



REPUBBLICA ITALIANA

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 4350 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Nazionale Servizi Soc Coop. in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento formato da Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop. e Cocktali Service s.r.l. e da Cocktail Service s.r.l., in proprio e nella qualità di mandante del raggruppamento formato da Consorzio Nazionale Servizi Soc Coop e Cocktail Service Srl, rappresentati e difesi dall'avv. Masimiliano Brugnoletti con domicilio eletto presso Massimiliano Brugnoletti in Roma, via Antonio Bertoloni, 26/B;

***contro***

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

***per annullamento***

del provvedimento con il quale il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, Reparto autonomo -Servizio Amministrativo, ha deciso di non invitare il raggruppamento ricorrente a presentare offerta alla procedura ristretta accelerata per il servizio di vettovagliamento mediante fornitura di "catering completo" per i Reparti dell'Arma dei Carabinieri per il periodo gennaio -dicembre 2013;

del bando della procedura ristretta accelerata per l'affidamento del servizio di "catering completo" per il periodo gennaio -dicembre 2013, in parte qua.

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;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 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, parte ricorrente ha impugnato:

-il provvedimento con il quale il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri, Reparto autonomo -Servizio Amministrativo, ha deciso di non invitare il raggruppamento ricorrente a presentare offerta alla procedura ristretta accelerata per il servizio di vettovagliamento mediante fornitura di "catering completo" per i Reparti dell'Arma dei Carabinieri per il periodo gennaio -dicembre 2013;

-il bando della procedura ristretta accelerata per l'affidamento del servizio di "catering completo" per il periodo gennaio -dicembre 2013.

Il Ministero della Difesa ha depositato, in data 9 giugno 2012, atti e documenti.

Come seguono i fatti di causa.

Il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri ha indetto una procedura ristretta accelerata per l'affidamento del servizio di ristorazione collettiva a ridotto impatto ambientale (periodo 1 gennaio – 31 dicembre 2013).

Il bando ha previsto, tra l'altro, che:

-par. 111.1.3), lett. a): "possono partecipare gli operatori economici di cui all'art. 34 D.Lgs 163/06 - sia in forma singola (e/o ausiliari) oppure già riuniti o consorziati o che dichiarino di impegnarsi, ex art. 37, c. 8, D.Lgs 163/2006, a riunirsi o consorziarsi in caso di aggiudicazione, conformandosi alle disposizioni del citato art. 37 - che abbiano la capacità di svolgere e svolgano le attività ... (omissis) ... e siano comunque specificate le parti e/o fasi e/o le quote del servizio che saranno eseguite da Ciascuno operatore economico, anche se riunito, consorziato o ausiliario";

-par. 111.1.3), lett. b): " ... i Consorzi ex art. 34, co. I, lettere b) e c), D.Lgs 163/2006 devono indicare in domanda partecipazione per quali consorziati intendono concorrere ... (omissis) ...";

-par. VI.3), lett. b), 4° alinea: "la domanda di partecipazione ... dovrà specificare, pena nullità/irricevibilità, le parti e/o fasi e/o quote del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici, anche se riuniti, consorziati o ausiliari".

Come si evince dal tenore testuale della lex specialis di gara (punto VI.3), l'omessa specificazione delle parti di servizio delle singole imprese raggruppate o consorziate è stata sanzionata dalla Stazione appaltante con la nullità e/o irricevibilità della domanda di partecipazione.

Lo stesso bando (punto III.1.3), nel disciplinare le modalità di partecipazione dei consorzi di cooperative e dei consorzi stabili, ha onerato i Consorzi ex art. 34, c. 1, lett. b) e c), D.Lgs. 163/2006 di indicare nella domanda di invito alla partecipazione per quali consorziati essi avrebbero inteso concorrere (questi ultimi non avrebbero potuto partecipare in altra forma alla medesima gara).

Il Consorzio Nazionale Servizi, in qualità di mandatario di costituendo raggruppamento con Cocktail Service S.r.l., ha presentato domanda di partecipazione/invito alla suddetta gara.

