



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 Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 4056/09, proposto dal Consorzio stabile Gemas – General Management Service a r.l., rappresentato e difeso dagli avv.ti Nunzio Pinelli e Giuseppe Pinelli presso il cui studio in Roma, p.zza Cairoli n. 2, è elettivamente domiciliato,

contro

Poste Italiane s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Lubrano e Enrico Lubrano presso il cui studio in Roma, via Flaminia n. 79, è elettivamente domiciliata,

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

dei provvedimenti del 14, 21 e 23 aprile 2009, con i quali il suddetto Consorzio non è stato ammesso alle successive fasi delle gare telematiche per l'affidamento del servizio di pulizia negli immobili postali siti nelle Regioni Veneto – Trentino Alto Adige (gara 135), Umbria (gara 134), Emilia Romagna (gara 136) e Sicilia (gara 133), nonché di ogni altro provvedimento presupposto, connesso o consequenziale, nonché per la condanna al risarcimento del danno arrecato e arrecando.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Poste Italiane s.p.a.;

Visto l'atto di motivi aggiunti, notificato il 22 giugno 2009 e depositato il successivo 30 giugno;

Viste le memorie prodotte dalle parti in causa costituite a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 12 novembre 2009 il Consigliere Giulia Ferrari;
uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

FATTO

1. Con ricorso notificato in data 15 maggio 2009 e depositato il successivo 21 maggio il Consorzio stabile Gemas – General Management Service a r.l. impugna i provvedimenti del 22, 25 e 29 maggio 2008, con i quali non è stato ammesso alle successive fasi delle gare telematiche per l'affidamento del servizio di pulizia negli immobili postali siti nelle Regioni Veneto – Trentino Alto Adige (gara 135), Umbria (gara 134), Emilia Romagna (gara 136) e Sicilia (gara 133), e ne chiede l'annullamento.

Espone, in fatto, di aver partecipato alla gara, bandita dalla soc. Poste Italiane, per l'affidamento di diversi lotti per il servizio di pulizia negli immobili postali dislocati nelle Regioni Veneto – Trentino Alto Adige (gara 135), Umbria (gara 134), Emilia Romagna (gara 136) e Sicilia (gara 133) e di esserne stato escluso perché, pur qualificatosi come consorzio stabile, non ha indicato le consorziate per le quali concorre. Solo per la gara relativa alle Regioni Veneto – Trentino Alto Adige (gara 135) a questo motivo si è aggiunto quello di aver dichiarato il possesso del

requisito di fatturato globale e specifico attraverso la sommatoria dei fatturati delle consorziate.

2. Avverso i predetti provvedimenti il ricorrente è insorto deducendo:

a) Violazione artt. 7 ss. L. n. 241 del 1990 e delle regole del giusto procedimento.

I provvedimenti di esclusione sono stati adottati in palese violazione dell'art. 7 L. 7 agosto 1990 n. 241, che impone all'Amministrazione di comunicare l'avvio del procedimento destinato a concludersi con un provvedimento che incide negativamente sulla sfera giuridica del suo destinatario, in modo da poter consentire a quest'ultimo un'utile partecipazione al procedimento stesso.

b) Violazione e falsa applicazione art. 36 D.L.vo n. 163 del 2006 – Eccesso di potere per travisamento dei presupposti e difetto di istruttoria – Eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità manifesta.

Illegittimamente l'Amministrazione – nel disporre l'esclusione del ricorrente per non aver indicato le consorziate per le quali concorre – non ha tenuto in considerazione che ha dichiarato che “intende partecipare alla gara in nome e per conto proprio”, e non per conto delle imprese consorziate, il cui elenco, con rispettive quote di partecipazione, è stato comunque puntualmente riportato nella medesima dichiarazione. La soc. Poste Italiane ha dunque erroneamente interpretato il quinto comma dell'art. 36 del Codice degli appalti, non mettendolo in relazione alla facoltà, prevista dal precedente secondo comma, di eseguire le prestazioni anche tramite affidamento ai consorziati.

Per quanto attiene all'esclusione dalla gara 135, relativa alle Regioni Veneto – Trentino Alto Adige occorre rilevare l'illegittimità anche del secondo motivo di esclusione, atteso che il settimo comma dell'art. 36 del Codice dei contratti espressamente prevede la possibilità per il consorzio stabile di mutuare i requisiti delle consociate.

3. Con atto di motivi aggiunti, notificato il 22 giugno 2009 e depositato il successivo 30 giugno, il ricorrente afferma che la stazione appaltante – previa ammissione con riserva alle gare relative alle Regioni Umbria, Emilia Romagna e Sicilia a seguito dell'accoglimento, da parte di questo Tribunale e limitatamente a queste tre procedure, dell'istanza cautelare presentata con l'atto introduttivo del giudizio – gli ha comunicato un nuovo motivo di esclusione, comune a tutti e tre i lotti, e consistente nell'aver indicato, quale requisito economico, la somma dei fatturati delle consorziate e non il fatturato proprio, contrariamente a quanto stabilito dall'art. 35 del Codice degli appalti.

