

N. 00739/2013 REG.PROV.COLL.
N. 00233/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 233 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla società Gorrasi Cost. S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Casertano, con domicilio eletto presso l'avv. Fata Musto in Firenze, via de' Tornabuoni 10;

contro

Comune di Empoli in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Farnetani, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via dei Conti 3 (studio Santoro);

nei confronti di

Corsinovi S.r.l. ed Elettro Line S.n.c., rappresentate e difese dall'avv. Natale Giallongo, con domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Vittorio Alfieri 19;

per l'annullamento

A) con l'atto introduttivo del giudizio:

1) della nota n. prot. 715 dell'8.01.2013, trasmessa a mezzo fax in pari data, adottata dal Presidente della Commissione di gara presso il Comune di

Empoli - Ufficio Tecnico Settore LL.PP. - con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione in via provvisoria dell'appalto dei lavori di ristrutturazione di Via G. Masini alla A.T.I. costituenda tra le Società Corsinovi s.r.l. ed Elettro Line s.n.c.;

2) della determinazione e/o delibera del Comune di Empoli, di cui si ignora l'esatto contenuto ed i relativi estremi, recante l'aggiudicazione della gara all'ATI tra le Società Corsinovi s.r.l. ed Elettro Line s.n.c.;

3) della graduatoria di gara predisposta dalla competente Commissione nella quale al primo posto si è collocata la suindicata ATI;

4) dei verbali di gara datati 6.012.2012 e 4.01.2013, nella parte in cui, previa ammissione della controinteressata, si è proceduto agli ulteriori adempimenti ivi indicati ed infine all'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in esame all'ATI suindicata;

5) della relativa determinazione della commissione di gara e per essa, della stazione appaltante, di non escludere dalla gara la predetta ATI e di ammettere la stessa alla fase successiva procedendo, quindi, alla valutazione dell'offerta;

6) di ogni altro atto preordinato, connesso e consequenziale e comunque lesivo della posizione giuridica della ricorrente.

B) con i motivi aggiunti depositati in data 27 febbraio 2013:

- della determina n. 105 dell'11.02.2013, a firma del Dirigente del Servizio Progettazione OO.PP. e Infrastrutture del Comune di Empoli, con la quale è stato aggiudicato in via definitiva l'appalto dei lavori di ristrutturazione di Via G. Masini all'ATI tra le ditte Corsinovi s.r.l. ed Elettro Line s.n.c.;

- della nota a firma del medesimo dirigente, n. prot. 7727 del 6.02.2013, con la quale si è ritenuto di non accogliere i rilievi della ricorrente forniti con nota del 31.01.2013;

- della corrispondenza per e-mail datata 28.11.2012, intervenuta tra Comune ed aggiudicataria, richiamata nella memoria dell'Ente locale del

18.02.2013;

nonchè per la declaratoria di inefficacia

del contratto eventualmente stipulato nelle more della definizione del giudizio, ai sensi del combinato disposto degli artt. 245 ter del D.Lgvo n. 163/2006 - siccome inserito dall'art. 10 del D.Lvo n. 53/2010 - e 122 del D.Lvo n. 104/2010;

- per la reintegrazione in forma specifica ex art. 245 quinquis del D.Lvo n. 163/2006 da disporsi mediante l'obbligo, a carico della stazione appaltante, di statuire l'aggiudicazione dell'appalto in esame in favore della società Gorrasi s.r.l. e di provvedere, per l'effetto, alla sottoscrizione del relativo contratto, attesa la disponibilità della ricorrente a subentrare, ai sensi dell'art. 121, comma 2, del D.Lvo n. 104/2010;

- nella denegata ipotesi in cui l'Ecc.mo Collegio non dovesse dichiarare l'inefficacia del contratto d'appalto eventualmente stipulato dall'aggiudicatario, per la condanna del Comune di Empoli al risarcimento per equivalente dei danni subiti, nella misura in cui verranno provati in corso di giudizio e, comunque, non inferiore all'utile di impresa dichiarato in sede di gara, maggiorato dei pregiudizi patrimoniali per danno curricolare, oltre interessi e rivalutazione monetaria.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Empoli, di Corsinovi S.r.l. e di Elettro Line S.n.c.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 aprile 2013 il dott. Carlo Testori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1) Nel novembre 2012 il Comune di Empoli ha pubblicato un "*Avviso*

pubblico di manifestazione di interesse ad essere invitati alla procedura negoziata per l'appalto di lavori di ristrutturazione di via G. Masini con realizzazione di una pista ciclabile" (importo dei lavori a base di gara: € 655.000,00; criterio di aggiudicazione: al prezzo più basso). A fronte di n. 211 domande pervenute, la lettera di invito alla gara, datata 11/12/2012, è stata inviata a n. 15 ditte. La gara si è svolta il 4/1/2013 e ha visto prevalere la costituenda ATI tra la società Corsinovi s.r.l. e la società Elettro Line s.n.c. (con un ribasso del 23,339%), che ha preceduto la società Gorrasi Cost. s.r.l. (con un ribasso del 22,768%).

