

Non sussiste nell'ordinamento comunitario una disposizione che esclude la possibilità per le singole imprese di proporre ricorso giurisdizionale o meglio che impone la proposizione di esso solo da parte delle imprese raggruppate ma vige, al contrario, un

Autore: Lazzini Sonia

In: Diritto civile e commerciale

Perché vi sia acquiescenza ad un provvedimento amministrativo occorre che il comportamento del soggetto acquiescente sia chiaro ed inequivocabile, sia a lui imputabile e tale da far desumere, senza un ragionevole dubbio, la volontà di accettare gli effetti delle determinazioni sfavorevoli o il suo disinteresse al conseguimento di una decisione di merito

Il Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 2336 del 16 marzo 2007, in tema di comportamento cd di acquiescenza ad un'aggiudicazione definitiva, ci insegna che:

<il comportamento del soggetto acquiescente non può essere considerato chiaro ed inequivocabile quando nel caso di :

- mancata impugnazione dell'aggiudicazione in favore della controinteressata, da parte delle altre imprese facenti parte della costituenda associazione;
- i soli rappresentanti della società ricorrente hanno chiesto il rilascio di copie;
- non aver presentato ricorso;

- non aver chiesto copie documentali in sede di accesso;
- non aver rinnovato la cauzione provvisoria.>

in particolare:

< la mancata impugnazione degli atti di gara da parte delle altre imprese della costituenda ATI ben può essere il portato della volontà di non affrontare i tempi e le spese di un giudizio, senza per questo assumere il significato di una volontà di abbandono della posizione sostanziale per la cui tutela è stato proposto il ricorso, sia pure da altri, volontà che, ove sussistente, dovrebbe essere esplicitata con altri e più chiari mezzi.>

inoltre merita di essere segnalato il seguente passaggio sulle ati:

per prima cosa vengono affrontati

i comportamenti da tenere nel caso in cui è stato costituito un nuovo centro di imputazione giuridica, distinto dai singoli soggetti aderenti all'associazione, ed in quanto tale rilevante, di per sé, nel mondo giuridico.

<nel nostro ordinamento sono previste due ipotesi di raggruppamento di imprese: quello tra imprese che si sono già riunite in associazione temporanea, all'atto della partecipazione alla gara e quello tra imprese che, invece, hanno assunto l'impegno a costituirsi in raggruppamento soltanto nel caso di aggiudicazione dell'appalto.

Stabilisce, a tale ultimo riguardo, l'articolo 37, comma 8, del codice dei contratti pubblici relativo a lavori o forniture, approvato con il D.Lgs. n. 163 del 2006, che "È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti." Ed ammette al comma 12 del medesimo articolo che " In caso di procedure ristrette o negoziate, l'operatore economico invitato individualmente ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti."

Le disposizioni contenute nei primi 7 commi del menzionato articolo 37 del D.Lgs. n. 163 del 2006, riguardanti l'ipotesi di un'associazione temporanea tra imprese già costituita, sanciscono gli obblighi previsti a loro carico, sia se riunite in associazione verticale sia se riunite in un'associazione orizzontale, per ciò che concerne la dimostrazione dei requisiti prescritti, la responsabilità - solidale - che le unisce tra di loro e nei riguardi dell'Amministrazione appaltante>

Secondariamente, ci vengono fornite le seguenti indicazioni su:

Le disposizioni contenute nel comma 8 del citato articolo 37, prima richiamate, chiariscono, invece, **gli obblighi che sono a carico delle imprese che si sono impegnate a costituirsi in associazione nel caso di aggiudicazione della gara**, e che consistono, essenzialmente, in quello di onorare tale impegno mediante l'effettivo raggruppamento in associazione nel caso di aggiudicazione dell'appalto, in quello di sottoscrivere ciascuna, individualmente, l'offerta da presentare e di associarsi, successivamente, assieme ai soggetti indicati all'atto della partecipazione alla gara, e infine, in quello di fornire il nominativo dell'impresa che diverrà capogruppo.

in questa seconda ipotesi non si è in presenza di un'entità giuridicamente autonoma e rilevante di per sé ma di un negozio obbligatorio - il cui oggetto è costituito dall'impegno a raggrupparsi - sottoposto ad una condizione sospensiva consistente nel verificarsi dell'evento dell'aggiudicazione, vincolante per le parti che lo hanno sottoscritto.

Quindi:

< L'interesse ad agire, coincidente con l'utilità concreta che deriva alla parte dalla sua impugnativa, e che nel caso in esame è data dall'utilità che può ritrarre dal ricorso ogni singola impresa di un'associazione costituenda, deve essere valutato alla stregua delle conseguenze che dalla proposizione di esso e dall'eventuale suo accoglimento possono derivare a tale impresa.>

in conclusione pertanto:

< sussiste la legittimazione ad agire dell'impresa singola facente parte di un' A.T.I., sia che il raggruppamento risulti già costituito al momento della presentazione dell'offerta, sia che questo debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione perché il conferimento del mandato speciale collettivo irrevocabile gratuito all'impresa capogruppo, attribuisce al legale rappresentante di quest' ultima la rappresentanza processuale nei confronti dell'amministrazione e delle imprese terze controinteressate ma non preclude o limita la facoltà delle singole imprese mandanti di agire in giudizio singulatim, nel caso in cui manchi una espressa previsione in tal senso nella normativa comunitaria di riferimento ed in quella nazionale di recepimento, in materia di appalti di servizi (cfr. art. 11 d.lgs. n. 157/1995), di lavori (cfr. art. 11 e 13 legge n. 109/1994) e di forniture (cfr. art. 11 d.lgs. n. 358/1992), si è soffermata sulla sentenza C-129/2004 dell'8 settembre 2005 della Corte di Giustizia della CE per trarne spunto per una diversa riflessione>

relativamente inoltre alle persone che correttamente possono presentare la documentazione dell'offerente, il giudice romano ci insegna che:

< nell'assenza di un esplicito divieto e in presenza di procura speciale, le dichiarazioni attestanti la sussistenza delle condizioni minime per partecipare alla gara valgono se sottoscritte dal procuratore speciale.>

per quanto concerne invece i requisiti che devono essere posseduti rispettivamente dal consorzio e/o dall'impresa consorziata, ci viene sottolineato che:

<nelle gare d'appalto pubblico, il possesso, da parte di un consorzio, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria stabiliti dal bando va accertato, anche a trascurare il principio di avvalimento contenuto nell'articolo 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006, **in relazione alle singole imprese facenti parte della compagine consortile, come individuate dal contratto costitutivo, e non in relazione al consorzio in quanto tale**, costituendo il consorzio il mezzo attraverso il quale si consente l'aggregazione di più soggetti per render possibile o più efficace la partecipazione di imprese con dimensioni limitate alle gare pubbliche, e dunque strumento teso ad assicurare un effettivo confronto concorrenziale della partecipazione alle gare pubbliche>

Riguardo inoltre alle differenti conseguenze se, per quanto concerne l'esperienza tecnica di un'impresa partecipante, il riferimento sia
a servizi

di "identica" natura svolti nel triennio precedente oppure alla più ampia dicitura di "servizi di natura analoga":

< la giurisprudenza anche in presenza della dicitura "servizi identici" utilizzata a proposito della dimostrazione della capacità economica di un'impresa ha interpretato tale espressione non in modo stringente e formalistico ma in modo più duttile in modo da evitare di vincolare il mercato, in modo asfittico, esclusivamente in favore delle imprese che già "hanno" e già "sono" ma aprendolo anche a quelle che dispongono delle potenzialità necessarie per un buon svolgimento dell'attività richiesta>

ed ancora:

< Appare, effettivamente, illogico che un'offerta costituita mediante un consistente ricorso al personale con contratto di apprendistato possa ottenere lo stesso punteggio riconosciuto ad un'offerta formulata con il ricorso a personale dipendente, dotato di maggiore esperienza professionale e tale conclusione in

quanto ferma all'aspetto logico dell'attribuzione del punteggio non impinge nel merito delle scelte discrezionali del committente che vengono valutate solo sotto il profilo della loro intrinseca ragionevolezza.>

anche in tema di risarcimento del danno, merita di segnalare che:

<che il criterio che deve presiedere a tale valutazione deve essere individuato, sulla scorta della più recente giurisprudenza amministrativa, nella disposizione di cui all'art. 345 l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. F ed all'articolo 122 del DPR 554 del 1999, che determinano il quantum dovuto all'impresa appaltatrice nel 10% dell'ammontare fissato dall'offerta della stazione appaltante considerato come utile presunto, detratto il ribasso da questa offerto, da calcolarsi al lordo della imposizione fiscale, oltre gli interessi e la rivalutazione monetaria in quanto debito di valore; criterio che, può essere applicato anche agli appalti di servizi, oltre che a quelli di opera pubblica>

a cura di Sonia Lazzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sede di Roma -Sezione III quater

composto dai seguenti magistrati:

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 6084 del 2004 proposto dalla spa **** Communication Services, rappresentata e difesa dagli avvocati Piero d'Amelio e Donatella Bardelloni ed elettivamente domiciliata presso il loro studio in Roma, Via della Vite n. 7;

CONTRO

L'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale (INPS) e l'Istituto Nazionale degli Infortuni sul Lavoro (INAIL), ciascuno in persona del rappresentante legale in carica, il primo rappresentato e difeso dagli avvocati Pietro Collina, Gaetano De Ruvo e Lidia Carcavallo, domiciliato presso l'ufficio legale dell'Istituto in Roma, Via della Frezza 17; il secondo rappresentato e difeso dagli avvocati Vincenzo Pone e Bettino Torre ed elettivamente domiciliato in Roma, Via Novembre IV n. 144;

e nei confronti del

Consorzio **** Link in proprio e nella qualità di mandataria dell'ATI con le imprese ****] spa, **** Italia spa, **** spa, **** srl, **** Italia spa, **** Network spa, **** ****unicazioni spa, rappresentate e difese dall'avvocato Angelo Clarizia, ed elettivamente domiciliate presso il suo studio in Via principessa di Clotilde 2, Roma;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione provvisoria all'ATI ****, del 31 marzo 2004, adottato nell'ambito della procedura indetta per l'aggiudicazione dell'appalto concorso relativo alla "realizzazione di un contact center integrato ripartito in due lotti" nonché della risposta al quesito relativo al punto 4.6 del capitolato tecnico (pagina 19 dell'elenco quesiti posti dalle ditte partecipanti relativamente al lotto 1), di tutti i verbali della commissione aggiudicatrice e del provvedimento di aggiudicazione definitiva del primo lotto all'ATI ****;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti della causa;

Nominato relatore all'Udienza Pubblica del 6 dicembre 2006 il consigliere dr. Linda Sandulli e sentiti gli avvocati come da verbale d'udienza;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con bando di gara pubblicato anche nella Gazzetta Ufficiale della Comunità Europea, serie S, n. 147 del 14 agosto 2002, l'INPS, in proprio e quale mandataria dell'INAIL, ha indetto un appalto concorso per la fornitura di un Contact Center con finalità di "Sportello Virtuale Unico" per l'erogazione di informazioni e servizi alla sua utenza e a quella dell'INAIL nonché per il supporto al processo di revisione organizzativa e di integrazione del sistema con le strutture INPS ed INAIL.

