



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 2217 del 2016, integrato da motivi aggiunti,
proposto da:

Trinacria Veicoli Industriali Spa, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dagli avvocati Sonia Cirella C.F. CRLSNO72S58F205A,
Giuseppe Mazzarella C.F. MZZGPP65P17G273A, con domicilio eletto presso
l'avv. Giuseppe Mazzarella in Palermo, via Caltanissetta 1;

contro

Rap Risorse Ambiente Palermo Spa, in persona del legale rappresentante p.t.,
rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Concetta Codiglione C.F.
CDGMCN61A56G273L, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo,
piazzetta Cairoli N.1;

nei confronti di

Comer Servizi Srl, Tech Servizi Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Giuseppe Gitto C.F. GTTGPP68H19C351S, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Florio 130;

per l'annullamento

quanto al ricorso principale:

- del provvedimento n. 48 del 19 luglio 2016 (mai trasmesso alla ricorrente e comunicato - nei suoi estremi - soltanto in data 21 luglio 2016), con il quale la RAP S.p.a. ha revocato l'aggiudicazione provvisoria in favore della odierna ricorrente in relazione alla procedura aperta (CIG 6616772CFA), avente ad oggetto "la fornitura di n. 60 autocarri con vasca, voltabidoni e voltacassonetti da 5 mc per RU con alimentazione a metano, con permuta di beni usati, addestramento del personale addetto e servizio di manutenzione", sulla base, a quanto si legge nella nota di comunicazione, della seguente motivazione: "il RUP non ha riscontrato la rispondenza dell'offerta alle prescrizioni della parte II del capitolato speciale d'appalto";
- dello stesso provvedimento n. 48 del 19 luglio 2016 anche nella parte in cui, sempre da quel che risulta nella nota di comunicazione del 21 luglio 2016, ha disposto d'urgenza lo scorrimento della graduatoria in favore della seconda impresa classificata, dichiarandola provvisoriamente aggiudicataria;
- ove occorra, della stessa comunicazione in data 21 luglio 2016 (prot. 001-0023177-GEN/2016);
- della legge di gara (bando e capitolato di condizioni tecniche: in quanto intrinsecamente contraddittoria ed irragionevole;
- del provvedimento - ignoto negli estremi e nei contenuti - con il quale la procedura di gara è stata, nelle more, eventualmente aggiudicata in via definitiva all'odierna controinteressata;

- di ogni altro atto ad essi preordinato, presupposto, consequenziale c/o comunque connesso, ancorché non conosciuto, con particolare riferimento ad eventuali provvedimenti sanzionatori irrogati nei confronti della ricorrente (e di cui, allo stato, non si ha notizia);

Nonché per la declaratoria

del diritto della ricorrente al risarcimento in forma specifica, mediante conseguimento dell'aggiudicazione e del relativo contratto d'appalto, ovvero mediante subentro nel contratto d'appalto eventualmente già stipulato con la controinteressata, previa dichiarazione di inefficacia del medesimo;

e per la conseguente condanna

della RAP S.p.a. al risarcimento del danno nei termini su indicati ovvero, in subordine (ove non fosse possibile il risarcimento in forma specifica), per equivalente, con riserva di successiva quantificazione in corso di causa;

ovvero, in subordine, per l'annullamento

dell'intera procedura e delle operazioni di gara, con conseguente riedizione della stessa;

- quanto al ricorso per motivi aggiunti:

Della disposizione presidenziale d'urgenza n. 48 del 19 luglio 2016, alla quale si è finalmente avuto accesso in data 5 ottobre 2016, con cui la RAP S.p.a. ha revocato l'aggiudicazione provvisoria in favore della odierna ricorrente in relazione alla procedura aperta (CIG 6616772CFA), avente ad oggetto "la fornitura di n. 60 autocarri con vasca, voltabidoni e voltacassonetti da 5 mc per RU con alimentazione a metano, con permuta di beni usati, addestramento del personale addetto e servizio di manutenzione";

- ove occorra, dei pareri del RUP n. 22188 e 22793, rispettivamente, del 12 e del 19 luglio 2016 (ai quali si è avuto accesso soltanto in data 10 ottobre 2016), richiamati dalla disposizione presidenziale d'urgenza n. 48 del 19 luglio 2016;