2) Con l'atto introduttivo del giudizio quest'ultima società ha impugnato l'aggiudicazione provvisoria disposta dal Comune di Empoli in favore dell'ATI prima classificata, formulando censure di violazione di legge ed eccesso di potere

Con motivi aggiunti depositati il 27/2/2013 la società Gorrasi ha esteso l'impugnazione alla determinazione dirigenziale n. 105 del 4/2/2013 con cui il Comune di Empoli ha aggiudicato in via definitiva all'ATI Corsinovi - Elettro Line l'appalto dei lavori di cui si discute, prospettando vizi propri e di illegittimità derivata.

L'Amministrazione intimata si è costituita in giudizio chiedendo la reiezione del ricorso e dei motivi aggiunti perché infondati.

3) Nella camera di consiglio del 6 marzo 2013 questo Tribunale, con ordinanza n. 143, ha accolto la domanda incidentale di sospensione dei provvedimenti impugnati.

4) Per resistere alle azioni avversarie si sono successivamente costituite in giudizio le società Corsinovi s.r.l. e Elettro Line s.n.c.

Tutte le parti hanno depositato scritti in vista dell'udienza del 19 aprile 2013, in cui la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1) La ricorrente deduce, in sintesi, che l'ATI aggiudicataria doveva essere

esclusa dalla gara in quanto:

a) la mandante Elettro Line s.n.c. non è in possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG10, classifica I, necessaria per l'esecuzione dei lavori della categoria scorporata;

b) l'ATI controinteressata non ha dichiarato le quote di partecipazione al raggruppamento della mandante e della mandataria, in violazione di quanto prescritto dall'art. 37 del codice dei contratti pubblici.

2.1) Nella lettera di invito si legge a pag. 4 lett. "I) - *Classificazione dei lavori*":

"Categoria prevalente: Categoria OG3, classifica III..., importo € 594.925,00;

Categoria: Categoria OG10, classifica I..., importo € 80.075,00".

A pag. 5 la lett. "L) - *Condizioni di partecipazione*" dispone in tema di requisiti per l'ammissione alla gara; per le ATI di tipo verticale la lett. L.4) precisa: *"i requisiti economici finanziari e tecnico-organizzativi devono essere posseduti dalla mandataria capogruppo nella categoria prevalente, nelle categoria scorporata ciascuna mandante deve possedere i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere nella misura indicata per l'impresa singola".*

2.2) Nella dichiarazione datata 19/12/2012 di impegno a costituire un'ATI in caso di aggiudicazione dei lavori la mandante Elettro Line s.n.c. ha specificato che avrebbe eseguito le lavorazioni relative alla categoria OG10 per un importo (ribassato) pari a € 77.275,00; è però pacifico che la predetta società non è qualificata per la predetta categoria, mentre possiede l'attestazione SOA per la categoria OS30 (classifica II) e per la categoria OG11 (classifica I). Elettro Line è stata tuttavia ugualmente ammessa alla gara (insieme alla costituenda ATI di cui fa parte), in applicazione dell'art. 90 del D.P.R. n. 207/2010, che prevede al comma 1:

"...gli operatori economici possono partecipare agli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro qualora in possesso dei seguenti requisiti di ordine tecnico-organizzativo:

a) importo dei lavori analoghi eseguiti direttamente nel quinquennio antecedente la data

di pubblicazione del bando non inferiore all'importo del contratto da stipulare;

b) costo complessivo sostenuto per il personale dipendente non inferiore al quindici per cento dell'importo dei lavori eseguiti nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando; nel caso in cui il rapporto tra il suddetto costo e l'importo dei lavori sia inferiore a quanto richiesto, l'importo dei lavori è figurativamente e proporzionalmente ridotto in modo da ristabilire la percentuale richiesta; l'importo dei lavori così figurativamente ridotto vale per la dimostrazione del possesso del requisito di cui alla lettera a);

c) adeguata attrezzatura tecnica.

