

N. 00066/2010 REG.SEN.

N. 00038/2010 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 della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 38 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Borchi Costruzioni S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Giovanni Borney, Giuseppe Inglese e Giovanni Olivieri, con domicilio eletto presso Giovanni Borney in Aosta, via Losanna, 10;

contro

Comune di Valtournenche, rappresentato e difeso dall'avv. Hebert D'Herin, con domicilio eletto presso Hebert D'Herin in Aosta, c/o Segreteria T.A.R.;

nei confronti di

I.V.I.E.S. S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Massaia e Chiara Servetti, con domicilio eletto presso Segreteria T.A.R. Valle d'Aosta in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

per l'annullamento

- della nota 6/5/2010, prot. n. 5675/VI/5 con la quale il Comune di Valtournenche ha comunicato all'esponente l'esclusione dalla gara, indetta con bando 2/4/2010, per l'affidamento dei "lavori di realizzazione di un nuovo polo scolastico, scuole materna ed elementare";

- del non conosciuto provvedimento di esclusione;

- del disciplinare di gara nella parte in cui ha previsto che "le opere scorporabili, ai sensi dell'art. 28 comma 12 L.R.12/96 e s.m.i., devono essere assunte da un'unica impresa anche nel caso in cui l'opera scorporabile sia assunta utilizzando l'eccedenza della categoria prevalente";

nonché, in subordine, all'occorrenza:

- del bando di gara nella parte in cui ha previsto tra le categorie di lavorazioni scorporabili la OS3 impianti idrosanitari, la OS28 impianti termici e la OS30 impianti interni elettrici e la qualificazione nella categoria OS28, anziché nella OG11;

- del disciplinare, nella parte in cui ha stabilito che "non vengono accettate categorie sostitutive rispetto a quelle tassativamente richieste dal bando di gara (non si accetta l'assorbimento con la categoria OG11)";

nonché, come da atto di motivi aggiunti, per l'annullamento:

- della determinazione del Responsabile dell'Area tecnica del Comune di Valtournenche n. 342 in data 22.06.2010 avente ad oggetto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto e dei relativi allegati;

- della nota prot. 8013/VI/5 in data 23.06.2010 con la quale il Comune di Valtournenche ha trasmesso copia dell'atto di aggiudicazione definitiva

dell'appalto (determinazione del Responsabile dell'Area tecnica in data 22.06.2010 n. 234 e allegati) e ha restituito all'esponente la cauzione provvisoria prestata a corredo dell'offerta;

- dei verbali di gara e segnatamente del verbale n. 1 recante l'esclusione dell'esponente dalla gara;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Valtournenche e di I.V.I.E.S. S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2010 il cons. Silvio Ignazio Silvestri e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Borney per la società ricorrente, Hebert d'Herin per il Comune resistente e Alessandro Massaia per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando del 2 aprile 2010, il comune di Valtournenche ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione di un nuovo polo scolastico, scuola materna ed elementare, per l'importo complessivo di € 3.965.783,75.

La Borchì Costruzioni S.r.l. ha presentato offerta in ATI con le imprese Iris S.r.l. e Paolo Barchì S.r.l. ma, con nota del 6 maggio 2010, il comune

ha comunicato l'esclusione dalla gara per essere stata assunta tramite due mandanti l'opera scorporabile OS28, difformemente da quanto previsto dall'articolo 28, comma 12, della legge regionale 12/1996 e dal bando.

La Borchini ha censurato l'illegittimità del provvedimento, preannunciando ricorso giurisdizionale ai sensi dell'articolo 243 bis del DLgs 163/2006 ma con nota del 25 maggio il comune ha confermato l'esclusione.

Avverso tali atti e gli altri meglio descritti in epigrafe la Borchini Costruzioni propone ricorso deducendo le seguenti censure.

1) illegittimità dell'esclusione per contraddittorietà del bando; violazione del principio del favor participationis; eccesso di potere per errore sui presupposti, travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, contraddittorietà, ingiustizia grave e manifesta.

Ai sensi del punto II.2.1 del bando "le lavorazioni di cui alla categoria OS28... dovranno essere eseguite direttamente dall'impresa concorrente, se in possesso della relativa qualificazione, ovvero da imprese mandanti associate in senso verticale, in possesso delle necessarie qualificazioni".

