

Esame avvocato 2013: terza traccia e svolgimento atto giudiziario in materia di diritto amministrativo

Con bando di gara pubblicato in data 10 dicembre 2011 l'Ente Pubblico Alfa indiceva una procedura selettiva con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'affidamento dei servizi di pulizia dell'aeroporto Beta. Con istanza tempestivamente presentata le imprese Delta e Kappa chiedevano di partecipare alla gara dichiarando che si sarebbero costituite in Ati (associazione temporanea imprese) nella quale la società Kappa avrebbe assunto la qualità di capogruppo, senza tuttavia specificare la quota di partecipazione alle parti del contratto da svolgersi di ciascuna di esse.

Ai fini della prestazione della garanzia provvisoria ai sensi dell'articolo 75 del [d.l. 12 aprile 2006 n. 163](#), la costituenda ati, presentava cauzione a nome della capogruppo Kappa. La commissione di gara iniziava i lavori di valutazione delle offerte presentate in data 20 gennaio 2012. La società Omega, che aveva presentato un'offerta che le avrebbe permesso di collocarsi al secondo posto in graduatoria, rimaneva esclusa con provvedimento della commissione di gara datato 15 febbraio 2012, non avendo prodotto documentazione che comprovasse il possesso dei dichiarati requisiti di capacità tecnica risultante da precedenti rapporti intrattenuti con altra pa. Con atto del 22 febbraio 2012 la stazione appaltante aggiudicava l'appalto all'ati, costituita tra Delta e Kappa.

Il candidato assume le vesti del legale della società Omega rediga l'atto ritenuto più idoneo alla tutela degli interessi della propria assistita.

Esame d'avvocato 2012: atto giudiziario in materia di diritto amministrativo**di Francesca Idone****Possibile soluzione schematica a cura di [Altalex](#)**

La soluzione indicata in modo sintetico e schematico è solo una delle possibili; ha mero valore orientativo.

Svolgimento sintetico:

Gli istituti e le problematiche da esaminare si concentrano sull'interesse alla proposizione del ricorso al TAR da parte della società Omega, la quale è stata illegittimamente esclusa dalla gara per l'affidamento del servizio di pulizie aeroportuali, e sui profili di illegittimità dell'aggiudicazione definitiva in favore dell'ATI Kappa.

L'atto da svolgere consiste nella redazione di un ricorso proposto dinanzi al T.A.R. competente per l'annullamento del provvedimento di esclusione di Omega determinato dalla S.A. con provvedimento del 15 febbraio 2012, e degli atti conclusivi della gara (sino all'aggiudicazione in favore della ATI Kappa) anche in considerazione del fatto che la prima classificata non avrebbe neppure dovuto essere ammessa alla gara in questione.

Il ricorso verterà sui seguenti motivi di diritto.

In via preliminare.

la ditta Omega evidenzia di avere un interesse attuale e concreto a ricorrere in giudizio.

Infatti come è dato leggere nella traccia: *ha presentato un'offerta che le avrebbe permesso di collocarsi al secondo posto in graduatoria.*

Tale circostanza è rilevante in quanto, dimostrando l'illegittima esclusione dalla gara, e successivamente illegittima aggiudicazione effettuata nei confronti dell'ATI Kappa, la ditta Omega sarebbe risultata aggiudicataria del servizio.

Illegittimità dell'esclusione per violazione di legge. Eccesso di potere per errore di fatto. Comprovato possesso dei requisiti di capacità tecnica in capo alla ditta omega.

La Omega è stata illegittimamente esclusa dalla gara pur avendo ottemperato alle prescrizioni di legge relative alle modalità di dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica posseduti ed idonei alla partecipazione alla gara de qua. Infatti, la ditta Omega benché abbia soltanto dichiarato l'esistenza di rapporti intrattenuti con altra pubblica amministrazione (quale fonte dei requisiti di capacità tecnica posseduti) ha adempiuto a quanto previsto sul punto dalla legislazione.

I recenti interventi normativi in tema di semplificazione della documentazione amministrativa prevedono che le amministrazioni pubbliche e i gestori di pubblici servizi sono tenuti ad acquisire d'ufficio le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive di certificazioni e di atti di notorietà nonché tutti i dati e i documenti che siano in possesso delle pubbliche amministrazioni, previa indicazione, da parte dell'interessato, degli elementi indispensabili per il reperimento delle informazioni o dei dati richiesti, ovvero ad accettare la dichiarazione sostitutiva prodotta dall'interessato.

Tale disposizione potrebbe trovare applicazione per quei documenti comprovanti il possesso dei requisiti di carattere speciale che sono, per loro natura, in possesso di pubbliche amministrazioni.

In tale linea di pensiero si pongono le considerazioni della giurisprudenza, secondo cui *“la stazione appaltante - in applicazione dell'art. 43, comma primo, del [d.P.R. n. 445/2000](#), così come modificato dalla lettera c) del comma 1 dell'art. 15, della [legge 12 novembre 2011, n. 183](#) - avrebbe dovuto acquisire d'ufficio presso le amministrazioni pubbliche competenti le informazioni oggetto delle dichiarazioni sostitutive rese dal candidato in merito al possesso dei requisiti di capacità tecnica ed economico-finanziaria”*.

