



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 2241 del 2012, proposto da:

Safital S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Claudio De Portu, Riccardo Barberis e Maurizio Boifava, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale

*contro*

Metropolitana Milanese S.p.A., rappresentata e difesa dall'avv. Guido Salvadori Del Prato, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via Manara, 15

*nei confronti di*

Profacta S.p.A., Crezza S.r.l., Sias S.p.A., Alfa So.Ge.Mi. S.r.l., Impresa Duci S.r.l., S.C.T. S.r.l., non costituiti in giudizio

*per l'annullamento*

del provvedimento non comunicato e di estremi non noti con il quale la stazione appaltante Metropolitana Milanese S.p.A. ha disposto l'aggiudicazione definitiva della gara per l'affidamento dei lavori di realizzazione della protezione dell'abitato con barriere fonoassorbenti lungo la strada di accesso alle autostrade nord (ex Ghisallo) in Milano (codice cup b44e10000160004 codice cig 426144607d) in favore dell'impresa Profacta S.p.A.;

della nota prot. pg/47690 del 4.9.2012 con cui la stazione appaltante ha comunicato di aver adottato il suddetto provvedimento di aggiudicazione; dell'operato dell'organo aggiudicatore, nella parte in cui non ha disposto l'esclusione dalla gara di due concorrenti la cui offerta non sarebbe stata ammissibile nè valutabile (RTI Crezza s.r.l. - Sias S.p.A., RTI Sct s.r.l. - Alfa Sogemi s.r.l., Duci s.r.l.) ed ha conseguentemente aggiudicato l'appalto in favore della Profacta S.p.A. anziché in favore dell'odierna ricorrente;

dei verbali afferenti alle operazioni di gara, ivi incluso il verbale del 4.7.2012, ove è stata erroneamente dichiarata l'ammissione alla gara dell'offerta di due concorrenti (RTI Crezza s.r.l. - Sias s.p.a.; RTI Sct s.r.l. - Alfa Sogemi s.r.l., Duci s.r.l.) che avrebbero dovuto invece essere inclusi;

della nota prot. 46236 del 24.8.2012 con cui Metropolitana Milanese S.p.A. ha riscontrato l'informativa ex art. 243-bis del D.lgs. 163/2006 inoltrata dall'impresa ricorrente respingendone i contenuti e comunicando la regolarità dell'ammissione dei suddetti concorrenti alla gara;

nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti, ivi compreso il contratto ove stipulato.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Metropolitana Milanese S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2012 il dott. Roberto Lombardi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Rilevato:

che la ricorrente ha impugnato, chiedendone la sospensione in via incidentale, gli atti con i quali Metropolitana Milanese S.p.A. ha aggiudicato ad altra società, dopo avere ammesso alla gara, tra le altre, RTI Crezza e RTI SCT, l'appalto per la realizzazione della protezione dell'abitato con barriere fonoassorbenti lungo la strada di accesso alle Autostrade Nord in Milano;

che la ricorrente ha chiesto, in particolare, che, previa esclusione dei due raggruppamenti temporanei di impresa su citati, fosse ricalcolata la percentuale della soglia di anomalia, di modo da conseguire automaticamente l'aggiudicazione dell'appalto, in considerazione del fatto che, rispetto alla nuova soglia di anomalia, Safital S.r.l. si sarebbe collocata al primo posto in graduatoria;

che, a tali fini, la ricorrente deduceva l'illegittimità della mancata esclusione dalla gara, già in sede di verifica della corrispondenza tra il plico dell'offerta e il bando di gara, di RTI Crezza e RTI SCT;

che, con riferimento al primo dei due raggruppamenti citati, Safital S.r.l. censurava i seguenti aspetti della sua offerta:

a) trattandosi di un raggruppamento orizzontale, la quota di partecipazione della mandante SIAS S.r.l., indicata in misura del 34%, avrebbe dovuto essere riferita, oltre che alla categoria prevalente, anche alle categorie scorporabili, di modo che essa, non possedendo qualificazione SOA per la categoria scorporabile OG6, non avrebbe potuto soddisfare la qualificazione richiesta per tale categoria attraverso un *surplus* di qualificazione nella categoria prevalente;

b) nel caso invece in cui la quota di partecipazione del 34% fosse stata da riferirsi solo alla categoria prevalente, il raggruppamento Crezza avrebbe dovuto essere comunque escluso in quanto sarebbe restata del tutto incerta e non dichiarata la quota di lavorazioni assunta dalla mandante SIAS per le due categorie scorporabili;