- dello stesso provvedimento n. 48 del 19 luglio 2016 anche nella parte in cui ha disposto d'urgenza lo scorrimento della graduatoria in favore della seconda impresa classificata, dichiarandola provvisoriamente aggiudicataria;
- della legge di gara (bando e capitolato di condizioni tecniche: cfr. docc. 2 e 3), in quanto intrinsecamente contraddittoria ed irragionevole;
- della deliberazione n. 242 del 9 settembre 2016 (alla quale si è avuto accesso solo in data 5 ottobre 201 con il quale la procedura di gara è stata aggiudicata in via definitiva all'odierna controinteressata;
- di ogni altro atto ad essi preordinato, presupposto, consequenziale c/o comunque connesso, ancorché non conosciuto, con particolare riferimento ad eventuali provvedimenti sanzionatori irrogati nei confronti della ricorrente (e di cui, allo stato, non si ha notizia);

nonché per l'annullamento
dell'intera procedura e delle operazioni di gara, con conseguente riedizione della
stessa;
ovvero per la declaratoria
(se ed in quanto compatibile con le doglianze sollevate) del diritto della ricorrente
al risarcimento in forma specifica, mediante conseguimento dell'aggiudicazione e
del relativo contratto d'appalto, ovvero mediante subentro nel contratto d'appalto
eventualmente già stipulato con la controinteressata, previa dichiarazione di
inefficacia del medesimo;
e per la conseguente condanna
della RAP S.p.a. al risarcimento del danno nei termini su indicati ovvero, in
subordine (ove non fosse possibile il risarcimento in forma specifica), per
equivalente, con riserva di successiva quantificazione in corso di causa.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rap Risorse Ambiente Palermo Spa e di Comer Servizi Srl e di Tech Servizi Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 dicembre 2016 la dott.ssa Solveig Cogliani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I – Con il ricorso introduttivo, la società istante – premesso che ha partecipato alla gara indetta con bando spedito in G.U.U.E. il 12 marzo 2016, dalla la RAP S.p.a., ai sensi dell'articolo 55 del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 (con importo a base d'asta di € 6.021434,34 oltre IVA) per la fornitura *"di n. 60 autocarri con vasca, voltabidoni e voltacassonetti da 5 mc per RU con alimentazione a metano, con permuta di beni usati, addestramento del personale addetto e servizio di manutenzione"*, da aggiudicarsi al prezzo più basso, ex art. 82 del D.lgs. 163/2006 e di aver conseguito l'aggiudicazione provvisoria (in favore più esattamente della costituenda A.T.I. tra Trinacria Veicoli Industriali S.p.a. e Trinacria Service S.r.l.) – esponeva che in data 21 luglio 2016 le era comunicata la revoca dell'aggiudicazione sulla base della seguente motivazione: *"il RUP non ha riscontrato la rispondenza dell'offerta alle prescrizioni della parte II del capitolato speciale d'appalto"*.

Pertanto, la società istante proponeva ricorso onde ottenere l'annullamento, previa sospensione della loro efficacia, degli atti indicati in epigrafe; e ciò alla luce del seguente articolato motivo:1 - *VIOLAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COSTITUZIONE - VIOLAZIONE (PE MANCATA APPLICAZIONE) DELL'ART. 79, COMMI 5 E 5-BIS, DEL D.LGS. 12 APRILE 2006 N. 163 — VIOLAZIONE (PER MANCATA APPLICAZIONE) DELL'ART. 3 DELLA*

LEGGE 7 AGOSTO 1990, N. 241 E S.M.I. — VIOLAZIONE (PER MANCATA APPLICAZIONE) DELL'ART. 3 DELLA L.R. 30 APRILE 1991, N. 10 E S.M.): - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI PUBBLICHE GARE — ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITA', DI-FETTO DI MOTIVAZIONE E TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO DELL'ART. 3 DELLA LEGGE 7 AGOSTO 1990, N. 241 E S.M.I. — VIOLA-ZIONE (PER MANCATA APPLICAZIONE) DELL'ART. 3 DELLA L.R. 30 APRILE 1991, N. 10 E S.M.): - VIOLAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI PUBBLICHE GARE — ECCESSO DI POTERE PER ILLOGICITA', DI-FETTO DI MOTIVAZIONE E TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO.

