

N. 10028/2014 REG.PROV.COLL.
N. 10885/2014 REG.RIC.



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

ex art. 60 cod. proc. amm.;

*sul ricorso numero di registro generale 10885 del 2014, proposto da:
Soc Fiat Auto Var Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Stefano
Cassamagnaghi, Leonardo De Vecchi, con domicilio eletto presso
Mario Valentini in Roma, viale Castro Pretorio, 122;*

contro

*Ministero dell'Interno, rappresentato e difeso per legge
dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei
Portoghesi, 12;*

nei confronti di

*Soc Volkswagen Group Firenze Spa, rappresentato e difeso dagli
avv. Maurizio Zoppolato, Laura Pelizzo, con domicilio eletto presso
Maurizio Zoppolato in Roma, via del Mascherino, 72;*

per l'annullamento

del decreto dirigenziale dell' 11.7.2014, con cui il Ministero dell'Interno — Dipartimento della Pubblica Sicurezza - Direzione Centrale dei Servizi Tecnico-Logistici e della Gestione Patrimoniale ha aggiudicato in via definitiva la procedura di gara per l'appalto di n. 206 autovetture allestite per il servizio di controllo del territorio, di cui n. 100 unità per le esigenze della Polizia di Stato e n. 106 unità per le esigenze dell'Arma dei Carabinieri;

in quanto occorra, della nota dell'11.7.2014, con cui il Ministero dell'Interno ha comunicato a FIAT Auto Var S.r.l. la predetta aggiudicazione definitiva;

dei verbali di gara tutti, ivi incluso il verbale di aggiudicazione provvisoria del 16.6.2014 e, in quanto occorra, della relativa graduatoria;

- in quanto occorra, della lex specialis di gara e, in particolare, del bando, della lettera d'invito, del capitolato tecnico e dei relativi allegati, ivi inclusi gli stipulandi contratti;

- di ogni altro atto presupposto, preparatorio, conseguente e connesso a quelli sopraindicati

nonché per l'accertamento

del diritto della Società ricorrente ad ottenere l'aggiudicazione della procedura di gara, in quanto seconda classificata, previa eventuale esclusione/non ammissione dell'attuale aggiudicataria, ed inoltre per la condanna

del Ministero dell'Interno al risarcimento del danno, in forma specifica, mediante la suddetta aggiudicazione o subentro — previa, ove occorra, declaratoria di inefficacia del contratto qualora medio tempore stipulato con l'aggiudicataria — nel contratto o mediante

rinnovazione della procedura di gara e, in via subordinata, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Interno e di Soc Volkswagen Group Firenze Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2014 la dott.ssa Stefania Santoleri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato in fatto che:

- con bando di gara n. 118208 pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea n. S096 dell'8 aprile 2014 e sulla G.U.R.I. n. 41 – V^a Serie Speciale del 9/5/2014, il Ministero dell'Interno ha bandito la procedura ristretta accelerata, in ambito UE/WTO, ai sensi del D.Lgs. 163/06 per l'appalto di n. 206 autovetture allestite per il servizio di controllo del territorio, corredate da pacchetto di assistenza gratuita per 6 anni o 150.000 Km, di cui 100 unità per le esigenze della Polizia di Stato e n. 106 unità per le esigenze dell'Arma dei Carabinieri per un valore stimato di 9.720.316 da aggiudicarsi secondo il criterio del prezzo più basso e con facoltà per l'Amministrazione dell'Interno, di esercitare il diritto di opzione per ulteriori 1.800 unità, per un importo massimo di € 84.934.800 e, per l'Arma dei Carabinieri, per ulteriori 2.100 unità, per un importo massimo di € 99.090.600;*
- il bando di gara prevedeva che:*

