



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 Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 7322 del 2009, integrato da motivi aggiunti,
proposto dalla:

società Inalca Jbs s.p.a., in persona del legale rapp.te p.t., rappresentato e difeso
dagli avv.ti Cataldo D'Andria e Giancarlo Viglione, con domicilio eletto presso lo
studio dell'avv. Cataldo D'Andria, in Roma, v.le Regina Margherita nn. 262/264;

contro

Agea - Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura, in persona del legale rapp.te p.t.,
rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato per legge
presso gli uffici, in Roma, via dei Portoghesi n. 12;

nei confronti di

società Alimco s.p.a., in persona del legale rapp.te p.t., rappresentato e difeso
dall'avv. Andrea Segato, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco
Annoni in Roma, via Udine n. 6;
società Meridionale Alimenti s.r.l., in persona del legale rapp.te p.t., non
costituitosi in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- dei verbali di gara del 4 marzo, 20 marzo, 21 maggio e 18 giugno 2009 nella parte in cui dispongono l'ammissione alla fase successiva di gara della società ALIMCO s.p.a.;
- del verbale di gara del 18 giugno 2009 di aggiudicazione provvisoria della gara alla medesima società ALIMCO s.p.a.;
- del verbale di gara del 18 giugno 2009 nella parte in cui la società Meridionale Alimenti non è stata esclusa dalla gara per anomalia dell'offerta;
- del bando di gara nella parte in cui ammette l'avvalimento di cui all'art. 49 del D.lgs. n. 163/2006;
- nonché di ogni atto presupposto, connesso e consequenziale;

e per la condanna

al risarcimento del danno conseguente alla illegittimità degli atti impugnati ai sensi degli artt. 35 del D. Lgs. n. 80/1998 e 7 della L. n. 1034/1971, come modificati dall'art. 7 della L. n. 205/2000;

e con il ricorso per motivi aggiunti

- della determinazione dirigenziale n. 970 del 9.10.2009 avente ad oggetto “aggiudicazione definitiva della fornitura di carne avicola in aiuto alimentare alla repubblica di Gibuti- soc. ALIMCO s.p.a.”;

nonché

- dei verbali di gara del 4 marzo, 20 marzo, 21 maggio e 18 giugno 2009 nella parte in cui dispongono l'ammissione alla fase successiva di gara della società ALIMCO s.p.a.;
- del verbale di gara del 18 giugno 2009 di aggiudicazione provvisoria della gara alla medesima società ALIMCO s.p.a.;

- del verbale di gara del 18 giugno 2009 nella parte in cui la società Meridionale Alimenti non è stata esclusa dalla gara per anomalia dell'offerta;
- del bando di gara nella parte in cui ammette l'avvalimento di cui all'art. 49 del D.lgs. n. 163/2006;
- di ogni altro atto non conosciuto, presupposto, connesso o conseguente;

Visti il ricorso per motivi aggiunti depositato in data 22 ottobre 2009;

Visto il ricorso introduttivo del giudizio ed il successivo ricorso per motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Agea - Agenzia per le Erogazioni in Agricoltura;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Alimco s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 dicembre 2009 il Cons. Maria Cristina Quiligotti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato e depositato nei termini, la società ricorrente ha impugnato i provvedimenti di cui in epigrafe deducendone l'illegittimità per i seguenti motivi di censura:

1- Eccesso di potere per contraddittorietà ed illogicità manifesta.

La commissione di gara dapprima ha sospeso la gara in attesa del rilascio del parere dell'Avvocatura Generale dello Stato sulle contestazioni avanzate della ricorrente in ordine all'avvalimento ed al requisito di cui alla lett. B) e successivamente ha portato a conclusione il procedimento con l'aggiudicazione provvisoria alla controinteressata in assenza del formale rilascio del detto parere.

2- Eccesso di potere per violazione del bando di gara per la mancata esclusione della ditta ALIMCO s.p.a..