Nel caso di imprese già in possesso dell'attestazione SOA relativa ai lavori da eseguire, non è richiesta ulteriore dimostrazione circa il possesso dei requisiti".

2.3) L'operato della stazione appaltante è, per il profilo in esame, corretto in quanto:

- l'importo dei lavori affidati alla mandante dell'ATI aggiudicataria è largamente inferiore al limite dei 150.000 euro;
- pur non essendo in possesso dell'attestazione SOA per la categoria OG10, la predetta società è in possesso di attestazioni relative a categorie di lavori impiantistici (OS30 e OG11) considerati analoghi a quelli della OG10, secondo le "indicazioni di corrispondenza" fornite dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici nella deliberazione n. 165 del 19/6/2003; è irrilevante, per quanto riguarda il presente giudizio, la circostanza che tale deliberazione sia stata adottata con riferimento all'art. 28 del D.P.R. n. 34/2000, posto che detta norma è stata trasfusa nel citato art. 90 del vigente Regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici, con integrazioni che non modificano il quadro normativo che qui interessa;
- stante la richiamata corrispondenza, il possesso di attestazioni SOA relative a lavori analoghi, in quanto rilasciate sulla base dell'esecuzione di un congruo volume di lavori delle categorie a cui si riferiscono, bastava per superare la necessità di documentare i lavori effettivamente svolti;

- posto che risultava applicabile, nella fattispecie considerata, il citato art. 90, non incide sulla legittimità dell'ammissione alla gara dell'ATI controinteressata la circostanza che tale ammissione sia conseguente ad un carteggio intercorso (a fini di chiarimento della *lex specialis* di gara) tra la concorrente e la stazione appaltante, poi non trasfuso negli atti della procedura concorsuale; la riconosciuta applicabilità della norma in questione era condizione necessaria e sufficiente perché di essa potesse giovare l'ATI Corsinovi - Elettro Line;

- non vale opporre, in senso contrario alle conclusioni raggiunte, il richiamo alla individuazione delle categorie di lavori di cui a pag. 4 lett. I) della lettera di invito e alle disposizioni di cui a pag. 8 lett. O.1) in tema di documentazione richiesta a pena di esclusione, con specifico riferimento alle attestazioni SOA per le categorie previste dalla citata lett. I); l'obbligo di presentare l'attestazione SOA per la categoria OG10 sussisteva in quanto non fosse applicabile l'art. 90 del Regolamento; se (come prospettato dalla ricorrente) la disposizione della lettera di invito dovesse interpretarsi nel senso di impedire l'applicazione della norma citata, essa risulterebbe nulla per violazione dell'art. 46 comma 1-bis del codice dei contratti pubblici.

2.4) Per il profilo sinora esaminato il ricorso risulta dunque infondato.

3.1) L'art. 37 del codice dei contratti pubblici dispone al comma 13 (nel testo modificato dal D.L. 6 luglio 2012 n. 95 - convertito con legge 7 agosto 2012 n. 135 - che ha introdotto lo specifico riferimento ai lavori): *"Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento"*.

Nella dichiarazione datata 19/12/2012 di impegno a costituire un'ATI in caso di aggiudicazione dei lavori Corsinovi s.r.l. e Elettro Line s.n.c. hanno precisato che ciascuna impresa avrebbe eseguito *"le lavorazioni oggetto di appalto in base alla qualificazione documentata in sede di gara"* e dunque: la prima

(capogruppo) le lavorazioni relative alla categoria OG3 per l'importo di € 577.725,00; la seconda le lavorazioni relative alla categoria OG10 per l'importo di € 77.275,00.

Secondo la ricorrente le società controinteressate hanno solo parzialmente adempiuto all'obbligo ex art. 37 citato di dichiarare, per ciascuna impresa riunita, sia la quota di partecipazione, sia la quota di esecuzione dell'appalto, non avendo precisato le rispettive quote di partecipazione all'ATI.

3.2) La giurisprudenza è ormai consolidata nell'affermare *"che dal compendio delle norme enucleabili dall'art. 37... si desume che... l'a.t.i. offerente deve indicare sia le quote di partecipazione all'a.t.i. di ciascun componente, sia le quote di esecuzione dell'appalto e vi deve essere corrispondenza tra quota di partecipazione e quota di esecuzione. Tale obbligo di duplice indicazione è espressione di un principio generale che prescinde dall'assoggettamento della gara alla disciplina comunitaria e non consente distinzioni legate alla morfologia del raggruppamento (verticale o orizzontale), o alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie)"* (così Consiglio di Stato, sez. V, 8 novembre 2011 n. 5892).