L'utilizzo del plurale nelle espressioni contenute in tale previsione dovrebbe essere interpretato nel senso che le opere appartenenti alla categoria OS28 possano essere eseguite da più di un'impresa mandante.

Né si potrebbe obiettare che il plurale sia stato utilizzato per errore e neppure la circostanza che il bando, in altra parte, richiama l'obbligo previsto dall'articolo 28, comma 12 della legge regionale 12/1996 di assunzione della categoria scorporabile da parte di un'unica impresa.

L'evidente contraddittorietà creerebbe una equivocità delle regole di gara, in presenza della quale si dovrebbe favorire la massima partecipazione alla procedura.

2) incompatibilità con i principi comunitari di proporzionalità e ragionevolezza, nonché illegittimità, per contrasto con gli articoli 3, 97 e 41 Cost., dell'articolo 28 comma 12 della legge regionale e 20 giugno 1996 n. 12; illegittimità in via propria e derivata del bando, del disciplinare di gara e del provvedimento di esclusione per incompatibilità di dette disposizioni, nonché per eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, ingiustizia grave manifesta.

La ATI capeggiata dall'esponente è stata estromessa dalla gara in affermata applicazione dell'articolo 28 comma 12 della legge regionale n. 12/1996 ma tale disposizione violerebbe parametri comunitari e costituzionali.

3) violazione del d.p.r. n. 34/2000; eccesso di potere per errore sui presupposti e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, ingiustizia grave manifesta.

La società ricorrente è qualificata, oltre che nella categoria prevalente OG1 per classifica V, anche nella categoria OG11 per classifica III.

Il comune avrebbe dovuto richiedere, per la gara in questione, la qualificazione nella categoria OG11 (impianti tecnologici) e non già nelle tre categorie OS28 (impianti termici) OS3 (impianti idrosanitari) e OS30 (impianti elettrici).

Ciò perché l'appalto in questione consiste in un insieme coordinato di impianti da realizzarsi congiuntamente non già nella richiesta di fornitura e montaggio di singoli impianti; pertanto la ricorrente avrebbe potuto essere ammessa anche per questo ulteriore distinto motivo.

Qualora si ritenessero ostative alla ammissione le clausole del bando nella parte in cui si dispone che è vietata la assorbimento con la categoria OG11, esse sarebbero illegittime per le stesse ragioni.

Si sono costituiti in giudizio il comune e la controinteressata Ivies spa; entrambi hanno controdedotto puntualmente e chiesto una pronuncia di rigetto; in via preliminare sono state sollevate anche eccezioni di inammissibilità del ricorso.

Le parti hanno prodotto ulteriori memorie a difesa delle rispettive pretese e la ricorrente ha impugnato, con motivi aggiunti, anche la aggiudicazione definitiva, deducendo censure di illegittimità derivata.

All'udienza pubblica del 13 ottobre 2010 il ricorso è stato spedito in decisione.

DIRITTO

La Borchì Costruzioni S.r.l. impugna gli atti con cui il comune di Valtournenche la ha esclusa dalla gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione di un nuovo polo scolastico, scuole materna ed elementare; impugna altresì in parte qua il disciplinare e il bando di gara.

La ricorrente ha partecipato alla gara in ATI con le imprese Iris S.r.l. e Paolo Barchi S.r.l., ciascuna in possesso di qualificazione nella categoria OS28 classifica II, con conseguente raggiungimento, insieme, della

classifica III che era richiesta dal bando; ciò nonostante è stata esclusa in quanto l'opera scorporabile OS28 è stata assunta tramite due mandanti, difformemente da quanto previsto dal bando e dall'articolo 28, comma 12, della legge regionale 12/1996.

Sia il comune che la controinteressata hanno eccepito in via preliminare l'inammissibilità del ricorso perché, all'atto della presentazione dell'offerta, la ricorrente ha dichiarato, utilizzando la modulistica allegata al bando, di accettare in toto le prescrizioni ed i vincoli previsti dal bando di gara e dalla normativa ivi richiamata.

Le eccezioni di inammissibilità possono essere superate in quanto, come si vedrà, il ricorso è comunque infondato.

