

I RTI verticali sono ammessi solo se previsti esplicitamente dalla stazione appaltante T.A.R. per la Sicilia, Palermo, sez. III, 22 dicembre 2016, n. 3066

di Esper Tedeschi

Data di pubblicazione: 16-1-2017

Nel caso di forniture o servizi, ai sensi dell'art. 37, co. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006, il raggruppamento temporaneo d'impresa di tipo verticale – che consente di ripartire le prestazioni in base alla loro natura “principale” o “secondaria” e in relazione alle rispettive qualificazioni – è ammesso solo a condizione che la Stazione appaltante abbia preventivamente indicato quale prestazione possa essere considerata “principale” o “secondaria”, o comunque in caso di attività “scorporabili”.

Ne consegue che non sono ammessi RTI verticali qualora il bando non distingua tra prestazioni principali e secondarie, né tantomeno possono i concorrenti scorporare di propria iniziativa le attività bandite, per poi ripartirle all'interno di un RTI di tipo verticale.

Conforme CGA, 8 febbraio 2016, n. 19; Consiglio di Stato, sez. III, 9 maggio 2012, n. 2689; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 27 ottobre 2014, n. 1235; Sez. I, 29 maggio 2013, n. 869.

Guida alla lettura

La sentenza in commento esamina i casi in cui i concorrenti possono partecipare alle gare costituendo RTI orizzontali o verticali.

Invero sul punto sia la prevalente giurisprudenza amministrativa che la stessa ANAC (cfr. parere precontenzioso del 24 luglio 2013, n. 130 e del 20 novembre 2013, n. 189) hanno chiarito che, per gli appalti di servizi e forniture, l'art. 37, co. 2, del d.lgs. n. 163/2006 consente di costituire raggruppamenti di tipo verticale e, quindi, di ripartire le prestazioni richieste tra le imprese associate secondo la natura principale o secondaria ed in relazione alle rispettive qualificazioni, a condizione che la stazione appaltante abbia espressamente indicato nel bando di gara quali di esse abbiano tale connotazione: pertanto i RTI di tipo verticale sono ammissibili solo qualora il bando le abbia previste espressamente, qualificando le prestazioni come scorporabili, o suddividendole in “principale” e “secondaria”.

Ne consegue che non è possibile rimettere alla libera scelta dei concorrenti l'individuazione delle prestazioni principali e di quelle secondarie, in assenza di apposita previsione del bando

di gara (cfr. TAR Liguria, sez. II, 29 maggio 2008 n. 1150).

Pertanto, non potendo considerare le prestazioni oggetto di gara come scorporabili, ciascuna delle imprese che ha partecipato al RTI – da considerarsi nel caso di specie come orizzontale – avrebbe dovuto possedere i requisiti di partecipazione richiesti dal bando di gara.

Così argomentando la sentenza non urta nemmeno con il principio della par condicio dei concorrenti, in quanto un'aggiudicazione effettuata in base ad un'interpretazione estensiva del bando di gara è illegittima (cfr. ANAC, parere precontenzioso, 12 novembre 2014, n. 20): cosa che avverrebbe qualora si ritenessero scorporabili le attività oggetto di gara, in contrasto con il dato letterale della *lex specialis*.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3746 del 2015, proposto da:

Cancascì Petroli S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Leonardo Cucchiara, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Armando Buttitta sito in Palermo, viale Regina Margherita n. 42;

contro

il Libero Consorzio Comunale di Palermo, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Maria Calandrino, con domicilio eletto presso l'Ufficio legale dell'ente sito in Palermo, Via Maqueda n. 100;

nei confronti di

Oieni Benedetto & C. S.a.s. in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del verbale di gara del 12 novembre 2015 relativo all'appalto per la "fornitura e somministrazione di gasolio da riscaldamento per gli istituti Scolastici di II grado, per le sedi degli Uffici della Città Metropolitana, per gli Uffici della Sovrintendenza Scolastica Regionale, per i posti fissi di Piano Battaglia e Piano Zucchi, nonché gasolio per autotrazione per gli automezzi spalaneve presumibilmente con inizio novembre 2015 fino ad esaurimento dei fondi' nella parte in cui è stata disposta l'esclusione della gara della ricorrente e la contestuale aggiudicazione provvisoria in favore della ditta controinteressata;
- della nota prot. 85606 del 19 novembre 2015 con la quale è stata ribadita l'esclusione della ricorrente;
- della nota del 30 novembre 2015 con la quale è stato rigettato il reclamo-preavviso ex art. 243 bis del D. Lgs. n. 163/2006 proposto dalla società ricorrente in data 26 novembre 2015;
- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione definitiva; ove occorra, del bando di gara nei termini che saranno appresso specificati.

