

N. 02905/2011 REG.PROV.COLL.
N. 01826/2011 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 la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1826 del 2011, proposto da:

Prima Vera s.p.a., società con socio unico, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con Mattioli spa, Costruzioni Giuseppe Montagna srl, Alpina spa, Impresa Costruzioni Nessi e Maiocchi spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Guido Bardelli, M. Alessandra Bazzani e Sara Giampaoli, presso lo studio dei quali ha eletto domicilio in Milano, via Visconti di Modrone n. 12;

contro

Politecnico di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso ex lege dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Milano presso i cui Uffici, in Milano via Freguglia n. 1, domicilia;

per l'annullamento previa sospensione

- del provvedimento prot. n. 14144 ricevuto in data 13 maggio 2011, con il quale il Politecnico di Milano ha comunicato l'esclusione della costituenda ATI capeggiata da Prima Vera s.p.a. dalla procedura ristretta per la ristrutturazione e manutenzione straordinaria di residenze destinate a studenti universitari del Politecnico di Milano, con gestione del patrimonio immobiliare per 5 anni eventualmente rinnovabili;
- di ogni atto presupposto, preordinato e connesso e in particolare:
 - a) del verbale non noto di esame delle domande di partecipazione;
 - b) del provvedimento prot. n. 12332 in data 2 maggio 2011, con il quale il Politecnico di Milano ha comunicato l'avvio del procedimento di esclusione per violazione delle disposizioni di cui all'art. 95, commi 2 e 3, d.p.r. n. 554/99;
 - c) del bando di gara, nonché della relativa nota esplicativa, delle linee guida all'operazione e di tutti gli atti connessi al predetto bando nei limiti di cui in esposizione;
 - d) della nota prot. n. 16744 del 07 giugno 2011, con la quale il Politecnico ha riscontrato l'informativa ex art. 243 bis d.l.vo 2006 n. 163 inviata dalla ricorrente in data 31 maggio 2011; nonché per la reintegrazione in forma specifica mediante ammissione alla successiva fase della gara della costituenda ATI ricorrente; ovvero, per la condanna dell'amministrazione resistente al risarcimento dei danni subiti dalla ricorrente in conseguenza dei

provvedimenti impugnati anche a titolo di perdita di chance;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Politecnico di Milano;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2011 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente impugna gli atti indicati in epigrafe deducendone la illegittimità per violazione di legge e per eccesso di potere, sotto diversi profili, chiedendone l'annullamento.

Si è costituito in giudizio il Politecnico di Milano, eccependo l'infondatezza del ricorso principale e chiedendone il rigetto.

Le parti hanno prodotto memorie e documenti.

Con ordinanza depositata in data 01.07.2011 il Tribunale ha accolto la domanda cautelare contenuta nel ricorso.

In esecuzione dell'ordinanza cautelare la stazione appaltante ha ammesso, con riserva, le ricorrenti a partecipare alla procedura di gara, con lettera di invito datata 14.10.2011.

All'udienza del 10 novembre 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Con bando pubblicato sulla G.U.C.E. in data 11.02.2011 il Politecnico di Milano indiceva una gara per l'aggiudicazione, mediante procedura ristretta e secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto relativo alla ristrutturazione e manutenzione straordinaria di immobili da adibire a residenze destinate a studenti universitari, con gestione del patrimonio immobiliare oggetto dell'intervento per cinque anni eventualmente rinnovabile.

Il punto III.2.2 della nota esplicativa del bando di gara (presente in atti) specifica che la capacità economica e finanziaria deve essere provata con l'esibizione di adeguate attestazioni SOA, con la precisazione che, relativamente ai lavori, le categorie e le classifiche richieste erano: a) OG1 Euro 8.800.000 classifica VI; b) OG11 Euro 6.400.000 classifica VI.

La disciplina di gara prevedeva una fase di preselezione, con facoltà poi per l'amministrazione di invitare alla selezione vera e propria un numero di candidati idonei non superiore a 12.

