

N. 05098/2013REG.PROV.COLL.
N. 09048/2011 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9048 del 2011, proposto da:
Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti in persona del Ministro p.t.,
rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato,
domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Società Italiana per le Condotte d'Acqua Spa, in proprio e quale mandataria
del Rti - Cossi Costruzioni Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO - SEZIONE III n.
02018/2011, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di
riqualificazione con caratteristiche autostradali della strada provinciale
Rho-Monza

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 luglio 2013 il Cons. Giulio

Veltri e uditi per le parti gli avvocati Avvocato dello Stato Giulio Bacosi;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Il Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche per la Lombardia e la Liguria indiceva una gara per l'aggiudicazione, con procedura ristretta e previa presentazione del progetto esecutivo in sede di offerta, di appalto avente ad oggetto le opere di riqualificazione con caratteristiche autostradali della SP 46 Rho – Monza, dal termine della tangenziale Nord di Milano (galleria artificiale) al ponte sulla linea ferroviaria Milano Varese (compreso), corrispondenti alle tratte 1 e 2 del “progetto preliminare della viabilità di adduzione al sistema autostradale esistente A8/A52 – Rho – Monza”.

La Società Italiana per le Condotte d'Acqua spa, in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Cossi Costruzioni s.p.a., presentava domanda di partecipazione alla procedura, indicando come progettista il costituendo raggruppamento temporaneo di professionisti composto da Ove Arup & Partners International di Londra (mandataria) e dalla società Arup Italia srl di Milano (mandante).

In data 21.01.2011, la stazione appaltante ne disponeva l'esclusione in quanto *“il RTP Ove Arup & Partners International - Arup Italia srl, indicato quale progettista del progetto esecutivo per conto del concorrente ATI Società Italiana per le Condotte d'Acqua s.p.a. - Cossi Costruzioni s.p.a., non ha dimostrato il possesso dei requisiti richiesti nel bando ai sensi dell'art. 66, comma 1 lett. b), del d.p.r. 554/99 nella percentuale residua richiesta dall'art. 65, comma 4, del d.p.r. 554/99, con riferimento alla classe e categoria VIb, così come indicato a pena di esclusione dal disciplinare di gara, parte integrante del bando”* (in sostanza, una delle mandanti, Arup Italia srl, presentava un fatturato pregresso, in relazione alla progettazione di opere di classe e categoria VIb, pari a zero, mentre il bando prevedeva, a prescindere da chi avrebbe poi realizzato la

progettazione - ma la questione costituisce a ben vedere il nucleo contenzioso della vicenda - una percentuale minima di fatturato pregresso). Avverso il provvedimento di esclusione la società ricorrente ha proposto ricorso dinanzi al TAR Lombardia, deducendo, per quanto in questa sede rileva, che le mandanti non erano tenute a possedere alcuna percentuale del requisito medesimo, trattandosi di un raggruppamento misto di tipo verticale in cui ciascun professionista mandante esegue solo le prestazioni per le quali possiede i requisiti, e non altre, onde l'irragionevolezza dell'imposizione di un requisito minimo anche in relazione all'attività progettuale altrui.

2. Il TAR ha accolto il ricorso affermando, in particolare, che la regola dettata dalla lett. d) dell'art. BB.6 del disciplinare di gara - secondo la quale, *nel caso in cui il prestatore di servizi sia costituito da un raggruppamento temporaneo di professionisti, il capogruppo deve possedere i requisiti ...in misura pari almeno al 40%, mentre la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dagli altri professionisti* - debba intendersi riferita esclusivamente ai raggruppamenti orizzontali e non a quelli verticali, questi ultimi invece sempre ammessi a partecipare, ai sensi dell'art. 37 del codice dei contratti e del principio comunitario di massima partecipazione, alle gare che abbiano ad oggetto più prestazioni qualitativamente diverse delle quali alcuni principali e le altre scorporabili. Ha altresì chiarito che le prestazioni principali sono individuabili non solo grazie alla loro esplicita indicazione, ma pure in dipendenza del valore economico che le caratterizza.

Sulla base di tali principi ha ritenuto che, per la progettazione delle opere di classe e categoria VIb il requisito ben possa essere posseduto nella sua totalità dal solo prestatore che ha dichiarato di voler eseguire la prestazione, e non necessariamente anche dagli altri.

