



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5724 del 2011, proposto dal costituendo raggruppamento temporaneo di imprese formato dalla mandataria - capogruppo Bellacomba Service s.a.s. di Matiotti Francesca & C., con sede in Torino, strada Bellacomba n. 271, in persona del legale rappresentante pro tempore Matiotti Francesca, e dalle mandanti Autoservizi Garofalo Salvatore & C. s.n.c., Carrozzeria Romagnoli s.r.l., S.S.A. di Arcidiacono s.r.l., Ditta Italiano Francesco, Ditta Individuale S.O.S. Service di Politanò Antonio, Carrozzeria Francesetti s.a.s. di Francisetti Giovanni & C., Autodemolizioni Eli s.n.c., Soccorso Stradale Romoli s.a.s. di Businaro Tiziano & C., Ditta Italiano Giuseppe, SO.RI. Auto di Licciardello Giuseppe e Figlio s.n.c., Ditta Blanchetti Remo, Ditta Sagi Autocarrozzeria di Catalano Salvatore, La Salle s.r.l., Scapinello Auto di Scapinello Andrea e Fabrizio s.a.s., Safari 2000 di D'Aloia & C. s.n.c., ACI Rondoletto s.a.s. di Sarto Maurizio e Carrera Angelo, Franco & C. s.r.l., SENCAR di Seminara Alfredo & C. s.a.s., ciascuna in proprio ed in qualità di partecipante al R.t.i., tutte rappresentate e difese giusta procura speciale in calce al ricorso introduttivo del

giudizio, dall'avv. Gianni Maria Saracco, del Foro di Torino e dall'avv. Giorgio Papetti, del Foro di Frosinone, ed elettivamente domiciliate presso lo studio dell'ultimo in Roma, via Monzambano, n. 5, le quali dichiarano di voler ricevere ogni comunicazione inerente il presente procedimento al numero di fax 0115683106, ovvero all'indirizzo di p.e.c. giannimariasaracco@pec.ordineavvocatitorino.it;

contro

- Ministero dell'Interno, in persona del Miniso pro tempore, rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura Generale dello Stato, ed ivi domiciliato in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;
- Agenzia del Demanio, in persona del Direttore pro tempore, rappresentata e difesa ex lege dall'Avvocatura Generale dello Stato, ed ivi domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti di

del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese composto dalla mandataria - capogruppo Centro Recupero e Servizi s.r.l., e dalle mandanti Centro Servizi Industriali di Gualerzi Aldo s.a.s., F.lli Papa di Papa Pasquale & C. s.n.c., Rosa Brusin di Piano Eleonora e Rosa Brusin Candido s.n.c., Autosoccorso Duecentottantamila di Sabbioni Valerio & C. s.n.c., Autodemolizioni Val Pellice s.a.s. di Dario Aiassa & C., Eco 2000 s.r.l., Centro Eco Demolizioni Settimo s.r.l., Carrozzeria Due Stelle di Zurlo Gerardo;

Ricorso principale:

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione del Ministero dell'Interno e dell'Agenzia del Demanio in data 16 maggio 2011, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento del servizio di recupero, custodia, acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai

sensi dell'art 214-bis del d.lgs. n. 285/92 - ambito provinciale di Torino, al R.T.I. Centro Recupero e Servizi s.r.l., comunicata con raccomandata anticipata a mezzo fax in data 18 maggio 2011;

- del verbale di gara n. 4 del 28 maggio 2010, laddove si ammette con riserva alla gara il costituendo R.T.I. Centro Recupero e Servizi srl;

- del verbale di gara n. 6 del 7 luglio 2010, laddove si ammette alla gara il costituendo R.T.I. Centro Recupero e Servizi s.r.l.;

- del verbale n. 9 del 21 luglio 2010 e del verbale n. 10 del 26 luglio 2010, laddove si attribuiscono i punteggi per l'offerta tecnica e l'offerta economica al costituendo R.T.I. Centro Recupero e Servizi s.r.l.;

per l'accertamento e la declaratoria dell'inefficacia del contratto stipulato tra le parti, e per il subentro nello stesso ai sensi dell'art. 122 c.p.c.,

e per l'accertamento della responsabilità e la condanna delle Amministrazioni resistenti al risarcimento del danno ingiusto subito dalla parte ricorrente - costituendo R.T.I. Bellacomba Service s.a.s. -, in conseguenza dell'illegittima aggiudicazione della procedura aperta per l'affidamento del servizio di recupero, custodia, acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'art. 214-bis del d.lgs. n. 285/92 - ambito provinciale di Torino.

Ricorsi incidentali:

per l'annullamento

- della determinazione del Ministero dell'Interno e dell'Agenzia del Demanio di data 16 maggio 2011 con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento del servizio di recupero, custodia, acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'art. 214-bis del d.lgs. n. 285/92 — ambito provinciale di Torino, al RTI Centro Recupero e Servizi s.r.l., limitatamente ed esclusivamente nella parte in cui si

approva l'ammissione del raggruppamento guidato dalla capogruppo Bellacomba Service S.a.s., collocandolo al secondo posto della graduatoria;

- del verbale di gara n. 4 del 28 maggio 2010, laddove si ammette con riserva alla gara il costituendo R.T.I. Bellacomba Service S.a.s.;

- del verbale di gara n. 6 del 7 luglio 2010, laddove si ammette definitivamente alla gara il costituendo R.T.I. Bellacomba Service S.a.s.;

- del verbale n. 9 del 21 luglio 2010 e del verbale n. del 26 luglio 2010, laddove si attribuiscono i punteggi per l'offerta tecnica e l'offerta economica al costituendo R.T.I. Bellacomba Service S.a.s.;

- di tutti gli altri atti presupposti, connessi e/o consequenziali, compresi in particolare l'eventuale aggiudicazione definitiva disposta in favore del R.T.I. Bellacomba Service S.a.s. e l'eventuale successivo contratto

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno, dell'Agenzia del Demanio, della Centro Recupero e Servizi Srl (Rti) e della Centro Servizi Industriali di Gualerzi Aldo Sas;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2011 il dott. Roberto Proietti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il 3.11.2009, il Ministero dell'Interno e l'Agenzia del Demanio pubblicavano sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea e sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana il bando di gara per l'affidamento, per ambiti territoriali provinciali, del servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di

sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'art. 214-bis del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285, per un periodo di 36 mesi.

Il disciplinare di gara stabiliva che l'appalto sarebbe stato aggiudicato con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. 163/2006, secondo i seguenti criteri:

- offerta tecnica del servizio (max 50 punti su 100) valutata in base ai seguenti criteri: 1) modalità di svolgimento del servizio (massimo 25 punti); 2) modalità di gestione dell'imprevisto (massimo 20 punti); .3) modalità di gestione informatica dei dati relativi ai veicoli sottoposti a sequestro, fermo o confisca (massimo 5 punti);

- offerta economica (max 50 punti su 100) composta di due elementi: 4) ammontare della percentuale di sconto da applicare alle tariffe previste per la custodia dei veicoli (max 40 punti); 5) ammontare della percentuale di sconto da applicare ai veicoli da acquistare, con esclusione di quelli da destinare alla rottamazione (max 10 punti).

Alla gara per l'ambito territoriale provinciale di Torino decideva di partecipare il r.t.i. formato dalle imprese ricorrenti (d'ora in avanti denominato RTI Bellicomba). Nella seduta del 28 maggio 2010, la Commissione di gara procedeva all'apertura della "Busta A - Documentazione Amministrativa" del RTI Bellacomba e del RTI controinteressato (d'ora in avanti denominato RTI Centro Recupero e Servizi), i soli ad aver presentato offerta.

Relativamente alla documentazione amministrativa presentata dal RTI Centro Recupero Servizi, la Commissione rilevava che: - per quel che attiene la Eco 2000 sr.l. "manca la dichiarazione di cui al punto 2, del disciplinare di gara, da parte dei sigg. Cavallin Alessandro e Chiaretti Daniele"; - per quel che attiene la Rosa Brunin s.n.c., "manca la dichiarazione di cui al punto 2) del disciplinare di gara da parte dei sigg. Piano Eleonora e Rosa Brusin Mara"; - per quel che attiene la Centro

Ecodemolizioni Settimo s.r.l., “manca la dichiarazione di cui al punto 2) del disciplinare di gara di sa di parte dei Sigg. Crolli Angela, La Rosa Annamaria, Izzo Luca, Guidi Renato”.