Ha previsto l'ammissione anche di offerte relative a singoli lotti.

Il primo dei due lotti dell'appalto concorso riguardante la progettazione, realizzazione e gestione del Contact Center multicanale, da svolgersi entro un periodo pari a tre anni, con personale specializzato ed adeguate infrastrutture logistiche e tecnologiche hardware e software, prevedeva un importo complessivo pari a €. 69.500.000,00.

Nel capitolato tecnico contenente la descrizione dei requisiti dei vari servizi oggetto dell'appalto e l'indicazione delle linee "progettuali" cui avrebbe dovuto rispondere il Contact Center oggetto della fornitura prevedeva, in particolare, la "localizzazione preferenziale nelle Regioni del Sud" l'"articolazione in tre o più siti interconnessi in maniera unitaria" e il "dimensionamento del numero di posti operatore necessario a garantire i livelli di servizio indicati nel capitolato, in ragione dei volumi previsti".

Come requisito minimo di partecipazione per quello che riguarda la capacità economica e finanziaria, era richiesta un'"autocertificazione del fatturato conseguito negli anni 1999, 2000 e 2001, per servizi di analoga natura, da cui risulti il raggiungimento nel triennio di almeno 70 milioni di euro di cui almeno 35 riferiti a progetti di Contact Center per il I lotto" ed inoltre che, "in caso di raggruppamento, la società mandataria dovrà aver conseguito almeno il 50% del fatturato dichiarato"

L'aggiudicazione era riservata in favore dell'offerta economicamente più vantaggiosa in termini di contenuti dell'offerta tecnica e del prezzo, con il punteggio massimo di 60 punti - sui 100 disponibili - in favore dell'offerta tecnica e dei restanti 40 punti in favore di quella economica.

All'esito

della valutazione delle offerte l'ATI **** è risultata aggiudicataria della gara con punti 93,62 mentre l'ATI *** - *** è risultata seconda con punti 86, 148. Dopo un primo parziale esame degli atti di gara la ricorrente, ritenendosi lesa dall'illegittimo operato della commissione aggiudicatrice ha proceduto alla loro impugnazione per i seguenti motivi:

1)

Violazione della lex specialis di gara: mancanza dei requisiti di capacità economica e finanziaria richiesti dal bando; eccesso di potere per difetto di istruttoria, falsi presupposti di fatto e diritto; disparità di trattamento e violazione della par condicio di gara.

L'ATI aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per mancanza dei requisiti minimi di capacità economica e finanziaria previsti nel relativo bando ove al punto 13 si richiedeva un fatturato per gli anni 1999, 2000, 2001, per servizi di analoga natura, per un importo pari ad almeno 70 milioni di euro di cui 35 riferiti a progetti e servizi di Contact Center con l'ulteriore previsione che, nel caso di raggruppamento, la società mandataria doveva aver conseguito almeno il 50% del fatturato.

Tale requisito non risulta posseduto dalla controinteressata tenuto conto che il Consorzio **** Link, mandatario del raggruppamento aggiudicatario non era ancora costituito nel triennio preso a riferimento (1999-2001) nel bando e che nessuna delle sue società raggruppate vantava il fatturato richiesto per l'espletamento di servizi analoghi.

Infatti la società **** Italiane aveva indetto soltanto il 4 agosto 1999, una gara, a licitazione privata, per la realizzazione del Call Center "Unico", aggiudicato ad un raggruppamento temporaneo di imprese costituito anche dall'odierna ricorrente e con un contratto stipulato il 24 febbraio 2000 la cui esecuzione era prevista per la fine di agosto 2001.

Da ciò si evince che le **** Italiane (e dunque il Consorzio **** Link) non disponeva né di un call center né di un contact center e che, pertanto, nel triennio preso in considerazione dal bando lo stesso non poteva disporre di un fatturato per servizi analoghi a quello oggetto della gara in contestazione pari al 50% del fatturato dichiarato.

L'offerta tecnica del predetto Consorzio **** dimostra che tale Consorzio non ha nemmeno mai erogato servizi analoghi a quelli di gara.

2) Violazione della lex specialis di gara; violazione di norme imperative di legge in materia di minimi tariffari; eccesso di potere per contraddittorietà, falso presupposti di fatto e diritto; difetto di istruttoria, disparità di trattamento e violazione della par condicio di gara.

L'ATI **** avrebbe dovuto essere esclusa anche per l'illegittimità dell'offerta economica presentata perché redatta in violazione sia delle norme di gara sia di norme di legge in materia di minimi tariffari inderogabili in materia lavoristica.

Con successivo atto la ricorrente, dopo aver replicato alle eccezioni sollevate dal Consorzio controinteressato nel ricorso incidentale proposto dal medesimo ed aver, a sua volta, proposto eccezioni sull'ammissibilità alla gara del Consorzio controinteressato per non aver depositato le società **** Italia e ****, né la procura speciale e/o notarile ricevuta né aver citato la fonte dei poteri di rappresentanza da loro esercitati, e per non aver presentato, le società **** ed ****, il certificato rilasciato dall'Autorità competente nella materia relativa al collocamento dei disabili, ha proposto i sottoindicati motivi aggiunti:

1) Violazione di norme a tutela della concorrenza e della lex specialis di gara. Eccesso di potere per falsità dei presupposti e sviamento.

Dal verbale di gara n. 17 del 31 marzo 2004, recante aggiudicazione all'ATI ****, non risultano i criteri con i quali la commissione aggiudicatrice ha proceduto all'assegnazione del punteggio per le offerte economiche mentre risultano soltanto i dati relativi all'offerta tecnica ed il conteggio globale assegnato a ciascun concorrente.

In ogni caso il punteggio assegnato all'ATI aggiudicataria si presenterebbe illegittimo in quanto la medesima, nel proporre il fatturato relativo al triennio preso a riferimento, non avrebbe indicato un servizio reso in outsourcing ma un servizio d'impresa (i n° 186 e 160) indistinguibile nella parte relativa al servizio oggetto dell'appalto.

2)

Ulteriore violazione delle norme a tutela della concorrenza e della lex specialis di gara e l'eccesso di potere per falsità dei presupposti e sviamento per aver tenuto conto di minimi tariffari relativi al rapporto di lavoro considerato nell'offerta non corrispondenti alle norme vigenti al momento di indizione della gara.

Il Consorzio *** Link, aggiudicatario della gara, ha proposto ricorso incidentale teso all'esclusione, dalla gara per cui è causa, dell'ATI ricorrente. Lo ha sostenuto con i sottoindicati motivi:

1)

Violazione e falsa applicazione della lex specialis. Violazione e falsa applicazione degli articoli 46 e 47 del dPR n. 445 del 28 dicembre 2000. Violazione delle norme e dei principi generali in materia di autocertificazione, di rappresentanza legale e di formulazione delle offerte. Eccesso di potere per carenza di istruttoria ed erroneità dei presupposti.

Il possesso dei requisiti minimi di partecipazione avrebbe dovuto essere attestato attraverso autocertificazione mentre, nella specie, sono state rese dichiarazioni, da procuratori speciali. Inoltre, la dichiarazione resa dalla Finsiel e dalla IBM è inconferente ed intrinsecamente inidonea allo scopo per la

quale è stata presentata. Conseguentemente il costituendo raggruppamento **** avrebbe dovuto essere escluso in sede di prequalificazione.

In ogni caso il suddetto gruppo avrebbe dovuto essere escluso in sede di offerta perché gli amministratori con potere di rappresentanza intervenuti nel periodo decorrente dalla prequalificazione all'offerta avrebbero dovuto produrre l'autocertificazione richiesta, a pena di esclusione, per la comprova del requisito minimo relativo alla carenza delle cause di esclusione ex articolo 12 del D.lg. n. 157 del 1995.

Ancora, viene dedotto che l'offerta tecnica prodotta dal gruppo cui fa capo la ricorrente è inammissibilmente sottoposta a condizione.

Con memoria del 29 novembre 2006 il Consorzio **** Link ha ulteriormente ribadito e illustrato le eccezioni sull'ammissibilità del gravame proposto dalla **** e sviluppato le proprie tesi difensive, concludendo con la richiesta di rigetto del ricorso.

A tali argomentazioni, comprese le eccezioni di inammissibilità sollevate dal Consorzio prima nominato, hanno poi aggiunto ulteriori argomentazioni difensive sia l'INAIL sia l'INPS, nella veste di amministrazioni resistenti.

Il primo dei due Istituti ora menzionati ha, invero, eccepito la propria estraneità alla lite per aver gestito l'INPS l'intera procedura di gara.

All'udienza del 6 dicembre 2006 la causa è stata posta in decisione ed il Collegio ritenendo necessaria l'acquisizione di parte della documentazione comprovante la fondatezza delle argomentazioni contenute nel ricorso incidentale proposto dal Consorzio Link, ha ordinato incumbenti istruttori con la sentenza n. 1405 del 19 dicembre 2005.

All'adempimento di tali incumbenti è seguita la trattazione della questione nell'Udienza del 28 febbraio 2007 ove la causa, ormai del tutto istruita, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Va esaminata l'istanza di estromissione dal giudizio presentata dall'INAIL per sé stesso perché in difetto di legittimazione passiva per essere stata gestita la gara, esclusivamente, dall' INPS.

L'eccezione è infondata e va disattesa.

La posizione di parte nel processo amministrativo non nasce soltanto dall'essere - un soggetto - formalmente destinatario o artefice di provvedimento amministrativo ma anche dall'essere titolare della posizione sostanziale e concreta sulla quale il provvedimento interferisce e per la cui tutela viene proposta l'azione giurisdizionale.

Nel caso in esame l'attività necessaria per l'aggiudicazione dell'appalto, ancorché posta in essere soltanto dall'INPS, peraltro nella veste di amministrazione mandataria anche dell'INAIL, riguarda anche quest'ultimo che risulta beneficiario dei risultati di detta attività.

D'altro canto l'INAIL, oltre ad essere il destinatario dei provvedimenti gravati non ha dichiarato di non avere più interesse alla sopravvivenza di tali atti ma si è limitato ad affermare la sua pretesa estraneità alla lite in ragione della veste formale ricoperta.

Ne consegue che al predetto Istituto non può non essere riconosciuta la posizione di parte resistente nell'odierno giudizio.

Viene, ora, in esame l'eccezione d'inammissibilità del ricorso, sollevata dal Consorzio **** Link e dalle Amministrazioni costituite, per aver impugnato, soltanto la *** e nel suo interesse - e nessuna delle altre società facenti parte della costituenda ATI, compresa la mandataria - i verbali della gara i cui estremi sono indicati in epigrafe.

Le altre imprese con il loro comportamento, desumibile anche dal verbale di accesso agli atti nel quale figura che i soli rappresentanti della società ricorrente hanno chiesto il rilascio di copie, avrebbero dimostrato di non avere più interesse all'esecuzione dell'appalto e di essere, in tal modo, acquiescenti ai risultati della gara.

