N. 00546/2015 REG.PROV.COLL.

N. 00198/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 198 del 2015, proposto da:
Societa' Ladisa s.p.a. mandataria capogruppo dell'A.T.I. con Fabbro s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Saverio Marini e Roberto Damonte, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Genova, via Corsica 10/4;

contro

A.R.S. Liguria - Agenzia Regionale Sanitaria, rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Cocchi e Gerolamo Taccogna, con domicilio eletto presso il loro studio in Genova, via Macaggi 21/5 - 8;

nei confronti di

CIR Food S.C., in proprio e quale capogruppo mandataria del R.T.I. formato con le imprese mandanti CAMST s.c. a r.l. e Consorzio cooperative costruzioni C.C.C., rappresentata e difesa dall'avv. Eugenio Dalli Cardillo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Camilla Dolcini in Genova, piazza Leonardo Da Vinci 2/3;

per l'annullamento

della determinazione n. 20/2015, avente ad oggetto aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento del servizio di ristorazione e servizi accessori.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.R.S. Liguria - Agenzia Regionale Sanitaria;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dall'A.T.I. CIR Food;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 maggio 2015 il dott. Angelo Vitali e uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato in data 3.3.2015 la società Ladisa s.p.a., capogruppo mandataria di costituenda A.T.I. con la mandante Fabbro s.p.a., espone di essersi classificata al secondo posto nella gara indetta da ARS Liguria – Agenzia regionale sanitaria – Centrale regionale di acquisto per l'affidamento del lotto n. 4 "I.R.C.C.S. G. Gaslini" del servizio di ristorazione e servizi accessori per i degenti ricoverati negli stabilimenti ospedalieri e per gli utenti delle strutture residenziali e semiresidenziali territoriali e per i dipendenti dell'ASL n. 1 Imperiese, ASL n. 3 Genovese, ASL n. 4 Chiavarese, O. Evangelico Internazionale, E.O. Galliera ed I.R.C.S.S. Gaslini della regione Liguria per la durata di nove anni.

Impugna la determinazione dirigenziale 28.1.2015, n. 20, di aggiudicazione definitiva del lotto all'A.T.I. controinteressata CIR Food s.c. – CAMST s.c. a r.l. e Consorzio cooperative costruzioni C.C.C., e sostiene che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

A sostegno del gravame deduce due motivi di ricorso, rubricati come segue.

1. Illegittimità dei provvedimenti impugnati per violazione di legge: violazione dell'art. 38, comma 1 lett. f) del D. Lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere, sub specie di carenza o insufficienza di motivazione e manifesta irragionevolezza.

La mandante C.C.C. del raggruppamento aggiudicatario aveva segnalato due annotazioni nel casellario informatico (una relativa ad una risoluzione contrattuale ex art. 119 D.P.R. n. 554/99, l'altra relativa ad una revoca di aggiudicazione – cfr. doc. 15 delle produzioni 11.3.2015 di parte ricorrente), relative alla società Consorzio ravennate delle cooperative di produzione e lavoro, fusasi per incorporazione in data 26.5.2011, annotazioni che l'amministrazione non ha però ritenuto di valutare ex art. 38 comma 1 lett. f) del D. Lgs. n. 163/2006, con la incongrua motivazione che le vicende relative all'impresa incorporata non siano rilevanti, *"perché in seguito alla fusione essa è stata assorbita dalla struttura dell'incorporante, e dunque occorre ormai fare riferimento alla capacità professionale di questa"* (così il verbale della seduta del 22.5.2014, doc. 2 delle produzioni 11.3.2015 di parte ricorrente).

2. Illegittimità degli atti impugnati per violazione degli artt. 86 comma 3-*bis*, 87 e 88 del D. Lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere, sub specie di difetto ed errore istruttorio, contraddittorietà, insufficienza e perplessità della motivazione.

Il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per l'evidente incongruità dell'offerta, sotto il profilo dell'inadeguatezza del costo medio della manodopera.

Da un lato, il dato relativo al costo medio orario ritenuto congruo dall'amministrazione (€ 15,29) sarebbe inferiore a quello esposto dallo stesso A.T.I. CIR Food (che va da un minimo di € 15,78 ad un massimo di € 18,31); dall'altro, esso sarebbe comunque di gran lunga inferiore a quello risultante dalle tabelle ministeriali.

Alla domanda impugnatoria accede domanda di accertamento e declaratoria del proprio diritto alla aggiudicazione della gara e dell'inefficacia del contratto eventualmente stipulato, con contestuale subentro.

Si è costituita in giudizio A.R.S. – Agenzia Regionale Sanitaria, preliminarmente eccependo l'inammissibilità del ricorso per mancata notifica all'I.R.C.S.S. Gaslini, destinatario del lotto aggiudicato con la gara in questione, nel merito controdeducendo ed instando per il suo rigetto.