A fronte di tali carenze (riguardanti le dichiarazioni sostitutive di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art 38, co. 1, lettere b) e c), del d.lgs. n. 163/2006 sottoscritta dai direttori tecnici, dal titolare e/o dai soci e/c, dagli amministratori con poteri di rappresentanza), la Commissione riteneva “di poter ammettere con riserva il costituendo R.T.I. Centro Recupero e Servizi S.r.l. (mandataria), ritenendo le suddette mancanze integrabili, e rimanda al Responsabile del Procedimento la richiesta dei necessari chiarimenti ed integrazioni”.

Nella seduta del 7 luglio 2010 la Commissione accertava la avvenuta produzione della documentazione integrativa richiesta alla Eco 2000 s.r.l., alla Rosa Brusin s.n.c. e alla Centro Ecodemolizioni Settimo s.r.l. e riteneva di poter ammettere il R.T.I. controinteressato alle successive fasi di gara.

La Commissione di gara procedeva nella seduta del 21 luglio 2010 alla valutazione delle offerte tecniche e nella seduta del 26 luglio alla valutazione delle offerte economiche.

In base ai punteggi attribuiti ai due costituenti Raggruppamenti, la Commissione di gara dichiarava aggiudicatario provvisorio il RTI Centro Recupero e Servizi, che aveva conseguito un totale di 83 punti, contro i 62,64 punti attribuiti al RTI Bellacomba.

Il 16 maggio 2011, veniva disposta l'aggiudicazione definitiva in favore del R.T.I. Centro Recupero e Servizi, comunicata al RTI Bellacomba con lettera raccomandata, anticipata a mezzo fax il 18 maggio 2011.

In data 15 giugno 2011, il RTI Bellacomba comunicava preavviso di ricorso via fax alle Stazioni appaltanti, le quali non attivavano i propri poteri di autotutela.

Ritenendo erronee ed illegittime le determinazioni assunte dalle Amministrazione evocate in giudizio, il RTI Bellacomba ha proposto ricorso dinanzi al TAR del Lazio, avanzando le domande indicate in epigrafe.

Il Ministero dell'Interno e l'Agenzia del Demanio, costituitisi in giudizio, hanno affermato l'infondatezza del ricorso e ne hanno chiesto il rigetto.

La Centro Recuperi e Servizi s.r.l., in proprio ed in qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese partecipante alla gara oggetto di causa, e la Centro Servizi Industriali di Gualerzi Aldo s.a.s., mandante del medesimo raggruppamento, si sono costituite in giudizio ed hanno proposto due ricorsi incidentali di analogo tenore per sostenere l'illegittimità della mancata reclusione del RTI Bellacomba dalla procedura ad evidenza pubblica, eccependo il difetto di legittimazione passiva del RTI Centro Recuperi e Servizi, l'improcedibilità del ricorso principale e l'infondatezza delle censure proposte dal ricorrente in via principale.

Il RTI Bellacomba, a sua volta, ha eccepito la tardività dei ricorsi incidentali proposti dalle Società Centro Recuperi e Servizi s.r.l. e Centro Servizi Industriali di Gualerzi Aldo s.a.s..

Con ordinanza del 27 luglio 2011, n. 2868, il TAR del Lazio ha accolto la domanda cautelare proposta dalla parte ricorrente.

Con successive memorie le parti hanno argomentato ulteriormente le rispettive difese.

All'udienza del 15 dicembre 2011 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. In via preliminare, il Collegio respinge l'eccezione con la quale il RTI Bellacomba ha affermato la tardività dei ricorsi incidentali proposti dalle Società Centro Recuperi e Servizi s.r.l. e Centro Servizi Industriali di Gualerzi Aldo s.a.s..

La Società Centro Servizi Industriali di Gualerzi Aldo S.a.s. e la Società Centro Recuperi e Servizi S.r.l., hanno proposto due ricorsi incidentali, contestando l'illegittimità della mancata esclusione della parte ricorrente. Tali ricorsi incidentali sono stati notificati il 6 ed il 13 ottobre 2011. La parte ricorrente ne ha contestato la tardività posto che i ricorsi incidentali sono stati notificati oltre trenta giorni dalla notificazione del ricorso principale, avvenuta il 27.6.2011.

Al riguardo, va considerato che l'art. 120, co. 5, c.p.a., nel testo in vigore al momento della proposizione del ricorso principale e dei ricorsi incidentali, indicava solo il ricorso principale e i motivi aggiunti tra gli atti da notificare entro 30 gg. dal momento in cui si è avuta conoscenza dell'atto lesivo, mentre, solo con d.lgs. n. 195/2011 tale norma è stata modificata includendo espressamente in tale ambito anche il ricorso incidentale.

A parere del Collegio i ricorsi incidentali vanno considerati tempestivi in quanto prima dell'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, l'art. 37 del r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 fissava il termine per la proposizione del ricorso incidentale in trenta giorni, decorrenti dalla scadenza del termine fissato per il deposito del ricorso principale (in sostanza, il termine complessivo per la proposizione del ricorso incidentale era di sessanta giorni dalla notifica del ricorso principale).

In materia di appalti, il termine di trenta giorni per la notifica del ricorso incidentale decorreva dalla scadenza del termine dimidiato di quindici giorni previsto per il deposito del ricorso principale (in questo caso, il termine complessivo per la proposizione del ricorso incidentale si riduceva a quarantacinque giorni, decorrenti dalla notifica del ricorso principale).

Il codice del processo amministrativo (la cui disciplina deve essere applicata ai termini processuali de quibus, atteso che il termine per la proposizione del ricorso incidentale è cominciato a decorrere successivamente alla data di entrata in vigore

del codice) stabilisce, all'art. 42, comma primo, secondo periodo, che il ricorso incidentale "si propone nel termine di sessanta giorni dalla ricevuta notificazione del ricorso principale".

L'art. 120 del codice del processo amministrativo, nella versione applicabile alla fattispecie *ratione temporis*, con riguardo alla impugnazione degli atti relativi alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, dispone, al comma 5, che il ricorso ed i motivi aggiunti "devono essere proposti nel termine di trenta giorni decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, o, per i bandi e gli avvisi con cui si indice una gara, autonomamente lesivi, dalla pubblicazione di cui all'art. 66, comma 8, dello stesso decreto; ovvero in ogni caso, dalla conoscenza dell'atto".

Nulla dice, invece, il legislatore in merito al termine di proposizione del ricorso incidentale nel rito di cui all'art. 120 del codice del processo amministrativo.

Stando così le cose, il Collegio ritiene di applicare nel caso di specie il termine ordinario previsto dall'art. 42, comma 1, del codice del processo amministrativo, per la proposizione del ricorso incidentale (*id est*, il termine di sessanta giorni dalla ricevuta notificazione del ricorso principale), in quanto, da un lato, detta interpretazione appare maggiormente rispettosa del tenore letterale delle disposizioni normative sopra richiamate, dall'altro, conformemente al principio "ubi lex voluit dixit, ubi noluit tacuit", non può escludersi che il legislatore abbia voluto riconoscere al ricorrente incidentale un termine di impugnativa più ampio rispetto a quello assegnato al ricorrente principale.

Il RTI Bellacomba ha sollevato questione di legittimità costituzionale avverso una simile interpretazione delle norme processuali, contestando il contrasto tra il citato art. 120, co. 5, c.p.a., e gli artt. 3 e 111, co. 2, Cost..