Avverso i predetti provvedimenti il ricorrente è insorto deducendo:

a) Violazione artt. 7 ss. L. n. 241 del 1990 e delle regole del giusto procedimento.

Anche questi nuovi provvedimenti avrebbero dovuto essere preceduti dalla comunicazione di avvio del procedimento.

b) Falsa applicazione dell'art. 35 D.L.vo n. 163 del 2006 – Violazione e falsa applicazione art. 36 D.L.vo n. 163 del 2006 – Eccesso di potere per travisamento dei presupposti – Eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità manifesta – Eccesso di potere per sviamento.

La nuova causa di esclusione è illegittima perché non considera che l'art. 36 D.L.vo n. 163 del 2006, a differenza del precedente art. 35 che disciplina i Consorzi ordinari, e che dunque è stato erroneamente applicato, prevede espressamente al settimo comma che i Consorzi stabili mutuino i requisiti delle consorziate.

4. Si è costituita in giudizio la Poste Italiane s.p.a., che ha preliminarmente eccepito l'inammissibilità del ricorso perché proposto in via cumulativa avverso provvedimenti formalmente e sostanzialmente distinti, mentre nel merito ne ha sostenuto l'infondatezza.

5. Con memorie depositate alla vigilia dell'udienza di discussione le parti costituite hanno ribadito le rispettive tesi difensive.

6. Con ordinanza n. 2452 del 29 maggio 2009 è stata accolta l'istanza cautelare di sospensiva, relativamente alle gare per l'affidamento dell'appalto nelle Regioni Umbria, Emilia Romagna e Sicilia, proposta con l'atto introduttivo del giudizio; con successiva ordinanza n. 3161 del 7 luglio 2009 è stata respinta l'istanza cautelare di sospensiva proposta con l'atto di motivi aggiunti.

7. All'udienza del 12 novembre 2009 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. Come esposto in narrativa il Consorzio Gemas – General Management Service a r.l. (d'ora in poi, Gemas) è stato escluso dalla gara per l'affidamento di diversi lotti per il servizio di pulizia negli immobili postali dislocati nelle Regioni Veneto – Trentino Alto Adige (gara 135), Umbria (gara 134), Emilia Romagna (gara 136) e Sicilia (gara 133) perché, pur qualificatosi come consorzio stabile, non ha indicato le consorziate per le quali concorre. Solo per la gara relativa alle Regioni Veneto – Trentino Alto Adige (gara 135) a questo motivo si è aggiunto di aver dichiarato il possesso del requisito di fatturato globale e specifico mediante la sommatoria dei fatturati delle consorziate. Ha impugnato i relativi provvedimenti con l'atto introduttivo del giudizio. Nelle more della decisione di merito la stazione appaltante ha ammesso con riserva il ricorrente alle gare nn. 134, 136 e 133, alla luce dell'accoglimento dell'istanza cautelare. Ha però comunicato al ricorrente un nuovo motivo di esclusione, comune a tutti e tre i lotti, e consistente nell'aver indicato, quale requisito economico, la somma dei fatturati delle consorziate e non il fatturato proprio, contrariamente a quanto stabilito dall'art. 35 del Codice degli appalti. Detti ulteriori provvedimenti sono stati impugnati dal ricorrente nella via dei motivi aggiunti, prospettando due profili di illegittimità, uno procedurale e l'altro di merito.

Preliminarmente deve essere disattesa l'eccezione di inammissibilità del ricorso perché proposto in via cumulativa avverso provvedimenti formalmente e

sostanzialmente distinti, sollevata dalla stazione appaltante nella memoria di costituzione.

Il bando di gara, infatti, era unico, pur essendo la procedura strutturata in più lotti, con la conseguenza che è ammissibile la proposizione di un solo gravame avverso l'esclusione da più lotti.

2. Passando all'esame del merito, ritiene il Collegio di dover principiare dalla disamina dell'atto di motivi aggiunti in applicazione del principio, costante nella giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui se più sono i motivi di esclusione di un concorrente da una gara pubblica è sufficiente la fondatezza di uno solo di questi a sorreggere il provvedimento adottato.

La prima censura, con tale atto dedotta, è intesa a lamentare l'illegittimità della nuova esclusione perché non preceduta dalla comunicazione di avvio del procedimento.

La doglianza non può essere condivisa.

E' noto, infatti, che i provvedimenti di esclusione dalle gare pubbliche non devono essere preceduti dall'avviso dell'inizio del procedimento, trattandosi di atto di un procedimento iniziato ad istanza di parte (Cons. St., sez. VI, 5 agosto 2004 n. 5464; T.A.R. Catanzaro 11 maggio 2004 n. 1063; T.A.R. Napoli, sez. I, 12 giugno 2002 n. 3412 e 27 marzo 2002 n. 1652). A detta considerazione si aggiunge il rilievo che l'esclusione non costituisce autonomo procedimento, distinto da quello concorsuale nel quale si inserisce come elemento accidentale, per cui anche per questo motivo non necessita di previa comunicazione di avvio del procedimento (T.A.R. Catanzaro, sez. II, 12 marzo 2009 n. 284; T.A.R. Lazio, sez. III ter, 17 febbraio 2009 n. 1541).

