

N. 04753/2013REG.PROV.COLL.
N. 00029/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 29 del 2013, proposto da:

Formigine Patrimonio s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Corrado Orienti e Alessandra Pradella, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gianmarco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n.18;

contro

Edil.Ge.Co. s.r.l. in proprio e nella qualità di mandataria dell'associazione temporanea di imprese con Tecno-E s.r.l. e da quest'ultima in proprio e nella qualità di mandante dell'associazione temporanea, in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, entrambe rappresentate e difese dall'avv. Domenico Vitale, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

nei confronti di

Cooperativa di Costruzioni Società Cooperativa anche nella qualità di mandataria dell'a.t.i. con CLS e ITI Impianti S.p.A. e CLS s.r.l. e ITI Impianti S.p.A. anche nelle qualità di mandanti della associazione

temporanea di imprese;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA – BOLOGNA, SEZIONE I n. 670/2012, resa tra le parti, concernente appalto per lavori di realizzazione della nuova scuola primaria – risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Edil.Ge.Co. s.r.l. e di Tecno-E s.r.l. nelle qualità in atti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 luglio 2013 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti gli avvocati Pradella e D'Ambrosio, per delega dell'avvocato Vitale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna, con sentenza n. 670/2012 del 9 novembre 2012, pronunciando sul ricorso proposto dalle società Edil.Ge.Co. s.r.l. e Tecno-E s.r.l. per l'annullamento dell'aggiudicazione della gara di appalto per i lavori di realizzazione della nuova scuola primaria del capoluogo in via Pagani, indetta da Formigine Patrimonio s.r.l., accoglieva il ricorso e per l'effetto dichiarava l'illegittimità dell'aggiudicazione in favore del raggruppamento temporaneo tra Cooperativa di Costruzioni Società Cooperativa - CLS - ITI Impianti S.p.A. e condannava Formigine Patrimonio al risarcimento dei danni da liquidarsi e corrisondersi nei termini e secondo i criteri indicati in motivazione.

2.- Formigine Patrimonio s.r.l. ha impugnato la suddetta sentenza di cui chiede l'annullamento o la riforma assumendone l'erroneità alla stregua dei

seguenti motivi:

violazione degli artt. 37 del d. lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 95 del d.p.r. n. 554 del 1994; eccesso di potere sotto il profilo dell'erronea interpretazione e applicazione delle norme nazionali e dei principi dell'ordinamento;

falsa rappresentazione degli elementi di fatto e diritto; eccesso di potere per contraddittorietà e illogicità;

violazione dei principi di prevalenza della sostanza sulla forma, di raggiungimento dello scopo e di massima partecipazione; violazione dell'art. 21 *octies* della l. n. 241 del 1990;

violazione dell'art. 2043 del codice civile; violazione dei principi comunitari sulla responsabilità delle pubbliche amministrazioni; contraddittorietà e illogicità della sentenza;

violazione dell'art. 30, comma 3 c.p.a. e dell'art. 1227 cod. civ.

3.- Si sono costituite in giudizio Edil.Ge.Co. s.r.l. e Tecno-E s.r.l. che hanno chiesto il rigetto dell'appello con conferma della sentenza di primo grado.

Le parti hanno depositato documentazione e memorie difensive e di replica e alla pubblica udienza del 2 luglio 2013, il giudizio è stato assunto in decisione.

DIRITTO

1.- La questione controversa riguarda la legittimità dell'ammissione alla gara di un'associazione temporanea di imprese che abbia indicato le quote di partecipazione delle singole imprese al raggruppamento e non anche le rispettive quote di esecuzione dei lavori.

L'aggiudicataria della gara in questione, l'a.t.i. tra la Cooperativa di Costruzioni Società Cooperativa (capogruppo – mandataria) e CLS e ITI Impianti, aveva indicato nell'offerta le quote di partecipazione di ciascuna delle componenti, dichiarando di partecipare essa mandataria nella misura del 62%; la mandante CLS nella misura del 33% e la mandante ITI

Impianti nella misura del 5%. Dichiarava anche che sia la cooperativa mandataria che ITI Impianti erano singolarmente qualificate per eseguire l'intero appalto, mentre CLS mancava di un solo grado di qualifica rispetto all'intero appalto.