Vige quindi, una presunzione *iuris tantum* di veridicità della dichiarazioni rilasciate dal soggetto partecipante alla gara, rafforzata nell'ipotesi in esame dalla circostanza che i rapporti dichiarati risultano intrattenuti con altra Pubblica Amministrazione e quindi immediatamente verificabili da parte della Stazione Appaltante.

L'aggiudicazione della ati Kappa è nulla sotto il diverso profilo della violazione dell'[art. 37, d.lgs. 163/06](#) in relazione della mancata indicazione delle quote di qualificazione e delle quote di partecipazione da parte dell'ati aggiudicataria. Eccesso di potere sotto il profilo dell'arbitrarietà ed illegittimità della valutazione operata dalla stazione appaltante.

Dimostrata l'illegittima esclusione dalla gara, la ditta Omega, eccipisce l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore dell'ATI Kappa.

Le imprese Delta e Kappa chiedevano di partecipare alla gara, dichiarando che si sarebbero costituite in ATI senza specificare tuttavia la quota di partecipazione alle parti del contratto da svolgersi di ciascuna di esse.

Si assiste in questo caso ad un'aperta violazione del principio fissato dall'art. 37 del [D.Lgs. 163/06](#) che si applica nel caso in esame, anche ai servizi.

Infatti, l'appalto di servizi per cui è causa, in quanto indetto con bando pubblicato il 10 dicembre 2011 resta disciplinato dall'articolo 37, commi 4 e 13, del [d.lgs. n. 163 del 2006](#), nella formulazione anteriore alla novella introdotta con il [decreto legge 6 luglio 2012, n. 95](#).

L'art. 37 del [D.Lgs. 163/06](#) al comma 13 originariamente prevedeva che *«i concorrenti riuniti in raggruppamento devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento»* affinché la Stazione Appaltante potesse concretamente verificare la serietà e l'affidabilità dell'offerta.

La ratio di tale obbligo andava individuata nella necessità che la Stazione Appaltante potesse verificare il possesso dei requisiti di qualificazione delle singole imprese in corrispondenza della quota delle prestazioni che ciascuna doveva effettuare, evitando la partecipazione di comodo di imprese molto quotate che, nella realtà, non sarebbero invece impegnate effettivamente nell'espletamento dell'appalto.

Sul punto peculiari risultano due pronunce dell'Adunanza Plenaria, la [n. 22/2012](#), e la [n. 26/2012](#), le quali *«hanno chiarito come lo scopo perseguito in siffatto contesto, ossia consentire alla Stazione appaltante la possibilità di verificare la coerenza dei requisiti di qualificazione delle imprese associate con l'entità delle prestazioni dalle stesse assunte, sia finalizzato anche ad impedire che il raggruppamento sia utilizzato non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme di ammissione stabilite dal bando e consentire così la partecipazione di imprese non qualificate, con effetti negativi sull'interesse pubblico»*.

Ne consegue che la previsione di cui al comma 13 dell'articolo 37, cit. (nella previgente e più ampia formulazione) trova applicazione anche con riferimento agli appalti di servizi, quale quello all'origine dei fatti di causa (in tal senso: Cons. Stato, III, 7 giugno 2013, n. 3138; *id.*, III, sentenze n. 4323 del 2011, n. 793 del 2012 e n. 5238 del 2012).

Tale obbligo non è venuto meno retroattivamente a seguito della modifica dell'art.37, comma 13 del [D.Lgs. 163/06](#). Detta disposizione, infatti, non ha nella sua espressione letterale il carattere di

norma di interpretazione autentica, non contenendo alcuna espressione che ne estenda l'operatività al passato, facendogli assumere carattere retroattivo.

Pertanto, nel caso concreto, l'Ati Kappa omettendo di indicare le quote di qualificazione e le corrispondenti quote di partecipazione delle singole raggruppande, doveva essere esclusa dalla gara.

Nullità dell'aggiudicazione per violazione dell'art. 75 [d.lgs. 163/06](#). Invalidità della cauzione sottoscritta dalla sola capogruppo. Eccesso di potere sotto il profilo dell'arbitrarietà della valutazione operata dalla stazione appaltante.

L'Ati Kappa, è stata ammessa a partecipare (divenendo aggiudicataria del servizio) nonostante avesse presentato una cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 75 [D.Lgs.163/06](#) soltanto a nome della capogruppo.

In mancanza di espressa previsione nella *lex specialis* della possibilità di presentare cauzione provvisoria solo da parte della mandataria capogruppo, tutte le partecipanti sono tenute alla sottoscrizione della polizza fideiussoria.

Trova applicazione, nel nostro caso, il principio invocato dalla giurisprudenza, secondo cui nell'ipotesi di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese, la polizza fideiussoria mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria deve essere necessariamente intestata, a pena di esclusione, non già alla sola capogruppo designata, ma anche alle mandanti.

Pertanto la mancata sottoscrizione della polizza fideiussoria da parte di tutte le componenti del costituendo raggruppamento rende invalida l'offerta presentata dall'ATI Kappa.

Le problematiche evidenziate nella traccia richiedono di spiegare, altresì, domanda cautelare, al fine di ottenere la sospensione dell'aggiudicazione del servizio.

In conclusione la ditta Omega, si rivolgerà al Tar competente per ottenere, in via preliminare l'accoglimento della domanda cautelare, e nel merito, l'annullamento di tutti i provvedimenti impugnati, con conseguente richiesta di aggiudicazione del servizio a proprio favore.