“Possono partecipare alla gara le sole case costruttrici di autovetture ed i loro rappresentanti in esclusiva sul territorio nazionale o importatori ufficiali, purchè muniti di dichiarazione autentica della casa costruttrice in cui la stessa si impegna, in caso di aggiudicazione della fornitura ad onorare, sotto la propria responsabilità, i contratti che saranno stipulati rispettivamente con il Ministero dell’Interno (.....) e con il Comando Generale dell’Arma dei Carabinieri. Tale dichiarazione dovrà esser prodotta a pena di esclusione salvo quanto previsto dall’art. 41 c. 1 del D.Lgs. 12.4.2006 n. 163/2006 e successive modificazioni” (punto III.1.4); al punto III.2.1. prevedeva, inoltre, a pena di esclusione (salvo quanto disposto dall’art. 46 c. 1 del D.Lgs. 163/06), la presentazione della dichiarazione in merito all’insussistenza delle cause di esclusione di cui all’art. 38 dello stesso D.Lgs. 163/06, valevole anche per i soggetti cessati nell’anno antecedente alla data di pubblicazione del bando “specificando le circostanze che rendono impossibile o eccessivamente gravosa la dichiarazione da parte dei soggetti interessati”;

al punto VI.3 stabiliva che “Ai sensi dell’art. 82 comma 3 bis del D.Lgs. 163/06 le ditte partecipanti alla gara dovranno indicare, in sede di presentazione dell’offerta, con plico separato, le spese relative al costo del personale, che non verranno assoggettate ad alcun ribasso”.

Sono pervenute quattro offerte, ma dopo l’esclusione della BMW Italia S.p.A e della Citroen Italia S.p.a. sono rimaste in gara soltanto la ricorrente e la controinteressata.

La stazione appaltante ha chiesto alla Volkswagen Group Firenze S.p.A., risultata poi aggiudicataria dell'appalto, di integrare la documentazione nei seguenti termini:

- indicando le circostanze che avevano reso impossibile o eccessivamente gravosa la dichiarazione relativamente ai cessati nell'anno precedente alla data di pubblicazione del bando di gara;*
- descrivendo le attrezzature tecniche possedute per ogni stabilimento di produzione in relazione ai manufatti oggetto della gara, indicando la marca, il modello e l'impiego nel ciclo produttivo;*
- indicando la forza lavoro impiegata, i tecnici e gli organici tecnici incaricati dei controlli di qualità;*

Nella seduta pubblica del 16 giugno 2014 la gara è stata aggiudicata provvisoriamente alla Volkswagen che aveva presentato l'offerta più bassa pari ad € 43.897,00 a fronte dell'offerta della Fiat di € 43.980,00 ed in data 11 luglio 2014 il Ministero ha comunicato alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva della gara alla controinteressata Volkswagen.

Con il ricorso in epigrafe la ricorrente ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, i verbali di gara e, per quanto occorra, la lex specialis di gara, il bando, la lettera di invito, ed il capitolato tecnico compresi gli allegati, ivi inclusi gli stipulandi contratti, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:

__1. Violazione e/o falsa applicazione della lex specialis di gara, del principio della par condicio, dell'art. 46 c. 1 del D.Lgs. 163/06; violazione del principio del buon andamento della P.A. e dell'art. 97 Cost., eccesso di potere, illogicità, travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione.

La dichiarazione depositata dalla Volkswagen Firenze e rilasciata dalla casa costruttrice non sarebbe rispondente a quanto richiesto dal bando, mancando l'impegno della casa costruttrice SEAT S.A. ad onorare sotto la propria responsabilità i contratti che sarebbero stati stipulati;

La controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto detta dichiarazione era prevista a pena di esclusione e per vizi inerenti alla stessa dichiarazione la stazione appaltante aveva escluso la BMW;

Non poteva ricorrersi neppure al soccorso istruttorio, in quanto era stata del tutto omessa la dichiarazione di impegno e responsabilità all'adempimento dei contratti che prevedevano non soltanto la fornitura ma anche il servizio di "service" di lunga durata, che poteva essere onorato soltanto dalla casa costruttrice; .

2. *Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 46 c. 1 del D.lgs. 163/06, della lex specialis di gara, del principio della par condicio, del principio del buon andamento della P.A. e dell'art. 97 Cost.; eccesso di potere, illogicità, travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione.*

La stazione appaltante avrebbe illegittimamente fatto ricorso al soccorso istruttorio con riferimento ai "soggetti cessati", alla descrizione delle attrezzature tecniche e alla forza lavoro, mentre avrebbe dovuto provvedere all'esclusione della controinteressata;

3. *Violazione e/o falsa applicazione di legge e, in particolare, dell'art. 82 c. 3 bis del D.Lgs. 163/06 del principio della par condicio, del principio del buon andamento della P.A. e dell'art. 97 Cost.; eccesso di potere, illogicità, travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione.*