Nella circostanza, il costituendo RTI CNS ha specificato la ripartizione delle quote di servizio all'interno dello stesso; in tale contesto il mandatario Consorzio Nazionale Servizi, essendo un consorzio di cooperative, in ossequio alla lettera b) del punto III.1.3 del bando ha indicato le cooperative consorziate che avrebbe utilizzato per l'esecuzione concreta della quota di servizio di propria spettanza.

Più in particolare, il costituendo R.T.I. fra il "C.N.S. (Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop.)" e la "Cocktail service s.r.l." ha precisato che, in caso di aggiudicazione, il servizio in appalto sarebbe stato suddiviso fra il Consorzio medesimo e l'impresa associanda nelle percentuali di seguito indicate: -Lotti 1, 2, 4, 5 e 6: Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop.: 98%; Cocktail service s.r.l.: 2%; - Lotto 3: Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop.: 84%; Cocktail service s.r.l.: 16%.

Sempre il costituendo R.T.I. ha poi indicato le consorziate che avrebbero eseguito la quota parte di pertinenza del

Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., senza specificare, però, le parti e/o fasi e/o quote del servizio che sarebbero state eseguite dai soggetti singoli consorziati.

Il Comando dei Carabinieri, all'esito della c.d. "fase di prequalifica", con il provvedimento impugnato non ha utilmente selezionato il candidato Consorzio per l'invito a presentare offerta muovendo dall'assunto per cui "l'associando CNS -Consorzio Nazionale Servizi Soc. Coop., quale società cooperativa di secondo grado ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. b), del D.lgs. 163 del 2006, pur avendo indicato nella domanda di partecipazione alla gara i consorziati per i quali il consorzio concorre, ha però ommesso di specificare le parti e/o fasi e/o quote del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici consorziati come sopra previamente indicati".

Ed è proprio questo il punto che ha dato origine alla controversia. L'Amministrazione sostiene, in pratica, che il ricorrente abbia violato i sopra citati paragrafi 111.1.3), lett. a), e VI.3), lett. b), 4° alinea, del bando. La sua domanda di partecipazione reca, infatti, la "seguita (ed indeterminata e contraddittoria) dichiarazione che in caso di aggiudicazione dell'appalto ... CNS provvederà ad affidare l'esecuzione della propria quota parte delle attività oggetto dell'appalto alle proprie associate".

Parte ricorrente contesta, nel primo motivo di gravame, la decisione assunta dal Comando siccome illegittima per: violazione dell'art. 34, comma 1 lett. b), del D.lgs. n. 163 del 2006; violazione dell'art. 37 del D.lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per illogicità ed irragionevolezza; violazione del principio di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa; violazione dell'art. 97 della Costituzione.

In particolare, censura la determina amministrativa muovendo dall'assunto che "nessuna prescrizione del bando imponeva ai consorzi di cooperative, tanto meno nella fase di presentazione della domanda di partecipazione, di specificare le parti e/o le quote di servizio che le consorziate avrebbero dovuto eseguire".

Essa sostiene che la prescrizione di cui al punto III.1.3, lettera a) del bando, posta a "sostegno" dell'esclusione (secondo cui "possono partecipare gli operatori economici di cui all'art. 34 D.lgs. 163/2006 sia in forma singola (e/o ausiliari) oppure già riuniti o consorziati o che dichiarino di impegnarsi, ex art. 37, comma 8, D.lgs. 163/2006 a riunirsi e consorziarsi in caso di aggiudicazione, conformandosi alle disposizioni del citato art. 37... e siano specificate le parti e/o fasi e/o quote del servizio che saranno eseguite da ciascun operatore economico anche se riunito, consorziato") non si riferisca al concorrente consorzio di cooperative, bensì, ai raggruppamenti e consorzi ordinari di concorrenti.

"Ulteriore conferma che la lettera a) del punto III.1.3 si riferisca ai soli consorzi ordinari di concorrenti e raggruppamenti si rinviene nella successiva lettera b) della stesso punto III.1.3 del bando, che disciplina specificatamente proprio la partecipazione dei consorzi di cooperative e dei consorzi stabili, prevedendo, quale unico onere a carico di questi, l'indicazione dei consorziati per i quali i consorzi concorrono (senza chiedere le parti di servizio ad essi assegnate)".

