentale, ad eccezione soltanto dell'ultimo motivo di cui infra, proposto espressamente in via condizionata rispetto all'accoglimento di corrispondente motivo di ricorso principale, dovendosi in questo caso rispettare l'ordine di graduazione dei motivi voluto dalle parti;

Ritenuto nel merito che i predetti motivi di ricorso incidentale sono infondati alla stregua delle considerazioni che seguono:

-) la circostanza per la quale Gilardoni non sarebbe produttrice del sistema di ispezione oggetto della fornitura non determina illegittimità della sua ammissione alla gara, considerato che il bando non prescriveva che il fornitore fosse anche produttore delle apparecchiature da fornire e che Gilardoni è distributore ufficiale del prodotto nel territorio italiano; né per ciò solo è possibile ipotizzare un sostanziale subappalto, vietato dal bando di gara, considerato che non è sufficiente a fare ritenere che la posizione contrattuale dell'aggiudicatario si trasferisca al terzo produttore il fatto che

l'oggetto della fornitura venga acquisito dall'appaltatore da parte del produttore in base ad un preciso accordo commerciale di distribuzione (diversamente argomentando, si dovrebbe ritenere possibile la partecipazione alle gare per la forniture di beni soltanto i soggetti produttori dei medesimi, mentre nessuna norma prevede che possano partecipare alle gare soltanto i produttori dei beni e non anche i soggetti che li commercializzano), mentre i requisiti di partecipazione alla gara devono essere posseduti e comprovati soltanto da parte del soggetto che assume l'impegno contrattuale della fornitura e non già da parte del produttore dei beni che rimane estraneo rispetto alle obbligazioni contrattuali;

-) l'accertamento del requisito della "analogia" o "similitudine" delle esperienze precedenti, ai fini della dimostrazione della capacità economica o tecnica, comporta inevitabilmente margini di apprezzamento valutativo da parte della stazione appaltante, trattandosi di verificare l'esistenza di una sufficiente similitudine tra quanto oggetto del contratto e le pregresse forniture espletate dai ricorrenti, mediante un confronto fra le rispettive prestazioni, ed occorrendo un giudizio concreto che, senza confondere il concetto dell'analogia con quello dell'identità, sia però in pari tempo in grado di assicurare l'effettività della capacità tecnica o economica dei partecipanti rispetto all'appalto da affidare (cfr. per esempio Cons. stato V, 4.3.2011 n. 1401);

-) il richiamato giudizio che, nel caso di accertamento del requisito

della capacità tecnica, deve essere particolarmente rigoroso, quando il requisito è invece prescritto, come nel caso di specie, ai fini della verifica della sola capacità economica, presenta più ampi margini di apprezzamento discrezionale, cosicchè non appare illogica la determinazione della stazione appaltante di considerare simili le forniture pregresse prestate da Gilardoni sia pure con riferimento ad un sistema di ispezione basato su apparecchiature di diversa entità e dimensioni rispetto a quelle oggetto dell'appalto de quo; mentre i rilievi della ricorrente incidentale in ordine al valore delle prestazioni pregresse non attengono alla dichiarazione resa dalla società Gilardoni con riferimento al requisito di capacità economica del quale, con il motivo in esame, si deduce il difetto;

-) i rilievi, di cui al terzo motivo di ricorso incidentale, relativi alla presunta inadeguatezza della ricorrente a garantire livelli sufficienti di prestazione, sotto i profili della manutenzione, formazione ed assistenza tecnica, non attengono a specifici requisiti di partecipazione alla gara bensì alla valutazione dell'offerta e dei relativi punteggi; mentre il previsto coinvolgimento del produttore nelle attività di formazione non è formulato in maniera tale da evidenziare uno spostamento della relativa obbligazione contrattuale in capo ad un soggetto diverso da Gilardoni, non potendo dar luogo quindi ad alcuna forma di subappalto (risultando dagli atti che i formatori sono dipendenti di Gilardoni ed effettuano attività di formazione con riferimento a tutte le apparecchiature commercializzate dalla

stessa società, ivi comprese quindi quelle oggetto dell'appalto);

-) i requisiti di qualificazione relativi ai soggetti per i quali in sede di offerta sia previsto il subappalto delle opere strutturali e murarie, ai sensi dell'art. 118 del codice dei contratti, non devono essere comprovati già in sede di gara, essendo rinviata la relativa verifica al momento dell'effettiva aggiudicazione con conseguente inizio dell'esecuzione della prestazione;

Ritenuto, poi, quanto al ricorso principale ed ai motivi aggiunti, che sono infondate le eccezioni di inammissibilità proposte dalla difesa della controinteressata, considerato che l'aggiudicazione definitiva è stata comunque impugnata con tempestivi motivi aggiunti, entro i termini decorrenti dalla comunicazione della intervenuta aggiudicazione definitiva, senza che la preventiva impugnazione dell'aggiudicazione asseritamente formatasi per silentium (prima quindi dell'adozione del relativo provvedimento formale) possa implicare un profilo di inammissibilità della successiva impugnazione, anche in ragione della pienezza del potere rappresentativo conferito con la procura unita al ricorso principale per l'impugnazione di tutti gli atti di gara;