Ne conseguirebbe l'inammissibilità del gravame in ragione dell'assenza di una utilità pratica per la ricorrente desumibile oltre che da quanto appena esposto anche dalla considerazione che quando l'offerta è sottoscritta in forma congiunta da imprese che non hanno stabilito un collegamento organico, giuridicamente rilevante, ma manifestato l'intenzione di riunirsi in Associazione di Imprese soltanto nel caso di aggiudicazione dell'appalto, l'interesse all'impugnativa non può essere radicato in capo ad una sola di loro.

L'offerta congiunta comporta, infatti, l'inconfigurabilità di un unico centro di imputazione, considerato che ciascuna impresa si è impegnata per sé stessa, e che tutte le imprese firmatarie, in concorso tra loro, possono essere destinatarie dell'aggiudicazione.

A sostegno della tesi appena esposta viene richiamata giurisprudenza di questo Tribunale e del Consiglio di Stato e la normativa e i principi comunitari sul punto così come affermati nella sentenza della Corte di Giustizia dell'8 settembre 2005 C129/04.

In buona sostanza,
l'eccezione di difetto di interesse ad agire sollevata dal controinteressato Consorzio si compone di due profili: uno riguardante l'acquiescenza al risultato ormai raggiunto, da parte delle altre imprese della costituenda ATI, che rivelerebbe la loro mancanza di interesse all'esecuzione dell'appalto, l'altro dall'essere, la ricorrente, una impresa singola di un'ATI non costituita.

Su tale secondo profilo vi è richiesta di proposizione di incidente avanti alla Corte di Giustizia con sospensione del presente giudizio.

Il Collegio si sofferma, per primo sull'assunto dell'intervenuta acquiescenza al risultato della gara da parte delle imprese rientranti nella costituenda ATI, per non aver presentato ricorso, per non aver chiesto copie documentali in sede di accesso e per non aver rinnovato la cauzione provvisoria, secondo quanto rilevato dal controinteressato Consorzio.

Osserva che perché vi sia acquiescenza ad un provvedimento amministrativo occorre che il comportamento del soggetto acquiescente sia chiaro ed inequivocabile, sia a lui imputabile e tale da far desumere, senza un ragionevole dubbio, la volontà di accettare gli effetti delle determinazioni sfavorevoli o il suo disinteresse al conseguimento di una decisione di merito (T.A.R. Campania Napoli, sez. VII, 17 febbraio 2006, n. 2131).

Ritiene che tale non possa essere ritenuta la mancata impugnazione dell'aggiudicazione in favore della controinteressata, da parte delle altre imprese facenti parte della costituenda associazione, e nemmeno gli altri comportamenti appena sopra richiamati che della prima possono essere ritenuti una logica conseguenza.

Infatti, la mancata impugnazione degli atti di gara da parte delle altre imprese della costituenda ATI ben può essere il portato della volontà di non affrontare i tempi e le spese di un giudizio, senza per questo assumere il significato di una volontà di abbandono della posizione sostanziale per la cui tutela è stato proposto il ricorso, sia pure da altri, volontà che, ove sussistente, dovrebbe essere esplicitata con altri e più chiari mezzi.

Disattesa l'eccezione in esame nella parte in cui si sostiene che le altre imprese della costituenda ATI hanno prestato acquiescenza all'aggiudicazione in favore della controinteressata va ora esaminato l'altro profilo della medesima eccezione, quello riguardante la possibilità di impugnativa degli atti di gara, da parte di una sola delle imprese impegnate a costituirsi in associazione in caso di aggiudicazione dell'appalto.

Osserva, a tale proposito, il Collegio che nel nostro ordinamento sono previste due ipotesi di raggruppamento di imprese: quello tra imprese che si sono già riunite in associazione temporanea, all'atto della partecipazione alla gara e quello tra imprese che, invece, hanno assunto l'impegno a costituirsi in raggruppamento soltanto nel caso di aggiudicazione dell'appalto.

Stabilisce, a tale ultimo riguardo, l'articolo 37, comma 8, del codice dei contratti pubblici relativo a lavori o forniture, approvato con il D.Lgs. n. 163 del 2006, che "È consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della

gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.” Ed ammette al comma 12 del medesimo articolo che “ In caso di procedure ristrette o negoziate, l’operatore economico invitato individualmente ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti.”

Le disposizioni contenute nei primi 7 commi del menzionato articolo 37 del D.Lgs. n. 163 del 2006, riguardanti l’ipotesi di un’associazione temporanea tra imprese già costituita, sanciscono gli obblighi previsti a loro carico, sia se riunite in associazione verticale sia se riunite in un’associazione orizzontale, per ciò che concerne la dimostrazione dei requisiti prescritti, la responsabilità - solidale - che le unisce tra di loro e nei riguardi dell’Amministrazione appaltante.

Tali previsioni rispecchiamo, ovviamente, i comportamenti da tenere nel caso in cui è stato costituito un nuovo centro di imputazione giuridica, distinto dai singoli soggetti aderenti all’associazione, ed in quanto tale rilevante, di per sé, nel mondo giuridico.

Le disposizioni contenute nel comma 8 del citato articolo 37, prima richiamate, chiariscono, invece, gli obblighi che sono a carico delle imprese che si sono impegnate a costituirsi in associazione nel caso di aggiudicazione della gara, e che consistono, essenzialmente, in quello di onorare tale impegno mediante l’effettivo raggruppamento in associazione nel caso di aggiudicazione dell’appalto, in quello di sottoscrivere ciascuna, individualmente, l’offerta da presentare e di associarsi, successivamente, assieme ai soggetti indicati all’atto della partecipazione alla gara, e infine, in quello di fornire il nominativo dell’impresa che diverrà capogruppo.

In definitiva, in questa seconda ipotesi non si è in presenza di un’entità giuridicamente autonoma e rilevante di per sé ma di un negozio obbligatorio - il cui oggetto è costituito dall’impegno a raggrupparsi - sottoposto ad una condizione sospensiva consistente nel verificarsi dell’evento dell’aggiudicazione, vincolante per le parti che lo hanno sottoscritto.

Ora, la circostanza che in tale seconda ipotesi le imprese, a differenza del caso in cui siano già riunite in associazione, devono essere considerate nella loro individualità in quanto, nel tempo previsto per la loro formale riunione in ATI, non hanno ancora concretamente dato vita ad un autonomo centro di imputazione giuridica, non vuole significare che l’associazione che si sono impegnate a costituire è da ritenersi irrilevante sul piano giuridico, secondo quanto pretenderebbe, in definitiva, la controinteressata con la tesi contenuta nell’eccezione in esame.

L’interesse ad agire, coincidente con l’utilità concreta che deriva alla parte dalla sua impugnativa, e che nel caso in esame è data dall’utilità che può ritrarre dal ricorso ogni singola impresa di un’associazione costituenda, deve essere valutato alla stregua delle conseguenze che dalla proposizione di esso e dall’eventuale suo accoglimento possono derivare a tale impresa.

E, in una fattispecie come quella in esame, esso emerge, con ogni evidenza, se solo si considera che l'impresa ricorrente, una volta vinto il ricorso, può far valere l'impegno alla costituzione del raggruppamento, assunto dalle altre imprese partecipanti alla gara (e non ricorrenti) chiedendone loro l'adempimento

nel caso in cui, com'è nella specie, tale impegno non è stato né espressamente né implicitamente annullato e continua ad essere dotato della sua forza vincolante.

Vale la pena di richiamare, oltre alla consolidata giurisprudenza formatasi sul punto, tutta nel senso dell'ammissibilità del ricorso da parte di una singola impresa di un'ATI costituenda, anche quanto precisato dalla Sezione Atti Normativi del Consiglio di Stato, che ha affermato come "La legittimazione a impugnare la procedura di gara da parte delle singole imprese associate sussiste sia nell'ipotesi di raggruppamento di imprese già costituito sia nell'ipotesi di raggruppamento ancora da costituire (Consiglio St. Atti normativi, 11 novembre 2002, n. 1376)".

Il Collegio aderisce all'orientamento appena riferito e ritiene, per le ragioni che di seguito esporrà, che la ricorrente, impresa singola di una costituenda ATI, è legittimata ad agire a tutela di un suo diretto e personale interesse alla correttezza dello svolgimento della procedura e ciò anche se si considera quanto affermato nella recente ordinanza della V sezione del Consiglio di Stato n. 6677 del 14 novembre 2006, di rimessione di questione analoga alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee, ai sensi dell'articolo 234 del Trattato CE.

Con tale ordinanza la predetta Sezione del Consiglio di Stato, dopo aver esaminato il quadro normativo nazionale così come prevalentemente interpretato dal giudice amministrativo, unitamente al giudice comunitario, ed aver affermato che sussiste la legittimazione ad agire dell'impresa singola facente parte di un' A.T.I., sia che il raggruppamento risulti già costituito al momento della presentazione dell'offerta, sia che questo debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione (cfr. ex multis, Cons. Stato, V, 30/8/2004, n. 5646; idem, 15/4/2004, n. 2148; idem, 18/3/2004, n. 1411; idem, 30/10/2003, n. 6769; Cons. Stato, VI, 29/11/2004, n. 7784; Cons. Stato, IV, 10/6/2004, n. 3719; idem, 23/1/2002, n. 397) perché il conferimento del mandato speciale collettivo irrevocabile gratuito all'impresa capogruppo, attribuisce al legale rappresentante di quest' ultima la rappresentanza processuale nei confronti dell' amministrazione e delle imprese terze controinteressate ma non preclude o limita la facoltà delle singole imprese mandanti di agire in giudizio singulatim, nel caso in cui manchi una espressa previsione in tal senso nella normativa comunitaria di riferimento ed in quella nazionale di recepimento, in materia di appalti di servizi (cfr. art. 11 d.lgs. n. 157/1995), di lavori (cfr. art. 11 e 13 legge n. 109/1994) e di forniture (cfr. art. 11 d.lgs. n. 358/1992), si è soffermata sulla sentenza C-129/2004 dell'8 settembre 2005 della Corte di Giustizia della CE per trarne spunto per una diversa riflessione.

Ha sostenuto, a tale proposito, che "La Corte di Giustizia delle Comunità Europee, sez. II, con la sentenza appena menzionata, avente ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 CE, proposta alla Corte dal Conseil d'État (Belgio) con decisione 25 febbraio 2004, nella causa tra Espace Trianon SA, Société wallonne de location-financement SA (Sofibail) e Office communautaire et régional de

la formation professionnelle et de l'emploi (FOREM),
che l'art. 1 della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, deve essere interpretato nel senso che nulla osta a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto possa essere proposto unicamente dalla totalità dei membri di un'associazione temporanea - priva di personalità giuridica - che ha partecipato, in quanto tale, ad una procedura d'aggiudicazione di un appalto pubblico e non si è vista attribuire il detto appalto - e non da uno solo dei membri della detta associazione a titolo individuale.

Soffermandosi su quanto rilevato dal Giudice comunitario, nell'ordinanza di rimessione della questione alla Corte di Giustizia, la V Sezione del Consiglio di Stato ha anche rilevato che secondo la predetta Corte “.. l'articolo 1, n. 3, della direttiva n. 665 del 1989 riferendosi a chiunque abbia un interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un appalto pubblico,.... riguarda la persona che, avendo presentato la propria offerta per l'appalto pubblico di cui trattasi, ha dimostrato il suo interesse ad ottenerne l'aggiudicazione” e che: “...., in tale situazione, è l'associazione temporanea in quanto tale ad aver presentato l'offerta, e non i suoi membri a titolo individuale. Del pari sono i membri di tale associazione che, laddove si fossero visti aggiudicare l'appalto di cui trattasi, avrebbero avuto l'obbligo di sottoscrivere il contratto e di eseguire i lavori”.