La stazione appaltante non avrebbe mai aperto le buste relative al costo del personale e quindi non avrebbe determinato il prezzo più basso sulla base del quale aggiudicare la gara "al netto delle spese relative al costo del personale";

Non avendo la stazione appaltante specificato nella lex specialis di gara tale costo, sottraendolo al confronto concorrenziale, il miglior prezzo avrebbe dovuto essere calcolato computando nell'offerta economica il costo del personale indicato dai singoli concorrenti;

L'Amministrazione intimata costituitasi in giudizio ha chiesto il rigetto del ricorso per infondatezza;

La controinteressata, costituitasi in giudizio, ha proposto ricorso incidentale con il quale ha dedotto il seguente motivo di impugnazione:

__1. Violazione del punto III.1.4 del bando - Violazione del principio della par condicio - Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 46 c. 1 del D.lgs. 163/06, violazione del principio del buon andamento, eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità e per travisamento dei presupposti, assenza di motivazione.

Nella dichiarazione resa dalla Fiat Group Automobiles S.p.A. mancherebbe l'impegno ad onorare gli specifici contratti da stipulare con il Ministero dell'Interno - Dipartimento della Pubblica Sicurezza e il Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri.

Mancherebbe la prova della garanzia della casa costruttrice; inoltre la dichiarazione sarebbe stata resa dal procuratore Enrico Attanasio che non disporrebbe del relativo potere di garanzia sul corretto adempimento delle obbligazioni assunte da Fiat Auto Var, tenuto

anche conto del valore dell'appalto (in caso di esercizio del diritto di opzione).

La controinteressata ha chiesto quindi l'accoglimento del ricorso incidentale ed il rigetto del ricorso principale.

In prossimità dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie.

Alla camera di consiglio la causa è stata trattenuta in decisione ai sensi dell'art. 60 c.p.a.

Il primo motivo del ricorso principale è infondato:

- la dichiarazione resa dalla casa costruttrice SEAT S.A. soddisfa il requisito previsto dal bando di gara in quanto la dichiarazione resa dalla casa costruttrice di autorizzare la Volkswagen Group Firenze a partecipare alla gara, ad offrire i prodotti SEAT, e a stipulare i relativi contratti di fornitura implica l'assunzione della responsabilità della casa costruttrice circa l'esatto adempimento contrattuale da parte della società concorrente, costituendo idonea garanzia per la stazione appaltante circa la corretta esecuzione della fornitura e del connesso servizio di "service";*
- qualora vi fossero stati dubbi o incertezze circa l'interpretazione della dichiarazione, resa in lingua straniera e poi tradotta in italiano, la stazione appaltante – in applicazione dell'art. 46 c. 1 del D.lgs. 163/06, espressamente richiamato nel bando, avrebbe dovuto chiedere chiarimenti e giammai avrebbe potuto disporre l'esclusione dell'offerente non essendo la dichiarazione mancante (cfr. Cons. Stato Sez. III 9/5/2014 n. 2376), tanto più se si tiene conto della disposizione recata dall'art. 46 comma 1 ter del D.Lgs. 163/06, introdotto dal D.L. 90/2014 convertito in L. 114/14, che estende la disposizione dell'art. 38 comma 2 bis anche ai casi di mancanza,*

incompletezza o irregolarità di dichiarazioni anche di soggetti terzi che devono essere prodotte dai concorrenti in sede di gara, che pur non essendo direttamente applicabile alla fattispecie in esame – in quanto il bando è stato pubblicato prima dell'entrata in vigore del D.L. 90/2014 - offre quale indice ermeneutico, la chiara volontà del Legislatore di valorizzare il soccorso istruttorio (cfr. Cons. Stato A.P. 30/7/2014 n. 16);

- la pretesa della ricorrente diretta ad ottenere l'esclusione della controinteressata deve ritenersi di conseguenza destituita di fondamento e quindi il primo motivo deve essere respinto;