3. Avverso la sentenza propone ora appello l'amministrazione. Sostiene - l'amministrazione - che siffatta interpretazione, benché conforme al

principio comunitario di massima partecipazione, si scontra contro il tenore inequivoco del disciplinare, il quale non solo non indicava esplicitamente alcuna prestazione come “prevalente”, ma conteneva, per converso, in relazione ai raggruppamenti temporanei di professionisti, un formale rinvio all’art. 65 comma 4 del dpr 554/1999: norma che prescrive che i requisiti tecnici e finanziaria debbano essere posseduti in misura NON superiore al 60% dalla capogruppo e, per il resto, cumulativamente dalle mandanti.

Dinanzi ad una prescrizione così chiara, la ricorrente avrebbe dovuto far valere le sue ragioni impugnando la clausola limitativa della partecipazione dei raggruppamenti verticali, non potendo, diversamente, il giudice disapplicarla (tale sarebbe il tentativo di interpretazione comunitariamente orientata, compiuto dal primo giudice).

4. La causa è stata trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 9 luglio 2013.

5. L’appello è fondato.

5.1. Non v’è dubbio che i principi affermati dal primo giudice siano in astratto condivisibili e che, pertanto, nel dubbio, le clausole debbano essere interpretate nel senso di dare massima estensione alla partecipazione. Nel caso di specie, tuttavia, la lex di gara, pur conducendo in ragione delle sue clausole ad una (probabilmente indebita) restrizione della platea dei partecipanti, era chiara nel suo disposto, in ragione di quanto meno due concorrenti elementi: 1) nessuna prestazione era esplicitamente indicata quale prevalente; 2) quanto ai raggruppamenti temporanei vi era un esplicito riferimento alla necessaria applicazione dell’art. 65 comma 4 del dpr 554/1999 (pag. 13 del disciplinare.....*La stazione appaltante può chiedere, nel caso di raggruppamenti temporanei di cui all'art. 17, comma 1, lettera g) della legge che i requisiti finanziari e tecnici di cui all'art. 66, comma 1, lettere a), b) e d) siano posseduti in misura non superiore al 60% del capogruppo; la restante percentuale deve essere posseduta cumulativamente dal o dai mandanti, ai quali non possono essere*

richiesti percentuali di possesso dei requisiti minimi).

Dunque, le prestazioni oggetto di gara erano state considerate (a torto o a ragione: il giudice non può stabilirlo in assenza di specifica e tempestiva impugnazione) dall'amministrazione, come non compatibili con raggruppamenti di carattere verticale, sicchè, per tale tipo di raggruppamenti la lesione si era già prodotta al momento della pubblicazione della lex gara, e non già a quello della sua vincolata applicazione poi sfociata nell'inevitabile esclusione.

5.2. Né può ritenersi ammessa una disapplicazione ufficiosa del disciplinare alla luce della derivazione comunitaria del principio di massima partecipazione, atteso che a) la lex di gara non è fonte del diritto e b) lo strumento della disapplicazione amministrativa è adoperabile solo nell'ambito della giurisdizione esclusiva sempre che sia chiesta la tutela di un diritto soggettivo. Potrebbe al più discorrersi, nell'ambito della giurisdizione di legittimità, di disapplicazione della legge processuale nella parte in cui impone l'impugnativa entro termini decadenziali (questa la soluzione fornita dalla Corte di giustizia, 27 febbraio 2003, n. 327) pur dinanzi al posizioni giuridiche comunitariamente protette, ma anche questa ipotesi non può che essere esclusa alla luce della chiara ed inequivoca scelta compiuta dall'amministrazione, come tale inidonea a generare qualsivoglia affidamento in una interpretazione, in executivis, favorevole alla partecipazione di raggruppamenti verticali di progettisti.

6. In accoglimento del gravame, ed in riforma della sentenza di primo grado, il ricorso è dunque respinto.

7. Avuto riguardo alla peculiarità dei profili controversi, le spese possono essere compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo

accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, respinge il ricorso.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Giulio Veltri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 21/10/2013

IL SEGRETARIO

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