Nella predetta Ordinanza vengono segnalate le conclusioni presentate dall'Avvocato generale nelle quali - si sostiene - sono racchiuse delle considerazioni di rilevante interesse quali il riferimento alla circostanza che “ la legittimazione attiva spetta... a colui che è anche titolare dei diritti sostanziali. Senonché, nel caso dei raggruppamenti di imprenditori, i diritti scaturenti dalle direttive che regolano gli aspetti sostanziali dell'aggiudicazione degli appalti spettano ai raggruppamenti stessi. Infatti, nei confronti dei terzi è il raggruppamento a partecipare alla procedura di aggiudicazione. Ed è ancora soltanto il raggruppamento che può essere, se del caso, il destinatario della decisione relativa all'aggiudicazione”.

Aderendo all'impostazione dell'Avvocato generale nella predetta Ordinanza vengono **** in rilievo le conclusioni da questo formulate ove si legge che “la direttiva garantisce la tutela giuridica soltanto degli offerenti, nella specie, quindi, soltanto del raggruppamento di imprenditori. Proprio il procedimento principale ci offre un esempio di quella che è la situazione tipica per i raggruppamenti di imprenditori, quella in cui, cioè, i singoli membri, a causa della loro specializzazione, non sarebbero affatto in grado di eseguire l'appalto nel suo complesso.....

Il principio del parallelismo depone, pertanto, piuttosto in senso contrario all'attribuzione, in base alla direttiva, della legittimazione attiva anche ai singoli membri del raggruppamento. Dalla direttiva può, dunque, desumersi soltanto la legittimazione attiva del raggruppamento in quanto tale”.

Poggiando sulla ricostruzione interpretativa contenuta nella sentenza ora esposta, ed in particolare, sulle conclusioni formulate dall'Avvocato Generale della Corte di Giustizia della CE che, peraltro, non sono

state esplicitamente fatte proprie dalla nominata Corte e tenendo conto della rilevanza della questione per la soluzione del caso al suo esame, la Sezione V del Consiglio di Stato ha sospeso il giudizio in corso e rimesso gli atti alla predetta Corte di Giustizia.

A tali conclusioni il Consorzio **** Link chiede che pervenga anche questo Collegio.

Prima di esporre le ragioni per le quali il Collegio ritiene, al contrario, che, nel caso in esame, non sia ravvisabile un'esigenza di sospensione del procedimento in corso al fine di rinviare la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, ritiene utile svolgere alcune precisazioni.

Rileva, innanzi tutto, che il giudice adito non è tenuto a sollevare questione pregiudiziale di validità di un atto, ai sensi dell'art. 164 (oggi 220), trattato CE in ogni caso ma solo quando vi sia un ragionevole dubbio sulla sua invalidità, ossia quando la questione stessa appaia rilevante in sede di giudizio e non manifestamente infondata.

In tal caso, per ottenere l'uniforme applicazione del diritto comunitario nel territorio di tutti gli Stati membri, è necessario che della questione venga investita la Corte di giustizia, mentre la mera proposizione di quest'ultima non obbliga il giudice adito a siffatta remissione (Consiglio Stato, sez. V, 23 aprile 1998 , n. 478).

Fatta tale precisazione, il Collegio procede all'esame della fattispecie sottoposta al suo esame e rileva, preliminarmente, che il principio contenuto nell'articolo 1, c. 3 della direttiva n. 665 del 1989 richiamato nell'ordinanza del Consiglio di Stato e nella sentenza della Corte di Giustizia prima citate, appare di tenore molto ampio, teso a ricomprendere ogni possibile impugnativa.

Infatti, dopo l'affermazione contenuta nel comma 1 secondo la quale le decisioni prese dalle amministrazioni aggiudicatrici devono essere oggetto di ricorsi efficaci, si stabilisce nel comma 3 che " Gli Stati membri garantiscono che le procedure di ricorso siano accessibili, secondo modalità che gli Stati membri possono determinare, per lo meno a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto pubblico di forniture o di lavori e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una violazione denunciata".

La disposizione esposta, soprattutto con riferimento all'inciso relativo a "chiunque abbia o abbia avuto interesse" sembra enunciare un principio di portata tale da voler includere, nel senso più ampio possibile, tutti i titolari di una posizione sostanziale (non vi è un riferimento alle posizioni, note nel nostro ordinamento, di diritto soggettivo o interesse legittimo, in quanto si tratta di posizioni sconosciute in altri ordinamenti della Comunità) da tutelare. Appare, cioè, di tenore tale, da garantire a costoro la possibilità di proporre un ricorso "efficace" secondo la definizione data dalla norma. E tutti coloro che hanno interesse non sono, per le ragioni che si sono in parte già es**** e che di seguito verranno ulteriormente illustrate, soltanto i raggruppamenti temporanei di imprese ma anche le singole imprese di un'ATI costituenda

Alla luce di questo principio comunitario deve essere letta, ad avviso di questo Collegio, la sentenza C-129/05 della II Sezione della Corte di Giustizia la quale è intervenuta in relazione al quesito posto in sede di giudizio avanti al Conseil d'Etat del Regno del Belgio, se all'articolo 1 della direttiva, 89/665, vale a dire quello appena riferito,

“osti ad una disposizione legislativa nazionale - come l'art. 19, primo comma, delle leggi sul Conseil d'État, coordinate il 12 gennaio 1973 - che viene interpretata nel senso che essa impone ai membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, che ha partecipato in quanto tale ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico senza ottenerne l'aggiudicazione, di proporre ricorso avverso la decisione di aggiudicazione del suddetto appalto soltanto agendo tutti insieme, nella loro qualità di associati o in nome proprio.”

Il quesito proposto, nei termini in cui è stato svolto, fa comprendere che, data per scontata la portata ampia del principio comunitario relativo alla legittimazione a ricorrere, con esso si intende(va) stabilire la compatibilità - e quindi la validità - di un principio nazionale di contenuto limitativo rispetto a quello, più ampio, comunitario.

E la risposta al quesito appare nel senso che nell'ordinamento comunitario, impregiudicato il principio di maggior favore esistente, deve ammettersi la validità di un limite ad esso, cioè consentire l'impugnativa degli atti di una gara esclusivamente da parte del raggruppamento nel suo insieme, nel caso in cui tale limite sia previsto da una norma nazionale come quella contenuta nell'ordinamento belga.

In sostanza, non sussiste nell'ordinamento comunitario una disposizione che esclude la possibilità per le singole imprese di proporre ricorso giurisdizionale o meglio che impone la proposizione di esso solo da parte delle imprese raggruppate ma vige, al contrario, un principio che afferma una vasta possibilità di azione aperta sia alle singole imprese raggruppate o raggruppande sia al raggruppamento nel suo insieme e consente una deroga solo con riferimento ad un'espressa previsione contenuta in un ordinamento nazionale

Resta, pertanto, confermata, a giudizio del Collegio, l'assenza di norme comunitarie nel senso preteso dalla controinteressata

e cioè la sussistenza di una delle condizioni alle quali la giurisprudenza amministrativa italiana, così come prima richiamata, ha

subordinato il riconoscimento della legittimazione a ricorrere anche in favore delle singole imprese raggruppate o da raggruppare in un'ATI, vale a dire l'assenza di una norma comunitaria ostativa.

Va, ora, accertato se nel nostro ordinamento nazionale esiste una norma contenente una previsione di tal genere atteso che in tale evenienza lo Stato italiano si troverebbe in una situazione analoga a quella del Regno del Belgio sicchè potrebbe ritenersi dubbia la legittimazione ad agire in capo alla singola impresa dell'ATI costituenda.

Ebbene, neanche tale norma sussiste, secondo quanto affermato dalla giurisprudenza assolutamente

prevalente sul punto, citata del resto dallo stesso giudice amministrativo di appello nell'Ordinanza surriferita e riferita, in parte, in precedenza.

Sul tema si ritiene utile richiamare quanto precisato dal Consiglio di Stato, nell'adunanza plenaria del 4 ottobre 2005 n. 8, ove si afferma che "Nel caso in cui una costituenda riunione temporanea di imprese viene a costituire con la fideiussione la cauzione provvisoria, il soggetto garantito non è l'associazione temporanea di impresa (a.t.i.) nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata. Garantite invece sono tutte le imprese associande che, durante la gara, operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, quello (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo alla impresa designata capogruppo che stipulerà il contratto con l'amministrazione."

Ed ancora, si vuole richiamare la sentenza del TAR dell'Umbria del 1° giugno 2005, n. 303 ove si sostiene che "Ciascun partecipante ad un'associazione temporanea d'impresa è legittimato, anche disgiuntamente, ad impugnare gli atti di una gara d'appalto. Non è di ostacolo a ciò, e non configura pertanto una carenza di interesse alla decisione, il fatto che le altre partecipanti dell'ATI non abbiano presentato ricorso, in maniera autonoma o congiuntamente. Infatti, la mancata impugnativa degli atti di gara da parte delle altre imprese partecipanti alla a.t.i. costituenda non comporta "ex se" lo scioglimento automatico del sottostante rapporto giuridico di mandato esistente tra la stessa Impresa capogruppo e le altre imprese. Di conseguenza, in caso di accoglimento del ricorso, il partecipante ricorrente può comunque avvalersi di tale rapporto giuridico sostanziale per costituire formalmente con le altre partecipanti l'associazione temporanea, ai sensi e per gli effetti dell'art. 11 d.lg. n. 157 del 1995."

Il Collegio è convinto della bontà delle argomentazioni appena es**** a proposito delle quali intende aggiungere l'ulteriore riflessione secondo la quale nel caso di un raggruppamento tra imprese da costituire, così come l'impegno di costituirsi in ATI è destinato a realizzarsi dopo l'aggiudicazione dell'appalto nel caso in cui questo intervenga a conclusione delle operazioni di scrutinio delle offerte da parte della commissione giudicatrice e dell'aggiudicazione da parte della stazione appaltante, allo stesso modo, l'impegno alla costituzione in ATI potrà (in realtà, dovrà) prendere corpo una volta che l'aggiudicazione consegua alla pronuncia del giudice, vale a dire a giudizio concluso ancorché promosso da una sola delle imprese del costituendo raggruppamento.

In entrambi i casi la costituzione dell'ATI è sottoposta, secondo quanto prima osservato, ad una condizione sospensiva costituita dall'evento dell'aggiudicazione della gara, condizione che può verificarsi in momenti diversi: quello, naturale, della conclusioni delle operazioni di scelta del contraente; quella, patologica, della conclusione favorevole di un giudizio instaurato sul punto.

La logica conseguenza delle argomentazioni svolte è che, a giudizio del Collegio, la questione della pregiudizialità posta dal Consorzio **** Link si rivela infondata e che la **** dispone della necessaria legittimazione ad agire con gli inevitabili riflessi quanto all'ammissibilità del gravame.