In sostanza, la società si duole della genericità della motivazione e del mancato rispetto delle forme previste per la comunicazione del provvedimento pregiudizievole.

Si costituiva la RAP per resistere, ribadendo la legittimità dell'operato.

Si costituiva, altresì, la parte controinteressata, che proponeva ricorso incidentale, affidato ai seguenti motivi: - illegittimità della mancata esclusione del rti Trinacria per aver prodotto tre referenze bancarie, anziché quattro (due per ciascun componente del raggruppamento);

ulteriore illegittimità della mancata esclusione della ricorrente principale, la quale, non aveva indicato, nella propria offerta economica, i costi aziendali per la sicurezza.

Successivamente alla presa visione degli atti (disposizione presidenziale d'urgenza n. 48 del 19 luglio 2016, di cui, in un primo momento, la RAP aveva differito l'accesso (consentito, difatti, soltanto tra il 5 ed il 10 ottobre 2016 e del parere del 12 luglio 2016) l'istante proponeva motivi aggiunti, con i quali deduceva le seguenti censure:

I – VIOLAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COSTITUZIONE — VIOLAZIONE (PER MANCATA APPLICAZIONE) DELL'ART. 3 DELLA LEGGE 7 AGOSTO 1990, N. 241 E S.M.I. — VIOLAZIONE (PER MANCATA APPLICAZIONE) DELL'ART. 3 DELLA L.R. 30 APRILE 1991, N. 10 E SS. — VIOLAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI PUBBLICHE GARE — ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE, TRAVISAMENTO DEI PRESUPPOSTI DI FATTO E DI DIRITTO, IRRAGIONEVOLEZZA, PERPLESSITA' E CONTRADDITTORIETA', poiché il provvedimento sarebbe fondato su un errore nella lettura dell'offerta di parte ricorrente; infatti, come si evincerebbe dalla lettura del parere in atti – acquisito in seguito all'accesso menzionato - il RUP aveva ritenuto l'offerta della ricorrente non conforme alle prescrizioni della (sola) Parte II di Capitolato, laddove la ricorrente, pur indicando “SI” Nella tabella (da compilare) dedicata alla "Manutenzione a carico dell'offerente", nella parte dedicata ai “"Controlli almeno quindicinali (e comunque con la frequenza prevista nel Piano degli interventi di manutenzione programmata) sui beni oggetto della fornitura (...)” precisava nella Sezione “Note “ “CONTROLLI SECONDO LA FREQUENZA PREVISTA DAI PIANI Di MANUTENZIONE FORNITI”.

Evidenziava a riguardo che il Responsabile sarebbe caduto palesemente in errore, poiché una cosa, difatti, sarebbero i controlli (prescritti dal capitolato), rispetto ai quali la società aveva assunto l'impegno segnando – come previsto “SI” e tutt'altra cosa sarebbero gli interventi finalizzati ad ottenere i c.d. "tagliandi" per i veicoli, o gli interventi programmati sull'attrezzatura (prescritti dalle relative case costruttrici).

Impugnava, peraltro con altro motivo l'aggiudicazione definitiva a favore della controinteressata, deducendo le seguenti censure:

VIOLAZIONE DELL'ART. 97 DELLA COSTITUZIONE — VIOLAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI PUBBLICHE GARE — VIOLAZIONE DELL'ART. 9.10 DEL BANDO DI GARA E DELL'ART. 10 DELLA PARTE I DEL CAPITOLATO TECNICO DI CONDIZIONI; ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI ISTRUTTORIA ED INGIUSTIZIA MANIFESTA, in quanto – contrariamente a quanto disposto dalla legge di gara, il capitolato presentato dall'ATI Comer Sud/Tech Servizi S.r.l. recherebbe, invece in ogni pagina (sia della Parte I che della Parte II)

- il timbro e la firma del legale rappresentante della mandante Tech Servizi S.r.l.;
- un'altra firma (a volte per esteso, altre volte solo una sigla) di incerta imputabilità per assenza sia del timbro che delle generalità del sottoscrittore.

Con ulteriore memoria, la ricorrente contestava l'ammissibilità del ricorso incidentale poiché proposto avverso un atto endoprocedimentale quale il verbale con cui la ricorrente medesima non era esclusa dalla procedura; nonché eccepiva la nullità dell'avversario ricorso per violazione degli artt. 40 e 42 c.p.a. in quanto non sarebbe stato indicato il codice fiscale della società proponente; nel merito controdecuiva alle censure.