Anche il comma 4 dell'art. 37 del D.Lgs. n. 163 del 2006 – prosegue ancora il ricorrente - impone al solo Consorzio ordinario di concorrenti (oltre al RTI) di specificare le quote o patti di servizio che eseguiranno le imprese consorziate; mentre, per i consorzi di cooperative, prevede unicamente che questi debbano indicare le "consorziate per le quali concorre".

La resistente Amministrazione, pertanto, nell'interpretare la *lex specialis* di gara come imponente anche ai consorziati del consorzio di cooperative di indicare le parti di servizio, oltre a confondere le lettere a) e b) del punto III.1.3 del bando, avrebbe anche confuso la figura del consorzio ordinario con quella del consorzio di cooperative.

Parte ricorrente invoca, altresì, il principio di tutela dell'affidamento fondato su una interpretazione plausibile degli atti di gara, per avere esso confidato in un'interpretazione della clausola di bando a sé favorevole o per non aver "intuito" un inespresso significato della clausola medesima.

Con il secondo motivo di ricorso, l'interessato deduce nullità della prescrizione del bando, ai sensi del comma 1 bis dell'art. 46 D.Lgs. n. 163 del 2006, e per l'effetto della determinazione di esclusione, argomentando dalla tassatività delle ipotesi in cui è possibile comminare l'esclusione dalla gara. L'introduzione di cause ulteriori è, infatti, sanzionata dalla disposizione in commento, con la nullità: nessuna norma del D.Lvo n. 163 del 2006, né del D.P.R. n. 207 del 2010, né di altra fonte normativa impone al Consorzio di Cooperative di indicare le parti di servizio che eseguiranno le cooperative consorziate indicate come esecutrici del servizio.

Ulteriore motivo di nullità, prosegue ancora il ricorrente, lo si coglie in ragione del fatto che, "anche a voler ammettere che tale obbligo sussista anche per i consorzi di cooperative (estendendo dunque ad esse la prescrizione di cui al comma 4 dell'art. 37), esso opera al momento della presentazione dell'offerta ("nell'offerta devono essere specificate le parti di servizio") e non certo della domanda di partecipazione della procedura ristretta finalizzata alla qualifica ed il successivo invito a presentare l'offerta, come nella specie".

Ad avviso della Stazione appaltante, invece, "la prescrizione in cui si richiede che "siano comunque specificate le parti e/o fasi e/o le quote del servizio che saranno eseguite da ciascun operatore economico, anche se riunito, consorziato o ausiliario" si riferisce a "gli operatori economici di cui all'art. 34 D.Lgs 163/06" e, quindi, anche alle imprese singole ed ai raggruppamenti e a tutte le tipologie di consorzio ivi previste (consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro; consorzi stabili; consorzi ordinari, etc.).

Ed invero, "attraverso il richiamo all'art. 34 del D.Lgs 163/06, il bando prevede la possibilità di partecipazione di qualsiasi operatore economico indicato in detto articolo, intendendosi per operatore economico, ex art. 3, c. 22, D.Lgs 163/2006: "l'imprenditore, il fornitore e il prestatore di servizi o un raggruppamento o consorzio di essi". E' chiaro pertanto che nel caso di specie si fa riferimento a qualsiasi tipologia di consorzio prevista al richiamato art. 34: consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro; consorzi stabili; consorzi ordinari, etc.. Tale possibilità di partecipazione è però dal bando consentita a condizione che "siano comunque specificate le parti e/o fasi e/o le quote del servizio che saranno eseguite da ciascun operatore economico, anche se riunito, consorziato o ausiliario". Insomma, l'intento della Stazione appaltante sarebbe stato quello di "rendere il più chiaro possibile l'obbligo a carico di qualsiasi consorzio (e non solo quelli ordinari) di indicare le singole consorziate che avrebbero materialmente eseguito ed in che misura le singole fasi di cui è composto il servizio".

