



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 l' Abruzzo

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 561 del 2010, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Elettrica Mater di Tomeo Terenzio & C. S.n.c., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda ATI con Lancellotta Raffaele & C. s.n.c. (mandante) e Lancellotta Raffaele & C. S.n.c., ; rappresentate e difese dagli avv. Vincenzo Colalillo e Alfredo Ricci, con domicilio eletto presso avv. Angelo Colagrande in L'Aquila, via Verdi 18;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Dello Stato, domiciliata per legge in L'Aquila, Complesso Monumentale S. Domenico;

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti Provv.To Interreg.Le

Oo.Pp. Lazio-Abruzzo-Sardegna;

nei confronti di

Adriatica Edilizia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Nicola Marcone, Ugo Marinucci, con domicilio eletto presso il secondo in L'Aquila, via Fuori Porta Napoli, 14 Bis; Imprepar S.r.l.;

per l'annullamento

DELLA NOTA N. 5967 DEL 22.9.2010 DI ESCLUSIONE DALLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DELLA PROGETTAZIONE ED ESECUZIONE DEI LAVORI DI REALIZZAZIONE DI UNA PIAZZA IN PIAZZA D'ARMI FINALIZZATA AL MERCATO STORICO DI PIAZZA DUOMO CON OGNI ATTO CONNESSO;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Adriatica Edilizia S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 aprile 2011 il dott. Alberto Tramaglini 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'amministrazione resistente indicava una procedura aperta per la

selezione di un operatore a cui affidare “la progettazione e l’esecuzione di lavori di realizzazione di una Piazza d’Armi finalizzata anche al mercato storico di Piazza Duomo”, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa. L’oggetto dell’appalto risultava composto dei lavori della categoria prevalente a qualificazione obbligatoria OG3 per Euro 650.026,24, e di quelli della categoria scorporabile a qualificazione non obbligatoria OS1, per Euro 170.062,95.

Alla gara presentava domanda di partecipazione la costituenda ATI ricorrente, che veniva tuttavia esclusa con il provvedimento oggetto del ricorso principale.

Rilevava l’amministrazione che “le imprese associate, avvalendosi del disposto dell’art. 3, comma 2, del DPR 34/2000, risultano in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l’importo totale dei lavori posto a base d’asta, ma l’Impresa mandante, in possesso dell’attestazione SOA in categoria OG3, classifica I, non risulta qualificata ad assumere la quota di esecuzione del 45%”, convincimento ribadito in risposta a nota formulata anche ai sensi dell’art. 243bis d.lg. 163/2006, con cui le ditte ricorrenti evidenziavano i motivi che a loro avviso rendevano illegittima l’esclusione.

Con un unico articolato motivo viene impugnato il suddetto provvedimento sostenendosi:

- l’amministrazione ha riconosciuto che l’ATI è in possesso di tutti i

requisiti che ne consentivano la partecipazione alla gara, ivi compresi quelli relativi alla categoria scorporabile OS1, ritenendo la sussistenza di problemi di qualificazione per la percentuale di lavori riferibili esclusivamente alla mandante, questione che tuttavia rilevarebbe unicamente nei rapporti interni;

- riscontrando carenze in capo alla mandante, la stazione appaltante non avrebbe considerato che le ditte hanno assunto l'impegno a costituirsi in ATI orizzontale unicamente per le lavorazioni OG3, specificando la ripartizione delle medesime nella misura del 55% per la mandataria e 45% per la mandante, mentre per la categoria scorporabile non era stato specificato alcunché in ordine al soggetto che avrebbe assunto i lavori. La stazione appaltante avrebbe perciò erroneamente applicato l'art. 95 DPR 554/1999, ripartendo "autoritativamente" i lavori della categoria scorporabile nella stessa misura (55-45%) dichiarata invece unicamente in relazione a quella prevalente. Al contrario, la circostanza che la dichiarazione di costituirsi in ATI orizzontale, con le percentuali indicate, fosse limitata alla categoria OG3 implicherebbe che le lavorazioni scorporabili (a qualificazione non obbligatoria) andavano ripartite nei limiti dei requisiti posseduti. Sulla base del principio generale di cui all'art. 37, co. 13, d.lg. 163/2006 la tipologia dell'ATI sarebbe quindi determinata dalla corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di lavorazioni, per cui l'assenza di qualsiasi dichiarazione in ordine alla categoria OS1 doveva essere intesa nel

