

N. 06786/2009 REG.DEC.
N. 04620/2009 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

DECISIONE

Sul ricorso numero di registro generale 4620 del 2009, proposto da:
Autostrada del Brennero Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Flavio
Maria Bonazza, con domicilio eletto presso Guido Francesco
Romanelli in Roma, via Cosseria N. 5;

contro

Associaz.Tra Profess.Geologia Applicata in Pr. Q.Capogr.Rti, Rti -
Assoctra Professionisti Geologia e Ambiente e in Pr., rappresentati e
difesi dagli avv. Lorenzo Grisostomi Travaglini, Antonio Tita, con
domicilio eletto presso Lorenzo Grisostomi Travaglini in Roma, via
A. Torlonia, 33; Cadrobbi Lorenzo, Nobile Michele, Paternoster
Stefano, Valle Claudio;

nei confronti di

Impresa Sgs Societa' Geoservizi Srl;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. - DELLA PROVINCIA DI TRENTO
n. 00059/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO
SERVIZIO TRIENNALE ESECUZIONE RELAZIONI
GEOLOGICO-GEOTERMICHE.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Associaz.Tra
Profess.Geologia Applicata in Pr. Q.Capogr.Rti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Rti - Assoctra Professionisti
Geologia e Ambiente e in Pr.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2009 il dott.
Sergio De Felice e uditi per le parti gli avvocati Romanelli, su delega
dell'avv. Bonazza, e l'avv. Tedeschini su delega dell'avv. Grisostomi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso proposto innanzi al Tribunale Regionale di Giustizia
Amministrativa del Trentino Alto-Adige- sede di Trento Geologia
Applicata, in proprio e quale capogruppo del RTI costituendo con
Geologia e Ambiente, entrambe associazioni tra professionisti in
persona del l.r.p.t., impugnava il verbale di gara del 27 marzo 2008
n.9 del 2008 con il quale era stata disposta la sua esclusione dalla gara

per l'affidamento in appalto del servizio triennale per l'esecuzione di relazioni geologico-geotecniche ed era stata aggiudicata in via provvisoria la medesima gara a favore della impresa SGS società Geo Servizi srl.

La ricorrente, che pure sostiene di avere presentato la offerta più bassa, salvo verifica di congruità, era stata esclusa per non avere specificato le parti del servizio che sarebbero state eseguite dai singoli operatori riuniti ai sensi dell'art. 37 quarto comma del D.Lgs.163 del 2006.

Il giudice di prime cure accoglieva la richiesta di annullamento proposta dal ricorrente sulla base del ragionamento per cui l'art. 37 secondo comma del D.Lgs.163 del 2006 con la espressione "associazione orizzontale" intende riferirsi a quella in cui ciascuna delle imprese riunite è responsabile nei confronti dell'amministrazione committente della intera prestazione. Ne consegue che l'obbligo di specificazione delle parti del servizio che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti richiesto dal successivo quarto comma dell'art. 37 sarebbe riferibile soltanto ai raggruppamenti verticali, perché nel caso di raggruppamenti di tipo orizzontale, non essendovi lo scorporo delle singole parti di prestazione da eseguire, resta privo di ogni significato giuridico l'obbligo di indicare le parti da eseguire da parte di ciascuna impresa, essendo tutte responsabili in solido per l'intero.

Inoltre, nella specie, secondo il primo giudice, la richiesta distinzione

era del tutto priva di interesse, dovendo riferirsi non a quale dei quattro professionisti si riferiva la parte di prestazione, ma alle due associazioni, a loro volta costituite, per caso, dai medesimi quattro professionisti.

Avverso la suddetta sentenza propone appello la società Autostrade del Brennero deducendo la legittimità del suo operato e della disposta esclusione, sostenendo che: l'articolo 37 su menzionato è applicabile ex lege indipendentemente dal richiamo fatto o meno dal bando (come conviene anche il primo giudice); che esso è ripetitivo del vecchio art. 11 D.Lgs.157 del 1995; che, a differenza di quanto ritenuto nella impugnata sentenza, la distinzione tra raggruppamenti verticali e quelli orizzontali non può portare alla conclusione che l'obbligo di specificazione valga soltanto in caso di associazioni verticali, in quanto, al contrario, tale obbligo è strumentale a fare conoscere alla stazione appaltante il soggetto che in concreto si occuperà di effettuare le singole prestazioni, di verificare la relativa competenza, di determinare l'oggetto del contratto; né può rilevare in contrario la casuale coincidenza tra i medesimi professionisti del fatto di prendere parte alle due medesime associazioni riunite.

Si ribadisce da parte dell'appellante la natura di norma di ordine pubblico, diretta a evitare accordi collusivi o inutili, del dovere di specificazione previsto dal quarto comma dell'art. 37 su menzionato.

Si è costituita la Geologia Applicata in proprio e quale capogruppo del RTI costituendo chiedendo rigettarsi l'appello perché infondato.

Alla udienza pubblica del 6 ottobre 2009 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.L'appello è fondato nei sensi che seguono.

L'obbligo di specificazione ha conseguenze non solo sulla suddivisione interna delle attività, formalmente non rilevante all'esterno, ma anche sulla distribuzione delle quote di partecipazione.