Viene, ora, in esame l'eccezione tardività dei motivi aggiunti e la loro inammissibilità per omessa notifica ai controinteressati, così come dedotte dal Consorzio **** Link .

Premesso che il termine per la proposizione dei motivi aggiunti, nel rito ex art. 23 bis della legge n. 1034 del 1971, rientra nella eccezione al dimezzamento di essi previsto dal comma 2 della prefata disposizione

(« I termini processuali previsti sono ridotti alla metà, salvo quelli per la proposizione del ricorso ») in quanto anche nei motivi aggiunti sussistono quelle finalità di garanzia e tutela del diritto di difesa che costituiscono la ratio della eccezione medesima prevista per la proposizione del ricorso, ed in considerazione del fatto che nell'ipotesi opposta si perverrebbe al singolare risultato che - ferma la facoltatività dei medesimi motivi aggiunti- nel caso in cui la parte decidesse di proporre un ricorso autonomo la stessa potrebbe avvalersi di un termine ordinario, mentre se si avvalsesse del rimedio dei motivi aggiunti dovrebbe subire un termine dimezzato.(T.A.R. Lombardia Milano, sez. II, 05 maggio 2006, n. 1141) deve osservarsi che, nel caso in esame, la conoscenza della lesione è intervenuta, secondo la stessa affermazione del Consorzio **** Link, in data 24 maggio 2004 mentre la proposizione dei motivi aggiunti è del 1° luglio 2004, vale a dire entro il termine di 60 giorni normativamente previsto.

Ne consegue, pertanto, che i motivi aggiunti si rivelano tempestivi.

Gli stessi risultano, inoltre, notificati alle parti controinteressate sicchè anche per tale verso l'eccezione sollevata dal Consorzio **** Link deve essere disattesa.

Il Collegio, poi, alla luce della giurisprudenza che ha sostenuto come in tema di impugnazione di aggiudicazione di un pubblico appalto non residui alcun interesse alla decisione del ricorso principale in capo al concorrente del quale, su ricorso incidentale dell'aggiudicatario, sia annullata l'illegittima ammissione alla procedura, in quanto nessun vantaggio gli deriverebbe dalla riapertura del procedimento di gara atteso che, per lui, la procedura avrebbe dovuto arrestarsi con la sua esclusione dalle fasi successive alla stessa ammissione, esamina per primo il ricorso incidentale.

Osserva che in casi come quello descritto, nei confronti del ricorrente principale che dovesse essere escluso, non residua nemmeno un interesse meramente morale alla ripetizione della procedura in quanto, per tale aspetto, gli deve essere riconosciuto un interesse di mero fatto, non differente dall'interesse di un qualsiasi altro soggetto rimasto estraneo alla procedura investita dal gravame. (Consiglio Stato , sez. V, 28 novembre 2005, n. 6643).

Poiché nella fattispecie all'esame il ricorso incidentale mira proprio all'esclusione della società ricorrente dalla gara oggetto della causa di modo che nell'ipotesi di un suo accoglimento, il ricorso principale si rivelerebbe improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse alla decisione, lo stesso deve essere esaminato per primo.

Passa, pertanto, all'esame dei singoli rilievi in esso contenuti.

Il primo riguarda le dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti minimi di partecipazione previsti nel bando, che avrebbero dovuto essere rese mediante autocertificazione dagli amministratori delegati delle società raggruppande, in applicazione del punto 13 del medesimo bando.

Tale regola risulterebbe inosservata dalle società **** Italia, Finsiel, IBM e Sistemi Informativi, facenti parte del costituendo raggruppamento di imprese, al cui interno figura l'odierna ricorrente, atteso che le stesse hanno prodotto autocertificazioni rese da procuratori speciali e non dagli amministratori delegati, da soggetti, pertanto, non legittimati e si sarebbero ****, in tal modo, in situazione tale da dover essere escluse già in sede di prequalificazione.

Richiama la giurisprudenza di questo Tribunale e del Tribunale Amministrativo della Campania sul punto.

Il Consorzio **** Link rileva, inoltre, che la Finsiel ha presentato autocertificazione resa da un soggetto che non ha comprovato i poteri posseduti mediante l'esibizione di procura notarile e prodotto, assieme all'IBM una dichiarazione che, per il suo tenore, si rivela del tutto inconferente e inidonea ad attestare il possesso del requisito minimo prescritto.

Il Collegio rileva che la documentazione alla quale si fa riferimento è quella prodotta nella fase di prequalificazione, vale a dire in una fase che, nelle procedure di evidenza pubblica, ha il compito di determinare i requisiti soggettivi di "partecipabilità" alla gara, sotto l'aspetto della soglia minima di idoneità dei soggetti ad essere valutati, tramite l'esame dei parametri obiettivi riportati nelle dichiarazioni e nelle autocertificazioni allegate alla domanda, restringendo, così, l'ambito dei potenziali concorrenti.

Fase che, in considerazione della finalità perseguita non comporta attribuzione di punteggi né l'effettuazione di verifiche su quanto dichiarato, considerato che tali verifiche e l'attribuzione di punteggi restano consegnati alle fasi successive.

Osserva che secondo quanto correttamente posto in evidenza dalla ricorrente, il punto 7 della lettera di invito ed il punto 10 del relativo bando di gara non prevedevano, tanto meno a pena di esclusione, che la documentazione dovesse essere sottoscritta dall'amministratore delegato o dal titolare dell'impresa partecipante alla gara ma soltanto che l'offerta doveva essere firmata da persona o dalle persone abilitate ad impegnarla legalmente.

Prevedevano, inoltre, che la dichiarazione attestante l'attualità della validità di quanto dichiarato o certificato con la documentazione trasmessa assieme alla domanda di partecipazione, venisse sottoscritta dal rappresentante legale di ciascuna società.

Ne consegue che non essendovi una previsione nel senso prospettato dal resistente Consorzio, vale a dire impositiva di un obbligo di sottoscrizione delle dichiarazioni "minime" da rendere in sede di partecipazione ad una gara, esclusivamente dagli amministratori delegati, le stesse risultano,

legittimamente, sottoscritte dai procuratori speciali i quali costituiscono i rappresentanti legali della società, con riferimento alla procura liberamente loro conferita, ed al suo oggetto che, nel caso in esame, riguarda proprio la partecipazione alla procedura per cui è causa.

Nemmeno può convenirsi con il Consorzio resistente sulla necessità che la procura speciale per la sottoscrizione della documentazione di gara fosse, necessariamente, notarile.

Secondo gli articoli 38, 46 e 47 del DPR n. 445 del 2000, cioè del “Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa.” chi è interessato può produrre dichiarazioni sostitutive dell’atto di notorietà in relazione a stati, qualità personali o fatti di cui abbia diretta conoscenza, (deve proporle) sottoscritte con la osservanza delle modalità di cui all'articolo 38 del medesimo DPR, vale a dire sottoscritte e presentate unitamente a copia fotostatica non autenticata di un documento di identità del sottoscrittore.

Queste sono le formalità previste dalle norme appena evocate e queste formalità risultano osservate o quanto meno, non risultano espressamente contestate dal Consorzio resistente sì da doversi ritenere che siano state osservate.

In relazione alla Finsiel, inoltre, non può non segnalarsi quanto sostenuto, senza contestazione, dalla ricorrente che oltre alla sottoscrizione da parte del procuratore, rilasciata ai sensi del DPR 445 del 2000, nelle dichiarazioni rese dalla stessa viene fatto espresso riferimento ai poteri conferitigli con procura notarile dei quali vengono citati gli estremi.

In ogni caso, a seguito della sentenza interlocutoria di questa sezione n. 1405 del 19 dicembre 2006, l’INPS ha depositato documentazione dalla quale si ricava, a proposito del dr. Amati, procuratore della Finsiel che lo stesso è stato indicato come tale dall’amministratore delegato, il quale ha provveduto a mezzo di scrittura privata la cui firma risulta autenticata dal notaio De Franchis con estremi di data e repertorio.

Inoltre la stessa attenendo al momento della presentazione dell’offerta, ad una fase in cui non è prevista, nel bando di gara, una disposizione che imponeva la forma dell’atto pubblico, può ritenersi rilasciata nel pieno rispetto della previsione contenuta nell’articolo 1392 cc.

Gli argomenti fin qui svolti consentono di trascurare l’autonomo motivo - aggiunto - proposto dalla ricorrente sull’omessa allegazione o citazione della fonte del potere esercitato nelle dichiarazioni rese dalla **** Italia e dalla ****, entrambe facenti parte del Consorzio aggiudicatario.

Anche per queste società vale, infatti, l’argomento appena sviluppato secondo il quale nell’assenza di un esplicito divieto e in presenza di procura speciale, le dichiarazioni attestanti la sussistenza delle condizioni minime per partecipare alla gara valgono se sottoscritte dal procuratore speciale.

L'ultimo rilievo mosso dal Consorzio **** Link

con riferimento sia alla fase della pre - qualificazione sia a proposito di quella dell'offerta riguarda le dichiarazioni rese ex articolo 12 del D.Lgs. 157 del 1995 dalle società Finsiel ed IBM della costituenda ATI.

Il loro tenore assolutamente generico non servirebbe ad attestare l'insussistenza di tutte le cause di esclusione, quali ad esempio le condanne penali o le false dichiarazioni, eventualmente riportate dagli amministratori o, comunque, dai soggetti muniti del potere di rappresentanza.

Inoltre, le stesse sarebbero inidonee allo scopo per il quale risultano rilasciate in quanto non provenienti dal soggetto al quale le situazioni soggettive oggetto di autocertificazione si riferiscono.

Il primo degli argomenti appena evidenziati, ad avviso della società ricorrente, non potrebbe essere fatto valere dal Consorzio controinteressato in quanto tutte le società del raggruppamento **** avrebbero presentato dichiarazioni di identico tenore a quelle contestate, avendo prodotto indicazioni generiche sulla situazione in cui versavano le società in relazione alle cause di esclusione di cui all'articolo 12 del D.Lgs. 157/1995 sicchè far valere la loro pretesa illegittimità vorrebbe dire far valere la medesima illegittimità anche nei confronti del Consorzio controinteressato con l'effetto di esclusione anche del medesimo dalla gara e sopravvivenza delle altre partecipanti, non costituite nell'odierno gravame.

Sull'argomento si è soffermato anche l'INAIL per sostenere che le dichiarazioni ancorché generiche sarebbero comunque da ritenere riferibili sia alla persona fisica che ha la rappresentanza legale della società sia a coloro che possono impegnare la medesima società verso terzi e sarebbero in ogni caso valide perché predis**** in fase di prequalificazione.

In un successivo punto del ricorso incidentale, il Consorzio **** Link insiste sull'illegittimità dell'ammissione della ricorrente alla procedura di gara, questa volta con riferimento alla fase dell'offerta e non della prequalificazione, per violazione di quanto previsto al punto 10 del bando di gara.

La lettera di invito imponeva, infatti, ai concorrenti di produrre, a pena di esclusione "una dichiarazione sottoscritta dal rappresentante legale di ciascuna società, attestante che quanto dichiarato o certificato con la documentazione trasmessa unitamente alla domanda di partecipazione è tuttora valido. Nel caso fossero intervenute, nel frattempo, variazioni dovrà essere prodotta la relativa documentazione aggiornata".