Come recentemente evidenziato dal Consiglio di Stato, sez. IV, 1 agosto 2012 n. 4406, *"ai fini dell'ammissione alla gara di un raggruppamento consortile o di un'A.T.I. occorre che già nella fase di offerta sia evidenziata la corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione, nonché tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, trattandosi di obbligo costituente espressione di un principio generale che prescinde dall'assoggettamento o meno 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. VI, 24 gennaio 2011 n. 472; sez. IV, 27 novembre 2010 n. 8253).*

Più in particolare, si è affermato (Cons. St., sez. III, n. 2805/2011 cit) che "l'obbligo di specificazione in esame trova la sua ratio... nella necessità di assicurare

alle Amministrazioni aggiudicatrici la conoscenza preventiva del soggetto, che in concreto eseguirà il servizio. E ciò non solo per consentire una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, ma anche per l'effettuazione di ogni previa verifica sulla competenza tecnica dell'esecutore; oltre che per evitare che le imprese si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme d'ammissione alle gare.

La regola, si soggiunge, non può non valere poi anche per le A.T.I. costituenti, che correttamente sono dunque tenute anch'esse ad indicare, già nella fase di ammissione alla gara, e dunque prima dell'aggiudicazione, le quote di partecipazione di ciascuna impresa al futuro raggruppamento e le quote di ripartizione delle prestazioni oggetto dell'appalto, ai fini della verifica della rispondenza della prestazione da eseguirsi ai requisiti di qualificazione tecnicoorganizzativa fatti valere secondo le relative corrispondenti percentuali, essendo del resto evidente che una diversa soluzione porterebbe ad un diversificato ed ingiustificato trattamento tra le A.T.I. già formalmente costituite e le A.T.I. costituente, che ne sarebbero esonerate e chiamate a dimostrare l'affidabilità della loro proposta contrattuale solo se e quando risultino aggiudicatarie della gara".

Dunque l'indicazione relativa alle quote deve essere fornita in sede di domanda di partecipazione alla procedura concorsuale (nel caso in esame, dopo il ricevimento della lettera di invito) e tale elemento costituisce "requisito di ammissione alla procedura di gara, indipendentemente dalla specificazione puntuale al riguardo negli atti di gara, trattandosi di obbligo costituente espressione di un principio generale, che prescinde peraltro dall'assoggettamento o meno della gara alla disciplina comunitaria" (così TAR Lazio, sez. II, 7 gennaio 2013 n. 66, che richiama TAR Bari, sez. I, 19 settembre 2012 n. 1681; nel medesimo senso cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 14 settembre 2012 n. 4895).

3.3) Il Comune di Empoli e le società controinteressate si difendono evidenziando:

a) né l'avviso di manifestazione di interesse, né la lettera di invito

richiedevano, in caso di costituende ATI, di dichiarare le quote di partecipazione al raggruppamento e le quote di esecuzione dei lavori; tantomeno prevedevano l'esclusione in caso di mancanza delle suddette dichiarazioni;

b) dunque, in base alla *lex specialis* di gara, che per questo aspetto non è stata impugnata dalla società ricorrente, le imprese riunite nell'ATI aggiudicataria non erano tenute a rendere tali dichiarazioni, né potevano essere escluse per la loro mancanza, alla luce dei principi di tassatività delle cause di esclusione e del *favor participationis*;

c) d'altra parte, le imprese controinteressate si sono puntualmente attenute alle disposizioni della *lex specialis* di gara, compilando i modelli di domanda e di dichiarazioni predisposti dalla stazione appaltante e quindi non possono essere penalizzate per avere fatto affidamento in buona fede sulla completezza della modulistica;

d) in ogni caso le quote di partecipazione all'ATI sono chiaramente desumibili dalle quote di esecuzione dei lavori (indicate in valore assoluto, ma agevolmente traducibili in percentuale), peraltro corrispondenti alle quote di qualificazione (e tanto basta, tenuto anche conto che nella specie si discute di un'ATI verticale); la stazione appaltante, tutt'al più, avrebbe potuto esercitare il potere di soccorso ex art. 46 del codice dei contratti pubblici, invitando le società controinteressate a completare la dichiarazione già resa.