3. Non è suscettibile di positiva valutazione neanche la ulteriore censura, volta a contestare la legittimità delle ragioni poste a fondamento della seconda esclusione, relativamente alle Regioni Emilia Romagna, Sicilia e Umbria. Come si è detto,

quest'ultima è stata disposta perché il Consorzio ha indicato “quale requisito economico del fatturato globale e specifico, la sommatoria dei fatturati delle proprie consorziate e non il proprio”.

La questione da definire è, dunque, se un Consorzio stabile può partecipare ad una gara pubblica avvalendosi dei requisiti finanziari delle proprie consorziate. A questo interrogativo sia il giudice di appello (sez. V, 22 dicembre 2008 n. 6498 seppure con riferimento ai requisiti di qualificazione) che l'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici (delibera n. 123 del 20 dicembre 2006 e i pareri nn. 39 del 14 febbraio 2008 e 107 del 2008) hanno dato risposta negativa sull'assunto che l'art. 36 del Codice dei contratti si riferisce alle sole gare per l'affidamento di appalti di lavori, mentre negli altri casi (appalti servizi e forniture) si applica il precedente art. 35, secondo cui i requisiti di idoneità tecnica per l'ammissione alle gare devono essere posseduti e comprovati dai Consorzi, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera e all'organico medio annuo, i quali solo sono computati cumulativamente in capo al Consorzio ancorché posseduti dalle singole consorziate.

Aggiungasi che il richiamo al settimo comma dell'art. 36 – che prevede la possibilità per i consorzi stabili di qualificarsi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate – più volte effettuato dal ricorrente a sostegno delle proprie tesi difensive, appare comunque irrilevante non solo per quanto affermato dal giudice di appello e dall'Autorità di vigilanza, ma anche perché lo stesso fa riferimento alla qualificazione, e non ai requisiti finanziari che devono essere posseduti per partecipare alle gare.

Infine, ed il rilievo appare assorbente di ogni altra considerazione, nel caso in esame il Consorzio ha chiesto di partecipare alla gara “in nome e per conto proprio”, e non per conto delle imprese consorziate, con la conseguenza che si

palesa ancora più evidente l'impossibilità di avvalersi del fatturato delle imprese che alla procedura non prendono in alcun modo parte.

4. L'infondatezza delle due censure proposte con l'atto di motivi aggiunti e, quindi, la legittimità del secondo motivo di esclusione comportano l'improcedibilità per sopravvenuto difetto di interesse del ricorso introduttivo del giudizio, in quanto indirizzato avverso l'esclusione dalle gare relative alle Regioni Emilia Romagna, Umbria e Sicilia. Ed invero, quand'anche si ritenesse illegittima la prima ragione che aveva indotto la stazione appaltante ad escludere il Consorzio dalla gara, quest'ultimo egualmente non potrebbe partecipare alla procedura, essendo ostativa la seconda, legittima causa di esclusione.

5) Lo stesso ricorso introduttivo, invece, nella parte in cui è proposto avverso l'esclusione dalla gara relativa alle Regioni Veneto – Trentino Alto Adige (gara 135), rispetto alla quale è mancato un secondo provvedimento di esclusione, sfugge alla declaratoria di improcedibilità.

Pertanto le censure dedotte non sono suscettibili di positiva valutazione.

Giova in proposito osservare che il Consorzio ricorrente è stato escluso da questa gara sia perché, pur qualificatosi come Consorzio stabile, non ha indicato le consorziate per le quali concorre sia perché ha dichiarato il possesso del requisito di fatturato globale e specifico ottenuto mediante la sommatoria dei fatturati delle consorziate.

Quest'ultimo motivo di esclusione appare resistere ai profili di illegittimità dedotti con il secondo motivo di ricorso, che non può trovare adesione per le ragioni già esposte sub 3. Ciò rende inammissibili, per difetto di interesse, le censure dirette a contestare l'ulteriore presupposto della esclusione (non aver indicato le consorziate per le quali il Consorzio concorre).

6. E' invece privo di pregio, per le ragioni già esposte sub 2), il primo motivo dedotto con l'atto introduttivo del giudizio, con il quale si lamenta l'omessa

comunicazione di avvio del procedimento prima di adottare il provvedimento di esclusione.

Il ricorso introduttivo deve essere pertanto respinto in “parte qua”.

7. L'accertata legittimità di uno dei motivi di esclusione del ricorrente dalla gara comporta la reiezione dell'istanza risarcitoria.

8. Per le ragioni che precedono il ricorso introduttivo in parte deve essere dichiarato improcedibile ed in parte deve essere respinto unitamente ai motivi aggiunti.

Quanto alle spese di giudizio, può disporsene l'integrale compensazione fra le parti costituite in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione III Ter, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, stabilisce quanto appresso:

- a) dichiara in parte improcedibile il ricorso introduttivo ed in parte lo respinge, come precisato in motivazione;
- b) respinge i motivi aggiunti.

Compensa integralmente tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Donatella Scala, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/11/2009

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

IL SEGRETARIO