



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 Prima Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10843/2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Soc. Siman Srl e R.t.i.; Soc Casa del Motore Srl, Soc Coibesa Thermosound Spa, Soc Socrem Srl, tutti rappresentati e difesi dagli avv. Francesco Saverio Cantella, Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso Giovanni Corbyons in Roma, via Maria Cristina, 2;

contro

Ministero della Difesa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura dello Stato, domiciliato per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Soc Coop Almarina Pa e Rti rappresentati e difesi dagli avv. Roberto Valettini, Emanuele Buttini, Nicola Ceccuzzi, con domicilio eletto presso Tar Lazio Segreteria Tar Lazio in Roma, via Flaminia, 189;

Soc. Tecnofire Sas di Panasiri Roberto, Artiaco Giancarlo, Gabelloni Maurizio & C, Soc Rm Srl Unipersonale, Soc. Nemotec Srl, Soc. Guastini Srl Industria Elettrotecnica rappresentati e difesi dagli avv. Danilo Canci, Massimo Marra, con domicilio eletto presso Massimo Marra in Roma, via Caposile N.10;

per l'annullamento

della nota prot. 14852/11 recante l'aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento della installazione e messa in servizio dell'impianto di propulsione-generazione per la fornitura di una linea d'asse elica e relativi accessori nell'ambito dell'ammodernamento di Nave Vespucci;

nonché,

per il risarcimento danni.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero della Difesa, di Soc. Coop. Almarina Pa e R.t.i., di Soc Coop Almarina Pa e di Soc Guastini Srl Industria Elettrotecnica;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2012 il cons. Giuseppe Rotondo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso in esame (principale emotivi aggiunti), la società SIMAN – premesso di avere partecipato alla gara per l'affidamento della installazione e messa in sicurezza dell'impianto di propulsione/generazione e la fornitura di una linea d'asse elica e relativi accessori nell'ambito dell'ammodernamento di Nave Vespucci, avviata dal Ministero della Difesa con bando pubblicato sulla GUCE del 27 maggio 2011 – impugna:

- la nota ministeriale del 7 novembre 2011, prot. 14852 con la quale è stata comunicata al RTI ricorrente l'aggiudicazione definitiva della suddetta gara a favore del Rti AL.Ma.Ri.Na soc. coop., Guastini srl, RM srl Unipersonale, Nemotec srl e Tecnifire s.a.s.;
- la determinazione dirigenziale del 7 novembre 2011 con la quale è stata approvata l'aggiudicazione provvisoria e disposta quella definitiva a favore della controinteressata;
- il verbale di preselezione delle ditte da invitare del 19 luglio 2011 e del verbale della seduta pubblica 29 settembre 2011;
- la nota di richiesta di integrazioni documentali al Rti AlMaRiNa del 15 luglio 2011, prot. 9404;
- in quanto occorra, il bando di gara e la lettera di invito qualora fossero interpretati nel senso di consentire la sanabilità delle omissioni di documenti e adempimenti essenziali previsti dal D.Lvo n. 163/2006;
- la nota di riscontro dell'informativa ex art. 243 bis del D.Lvo n.

163/2006.

L'interessata chiede:

a) in via principale: accogliersi il ricorso e, per l'effetto, dichiararsi l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dal Ministero con l'aggiudicataria, accertando il diritto del Rti SIMAN a conseguire l'aggiudicazione e subentrare nella esecuzione dell'appalto, anche ai sensi degli artt. 120 e ss. Del D.Lvo n. 104/2010;

-in via subordinata, ove non fosse possibile la reintegrazione in forma specifica o l'autorità giudiziaria non ritenesse di dichiarare la predetta inefficacia o di limitarla temporalmente: condannarsi l'Amministrazione ed il R.t.i. controinteressato a risarcire per equivalente il danno subito da Rti SIMAN in conseguenza della illegittima aggiudicazione, nella misura che sarà determinata in corso di causa o in quella ritenuta di giustizia dal Tribunale.

Come seguono i motivi di ricorso principale:

I) violazione e falsa applicazione degli artt. 37, 38, 46 c. 1 bis, 73, 74 e 77 del D.Lvo n. 163/2006, dei punti III.1.3. e III.2.1 del bando nonché dei parr. 2.2 e 7.1 dell'invito a presentare l'offerta; eccesso di potere sotto vari profili;

II) violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 46 c. 1 bis, 73, 74 del D.Lvo n. 163/2006, del punto III.2.1 del bando; eccesso di potere sotto vari profili;

III) violazione e falsa applicazione degli artt. 37, 46 c. 1 bis e 74 del D.Lvo n. 163/2006 nonché del punto III.1.3 del bando e del par. 2.2

dell'invito a presentare l'offerta; eccesso di potere sotto vari profili;
IV) violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 46 e 74 del D.Lvo n. 163/2006 nonché del punto III.2.2 del bando; eccesso di potere sotto vari profili;

V) violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 42, 46 e 74 del D.Lvo n. 163/2006 nonché del punto III.2.3 del bando e della determinazione a contrarre n. 50 del 3 maggio 2011; eccesso di potere sotto vari profili;

Con successivi motivi aggiunti, la ricorrente, ricevuto dall'Amministrazione riscontro all'informativa in ordine al manifestato intento di proporre ricorso giurisdizionale, ha dedotto i seguenti vizi-motivi:

1) sulla insussistenza dei poteri di rappresentanza in capo al socio accomandatario di TECNOFIRE: violazione e falsa applicazione degli artt. 37, 38, 46, c. 1 bis, 73, 74 e 77 del D.Lvo n. 163/2006; violazione dell'art. 81 del r.d. n. 827/1924; violazione degli artt. 1324, 1351, 1392, 1418, 2300, 2315, 2702 e segg. Cod. Civ.; 2) violazione dei punti III.1.3 e III.2.1 del bando nonché dei par. 2.1, 2.2, 4.1 e 7.1 dell'invito a presentare offerta; eccesso di potere sotto vari profili;