La Edil.Ge.Co. s.r.l. (in proprio e nella qualità di mandataria dell'a.t.i. con Tecno -E s.r.l.), collocata al secondo posto della graduatoria, con ricorso al TAR Emilia Romagna impugnava l'aggiudicazione e gli atti presupposti, lamentando che il raggruppamento aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per irregolarità dell'offerta, non avendo indicato nell'offerta le quote di esecuzione dei lavori di ciascuna impresa del raggruppamento, aggiungendo che le quote di esecuzione non erano nemmeno desumibili dalle quote di partecipazione, essendovi riserva di subappalto per una parte indefinita dei lavori e lamentando anche violazione dell'art. 95, comma 2 del d.p.r. n. 554 del 1999, perché la quota di partecipazione della ITI Impianti, pari al 5%, sarebbe inferiore al limite minimo del 10%.

Il TAR riteneva fondata e assorbente la doglianza di omessa indicazione della quota di esecuzione dei lavori facente capo ad ogni operatore, richiamando a conforto alcuni precedenti giurisprudenziali (Cons. Stato, sez. IV, 1 agosto 2012, n. 4406; sez. V, 8 novembre 2011, n. 5892) sulla necessità della perfetta corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione dei lavori, che integrerebbe *“un principio che opera anche nel silenzio della lex specialis della gara, imponendo alle a.t.i. una formalità che assurge a condizione essenziale di ammissione, con la funzione di consentire alla stazione appaltante l'immediata verifica della sussistenza dei titoli delle concorrenti alla stregua del preciso programma di collaborazione delineato in sede di offerta, in ragione del necessario possesso da parte delle singole imprese dei requisiti di qualificazione per l'effettiva parte dei lavori/prestazioni che ciascuna dovrà curare...”*.

Il TAR, quindi, accertata la fondatezza della suddetta doglianza e, quindi,

della necessità di escludere dalla gara la costituenda a.t.i. tra Cooperativa di Costruzioni Società Cooperativa – CLS s.r.l. – ITI Impianti S.p.A., per avere la stessa mancato di specificare le quote di ripartizione dei lavori in capo alle singole imprese, precludendo all'ente appaltante il preventivo accertamento della dovuta corrispondenza tra requisiti di qualificazione posseduti, quote di partecipazione al raggruppamento e prestazioni assunte in carico dai singoli componenti e, preso atto che nelle more del giudizio, l'appalto aveva avuto integrale esecuzione, dichiarava l'illegittimità degli atti impugnati in vista del risarcimento del danno, di cui fissava i criteri in base ai quali la stazione appaltante avrebbe dovuto formulare motivata proposta entro 60 giorni dalla comunicazione della decisione.

2.- Ciò posto in fatto, vanno esaminati i motivi di appello formulati dalla stazione appaltante (Formigine Patrimonio).

3.- Con i primi due motivi che possono essere esaminati congiuntamente, Formigine Patrimonio assume l'erroneità della sentenza per violazione dell'art. 37 del d. lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 95 del d.p.r. n. 554 del 1994, nonché per falsa applicazione e interpretazione delle suddette norme e dei principi dell'ordinamento e per erronea valutazione dei presupposti di fatto, in quanto il raggruppamento aggiudicatario avrebbe assolto agli obblighi di legge, avendo eseguito i lavori secondo le percentuali di partecipazione indicati nell'offerta ed essendo tutte le imprese in possesso della qualificazione per realizzare integralmente i lavori.

L'assunto è fondato.

Il giudice di primo grado, infatti, si è soffermato sul principio di diritto enucleato dalla giurisprudenza, desumibile dall'art. 37, comma 13, del d. lgs. n. 163 del 2006, sulla necessità che l'associazione temporanea di imprese che concorre a una gara debba indicare sia la quota di partecipazione di ciascun componente sia la quota di esecuzione dell'appalto facente capo ad ogni operatore, e non ha considerato che l'a.t.i.

aggiudicataria ha rispettato nella sostanza tale regola.

L'art. 37, al comma 13 stabilisce, infatti, che “...*i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento*”.

In base a tale norma, l'indicazione delle quote partecipative delle imprese costituenti l'associazione, implica la quota parte dei lavori che eseguirà ciascun associato, dovendo sussistere esatta corrispondenza tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento.

Ne consegue che la formulazione nell'offerta da parte dell'aggiudicataria delle quote di partecipazione al raggruppamento di ciascun associato, giustificava l'ammissione alla gara, atteso l'obbligo di simmetria tra quota di lavori e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento fissato per legge.

L'obbligo di corrispondenza, infatti, discende direttamente dall'art. 37, comma 13 del Codice dei contratti, norma imperativa ed idonea ad etero integrare il bando di gara, che trova applicazione anche a prescindere da un espresso richiamo ai sensi dell'art. 1339 cod. civ.