3.4) Le argomentazioni di cui al punto precedente sub a), b) e c) vanno superate alla luce della giurisprudenza precedentemente richiamata secondo cui la dichiarazione delle quote costituisce requisito di ammissione alla procedura di gara "*indipendentemente dalla specificazione puntuale al riguardo negli atti di gara, trattandosi di obbligo costituente espressione di un principio generale*"; ciò significa che tali dichiarazioni devono essere rese indipendentemente dalla loro previsione nella

lex specialis di gara e che la loro mancanza comporta l'esclusione del concorrente, anche se non espressamente prevista dalla disciplina della procedura concorsuale; la censura formulata dalla ricorrente non necessitava dunque della previa impugnazione di tale disciplina, in quanto carente; né l'integrazione di essa comporta la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, posto che l'art. 46 comma 1-bis del codice dei contratti pubblici prevede l'esclusione dei concorrenti in caso di *"mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti"*: e la mancata dichiarazione delle quote integra tale fattispecie. È irrilevante anche la circostanza che la modulistica predisposta dalla stazione appaltante, utilizzata dall'ATI aggiudicataria, non contenesse indicazioni relative alle quote; la lettera di invito prevedeva, con specifico riferimento alle ATI costituenti (art. 37 comma 8 del codice dei contratti pubblici), che l'offerta doveva *"contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse da indicare nell'offerta stessa e qualificata come capogruppo, la quale stipulerà i contratti in nome e per conto proprio e delle mandanti"*. Tale dichiarazione è stata correttamente resa dalle imprese controinteressate, che in essa hanno altresì dichiarato le rispettive quote dei lavori da eseguire; ciò hanno fatto, evidentemente, nella consapevolezza che tale dichiarazione era necessaria, omettendo peraltro l'ulteriore dichiarazione (altrettanto necessaria) relativa alle quote di partecipazione all'ATI.

Queste ultime quote, contrariamente a quanto sostenuto dalle controparti, non risultano puntualmente indicate nell'offerta dell'aggiudicataria, né sono desumibili *aliunde*; sul punto è netta l'affermazione contenuta nella sentenza del Consiglio di Stato, sez. IV, 1 agosto 2012 n. 4406: *"L'indicazione delle quote di partecipazione ad un'ATI costituenda deve indispensabilmente essere indicato in sede di gara... e non può essere desunto dalla diversa indicazione delle quote di*

ripartizione delle prestazioni oggetto dell'appalto". E, come ripetutamente affermato nelle sentenze più sopra citate, l'obbligo di duplice indicazione delle quote è espressione di un principio generale applicabile indifferentemente ai raggruppamenti verticali e orizzontali. A fronte di un obbligo così stringente non ci sono margini per esercitare il potere di soccorso ex art. 46 comma 1 del codice dei contratti pubblici, posto che la dichiarazione della quota di partecipazione costituisce requisito di ammissione e la sua mancanza (non la semplice incompletezza) non lascia spazi per integrazioni postume (in senso conforme cfr. TAR Napoli, sez. I, 15 gennaio 2013 n. 312).

4) In relazione a quanto sopra risulta fondata la seconda censura formulata nel ricorso, che va conseguentemente accolto, unitamente ai motivi aggiunti; la costituenda ATI tra la società Corsinovi s.r.l. e la società Elettro Line s.n.c. avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura concorsuale; va perciò annullata l'aggiudicazione della gara disposta in suo favore.

Tanto è sufficiente per soddisfare l'interesse fatto valere in giudizio dalla ricorrente, tenuto conto che non risulta stipulato il contratto e che quindi spetta alla predetta società, in quanto migliore offerente, l'affidamento dei lavori di cui si controverte.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe e i motivi aggiunti successivamente proposti nei sensi precisati in motivazione; conseguentemente annulla l'aggiudicazione della gara disposta in favore della costituenda ATI tra la società Corsinovi s.r.l. e la società Elettro Line s.n.c.

Condanna le controparti al pagamento delle spese del giudizio in favore

della società ricorrente, nella misura di € 5,000,00 (cinquemila/00) oltre agli accessori di legge, di cui € 2.500,00 a carico del Comune di Empoli ed € 2.500,00 a carico delle società controinteressate in solido tra loro.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 19 aprile 2013 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Buonvino, Presidente

Carlo Testori, Consigliere, Estensore

Gianluca Bellucci, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/05/2013

IL SEGRETARIO

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