

N. 00169/2015REG.PROV.COLL.

N. 07520/2013 REG.RIC.

N. 07522/2013 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 7520 del 2013, proposto da:

Ccc Cantieri Costruzioni Cemento S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro, Antonio e Raffaele Giuzio S.r.l. e Ferrara S.n.c. di Angela & Rossella Ferrara, rappresentata e difesa dall'avv. Ignazio Lagrotta, con domicilio eletto presso Ignazio Lagrotta in Roma, Via Lovanio, n. 16, scala B;

contro

Consorzio di Bonifica del Bradano e di Metaponto, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Giacomo Marchitelli, con domicilio eletto presso la segreteria del Consiglio di Stato in Roma, alla piazza Capo di Ferro, n. 13;

nei confronti di

Sipa S.r.l., Albergo Appalti S.r.l., Galasso Costruzioni S.p.A. e Consorzio Appaltatori Riuniti Scarl;
Borio Giacomo S.r.l. ed Edilcostruzioni S.r.l., in persona dei legali rappresentanti in carica, rappresentate e difese dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, n. 2;

sul ricorso numero di registro generale 7522 del 2013, proposto da:

Ccc Cantieri Costruzioni Cemento S.p.A., come sopra rappresentata, difesa e domiciliata;

contro

Consorzio di Bonifica del Bradano e di Metaponto, come sopra rappresentato, difeso e domiciliato;
Albergo Appalti S.r.l., Galasso Costruzioni S.p.A., Consorzio Appaltatori Riuniti Scarl, Sipa S.r.l.;
Borio Giacomo S.r.l. ed Edilcostruzioni S.r.l., come sopra rappresentate, difese e domiciliata;

per la riforma

quanto al ricorso n. 7520 del 2013:

della sentenza breve del T.a.r. Basilicata, Sezione I, n. 00368/2013, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di

ristrutturazione adduttore idraulico - risarcimento danni;

quanto al ricorso n. 7522 del 2013:

della sentenza del T.a.r. Basilicata, Sezione I, n. 00369/2013, resa tra le parti, concernente affidamento lavori di ristrutturazione adduttore idraulico - risarcimento danni.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio di Bonifica del Bradano e di Metaponto e di Borio Giacomo S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 2 dicembre 2014 il Cons. Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Lagrotta, Marchitelli, Paccione, per delega di Quinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con delibera n. 369 del 19.6.2006 il Consorzio di Bonifica del Bradano e Metaponto indiceva un pubblico incanto per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori di ristrutturazione dell'adduttore idraulico San Giuliano-Ginosa, con importo a base di gara di 22.463.507,46 € (oltre IVA), di cui 21.780.728,20 € (soggetti a ribasso) per lavori (precisamente 20.449.223,00 € relativi alla Categoria prevalente OG6 classifica VIII e 1.764.284,46 € relativi alla Categoria scorporabile e subappaltabile OS21 classifica IV), 432.779,26 € (non soggetti a ribasso) per oneri di sicurezza e 250.000,00 € (non soggetti a ribasso) per la redazione del progetto esecutivo e del piano di sicurezza nella fase di progettazione.

La *lex specialis* di gara prevedeva il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa con il metodo aggregativo compensatore di cui All. B DPR n. 554/1999, in base ai seguenti elementi di valutazione:

1) "Prezzo", per il quale potevano essere attribuiti massimo 35 punti;

2) "Valore tecnico delle integrazioni proposte", per il quale potevano essere attribuiti massimo 35 punti suddivisi nei seguenti subelementi: a) "Miglioramento dell'efficienza idraulica", massimo 30 punti; b) "Miglioramento della resistenza alla corrosione", massimo 2 punti; c) "Opere di miglioramento delle caratteristiche statiche dell'adduttore", massimo 3 punti;

3) "Misure per la riduzione dell'impatto dei lavori", per il quale potevano essere attribuiti massimo 25 punti, suddivisi nei seguenti subelementi: a) "Misure atte alla mitigazione ed al ripristino ambientale", massimo 3 punti; b) "Misure atte a mitigare le interferenze dei lavori sul servizio idrico", 3 punti; c) "Rimozione e trasporto a discarica delle condotte da dismettere (sifone Bradano)", massimo 6 punti; d) "Adeguamento ed utilizzazione delle gallerie in esercizio sull'adduttore Bradano", massimo 7 punti; e) "Alternativa di tracciato del San Marco Venella lungo la Strada Provinciale di Pizziche", massimo 6 punti;

4) "Tempo di esecuzione dei lavori", che non poteva essere superiore a 840 giorni.