Si tratta, invero, di una dichiarazione tipica, nel senso che la legge attribuisce alla dichiarazione delle quote di partecipazione al raggruppamento un valore legale predeterminato, che è quello dell'assunzione dell'impegno da parte delle imprese di eseguire i lavori in misura corrispondente (in tal senso cfr. per tutte, Cons. Stato, sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8253; sez. V, 21 marzo 2012, n. 1597; 14 marzo 2012, n. 1422; 29 marzo 2011, n. 1911 e l'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici, con determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012).

Peraltro, la *ratio* sottesa al principio di corrispondenza evincibile dall'art. 37, comma 13 del Codice, è quella di assicurare che la stazione appaltante sia posta in grado di verificare fin dalla partecipazione il possesso dei requisiti di qualificazione in capo alle singole imprese del raggruppamento, in

relazione alle prestazioni che ciascuna di esse dovrà eseguire, al fine di evitare partecipazioni fittizie effettuate al solo scopo di fare conseguire l'aggiudicazione a soggetti privi delle necessarie qualificazioni.

Poiché, nel caso, era stato dimostrato il possesso dei requisiti di ammissione in relazione alla quota di partecipazione di ciascuna impresa del raggruppamento, essendo inoltre sovrabbondanti tali requisiti, la stazione appaltante era garantita del buon esito del programma contrattuale nella fase di esecuzione.

Quanto all'orientamento giurisprudenziale richiamato dal giudice di primo grado in sentenza, esso si è formato con riferimento ad appalti di servizi, in cui i raggruppamenti concorrenti non avevano indicato nell'offerta né le quote di partecipazione delle singole imprese al raggruppamento né quelle relative alle prestazioni che avrebbero eseguito, precludendo alla stazione appaltante la possibilità di verificare il rispetto dei requisiti di partecipazione di carattere economico organizzativo e di applicare la regola del parallelismo tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, con la conseguente assunzione di responsabilità da parte dell'impresa.

Il giudice di primo grado erroneamente, dunque, dando prevalenza ad aspetti meramente formali, ha ritenuto che la omissione della dichiarazione di riparto *pro quota* delle lavorazioni integrasse una violazione di legge, senza considerare che la quota di esecuzione lavori era compresa in quella relativa alle quote di partecipazione al raggruppamento, sicché era sostanzialmente acquisita ed era stato verificato con esito positivo il possesso dei requisiti soggettivi.

Le censure esaminate sono assorbenti e comportano la fondatezza dell'appello.

4.- Assume l'appellata, rielaborando una doglianza accennata nel ricorso introduttivo, l'illegittimità della ripartizione delle quote di partecipazione in relazione all'associata ITI Impianti che partecipava al raggruppamento

aggiudicatario nella misura del 5%, inferiore alla quota minima del 10%.

La censura, in disparte l'inammissibilità per violazione dello *ius novorum*, essendo stata articolata in maniera diversa nel ricorso introduttivo, è comunque infondata, atteso che la percentuale di ciascuna componente di un'associazione temporanea di imprese fissata dall'art. 95, comma 2 del d.p.r. n. 554 del 1999, in vigore all'epoca della gara, prescrive la percentuale dei requisiti economico – finanziari e tecnico organizzativi che dovevano possedere i componenti dell'a.t.i. e non la quota di partecipazione.

Nel caso ITI Impianti possedeva i suddetti requisiti in misura di gran lunga superiori al 10%, sicché la prescrizione della norma era soddisfatta.

L'art. 95, comma 2 stabiliva, infatti, che nei raggruppamenti orizzontali (tale è quello costituito da CdC – CLS e ITI Impianti), la mandataria deve possedere i requisiti di partecipazione nella misura del 40%, mentre la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti, ciascuna nella misura minima del 10%.

Va da sé che il riferimento all'art. 92, comma 2 del d.p.r. n. 207 del 2010 non è pertinente perché trattasi di norma entrata in vigore successivamente alla indizione della gara in questione.

Quanto esposto conclude per la fondatezza dell'appello che deve essere accolto, e per l'effetto deve essere riformata la sentenza di primo grado, il che consente di prescindere dall'esame della sentenza nella parte relativa alla condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni.

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado proposto dalle società Edil.Ge.Co. s.r.l. e

Tecno-E s.r.l.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/09/2013

IL SEGRETARIO

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