NONCHE'

ai sensi dell'art. 121 e ss. del D. Lgs. n. 104/2010, per la declaratoria di inefficacia del contratto ove stipulate con la ditta controinteressata, del diritto della ricorrente al subentro nella esecuzione della parte residua dei lavori e al risarcimento dei danni per equivalente ove il subentro non risulti consentito, o comunque, per la parte di servizio già eseguita.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Palermo, con le relative deduzioni difensive;

Vista l'ordinanza cautelare n. 16/2016, e vista l'ordinanza del C.G.A. n. 116/2016;

Vista la documentazione e la memoria depositate dalla ricorrente;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il consigliere dott.ssa Maria Cappellano;

Uditi, all'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2016, i difensori delle parti costituite, presenti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

A. – Con ricorso passato per la notifica il 4 dicembre 2015, notificato nelle date 9-10 dicembre 2015, e depositato il 9 dicembre, la società Cancascì Petroli S.r.l. ha impugnato gli atti indicati in epigrafe, con i quali la predetta è stata esclusa dalla gara di appalto indetta dal Libero Consorzio Comunale di Palermo per la fornitura e somministrazione di gasolio da riscaldamento per gli istituti Scolastici di II grado, per le sedi degli Uffici della Città Metropolitana, per gli Uffici della Sovrintendenza Scolastica Regionale, per i posti fissi di Piano Battaglia e Piano Zucchi, nonché gasolio per autotrazione per gli automezzi spalaneve; contestando la contestuale aggiudicazione in favore della ditta controinteressata.

Esponde, al riguardo:

- di avere partecipato alla gara in interesse in qualità di capogruppo mandataria di un costituendo RTI con la società Cancascì Trasporti s.r.l., la quale si era impegnata solo per il trasporto e la consegna del gasolio per una percentuale di partecipazione pari al 20 %;
- di essere stata esclusa dalla gara per la mancata produzione, per la mandante, del certificato attestante il sistema di qualità EN ISO 9001:2008 previsto dal punto 17 del bando di gara; e che tale esclusione è stata confermata nonostante il formale reclamo presentato dalla ricorrente, facendo riferimento anche all'impossibilità per le imprese di costituire un raggruppamento di tipo verticale.

Si duole della disposta esclusione affidando il ricorso alle censure di:

1) *violazione e falsa applicazione del punto 17.4 del bando di gara; violazione dell'art. 37 del d. lgs. n. 163/2006; violazione del generale principio del "favor participationis"; violazione dell'art. 37 del d. lgs. n. 163/2006, in quanto l'attività, per la quale è stata chiesta la certificazione di qualità sarebbe eseguibile soltanto dall'impresa capogruppo, in possesso della relativa certificazione di qualità; mentre la mandante svolgerebbe l'attività accessoria di trasporto;*

2) *In subordine – violazione dell'art. 63 del D.P.R. 05/10/2010 N. 207, in quanto la mandante Cancascì Trasporti s.r.l. è in possesso di propria certificazione del sistema di qualità EN ISO 9001:2008, riferita all'attività di "trasporto di prodotti petroliferi" da essa effettuata.*

B. – Si è costituito in giudizio il Libero Consorzio Comunale di Palermo, Città Metropolitana di Palermo, chiedendo il rigetto del ricorso, in quanto infondato, e dell'avversa istanza cautelare, sostenendo che la legge di gara non distinguerebbe tra prestazioni principali e secondarie.

C. – Con ordinanza n. 16/2016 è stata respinta l'istanza cautelare: detta ordinanza è stata riformata dal C.G.A. con ordinanza n. 116/2016.

D. – In vista della discussione del ricorso nel merito, la ricorrente ha depositato una relazione

tecnica con la quantificazione del presunto danno subito, e una memoria conclusiva, insistendo per il risarcimento del danno per equivalente.

All'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2016 il difensore di parte ricorrente ha precisato che residua un interesse di natura risarcitoria; quindi, il ricorso è stato posto in decisione.