Tuttavia, a parere del Collegio, tale questione di legittimità costituzionale, oltre ad essere generica, in quanto il RTI Bellacomba non ha esplicitato le ragioni per le

quali la norma processuale richiamata dovrebbe ritenersi, in concreto, in contrasto con le citate norme costituzionali, risulta irrilevante e manifestamente infondata in quanto il diverso trattamento riservato, sotto il profilo dei termini utili per proporre impugnazione, non assume particolare rilievo nel caso di specie in relazione ai principi di uguaglianza (art. 3 Cost.) e di parità di condizioni dinanzi al giudice (art. 11, co. 2, Cost.), posto che la parte ricorrente non ha rappresentato di aver subito un pregiudizio a causa del termine breve (trenta giorni) entro il quale ha dovuto proporre ricorso principale avverso gli atti di gara contestati, ma intende contestare il presunto migliore trattamento riservato dal legislatore al ricorrente in via incidentale.

Di contro, sarebbe proprio una interpretazione diversa da quello sopra prospettata a dover essere considerata non condivisibile sotto il profilo costituzionale, in quanto, l'estensione in via analogica (in malam partem) al ricorso incidentale il termine ridotto espressamente previsto solo per la proposizione dei ricorso principale e dei motivi aggiunti, si tradurrebbe in un'inammissibile compressione dei principi di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale, espressamente riconosciuti dall'art. 1 del codice del processo amministrativo (T.A.R. Puglia Lecce, sez. II, 26 gennaio 2011 , n. 113).

2. Vanno respinte anche le eccezioni con le quali il RTI Centro Recupero e Servizi S.r.l. ha contestato: - il proprio difetto di legittimazione passiva in quanto la parte ricorrente non avrebbe citato in giudizio il RTI costituito dopo l'aggiudicazione ma solo i soggetti di questo facenti parte; - e l'inammissibilità del ricorso per omessa notificazione a tutti i soggetti facenti parte del RTI.

La prima delle eccezioni indicate risulta infondata in quanto il RTI Bellacomba ha correttamente notificato il ricorso all'operatore economico risultato aggiudicatario dell'appalto (costituendo RTI Centro Recupero e Servizi) e, comunque, risulta superata dalla costituzione in giudizio e dalla proposizione del ricorso incidentale

della la Società Centro Servizi Industriali di Gualerzi Aldo S.a.s. e della Società Centro Recupero e Servizi S.r.l., in proprio ed in qualità di Società (mandante e mandataria) facenti parte del costituito RTI Centro Recupero e Servizi.

La seconda delle eccezioni indicate, avente ad oggetto l'omessa notificazione a tutti i soggetti facenti parte del RTI controinteressato, è infondata perché, in caso di impugnativa dell'atto di aggiudicazione di un contratto a favore di una associazione temporanea di imprese, l'onere di notificazione al controinteressato deve intendersi assolto con la notificazione alla sola società mandataria, quale punto di riferimento unitario del costituendo raggruppamento, idonea come tale, grazie allo speciale potere di rappresentanza attribuito alla capogruppo, a rendere operativa l'instaurazione del giudizio nei confronti di tutte le imprese associate (Cons. Stato, Sez. V, n. 7573/2010).

3. Va respinta anche l'eccezione di improcedibilità del ricorso principale per carenza di interesse, proposta dal RTI Centro Recupero e Servizi.

Tale eccezione si basa sul fatto che, in data 15 giugno 2011, il RTI Bellacomba ha comunicato all'Amministrazione il preavviso di ricorso. Tuttavia, pur essendo passati i quindici giorni previsti dall'art. 243 bis del D.Lgs. n. 163 del 2006, entro i quali l'Amministrazione avrebbe dovuto comunicare le proprie determinazioni, ed essendo l'inerzia della stazione appaltante qualificata dalla medesima norma come equivalente ad "un diniego di autotutela", a parere del RTI controinteressato, la parte ricorrente in via principale avrebbe dovuto impugnare nei termini di rito il suddetto diniego. In sostanza, la mancata impugnazione dell'atto di diniego sopravvenuto, a parere delle parti controinteressate, renderebbe improcedibile il ricorso introduttivo del giudizio.

L'eccezione è infondata e va respinta in quanto, è vero che l'articolo 243-bis, comma 4, del codice dei contratti pubblici stabilisce che la stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1 del medesimo

articolo, deve comunicare le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall'interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela. Ed è vero che l'inerzia equivale a diniego di autotutela.

Ma il sesto comma del medesimo articolo 243-bis, prevede che il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti.

Sicché, è evidente, da una parte, che il diniego di autotutela non impedisce l'impugnazione degli atti di gara, e, dall'altra, che l'impugnazione del diniego di autotutela (espresso o tacito) costituisce una facoltà – autonoma e indipendente rispetto all'impugnazione degli atti di gara - dell'operatore economico che ritiene di essere stato pregiudicato dalle determinazioni assunte in sede di gara dalla Stazione appaltante.

4. Va, infine, respinta l'eccezione con la quale le parti ricorrenti in via incidentale hanno affermato l'inammissibilità del ricorso principale a causa della fondatezza dei ricorsi incidentali e del conseguente venir meno dell'interesse del RTI Bellacomba a contestare gli atti di gara ed, in particolare, l'aggiudicazione disposta il RTI Centro Recuperi e Servizi

La questione è collegata al problema dell'ordine con il quale vanno esaminati il ricorso principale e i ricorsi incidentali.

A tale riguardo, occorre richiamare i principi espressi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011, che ha fissati alcuni principi tra i quali quelli di seguito sintetizzati, che risultano utili in relazione alla controversia oggetto di causa:

a) il giudice ha il dovere di decidere la controversia secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione;

b) l'esame del ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione alla procedura di gara deve precedere quello del ricorso principale, anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia un interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura selettiva e indipendentemente dal numero dei concorrenti che vi hanno preso parte, dal tipo di censura prospettata con il ricorso incidentale e dalle richieste dell'amministrazione resistente, mentre l'esame prioritario del ricorso principale è ammesso, per ragioni di economia processuale, solo qualora risulti manifestamente infondato, inammissibile, irricevibile o improcedibile;

c) non può condividersi l'affermazione compiuta dall'Adunanza plenaria n. 11/2008, secondo la quale andrebbe comunque esaminato, nel merito, il ricorso principale, nonostante l'accertata fondatezza del ricorso incidentale "escludente", in considerazione dell'utilità pratica derivante, per il ricorrente stesso, dalla caducazione dell'intero procedimento. Infatti l'eventuale "interesse pratico" alla rinnovazione della gara, allegato dalla parte ricorrente, non dimostra, da solo, la titolarità di una posizione giuridica fondante la legittimazione al ricorso. Tale aspettativa non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore, che aspiri a partecipare a una futura selezione. Ne consegue che il ricorso incidentale, diretto a contrastare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente a prescindere dal numero di concorrenti che abbiano preso parte alla gara, e anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia avanzato censure di portata demolitoria, cioè suscettibili, ove accolte, di determinare la caducazione dell'intera procedura di gara. Qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale. E la sua accertata

fondatezza preclude al giudice l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente.

Con una precedente decisione (n. 11/2008) l'Adunanza Plenaria aveva affermato la sussistenza di un'eccezione (generale) alla regola della precedenza nei confronti del ricorso incidentale, in applicazione della quale il Giudice aveva l'onere di esaminare anche il merito del ricorso principale qualora fosse fatto valere dal ricorrente principale un interesse strumentale alla ripetizione della procedura di gara.

Con la citata decisione n. 4/2011, tale eccezione è stata ritenuta insussistente dovendosi, a parere dell'Adunanza Plenaria, anche quel caso particolare applicarsi il principio generale della precedenza del ricorso incidentale.

Il Collegio ritiene che tale principio espresso dall'Adunanza Plenaria con la decisione n. 4/2011 non sia del tutto condivisibile e, comunque, debba essere interpretato e applicato in modo tale da evitare di giungere a soluzioni illogiche ed irragionevoli dei casi concreti sottoposti all'esame del giudice amministrativo.

La priorità logica del ricorso incidentale, infatti, non deve precludere, in casi particolari quale quello oggetto di causa, l'esame del ricorso principale, perché possono sussistere ragioni concrete che impongano al giudice di valutare anche le censure proposte dal ricorrente in via principale, se questi fa valere un interesse concreto, giuridicamente tutelato, distinto e diverso rispetto a quello finalizzato ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto.