3) sulla omessa allegazione delle dichiarazioni di cui all'art. 38., lett. c), c) ed m-ter) del codice dei contratti: violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 46, c. 1bis, 73, 74 del D.Lvo n. 163/2006, del punto III.2.1 del bando nonché eccesso di potere sotto vari profili;

- 4) sulla omessa allegazione delle dichiarazioni relative al fatturato specifico e sulla tardiva trasmissione della documentazione integrativa richiesta: violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 46, 74 e 77 del D.Lvo n. 163/2006 nonché del punto III.2.2 del bando e del par. 7 della lettera di invito; eccesso di potere sotto vari profili;
- 5) sugli altri profili di invalidità della domanda di partecipazione e dell'offerta del Rti Al.Ma.Ri.Na.: violazione e falsa applicazione degli artt. 41, 42, 46 e 74 del d.Lvo n. 163/2006, nonché del punto III.2.3 del bando e della determinazione a contrarre n. 50 del 3 maggio 2011; eccesso di potere sotto vari profili.

In punto di censure, parte ricorrente contesta la mancata produzione, da parte della aggiudicataria, di documenti e dichiarazioni richiesti a pena di esclusione.

In particolare, la doglianza investe la mancata produzione delle dichiarazioni sulla possidenza dei requisiti tecnologici e di fatturato nonché di quelle rilevanti penalmente che, ad avviso del R.t.i. SIMAN, sarebbero incomplete.

Illegittimamente, altresì, l'intimata Amministrazione avrebbe consentito l'integrazione postuma della documentazione omessa dall'aggiudicatario R.t.i. in sede di gara.

Parte ricorrente contesta, inoltre, l'idoneità della stessa documentazione (omessa e/o integrata) ad assolvere allo scopo del bando.

Essa censura, infine, la capacità rappresentativa del socio Gabelloni a

rendere le dichiarazioni e l'offerta per conto della mandante TECNOFIRE.

Con i motivi aggiunti, Rti Siman confuta le argomentazioni dell'amministrazione ed incentra la propria attenzione sul verbale d'assemblea della società TECNOFIRE, successivamente conosciuto, ritenendolo inidoneo ad assolvere la prescrizione di bando sia perché tardivamente acquisito (non esisteva agli atti del fascicolo acquisito in sede di accesso), sia perché non conforme al par. 4 p. a.1 del bando, sia perché inopponibile ai terzi in quanto non annotato nel registro delle imprese.

Si è costituito in giudizio il Ministero della Difesa per mezzo dell'Avvocatura Generale dello Stato.

Si sono costituiti, altresì, per mezzo dei rispettivi rappresentanti legali: GUASTINI s.r.l. industria elettronica; R.M. s.r.l. Unipersonale; Al.Ma.Ri.Na soc. coop. P.A.; TECNOFIRE s.a.s.; NOMETEC s.r.l.. Tutte le parti costituite hanno depositato ampia documentazione e memorie.

Al.Ma.Ri.Na soc. Coop. P.A., in proprio e quale mandataria del raggruppamento d'impresе, unitamente a Guastini srl, Unipersonale, Nemotec srl e Tecnofire s.a.s. ha proposto ricorso incidentale per l'annullamento:

-del verbale n. 5 del 19 luglio 2011 della commissione giudicatrice della Direzione Generale Armamenti Navali del Ministero della Difesa, nella parte in cui la domanda della ATI SIMAN è stata

ritenuta idonea a presentare l'offerta per la gara G2516710;

-della lettera 1 agosto 2011 con la quale l'ATI SIMAN è stata invitata a presentare offerta;

-del verbale della seduta del 19 settembre 2011 nella parte in cui la commissione ha valutato – quanto all'offerta presentata dal concorrente Rti SIMAN s.r.l. – che la documentazione prodotta dal Rti Siman era conforme a quanto richiesto al par. 4°) della lettera di invito e ritenuto, pertanto, l'offerta ammissibile inserendola nella graduatoria comparandola con quella del Rti Al.Ma.Ri.Na.

Parte controinteressata ha dedotto i seguenti motivi di ricorso incidentale:

1)violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D.Lvo n. 163/2006 e del punto III.2.1 del bando di gara;

2)violazione e falsa applicazione dell'art. 38, c. 3 del D.Lvo n. 163/2006 nonché eccesso di potere.

Il Raggruppamento aggiudicatario censura l'ammissione alla gara del R.t.i. Siman imputandogli:

-l'omessa (ed insanabile in via postuma) comunicazione all'Amministrazione della avvenuta variazione, in corso di procedimento di gara, del proprio legale rappresentante del R.t.i. Siman s.r.l.;

-l'omessa dichiarazione ex art. 38, c. 1, lett. b), c) e m-ter) del D.Lvo n. 163/2006, che il nuovo amministratore, sig. Maraglia, avrebbe dovuto rendere nei propri confronti in sede di presentazione

dell'offerta.

La commissione giudicatrice avrebbe dovuto, pertanto, escludere dalla gara il Rti Siman s.r.l. stante l'omessa presentazione, da parte del suo amministratore unico, della dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del citato decreto.

L'Amministrazione appaltante sarebbe incorsa in una grave violazione avendo omesso di verificare la completezza e la veridicità della documentazione presentata dal Rti Siman s.r.l..

Con memorie depistate il 3 febbraio 2011, le società Al.Ma.Ri.Na. e Guastini industria elettronica insistono per il rigetto del gravame.

S.I.M.A.N. srl, con memoria conclusionale depositata il 4 febbraio 2011, eccepisce:

-la tardività del deposito documentale di GUASTINI per violazione del termine fissato nell'art. 54 c.p.a. siccome effettuato oltre la data del 31 gennaio 2012 (venti giorni prima dell'udienza di merito);

-l'irritualità della notifica del ricorso incidentale in quanto effettuato a mezzo di ufficiale giudiziario addetto alla Corte d'Appello.