senso che i relativi lavori erano assunti per intero dalla ditta mandataria, in possesso dei necessari requisiti ex art. 95, 3° comma, cit.. La ricorrente avrebbe pertanto le caratteristiche dell'ATI orizzontale unicamente per le lavorazioni OG3 (prevalenti), mentre rispetto alle OS1 (scorporabili) si tratterebbe di raggruppamento di tipo verticale. La mancata esplicitazione del carattere misto dell'ATI non potrebbe peraltro dar luogo ad esclusione, visto che non è tanto il *nomen* ad essere rilevante quanto la reale natura giuridica quale emerge dal complesso della documentazione finalizzata alla partecipazione.

Sono impugnate in via subordinata le clausole del bando che eventualmente portassero a concludere che la dichiarazione di orizzontalità dell'ATI rispetto alla categoria prevalente comportava la medesima natura anche per le lavorazioni scorporabili.

Concludeva per l'annullamento del provvedimento di esclusione e per il risarcimento del danno da disporsi in via prioritaria in forma specifica.

2. Instauratosi il contraddittorio tra le parti, nella camera di consiglio del 17 novembre 2010 il TAR accoglieva la domanda cautelare presentata unitamente al ricorso e per l'effetto disponeva l'ammissione con riserva dell'ATI ricorrente alle ulteriori fasi della procedura.

In esecuzione di tale misura, la stazione appaltante provvedeva a valutare l'offerta dell'ATI, che all'esito delle relative operazioni si

collocava al terzo posto della graduatoria.

Con motivi aggiunti erano quindi impugnati gli atti di tale ulteriore fase ed il provvedimento di aggiudicazione alla controinteressata, che si costituiva in giudizio spiegando a sua volta ricorso incidentale.

3. Nella relazione dell'amministrazione depositata dall'Avvocatura dello Stato, la stazione appaltante chiarisce che le categorie di lavori erano: OG3, classifica III, prevalente e a qualificazione obbligatoria per un importo di Euro 650.026,04; OS1, classifica I, scorporabile e a qualificazione non obbligatoria, di importo pari a Euro 170.062,95, per un importo complessivo dell'appalto di Euro 820.088,99. Le imprese componenti l'ATI ricorrente posseggono le seguenti attestazioni SOA: la capogruppo cat. OG3, classifica 2 (pari ad Euro 619.748,40 per effetto dell'incremento di cui all'art. 3, comma 2, DPR 34/2000); la mandante cat. OG3, classifica 1 (pari ad Euro 309.040,05 con l'incremento citato). Cosicché, prosegue l'amministrazione, essendo entrambe le imprese qualificate per la sola categoria OG3, la sola possibilità di partecipazione loro concessa era quella del raggruppamento orizzontale, come era peraltro specificato nella domanda di partecipazione, con quote di partecipazione che dovevano necessariamente essere rispettose sia dei requisiti minimi di cui all'art. 95 DPR 554/1999, sia dei requisiti SOA di cui al DPR 34/2000. Sennonché la quota del 45% dei lavori (pari a Euro 369.040,05) assunta in tal modo dalla mandante finiva per eccedere la sua qualificazione nella categoria OG3 pari ad Euro

309.040,05, per cui ne è derivata l'esclusione.

Tali osservazioni vanno condivise.

La ricorrente non può essere seguita allorché deduce che dalla domanda di partecipazione emergeva chiaramente il carattere misto dell'ATI.

Per quanto la dichiarazione di essere ATI orizzontale presentata in sede di gara fosse espressamente riferita alla categoria prevalente, la stessa tuttavia non poteva che essere letta alla luce dell'art. 2.3 delle norme di gara, richiamato dalla controinteressata, secondo cui le partecipanti dovevano indicare il tipo di raggruppamento (orizzontale, verticale o misto) e le relative quote di partecipazione.

Non è in tal senso rilevante, come invece sostenuto in memoria dalle ricorrenti, che non fosse prevista l'esclusione in caso di omissione di tale dichiarazione, visto che non è per questo che la partecipante è stata esclusa, quanto piuttosto di interpretare la domanda di partecipazione alla luce di quanto dichiarato e delle norme di gara.