Come correttamente osservato dal RTI Ballecomba, il ragionamento della Adunanza Plenaria affronta più tematiche strettamente interconnesse (l'ordine di priorità tra ricorso incidentale e principale, la natura del ricorso incidentale, l'ordine di priorità tra questioni preliminari e pregiudiziali e questioni di merito) per risolvere il caso specifico di ricorsi escludenti presentati da tutti i partecipanti alla gara, l'uno nei confronti dell'altro. Posta la tendenziale precedenza dell'esame del ricorso incidentale sul ricorso principale e la necessità di esaminare prima le

questioni preliminari e poi quelle di merito, si può ritenere che nel caso di ricorsi c.d. escludenti (quali quelli in esame), si deve seguire il seguente ordine: a) esame delle questioni preliminari attinenti il ricorso incidentale; b) esame del merito del ricorso incidentale; c) esame delle questioni preliminari relative al ricorso principale; d) esame del merito del ricorso principale.

Pertanto, al superamento delle eventuali questioni preliminari e all'accoglimento nel merito del ricorso incidentale con il quale si contesta la legittimità dell'ammissione alla gara del ricorrente principale (lettere a) e b)), deve seguire l'esame delle questioni preliminari relative al ricorso principale (lettera c)) ed, in primo, luogo, la verifica dell'interesse a ricorrere dell'operatore economico secondo classificato rispetto al quale è stata accertata la sua illegittima partecipazione alla gara.

Tale verifica deve essere condotta tenendo conto di tutte le circostanze del caso concreto.

Al riguardo, va considerato che il caso oggetto di causa verte su ricorsi (principale ed incidentali) c.d. escludenti, in cui il RTI ricorrente, secondo classificato, ed il RTI controinteressato, contestano la legittimità dell'ammissione alla gara dell'altro (il RTI ricorrente principale, inoltre, contesta anche la corretta attribuzione dei punteggi).

A ciò va aggiunto che il RTI Bellacomba (secondo classificato, parte ricorrente in via principale) ed il RTI Centro Recupero e Servizi (aggiudicatario, ricorrente in via incidentale unitamente ad una società mandante) sono stati gli unici operatori economici a partecipare alla procedura ad evidenza pubblica bandita dal Ministero dell'Interno e dall'Agenzia del Demanio per l'affidamento del servizio di recupero, custodia e acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'art. 214-bis del d.lgs. 30 aprile 1992, n. 285.

Sia il RTI Bellacomba (parte ricorrente), che il RTI Centro Recupero e Servizi (ricorrente in via incidentale), in particolare, hanno contestato l'omessa esclusione dalla gara della controparte processuale a causa di presunte carenze inerenti la dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione.

E' evidente, quindi, che sotto questi profili i due contendenti hanno una posizione del tutto analoga, così come è evidente che se fossero condivisibili le censure che hanno proposto, le Stazioni appaltanti sarebbero costrette ad una riedizione della procedura ad evidenza pubblica.

Pertanto, nel caso di specie la parte ricorrente in via principale non vanta solo l'interesse a contestare l'aggiudicazione definitiva disposta in favore del RTI Centro Recupero e Servizi (perché, essendo la seconda classificata in graduatoria, si vedrebbe aggiudicato l'appalto). Essa, infatti, anche ove si accertasse la sua carenza dei requisiti di partecipazione alla gara (in accoglimento dei ricorsi incidentali), avrebbe, comunque, interesse a verificare la legittimità della partecipazione alla gara del RTI controinteressato, perché qualora si accertasse che anche il RTI Centro Recupero e Servizi avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura ad evidenza pubblica, dall'accoglimento del ricorso principale deriverebbe al RTI Bellacomba l'indubbio vantaggio consistente nella possibilità di partecipare ad una nuova procedura.

Emergono, in sostanza, due distinti interessi giuridici del RTI Bellacomba: il primo è quello teso a contestare la partecipazione alla gara del RTI controinteressato e l'aggiudicazione disposta in suo favore, al fine di vedersi aggiudicato l'appalto; il secondo, evidentemente da esaminare in via subordinata, è quello finalizzato a contestare l'omessa esclusione dalla gara del RTI controinteressato, allo scopo di partecipare alla nuova procedura ad evidenza pubblica che l'Amministrazione sarebbe costretta ad avviare una volta accertata l'illegittima partecipazione alla gara degli unici due operatori economici che vi hanno partecipato.

A parere del Collegio, il secondo degli ‘interessi’ indicati non può dirsi carente una volta accolto il ricorso incidentale del RTI aggiudicatario, perché tale circostanza fa, certamente, venire meno l’interesse del ricorrente principale a contestare l’aggiudicazione della gara, ma non elimina il diverso e distinto interesse a coltivare il ricorso al fine di partecipare alla nuova procedura che scaturirebbe dall’accoglimento delle censure contenute nel ricorso principale.

Ragionando diversamente si giungerebbe alla conclusione di far dipendere le forme di tutela giurisdizionale – di imprese che si trovano, rispetto all’ammissione alla procedura ad evidenza pubblica, nella medesima posizione, essendo entrambe prive dei requisiti di partecipazione – dagli sviluppi della procedura ad evidenza pubblica. Infatti, la prima classificata conseguirebbe non solo l’aggiudicazione, ma anche un indebito vantaggio processuale, potendo, a seguito dell’impugnazione della seconda classificata, proporre ricorso incidentale con la certezza di paralizzare il ricorso principale. Mentre l’operatore economico giunto secondo, pur potendo dimostrare che il primo classificato si trova nella sua medesima situazione rispetto al mancato possesso dei requisiti di partecipazione, si vedrebbe ‘privato’ dell’interesse di chiedere e ottenere la riedizione della procedura e, quindi, della possibilità di parteciparvi.

Quindi, è vero quanto affermato dall’Adunanza Plenaria n. 4/2011 circa il fatto che “la definitiva esclusione o l’accertamento della illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abilita ad impugnare gli esiti della procedura selettiva” (cfr. punti 40 ss. della decisione n. 4/2011). Ma, per le ragioni indicate, tale conclusione non può riguardare il caso in cui, oltre ad avere interesse agli ‘esiti della procedura selettiva’, il ricorrente principale abbia l’ulteriore interesse alla rinnovazione della gara.

Altrimenti, si addiverrebbe a conclusioni contrastanti con i principi di parità delle parti nel processo e di effettività della tutela giurisdizionale in materia di procedure ad evidenza pubblica, di fatto, attribuendo al ricorrente in via incidentale una ingiustificata posizione di vantaggio rispetto alle prospettive di tutela giurisdizionale riconosciuta a tutti gli operatori economici del settore che abbiano partecipato alla gara.

5. Passando all'esame del merito della controversa, va rilevato che con i due ricorsi incidentali, gli atti di gara sono stati contestati proponendo le censure di seguito indicate:

a) Violazione e falsa applicazione degli artt. 37, 38, 39, 42 del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara con particolare riferimento alla disciplina prescritta per la Documentazione Amministrativa "Busta A" (paragrafi 1), 2a), 2b), 2c, 4a; eccesso di potere per carenza di istruttoria; errore sui presupposti di fatto e di diritto; eccesso di potere per illogicità, arbitrarietà manifesta e disparità di trattamento. In primo luogo, il RTI controinteressato ha contestato la legittimità dell'ammissione alla gara del RTI Bellacomba, atteso che la Ditta Italiano Francesco avrebbe violato le disposizioni dettate dall'art. 38 (che prescrive le necessarie dichiarazioni di ordine giuridico), l'art. 39 (che richiede di provare l'iscrizione «nel registro della camera di commercio») e l'art. 42 (con cui si chiede di dimostrare le capacità mediante «la descrizione delle attrezzature tecniche tale da consentire una loro precisa individuazione e rintracciabilità.») del codice dei contratti pubblici. Da una visura storica della Ditta indicata, infatti, è emerso che in data 22 dicembre 2009 (con atto notarile pubblico rep. n. 36430), la Ditta in questione (cedente) è stata trasferita per conferimento alla Italiano Francesco e Bruno & C. S.A.S. (cessionario). Per effetto di tale conferimento in data 22 dicembre 2009, la Ditta Italiano Francesco è giuridicamente cessata ed è stata cancellata dal Registro delle Imprese, essendo stata ceduta alla Società indicata, la

quale, come risulta dalla visura storica allegata al ricorso incidentale, ha due soci accomandatari (Italiano Bruno, nominato con atto del 22.4.2008, e Italiano Francesco, nominato con atto del 22.12.2009). La domanda di partecipazione alla procedura oggetto di causa, presentata dalla ditta Italiano Francesco, in qualità di mandante del raggruppamento temporaneo d'impresе guidato dalla Bellacomba Service S.a.s., risulta, pertanto, del tutto illegittima, considerato che essa è stata presentata in data successiva al 22 dicembre 2009, ossia quando la ditta indicata essendo già stata ceduta e, quindi, era ormai un soggetto giuridicamente inesistente. Tale carenza comporta l'effetto dell'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'intero raggruppamento guidato dalla Bellacomba Service S.a.s., considerato che a norma del disciplinare di gara i requisiti prescritti nel punto 1), 2a) e 2b) devono essere attestati da tutti i partecipanti al Raggruppamento, «ciascuno degli operatori economici che costituiscono o costituiranno il RTI dovrà produrre le dichiarazioni di cui ai punti 1, 2a), e 2b)».

