



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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 786 del 2011, proposto da:
Swm Costruzioni 2 S.p.A. in proprio e Mandataria Raggruppamento Temporaneo
Imprese, D.I. Mannocchi Luigino in proprio e Mandataria Raggruppamento
Temporaneo Imprese, rappresentati e difesi dall'avv. Sergio Gabrielli, con
domicilio eletto presso Avv. Fabrizio Naspi in Ancona, via Ruggeri, 3/I;

contro

Provincia di Fermo, rappresentata e difesa dall'avv. Massimo Orteni, con
domicilio eletto presso la Segreteria del T.A.R. Marche in Ancona, via della Loggia,
24;

nei confronti di

Torelli Dottori Spa, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

del provvedimento emesso in data 2.8.2011 e comunicato in pari data di esclusione
dalla gara europea a procedura aperta per l'affidamento dei lavori di
ammodernamento ed ampliamento della S.P. n. 238 Valdaso (ex SS 433) –

Secondo stralcio dal bivio con la S.P. 183 Favato al bivio con la strada vicinale canonica (CUP I14B0800010002 - CIG 2512703C19) - n. 2011/S 104-170229 del 31.05.2011 (GU/S S104) e di ogni atto e/o provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Provincia di Fermo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2014 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori Sergio Gabrielli; Massimo Ortenzi.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Il ricorrente Raggruppamento Temporaneo di Imprese (RTI) partecipava alla gara per l'appalto di lavori, sopra la soglia comunitaria, indicato in epigrafe.

La ricorrente mandataria, per i requisiti di attestazione SOA, si avvaleva di due imprese, la CAM Perforazioni s.r.l. di Pesaro e la CE.FA.SI. di Silquini Quintilio & C di Castignano, per la medesima categoria di qualificazione per i lavori di ammodernamento e ampliamento oggetto della gara (OS21 IV classifica).

In data 15.7.2011 la Provincia di Fermo ammetteva, per la prima fase, il ricorrente RTI alla procedura di gara. Con successivo provvedimento in data 2.8.2011, lo stesso Ente appaltatore comunicava al ricorrente costituendo R.T.I. l'esclusione dalla gara ".. per violazione del divieto di avvalimento plurimo all'interno della medesima categoria codificato dall'art. 49 comma 6 del d.lgs. (decreto legislativo) n. 163/2006 ed espressamente richiamato dal paragrafo 12 del Disciplinare di Gara. Atteso che la capogruppo mandataria si è avvalsa delle attestazioni SOA in cat. OS21 class. II di due diversi o operatori e segnatamente la CAM

PERFORAZIONI srl e la CE.FA.SI di Siliquini Quintilio & C. Sas in tal modo violando il principio di unicità dell'impresa ausiliaria declinato dal codice dei contratti e dalla *lex specialis*".

Con ricorso depositato il 5.8.2011 il ricorrente RTI ha impugnato l'esclusione dalla gara, affermando la contrarietà alla normativa comunitaria del citato art. 49 c.6 del d.lgs 163/2006.

Con ordinanza n. 608 del 14.10.2011, il Tribunale, ritenendo che ad un sommario esame, nelle censure dedotte da parte ricorrente fossero presenti elementi di possibile fondatezza, con riguardo alla possibile incompatibilità dell'art. 49 c. 6 del d.lgs 163/2006, così come interpretato dalla Stazione Appaltante, con la Direttiva 2004/18/CE del 31.3.2004, accoglieva l'istanza cautelare e disponeva l'ammissione con riserva del ricorrente RTI alla procedura di gara

Con successiva ordinanza collegiale del 30.1.2012 n. 91, il Tribunale disponeva la rimessione alla Corte di Giustizia UE della questione interpretativa alla base dell'odierno ricorso, in riferimento alla previsione di cui all'art. 47 par.2 della direttiva 2004/18 CE e in relazione al contenuto dell'art. 49 c. 6 del d.lgs 163/2006. In particolare, il Tribunale richiedeva "se l'art. 47 par.2 della Direttiva 18/2004 CE debba essere interpretato nel senso che osti, in linea di principio, ad una normativa di uno Stato membro, come quella italiana di cui all'art. 49 c.6 del d.lgs 163/2006, la quale vieta, tranne casi particolari, di avvalersi di più di un'impresa ausiliaria...". La causa veniva iscritta con numero C 94/2012. Con sentenza del 10.10.2013, conformemente al parere dell'Avvocato Generale presentato il 28.2.2013, la Corte di Giustizia UE dichiarava che "gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 3.3.2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, letti in combinato disposto con l'articolo 44, paragrafo 2, della medesima direttiva,

devono essere interpretati nel senso che ostano ad una disposizione nazionale come quella in discussione nel procedimento principale, la quale vieta, in via generale, agli operatori economici che partecipano ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico di lavori di avvalersi, per una stessa categoria di qualificazione, delle capacità di più imprese”.

Ai sensi dell'art. 80 del d.lgs. n. 104/2010, veniva presentata istanza di fissazione per la trattazione del ricorso.

Alla pubblica udienza del 23.1.2014 il procuratore della ricorrente dichiarava la sopravvenuta carenza di interesse sulla decisione di merito per effetto degli atti successivi all'ammissione con riserva non impugnati, insistendo per la refusione delle spese comprensive del giudizio incidentale davanti alla Corte di Giustizia. Il Comune chiedeva la compensazione delle spese in relazione alla complessità e particolarità della questione. Il ricorso veniva trattenuto in decisione.

1 Come da dichiarazione di parte, la ricorrente è stata ammessa alla gara in forza del provvedimento cautelare di questo Tribunale. Non è risultata aggiudicataria e non ha impugnato la relativa aggiudicazione.

1.1 Con riguardo alle spese, il Collegio ritiene che debbano essere compensate. Difatti, dopo l'accoglimento dell'istanza cautelare da parte del Tribunale e la riammissione della ricorrente, le successive vicende processuali (comprese le eventuali e non documentate spese relative al giudizio di fronte alla Corte di Giustizia) sono state nella disponibilità della ricorrente, che ha ritenuto di non impugnare il risultato della gara, che non l'ha vista vincitrice e di proseguire il giudizio dopo la decisione della Corte di Giustizia. Va inoltre rilevata l'indubbia complessità della questione, dato che l'Amministrazione ha applicato la normativa nazionale e che l'intervento, in sede di rinvio pregiudiziale, della Corte di Giustizia, è stato ritenuto necessario dal Tribunale anche per la circostanza che la norma interna (art. 49 c.6 d.lgs 163/2006) non prevedeva la proibizione assoluto del c.d.

“avvalimento plurimo”, per cui la questione si presentava di difficile interpretazione.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Tommaso Capitano, Consigliere

Giovanni Ruiu, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2014

IL SEGRETARIO

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