Nel merito, la ricorrente deduce, in particolare, l'infondatezza delle controcensure dedotte con ricorso incidentale in quanto il par. III.2.1 del bando "stabiliva espressamente che le dichiarazioni previste dall'art. 38 del Codice avrebbero dovuto essere allegate alla domanda di partecipazione, essendo ovvio che la verifica obbligatoria del possesso dei requisiti soggettivi (ed oggettivi) avrebbe dovuto essere effettuata nella sua sede naturale, ovvero,

trattandosi di un procedura ristretta, nella fase di prequalificazione”.

Con memoria depositata il 7 febbraio 2011, L'Avvocatura dello Stato confuta le censure dedotte in ricorso e chiede il rigetto del gravame.

Le parti hanno depositato, in data 10 febbraio 2012, memorie di replica.

La società “Guastini” insiste per l'infondatezza delle eccezioni circa il difetto di rappresentanza della società “Tecnofire”:

il sig. Gabelloni è socio accomandatario e, quindi, soggetto munito ex lege di poteri gestori, di firma e di rappresentanza;

egli non ha esorbitato i limiti del proprio potere rappresentativo in virtù della delibera assembleare 10 gennaio 2006;

in ogni caso, solo la società e non un terzo (SIMAN srl) è legittimata a far valere l'eccezione; l'art. 46 del D.Lvo n. 163/2006, nel testo novellato, afferma un principio di prevalenza della sostanza sulla forma e, quindi, di regolarizzazione della documentazione.

Le società “Tecnofire s.a.s.” e “Nemotec s.r.l. nonché Al.Ma.Ri.Na., in proprio e quale mandataria del raggruppamento di imprese unitamente a Guastini s.r.l. Unipersonale, Nemotec s.r.l. e Tecnofire s.a.s., respingono le eccezioni di inammissibilità ed infondatezza del ricorso incidentale ed insistono per il suo accoglimento. Come seguono, riepilogativamente, le rispettive eccezioni e controdeduzioni:

il nuovo amministratore della SIMAN s.r.l. aveva l'obbligo di presentare durante la procedura di gara la dichiarazione ex art. 38 del

Codice degli Appalti; a conferma dei requisiti di moralità di cui all'art. 38, lett. b), c) e m-ter del D.Lvo n. 163/200;

la SIMAN ha depositato per la prima volta, nel presente giudizio, la dichiarazione sostitutiva resa dal nuovo amministratore ed il certificato del casellario giudiziale;

è vero che il bando non prevedeva l'obbligo di permanenza dei requisiti di partecipazione già dichiarati, ma ciò non rileva ai fini per cui è causa, dal momento che non si contesta la circostanza che la ricorrente abbia ommesso di dichiarare l'obbligo di permanenza dei requisiti già dichiarati bensì, che il nuovo amministratore abbia ommesso di dichiarare la sussistenza dei requisiti soggettivi mai dichiarati;

l'integrazione neppure era regolarizzabile a fronte di una omissione documentale;

la dichiarazione sottoscritta da TECNOFIRE era a tutti gli effetti idonea ad impegnare la società al momento in cui è stata presentata, ancorché non formata da tutti i soci trovando applicazione il principio dell'affidamento del terzo, ovvero dell'Amministrazione appaltane, nei confronti del quale si era sicuramente ingenerato – giusta disciplina contenuta negli artt. 2384 e 2384-bis c.c. - il ragionevole convincimento della sussistenza dei poteri di rappresentanza;

la previsione statutaria della firma congiunta dei soci amministratori per la redazione degli atti non preclude la legittimazione del singolo

socio amministratore a presentare, nell'ambito del procedimento di partecipazione a gara pubblica, la relativa offerta di partecipazione atteso che detta offerta, sebbene avente carattere di irrevocabilità, non determina una automatica conclusione del contratto in favore della società offerente, ma costituisce soltanto un atto, ad esso prodromico, inserito nel procedimento che attraverso la preselezione, la gara e l'aggiudicazione termina con la individuazione del soggetto legittimato a concludere il contratto;

la mandante NEMOTEC, a partire dalla data di costituzione, non ha mutato la compagine sociale e, pertanto, non sussistono soggetti cessati dalla carica tenuti a rendere la dichiarazione ex art. 38 del Codice degli Appalti;

TECNOFIRE non aveva l'obbligo di indicare nominativamente i soggetti nei cui confronti era resa la dichiarazione ex art. 38 citato in quanto: a) la dichiarazione è stata sottoscritta dal socio accomandatario Gabelloni e, su detta forma, è stato apposto il timbro della società recante l'indicazione "i soci accomandatari", b) l'espressione utilizzata nella dichiarazione "le altre figure" non fa sorgere alcun dubbio sul fatto che si riferisca ai quattro soci accomandatari, i cui nominativi si evincono dal certificato CCIA prodotto in sede di gara;

appare incomprensibile quanto affermato da controparte per cui i certificati del casellario giudiziale non sarebbero sufficienti a provare la sussistenza dei requisiti morali richiesti dall'art. 38 del Codice degli

Appalti;

nel documento allegato all'offerta, ciascuna impresa componente l'ATI Al.Ma.Ri.Na. ha indicato la tipologia di attività che avrebbe svolto e le rispettive quote percentuali di esecuzione di ogni singola attività;

infondata s'appalesa anche la censura sulla asserita, omessa allegazione delle dichiarazioni relative al fatturato specifico e sulla tardiva trasmissione della documentazione integrativa richiesta avendo, l'Amministrazione, verificato la possidenza del requisiti oggettivo in capo alle società costituenti l'ATI;

sugli asseriti profili di invalidità della domanda di partecipazione e dell'offerta del Rti Al.Ma.Ri.Na., l'aggiudicataria replica precisando di avere prodotto la fattura n. 23/2010 comprovante lo svolgimento di un servizio analogo.

Nella propria memoria di replica, la SIMAN s.r.l. riprende le censure dedotte in ricorso, meglio articolandole alla luce delle controdeduzioni di parti avverse, ed insiste nel rigetto del ricorso incidentale proposto dal Al.Ma.Ri.Na. nonché per l'accoglimento delle conclusioni già rassegnate nell'atto introduttivo e nei motivi aggiunti.