b) Violazione e falsa applicazione degli artt. 38, 39, 42 e 46 del d.lgs. n. 163/2006; violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara con particolare riferimento alla disciplina prescritta per la Documentazione Amministrativa "Busta A" paragrafo 4b) e 2c); eccesso di potere per carenza d'istruttoria; errore sui presupposti di fatto e di diritto; eccesso di potere per illogicità, arbitrarietà manifesta e disparità di trattamento.

a. La commissione di gara avrebbe dovuto escludere il RTI Bellacomba perchè la documentazione presentata dalla mandante Ditta Italiano Giuseppe è risultata (cfr. verbale n. 4 del 28.5.2010) carente sia della Relazione Tecnica concernente l'area adibita a deposito, che della necessaria Planimetria. Pertanto, la scelta di ammettere alla procedura ad evidenza pubblica il RTI Bellacomba è da considerare illegittima considerando che il punto 4b) del Disciplinare di gara prescriveva, a pena di esclusione, che la documentazione amministrativa (Busta-A) avrebbe dovuto

contenere la “relazione di un tecnico iscritto all’albo professionale, corredata di planimetria in scala 1:200”, recante specifiche attestazioni. In tal modo, la Commissione di gara ha disatteso il Disciplinare di gara ed ha violato gli artt. 39, 39 e 42 del codice dei contratti pubblici, che disciplinano i requisiti di ordine generale che ciascun operatore economico deve possedere e dimostrare ai fini della partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica.

b. La maggior parte delle altre concorrenti costituenti il RTI Bellacomba (17 su 19 degli operatori economici del costituendo r.t.i.), compresa la Capogruppo, non ha depositato la planimetria richiesta dal disciplinare di gara a corredo della relazione tecnica, da inserire nella Documentazione Amministrativa - busta A), a pena di esclusione. Tale carenza documentale inficia la partecipazione alla gara del RTI Bellacomba, impedendo il corretto espletamento del servizio su una parte del territorio provinciale. Del resto, la partecipazione alla gara del raggruppamento temporaneo d’imprese quale soggetto unitario implica la sua esclusione qualora una delle mandanti non sia in possesso dei requisiti previsti dalla legge o dal bando (cfr. Cons. St. Sez. V, 1 gennaio 2010, n. 5161).

c. L’ammissione alla gara del RTI Bellacomba è, inoltre, illegittima perché la Commissione pur riconoscendo, sia per La Salle S.r.l. che per Sagi Autocarrozzeria, che nella “Documentazione amministrativa” (busta-A) mancava nella relazione del tecnico l’attestazione secondo cui «la destinazione dell’area ove è ubicata la depositaria, è conforme/compatibile al piano regolatore corrente nonché alle leggi vigenti, alle norme urbanistiche, e presenti vie di accesso e di esodo», richiesta a pena di esclusione al punto 4b), ha ammesso con riserva il raggruppamento suddetto invitandolo ad integrare, successivamente, tale carenza (cfr. verbale n. 4 del 28.5.2010). Anche sotto questo profilo, le descritte infrazioni al disciplinare di gara, concernenti la sfera dei requisiti di “capacità tecnica-organizzativa”, richiesti a pena di esclusione nell’ambito della Documentazione

amministrativa, concretizzano la violazione delle disposizioni contenute negli artt. 38, 39 e 42 del d.lgs. n. 163 del 2006, che disciplinano i requisiti di ordine generale, di idoneità professionale e di capacità tecnica e professionale dei prestatori di servizi. Peraltro, neanche a seguito della indebita integrazione documentale la Società mandante Sagi Autocarrozzeria di Catalano Salvatore ha dimostrato di possedere il requisito richiesto dal punto 4b) del disciplinare di gara. Nel testo dell'autodichiarazione resa in data 28 giugno 2010, infatti, si attesta che l'area adibita a deposito si trova in una zona che nonostante abbia una "destinazione urbanistica a Parcheggio", sarebbe autorizzata all'esercizio dell'attività di rimessa di veicoli con servizio di custodia, "in virtù della Denuncia d'inizio Attività presentata all'Ufficio Commercio del Comune di Torino in data 31 agosto 2009 prot. n. 0034637". Neanche tale dichiarazione, infatti, contiene la prescritta dichiarazione di conformità del deposito alla destinazione di zona urbanistica prevista dal Piano Regolatore Generale, richiesta, a pena di esclusione, dal disciplinare di gara, perché da essa emerge, al contrario, che l'area in esame ha una destinazione diversa da quella richiesta.

d. Infine, è stato violato l'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006, secondo cui: «nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti»; nonché il punto 2c) del disciplinare di gara, laddove si prescrive, a pena di esclusione, che nella dichiarazione di cui all'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006 «devono essere specificate le parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici facenti parte del RTI». Costituisce causa di esclusione dalla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese il mancato adempimento dell'obbligo di dichiarare le quote di partecipazione all'interno della compagine ai sensi dell'art. 37 del d. lgs. n. 163 del 2006 (cfr. TAR Toscana, Firenze, sez. I, 15 luglio 2010, n. 2807). Dall'esame della dichiarazione resa dal RTI Bellacomba, risulta che nessuna

delle imprese partecipanti si è impegnata all'acquisto dei veicoli oggetto dei provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca ai sensi dell'art. 21 del d. lgs. n. 285/92, che rappresenta una delle prestazioni richieste dagli atti di gara. Soltanto Autodemolizioni Eli S.n.c. si è impegnata ad eseguire l'attività di rottamazione, ma nessuna delle mandanti si è obbligata ad effettuare la vendita dei veicoli, che non sempre comporta la distruzione del mezzo. Manca, dunque, nella medesima dichiarazione, oltre all'assegnazione della responsabilità relativa all'espletamento dell'attività della vendita dei veicoli, anche la corretta e puntuale individuazione delle quote degli altri servizi e delle modalità di ripartizione tra i diversi mandanti.