E. – Viene in decisione il ricorso promosso da Cancascì Petroli s.r.l. avverso l'esclusione dalla gara indetta dal Libero Consorzio Comunale di Palermo per la fornitura e somministrazione di gasolio da riscaldamento per gli istituti Scolastici di II grado, per le sedi degli Uffici della Città Metropolitana, per gli Uffici della Sovrintendenza Scolastica Regionale, per i posti fissi di Piano Battaglia e Piano Zucchi, nonché gasolio per autotrazione per gli automezzi spalaneve.

Come precisato dalla ricorrente in sede di discussione – e come risulta dagli atti di causa – la ricorrente, a seguito dell'ammissione con riserva e l'aggiudicazione, ha eseguito una parte della fornitura; residua, pertanto, solo l'interesse ad ottenere il risarcimento dei danni per equivalente limitatamente alla parte di fornitura, che non ha potuto eseguire a causa dell'asserita illegittima esclusione.

Tale interesse, e la connessa domanda risarcitoria, impongono l'esame del merito del ricorso.

Ciò premesso, ritiene il Collegio di confermare la delibazione assunta in fase cautelare, atteso che il ricorso non merita accoglimento.

E.1. – Il primo motivo non è fondato.

La questione centrale – sulla quale il C.G.A. si è espresso in sede di appello cautelare – attiene all'asserita natura mista dell'appalto in interesse, e alla connessa possibilità per le concorrenti di costituire raggruppamenti di tipo verticale.

Deve, infatti, essere subito chiarito che la ricorrente, sebbene avesse presentato la domanda come costituenda “*associazione temporanea di imprese, di tipo orizzontale*” (cfr. dichiarazione di impegno, prodotta dal Libero Consorzio), aveva tuttavia costituito un raggruppamento di tipo verticale, all'interno del quale era previsto lo svolgimento, da parte della capogruppo (Cancascì Petroli s.r.l.) dello stoccaggio e della conservazione del gasolio, per una percentuale di partecipazione all'appalto pari all'80 %; mentre la mandante (Cancascì Trasporti s.r.l.) si era impegnata a svolgere il trasporto e la consegna del gasolio per una percentuale di partecipazione all'appalto pari al 20 %; con ciò, dando vita sostanzialmente ad un raggruppamento verticale.

Ciò chiarito in punto di fatto, deve rammentarsi che, per gli appalti di servizi e fornitura, l'art. 37, co. 2, del d. lgs. n. 163/2006, applicabile *ratione temporis*, consente di costituire raggruppamenti temporanei di imprese di tipo verticale - e, quindi, di ripartire le prestazioni richieste tra le imprese associate secondo la loro natura “principale” o “secondaria” ed in relazione alle rispettive qualificazioni – solo a condizione che la stazione appaltante abbia preventivamente indicato nel bando di gara quali prestazioni siano considerate “principali” e quali “secondarie” o, comunque “scorporabili” (v., in tal senso, C.G.A., 8 febbraio 2016, n.

39).

Ne consegue che non possono essere ammesse associazioni di imprese di tipo verticale, ove il bando non distingue fra prestazioni principali e prestazioni secondarie; né, d'altro canto, i concorrenti possono scomporre di propria iniziativa il contenuto dell'appalto in prestazioni principali e secondarie, allo scopo di ripartirle all'interno di una A.T.I. verticale (v. Consiglio di Stato, sez. III, 9 maggio 2012, n. 2689; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. II, 27 ottobre 2014, n. 1235; Sez. I, 29 maggio 2013, n. 869; ANAC, parere n.130 del 24 luglio 2013; Parere di Precontenzioso n. 196 del 21 novembre 2012).

Applicando i su esposti principi al caso di specie, osserva il Collegio che dall'esame della *lex specialis* nel suo complesso si evince la natura unitaria dell'appalto; né, d'altro canto, risulta in alcuna parte del bando che la stazione appaltante abbia indicato le prestazioni con tali eventuali connotazioni.