Nel corso della prequalificazione la stazione appaltante disponeva l'esclusione del costituendo RTI avente coma mandataria Prima Vera s.p.a., in quanto il certificato SOA prodotto dalla mandataria "contiene la qualifica nelle categorie OG1 Class. I e OG11 class. VI. Il bando di gara prevede, per la quota lavori, la qualificazione nella categoria prevalente OG1 Class. VI e nella categoria scorporabile e

subappaltabile OG11 classe VI, pertanto risulta violato il disposto dell'art. 95, commi 2 e 3, del d.p.r. 554/1999 che dispone in capo alla mandataria la qualificazione nella categoria prevalente con quota minima del 40% e in ogni caso in misura maggioritaria”.

Avverso il provvedimento di esclusione le ricorrenti hanno proposto l’impugnazione di cui si tratta.

2) Sono fondati e presentano carattere assorbente il secondo e il terzo dei motivi proposti e l’esame delle doglianze deve muovere da quest’ultima censura per ragioni di precedenza logica.

Con il terzo motivo, la ricorrente lamenta che l’amministrazione ha valutato la sussistenza dei requisiti di qualificazione assumendo come immodificabile la struttura dell’ATI già in sede di prequalificazione e, pertanto, contestando il mancato possesso in capo alla mandataria del requisito integrato per i lavori dalla categoria OG1 class. VI.

Sul punto va osservato che la ricorrente in sede di informativa, ai sensi dell’art. 243 bis del d.l.vo 2006 n. 163, aveva rappresentato la possibilità di modificare la struttura interna dell’ATI nel passaggio dalla fase di prequalifica a quella di presentazione dell’offerta, salvo, in ogni caso, la possibilità di ricorrere all’istituto dell’avalvalimento interno.

Ciò nonostante la stazione appaltante aveva escluso la modificabilità strutturale dell’ATI nei termini appena indicati, ritenendola in contrasto con il principio della par condicio tra i partecipanti e con la necessità del possesso dei requisiti di ammissione dal momento della

presentazione della domanda di partecipazione.

La censura è fondata, mentre la tesi difensiva, ribadita anche in sede processuale, non merita condivisione.

Sul piano fattuale va osservato, in primo luogo, che le società partecipanti alla costituenda ATI dispongono nel loro complesso dei requisiti richiesti, atteso che (cfr. doc. 12 e seguenti di parte ricorrente), seppure la mandataria Prima Vera s.p.a. possiede direttamente la qualificazione per la cat. OG11 classe VI, disponendo della qualificazione per la categoria OG1 solo per la classe 1, nondimeno è documentato che le altre società partecipanti alla costituenda ATI posseggono la qualificazione per la cat. OG11 classe VI, o persino superiore.

La giurisprudenza riconosce pacificamente che tra la fase di prequalifica e quella di presentazione delle domande di partecipazione vi può essere una modifica soggettiva della struttura dell'ATI.

Invero, il principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti di imprese risulta strettamente connesso sia all'obbligo di identità dei soggetti partecipanti alla gara, sia al divieto di cessione del contratto di appalto.

In particolare, l'art. 37 del d.l.vo 2006 n. 163 prevede espressamente la partecipazione alla gara di raggruppamenti temporanei e il comma 5 precisa che "l'offerta dei concorrenti raggruppati o dei consorziati determina la loro responsabilità solidale nei confronti della stazione

appaltante, nonché nei confronti del subappaltatore e dei fornitori. Per gli assuntori di lavori scorporabili e, nel caso di servizi e forniture, per gli assuntori di prestazioni secondarie, la responsabilità è limitata all'esecuzione delle prestazioni di rispettiva competenza, ferma restando la responsabilità solidale del mandatario”, mentre il successivo comma 9 stabilisce che “ ... salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modifica alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta”.

Da tali disposizioni emerge come il legislatore abbia inteso favorire il fenomeno del raggruppamento di imprese e individuare la presentazione dell'offerta come momento della procedura da cui scatta il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti.

Tale divieto di modifica della composizione soggettiva del R.T.I. è stato dalla giurisprudenza più attenta, anche antecedentemente all'entrata in vigore del d.lgs. n 163/06, giustificato in considerazione dell'esigenza di assicurare alle Amministrazioni aggiudicatrici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse, al fine precipuo di consentire un controllo dei requisiti di idoneità morale, tecnico - organizzativa ed economico - finanziaria.