Era altresì specificato che "la valutazione degli elementi tecnici proposti di natura qualitativa" sarebbe avvenuta "attraverso la media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno, attribuiti discrezionalmente dai singoli commissari", mentre la valutazione degli elementi "Prezzo" e "Tempo di esecuzione dei lavori" sarebbe stata effettuata "attraverso l'interpolazione lineare tra il coefficiente pari ad uno, attribuito ai valori degli elementi offerti più convenienti per la stazione appaltante, ed il coefficiente zero, attribuito a quelli posti a base di gara".

La procedura culminava nell'aggiudicazione in favore dell' ATI Borio Giacomo S.r.l. (mandataria al 90%) - Edilcostruzioni

S.r.l. (mandante cooptata al 10%).

Con le sentenze appellate i Primi Giudici hanno respinto i separati ricorsi proposti al fine di opporsi alla sentenza n. 279/2012 con cui il Tribunale aveva annullato il provvedimento di esclusione adottato ai danni dell'ATI Sipa, e di impugnare l'aggiudicazione in favore dell'ATI Borio.

Con gli appelli in epigrafe indicati CCC Cantieri contesta gli argomenti posti a fondamento delle decisioni di prime cure.

Resistono la stazione appaltate e il raggruppamento aggiudicatario.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'illustrazione delle rispettive tesi difensive.

All'udienza del 2 dicembre 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. Ragioni di connessione soggettiva e oggettiva giustificano la riunione dei ricorsi.

2.1. E' pacifico, in punto di fatto, che l'ATI con mandataria SIPA S.r.l. ha conosciuto, nel corso della procedura, la sostituzione dell'originaria mandante C.E.S.A.B. S.r.l., colpita da dichiarazione di fallimento, con l'impresa Albergo Appalti S.r.l..

Si è dunque verificato un mutamento della composizione soggettiva del raggruppamento in una fase antecedente alla definizione della procedura e, quindi, all'esecuzione del rapporto contrattuale.

2.2. Sussumendo la situazione di fatto nell'ambito delle coordinate giuridiche di riferimento, va rammentato che, ai sensi dell'art. 37, comma 9, del codice dei contratti pubblici, " *salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta*".

I commi 18 e 19, a loro volta, così statuiscono:

"18. In caso di fallimento del mandatario ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario nei modi previsti dal presente codice purché abbia i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire; non sussistendo tali condizioni la stazione appaltante può recedere dall'appalto.

19. In caso di fallimento di uno dei mandanti ovvero, qualora si tratti di imprenditore individuale, in caso di morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del medesimo ovvero nei casi previsti dalla normativa antimafia, il mandatario, ove non indichi altro operatore economico subentrante che sia in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, è tenuto alla esecuzione, direttamente o a mezzo degli altri mandanti, purché questi abbiano i requisiti di qualificazione adeguati ai lavori o servizi o forniture ancora da eseguire".

In sede di interpretazione di tale disposto normativo, sostanzialmente coerente con l'assetto normativo anteriore, la condivisibile giurisprudenza di questo Consiglio ha ritenuto che:

a) il generale divieto di modificazione della composizione soggettiva dei raggruppamenti temporanei è volto a garantire l'amministrazione appaltante in ordine alla verifica dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economica, nonché alla legittimazione delle imprese che hanno partecipato alla gara, oltre che a presidiare la complessiva serietà delle imprese che partecipano alla gara, onde assicurare l'affidabilità del futuro contraente dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. IV, n. 3344/2014);

b) ne deriva che, una volta che un raggruppamento temporaneo di imprese abbia partecipato a una gara, non è possibile alcuna modifica, tanto meno soggettiva, in ordine alla composizione del raggruppamento ed a quanto dichiarato in sede di gara con l' "impegno presentato in sede di offerta", di cui parla il comma 9 dell'art. 37 (Cons. Stato, sez. IV, n. 3344/2014);