- quanto al secondo motivo di impugnazione, valgono i principi già ricordati in tema di soccorso istruttorio: nel caso della dichiarazione ex art. 38 del D.Lgs. 163/06 con riferimento ai soggetti cessati, la controinteressata aveva reso la dichiarazione attestante l'insussistenza di cause ostative riferite a questi ultimi di cui ha indicato le generalità, la carica rivestita e la data di cessazione dalla carica (cfr. dichiarazione relativa al Dott. Luca Bedin punti A E1 e B pagg. 5 e 10 doc. n. 19 fascicolo documenti della società aggiudicataria), mancando soltanto la compilazione del punto del modello di domanda relativo all'indicazione delle "circostanze che rendono impossibile o eccessivamente gravosa la dichiarazione da parte dei soggetti interessati", che costituisce un surplus di quanto già dichiarato e che quindi non può considerarsi elemento essenziale nella dichiarazione (cfr. Cons. Stato Sez. IV 27/6/2011 n. 3862);

- la richiesta relativa alla descrizione delle attrezzature tecniche e la forza lavoro non era prevista dal bando a pena di esclusione, trattandosi di mere informazioni aggiuntive inserite nel modello di

domanda, il che implica il corretto ricorso al soccorso istruttorio da parte della stazione appaltante;

- altrettanto infondato si appalesa il terzo motivo di ricorso, atteso che dalla disamina del bando di gara e della lettera di invito si evince come la stazione appaltante non avesse provveduto ex ante a scorporare il costo per il personale nella determinazione del valore dell'appalto (tenuto conto della estrema difficoltà di operare detta stima come rilevato dall'A.V.C.P. nella segnalazione n. 2 del 19/3/2014), e che le stesse concorrenti erano tenute a offrire il prezzo unitario in Euro con due sole cifre decimali, al netto dell'IVA e del contributo ambientale per il recupero dei pneumatici fuori uso, e dunque senza scorporare il costo del personale: correttamente, quindi, la stazione appaltante ha confrontato le offerte tra le concorrenti nel loro valore complessivo comprensivo anche dei costi per il personale, così come richiesto negli atti di gara; Occorre però tener conto anche della disposizione contenuta nel bando di gara – punto VI.3 – in merito alla indicazione, da parte delle concorrenti in sede di presentazione dell'offerta, delle spese relative al costo del personale, che non verranno assoggettate ad alcun ribasso e coordinarla con le altre disposizioni della lex specialis di gara: ritiene il Collegio, per ovviare alle criticità rilevate dall'A.V.C.P. nella citata determinazione, che detta clausola del bando debba essere intesa come diretta a verificare la congruità dell'offerta.

La previsione è stata introdotta dalla stazione appaltante in modo da poter verificare, in caso di verifica dell'anomalia dell'offerta, il rispetto degli obblighi a tutela dei lavoratori; ne consegue che non essendo mai stato avviato il sub procedimento di verifica

dell'anomalia – non ricorrendone i presupposti – correttamente la stazione appaltante non ha aperto le buste contenenti i dati sul costo del personale.

Del resto, dopo la segnalazione dell'Autorità, il Ministero della Difesa aveva diramato la circolare Ministeriale versata in atti dall'Avvocatura erariale, che invitava le stazioni appaltanti a prescindere dall'attuazione di quanto disposto dal comma 3 bis dell'art. 82 del D.Lgs. 163/06, e detto indirizzo è stato recepito anche dal Ministero dell'Interno incaricato dello svolgimento della procedura di gara anche per conto del Comando Generale dell'Arma dei Carabinieri.

La censura deve essere pertanto respinta.

Il ricorso principale deve essere quindi respinto.

Al rigetto del ricorso principale consegue la reiezione della domanda risarcitoria.

La reiezione del ricorso principale comporta la declaratoria di improcedibilità del ricorso incidentale, qualificato come condizionato dalla difesa della controinteressata, ricorso che comunque avrebbe dovuto essere respinto alla stregua degli stessi motivi che hanno comportato il rigetto del primo motivo del ricorso principale, con la precisazione che la dichiarazione è stata resa dal Procuratore della società sulla base di idonea procura (depositata in atti) che lo abilita a rendere detta la dichiarazione, atteso che può rappresentare la società nei confronti di enti pubblici, sottoscrivere lettere di impegno per la società, stipulare contratti, compresi quelli di fornitura e di servizio con pubbliche amministrazioni, partecipare a gare, e compiere tutti gli atti necessari e conseguenti per l'esecuzione dei contratti.

Quanto alle spese di lite, tenuto conto della particolarità della fattispecie, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

così dispone:

respinge il ricorso principale, dichiara inammissibile il ricorso incidentale, respinge la domanda risarcitoria.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere, Estensore

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/09/2014

IL SEGRETARIO

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