Si è costituita in giudizio anche l'A.T.I. CIR Food, la quale, premesso che il contratto di appalto in questione, caratterizzandosi per un oggetto misto costituito in via prevalente da servizi ed in modo minoritario da opere, avrebbe potuto essere aggiudicato solo ad un A.T.I. verticale, ha proposto ricorso incidentale, affidato a cinque motivi di ricorso, rubricati come segue.

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 del codice dei contratti pubblici - violazione e falsa applicazione della normativa di gara ed in particolar modo del capitolato tecnico che pone l'obbligo a carico degli operatori economici concorrenti di realizzare anche opere edili, in quanto sia nell'offerta economica che nella documentazione amministrativa nessuna delle imprese che costituiscono l'A.T.I. Ladisa-Fabbro si e' impegnata ad eseguire tale prestazione - Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del T.U. n. 163/2006 - Eccesso di potere per carenza d'istruttoria - Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione.

2. Violazione e falsa applicazione della normativa di gara ed in particolare del capitolato tecnico in quanto pur non disponendo le imprese che compongono l'A.T.I. LadisaFabbro della certificazione SOA nelle categorie OG1 e OG11 questa e' stata comunque ammessa alla gara pur essendo carente di un requisito indefettibile per partecipare alla stessa - Violazione e falsa applicazione dell'art 40 del T.U.163/2006 - Violazione e falsa applicazione degli artt. 92, 107 e 109 del D.P.R. n. 207/2010 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del T.U. n. 163/2006 - Eccesso di potere per carenza d'istruttoria - violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione.

3. (segue sotto altro profilo al 1° motivo di ricorso incidentale) Illegittimità dell'ammissione alla procedura aperta de qua dell'A.T.I. Ladisa-Fabbro per violazione dei principi che governano l'istituto del subappalto - Violazione e falsa applicazione dell'art 118 del T.U. n. 163/2006 - Violazione e falsa applicazione dell'art.170 del D.P.R. n. 207/2010 - Violazione e falsa applicazione dell'art 2 del codice dei contratti pubblici Eccesso di potere per carenza d'istruttoria - Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione.

4. Illegittimità dell'ammissione alla procedura aperta de qua dell'A.T.I. Ladisa-Fabbro per violazione dei principi che governano l'istituto del subappalto - Violazione e falsa applicazione della normativa di gara e dei principi che regolano l'istituto del subappalto necessario - Violazione e falsa applicazione dell'art. 118 del T.U. n. 163/2006 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 170 del D.P.R. n. 207/2010 - Violazione e falsa applicazione dell'art 2 del codice dei contratti pubblici - Eccesso di potere per carenza d'istruttoria - Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione.

5. (in subordine rispetto ai precedenti quattro motivi di ricorso incidentale) Violazione e falsa applicazione dell'art. 1 del capitolato tecnico - Violazione e falsa applicazione dell'art. 118 del T.U.

n. 163/2006 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 170 del D.P.R. n. 207/2010 - Violazione e falsa applicazione degli artt. 92, 107 e 109 del D.P.R. n. 207/2010 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 37, comma 11, del T.U. n. 163/2006 - Violazione e falsa applicazione dell'art. 2 del T.U. n. 163/2006 - Eccesso di potere per carenza d'istruttoria - Violazione e falsa applicazione dell'art. 97 della Costituzione.

Previo scambio delle memorie conclusionali e di replica, alla pubblica udienza del 21 maggio 2015 il ricorso è stato trattenuto dal collegio per la decisione.

DIRITTO

Occorre prendere le mosse dall'esame del ricorso incidentale, che riveste carattere escludente e, pertanto, dev'essere esaminato prioritariamente (Cons. di S., Ad. Plen., 25.2.2014, n. 9).

Il ricorso incidentale è fondato, sotto i concorrenti profili dedotti con il secondo ed il quarto motivo di gravame.

La gara in questione è relativa all'affidamento per nove anni del servizio di ristorazione per i degenti, gli utenti e i dipendenti dell'I.R.C.C.S. G. Gaslini, per un importo complessivo pari ad € 20.929.950,00, nonché alla realizzazione delle connesse opere edili per un importo stimato di € 1.500.000,00, concernenti la predisposizione di un centro cottura interno e di un nuovo spazio mensa.

Si tratta dunque – secondo quanto ammette la stessa ricorrente principale – di un contratto misto ex art. 14 comma 2 lett. c) del D. Lgs. n. 163/2006, da considerarsi appalto pubblico di servizi in ragione del carattere accessorio dei lavori rispetto ai servizi di ristorazione, che costituiscono l'oggetto principale del contratto.

La circostanza che all'appalto misto in questione debba essere applicata la normativa in materia di appalti pubblici di servizi non elide, peraltro, l'esigenza imperativa sottesa all'art. 15 del D. Lgs. n. 163/2006, a mente del quale *"l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento di un contratto misto, deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal presente codice per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto"*.