Come seguono le censure della SIMAN nella loro conclusiva esposizione:

dalla memoria conclusionale di Al.Ma.Ri.Na risulta confermato che il verbale dell'assemblea di Tecnofire de 10 gennaio 2006 è stato

acquisito dal Ministero, non si comprende con quali modalità, il 6 dicembre 2011, all'indomani della ricezione del preavviso di ricorso e, dunque, dopo l'aggiudicazione definitiva a favore di Al.Ma.Ri.Na; l'integrazione è inammissibile in quanto viola il par. 7.1 della lettera di invito secondo cui non sarebbero state prese in considerazione "... le offerte non rispondenti esattamente alle condizioni della presente lettera di invito o non corredate dei documenti richiesti ..."; l'indicazione nella visura CCIAA della facoltà di nominare procuratori non poteva certo equipararsi alla allegazione della procura né fornire alla stazione appaltante un minimo indizio della esistenza di quest'ultima; ne discende, che il documento richiesto a pena di esclusione è stato radicalmente omesso; l'omissione ha comportato l'assoluta incertezza sulla imputabilità dell'offerta alla mandante nonché la carenza di un elemento essenziale dell'offerta medesima; l'integrazione non ha riguardato documenti finalizzati alla comprova di requisiti di partecipazione bensì la documentazione d'offerta; non è stata dimostrata la trasmissione di una formale richiesta di regolarizzazione della documentazione, secondo le modalità consentite dall'ordinamento, con assegnazione di un termine per provvedere, come anche previsto dal par. 7.2 della lettera di invito; è stato violato l'art. 81 del r.d. n. 827/1942 che imponeva il conferimento di una procura speciale e non di un mandato generale;

è stato, altresì, violato il par. 4.1 della lettera di invito il quale stabiliva che l'atto fosse comunque allegato e iscritto nel registro delle imprese;

se il sig. Gabelloni avesse avuto i necessari poteri rappresentativi per sottoscrivere la documentazione di gara, non si comprenderebbe la ragione per cui conferirgli una procura espressa finalizzata alla sottoscrizione, non soltanto dei contratti d'appalto, bensì di tutti gli atti necessari per la partecipazione a gare pubbliche;

nessuna delle società facenti parte del Rti Al.Ma.Ri.Na. ha allegato alla domanda di partecipazione le dichiarazioni sostitutive previste dall'art. 38 del D.Lvo n. 163/2006;

non risulta in alcun modo indimostrato che, per quanto riguarda NEMOTEC, non vi siano soci cessati nell'ultimo anno, considerato che il relativo legale rappresentante ha reso dichiarazioni anche con riguardo a quest'ultimi (senza però indicarli nominativamente), né che per le altre società componenti l'Ati controinteressata non vi siano soggetti ulteriori a quelli evincibili dalla certificazione CCIAA per i quali la dichiarazione avrebbe dovuto essere resa;

il punto III.2.1. del bando prevedeva espressamente l'obbligo che le dichiarazioni di cui all'art. 38 cit. fossero rese dai "soggetti ivi indicati";

il certificato CCIAA è stato prodotto soltanto nella fase della gara vera e propria e non nella sede deputata alla dimostrazione dei requisiti di partecipazione impedendo all'Amministrazione di

effettuare le opportune verifiche ai sensi dell'art. 48, c. 1 del D.Lvo n. 163/2006 (qualora fosse stato sorteggiato il Rti Al.Ma.Ri.Na.); l'obbligo di indicare nominativamente i soggetti per i quali si rende la dichiarazione cumulativa è finalizzato, altresì, a garantire la serietà della partecipazione dell'impresa con l'assunzione di responsabilità del dichiarante;

con riguardo al vice presidente di Al.Ma.Ri.Na. e ai soci accomandatari di TECNOFIRE, il Ministero non ha provato di avere svolto le necessarie verifiche e che le stesse abbiano avuto esito positivo;

la percentuale di esecuzione delle prestazioni e quella (che deve essere simmetrica) di partecipazione al raggruppamento non possono che essere individuate sulla base del valore economico complessivo dell'offerta ed esprimono pur sempre valori economici;

dal prospetto allegato all'offerta delle controinteressate si desume che TECNOFIRE avrebbe dovuto svolgere le seguenti attività: Lavori gas compressi frigorista per il 40% nonché materiali di fornitura ditte antincendi per il 100%: nell'analisi del Ministero, la prima attività presenta il seguente valore: Lavori di frigorista: mano d'opera € 63.953,12, forniture € 17.638,50; non si rinviene, invece, una voce analoga alla seconda indicata nel prospetto Rti aggiudicatario (materiale di fornitura ditte antincendio) da cui desumere i relativi importi, essendo, nel verbale di analisi del Ministero, il valore dei materiali associati alle singole attività e non

sovrapponibili alla ripartizione indicata: non esiste, dunque, una precisa corrispondenza tra le voci indicate nel prospetto allegato all'offerta della controinteressata e le categorie di attività individuate dal Ministero; se ne trae, che il metodo utilizzato dal Ministero non era assolutamente adeguato ai fini dell'accertamento in concreto delle quote di esecuzione di ciascuna raggruppando;

ulteriore prova se ne ricava dalla circostanza che mai il Ministero o le controinteressate hanno indicato nelle loro difese quali sarebbero le rispettive quote complessive di partecipazione al Rti e di esecuzione delle prestazioni e in che modo potessero desumersi dalla documentazione prodotta in sede di gara;

non si contesta che l'ATI aggiudicataria possedesse nel suo complesso il requisito del fatturato specifico nel triennio pari al triplo dell'importo a base d'asta, bensì l'omessa produzione della dichiarazione relativa ai requisiti di partecipazione di due su cinque delle imprese raggruppande: Giustini, RM e Nometec non hanno allegato alla domanda di partecipazione le rispettive dichiarazioni; a RM è stata consentita illegittimamente l'integrazione: da tali omissioni sarebbe dovuta discendere l'esclusione dell'ATI;

non è fondato il rilievo per cui, in caso di Rti, gli altri requisiti previsti dal bando avrebbero dovuto essere posseduti dal raggruppamento nel suo complesso e non dalle singole società.