L'art. 37 comma 4 prevede che in caso di forniture e servizi « nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati » .

Il comma secondo del medesimo articolo 37 prevede che nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie.

Secondo la sentenza impugnata (TAR Trentino Alto Adige Trento, 25 febbraio 2009, n.59) l'obbligo di specificazione non sussiste in caso di associazione orizzontale, in quanto in questa, non essendovi

lo scorporo delle singole prestazioni da eseguire, resterebbe privo di giuridico significato l'obbligo di indicare le parti da eseguire per ciascuna impresa.

Pertanto, con l'espressione « associazione orizzontale » si intende quella associazione in cui ciascuna delle imprese riunite è responsabile nei confronti dell'amministrazione committente dell'intera prestazione, con la conseguenza che la distribuzione del lavoro per ciascuna impresa non rileverebbe all'esterno; per « associazione verticale » si intende invece quella in cui un'impresa (ordinariamente capace per la prestazione prevalente), si associa ad altre imprese provviste della capacità per le prestazioni scorporabili (Consiglio Stato, sez. V, 28 marzo 2007 , n. 1440 sulla base della disciplina precedente; in tal senso, parere Autorità Vigilanza Contratti Pubblici Lavori Servizi e Forniture n.28 del 26.02.2009).

Tale obbligo di specificazione – in senso completamente opposto rispetto a quanto ritenuto dalla sentenza impugnata - è stato da altri escluso proprio nel caso di raggruppamento di tipo verticale, in quanto per sua natura esso consentirebbe di individuare, sin dal momento della presentazione dell'offerta, la suddivisione fra le imprese delle opere da realizzare (ad esempio, TAR Cagliari sez. I, 14 luglio 2006, n. 1463).

Ad opinione del Collegio la disposizione di cui al comma 4 dell'art. 37 codice contratti pubblici contenente l'obbligo generale di specificazione - che era già contemplata, ma solo per gli appalti

forniture e servizi, dagli artt. 11, co. 2 del d.lgs. n. 157 del 1995 e dall'art. 10, co. 2 del d.lgs. n. 358 del 1992 - in termini letterali si applica indistintamente ai raggruppamenti di tipo verticale o orizzontale.

La nuova legge prevede sia la definizione di raggruppamenti verticali e orizzontali (comma 1), sia l'obbligo di specificazione (senza distinzione) (comma 4).

Vale il principio secondo il quale se la legge non distingue, non può distinguere il giudice o l'interprete.

Osservato sin inizio dell'esame che a nulla può rilevare, al fine di escludere l'obbligo di specificazione, la circostanza, rilevata dal primo giudice, ma meramente occasionale, che nella specie le due associazioni riunite fossero composte dai medesimi quattro professionisti, quasi che, attesa la loro posizione, fosse indifferente sapere quale associazione (non già quale professionista) debba eseguire quale parte (perché tanto si tratterebbe sempre di uno di quei quattro professionisti), l'interprete deve osservare innanzitutto il dettato della legge, potendo discostarsene soltanto quando dalla mera lettera emergerebbe una lettura illogica e in contrasto e incoerenza con altre disposizioni con essa attinenti.

Ai sensi dell'art. 37 comma 4, come detto, il raggruppamento temporaneo (quindi, sia di tipo verticale che di tipo orizzontale, come tali definiti al secondo comma) di imprese (o professionisti), che partecipi ad una gara per l'affidamento di un appalto di servizi,

<<ha l'obbligo di indicare nella sua offerta le parti del servizio che saranno eseguite>> da ciascuna delle imprese (o associazioni professionali) facenti parte del raggruppamento, trattandosi per la stazione appaltante di dato conoscitivo essenziale al fine di verificare il possesso dei richiesti requisiti di idoneità.

In generale, dal punto di vista definitorio, l'associazione orizzontale è quella in cui tutte le imprese (o associazioni o soggetti) sono in possesso di una stessa specializzazione e tra di esse vi è una ripartizione soltanto "quantitativa" della prestazione. Nell'associazione di tipo verticale, invece, la ripartizione è di tipo "qualitativo", nel senso che la capogruppo esegue la parte di prestazione della categoria prevalente, mentre le mandanti realizzano le opere delle altre categorie indicate nel bando come scorporabili.

Come si evidenzia da quanto esposto, l'obbligo di specificazione trova le sue generali giustificazioni sia in caso di associazione verticale che di associazione orizzontale.

Ciò corrisponde anche all'esigenza di assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con esse, sia al fine precipuo di consentire un controllo preliminare e compiuto dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti che all'ulteriore scopo che tale verifica non venga vanificata od elusa con modificazioni soggettive, in corso di gara, delle imprese candidate.

Per le considerazioni sopra svolte, l'appello va accolto e, in riforma

della impugnata sentenza, va respinto il ricorso proposto in primo grado.

Sussistono giusti motivi per disporre tra le parti la compensazione delle spese di giudizio del doppio grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, sezione Quarta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, respinge il ricorso proposto in primo grado.

Spese doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2009 con l'intervento dei Signori:

Gaetano Trotta, Presidente

Giuseppe Romeo, Consigliere

Antonino Anastasi, Consigliere

Sergio De Felice, Consigliere, Estensore

Sandro Aureli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Il Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il _____

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

Il Dirigente della Sezione