Nella specie le società Finsiel ed IBM avrebbero dichiarato la variazione degli amministratori con potere di rappresentanza ma non avrebbero prodotto l'autocertificazione richiesta, a pena di esclusione, per la comprova del requisito minimo relativo alla carenza delle cause di esclusione ex articolo 12 del D.Lgs. n. 157 del 1995.

Inoltre, l'offerta presentata dalla IBM sarebbe stata sottoscritta da un procuratore che alla stregua della

procura notarile prodotta in sede di gara non era munito del relativo potere.

Trattandosi di offerta congiunta la carenza di potere del sottoscrittore dell'offerta IBM avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'intero costituendo raggruppamento.

La ricorrente incidentale, nella memoria depositata in prossimità dell'udienza di discussione della causa, ha argomentato ulteriormente in relazione al profilo di censura in esame e, soprattutto, contestato, sul piano del fatto, che le due società sopra indicate abbiano rilasciato, secondo quanto da loro, invece, sostenuto, dichiarazioni di responsabilità ex articolo 12 del D.Lgs. n. 157 del 1995.

Ha richiamato, a dimostrazione delle sue affermazioni, le dichiarazioni versate in atti dall'INPS dalle quali risulterebbe che la Finsiel avrebbe soltanto dichiarato che "la documentazione trasmessa unitamente alla domanda di partecipazione è tuttora valida ad eccezione del certificato della Camera di Commercio che si allega" mentre la società IBM si sarebbe limitata a dichiarare che "essendo intervenute variazioni rispetto alla documentazione presentata in prequalifica, allega:

1) certificato di iscrizione originale alla Camera di Commercio; 2) certificato ISO 9001:2000 in copia conforme."

In sostanza non avrebbero dato conto della reale produzione delle dichiarazioni riferite da parte delle due società citate.

Al fine di accertare la fondatezza dell'assunto del Consorzio **** Link, il Collegio ha ritenuto di dover acquisire la documentazione prodotta dalle singole imprese facenti parte del costituendo raggruppamento ed esattamente le dichiarazioni di assenza di cause di esclusione previste dal più volte riferito articolo 12, ed ha, pertanto, ordinato incumbenti istruttori con la sentenza interlocutoria n.1405 del 19 dicembre 2006 appena prima richiamata, incumbenti che sono stati regolarmente adempiuti dall'Amministrazione indicata.

All'esito dell'istruttoria le considerazioni svolte dalle parti continuano ad essere di contenuto contrapposto insistendo il Consorzio nel senso dell'intervenuta conferma di quanto dedotto nel ricorso incidentale, replicando la ricorrente, al contrario, sull'accertata dimostrazione dell'osservazione di quanto richiesto nel bando di gara e, comunque, sulla circostanza che le imprese facenti parte del gruppo controinteressato hanno prodotto dichiarazioni di identico tenore a quello delle imprese del costituendo raggruppamento con la conseguenza che il ricorso incidentale si rivelerebbe inammissibile per difetto di interesse in capo alla ricorrente incidentale.

Il Collegio, premesso che la dichiarazione di cui viene rilevata la mancanza è richiesta, nel bando di gara e nella lettera di invito, a pena di esclusione e che nel caso della **** trattandosi di un raggruppamento costituendo e non costituito, tale dichiarazione doveva essere prodotta dalla singola impresa partecipante alla gara, intende, preliminarmente, chiarire la portata dell'articolo 12 del D.Lgs. n. 157 del 1995.

La norma prevede che non sono da ammettere alla partecipazione di gare pubbliche, i concorrenti che:

- a) si trovano in stato di fallimento, di liquidazione, di amministrazione controllata, di concordato preventivo o in qualsiasi altra situazione equivalente;
- b) nei cui confronti sia stata emessa sentenza di condanna passata in giudicato, ovvero sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per qualsiasi reato che incide sulla loro moralità professionale o per delitti finanziari;
- c) che nell'esercizio della propria attività professionale hanno commesso un errore grave, accertato con qualsiasi mezzo di prova addotto dall'amministrazione aggiudicatrice;
- d) che non sono in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali a favore dei lavoratori, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;
- e) che non sono in regola con gli obblighi relativi al pagamento delle im**** e delle tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti;
- f) che si sono resi gravemente colpevoli di false dichiarazioni nel fornire informazioni che possono essere richieste ai sensi del presente articolo o degli articoli da 13 a 17.

Pur essendo generica nella parte in cui non indica puntualmente i soggetti che devono essere in possesso dei requisiti di moralità professionale richiesti per poter partecipare alle gare pubbliche (lettera b) in quanto fa riferimento ai "concorrenti", la disposizione è stata interpretata nel senso che la dichiarazione attestante la moralità professionale, collegata dall'art. 12, comma 1, lett. b), del d. lgs. n. 157 del 1995, alla non commissione dei reati relativi all'esercizio dell'impresa e di quelli finanziari, deve essere rilasciata, nel caso in cui l'impresa è personale, dalla persona fisica titolare dell'impresa e, nell'ipotesi di impresa in forma di persona giuridica, dalla persona fisica che di questa ha la rappresentanza legale, in considerazione della circostanza che la responsabilità penale è personale.

L' evidente finalità della disposizione è, infatti, quella di evitare che soggetti i quali, per la commissione di determinati reati, abbiano dato prova di scarsa affidabilità morale e professionale, possano partecipare alle procedure di evidenza pubblica e che, in tal modo, possano perseguire, o nella fase di formazione del contratto o nel corso dell'eventuale successivo rapporto con la pubblica Amministrazione, risultati confliggenti con l'interesse pubblico (TAR Lombardia Milano, sez. III, 11 giugno 2003 e CdS, sezione V, 9 giugno 2003, n. 3241).

La causa di esclusione dalle gare di cui si discute si configura, pertanto, quale misura a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, volta ad impedire, in concreto, che l'Amministrazione entri in rapporto con i soggetti in questione e, più in generale, con tutti quelli che, per i poteri loro conferiti, siano, oggettivamente, in grado, mediante l'adozione di atti giuridici di rilevanza esterna, di vincolare la

società verso i terzi e, in particolare, con la pubblica Amministrazione. Deve convenirsi, allora, che una corretta lettura della norma impone di estendere l'accertamento del possesso del requisito in capo a qualsiasi persona fisica che sia presente nel procedimento in luogo del "concorrente" e sia dotata di poteri che le consentano di obbligarsi validamente in nome e per conto di questo (CdS, Sezione V, n. 3466 del 28 maggio 2004).

Precisati i termini giuridici della questione posta dal Consorzio va, però, esaminato, in via preliminare, l'argomento addotto dalla **** secondo il quale il motivo ora esposto sarebbe inammissibile atteso che le dichiarazioni rese dalle società dell'altro raggruppamento sono di pari tenore, vale a dire riguardano le singole società (e il Consorzio nel suo insieme) e non gli amministratori o i procuratori (caso **** ed ****) personalmente.

Con tale rilievo la **** intende, evidentemente, paralizzare la censura del Consorzio **** Link considerato che quanto dedotto in ricorso incidentale deve essere valutato, così come avviene nel ricorso principale, nei limiti dell'interesse del deducente, in questo caso del Consorzio, limiti che nel caso in esame, consistono nell'accertamento dell'obbligo di esclusione della **** dalla partecipazione alla gara.

In tal caso, infatti, secondo quanto prima precisato, si perverrebbe alla declaratoria di sopravvenuta carenza di interesse alla decisione del ricorso principale ed il Consorzio **** Link conserverebbe la posizione di impresa aggiudicataria ottenuta a conclusione della procedura di gara.

Il Consorzio in questione, non potrebbe conservare tale posizione, invece, se si accogliesse la controdeduzione della ricorrente, appena riferita, in quanto ciò porterebbe all'esclusione dalla gara oltre che della società ricorrente anche della ricorrente incidentale con l'effetto di pervenire all'esclusione dalla gara di entrambe, facendo perdere loro, in tal modo sia il bene che la controinteressata intende conservare e per il quale ha agito, con un vantaggio per le altre imprese partecipanti alla gara ed oggi estranee alla lite, sia il bene che la ricorrente, invece, intende acquisire.

Ciò precisato, ritiene il Collegio che l'argomento posto dalla **** colga nel segno.

Ed invero dall'esame di tutte le domande delle imprese facenti parte del raggruppamento costituito, depositate in atti, emerge che le stesse sono state rese in nome e per conto della società e non anche per la persona del rappresentante legale delle predette società. Emerge, inoltre, che le dichiarazioni relative alle variazioni intervenute non contengono una dichiarazione personale di assenza dei motivi di esclusione ex art.12 del D. Lgs. n. 157 del 1995, da parte dei soggetti che le hanno rese ma soltanto l'indicazione dei mutamenti e l'esibizione dei documenti relativi a quei mutamenti, esattamente come avvenuto nel caso delle imprese dell'ATI costituenda di cui fa parte la ricorrente.

Conseguentemente il profilo di censura in esame, per le ragioni es****, non può essere fatto valere dal Consorzio **** Link.

Resta l'ultimo motivo di ricorso incidentale con il quale il Consorzio sottolinea che la lettera di invito alla gara sanzionava espressamente la comminatoria dell'esclusione "le offerte sotto**** a condizione" e deduce che l'offerta della ricorrente apponendo delle inammissibili condizioni all'esatto svolgimento delle prestazioni, in quanto prevede "vincoli" per il rispetto "dei tempi richiesti dal bando di gara per lo sviluppo della prima fase del Contact Centre" e ancora che " l'eventuale ritardo sulla disponibilità di uno o più dei punti seguenti produrrà un ritardo nel piano", avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Anche tale motivo è infondato.

La condizione è un avvenimento futuro e incerto cui è subordinata l'efficacia o la risoluzione del negozio.

Nel caso dell'offerta della ricorrente, le indicazioni fornite dalla **** non stanno a significare che la stessa ha inteso subordinare l'efficacia o la risoluzione del contratto da stipulare ad un determinato evento ma che, molto più semplicemente, ha voluto evidenziare la concatenazione intercorrente tra fatti di natura tecnica tali per cui l'uno è realizzabile soltanto se si è realizzato il precedente e ciò al fine di segnalare, anche in considerazione della prevista possibilità dell'applicazione di una penale per il caso di collaudo finale oltre i termini fissati, che un possibile ritardo del primo si riverbera sui tempi del secondo.

Esaminati i profili di censura del ricorso incidentale nei termini riportati, non resta al Collegio che dichiararne l'inammissibilità con riferimento al secondo motivo e l'infondatezza con riferimento ai restanti motivi.

Venendo al merito del ricorso il Collegio procede all'esame del primo motivo.

Con esso la **** lamenta la violazione della lex specialis di gara per la mancanza dei requisiti di capacità economica e finanziaria richiesti dal bando, da parte del Consorzio aggiudicatario, nonché l' eccesso di potere per falso presupposto di fatto e diritto e per disparità di trattamento e violazione della par condicio di gara.