Le società Al.Ma.Ri.Na. soc. coop. p.A., in proprio e quale mandataria del raggruppamento di imprese, TECNOFIRE s.a.s. e

NEMOTEC s.r.l. hanno depositato nota spese giudiziale.

All'udienza del 21 febbraio 2012, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Come esposto in fatto, la S.I.M.A.N. s.r.l. ha chiesto, in via principale, l'annullamento dell'aggiudicazione - disposta in favore del Rti AL.Ma.Ri.Na soc. coop., Guastini srl, RM srl Unipersonale, Nemotec srl e Tecnofire s.a.s. - della gara per l'affidamento, mediante procedura ristretta, della installazione e messa in sicurezza dell'impianto di propulsione/generazione e la fornitura di una linea d'asse elica e relativi accessori nell'ambito dell'ammodernamento di Nave Vespucci.

La gara è stata avviata dal Ministero della Difesa con bando pubblicato sulla GUCE del 27 maggio 2011, per l'importo a base di gara di € 2.793.000,00 e criterio di aggiudicazione al prezzo più basso.

In sede di preselezione, la Commissione di gara ha deliberato di invitare alla gara de qua le seguenti imprese:

- ATI SIMAN srl;
- ATI TPS;
- ATI Al.Ma.Ri.Na soc. coop. p.a..

La stazione appaltante ha diramato gli inviti alle ditte preselezionate.

Soltanto due di esse hanno presentato offerta: ATI Al.Ma.Ri.Na e ATI SIMAN.

La gara è rimasta aggiudicata all'ATI Al.Ma.Ri.Na per un ribasso pari

a 22,83%.

Il 7 novembre 2011, il Ministero della Difesa ha approvato l'aggiudicazione provvisoria e disposto quella definitiva a favore dell'ATI Al.Ma.Ri.Na dandone contestuale comunicazione all'ATI SIMAN srl.

L'odierna ricorrente, dopo avere presentato istanza di accesso agli atti presentati dal Rti aggiudicatario nonché preavvertito il Ministero della Difesa della propria intenzione di proporre ricorso giurisdizionale, ha notificato l'odierno gravame.

Nel costituirsi in giudizio, l'aggiudicatario ha proposto ricorso incidentale mediante il quale contesta la legittimità dell'ammissione alla gara della società ricorrente.

Nell'ordine di trattazione dei ricorsi, principale ed incidentale, si impone il previo esame del secondo involgendo, le relative censure, la legittimazione attiva di SIMAN alla proposizione del gravame.

Il ricorso incidentale è infondato.

La sua infondatezza consente di prescindere dalla seconda eccezione di irritualità della notifica del ricorso medesimo siccome effettuata tramite ufficiale giudiziario della Corte d'Appello di Firenze.

Rti Al.Ma.Ri.Na. (soggetto aggiudicatario), nel prendere cognizione degli atti di gara, ha rilevato che, in sede di preselezione, la documentazione "E' stata sottoscritta dall'allora Amministratore unico e legale rappresentante signora Barbaria Angela. In particolare, costei ha reso e sottoscritto la dichiarazione attestante l'inesistenza,

nei propri confronti, delle cause ostative indicate all'art. 38, c. 1, lett. b), c) e m-ter del D.Lvo n. 163/2006. Successivamente, la sig. Barbara ha rassegnato le dimissioni dalla carica di Amministratore unico della SIMAN srl in data 12 agosto 2011 ed è stata sostituita nella carica dal sig. Maraglia Enzo . Tutta la successiva documentazione presentata dal Rti SIMAN srl, in sede di offerta di gara, è stata sottoscritta dall'Amministratore unico Maraglia ma, ciononostante, la Siman srl ha omesso di depositare la dichiarazione sottoscritta dall'attuale Amministratore unico attestante l'insussistenza, nei propri confronti, delle cause ostative di cui all'art. 38, c. 1, lett. b), c) e m-ter del D.Lvo n. 163/2006”.

Come seguono le considerazioni del Collegio.

La stazione appaltante ha scelto di utilizzare, per l'affidamento del contratto, la procedura ristretta (art. 54, D.Lvo n. 163/2006).

L'art. 55 del Codice dei contratti pubblici stabilisce, al comma 6, che “Nelle procedure ristrette gli operatori economici presentano la richiesta di invito nel rispetto delle modalità e dei termini fissati dal bando di gara e, successivamente, le proprie offerte nel rispetto delle modalità e dei termini fissati nella lettera invito ...”.

Il bando di gara, pubblicato sulla GUCE del 27 maggio 2011, recante le modalità di presentazione della richiesta di invito, stabiliva al punto III.2.1, che “La domanda di partecipazione deve essere corredata di dichiarazione sostitutiva resa ai sensi del DPR 445/2000, rilasciata dal legale rappresentante, attestante la situazione

dell'operatore economico, circa la non sussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 38, c. 1, del D.Lvo n. 163/2006 ...”.

La SIMAN srl ha presentato, nella fase di prequalificazione, in conformità alla citata disposizione concorsuale, la dichiarazione ex art. 38, c. 1 del D.Lvo n. 163/2006 sottoscritta dal legale rappresentante pro tempore, signora Barbaria Angela.

Senonché, la sig. Barbaria ha rassegnato, successivamente alla presentazione della richiesta di invito e della relativa documentazione prescritta a norma di bando (tra cui la citata dichiarazione ex art. 38, c. 1 del Codice dei contratti pubblici), le proprie dimissioni dalla carica.