Le citate disposizioni fanno riferimento però all'offerta, che è cosa diversa dalla richiesta di invito, senza ricollegare in alcun modo il

principio di immodificabilità soggettiva alla fase della prequalificazione in caso di procedura ristretta.

In presenza di disposizioni espresse che non consentono la modifica della composizione dei partecipanti dopo l'offerta e in assenza di analogo divieto per la fase della prequalificazione, deve escludersi che si possa pervenire in via pretoria ad un divieto non sancito dal legislatore.

In particolare, dall'art. 37, comma 9, del d.l.vo. 2006 n. 163 non si inferisce un generale divieto normativo alla modificazione soggettiva del R.T.I. sino al momento della presentazione delle offerte (per tali principi si considerino, tra le altre, Consiglio di Stato, sez VI, 20 febbraio 2008 n. 588; Tar Emilia Romagna Parma, 10 marzo 2009, n. 68; Tar Lazio, sez. III ter, 13 dicembre 2007, n. 1408).

Emerge così la fondatezza della censura in esame, in quanto l'amministrazione ha escluso il RTI ricorrente riferendo anche alla fase di prequalificazione il principio della immodificabilità soggettiva dei partecipanti alla gara, che invece trova applicazione per la fase successiva alla presentazione dell'offerta, sicché si deve consentire al RTI di modificare, prima della presentazione dell'offerta la propria struttura soggettiva o di ricorrere all'istituto dell'avvalimento interno al fine di dimostrare il possesso dei requisiti prescritti dal bando, comunque complessivamente posseduti, come già evidenziato, dalle società partecipanti al RTI facente capo a Prima Vera s.p.a..

Parimenti è fondata la censura articolata con il secondo dei motivi

proposti, mediante il quale si contesta l'ambiguità della lex specialis quanto alla necessità di osservare le soglie minime previste dall'art. 95 del d.p.r. 1999 n. 554, astrattamente riferibile alla procedura in esame *ratione temporis*.

Sul punto va osservato che la disciplina di gara non richiama espressamente il dpr 1999 n. 554, nonostante il carattere oggettivamente misto e complesso dell'appalto da aggiudicare, comprensivo di servizi e lavori, sicché la tesi posta a fondamento del provvedimento esclusione, secondo la quale la mandataria sin dalla prequalificazione avrebbe dovuto rispettare le quote previste dall'art. 95 del d.p.r. 1999 n. 554, non trova riscontro in una puntuale causa di esclusione del bando.

Sul punto vale rammentare che in mancanza di una inequivoca previsione di esclusione deve trovare applicazione il principio del favor *partecipationis*, che esige, nell'incertezza della portata precettiva delle regole di gara prive della necessaria chiarezza, l'ammissione alla procedura, in esito ad una loro interpretazione che preferisca e riveli il contenuto precettivo più favorevole alla partecipazione del maggior numero di concorrenti, allo specifico fine di tutelare l'interesse dell'amministrazione al più ampio confronto concorrenziale (cfr. tra le tante Consiglio di Stato, sez IV, 1 ottobre 2007, n. 5040).

Va, pertanto, ribadita la fondatezza della censura in esame.

La portata sostanziale dei motivi esaminati ne evidenzia il carattere

assorbente, che consente di prescindere dalla valutazione delle ulteriori doglianze articolate nel ricorso.

3) In definitiva il ricorso è fondato limitatamente alla domanda di annullamento del provvedimento di esclusione; viceversa, è priva di fondamento la domanda risarcitoria, atteso che le ricorrenti sono state poste in condizione di partecipare alla procedura, cui sono state già invitate dalla stazione appaltante, sicché, in base alle deduzioni articolate nel ricorso, non residua alcun danno suscettibile di risarcimento.

La peculiarità della fattispecie concreta, connotata da un'oggettiva complessità dell'appalto da aggiudicare, consente di ravvisare giusti motivi per compensare tra le parti le spese della lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando:

- 1) accoglie in parte la domanda di annullamento contenuta nel ricorso e per l'effetto annulla il provvedimento di esclusione indicato in epigrafe;
- 2) respinge la domanda risarcitoria contenuta nel ricorso;
- 3) compensa tra le parti le spese della lite.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2011 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Stefano Celeste Cozzi, Referendario

Fabrizio Fornataro, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/11/2011

IL SEGRETARIO

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