6. La parte ricorrente in via principale ha proposto i seguenti motivi di ricorso avverso gli atti impugnati indicati in epigrafe.

a) Violazione di legge con riferimento agli artt 38, comma 1, lett b) e, c), e comma 2, e 46 del d.lgs. n.163/2006; eccesso di potete sotto il profilo della violazione della lex specialis di gara con riferimento al capo Busta A "Documentazione Amministrativa" del disciplinare di gara, della disparità di trattamento, della ingiustizia grave e manifesta, del vizio di istruttoria e della falsa applicazione di legge. Al momento dell'apertura della busta recante la documentazione amministrativa, la Commissione di gara ha rilevato che nel plico depositato dal RTI Centro Recuperi e Servizi non erano presenti le dichiarazioni di cui al punto 2b) del Disciplinare di gara, per quel che riguarda tre ditte partecipanti al raggruppamento (Eco 2000 s.r.l., Rosa Brusin s.n.c., Centro Ecodemolizioni Settimo s.r.l). Il disciplinare è chiaro nel fissare l'obbligo di produrre la dichiarazione di non trovarsi nella situazione di cui all'art. 38, co. 1, lett. b) e lett. c), del codice dei contratti pubblici, in capo ai Direttori Tecnici e al titolare (se impresa individuale), ai Direttori Tecnici ed ai soci (se società in nome collettivo), ai Direttori Tecnici ed ai soci accomandatari (se società in accomandita semplice),

ai Direttori Tecnici e agli amministratori muniti di potere di rappresentanza (se altre Società o Consorzi) di ciascuno dei partecipanti al raggruppamento. Pertanto, la mancanza di un tale documento avrebbe dovuto essere sanzionata con l'esclusione dalla gara. Peraltro, a seguito della richiesta di integrazioni della Stazione appaltante, i componenti del R.T.I. controinteressato hanno fornito le dichiarazioni mancanti, ad eccezione di Cavallin Alessandro, deceduto prima della presentazione dell'offerta ed in relazione al quale è stato depositato il certificato di morte, e di Rosa Anna Maria, amministratore delegato della Centro Eco Demolizioni Settimo srl, al momento della presentazione dell'offerta. Per costei, la Centro Eco Demolizioni Settimo Srl ha depositato soltanto una scrittura privata di cessione di quote societarie datata 22 febbraio 2010 e, quindi, successiva alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara. Nonostante ciò, la Commissione di gara ha ritenuto di ammettere alle successive fasi della procedura ad evidenza pubblica il RTI Centro Recupero e Servizi, in contrasto con quanto stabilito dalla lex specialis, che richiedeva la produzione della dichiarazione da rendere a cura dei soggetti sopra indicati, da includere nella busta A "Documentazione Amministrativa". Ciò, invece, avrebbe dovuto comportare l'automatica esclusione del RTI controinteressato dalla gara (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 marzo 2011, n. 1371),

b) Violazione di legge con riferimento all'art. 86, co. 3, del d.lgs. n. 163/2006; eccesso di potere sotto il profilo del difetto di istruttoria, della disparità di trattamento, della ingiustizia grave e manifesta, della violazione del canone di logicità-congruità nella fase di valutazione dell'offerta, del difetto di motivazione. L'offerta presentata dal RTI Centro Recupero e Servizi presentava uno sconto per custodia dei veicoli pari al 65% ed uno sconto per l'acquisto dei veicoli pari al 7%. Le percentuali di sconto offerte dal RTI aggiudicatario appaiono non sostenibili e non praticabili, in un'ottica di corretta gestione del servizio. In particolare, l'offerta

di un ribasso pari al 65% sull'attività di custodia dei veicoli appare eccessivamente elevato, comportando una riduzione del corrispettivo per il servizio pari ai 2/3 del prezzo indicato nelle tabelle di cui al capitolato tecnico (a seconda del tonnellaggio del veicolo, da € 3,00 ad € 5,00 ovvero superiori per mezzi di più di 3,5 tonnellate). Oltre a praticare tale sconto sulla custodia, il citato RTI ha offerto uno sconto eccessivamente basso sull'acquisto dei veicoli da rottamare. Tali condizioni economiche sfavorevoli per il RTI aggiudicatario non sembrano compensabili con la minore quantità o qualità tecnica dei servizi offerti. L'offerta tecnica del RTI Centro Recupero e Servizi, infatti, è stata ritenuta inferiore a quella del RTI ricorrente soltanto sotto il profilo della dislocazione territoriale delle ditte raggruppate. In sostanza, laddove si trattava di fornire soluzioni tecniche (gestione dell'imprevisto; gestione informatica), il RTI ha avanzato proposte ritenute qualitativamente valide, nonostante il poco margine economico e malgrado la promessa di un incremento dei compiti in capo al custode, nonostante il fortissimo sconto praticato proprio sulle tariffe di custodia. Ciò considerando, peraltro, che la scarsa densità geografica degli operatori parrebbe dover comportare un maggior costo medio dei viaggi e dei trasferimenti per gli operatori rispetto a quello sostenibile dal RTI Bellacomba. Ma tale maggior costo non può ragionevolmente essere compensata con tariffe di custodia e riacquisto tanto basse, tanto meno quando su di esse gravano già i costi aggiuntivi per i maggiori servizi offerti. In sostanza, il fortissimo ribasso praticato (in particolare con riferimento alla custodia dei veicoli) unitamente all'ampia gamma di servizi offerti, sembra tale da rendere difficilmente credibile l'offerta nel suo complesso. Pertanto, l'Amministrazione avrebbe dovuto chiedere i necessari giustificativi in forza dell'art 86, co. 3, del d.lgs. n. 163/2006, anche se l'offerta del RTI aggiudicatario non si era situata nella soglia di anomalia prefissata ex lege.

7. L'Amministrazione resistente si è difesa in giudizio depositando note e documenti relativi alla vicenda, contestando le censure avanzate dalla parte ricorrente, affermando l'infondatezza del ricorso e chiedendone il rigetto.

8. Il Collegio ritiene che sia i ricorsi incidentali che il ricorso principale siano fondati e debbano essere accolti.

8.1. Relativamente alle censure contenute nei due ricorsi incidentali, va osservato che dagli atti di causa emerge che la Ditta Italiano Francesco, facente parte del RTI Bellacomba, al momento della presentazione delle offerte era già stata trasferita (in data 22 dicembre 2009) per conferimento alla Italiano Francesco e Bruno & C. S.A.S., avente due soci accomandatari (Italiano Bruno, nominato con atto del 22.4.2008, e Italiano Francesco, nominato con atto del 22.12.2009). La domanda di partecipazione alla procedura oggetto di causa, presentata dalla ditta Italiano Francesco, in qualità di mandante del raggruppamento temporaneo d'impresa guidato dalla Bellacomba Service S.a.s., risulta, pertanto, discutibile, considerato che essa è stata presentata in data successiva al 22 dicembre 2009, ossia quando la ditta indicata era già stata ceduta.

In sostanza, non essendo più un soggetto giuridicamente esistente, è impensabile che potesse partecipare ad una procedura di gara, considerando, tra l'altro, che il disciplinare di gara prescriveva, a pena di esclusione, che i concorrenti dovessero possedere i requisiti di ordine amministrativo e, tra l'altro, l'iscrizione nel Registro delle Imprese, e che il legale rappresentante dovesse dichiarare di non trovarsi nelle condizioni previste dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e sottoscrivere, ai sensi dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006, «l'impegno a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse», e «di essere in possesso di almeno due mezzi idonei al recupero ... e di un'area adibita a depositaria con una superficie utile non inferiore a mq 500».

Tale carenza comporta l'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'intero raggruppamento guidato dalla Bellacomba Service S.a.s., perché, a norma del disciplinare di gara, i requisiti prescritti nel punto 1), 2a) e 2b) avrebbero dovuto essere attestati da tutti i partecipanti al Raggruppamento: «ciascuno degli operatori economici che costituiscono o costituiranno il RTI dovrà produrre le dichiarazioni di cui ai punti 1, 2a), e 2b)».

Peraltro, la situazione della Ditta Italiano Francesco non può ritenersi superata dalla successione nella medesima posizione della Società cessionaria Italiano Francesco e Bruno & C. S.A.S., perché il nuovo soggetto giuridico avrebbe dovuto presentare, nei termini previsti dal bando di gara, le dichiarazioni prescritte per entrambi i soci accomandatari, mentre dalla documentazione allegata alla domanda di partecipazione alla gara risulta che le autodichiarazioni sono state rese soltanto da Italiano Francesco, peraltro, nella qualità di titolare della medesima ditta individuale, sicché, risulta violata la disciplina prevista dal disciplinare di gara, nella parte in cui alla lett. 2b) prescrive che la dichiarazione di non trovarsi nelle condizioni «previste dall'art. 38 comma 1, lettere b) e c) del D. Lgs. n. 163/2006» deve essere sottoscritta nel caso di società in accomandita semplice «dai Direttori Tecnici e dai soci accomandatari».

In sostanza, manca, quanto meno, l'autodichiarazione sottoscritta da Italiano Bruno, socio accomandatario nominato sin dal 22.4.2008.

Anche sotto tale profilo, pertanto, tale carenza comporta l'effetto dell'illegittimità dell'ammissione alla gara dell'intero raggruppamento guidato dalla Bellacomba service S.a.s.