Nelle more della diramazione degli inviti e della presentazione delle offerte, è stato nominato il nuovo Amministratore unico e legale rappresentante della SIMAN, sig. Maraglia, il quale ha provveduto a presentare l'offerta e la documentazione secondo le modalità richieste nella lettera di invito medesima.

Il ricorrente incidentale sostiene che incombeva l'onere, in capo alla SIMAN, e per essa in capo al nuovo Amministratore unico, sig. Maraglia, di rendere la dichiarazione ex art. 38, c. 1, citato decreto in ottemperanza al punto III.2.1 del bando a pena di inammissibilità dell'offerta.

Tale incumbente s'imponeva anche a cagione dell'avvenuto mutamento, medio tempore, del soggetto tenuto a rendere nei propri confronti detta dichiarazione, in ossequio al principio secondo cui i

requisiti di partecipazione alla gara debbono sussistere per tutta la procedura e la durata del contratto d'appalto.

Né potrebbe sopperirvi la visura camerale depositata in sede di offerta recando, questa, il nominativo di un soggetto diverso (Maraglia) rispetto a quello che aveva reso la dichiarazione medesima.

La tesi dell'aggiudicatario non convince.

L'Amministrazione ha scelto di utilizzare la procedura ristretta quale metodo di gara per l'affidamento del contratto.

Sia l'art. 55, c. 6 del D.Lvo n. 163/2006 che la lex specialis del bando (punto III.2.1) sono chiare ed inequivoche, nel loro tenore testuale, nel senso di imporre e prescrivere, rispettivamente, la dichiarazione ex art. 38 del D.Lvo n. 163/2006 soltanto in sede di presentazione della richiesta di invito.

L'onere documentale è stato assolto dalla SIMAN che ha reso la menzionata dichiarazione in sede di presentazione della richiesta di invito, sottoscritta dal proprio rappresentante legale pro tempore.

La successiva lettera di invito non contemplava affatto l'obbligo di reiterazione e/o integrazione della medesima dichiarazione.

Pretenderne l'adempimento sarebbe stato non solo ultroneo rispetto alle norme di legge e di bando, bensì immotivato ed irragionevole sotto il profilo dell'inutile ed indebito aggravamento del procedimento concorsuale.

Ed invero, i requisiti di cui all'art. 38 del Codice dei contratti pubblici

sono stati dichiarati dal legale rappresentante della SIMAN in sede di presentazione della richiesta di invito.

Successivamente, sulla scorta della visura camerale presentata in sede di offerta, la stazione appaltante ha avuto cognizione del mutamento dell'Amministratore unico della società.

Non avrebbe potuto, però, la commissione giudicatrice procedere all'esclusione della SIMAN sul presupposto della mancata integrazione della dichiarazione, atteso che tale documento non era stato richiesto, a pena di esclusione, nella lettera di invito.

In altri termini, resa la dichiarazione ex art. 38 in sede di presentazione della richiesta di invito, la successiva integrazione della dichiarazione medesima, pur esigibile a cagione del mutamento del soggetto, non incombeva sulla ricorrente a pena di esclusione dalla gara, in difetto di specifiche disposizioni di legge e concorsuali previsive di siffatta sanzione espulsiva.

Un diverso comportamento dell'Amministrazione avrebbe, peraltro, frontalmente violato l'art. 46 del D.Lvo n. 163/2006.

Incombeva, semmai, sull'Amministrazione, l'obbligo di accertare la permanenza e la sussistenza dei requisiti (anche) in capo al nuovo soggetto.

La violazione di tale obbligo, tuttavia, non avrebbe potuto giustificare giammai l'illegittimità dell'aggiudicazione ove accertata, in corso di procedimento e prima della stipula del contratto, la possidenza, da parte del nuovo Amministratore unico, dei prescritti

requisiti soggettivi.

Milita, in tal senso, anche l'art. 46, c. 1 del D.Lvo n. 163/2006 secondo cui "... le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.

La norma de qua è espressione del più generale principio del favor participationis di cui sussistevano, e sussistono, i presupposti per farne applicazione al caso di specie.

Respinto il ricorso incidentale, si può passare all'esame del ricorso principale.

In limine, va respinta l'eccezione di tardività della memoria di GIUSTINI e di RM srl Unipersonale, depositata il 3 febbraio 2012, atteso il dimezzamento dei termini processuali previsto dall'art. 119, c. 2 del D.Lvo n. 104/2010 (udienza fissata per il 21 febbraio 2012 – termine ordinario di deposito memorie: 30 giorni liberi prima dell'udienza – termine dimidiato: 15 giorni liberi prima dell'udienza).

Il ricorso principale è fondato con riguardo alla (dirimente e tranciante) contestata capacità rappresentativa del socio Gabelloni a rendere le dichiarazioni e l'offerta per conto della mandante TECNOFIRE.

Il par. 4, punto a.1) del bando così recitava: "Qualora nel certificato camerale non risultano i poteri conferiti dalla ditta ai propri rappresentanti, dovrà essere allegata anche una copia autentica dell'atto citato nel certificato camerale da cui risultano i poteri

conferiti”.

Dalla lettura del certificato camerale prodotto in gara dall'aggiudicataria (prot. CEW/2750/2011/CSP3024) si evince che la domanda di partecipazione e l'offerta di gara avrebbero dovuto essere sottoscritte da tutti i soci accomandatari (firma congiunta) essendo i relativi atti di valore superiore a lire 20.000.000 (vecchio conio).

Più precisamente, il certificato camerale regola “i poteri da statuto o da patti sociali” affidando “l'amministrazione della società ai soci accomandatari Panarisi Roberto, Artico Giancarlo e Gabelloni Maurizio; ad essi sono devoluti i poteri di amministrazione della società e la rappresentanza della società di fronte a terzi ed in giudizio e la firma sociale come segue: per tutti gli atti di valore fino a lire 20.000.000 (venti milioni) occorre la firma congiunta di due soci accomandatari; per tutti gli atti di valore superiore a lire 20.000.000 (venti milioni) occorre la firma congiunta di tutti i soci accomandatari”.