Assume che il Consorzio **** Link avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per mancanza dei requisiti minimi di capacità economica e finanziaria previsti nel relativo bando ove al punto 10, lettera c) si richiedeva un fatturato per gli anni 1999, 2000, 2001, per servizi di analoga natura, per un importo pari ad almeno 70 milioni di euro di cui 35 riferiti a progetti e servizi di Contact Center con l'ulteriore previsione che, nel caso di raggruppamento, la società mandataria doveva aver conseguito almeno il 50% del fatturato.

Tale requisito non risulterebbe posseduto dalla controinteressata tenuto conto che il Consorzio **** Link, mandatario del raggruppamento aggiudicatario non era ancora costituito nel triennio preso a riferimento (1999-2001) nel bando e che nessuna delle sue società raggruppate vantava il fatturato richiesto per l'espletamento di servizi analoghi.

Infatti la società **** Italiane aveva indetto soltanto il 4 agosto 1999, una gara, a licitazione privata, per la realizzazione del Call Center “Unico” aggiudicato ad un raggruppamento temporaneo di imprese costituito anche dall’odierna ricorrente, con un contratto stipulato il 24 febbraio 2000 la cui esecuzione era prevista per la fine di agosto 2001.

Da ciò si evince che le **** Italiane (e dunque il Consorzio **** Link) non disponeva né di un call center né di un contact center e che, pertanto, nel triennio preso in considerazione dal bando lo stesso non poteva disporre di un fatturato per servizi analoghi a quello oggetto della gara in contestazione pari al 50% del fatturato dichiarato.

L’offerta tecnica del predetto Consorzio **** dimostrerebbe, inoltre, che tale Consorzio non ha nemmeno mai erogato servizi analoghi a quelli di gara.

In particolare, l’importo di 146 milioni di euro vantato riguarderebbe la sola gestione del servizio telefonico di dettatura dei telegrammi (n. 186) e comprenderebbe in modo indistinto sia il valore di dettatura e ricezione del telegramma sia il valore del telegramma medesimo che, invece, dovrebbe essere espunto. Inoltre, tale fatturato avrebbe dovuto essere ritenuto non pertinente in quanto relativo ad attività interna e non svolta in “outsourcing” e sarebbe inutilizzabile perché non inerente a servizi di analoga natura e meno che mai alla progettazione e realizzazione di un “contact center”.

Il Collegio osserva, preliminarmente, che nelle gare d'appalto pubblico, il possesso, da parte di un consorzio, dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria stabiliti dal bando va accertato, anche a trascurare il principio di avvalimento contenuto nell’articolo 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006, in relazione alle singole imprese facenti parte della compagine consortile, come individuate dal contratto costitutivo, e non in relazione al consorzio in quanto tale, costituendo il consorzio il mezzo attraverso il quale si consente l'aggregazione di più soggetti per render possibile o più efficace la partecipazione di imprese con dimensioni limitate alle gare pubbliche, e dunque strumento teso ad assicurare un effettivo confronto concorrenziale della partecipazione alle gare pubbliche. (Consiglio Stato, sez. VI, 04 giugno 2004, n. 3494 e T.A.R. Lazio, sez. I, 13 dicembre 2005 , n. 13593).

Ritiene che sia da considerare irrilevante, al fine che ci occupa, la data di costituzione del Consorzio dovendosi considerare le società che ad esso hanno aderito.

Osserva, poi, che nella gara in esame il requisito della capacità economica non è stato richiesto attraverso il riferimento a servizi di “identica” natura svolti nel triennio precedente, riprendendo in tal modo la dicitura utilizzata nell’articolo 13 del D.Lgs. n. 157 del 1995 ma attraverso la più ampia dicitura di “ servizi di natura analoga”, non contestata dalla ricorrente, e tale da non imporre la valutazione di esperienze identiche.

Ciò porta a ritenere che nella definizione di contact center, inteso come contatto con l'utente, possano ritenersi ricompresi oltre al web ed alla posta elettronica anche mezzi più tradizionali come la posta, il telefono e il fax.

Conseguentemente non si vede quale potrebbe essere la ragione per escludere dall'ampio concetto ammesso, il servizio reso attraverso il numero 186. Quanto alla parte economica riferibile al telegramma nella sua materialità ritiene il Collegio che l'entità dell'importo dichiarato (€ 146.000.000,00) faccia scolorire il peso di tale dato al punto che la sua determinazione, a prescindere dalla possibilità della sua materiale determinazione, si riveli del tutto irrilevante.

Del resto la giurisprudenza anche in presenza della dicitura "servizi identici" utilizzata a proposito della dimostrazione della capacità economica di un'impresa ha interpretato tale espressione non in modo stringente e formalistico ma in modo più duttile in modo da evitare di vincolare il mercato, in modo asfittico, esclusivamente in favore delle imprese che già "hanno" e già "sono" ma aprendolo anche a quelle che dispongono delle potenzialità necessarie per un buon svolgimento dell'attività richiesta (TAR Parma 9 febbraio 200 n. 462).

Quanto poi all'inidoneità dei servizi interni ed all'impossibilità di valutarli va osservato che tale dato non emerge dal bando di gara così come non emerge la necessità che l'impresa mandataria avesse svolto attività di progettazione. Ne consegue, pertanto, che tale ultima attività per assumere valenza avrebbe dovuto essere insussistente da parte di tutte le imprese facenti parte del raggruppamento.

Ma tale rilievo non risulta mosso sicché deve ritenersi che il requisito prescritto ancorché insussistente in capo al controinteressato Consorzio non possa essere negato nei riguardi delle altre imprese rientranti in esso.

La censura, pertanto, si rivela infondata.

Va, quindi esaminato il secondo motivo con il quale la ricorrente lamenta la violazione della lex specialis di gara e di norme imperative di legge in materia di minimi tariffari oltre all'eccesso di potere sotto diversi profili.

Secondo la ***, il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso oltre che per mancato possesso della capacità economica richiesta, anche per l'illegittimità dell'offerta presentata perché redatta in violazione sia delle norme di gara sia di norme di legge in materia di minimi tariffari inderogabili in materia lavoristica.

Il Capitolato Tecnico dell'Appalto, infatti, avrebbe imposto l'impiego esclusivo di lavoratori regolarmente assunti con contratto di lavoro subordinato e retribuiti secondo i minimi tariffari previsti dai vigenti contratti collettivi di lavoro. Al contrario il RTI aggiudicatario avrebbe offerto un prezzo rivelatore del

mancato rispetto di tali minimi tariffari ed avrebbe prospettato il ricorso a rapporti di lavoro non ammissibili come, ad esempio, quello di apprendistato o quello di lavoratore a progetto.

In particolare non avrebbe dovuto essere ritenuto ammissibile il ricorso a quest'ultima forma di lavoro perché il decreto attuativo della legge Biagi è stato pubblicato sulla GURI del 9 ottobre 2003 ed è entrato in vigore allo scadere del 15° giorno successivo, dopo il termine fissato per la presentazione delle domande che era il 10 ottobre 2003.

Nemmeno il contratto di apprendistato avrebbe dovuto essere considerato atteso che secondo il CCLN vigente all'epoca il relativo personale poteva svolgere la sua attività per un periodo pari a 18 mesi, sensibilmente inferiore, pertanto, al contratto stipulato a conclusione della gara per cui è causa che è di durata triennale, con la conseguenza che allo scadere di tale periodo, tale personale o veniva assunto dalla società **** (rectius il Consorzio) con un sensibile incremento di retribuzione (di costi per l'impresa), rispetto a quella indicata nell'offerta o veniva sostituito con altrettanto personale in pari regime per il quale sarebbe stato necessario sopportare nuovi costi di formazione consistenti in una somma fissa di cui non sarebbe rinvenibile traccia nell'offerta del Consorzio controinteressato.

Sostiene, ancora, la ****

che nel punto 4. 6 del Capitolato Tecnico di Appalto laddove si prevede che: "Il personale impiegato per il servizio "operatori" dovrà essere regolarmente assunto.....nel rispetto delle vigenti normative in materia di rapporto di lavoro" si intende fare riferimento al lavoro dipendente posto che la parola "assunzione" è di natura tecnica e riguarda unicamente il contratto di lavoro subordinato di cui agli articoli 2094 e seguenti del codice civile.

Conferma di ciò si avrebbe anche dallo schema di contratto per il lotto 1, il cui articolo 15 fa riferimento espresso al "personale dipendente".

Da ciò la necessità imprescindibile di formulare l'offerta in termini di minimi tariffari come previsti nei CCLN vigenti.

La società ricorrente, allo scopo di dimostrare la tesi appena esposta, fa ricorso ai dati di ore lavoro desumibili dall'offerta economica. Dall'esame analitico di essi si verrebbe, a suo avviso, all'indicazione che il compenso orario tariffario erogato dal Consorzio **** Link, per ciascun operatore, è pari a € 4,83 e non terrebbe conto né della formazione iniziale né del Team leader previsto per ogni 20 operatori e neppure del responsabile di sala e di servizio.

Inoltre, il costo orario di un terzo livello

- operatore di call center previsto dal CCLN vigente per i lavoratori delle ****unicazioni è pari a € 10,64 solo per il primo anno.

Ciò dimostrerebbe in pieno la circostanza che la tariffa utilizzata dal Consorzio aggiudicatario ha alterato profondamente la par condicio tra i concorrenti, anzi è tale da rivelare l'inosservanza di norme che avrebbe dovuto dar luogo alla sua esclusione dalla gara.

Illegittima, inoltre, la risposta fornita dall'INPS, in sede di svolgimento della procedura di gara, al quesito formulato su quale delle forme contrattuali indicate potesse essere ritenuta ammissibile, e cioè: 1) contratto di collaborazione coordinata e continuativa; 2) contratto di formazione e lavoro; 3) contratto a tempo determinato; 4) contratto di apprendistato; 5) contratto di lavoro temporaneo, nella quale si precisa che tutte le forme contrattuali previste dalla normativa vigente che consentivano il rispetto dei requisiti di qualità richiesti nel Capitolato potevano essere ritenute ammissibili.

Le argomentazioni riferite sono state ulteriormente precisate dalla ricorrente la quale ha evidenziato che la controinteressata nella sua offerta ha indicato di avvalersi di contratto di lavoro subordinato soltanto per poche decine di operatori e di contratti a progetto per 167 operatori e di contratti di apprendistato per 125 operatori arrivando in tal modo ad un'offerta economica sensibilmente inferiore a quella della ricorrente, formulata in patente violazione della par condicio.

L'apprezzamento delle argomentazioni appena es**** non può che passare attraverso la lettura della lettera di invito e del capitolato.

Dispone il punto 4.6 del Capitolato Tecnico dell'Appalto che "Il fornitore indicherà la tipologia di figure professionali da impiegare, fermo restando che le diverse figure impiegate devono soddisfare almeno i seguenti ruoli e competenze specifiche:

Responsabili del servizio: distinti in responsabile del contratto; dell'infrastruttura dello sportello unico; del servizio operatori; dello sviluppo software (1 per ogni ente) e del monitoraggio e qualità dello sportello unico.