Il RTI Bellacomba contesta le censure del RTI controinteressato ha ammesso che in data 22 dicembre 2009 Italiano Francesco ha conferito la propria ditta individuale nell'allora Italiano Immobiliare s.a.s. di Italiano Bruno & C. (poi denominata Italiano Immobiliare s.a.s. di Italiano Bruno & C.) con atto redatto dal

notaio Mario Enrico Rossi (doc. 16 RTI Bellacomba), ma ha evidenziato che il contratto è stato registrato presso l'Agenzia delle Entrate - Ufficio Torino III, in data 8 gennaio 2010, successiva alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara, e che dalla visura storica della Ditta Individuale Italiano Francesco (doc. 13 RTI Ballacomba), si evince anche la registrazione presso la competente CCIAA sia stata eseguita in data successiva alla presentazione della domanda di partecipazione alla procedura ad evidenza pubblica.

Ciò, a parere del RTI Bellacomba consente di affermare che al momento della sottoscrizione della domanda di partecipazione alla gara, la Ditta Individuale Italiano Francesco non era ancora stata cancellata dal registro delle imprese e non poteva essere considerata estinta.

Inoltre, sempre a parere del RTI Bellacomba, la vicenda appare avere i caratteri di una fusione tra una ditta individuale ed una società di persone incorporante, cui si applica l'art. 2504-bis c.c., con conseguente operatività della fusione subordinata all'iscrizione al registro delle imprese degli atti da cui essa risulta.

A parere del Collegio, tali considerazioni non consentono di superare i rilievi dei ricorrenti in via incidentale, posto che, l'art. 2556 c.c. non prescrive alcuna forma ad substantiam per il trasferimento dell'azienda, limitandosi a richiedere genericamente la forma scritta soltanto ad probationem ("i contratti che hanno per oggetto il trasferimento della proprietà o il godimento dell'azienda devono essere provati per iscritto": cfr. art. 2556, co.,a 1, c.c.), mentre è richiesta, alternativamente, la forma dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata ai soli fini pubblicitari ("i contratti di cui al primo comma, in forma pubblica o per scrittura privata autenticata, devono essere depositati per l'iscrizione nel registro delle imprese": cfr. art. 2556, comma 2, c.c.). Pertanto, il trasferimento dell'azienda effettuato con atto scritto è valido ed efficace per le parti, la disciplina civilistica attribuisce un effetto traslativo al contratto in questione, mentre le forme richieste

dal secondo comma del citato articolo 2556 c.c., sono finalizzate a rendere l'atto opponibile ai terzi. Del resto, la stesa parte ricorrente in via principale, sostanzialmente, ha ammesso che la cancellazione dell'azienda è retroattiva (cfr. memoria in data 25.11.2011).

8.2. E' fondata anche la censura con la quale si afferma che la Commissione di gara avrebbe dovuto escludere il RTI Bellacomba perchè la documentazione presentata dalla mandante Ditta Italiano Giuseppe è risultata carente sia della Relazione Tecnica concernente l'area adibita a deposito, che della necessaria Planimetria (cfr. verbale n. 4 del 28.5.2010).

Dagli atti di causa, infatti, emerge la fondatezza di tale rilievo, da valutare alla luce di quanto stabilito dal punto 4b) del Disciplinare di gara, il quale prescriveva, a pena di esclusione, che la documentazione amministrativa (Busta-A) avrebbe dovuto contenere la "relazione di un tecnico iscritto all'albo professionale, corredata di planimetria in scala 1:200", recante specifiche attestazioni.

Nell'ammettere alla procedura il RTI Bellacomba, malgrado le carenze documentali indicate, la Commissione di gara ha disatteso il Disciplinare di gara.

Come correttamente osservato dai ricorrenti in via incidentale, per tale tipo di carenza non è possibile ricorrere allo strumento della richiesta d'integrazione, perché, ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, la regolarizzazione documentale può essere consentita solo quando i vizi siano puramente formali o chiarimenti imputabili ad errore solo materiale, e sempre che riguardino dichiarazioni o documenti non richiesti a pena di esclusione, non essendo, in quest'ultima ipotesi, consentita la sanatoria o l'integrazione postuma, che si tradurrebbe in una violazione dei termini massimi di presentazione dell'offerta e, in definitiva, in una violazione della par condicio (cfr. Cons. st., sez. V, 9 novembre 2010, n. 7963; T.A.R. Lazio, sez. III ter, 9 dicembre 2010, n. 35816).

Né si può sostenere che si sia trattato di un errore materiale di intestazione (come sostenuto dal RTI Bellacomba), perché la Ditta Italiano Francesco ha depositato correttamente la relazione tecnica con indicazione dei due depositi delle planimetrie, mentre la Ditta Italiano Giuseppe non risulta aver presentato la relazione e la planimetria richieste, come, del resto, risulta evidente dall'accertamento eseguito dalla stessa Commissione di gara, di cui si dà atto nel verbale della seduta del 25.5.2010 (cfr. verbale n. 4).

8.3. Analoga sorte spetta alla censura con la quale è stato rilevato che la maggior parte delle altre concorrenti costituenti il RTI Bellacomba (17 su 19 degli operatori economici del costituendo r.t.i.), compresa la Capogruppo, non ha depositato la planimetria richiesta dal disciplinare di gara a corredo della relazione tecnica, da inserire nella Documentazione Amministrativa - busta A), a pena di esclusione.

E' evidente che, per superare tale censura non ci si può limitare ad affermare – come ha fatto il RTI Bellacomba nel difendere il proprio operato e quello della Stazione appaltante -, che tale mancanza pare assolutamente irrilevante a fronte del deposito della relazione tecnica che offre una descrizione sufficientemente dettagliata dell'area e afferma il pieno possesso delle caratteristiche richieste.

8.4. Stessa sorte spetta alla contestazione all'operato della mandante Ditta Sagi Autocarrozzeria di Catalano Salvatore, che non ha inserito nella "Documentazione amministrativa" (busta-A) la relazione del tecnico recante l'attestazione secondo cui «la destinazione dell'area ove è ubicata la depositeria, è conforme/compatibile al piano regolatore corrente nonché alle leggi vigenti, alle norme urbanistiche, e presenti vie di accesso e di esodo», richiesta a pena di esclusione al punto 4b). Anche in questo caso la Stazione appaltante ha ammesso con riserva il RTI Bellacomba invitandolo ad integrare, successivamente, tale carenza (cfr. verbale n. 4 del 28.5.2010). Ma, anche sotto questo profilo, le descritte infrazioni al disciplinare di gara, concernenti la sfera dei requisiti di "capacità tecnica-

organizzativa”, richiesti a pena di esclusione nell’ambito della Documentazione amministrativa, avrebbero dovuto indurre la Commissione di gara ad escludere il concorrente dalla procedura ad evidenza pubblica.

Peraltro, contrariamente a quanto affermato dal RTI Bellacomba, neanche a seguito della indebita integrazione documentale la Società mandante Sagi Autocarrozzeria di Catalano Salvatore ha dimostrato di possedere il requisito richiesto dal punto 4b) del disciplinare di gara, perché con l’autodichiarazione in data 28 giugno 2010, si attesta che l’area adibita a deposito si trova in una zona che nonostante abbia una “destinazione urbanistica a Parcheggio”, sarebbe autorizzata all’esercizio dell’attività di rimessa di veicoli con servizio di custodia, “in virtù della Denuncia d’inizio Attività presentata all’Ufficio Commercio del Comune di Torino in data 31 agosto 2009 prot. n. 0034637”.

In sostanza, sembra che neanche tale dichiarazione contenga una chiara attestazione di conformità del deposito alla destinazione di zona urbanistica prevista dal Piano Regolatore Generale.

8.5. Conclusivamente, anche a voler ritenere superabili le altre censure proposte dai ricorrenti in via incidentale, va considerata illegittima la determinazione assunta dalla Commissione di gara di non escludere il RTI Bellacomba dalla procedura ad evidenza pubblica.