Senonché, gli atti di gara, e segnatamente l'offerta vincolante al contratto con l'Amministrazione per un valore a base d'asta pari ad € 2.793.000 (ben superiore alla soglia di venti milioni del vecchio conio) sono stati sottoscritti soltanto dal socio accomandatario Gabelloni.

Per vero, l'amministrazione ha esibito all'interessata un verbale di assemblea della soc. Tecnofire, datato 10 gennaio 2006 (trasmesso

alla ricorrente unitamente alla nota di riscontro/chiarimenti in ordine ai singoli punti di doglianze tempestivamente rappresentate) dal quale risulta che al socio Gabelloni era stato conferito mandato generale a concorrere alle gare d'appalto, a presentare le offerte e firmare i documenti per conto della società.

Senonché, il Collegio ha rilevato, in punto di fatto, che il certificato camerale prodotto dall'aggiudicataria, e versato in atti, non reca alcuna menzione circa la sopravvenuta immutazione dei poteri rappresentativi e di firma sociale, così come originariamente definiti negli atti costitutivi della società, neppure citando il suddetto verbale di assemblea del 2006.

Questi i fatti, il Collegio ravvisa nell'operato dell'Amministrazione la violazione insanabile delle disposizioni concorsuali e dell'art. 46, c. 1 del D.Lvo n. 163/2006.

Dal certificato camerale risultano, invero, contenuto e modalità di esercizio dei poteri rappresentativi.

Pertanto, ai sensi della clausola sopra citata (par. 4, punto a.1 del bando), l'Amministrazione avrebbe dovuto prendere atto che la domanda di partecipazione alla gara e l'offerta erano state sottoscritte da uno solo dei soci.

In mancanza di firma congiunta dei soci accomandatari, l'esclusione dalla gara non poteva che essere consequenziale a cagione della inidoneità del documento a valere come offerta per difetto di sottoscrizione e, ciò, indipendentemente da eventuali profili di

inopponibilità a terzi delle limitazioni al potere di rappresentanza, di carattere squisitamente privatistico, trattandosi di un elemento essenziale, identificativo dell'offerta medesima, della sua provenienza e della sua imputabilità al soggetto partecipante che sconta, nell'ambito dei relativi rapporti, la specifica disciplina pubblicistica che informa le procedure di scelta ed affidamento dei contratti pubblici.

Anche ammesso (ciò che non risulta, però, in atti) che fosse stato allegato all'offerta il verbale d'assemblea del 2006, questo, ad avviso del Collegio, comunque avrebbe dovuto essere considerato tamquam non esset poiché non menzionato nel certificato camerale, come invece richiesto espressamente dal bando, e neppure steso nelle stesse forme dell'atto originario.

La clausola di bando era, invero, chiara e non suscettiva di diversa opzione interpretativa: soltanto nell'ipotesi in cui dal certificato camerale non fosse stato possibile evincere i poteri conferiti (quod non est), la concorrente avrebbe potuto giovare di allegare copia (autentica) dell'atto (id est, verbale d'assemblea), purché quest'ultimo citato nel certificato medesimo.

In altri termini, l'integrazione del certificato camerale sarebbe stata possibile soltanto qualora non fossero stati indicati nel documento medesimo, o negli atti in esso citati, i poteri conferiti agli amministratori.

Sennonché, dalla disamina degli atti è emerso che:

- i poteri risultano chiaramente conferiti a tutti i soci accomandatari (firma congiunta);
- il verbale d'assemblea del 2006 non è stato annotato nel certificato camerale;
- neppure si è inverata la “condizione negativa” richiesta dalla clausola di bando.

Ne consegue, che illegittimamente l'amministrazione ha dato rilevanza, se del caso, al verbale d'assemblea del 2006 ritenendo ammissibile e valida l'offerta priva di sottoscrizione congiunta dei soci accomandatari; verbale, per giunta, neppure reso in copia autentica, come richiesto dal bando, ed altresì, si ribadisce, di non comprovata allegazione documentale in sede di presentazione dell'offerta e neppure oggetto di richiesta di integrazione postuma da parte dell'Amministrazione.

L'omissione si risolve nella violazione anche della disposizione concorsuale recata dal par. 7.1 della lettera di invito, secondo cui le offerte non rispondenti esattamente alle condizioni della lettera medesima o non corredate dei documenti richiesti non avrebbero potuto essere prese in considerazione.

L'offerta e la domanda di partecipazione dell'aggiudicataria devono, pertanto, riscontrarsi non conformi alla clausola di bando.

La società Tecnofire, per vero, si è difesa sul punto sostenendo che con la presentazione dell'offerta non era sorto ancora alcun vincolo negoziale nei confronti dell'Amministrazione e che il vero atto di

disposizione, impegnativo per la propria sfera giuridica sarebbe stato quello successivo, relativo alla stipula del contratto.

Il Collegio non condivide la tesi.

TECNOFIRE sostiene che l'offerta sottoscritta dal socio Gabelloni non rientrasse tra gli atti di disposizione per i quali sarebbe richiesta, a mente di statuto societario e di certificato camerale, la firma congiunta di tutti i soci accomandatari.

Ebbene, nel caso di specie l'appalto è stato aggiudicato mediante procedura ristretta, con il criterio del prezzo più basso.

In tali casi, anche in forza degli automatismi propri di tale sistema di affidamento, il verbale di aggiudicazione impegna l'impresa offerente rimasta aggiudicataria, nel senso che l'aggiudicazione definitiva è, di per sé, sufficiente a far sorgere il vincolo tra l'aggiudicatario e l'Amministrazione potendosi l'impresa sciogliersi soltanto in ipotesi tassative.

Decisivi, in tal senso, appaiono i commi 7 e 9 dell'art. 11 del D.Lvo n. 163/2006 secondo cui "L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 9". Quest'ultimo stabilisce, a sua volta, che "... la stipulazione del contratto di appalto ... ha luogo entro il termine di sessanta giorni, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire ... Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato ... l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo

La forza vincolante dell'offerta - idonea ad impegnare la sfera

giuridica e patrimoniale della concorrente e, pertanto, da formularsi nel rispetto delle disposizioni attributive dei relativi poteri, risulta confermata anche alla luce delle modifiche apportate al Codice degli appalti dall'art. 44 del D.L. n. 201/2011, convertito dalla legge n. 214/2011.