Dalla lettura dei verbali di gara del 20 marzo e del 21 maggio emerge che non vi ha preso parte il legale rappresentante della ditta ALIMCO s.p.a. nonostante la espressa previsione di cui al bando, nella parte relativa alla “ negoziazione”, ai fini della formalizzazione seduta stante dell’eventuale, ulteriore e migliorativa offerta per la fornitura in oggetto; l’assenza del legale rappresentante doveva essere interpretata dalla commissione come rinuncia da parte della ditta alla partecipazione alla gara ed avrebbe dovuto, comunque, comportare la sua esclusione dalla gara.

Inoltre la ditta ALIMCO avrebbe provveduto alla integrazione della propria documentazione di gara in data 3.4.2009, abbondantemente dopo la scadenza del termine ultimo di presentazione delle domande di partecipazione alla gara fissato per il giorno 4.3.2009; ne sarebbe dovuta conseguire anche per il detto motivo la sua esclusione dalla gara di cui trattasi.

3- Eccesso di potere per violazione del bando di gara nella parte concernente i requisiti di partecipazione alla gara, con specifico riferimento alla lett. B).

La valida autorizzazione, rilasciata da parte di uno stato membro della Comunità, alla esecuzione del servizio doveva essere individuata nel cd. Bollo CE, di cui, invece, la ditta ALIMCO non sarebbe in possesso.

4- Illegittimità del bando di gara per violazione della normativa comunitaria in materia di avvilimento nella materia dell’agricoltura.

Rientrando la materia degli aiuti alimentari nell’ambito della materia agricola, il ricorso all’istituto dell’avvalimento sarebbe ammesso nei soli limiti della preventiva autorizzazione da parte della Commissione europea ed AGEA avrebbe dovuto preventivamente richiedere alla Commissione di verificare la sussistenza delle condizioni necessarie per l’applicazione dell’avvalimento nel caso di specie.

Ed infatti l'istituto dell'avvalimento rientrerebbe nelle regole della concorrenza nel Capo I del Titolo VI del Trattato istitutivo della Comunità europea, denominato “Regole applicabili alle imprese”, di cui agli artt. 81-86.

Le norme sulla concorrenza, tuttavia, non potrebbero trovare indiscriminata applicazione nella materia dell'agricoltura ai sensi dell'art. 36 del trattato e dei regolamenti CE n. 1184/2006 e 1234/2007.

5- Violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006.

La ditta ALIMCO avrebbe comunque fatto un uso non corretto del richiamato istituto, attesa la genericità della dichiarazione di avvilimento dalla stessa presentata in sede di gara; in particolare non sarebbe stato prodotto un vero e proprio contratto e mancherebbe il riferimento al confezionamento, marcatura ed all'imballo delle carni (specificazione integrativa fornita soltanto con la contestata nota del 3.4.2009 ad avvenuta scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara de qua).

6- Eccesso di potere per violazione del bando di gara nella parte in cui richiede il requisito di partecipazione di cui alla lett. B).

Ed infatti i requisiti di partecipazione alla gara, secondo quanto dedotto in sede di verbale di gara della seduta dell'11.3.2009, dovevano essere posseduti, in caso di avvilimento, dalle ditte coinvolte, ossia sia dalla ditta “avvalsa” che dalla ditta “avvalente”.

7- Anomalia dell'offerta presentata dalla ditta ALIMCO.

Le giustificazioni offerte dalla ditta ALIMCO, in riscontro alla richiesta di chiarimenti di cui alla nota del 26.6.2009 dell'AGEA sull'anomalia dell'offerta sarebbero mere affermazioni generiche e comunque non documentate, in quanto non supportate da elementi di carattere oggettivo e verificabili.

8- Anomalia dell'offerta della ditta Meridionale.

Con il decreto presidenziale n. 4253/2009 del 15.9.2009 è stata accolta la istanza di sospensione della esecutività dei provvedimenti impugnati fino alla c.c. del 24.9.2009 per la trattazione collegiale.