La disposizione – il cui senso è quello di una combinazione delle diverse discipline, ciascuna delle quali deve trovare applicazione rispetto alla propria corrispondente componente contrattuale - costituisce infatti diretta attuazione del principio generale di cui all'art. 2 comma 1 del codice dei contratti pubblici (secondo il quale l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture deve garantire "la qualità delle prestazioni"), e riveste dunque carattere immediatamente cogente (Cons. di St., III, 10.12.2013, n. 5917; id., V, 28.2.2012, n. 1153).

Premesso che è la legge stessa (l'art. 15 D. Lgs. n. 163/2006 cit.) a richiedere ai concorrenti - si noti, non già agli esecutori - la qualificazione necessaria per effettuare la prestazione della componente lavori, ed a sanzionare con l'esclusione il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice dei contratti pubblici (art. 46 comma 1-*bis* D. Lgs. n. 163/2006), si osserva come nel caso di specie – a differenza da quanto erroneamente dedotto dalla ricorrente principale - anche la disciplina di gara deponesse in tal senso.

L'art. 1 del capitolato tecnico (doc. 19 delle produzioni 2.4.2015 di parte controinteressata, p. 10-11), annesso al bando di gara e specificamente richiamato nell'art. 1 del disciplinare, ha infatti cura di precisare: i costi delle opere e la relativa classificazione (OG1 ed OG11); che la categoria

prevalente è la Categoria OG1, che è subappaltabile nei limiti del 30%; che, infine, tutte le prestazioni sono subappaltabili, e che le lavorazioni di cui alla categoria OG11 sono comunque scorporabili ai fini della costituzione di raggruppamenti di tipo verticale.

Si tratta di precisazioni tutte che presuppongono, conformemente alla legge, il necessario possesso della qualificazione SOA in capo ai concorrenti per l'effettuazione della prestazione relativa alla componente lavori.

Nello stesso senso depongono chiaramente anche le informazioni complementari ex art. 71 D. Lgs. n. 163/2006, tempestivamente fornite e pubblicate dall'amministrazione in risposta alle richieste dei potenziali concorrenti.

E così, mentre nella risposta al quesito n. 18 si legge che *"per la partecipazione alla gara sono richieste le seguenti qualificazioni: - OG1 – classifica III (categoria prevalente); - OG11 – classifica II (categoria scorporabile)"*, nella risposta al quesito n. 45 è detto che *"il possesso dell'attestazione SOA è un requisito espressamente richiesto"* (cfr. i chiarimenti in data 20.1.2014 e 5.2.2014, doc. 24 delle produzioni 2.4.2015 di parte controinteressata).

Ciò posto, è pacifico e non contestato che né la mandataria Ladisa s.p.a., né la mandante Fabbro s.p.a. sono in possesso delle certificazioni SOA per le categorie OG1 ed OG11, necessarie per l'esecuzione dei lavori richiesti dal capitolato tecnico, sicché l'offerta del raggruppamento avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura.

Donde la fondatezza del secondo motivo del gravame incidentale.

Né rileva la circostanza che il R.T.I. Ladisa avesse dichiarato di voler subappaltare interamente la componente lavori.

E' noto infatti che, per consolidata giurisprudenza, la previsione di cui all'art. 118 comma 2 del D.Lgs. n. 163/2006 deve essere intesa nel senso che la dichiarazione ivi prevista può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara; al contrario, la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore, e la dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione, nelle ipotesi in cui il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione (così Cons. di St., V, 10.2.2015, n. 676; nello stesso senso id., 25.2.2015, n. 944; id., 23.2.2015, n. 846; id., III, 26.11.2014, n. 5856).

In senso contrario non può certo invocarsi il tenore della risposta fornita dall'amministrazione al quesito n. 42 – impropriamente enfatizzato dalla ricorrente principale – essendo del tutto evidente che la verifica dei requisiti da effettuarsi in fase di autorizzazione attiene ai soli requisiti del subappaltatore, ma non esclude affatto – ed anzi presuppone – il possesso della classificazione SOA in capo all'offerente (subappalto facoltativo).

Donde la fondatezza anche del quarto motivo di ricorso incidentale.

La fondatezza del ricorso incidentale determina l'inammissibilità del ricorso principale.

Le spese seguono come di regola la soccombenza, e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

Accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, dichiara inammissibile il ricorso principale.

Condanna l'A.T.I. Ladisa-Fabbro al pagamento delle spese di giudizio, che liquida in € 3.000,00 (tremila) oltre IVA e CPA in favore di ARS Liguria ed in € 4.000,00 (quattromila) oltre IVA e CPA in favore della controinteressata AT.I. CIR Food, oltre al rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2015 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Pupilella, Presidente

Luca Morbelli, Consigliere

Angelo Vitali, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/06/2015

IL SEGRETARIO

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