L'articolato ha introdotto, infatti, la possibilità di concludere il contratto mediante scorrimento della graduatoria, senza obbligo di ricorrere a nuova gara.

La capacità dell'offerta di impegnare immediatamente la sfera giuridica della concorrente nonché la forza vincolante che l'aggiudicazione definitiva esprime, con effetti irretrattabili ed immodificabili, nei confronti di essa (restando l'operatore vincolato alla medesima ed alla successiva stipula del contratto secondo i suoi contenuti) depongono nel senso di ritenere che, nel caso in esame, i relativi atti di disposizione posti in essere dal socio Gabelloni, siccome preordinati a costituire il vincolo negoziale per conto e nell'interesse dell'impresa rappresentata, rientrassero tra quelli per i quali era eziologicamente richiesta la firma sociale congiunta.

La violazione in cui è incorsa l'Amministrazione è senz'altro riconducibile, per quanto sopra argomentato, a precise, tassative ipotesi contemplate nell'art. 46, c. 1 bis del D.Lvo n. 163/2006 e comporta, pertanto, l'esclusione de iure dalla gara del Rti aggiudicatario, illegittimamente ammesso alla competizione.

Nel caso di specie, infatti, si tratta non già di un requisito generale di

cui l'impresa ha comunque dimostrato in via postuma la possidenza, e rispetto al quale la carenza documentale avrebbe potuto degradare, se del caso, a mera irregolarità, bensì di un elemento strutturale dell'offerta in carenza del quale non può non conseguire, per disposizione concorsuale e di norma inderogabile, l'esclusione dalla gara dell'impresa.

Il Collegio rileva, in proposito, che nelle procedure di evidenza pubblica, l'offerta è qualificabile come dichiarazione di volontà del privato volta alla costituzione di un rapporto giuridico e la sua sottoscrizione, secondo le regole previste dalla *lex specialis* di gara, assolve alla funzione di assicurare la provenienza, la serietà, l'affidabilità e l'insostituibilità dell'offerta stessa; la relativa sottoscrizione assume, pertanto, il connotato di condizione essenziale per l'ammissibilità dell'offerta, sia sotto il profilo formale, sia sotto il profilo sostanziale.

Sotto altro profilo, va considerato che nonostante la tendenza giurisprudenziale a superare ogni formalismo al fine di privilegiare la più ampia partecipazione di aspiranti alla gara, tanto da ammettere offerte redatte in modo non puntuale purché in presenza di elementi idonei a consentire l'esatta individuazione dell'impresa di provenienza, fino all'estremo di ritenere ammissibile una offerta priva di regolare sottoscrizione, è tuttavia opportuno che la procedura concorsuale sia espletata nel rispetto di quelle prescrizioni, sia pure di natura formale, che devono garantire, più che il favor

participationis, la par condicio dei contraenti.

Può, dunque, affermarsi che la sottoscrizione dell'offerta da parte di tutti i soci accomandatari costituiva, nella fattispecie, un elemento fondamentale dell'offerta medesima; così che, anche in ossequio al principio della par condicio ed al canone teleologico che permea l'interpretazione delle norme di gara, l'omissione in cui è incorsa l'aggiudicataria, ovvero l'assenza di uno degli elementi costitutivi dell'offerta, si traduce in una deficienza della formulazione della volontà negoziale, non sanabile neppure con l'intervento integrativo-sostitutivo della Stazione appaltante o con l'utilizzo dello strumento del soccorso amministrativo.

Ne consegue, per quanto sin qui argomentato, l'illegittimità degli atti con i quali l'Amministrazione ha provveduto ad aggiudicare la commessa al Rti Al.Ma.Ri.Na.

In conclusione:

- il ricorso incidentale va respinto, perché infondato;
- il ricorso principale va accolto, per l'assorbente e tranciante profilo di censura sopra scrutinato, e per l'effetto va annullato il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento della installazione e messa in sicurezza dell'impianto di propulsione/generazione e la fornitura di una linea d'asse elica e relativi accessori nell'ambito dell'ammodernamento di Nave Vespucci.

L'annullamento dell'aggiudicazione definitiva veicola, per l'effetto

conformativo, l'affidamento del contratto (non ancora stipulato) in favore di Rti SIMAN (mandataria), Casa del Motore srl, Coibesa Thermosound s.p.a., Socrem srl, soggetto risultato secondo in graduatoria, nei cui confronti non sono emersi motivi di inammissibile o illegittima partecipazione alla gara.

La reintegrazione in forma specifica (petitum principale) ristora parte ricorrente di ogni altro e residuale pregiudizio economico.

Le spese processuali seguono la soccombenza e sono liquidate secondo modalità ed importo in dispositivo, anche in considerazione della abolizione dei minimi tariffari da parte dell'art. 9 del D.L. 24 gennaio 2012, n. 1 ed in mancanza del decreto ministeriale di cui al comma 2 del decreto legge medesimo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Bis) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- respinge il ricorso incidentale;
- accoglie, nei termini di cui in motivazione, il ricorso principale e per l'effetto annulla il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Condanna il Ministero della Difesa, Rti Al.Ma.Ri.Na., Guastino industria elettronica s.r.l. e R.M. s.r.l. Unipersonale al pagamento delle spese processuali che si liquidano in complessivi € 6.000,00 di cui: € 2.000,00 a carico del Ministero della Difesa, € 2.000,00 a carico di Rti Al.Ma.Ri.Na ed € 2.000,00 a carico, ed in solido fra loro, di

Guastino industria elettronica s.r.l. e R.M. s.r.l. Unipersonale.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Giancarlo Luttazi, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/05/2012

IL SEGRETARIO

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