L'AGEA si è costituita in giudizio in data 21.9.2009 con il patrocinio dell'Avvocatura generale dello Stato depositando comparsa di mera forma.

Con le note di udienza del 21.9.2009 la società ricorrente ha insistito per l'accoglimento della proposta istanza cautelare.

Si è costituita in giudizio la società controinteressata ALIMCO s.p.a. che ha dedotto la infondatezza nel merito del ricorso, chiedendone il rigetto.

Con l'ordinanza n. 4435/2009 del 24.9.2009 è stata respinta la istanza di sospensione dei provvedimenti impugnati con fissazione della udienza per la trattazione del merito del ricorso al 4.12.2009.

Con il ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 22.10.2009, è stata impugnata la determinazione dirigenziale dell'AGEA n. 970 del 9.10.2009 avente ad oggetto “aggiudicazione definitiva della fornitura di carne avicola in aiuto alimentare alla Repubblica di Gibuti- soc. ALIMCO s.p.a.”.

Con il decreto presidenziale n. 4904/2009 è stata respinta la istanza di sospensione dell'esecutività del provvedimento impugnato.

Con memoria del 6.11.2009 la controinteressata Alimco ha dato atto dell'intervenuta aggiudicazione definitiva della gara di cui trattasi e della stipulazione del relativo contratto, con la conseguente consegna delle carni allo stabilimento della Larco Food S.V. ed ha dedotto l'infondatezza nel merito del ricorso, con particolare riferimento all'asserita anomalia dell'offerta dell'Alimco che sarebbe addirittura in perdita per la non esatta indicazione di alcuni costi- mentre, in realtà, vi sarebbe un margine di circa euro 19.160,00- atteso che i costi relativi alla manutenzione ed alla sicurezza vengono sostenuti direttamente dalla

Larco Food S.V. e sono, pertanto, compresi nella voce “ costo confezionamento ed imballaggio” dei giustificativi della Alimco.

Con memoria del 27.11.2009 la società Alimco ha insistito nelle proprie conclusioni.

Con memoria della medesima data anche la società Inalca si è riportata ai precedenti scritti difensivi, insistendo per l'accoglimento del ricorso introduttivo e del successivo ricorso per motivi aggiunti.

Alla pubblica udienza del 4.12.2009 la causa è stata trattenuta per la decisione alla presenza degli avvocati delle parti come da verbale di causa agli atti.

DIRITTO

Con il ricorso introduttivo del presente giudizio la società ricorrente ha impugnato l'aggiudicazione provvisoria della gara per la fornitura di aiuti alimentari a paesi extracomunitari, nella cui graduatoria finale la stessa si è collocata al terzo posto.

Al riguardo si osserva quanto segue.

In forza di un costante indirizzo giurisprudenziale, che declina quieti principi in tema di condizioni dell'azione, il soggetto terzo graduato all'esito di una procedura di gara ha interesse ad impugnare gli atti della procedura e la relativa aggiudicazione solo qualora le censure da lui dedotte siano tali da determinare, in caso di accoglimento del ricorso, l'utilità strumentale della rinnovazione dell'intera procedura o quella finale dell'aggiudicazione in suo favore (Cons. Stato, Sez. V, 14-01-2009, n. 101).

Ciò posto, nel caso di specie le censure dedotte con il ricorso da un lato sono dirette alla caducazione integrale della procedura, dall'altro toccano la posizione dei soggetti che precedono la società ricorrente in graduatoria al fine di ottenere una pronuncia che accerti l'illegittimità della relativa ammissione.

Ed infatti si contesta sia il bando di gara nella parte in cui ammette in via generale il ricorso all'istituto dell'avvalimento di cui all'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 (in

sostanza perseguendo l'annullamento della intera gara e la sua rinnovazione), sia l'ammissione alla gara tanto della prima classificata (ALIMCO) quanto della seconda (Meridionale).

