



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 Toscana

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1286 del 2014, proposto da:
Testata D'Angolo Costruzioni s.r.l. in persona del legale
rappresentante in carica, in proprio e in qualità di mandataria del r.t.i.
con l'impresa Alfa e Omega Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa
dagli avvocati Carlo Celani e Lorenzo Coraggio, con domicilio
presso la Segreteria del T.A.R. in Firenze, via Ricasoli 40;

contro

l'Azienda Nazionale Autonoma Strade A.N.A.S. s.p.a. in persona del
legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'Avvocatura
Distrettuale dello Stato presso la quale é domiciliata in Firenze, via
degli Arazzieri 4;

nei confronti di

Edil Sama di Ing. Santalucia Mario in persona del legale
rappresentante in carica, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del provvedimento dell'Anas Spa - Compartimento della Viabilità per la Toscana, prot. CFI-0021069-I del 16.07.2014, recante comunicazione dell'esclusione dell'ATI Testata D'Angolo Srl - Alfa e Omega Srl dalla procedura aperta FILAV015-14, Lavoro straordinario S.S. 3 Bis (tiberina) - Itinerario E45 "Orte-Ravenna";
- del provvedimento di aggiudicazione della gara prot. CFI-0021063-I del 16.07.2014, alla ditta Edil Sama di Ing. Santalucia Mario;
- dei verbali della Commissione di gara del 28.05.2014, recante esclusione della ricorrente dalla gara, e del 9.07.2014, recante aggiudicazione provvisoria nei confronti della citata Edil Sama di Ing. Santalucia Mario;
- ove occorrer possa, *in parte qua* del disciplinare di gara e di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale, e per il risarcimento dei danni.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.N.A.S. s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2014 il dott. Alessandro Cacciari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. L'Azienda Nazionale Autonoma Strade (nel seguito: "A.N.A.S.") ha bandito una procedura aperta per l'affidamento, con il criterio del prezzo più basso, di un contratto pubblico di lavori, cui l'impresa Testata D'Angolo Costruzioni s.r.l. si è presentata in raggruppamento temporaneo di tipo cooptato con l'impresa Alfa e Omega Costruzioni s.r.l. La prima ha dichiarato una quota di partecipazione pari all'80% e la seconda pari al restante 20%; la prima era in possesso di tutti i requisiti necessari a concorrere all'appalto e la seconda partecipava come aggregata.

Con provvedimento in data 16 luglio 2014 la stazione appaltante ha escluso il raggruppamento dalla procedura in quanto le imprese, pur dichiarando di partecipare come raggruppamento temporaneo di tipo cooptato, si erano suddivise le quote dando così vita ad un raggruppamento temporaneo orizzontale sicché i requisiti di partecipazione avrebbero dovuto essere posseduti dalle due imprese in base alle quote dichiarate.

Il provvedimento è stato impugnato con il presente ricorso, notificato il 24 luglio 2014 e depositato il 29 luglio 2014, lamentando che l'impresa Alfa e Omega era qualificata in categorie diverse da quelle previste dal bando di gara per un importo di € 2.500.000,00, ampiamente sufficiente a raggiungere il valore ad essa affidato corrispondente al 20% dell'importo posto a base d'asta. L'impresa ricorrente, a sua volta, possedeva autonomamente tutti i requisiti prescritti dal bando. Non sarebbe stato quindi violato il disposto di

cui all'art. 92, comma cinque, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e la contestazione di A.N.A.S. sarebbe viziata perciò da difetto motivazionale, in quanto non espliciterebbe le ragioni per cui è stata disposta l'esclusione. Essendo poi stato chiarito che a tanto A.N.A.S. ha provveduto in quanto l'impresa cooptata aveva sottoscritto l'offerta economica, la domanda di partecipazione e la fideiussione con conseguente assunzione di responsabilità verso la stazione appaltante, in memoria depositata per l'udienza finale la ricorrente deduce che lo stesso disciplinare di gara si riferiva anche ai raggruppamenti di tipo cooptato imponendo loro di sottoscrivere i documenti di gara, e che l'orientamento giurisprudenziale prevalente tendente ad escludere che l'impresa cooptata possa sottoscrivere i documenti di gara non apparirebbe supportato da alcun dato normativo. D'altra parte, l'assunzione di responsabilità da parte della cooptata non costituirebbe *vulnus* alla garanzia di correttezza dell'appalto ed anzi sarebbe una garanzia aggiuntiva. Chiede quindi di subentrare nell'esecuzione del contratto poiché a suo dire, in assenza dell'esclusione ne sarebbe risultata aggiudicataria; in subordine, chiede il risarcimento del danno per equivalente nella misura del 10% dell'offerta economica, importo corrispondente all'utile presuntivamente ricavabile.