Per altro verso la controinteressata, eccepiva la tardività del ricorso per motivi aggiunti.

All'udienza di discussione la causa era trattenuta in decisione.

II – Osserva il Collegio che la controversia può essere decisa osservando i principi di sinteticità espressi dal codice del processo amministrativo.

III -. In ordine di priorità, deve essere respinta l'eccezione di tardività svolta da parte controinteressata avverso i motivi aggiunti, che sostanzialmente esplicano i motivi già contenuti nel ricorso introduttivo, a seguito della presa visione della documentazione, dapprima non conosciuta.

Per un verso va rilevato che i motivi di censura erano già svolti nel ricorso principale; per altro verso va precisato che – a differenza di quanto affermato dalla RAP e dalla controinteressata – il provvedimento non era accessibile tramite il sito della stazione appaltante; né della loro affermazione le parti resistenti offrono idonea prova.

Sicché solo a seguito dell'ostensione la ricorrente ha potuto prendere conoscenza della effettiva motivazione della revoca dell'aggiudicazione provvisoria, in ordine alla quale dispiegare la propria difesa. Tale motivazione - come correttamente indicato dalla parte – è rinvenibile nella lettura coordinata del provvedimento del RUP e del parere sopra citato.

III – Venendo dunque ad esaminare i motivi di ricorso e del ricorso per motivi aggiunti, che devono essere unitamente verificati, il ricorso si appalesa fondato. Infatti emerge con inequivoca chiarezza (come peraltro ritenuto anche in sede cautelare) che il RUP è caduto in errore laddove ha interpretato la precisazione svolta dalla ricorrente in nota come alternativa alle prescrizioni di gara.

In vero, la ricorrente ha chiaramente apposto un “SI” sulla richiesta di manutenzione come voluta dalla stazione appaltante, conseguentemente accettando le condizioni. E poi, ulteriormente ha precisato gli altri interventi di manutenzione come voluti dai piani di manutenzione dei veicoli.

Ne consegue che, poiché la revoca del provvedimento di aggiudicazione è unicamente motivato su tale elemento, che – come detto – è frutto di un travisamento – il ricorso deve essere accolto, risultando l'illegittimità della revoca e del conseguente scorrimento, che per l'effetto devono essere annullati.

Ne consegue, altresì, che la parte ricorrente non ha più interesse agli ulteriori profili di censura nei confronti della ricorrente incidentale né in relazione ai dedotti profili di contraddittorietà del bando.

IV – Per completezza, alla luce dei principi affermati dalla sentenza CGUE, 5 aprile 2016, C-689/13 (Puligienica) che impone di procedere all’esame tanto del ricorso principale quanto di quello incidentale a prescindere dal numero dei concorrenti, di cui ha fatto applicazione recentemente la Sezione, ve prima di tutto evidenziato che non possono condividersi le eccezioni di inammissibilità svolte da parte ricorrente.

In primo luogo perché chiaramente il motivo teso a contestare l’ammissione della ricorrente è chiaramente funzionale all’estromissione dalla gara della stessa e dunque a minare l’interesse a proporre gravame. In secondo luogo, poiché la giurisprudenza costante della Suprema Corte.

Il Decreto Legge 29 dicembre 2009, n. 193 convertito in L. 22 febbraio 2010, n. 24 all’art.4 comma 8, introduce l’obbligo di indicazione del codice fiscale negli atti processuali (a norma dell’art. 163 come modificato e dell’art. 125 c.p.c. va indicato il codice fiscale sia dell’attore che del convenuto, nonché delle persone che rispettivamente li rappresentano e li assistono, nonché il codice fiscale del difensore dell’attore). E con riguardo al significato del riferimento alle persone che li rappresentano e li assistono, essa non attiene – secondo l’interpretazione della Corte di Cassazione - nè i difensori, nè ai legali rappresentanti di persone giuridiche. Infatti, per persone giuridiche, associazioni, comitati e simili, è unicamente necessaria “l’indicazione dell’organo o ufficio che ne ha la rappresentanza in giudizio”. In tale ipotesi, è dunque imposta l’indicazione dell’«organo» o dell’«ufficio» e non anche della persona fisica che lo incarna (cfr. Cass. nn. 3144/88, 325/87, 5774/85, 6521/04) ed è ritenuta sufficiente l’espressione “in persona del legale rappresentante pro tempore”.