Ne deriva che soltanto in caso di riconosciuta infondatezza delle censure articolate avverso il bando di gara acquistano rilevanza le critiche rivolte nei confronti delle altre società partecipanti alla gara che si sono collocate nella graduatoria definitiva in posizione precedente e che l'infondatezza delle censure articolate avverso il soggetto secondo graduato implica il venir meno dell'interesse alla contestazione della posizione dell'aggiudicatario.

Per quanto attiene alla censura proposta avverso il bando di gara, formulata con il quarto

motivo di ricorso (che deve essere logicamente esaminata con precedenza sulle altre censure in quanto comportante in caso di accoglimento l'annullamento in radice dell'intera procedura di gara), se ne rileva l'infondatezza nel merito per le considerazioni che seguono.

Con il detto motivo è stata dedotta la illegittimità del bando di gara per violazione della normativa comunitaria in materia di avvalimento nel settore dell'agricoltura; rientrando la materia degli aiuti alimentari nell'ambito della materia agricola, il ricorso all'istituto dell'avvalimento sarebbe ammesso nei soli limiti della preventiva autorizzazione da parte della Commissione europea e, pertanto, l'AGEA avrebbe dovuto preventivamente richiedere alla Commissione di verificare la sussistenza delle condizioni necessarie per l'applicazione dell'avvalimento nel caso di specie.

Ed infatti l'istituto dell'avvalimento rientrerebbe nelle regole della concorrenza nel Capo I del Titolo VI del Trattato istitutivo della Comunità europea, denominato "Regole applicabili alle imprese", di cui agli artt. 81-86; tuttavia le norme sulla concorrenza non potrebbero trovare indiscriminata applicazione nella materia

dell'agricoltura ai sensi dell'art. 36 del trattato e dei regolamenti CE n. 1184/2006 e 1234/2007.

Le dedotte prospettazioni non colgono nel segno.

Ed infatti è sufficiente, al riguardo, rilevare come l'istituto dell'avvalimento costituisce per giurisprudenza oramai consolidata sul punto, per la disciplina comunitaria e nazionale, un istituto di carattere generale in materia di procedure di gara per l'affidamento di appalti pubblici il quale trova, addirittura, applicazione anche in mancanza della relativa specifica previsione in sede di bando di gara.

Per la seconda classificata si deduce, con l'ottavo ed ultimo motivo di censura, l'illegittimità della mancata esclusione per la anomalia dell'offerta presentata “applicando lo stesso criterio utilizzato dalla stazione appaltante con riferimento alla offerta della ditta ALIMCO. ... In sostanza l'offerta ... risulta anomala ai sensi della stessa disciplina normativa che ha indotto la stazione appaltante a ritenere anomala l'offerta della ditta ALIMCO”.

In sostanza dalla lettura testuale del motivo emerge che la ricorrente si è limitata a contestare la mancata sottoposizione della seconda classificata al procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta da parte della stazione appaltante.

Tuttavia, in applicazione dell'art. 86, co. 3, del D.Lgs. n. 163/2006, la detta verifica non era obbligatoria essendo, invece, rimessa la scelta al riguardo alla valutazione discrezionale della stazione appaltante.

Ed infatti la norma richiamata dispone testualmente che “1. Nei contratti di cui al presente codice, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, le stazioni appaltanti valutano la congruità delle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso,

incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media.

...

3. In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

4. Il comma 1 non si applica quando il numero delle offerte ammesse sia inferiore a cinque. In tal caso le stazioni appaltanti procedono ai sensi del comma 3.”.

Pertanto “ Qualora il numero delle offerte ammesse alla gara sia inferiore a cinque (in virtù dell'espresso rinvio operato dall'art. 86, comma 4 del codice dei contratti), si deve ritenere non trovi applicazione il criterio d'individuazione delle offerte anomale previste dal comma 1 dell'art. 86, ma la più flessibile disciplina di cui al comma 3 del medesimo articolo” (Cons. Stato, Sez. V, n. 5236 del 7.9.2009) per cui "in ogni caso le amministrazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa". .