Ritenuto nel merito che sono fondate le seguenti censure proposte con i motivi aggiunti con riguardo alla cauzione provvisoria presentata dalla contro interessata e alla dichiarazione ex art. 38 d. lgs 163/2006 di Smiths Heimann Service Italy s.r.l. in ragione delle considerazioni che seguono:

-) la cauzione provvisoria presentata dall'aggiudicataria , oltre ad essere intestata formalmente soltanto alla società mandataria del raggruppamento temporaneo da costituire, ha ad oggetto la garanzia dell'adempimento, da parte del raggruppamento costituito, degli impegni contrattuali, relativi cioè all'esecuzione della fornitura, non coprendo in maniera esplicita, quindi, gli inadempimenti, possibilmente imputabili anche alle future mandanti (per esempio per l'ipotesi di mancato conferimento del mandato in caso di aggiudicazione), relativi agli obblighi assunti con l'offerta o relativi alla fase procedimentale (per esempio mancata prova e conferma delle dichiarazioni relative ai requisiti rese nella domanda di partecipazione alla gara o nell'offerta);

-) la giurisprudenza del Consiglio di Stato (cfr. VI, 28.2.2006 n. 893; cfr. anche Tar Lazio III, 4.8.2006 n. 6915) ha , sul punto, opportunamente chiarito che, nel caso di cauzione provvisoria intestata o sottoscritta soltanto alla mandataria di un futuro raggruppamento di imprese, il problema che si pone non attiene tanto al dato formale dei soggetti obbligati, essendo il rapporto di garanzia comunque intercorrente soltanto fra garante e stazione appaltante, quanto al dato sostanziale della determinazione dell'oggetto della garanzia, dovendo la garanzia comprendere anche gli obblighi posti partitamente in capo ad ognuna delle imprese associate per il caso di mancata sottoscrizione del contratto e gli obblighi comunque derivanti dalla stessa partecipazione alla gara;

obblighi che, nel caso di specie, per la esplicita formulazione della cauzione prodotta dalla contro interessata, rimangono esclusi dall'oggetto della garanzia, a prescindere dalla considerazione del dato formale dell'intestazione del contratto di fideiussione soltanto alla mandataria del futuro raggruppamento;

-) la dichiarazione resa dalla società Smiths Heimann Service Italy, in ordine alla non sussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d. lgs. 163/2006, per la sua esplicita formulazione concerne, oltre all'impresa, soltanto il soggetto dichiarante che è uno dei legali rappresentanti, e non è quindi riferibile anche agli altri rappresentanti legali con quel grado di univocità necessario per la rilevanza della dichiarazione in questione, che va riferita formalmente e specificamente alla situazione soggettiva di ciascuno dei rappresentanti legali, non prestandosi a possibili interpretazioni estensive di tipo sostanzialistico;

-) il bando prescriveva espressamente la predetta dichiarazione con riguardo non soltanto all'impresa ma anche ai legali rappresentanti a pena di esclusione, cosicchè la mancata osservanza della prescrizione anche con riguardo a taluno dei legali rappresentanti rendeva vincolata l'esclusione da parte della stazione appaltante, senza che possa minimamente essere condivisa la tesi dell'Agenzia resistente per la quale dovrebbe distinguersi, ai fini della causa di esclusione, fra inottemperanza sostanziale della prescrizione e mera mancanza della produzione del documento formale comprovante la sussistenza del

requisito prescritto;

-) i sigg.ri Musse e Betto erano entrambi legali rappresentanti della società Smiths Heimann Service Italy in quanto autorizzati con pieni poteri ad impegnare contrattualmente la società, e soltanto il primo di questi era anche legale rappresentante delle altre due società del costituendo raggruppamento, le quali hanno invece reso regolare dichiarazione con riguardo a tutti i legali rappresentanti;

-) il corrispondente, e subordinato, motivo di ricorso incidentale riguardante la dichiarazione della ricorrente Gilardoni è infondato, atteso che la dichiarazione presentata sul punto è completa e conforme alla prescrizione di bando, sebbene resa in un contesto formale e documentale unitario insieme ad altra dichiarazione inerente l'osservanza delle norme sul collocamento obbligatorio del personale disabile;

Ritenuto che la rilevata fondatezza dei due motivi di ricorso sopra segnalati conduce ad una pronuncia di accoglimento del gravame e di conseguente annullamento dell'aggiudicazione impugnata, previo assorbimento degli ulteriori motivi di gravame proposti in via principale, mentre non vanno esaminati i motivi proposti in via subordinata e tendenti alla rinnovazione della gara;

Ritenuto che le spese di giudizio seguono la soccombenza e vanno liquidati in complessivi euro 8000,00 (ottomila euro) oltre IVA e CPA;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato.

Condanna in solido le resistenti al pagamento delle spese di giudizio che liquida come in parte motiva.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Giampiero Lo Presti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/06/2011

IL SEGRETARIO

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