In ogni caso, non può che precisarsi ulteriormente che la mancata indicazione del codice fiscale comporta una nullità sanabile ex tunc.

Ora non vi è dubbio della identificabilità nel presente giudizio delle parti in causa e della loro costituzione, nonché dell'integrità del contraddittorio e del dispiegamento delle rispettive difese.

V – Passando ad esaminare i motivi di censura, il ricorso incidentale si appalesa infondato.

In primo luogo, come correttamente evidenziato dalla ricorrente principale la giurisprudenza è pacifica nell'affermare che la presentazione di idonee referenze bancarie da parte di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati - che, peraltro, non devono avere un contenuto specifico e dettagliato - non può considerarsi quale requisito "rigido", stante la necessità di contemperare l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto, con conseguente necessità di prevedere dei temperamenti rispetto a quelle imprese che non siano in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze indicate (Consiglio di Stato, se. 22 novembre 2013, n. 5542; TAR Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 6 giugno 2014, n. 236). Orbene, nella specie, le referenze della ricorrente hanno formato oggetto di apposito vaglio da parte della RAP (cfr. verbale del 4 maggio 2016, osservazioni di parte ricorrente e conseguente ammissione alla gara). Ne deriva l'infondatezza della asserita illegittimità dell'ammissione.

Né appare fondata l'ulteriore censura con la quale la ricorrente incidentale vorrebbe fondare la necessità di automatica esclusione della Società istante per mancata indicazione degli oneri aziendali.

Infatti, a fronte dell'orientamento fondatosi sul punto, il Tribunale non può non prendere atto dell'ultimo approdo dell'Adunanza Plenaria n. 19 del 27 luglio 2016, che mitigando i principi affermati sul punto dalle precedenti Plenarie nn. 3 e 9 del 2015, ma al contempo facendo salva espressamente la ricostruzione dei presupposti e della portata applicativa del principio di tassatività delle cause di

esclusione e del potere di soccorso effettuata dalla plenaria n. 9 del 2014 – ha stabilito che l'automatismo dell'effetto escludente per mancata indicazione degli oneri di sicurezza, anche in assenza di indicazioni in tal senso da parte del bando e della modulistica, si pone in contrasto con i principi di certezza del diritto, tutela dell'affidamento, nonché con quelli, che assumono particolare rilievo nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, di trasparenza, proporzionalità e par condicio.

Né possono trovare ingresso ulteriori elementi di esclusione rispetto a quanto previsto dalla *lex specialis*.

Ne consegue che il ricorso incidentale deve essere respinto.

VI – Passando ad esaminare, dunque, nell'ordine logico-sistematico l'ultima questione. Stante l'accoglimento del ricorso e dei motivi aggiunti con riguardo alla domanda di annullamento degli atti pregiudizievoli a parte ricorrente, conseguenti al travisamento dei fatti e dato atto dell'immediato accoglimento in sede cautelare della sospensione degli effetti dei predetti provvedimenti gravati (revoca dell'aggiudicazione provvisoria e aggiudicazione definitiva alla controinteressata), può essere accolta la domanda di risarcimento in forma specifica, mediante conseguimento dell'aggiudicazione e del relativo contratto d'appalto, previo svolgimento delle necessarie verifiche da parte della RAP.

VII – Per quanto sin qui considerato le spese di lite seguono la soccombenza e sono determinate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento di revoca impugnato e la conseguente delibera di aggiudicazione definitiva in favore delle controinteressate.

Accoglie la domanda di risarcimento in forma specifica come specificato in motivazione.

Respinge il ricorso incidentale.

Condanna la RAP e le controinteressate al pagamento delle spese di lite a favore della ricorrente, determinate complessivamente in euro 3.000,00 (tremila/00), oltre IVA e CPA, da dividersi in due parti eguali tra stazione appaltante e parti private.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 21 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Solveig Cogliani, Presidente, Estensore

Nicola Maisano, Consigliere

Maria Cappellano, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Solveig Cogliani

IL SEGRETARIO