Deve, in particolare, rilevarsi che:

- la determinazione di indizione della gara fa riferimento all'affidamento della "*fornitura di gasolio*"; e il bando di gara indica la "*fornitura e somministrazione di gasolio da riscaldamento...per autotrazione...*;

- alla fine del punto 17) il bando stabilisce che ciascun operatore economico facente parte del raggruppamento dovrà rendere le dichiarazioni di cui al punto 17.1) ad eccezione delle lett. F) ed I); dal che ne consegue che ciascun operatore del RTI costituendo avrebbe dovuto anche rendere la dichiarazione di cui al punto 17.1. lett. E), riferita al possesso a pieno titolo di adeguati serbatoi e attrezzature di trasporto su gomma per una portata pari ad almeno il 10 % della capacità di deposito (come da D.A. di concessione per l'esercizio dell'attività);

- dopo il punto 17.5) si precisa che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo avrebbero dovuto dichiarare le parti della fornitura da eseguire da parte dei singoli operatori economici riuniti o consorziati; senza alcuna individuazione di prestazioni principali e secondarie e, quindi, senza alcun riferimento, neppure indiretto, alla possibilità, per i concorrenti, di costituire una ATI verticale.

A quanto appena esposto deve aggiungersi che, quanto al capitolato speciale di appalto:

- per quanto attiene alla capacità tecnica, in base all'art. 7, l'impresa deve, tra l'altro, "*...possedere attrezzature di trasporto su gomma per una portata pari ad almeno il 10% della suddetta capacità di deposito...*" (*id est.* almeno mc 200 di gasolio da riscaldamento; almeno mc 50 gasolio per autotrazione); precisando che tali capacità devono risultare dal D.A. di concessione per l'esercizio di deposito e della relativa licenza di esercizio;

- l'art. 7, secondo capoverso, oggetto del contendere, stabilisce che "*Devono inoltre essere in possesso di certificato attestante il sistema di qualità EN ISO 9001:2008 per l'attività di commercializzazione di prodotti petroliferi per riscaldamento ed autotrazione.*"

Osserva, quindi, il Collegio che l'oggetto della gara è identificato come un servizio unico, non essendo individuabile un servizio principale con servizi accessori; e non sono rinvenibili nel bando clausole, le quali, neppure implicitamente, consentano di individuare differenti prestazioni.

Né, sotto tale profilo, può soccorrere il parere del 21.03.2011 dell'ANAC, invocato da parte ricorrente, atteso che detto parere è stato reso con riferimento ad una fattispecie peculiare e diversa dal caso in esame, non solo in quanto il bando si esprimeva nel senso di potere considerare sostanzialmente scorporabili le attività da svolgere; ma soprattutto, in quanto la stessa stazione appaltante, in sede di chiarimenti, aveva ammesso esplicitamente la possibilità di costituire una ATI verticale.

Una volta chiarito tale aspetto, si depotenzia la censura sulla presunta lesione del principio di massima partecipazione, atteso che all'interesse pubblico sotteso a tale principio, in astratto meritevole della più ampia tutela, si deve accordare precedenza solo in caso di incertezza o ambiguità circa la portata precettiva della legge di gara; il che, come appena rilevato, è da escludersi nel caso di specie.

E.2. – Posta tale premessa, diventa privo di consistenza anche il secondo motivo (violazione dell'art. 63 del d.P.R. n. 207/2010), secondo cui la mandante Cancascì Trasporti s.r.l. sarebbe, in ogni caso, in possesso di propria certificazione del sistema di qualità EN ISO 9001:2008, riferita all'attività di "trasporto di prodotti petroliferi".

Invero, tale censura muove dal presupposto – smentito con la reiezione del primo motivo - che alla gara in interesse le concorrenti avrebbero potuto partecipare costituendo di propria iniziativa un raggruppamento di tipo verticale.

Per tutto quanto esposto e rilevato, il ricorso non merita accoglimento, con salvezza degli atti impugnati.

Dalla ritenuta legittimità degli atti impugnati consegue, per difetto di uno dei presupposti (atto illegittimo), la reiezione della domanda di risarcimento dei danni per equivalente formulata dalla parte ricorrente.

Avuto riguardo agli specifici profili della controversia, e all'andamento del giudizio in fase cautelare, si ritengono sussistere i presupposti per compensare tra le parti costituite le spese di giudizio; mentre nulla deve statuirsi nei riguardi della parte non costituita.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Compensa tra le parti costituite le spese di giudizio.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Solveig Cogliani, Presidente

Nicola Maisano, Consigliere

Maria Cappellano, Consigliere, Estensore