Servizio operatori: responsabile di sala; tutor di sito e operatore

Prosegue, poi, affermando nello stesso punto, che "il personale impiegato per il servizio operatori dovrà essere regolarmente assunto dalla ditta nel rispetto delle vigenti normative in materia di rapporto di lavoro"

L'articolo 15 dello schema di contratto allegato al Capitolato rubricato come "responsabilità ed obblighi derivanti dai rapporti di lavoro" dispone, inoltre, che l'impresa riconosce a proprio carico tutti gli oneri inerenti all'assicurazione del proprio personale dipendente occupato.

Ripete la medesima espressione a proposito degli obblighi sulle assicurazioni sociali obbligatorie e stabilisce infine che "l'impresa si obbliga ad attuare nei confronti dei propri dipendenti ...condizioni normative e retributive non inferiori a quelle risultanti dai contratti collettivi di lavoro applicabili alla data

di stipulazione del presente atto”.

Al quadro delle regole appena riferite deve aggiungersi la considerazione appena sopra riportata, secondo la quale alla data della presentazione delle offerte la disciplina della cosiddetta Legge Biagi non era ancora in vigore in quanto il termine per la vacatio legis non era ancora spirato sicchè ogni riferimento alla tipologia di rapporto di lavoro in essa contenuto doveva ritenersi inconfidente, o meglio inapplicabile.

Il Collegio, pur riconoscendo che la normativa riguardante il rapporto di lavoro ha subito nel corso degli ultimi anni un impressionante dinamismo, certamente determinato dalla necessità di consentire al mondo del lavoro di aderire maggiormente ai mutamenti che hanno attraversato e stanno attraversando quello dell'economia e dell'impresa, così come dimostra, ad esempio, la più sfumata distinzione intercorrente tra lavoro subordinato ed autonomo generata dall'inserimento di un'altra forma di lavoro quale è quella, cosiddetta, parasubordinata (contratti di collaborazione coordinata e continuativa), ritiene, tuttavia, che la lettura dell'insieme dei passaggi contenuti nel Capitolato Tecnico e nello schema di contratto prima esposti portino a ritenere fondate le argomentazioni di parte ricorrente.

Precisa, innanzi tutto, che proprio la dinamicità della normativa, così come appena evidenziata, non consente di considerare l'offerta del Consorzio **** Link come formulata in evidente violazione di norme imperative e per tale ragione, da escludere dalla gara.

Soggiunge, però, che a diversa conclusione deve pervenirsi con riferimento alla lamentata violazione della par condicio tra concorrenti.

A tale proposito osserva che effettivamente i termini espressamente utilizzati nel Capitolato Tecnico ove si fa riferimento all'“assunzione” e al personale “dipendente” così come il richiamo al contratto collettivo di lavoro nazionale applicabile chiariscono che il rapporto di lavoro al quale occorre fare riferimento era quello subordinato, con esclusione del rapporto di lavoro a progetto non ancora vigente al momento dell'offerta e con esclusione del contratto di collaborazione coordinata e continuativa che, al di là dei suoi caratteri, risulta disciplinato dal primo contratto collettivo nazionale di lavoro soltanto a partire dal 2 marzo 2004, dopo il termine di presentazione dell'offerta, pertanto, restando, in precedenza, regolamentata dall'articolo 409 cpc e dall'articolo 2222 cc oltre che dalla legge n. 335 del 1995 che ha istituito una gestione separata dall'INPS.

Il rapporto di lavoro in questione risulta caratterizzato dal fatto che il collaboratore pur prestando la propria opera in modo continuativo e coordinata con quella del committente, non è suo dipendente e, secondo la giurisprudenza chiamata a definirne i caratteri necessari in mancanza di una specifica definizione della legge, svolge la sua attività con continuità, intesa come costanza dell'impegno e suo perdurare nel tempo, coordina la sua prestazione, vale a dire la collega funzionalmente con l'attività del committente e agisce con un'accentuata autonomia professionale, intesa come prevalenza del suo rapporto personale.

Sembra al Collegio, in ogni caso, che oltre ai termini utilizzati dalla stazione appaltante al fine di definire la natura del rapporto di lavoro da intrattenersi per l'esecuzione del servizio, ai quali in precedenza si è fatto riferimento, ed al riferimento al CCNL applicabile, che meglio ne chiarisce il senso, anche la struttura "minima" organizzativa richiesta dalla medesima amministrazione appaltante faccia intendere che nella fattispecie configurata nel Capitolato Tecnico il riferimento non poteva che essere al rapporto di lavoro subordinato.

La fitta rete di soggetti responsabili prevista, organizzata secondo un organigramma concentrico che parte dalle strutture di livello più elementare, quale quella di responsabile di sala, per passare ad un livello più articolato quale quello del responsabile dello sviluppo software fino ad arrivare al responsabile del contratto, sulla base dello stretto legame intercorrente tra loro, configura un'organizzazione interdipendente e funzionante sulla base di un sistema di subordinazione degli uffici tra loro e dei singoli operatori all'interno di ciascun ufficio.

In buona sostanza, tale struttura non sembra compatibile, se non attraverso un'elusione delle norme riguardanti le singole tipologie del rapporto di lavoro, con la figura professionale del cosiddetto co.co.co. il cui tratto essenziale è quello di dover fornire la propria prestazione nel contesto di un rapporto che non ha il carattere di lavoro subordinato da svolgersi senza osservanza di specifici orari e con l'utilizzazione di una propria autonoma e distinta organizzazione di lavoro.

Fondata per le ragioni che si espongono, la censura in esame, anche per la parte inerente al rapporto di apprendistato utilizzato nella predisposizione dell'offerta rispetto al quale, effettivamente, il Consorzio controinteressato avrebbe dovuto precisare le somme previste per la formazione o quelle da corrispondere per la diversa e superiore retribuzione nel caso di conferma degli operatori allo spirare del termine del relativo contratto. Da condividere, infine, l'ulteriore profilo della censura in esame dell'illogicità dell'attribuzione di un identico punteggio al personale offerto dalla ricorrente rispetto a quello offerto dal Consorzio controinteressato.

Appare, effettivamente, illogico che un'offerta costituita mediante un consistente ricorso al personale con contratto di apprendistato possa ottenere lo stesso punteggio riconosciuto ad un'offerta formulata con il ricorso a personale dipendente, dotato di maggiore esperienza professionale e tale conclusione in quanto ferma all'aspetto logico dell'attribuzione del punteggio non impinge nel merito delle scelte discrezionali del committente che vengono valutate solo sotto il profilo della loro intrinseca ragionevolezza.

Da respingere, invece, gli ulteriori motivi di illegittimità dell'aggiudicazione della gara all'ATI **** [Link](#) per omessa indicazione dei criteri con i quali la commissione aggiudicatrice ha proceduto all'assegnazione del punteggio per le offerte economiche e per l'eccesso di potere in cui sarebbe incorsa l'amministrazione resistente.

Nel verbale di aggiudicazione provvisoria si fa riferimento, per quanto riguarda la voce economica dell'offerta, al criterio di calcolo indicato nella lettera di invito e tale criterio nel documento appena

richiamato si presenta assolutamente puntuale.

Inoltre, la lettura di esso, svolta congiuntamente a quella dell'offerta presentata dal Consorzio ed alle giustificazioni da questo fornite all'INPS in sede di valutazione dell'offerta, servono a chiarire come si è pervenuti alla determinazione del punteggio attribuito, facendo venire meno il preteso difetto di motivazione, mentre l'operato della commissione contestato sotto diversi profili, risulta in larga parte già esaminato in occasione dell'esame delle censure precedenti nelle quali, pertanto, le argomentazioni es**** con l'ultimo dei motivi aggiunti, rimangono assorbite.

Ne consegue che il ricorso per le ragioni es**** deve essere accolto e gli atti di gara annullati.

Essendo il contratto relativo ai servizi previsti nella gara per cui è causa, in via di conclusione, (agosto 2007) ma rinnovabili per altri 36 mesi il Collegio ritiene di dover esaminare la richiesta di risarcimento del danno avanzata dalla ricorrente con i motivi aggiunti, limitatamente al primo triennio.

Osserva che per determinare l'ammontare del risarcimento dovuto dalla p.a. in relazione alla responsabilità per illegittima mancata adozione del provvedimento di aggiudicazione dell'appalto, trattandosi di un danno di incerto ammontare, il giudice può esercitare la facoltà di cui all'art. 1226 c.c., liquidandolo in via equitativa.

Osserva, altresì, che il criterio che deve presiedere a tale valutazione deve essere individuato, sulla scorta della più recente giurisprudenza amministrativa, nella disposizione di cui all'art. 345 l. 20 marzo 1865 n. 2248 all. F ed all'articolo 122 del dPR 554 del 1999, che determinano il quantum dovuto all'impresa appaltatrice nel 10% dell'ammontare fissato dall'offerta della stazione appaltante considerato come utile presunto, detratto il ribasso da questa offerto, da calcolarsi al lordo della imposizione fiscale, oltre gli interessi e la rivalutazione monetaria in quanto debito di valore; criterio che, può essere applicato anche agli appalti di servizi, oltre che a quelli di opera pubblica (T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 26 novembre 2004 , n. 2430 e TAR Veneto, Venezia, sezione I, 15 maggio 2003 n. 2817).

Ritiene, inoltre, fondata la richiesta risarcitoria in relazione al danno emergente, che la società ricorrente documenta in € 172.443,11 per i costi sostenuti per la presentazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura di gara,

atteso che lo stesso risulta ristorabile ex punto 7 della direttiva CEE n. 13 del 25 febbraio 1992.

Si dispone, infatti, in tale norma che:

“Qualora venga presentata una richiesta di risarcimento danni in relazione ai costi di preparazione di un'offerta o di partecipazione ad una procedura di aggiudicazione, la persona che avanza tale richiesta è tenuta a provare solamente che vi è violazione del diritto comunitario in materia di appalti o delle norme nazionali che recepiscono tale diritto e che aveva una possibilità concreta di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto, possibilità che, in seguito a tale violazione, è stata compromessa”.

Alla luce di tale disposizione e dell'interpretazione che ne ha già reso il giudice amministrativo il risarcimento in questione deve essere riconosciuto alla ricorrente nella misura dimostrata e cioè per l'importo € 172.443,11. (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 07 settembre 2004 , n. 8537).

Le spese di lite, in considerazione della particolarità della questione trattata, possono essere compensate tra le parti.

PQM

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sede di Roma - Sezione III quater: Repinge il ricorso incidentale;

Accoglie il ricorso proposto dalla spa ****,, meglio specificato in epigrafe e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Condanna le Amministrazioni soccombenti al pagamento del risarcimento del danno, in solido tra loro ed in parti uguali, nella misura indicata in motivazione, vale a dire nella misura del 10% del prezzo a base d'asta diminuito del ribasso proposto dall'ATI costituenda alla quale deve aggiungersi l'ulteriore somma di € 172.411,00 per danno emergente.

Compensa le spese di lite tra le parti.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 28 febbraio 2007

Dr. Mario Di Giuseppe

- Presidente

Dr. Linda

Sandulli

- Consigliere estensore

<https://www.diritto.it/non-sussiste-nell-ordinamento-comunitario-una-disposizione-che-esclude-la-possibilita-per-le-singole-imprese-di-proporre-ricorso-giurisdizionale-o-meglio-che-impone-la-proposizione-di-esso-solo-da-par/>