c) il divieto di modificare la composizione dei raggruppamenti temporanei riguarda l'arco intero della procedura di evidenza pubblica (Cons. Stato, sez. IV, n. 3344/2014), mentre le eccezioni contemplate ai commi 18 e 19, concernenti il fallimento del mandante e del mandatario, la morte, l'interdizione o inabilitazione dell'imprenditore individuale, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia, riguardano evenienze relative alla successiva fase dell'esecuzione del contratto (cfr. Cons. Stato, V, n. 4350/2003, che, pronunciandosi con riferimento al disposto dell'art. 94 del D.P.R. n. 554/99, *ratione temporis* vigente, ha puntualizzato che ogni eccezione al principio di immutabilità dell'offerta e della composizione dei partecipanti dopo l'offerta non può che essere applicata restrittivamente alle sole ipotesi

espressamente disciplinate dal legislatore, tra le quali non rientra il caso del fallimento della mandataria di una ATI intervenuto in corso di gara);

d) l'illegittima modificazione soggettiva del raggruppamento produce, sul piano pubblicistico, le conseguenze disciplinate dall'art. 37, co. 10, d.lgs. n. 163/2006, ossia, a seconda dei casi, l'esclusione dalla procedura, l'annullamento dell'aggiudicazione e la nullità del contratto eventualmente stipulato (Cons. Stato, sez. IV, n. 6446/2012);

e) il divieto di modificazione della compagine delle associazioni temporanee di imprese o dei consorzi nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, è finalizzato a impedire l'aggiunta o la sostituzione di imprese partecipanti all'a.t.i. o al consorzio, e non anche a precludere il recesso di una o più di esse, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò avvenga per esigenze organizzative proprie dell'A.t.i. o Consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. venuto meno per effetto dell'operazione riduttiva (Cos. Stato, Ad .Plen., n. 8/2012).

2.3. L'applicazione delle esposte coordinate al caso di specie evidenzia la ricorrenza di una non sanabile causa di esclusione ai danni dell'ATI con mandataria SIPA S.r.l. a seguito della descritta modificazione soggettiva occorsa durante la gara. Non giova, al fine di pervenire a diversa conclusione, l'insistito accento posto dalla sentenza appellata sulle peculiarità della procedura, caratterizzata da un'anomala dilatazione dei tempi, con le conseguenze in tema di conferme delle offerte e di rinnovi delle garanzie. I contorni cronologici della procedura non possono infatti incidere sulle norme sostanziali che governano l'azione amministrativa attraverso precetti che ricavano la loro inderogabilità dalla natura pubblica e indisponibile dell'interesse tutelato.

2.3.1. La fondatezza di tale censura produce la reviviscenza del provvedimento di esclusione dell'ATI SIPA annullato dal Tribunale con la citata sentenza n. 279/2012 e l'illegittimità degli atti compiuti in seguito sulla base della premessa della riammissione del raggruppamento in questione. L'accoglimento di tale doglianza, comune a entrambi ricorsi, riveste, secondo la prospettazione dell'appellante, carattere assorbente rispetto alle altre censure in ragione della portata soddisfacente che è destinata ad avere la riedizione dell'attività amministrativa

L'applicazione di tali coordinate conduce quindi:

a) all'accoglimento dell'opposizione di terzo proposta da CCC Cantieri con il ricorso n. 7522/2013, alla riforma della sentenza appellata, all'annullamento della sentenza opposta e al rigetto del ricorso di primo grado proposto da ATI SIPA Srl avverso il provvedimento di esclusione dalla procedura;

b) all'accoglimento dell'appello di cui al ricorso n. 7520/2013, con conseguente riforma della sentenza appellata, accoglimento del ricorso di primo grado e annullamento degli atti di gara nei sensi sopra specificati.

Va altresì disposta l'aggiudicazione a favore dell'appellante, mentre non vi è ragione di pronunciare sulla domanda di risarcimento dei danni per equivalente che è stata presentata solo in via subordinata.

3. Le spese seguono la regola della soccombenza per quel che riguarda la posizione di Borio s.r.l. e sono liquidate nella misura in dispositivo specificata. Va invece disposta la compensazione per quel che riguarda il Consorzio appellato, che è esente da colpe essendosi limitato a eseguire doverosamente la sentenza del Tribunale amministrativo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, li riunisce, li accoglie e, per l'effetto, riforma le sentenze appellate nei sensi e con gli effetti in motivazione specificati.

Condanna Borio Srl al pagamento in favore della parte ricorrente, delle spese di giudizio che liquida nella misura complessiva di euro 20.000//00 (ventimila//00), oltre accessori di legge.

Dispone la compensazione tra l'appellante e il Consorzio appellato.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 2 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/01/2015

IL SEGRETARIO

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