Nel qual caso è legittimo il sub procedimento volto a verificare la congruità dell'offerta, sebbene non previsto dalla lex specialis di gara, in quanto la P.A. attivi il sub procedimento volto ad accertare l'effettiva consistenza dell'offerta.

Ed infatti l'amministrazione appaltante può stabilire, anche in assenza di un'espressa previsione del bando, i casi in cui procedere alla verifica delle offerte anomale, secondo quanto previsto dall'art. 86, c. 2 e 3, del D.Lgs. n. 163/2006, il quale accoglie la distinzione da operare tra l'obbligo di procedere alla verifica nei casi di anomalia individuati dalla legge e la facoltà riservata all'amministrazione di ipotizzare casi di anomalia diversi da quelli prestabiliti (Cons. Stato Sez. V, 08-09-2008, n. 4270).

Tanto premesso, soltanto con le note di udienza depositate in data 21.9.2009 (e non notificate alle parti) la società ricorrente ha articolato per la prima volta la

censura concernente nel merito l' anomalia dell'offerta, deducendo la non remuneratività delle offerte sia della ALIMCO che della MERIDIONALE.

Ma si tratta di una censura nella sostanza nuova in quanto contenente argomentazioni in realtà in precedenza non articolate e nemmeno minimamente accennate nel ricorso introduttivo del presente giudizio che andava, pertanto, proposta nei termini e modi di legge (con atto notificato alle parti).

Le medesime argomentazioni sono state, invece, articolatamente svolte con il primo ricorso per motivi aggiunti notificato alle controparti in data 13.10.2009 e depositato in data 16.10.2009.

Tuttavia il provvedimento impugnato (il verbale dell'aggiudicazione provvisoria) è stato adottato dalla commissione in data 18.6.2009 e, pertanto, il relativo termine di impugnazione, anche considerata la sospensione feriale dei termini, è comunque venuto a scadenza in data 3.10.2009.

Altrettanto è a dirsi anche se si tiene in considerazione la successiva data del 24.6.2009, nella quale la INALCA ha redatto ed inoltrato all'AGEA la diffida alla revoca dell'aggiudicazione della gara, atteso che, in tal caso, comunque, il termine di impugnazione sarebbe venuto a scadenza in data 9.10.2009.

Ne consegue la tardività del relativo motivo di censura.

Né si può ovviare alle superiori considerazioni per il fatto che il provvedimento impugnato con il ricorso introduttivo del giudizio è l'aggiudicazione provvisoria e che nel successivo secondo ricorso per motivi aggiunti proposto avverso l'aggiudicazione definitiva il relativo motivo di censura è stato argomentatamente articolato.

Ed infatti se è vero che, per principio giurisprudenziale consolidato nella materia, l'aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale, che si inserisce nell'ambito della procedura di scelta del contraente come momento necessario, ma non decisivo, e quindi inidoneo a produrre la definitiva lesione dell'interesse della

ditta che non è risultata vincitrice, con l'ovvia conseguenza che l'impresa non aggiudicataria non ha l'onere, bensì la mera facoltà di impugnare immediatamente l'aggiudicazione provvisoria, tuttavia, nel caso in cui la società non aggiudicataria abbia deciso di ricorrere immediatamente avverso l'aggiudicazione provvisoria è tenuta ad articolare in quella sede tutti i motivi di censura relativi.

Considerato quanto in precedenza rilevato in ordine all'interesse della terza classificata, attesa la infondatezza ed irricevibilità delle censure avanzate avverso la seconda classificata per le considerazioni di cui sopra, appare superfluo entrare nel merito delle specifiche censure articolate avverso l'aggiudicataria prima classificata. Per le considerazioni che precedono pertanto il ricorso deve essere respinto siccome infondato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sez. II ter, respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

Contributo unificato irripetibile.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 dicembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Antonio Vinciguerra, Presidente FF

Germana Panzironi, Consigliere

Maria Cristina Quiligotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/01/2010

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

IL SEGRETARIO