Con ordinanza n. 2061/2012, è stata respinta la domanda incidentale di sospensione fissandosi, contestualmente, l'udienza pubblica del 17 ottobre 2012 per la trattazione di merito della causa.

Con ordinanza n. 03065/2012, il Consiglio di Stato ha respinto l'appello cautelare proposto dall'odierno ricorrente. Il 20 settembre 2012, il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri ha depositato "Relazione informativa" con la quale chiarisce che "la procedura di gara si è conclusa con l'approvazione dell'aggiudicazione definitiva e che è in corso la stipula dei contratti con i relativi aggiudicatari".

Alla relazione informativa viene allegato il decreto n. 11 del 15 settembre 2012.

Il successivo giorno 26, il Consorzio Nazionale Servizi ha depositato motivi aggiunti mediante i quali impugna, per illegittimità derivata, il decreto n. 11 del 15 settembre 2012 con il quale l'intimata Amministrazione ha aggiudicato definitivamente tutti e sei i lotti.

In pari data, parte ricorrente ha depositato:

- copia dell'ordinanza interlocutoria n. 2671/2012 adottata dal Consiglio di Stato sull'interposto appello cautelare;
- copia verbali di ricezione offerte, apertura plichi ed aggiudicazione della gara;
- copia decreto n. 11/2012.

Il seguente 29 settembre, l'Avvocatura dello Stato ha depositato memoria con la quale insiste per il rigetto del gravame.

Con memoria del 5 ottobre 2012, parte ricorrente ha replicato alle controdeduzioni della resistente.

In data 12 ottobre 2012, il Consorzio Nazionale Servizi soc. coop. ha depositato memoria notificata il precedente giorno 9 con la quale, oltre ad insistere per l'accoglimento del ricorso, chiede il risarcimento del danno.

All'udienza del 17 novembre 2012, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Il ricorso è infondato.

Il Collegio non ha motivo per discostarsi dalla consolidata giurisprudenza amministrativa formatasi in materia, secondo cui il soggetto che intenda partecipare alla gara per l'affidamento di un appalto pubblico deve indicare la ripartizione dei servizi e delle attività oggetto di gara fra le singole imprese affidatarie per consentire all'Amministrazione di verificare se le imprese esecutrici finali delle lavorazioni siano in possesso dei requisiti necessari per lo svolgimento delle stesse.

Né a conclusioni diverse può giungersi in relazione alla circostanza per cui l'offerta sia stata presentata da un consorzio di cooperative.

Ed infatti, se per un verso (ed in via di principio) deve confermarsi l'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'indicazione delle parti di servizio che saranno assunte da ciascuna delle imprese raggruppate deve essere espressa solo qualora il raggruppamento sia di tipo verticale, e non pure nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale (caratterizzato cioè da una distribuzione meramente quantitativa delle parti del servizio, nel quale tutte le imprese sono responsabili dell'intero in solido), deve tuttavia ritenersi che l'offerta formulata da un Consorzio - per le modalità concrete della sua struttura - non può risultare caratterizzata da sua assoluta indeterminatezza.

Il Consiglio di Stato ha, infatti, chiarito (cfr per tutte, sez. VI, 4/5/2009, n. 2783), con condivisibile argomentazione "che la validità del richiamato orientamento giurisprudenziale resta ferma nel caso in cui le imprese costituite in A.T.I. orizzontale provvedano esse stesse all'esecuzione delle parti del servizio indicate in sede di dichiarazione ... laddove invece, nel caso in cui tali imprese costituiscano soggetti "di secondo grado" i quali commetteranno la gestione effettiva dell'appalto a proprie partecipanti, si riespande in tutta la sua pienezza l'esigenza per la stazione appaltante di avere adeguata contezza in ordine ai soggetti che effettivamente eseguiranno le lavorazioni (ed alle relative ripartizioni di compiti), anche ai fini delle necessarie verifiche in ordine al possesso dei requisiti generali di partecipazione alla gara d'appalto, nonché in ordine alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto il profilo dell'ordine pubblico, quello economico, nonché della moralità.