La mancanza di qualunque specificazione in ordine al carattere misto dell'ATI, pur essendo la relativa dichiarazione imposta dalla lex specialis, non può perciò che avvalorare le conclusioni a cui è pervenuta la stazione appaltante.

Le ricorrenti ritengono che tuttavia il carattere misto dell'ATI dovesse essere desunta dal principio di necessaria corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione all'A.T.I. e quote di esecuzione dei lavori. Ma in proposito va rilevato che da tale

principio la stessa giurisprudenza (Cons. Stato, sez. VI, 24 gennaio 2011 n. 472), richiamata in memoria a sostegno delle conclusioni esposte, ha ritenuto derivare “la conseguenza che le quote di partecipazione al raggruppamento non possono essere evidenziate ex post, in sede di esecuzione del contratto, costituendo, quand'anche non esplicitato dalla lex specialis, un requisito di ammissione, la cui inosservanza determina l'esclusione dalla gara (es. Cons. Stato, VI, 21 maggio 2009, n. 3144; 8 febbraio 2008, n. 416)”, precisando ulteriormente che “la giurisprudenza ammette che l'indicazione della rispettiva quota di partecipazione dei membri del raggruppamento possa essere ritenuta non necessaria laddove la relativa struttura sia "tale da non determinare dubbio alcuno in merito al riparto dei lavori" (Cons. Stato, VI, 25 novembre 2008, n. 5787)”, evenienza che imponeva all'associazione di tipo misto (quale la ricorrente pretende essere) “che dalla stessa domanda di partecipazione risultasse in modo compiuto l'articolazione delle quote di partecipazione; esigenza, questa, non soddisfatta per effetto della sola indicazione, in corrispondenza di ciascuno dei partecipanti al raggruppamento, delle rispettive qualificazioni, da sé sola insufficiente ad eliminare l'incertezza relativa al riparto dei lavori ed alle conseguenti quote di partecipazione” (Cons. St. ult. cit.).

La “chiarezza del tenore letterale” dell'art. 37, 13° comma, d.lg. 163/2006, impone peraltro “di considerare vincolanti, per le imprese riunite, gli obblighi di specificazione delle parti delle prestazioni che

saranno eseguite da ciascuna di esse e delle quote di partecipazione. Tale obbligo è espressione di un principio generale che prescinde dall'assoggettamento della gara alla disciplina comunitaria e non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale), o alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie ...): Cons. St., sez. V, 12 febbraio 2010, n. 744.

Che i lavori scorporabili sarebbero stati assunti per intero dalla mandataria non emergeva pertanto dalla domanda di partecipazione né avrebbe potuto essere altrimenti desunta, essendo anzi smentita dalla dichiarata intenzione della mandante di sub-appaltare tali lavorazioni di sua spettanza. Anche qui non si tratta tanto di valutare tale dichiarazione agli specifici fini per cui è stata resa, quanto di rilevare che la presenza della stessa, unitamente a tutte le altre circostanze, non rendeva possibile pervenire alla conclusione che i lavori scorporabili sarebbero stati interamente assunti dalla mandataria.

La conclusione auspicata dalla ricorrente avrebbe quindi implicato la necessità che la stazione appaltante procedesse proprio a quella interpretazione di una non espressa volontà della partecipante, che la ricorrente ritiene non consentita, senza tuttavia pervenire a risultati univoci.

In quanto rispondente a principi di ordine generale, va ulteriormente escluso che il bando, anche nella parte in cui prevedeva l'obbligo di

dichiarare la natura del raggruppamento partecipante, violi una qualche disposizione del codice e del regolamento.

Il ricorso principale deve essere in conclusione rigettato.

Deriva da tale statuizione la sopravvenuta carenza di interesse, e quindi l'improcedibilità, alla pronuncia sui motivi aggiunti. Analoga statuizione va adottata in ordine al ricorso incidentale.

Le spese di giudizio possono essere interamente compensate.

P.Q.M.

definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo rigetta.

Dichiara l'improcedibilità dei motivi aggiunti e del ricorso incidentale. Spese compensate.

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

Così deciso in L'Aquila nella camera di consiglio del giorno 13 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Cesare Mastrocola, Presidente

Paolo Passoni, Consigliere

Alberto Tramaglini, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/05/2011

IL SEGRETARIO

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