Del resto, eventuali dubbi inerenti le censure sopra indicate sono stati fugati dalla stessa Stazione appaltante, posto che l’Agenzia del Demanio, con memoria depositata il 20.7.2011, ha rappresentato che le carenze documentali hanno riguardavano entrambi i costituenti RTI e considerando che era già andata deserta una procedura ristretta, l’Amministrazione ha deciso di procedere e concludere la gara (cfr. al riguardo il verbale del 28.5.2010).

9. Passando a valutare il ricorso principale – per le ragioni indicate al precedente punto sub 4) –, il Collegio ritiene che, nei limiti di seguito indicati, anche le censure proposte dal RTI siano fondate e debbano essere accolte.

9.1. Risulta, infatti, fondato, il primo dei motivi di ricorso proposti dal RTI Bellacomba.

Come correttamente evidenziato dal ricorrente in via principale, infatti, al momento dell'apertura della busta recante la documentazione amministrativa, la Commissione di gara ha rilevato che nel plico depositato dal RTI Centro Recupero e Servizi non erano presenti le dichiarazioni di cui al punto 2b) del Disciplinare di gara, per quel che riguarda tre ditte partecipanti al raggruppamento (Eco 2000 s.r.l., Rosa Brusin s.n.c., Centro Ecodemolizioni Settimo s.r.l.).

Al riguardo, va considerato che il disciplinare di gara stabilisce che “nella BUSTA A ‘Documentazione Amministrativa’ devono essere contenuti, a pena di esclusione, i seguenti atti e documenti: (...) 2b) Dichiarazione sostitutiva, ai sensi del DPR n. 445/2000 e corredata copia di documento di identità in corso di validità del sottoscrittore, di non trovarsi nelle condizioni previste dall'articolo 38 comma 1, lettere b) e c), d.lgs. n. 1631/2006, sottoscritta dai Direttori Tecnici e dal titolare (se impresa individuale), dai Direttori Tecnici e dai soci (se società in nome collettivo), dai Direttori Tecnici e dai soci accomandatari (se società in accomandita semplice), dai Direttori Tecnici e dagli amministratori muniti di potere di rappresentanza (se altre Società o Consorzi)”. Lo stesso disciplinare, stabilisce che “ciascuno degli operatori economici che costituiscono o costituiranno il RTI dovrà produrre le dichiarazioni di cui ai punti 1, 2°) e 2b)”.

In sostanza, il disciplinare è chiaro nel fissare l'obbligo di produrre la dichiarazione di non trovarsi nella situazione di cui all'art. 38, co. 1, lett. b) e lett. c), del codice dei contratti pubblici, in capo ai Direttori Tecnici e al titolare (se impresa individuale), ai Direttori Tecnici ed ai soci (se società in nome collettivo), ai

Direttori Tecnici ed ai soci accomandatari (se società in accomandita semplice), ai Direttori Tecnici e agli amministratori muniti di potere di rappresentanza (se altre Società o Consorzi) di ciascuno dei partecipanti al raggruppamento.

Pertanto, la mancanza di un tale documento avrebbe dovuto essere sanzionata con l'esclusione dalla gara.

Nel caso di specie, invece, la stessa Commissione di gara ha deciso di non escludere il RTI controinteressato e di chiedere chiarimenti e integrazioni, pur dando atto della mancanza delle seguenti dichiarazioni sostitutive: - per la mandante Eco 2000 s.r.l., le dichiarazioni di Cavallin Alessandro, Presidente del C.d.A., defunto il 21/11/2009, e di Chiarotti Daniela, amministratore delegato; - per la mandante Rosa Brusin di Piano Eleonora e Rosa Brusin Candido s.n.c., le dichiarazioni di Piano Eleonora, socio amministratore e di Rosa Brusin Mara, socio amministratore; - per la mandante Centro Eco Demolizioni Settimo s.r.l., le dichiarazioni di Guidi Renato, amministratore delegato, Izzo Luca, amministratore delegato, Cirolli Angela, amministratore delegato e La Rosa Anna Maria, amministratore delegato.

Tuttavia, l'art. 46 del codice dei contratti pubblici (nella versione applicabile alla fattispecie *ratione temporis*), stabiliva che “nei limiti previsti dagli articoli di 36 a 45, le stazioni Appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati”. Infatti, tale norma consente di “completare” e/o “fornire chiarimenti in ordine al contenuto” di documenti già “presentati”, ma non consente di produrre atti che, invece, l'operatore economico ha ommesso di produrre. In sostanza, il citato articolo 46 consente, nei limiti previsti dall'art. 38 del codice dei contratti pubblici, di completare o fornire chiarimenti sulla documentazione “presentati”, ma non di integrare documentazione non presentata (Cons. Stato, n. 1371/2011).

Nel caso di specie, la documentazione in questione era integralmente mancante e, quindi, la Stazione Appaltante non avrebbe potuto ricorrere al potere integrativo di cui al citato articolo 46. (Cons. Stato, Sez. V, 9 novembre 2010 n. 7963).

Comunque, va rilevato che a seguito della richiesta di integrazioni della Stazione appaltante, i componenti del R.T.I. controinteressato hanno fornito le dichiarazioni mancanti, ad eccezione di Cavallin Alessandro, deceduto prima della presentazione dell'offerta ed in relazione al quale è stato depositato il certificato di morte, e di Rosa Anna Maria, amministratore delegato della Centro Eco Demolizioni Settimo srl, al momento della presentazione dell'offerta. Per costei, la Centro Eco Demolizioni Settimo Srl ha depositato soltanto una scrittura privata di cessione di quote societarie datata 22 febbraio 2010 e, quindi, successiva alla presentazione della domanda di partecipazione alla gara.

Nonostante ciò, la Commissione di gara ha ritenuto di ammettere alle successive fasi della procedura ad evidenza pubblica il RTI Centro Recupero e Servizi, in contrasto con quanto stabilito dalla lex specialis, che richiedeva la produzione delle dichiarazioni da rendere a cura dei soggetti sopra indicati, da includere nella busta A "Documentazione Amministrativa".

9.2. Il Collegio ritiene, invece, infondato, il secondo motivo di ricorso, con il quale il RTI Bellacomba ha affermato che la Stazione appaltante, tenuto conto degli eccessivi ribassi offerti dal RTI Centro Recupero e Servizi, avrebbe dovuto chiedere i necessari giustificativi al RTI controinteressato in forza dell'art 86, co. 3, del d.lgs. n. 163/2006.

A tale riguardo, va considerato che – come ammesso dallo stesso ricorrente in via principale –, l'offerta del RTI aggiudicatario non si era situata nella soglia di anomalia prefissata ex lege, e, quindi, non sussisteva alcun particolare obbligo in capo alla Stazione appaltante in relazione alla verifica dell'offerta proposta dal RTI Centro Recupero e Servizi.

10. Alla luce delle considerazioni che precedono il Collegio ritiene che i ricorsi incidentali ed il ricorso principale siano fondati nei sensi sopra esplicitati e, conseguentemente, siano da considerare illegittime le determinazioni assunte dalla Commissione di gara di ammettere alla procedura ad evidenza pubblica il RTI Bellacomba ed il RTI Centro Recuperi e Servizi.

11. L'annullamento degli atti di gara per le ragioni indicate, determina l'esigenza di rinnovare la procedura ad evidenza pubblica e, quindi, vanno respinte le domande tese ad ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto, il relativo subingresso nel rapporto intercorrente tra l'Amministrazione ed il RTI aggiudicatario ed il risarcimento dei danni.

12. Sussistono validi motivi – legati alla particolarità della vicenda e delle questioni trattate - per disporre la integrale compensazione delle spese di giudizio fra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- accoglie i ricorsi incidentali ed il ricorso principale nei limiti indicati in motivazione e, per l'effetto, annulla i provvedimenti impugnati;
- respinge le domande di inefficacia del contratto e di subentro proposte, ai sensi dell'art. 122 c.p.a., dal RTI ricorrente in via principale;
- respinge la domanda di risarcimento danni proposta dal RTI Bellacomba Service S.a.s. di Mariotti Francesca & C.;
- dispone la integrale compensazione delle spese di giudizio fra le parti in causa;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla competente Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Pietro Morabito, Consigliere

Roberto Proietti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/01/2012

IL SEGRETARIO

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