Si è costituita l'Avvocatura dello Stato per A.N.A.S. eccependo in via preliminare la carenza di interesse, in quanto la ricorrente non fornirebbe prova che la sua eventuale riammissione alla gara avrebbe

comportato l'aggiudicazione del contratto, e replicando nel merito alle deduzioni della ricorrente.

Con ordinanza 4 settembre 2014, n. 498, confermata in appello con ordinanza del Consiglio di Stato 22 ottobre 2014, n. 4813 in relazione al *periculum in mora*, è stata respinta la domanda cautelare.

All'udienza del 19 dicembre 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Il ricorso deve essere respinto, a prescindere dall'eccezione preliminare formulata dalla difesa erariale.

L'art. 92, comma 5, del d.P.R. 207/2010 consente alle imprese singole o già associate, in possesso dei requisiti indicati nel bando di gara, di associare a sé una o più imprese, ancorché prive dei suddetti requisiti, subordinando l'esercizio di tale facoltà al rispetto di precise condizioni.

In primo luogo le imprese cooptate devono essere qualificate, anche se per categorie ed importi diversi da quelli prescritti dal bando di gara; i lavori eseguiti dalla cooptata non devono superare il 20% dell'importo posto a base di gara ed infine l'importo globale posseduto da ciascuna cooptata deve essere almeno pari all'importo totale dei lavori affidati.

Dalla formulazione della norma si evince, anche ai fini della forma di costituzione del raggruppamento, che quando il concorrente (singolo od associato) che sia già qualificato intende ricorrere all'istituto della cooptazione non può operare una commistione con le figure del

raggruppamento temporaneo di imprese orizzontale o verticale. Offerente e responsabile dell'esecuzione del contratto di fronte alla stazione appaltante deve quindi rimanere solo l'impresa o il raggruppamento cooptante.

Raggruppamento e cooptazione sono due istituti diversi poiché la seconda presuppone che il cooptante possieda i requisiti per partecipare alla gara e quando in particolare, come nel caso di specie, cooptante è un raggruppamento, non è consentito effettuare una commistione tra essi, ciò che inevitabilmente si verifica laddove gli atti di gara vengano sottoscritti (anche) dall'impresa cooptata la quale, a quel punto, non si comprende a che titolo venga in rilievo nella gara. L'istituto della c.d. cooptazione è infatti preordinato a consentire che imprese minori siano associate ad imprese maggiori e che, in questo modo, le prime maturino capacità tecniche diverse rispetto a quelle già possedute, facendo comunque salvo l'interesse della stazione appaltante attraverso l'imposizione della qualificazione dell'intero valore dell'appalto alle seconde, e cioè le imprese che associano. Appare quindi logico che le imprese cooptate non possano acquistare lo status di contraente; non possano acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto né rivestire la posizione di offerente, prima, e di contraente, dopo; non possano prestare garanzie né possano in alcun modo subappaltare o dichiarare di affidare a terzi una quota dei lavori. Esse infatti non ne sono titolari perché, per definizione, sono prive della attestazione SOA per

e eseguire il contratto in gara (C.d.S. V, 17 marzo 2014 n. 1327) e non possono quindi in alcun modo rivestire la qualità di “offerente”.

Il disciplinare di gara peraltro, e a prescindere dalla ritualità della censura in quanto costituente motivo nuovo contenuto in memoria non notificata a controparti, non appare ambiguo poiché al punto 6, dedicato ai raggruppamenti, a proposito delle imprese cooptate sancisce il solo onere di esplicitare se ve ne sono, senza operare una commistione tra gli istituti e gli adempimenti da svolgere ai fini della partecipazione alla gara.

Il ricorso deve quindi essere respinto. Le spese processuali possono tuttavia essere integralmente compensate in ragione della scarsa chiarezza normativa in materia.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Alessandro Cacciari, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/01/2015

IL SEGRETARIO

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