c) entrambe le società partecipanti al raggruppamento in questione sarebbero state infine inidonee ad assumere in proprio le lavorazioni della categoria OG6, non avendo peraltro né indicato il nominativo dell'eventuale subappaltatore designato né tanto meno attestato il possesso dei requisiti necessari da parte di quest'ultimo;

che, con riferimento invece a RTI SCT, Safital s.r.l. ha contestato la sua mancata esclusione dalla gara per non avere Duci S.r.l., mandante del raggruppamento in discorso, presentato la dichiarazione concernente la insussistenza di cause di esclusione ex art. 38 lett. b), c) e m-ter del D.lgs. n. 163/2006 anche con riferimento all'ultimo dei tre soci, e nonostante costui avesse una quota di partecipazione societaria pari ad 1/3 come gli altri due, quota del tutto assimilabile, dunque, a dire della ricorrente, ad una vera e propria quota di maggioranza;

Ritenuto:

che il ricorso è integralmente infondato, e va conseguentemente respinto, in quanto i due raggruppamenti rispetto ai quali la ricorrente ha contestato l'illegittima ammissione alla gara avevano in realtà i requisiti di idoneità richiesti dalla disciplina in materia di contratti pubblici, oltre che dalla *lex specialis* regolante la procedura *de qua*;

che, nello specifico, l'RTI Crezza - Sias ha precisato, nella propria offerta, di volere subappaltare integralmente i lavori delle categorie scorporabili, come consentito dall'art. 109 del d.P.R. n. 207/2010 per l'affidatario in possesso della qualificazione nella categoria prevalente;

che, al riguardo, appare aderente al dato letterale della domanda di partecipazione presentata l'assunto della resistente, secondo cui l'RTI Crezza - Sias avrebbe indicato le quote di partecipazione di mandante e mandataria solo con riferimento ai lavori della categoria prevalente, ed è pacifico che per tale categoria il raggruppamento avesse la qualificazione necessaria;

che, peraltro, l'art. 118 del D.lgs. n. 163/06 non impone di indicare già in sede di offerta il subappaltatore e rimanda anche il controllo delle qualificazioni di questo al momento in cui verrà stipulato il relativo contratto;

che, pertanto, anche in ossequio ai principi di tassatività delle cause di esclusione e di *favor participationis*, non appare consentito introdurre nell'attuale sistema dei contratti pubblici una restrizione alla possibilità di partecipazione alle gare in diretto contrasto con la normativa primaria, normativa che, come detto, ha voluto posticipare il controllo sul possesso delle qualificazioni ad un momento successivo a quello delle offerte;

che, d'altra parte, a differenza del caso esaminato dal Tar Lazio nella sentenza n. 5806/11 (decisione poi confermata dal Consiglio di Stato nel precedente richiamato dalla ricorrente), nella procedura in esame nulla era stato previsto dal bando in ordine al momento in cui effettuare la dichiarazione di subappalto, dovendosi dunque ritenere che la stazione appaltante avesse deciso, sul punto – con valutazione tipicamente discrezionale e coerente al disposto di cui all'art. 118 del D.lgs. n. 163/2006 - di effettuare i controlli di legge in sede di stipulazione del contratto;

che, infine, con riferimento alla legittimità dell'ammissione alla gara del raggruppamento temporaneo di impresa SCT, non appare condivisibile – ed è certamente estranea al tenore letterale della norma - l'interpretazione dell'art. 38, lett. b, c e m-ter fornita dalla ricorrente, secondo cui tale norma imporrebbe la presentazione della dichiarazione di legge a carico della totalità dei soci, qualora un socio possieda – come gli altri due – un terzo del capitale sociale;

che, ad ogni modo, la mandante del predetto raggruppamento ha presentato la dichiarazione per due dei tre soci, di modo che è del tutto ragionevole, in un caso simile, oltre che in linea con il principio del *favor participationis*, interpretare la norma di cui all'art. 38 su richiamata nel senso che essa consenta la somma delle dichiarazioni della maggioranza dei soci;

che le spese del giudizio seguono la soccombenza, e sono liquidate come da dispositivo;

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I),

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la società ricorrente alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi € 4.500,00, oltre accessori di legge.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Alberto Di Mario, Primo Referendario

Roberto Lombardi, Referendario, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/10/2012

IL SEGRETARIO

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