Si è del resto osservato in giurisprudenza che la possibilità normativamente sancita per cui un consorzio rappresenti un centro autonomo di responsabilità e di imputazioni delle attività svolte, non implica ex se che la stessa unitarietà debba valere nei casi in cui il consorzio non venga in rilievo, ai fini della singola gara, quale centro autonomo di imputazione (e quale diretto esecutore delle lavorazioni), bensì per la qualità dei soggetti che vi partecipano (in tal senso: Cons. Stato, Sez. IV, sent. 27 giugno 2007, n. 3765). L'esigenza conoscitiva in questione non può in alcun modo ritenersi superabile in considerazione del carattere orizzontale del raggruppamento di che trattasi, ovvero dell'identificabilità in ultima analisi di un soggetto responsabile 'a monte' per ciascuna parte del servizio da gestire".

Il supremo Consesso di giustizia amministrativa ha, in proposito, osservato che l'obiettivo frammentazione degli affidamenti e sub-affidamenti disposti dal consorzio di cooperative in caso di aggiudicazione, renderebbero sostanzialmente indeterminabili a priori per la stazione appaltante i soggetti cui sarebbe stata in concreto demandata ogni singola parte del servizio (con conseguente impossibilità di verificare in via preliminare il possesso dei richiamati requisiti, senza che a tanto possa supplire la individuabilità di un "responsabile di ultima istanza").

Il richiamato stato di indeterminatezza si presenta con tanta maggiore evidenza nel caso in cui il consorzio di cooperative intenda affidare in concreto le lavorazioni ad altri soggetti "di secondo grado" (sue consorziate), anche

per tale via rendendo sostanzialmente impossibile per l'Amministrazione aggiudicatrice l'individuazione ex ante del soggetto che avrebbe infine svolto nel concreto la singola lavorazione.

Alla stregua di quanto argomentato, il Collegio ritiene che il soggetto ricorrente avrebbe dovuto indicare le quote di servizio ripartite all'interno del Consorzio tra le imprese consorziate al fine evitare l'assoluta indeterminatezza del contenuto dell'offerta che sarebbe stata successivamente presentata.

Il Collegio esclude, altresì, la presenza di margini di ambiguità nella clausola di bando tali da ingenerare il legittimo affidamento nell'ammissione del ricorrente alla gara, in applicazione del principio del favor participationis.

Ed invero, il suo tenore testuale è chiaro, univoco e concordante laddove definisce il proprio ambito oggettivo di applicazione nel senso di imporre a carico dei singoli operatori economici consorziati – senza esclusione per talune tipologie di essi -, a pena di nullità/irricevibilità della domanda di partecipazione alla gara, le quote del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese consorziate.

Parte ricorrente ha dedotto anche violazione dell'art. 46, c. 1 bis del D.Lvo n. 163/2006.

La censura è infondata.

La norma in commento statuisce che “La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di ... incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta”.

Nella particolarità della fattispecie, il Collegio ritiene che l'indicazione delle quote di riparto del servizio attenga ad una modalità di presentazione dell'offerta che l'Amministrazione ha anticipato alla fase procedimentale de qua.

La mancata indicazione delle quote di riparto all'interno del Consorzio si riflette negativamente sull'individuazione stessa del contenuto dell'offerta che dovrà essere successivamente presentata in modo unitario; offerta che resta anche incerta circa la sua provenienza a carico dei soggetti esecutori delle rispettive quote.

Da cui, la legittimità dell'esclusione del ricorrente in pedissequa applicazione dell'art. 46, c. 1 bis del D.Lvo n. 163/2006.

In conclusione, il ricorso in esame è infondato e va, perciò, respinto.

L'infondatezza del ricorso impugnatorio comporta la reiezione anche della domanda risarcitoria per mancanza di danno ingiusto.

Le spese processuali, a motivo dell'incerto quadro giurisprudenziale, possono trovare integrale compensazione tra le parti costituite.

P.Q.M.

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

Spese compensate tra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Franco Angelo Maria De Bernardi, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/12/2012

IL SEGRETARIO

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