Con il primo motivo la ricorrente sostiene dunque l'illegittimità della sua esclusione in quanto, ai sensi del punto II.2.1 lett. a) del bando, bando "le lavorazioni di cui alla categoria OS28... dovranno essere eseguite direttamente dall'impresa concorrente, se in possesso della relativa qualificazione, ovvero da imprese mandanti associate in senso verticale, in possesso delle necessarie qualificazioni"; l'utilizzo del plurale renderebbe evidente la possibilità che più imprese mandanti possano eseguire le lavorazioni di cui alla categoria OS28.

Né a tale conclusione osterebbe la circostanza che, in altra parte del bando, venga richiamato l'obbligo previsto dall'articolo 28, comma 12, della legge regionale 12/1996, di assunzione della categoria scorporabile da parte di un'unica impresa; infatti, in presenza di clausole equivoche si

dovrebbe preferire l'interpretazione che favorisca la massima partecipazione alla gara.

La censura è infondata in quanto il bando, a pagina 8, disponeva che "le opere scorporabili, articolo 28 comma 12 legge regionale 12/96 e s.m.i., devono essere assunte da un'unica impresa anche nel caso in cui l'opera scorporabile sia assunta utilizzando l'eccellenza della categoria prevalente"; tale disposizione diretta ed inequivoca non lasciava margine ad alcun dubbio circa la possibilità che le opere scorporabile fossero assunte da imprese diverse, perciò l'utilizzo del plurale nella frase invocata dalla società ricorrente deve considerarsi correlata alla natura di disposizione rivolta ad una generalità di soggetti.

Con il secondo motivo si lamenta che la ATI capeggiata dalla ricorrente sia stata esclusa in affermata applicazione dell'articolo 28 comma 12 della legge regionale n. 12/1996 in base al quale "nelle associazioni temporanee di imprese ciascuna opera scorporabile deve essere assunta ed eseguita per intero da un'unica impresa, salvo il caso in cui il bando di gara individui interi sistemi o subsistemi di impianti ciascuno assumibile ed eseguibile, nella sua interezza, dalla mandataria o da un'unica impresa mandante in possesso della relativa qualificazione".

Senonché, tale norma introdurrebbe una prescrizione illegittima e illogica alle modalità di articolazione delle associazioni temporanee di impresa nei pubblici appalti in violazione di parametri comunitari e costituzionali.

In particolare sarebbero violati i principi di ragionevolezza e proporzionalità che costituirebbero fonte non scritta del diritto

comunitario, perché impedire la frazionabilità dell'esecuzione delle opere scorporabili restringerebbe irragionevolmente le modalità organizzative delle ATI e costituirebbe un illogico ostacolo alla partecipazione agli appalti e alla libera esplicazione dell'iniziativa economica privata.

Sarebbero poi violati gli articoli 3 e 97 della Costituzione, anche in relazione all'articolo 41.

Con riferimento alla pretesa violazione di principi comunitari si osserva innanzitutto che non viene individuata nessuna specifica disposizione, ma una generica tensione alla libera esplicazione dell'iniziativa economica; peraltro la norma in esame trova una ragionevole giustificazione nell'esigenza di evitare un eccessivo frazionamento dei lavori particolarmente delicati allo scopo di ottenere l'esecuzione di opere in tempo congruo e senza necessità di un numero eccessivo di soggetti con cui confrontarsi.

Per quanto riguarda le dedotte violazioni costituzionali, va innanzitutto ribadita l'autonomia normativa della regione Valle d'Aosta che ha potestà legislativa "primaria" nella materia dei lavori pubblici di interesse regionale - secondo quanto disposto dall'articolo 2, comma 1, lettera f) dello Statuto - confermata anche di recente dalla Corte costituzionale con le sentenze 45/2010 e 221/2010; tuttavia anche la normativa regionale non può non sottostare ai principi generali desumibili dalla Costituzione.

Peraltro, le dedotte eccezioni di incostituzionalità appaiono manifestamente infondate: non può certo rilevarsi alcuna violazione dell'articolo 3, posto che non si ipotizza neppure quali dovrebbero essere

le categorie di soggetti trattati in modo ingiustificatamente differenziato; neppure risultano violati gli articoli 97 e 41 perché non può non essere ribadita la ragionevolezza di una disposizione che consente alla stazione appaltante di ridurre, per le opere più delicate, il confronto con i soggetti esecutori.

D'altronde va precisato che la norma non prevede un divieto assoluto in quanto consente l'individuazione di sistemi o sottosistemi di impianti ciascuno assumibile ed eseguibile da un'unica impresa mandante in possesso della relativa qualificazione; perciò, quando lo ritenga opportuno, l'amministrazione potrà prevedere nel bando di gara l'attribuzione a più soggetti di singole parti delle opere scorporabili. Anche tale disposizione conferma la ragionevolezza della norma censurata perché viene opportunamente lasciata la possibilità di adeguare le regole di gara alle esigenze che di volta in volta vengono in evidenza per la realizzazione di opere particolarmente complesse e che richiedono specifiche qualificazioni.

Con il terzo motivo la ricorrente premette che l'appalto bandito dal comune di Valtournenche riguarda la realizzazione di un nuovo polo scolastico comportante la demolizione delle preesistenze e la costruzione di un nuovo edificio completo di impianti elettrici, termici e idrosanitari; perciò si tratterebbe della fornitura e montaggio di un insieme coordinato di impianti, completi di ogni connessa opera muraria, da realizzarsi congiuntamente in interventi appartenenti alle categorie generali, come appunto prevede la declaratoria della categoria OG11 dell'allegato A al

d.p.r. n. 34/2000. Perciò il comune avrebbe dovuto richiedere la qualificazione in tale categoria e non nelle tre categorie OS28 (impianti termici) OS23 (impianti idrosanitari) e OS30 (impianti elettrici).

Rileva quindi la ricorrente di essere qualificata anche nella categoria OG11 per la classifica III, conseguentemente avrebbe dovuto comunque essere ammessa alla gara; qualora si ritenessero ostative alla sua ammissione le clausole del bando che prevedono la diversa qualificazione e espressamente vietano "l'assorbimento con la categoria OG11", esse sarebbero illegittime per le ragioni appena svolte, e vengono pertanto impugnate in subordine.

La pretesa di sostituire la qualificazione mancante delle mandanti con quella propria nella categoria OG11 è senz'altro infondata, in presenza di una precisa disposizione di gara che richiede espressamente tali qualificazioni ed esclude la possibilità della assorbimento.

In ogni caso, la ricorrente non afferma né tantomeno prova di aver chiesto di essere ammessa perché in possesso della categoria OG11; pertanto, anche per questa ragione, la censura è infondata.

Per la stessa ragione deve ritenersi inammissibile la dedotta illegittimità del bando in parte qua, perché la ricorrente non avrebbe comunque interesse al suo annullamento, non risultando provata l'attestazione in sede di gara del possesso di tale categoria.

In ogni caso occorre rilevare che spetta alla stazione appaltante stabilire quali siano le categorie necessarie per partecipare una gara, alla luce dei lavori che devono essere realizzati; inoltre la categoria generale OG11 si

riferisce ad un insieme coordinato di impianti da realizzare congiuntamente, tuttavia essa non ricomprende ed assorbe necessariamente anche le qualificazioni singolarmente previste nelle categorie specialistiche (OS28 impianti termici, OS3 impianti idrosanitari, OS30 impianti elettrici, etc.); perciò legittimamente il bando di gara poteva richiedere la qualificazione in una delle predette categorie specialistiche e, conseguentemente, il difetto del requisito della qualificazione nella categoria speciale, non poteva essere sanato con la sola qualificazione per la categoria generale OG11 (Consiglio di Stato, sez. V, 30 ottobre 2003, n. 6760; Tar Sicilia Palermo, sez. III, 16 luglio 2008, n. 946; T.A.R. Abruzzo Pescara, 21 ottobre 2006, n. 669).

In definitiva tutte le censure dedotte sono infondate o inammissibili e, conseguentemente, il ricorso deve essere rigettato.

In considerazione della particolarità dei rilievi sollevati in relazione ai principi comunitari e costituzionali, le spese di giudizio possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

respinge il ricorso in epigrafe.

Spese compensate.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2010 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Turco, Presidente

Silvio Ignazio Silvestri, Consigliere, Estensore

Giuseppe La Greca, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/11/2010

IL SEGRETARIO

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