

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione
ha pronunciato la seguente

ANNO 2007

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 1662/2007, proposto dalla Siemens S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ATI Siemens S.p.A.- Techmar S.a.s -Elettrovideo 2000 di Greco e C. e Costruzioni Santangelo, rappresentata e difesa dagli Avv.ti Rinaldo Bonatti, Stefano Bonatti e Raffaele Izzo ed elettivamente domiciliata presso ques'ultimo in Roma, Lungotevere Marzio n.3;

contro

la Acqua S.p.A.- Società per l'approvvigionamento idrico della Basilicata , in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Luigi Petrone ed elettivamente domiciliata in Roma , via Cosseria n. 2, presso il dott. Alfredo Placidi;

e nei confronti

- della Regione Basilicata, in persona del Presidente pro-tempore della Giunta Regionale, non costituitasi;
- del Ministero delle Infrastrutture dei Trasporti, in persona del Ministro pro-tempore, non costituitosi;
- della Graded S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, in proprio e quale capogruppo del costituendo R.T.I. con

Ericsson Telecomunicazioni s.p.a., Telindus s.p.a., Marottoli Costruzioni e Servizi. s.r.l., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Raffaele Ferola, Filippo Lattanzi e Bianca Luisa Napolitano ed elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, via Po n.22;

- della Ericsson Telecomunicazioni S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituitasi;

- della Telindus S.p.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituita;

- della Marottoli Costruzioni e Servizi S.r.l., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata 4 aprile 2007 n. 277.

Visto il ricorso e i motivi aggiunti dell'appellante con i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Acqua S.p.A. e della Graded S.p.A. ed il ricorso incidentale di quest'ultima.

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese.

Visti gli atti tutti della causa.

Nominato relatore il Consigliere Caro Lucrezio Monticelli.

Uditi, alla pubblica udienza del 23-11-07, gli avv.ti Izzo, Bonatti, Petrone, Ferola e Lattanzi;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

La Siemens S.p.A., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ATI Siemens S.p.A.- Techmar S.a.s- Elettrovideo 2000 di Greco e C. e Costruzioni Santangelo, classificatasi al secondo posto nella gara indetta dalla Acqua S.p.A. per l'appalto integrato avente ad oggetto la completa conturizzazione e misurazione dell'acqua fornita alle utenze civili, industriali e agricole, con ricorso n. 538/2006 proposto dinanzi al Tar della Basilicata ha chiesto:

- a) l'annullamento del provvedimento in data 30 novembre 2006 di aggiudicazione definitiva del predetto appalto in favore della costituenda ATI Graded S.p.A.-mandataria-Ericsson Telecomunicazioni S.p.A., Marottoli Costruzione Servizi S.r.l. e Telindus S.p.A;
- b) la condanna della stazione appaltante al risarcimento dei danni in forma specifica o in via subordinata in forma equivalente.

Nel ricorso sono stati dedotti due motivi che possono essere così sintetizzati:

- 1) la domanda di partecipazione alla gara, il cronogramma e l'offerta dei tempi di esecuzione dell'aggiudicataria non sarebbero stati sottoscritti anche da parte dei progettisti associati;
- 2) vi sarebbe stato un indebito collegamento tra la Ericsson Telecomunicazioni s.p.a. (mandante della costituenda ATI avente come capogruppo la Graded S.p.A.) ed un'altra concorrente (la

Elnterprise Digital Architets- E.D.A.).

La Graded S.p.A., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ATI Graded S.p.A.-Ericsson Telecomunicazioni S.p.A.-Marottoli Costruzioni S.r.l.-Telindus S.p.A., ha proposto due ricorsi incidentali:

- con il primo sono stati impugnati sia il bando di gara che il Disciplinare di gara, nelle parti in cui hanno stabilito che i concorrenti, oltre che della SOA per le categorie e classifiche di lavori di cui si componeva l'appalto, dovevano essere in possesso dei requisiti previsti dall'art. 66, comma 1, DPR n. 54/1999 (disposizioni da cui la ricorrente principale aveva fatto discendere l'illegittimità dell'aggiudicazione);

- con il secondo ricorso incidentale è stata contestata la legittimazione della ricorrente a proporre l'impugnativa, in quanto quest'ultima sarebbe dovuta essere esclusa dall gara.

Il Tar della Basilicata, con sentenza n. 277 in data 4 aprile 2007, ha respinto il ricorso principale ed ha dichiarato inammissibili i ricorsi incidentali per difetto di interesse.

La società ricorrente in primo grado ha dapprima proposto appello avverso il dispositivo del Tar e, una volta avuto conoscenza della motivazioni della sentenza, ha formulato motivi aggiunti contestando le argomentazioni svolte dal Tar per disattendere le sue richieste.

Si sono costituite in giudizio per resistere all'appello l'Acqua s.p.a.- Società per l'approvvigionamento idrico della Basilicata e

La Graded S.p.A., in proprio e nella qualità di mandataria della costituenda ATI Graded S.p.A.-Ericsson Telecomunicazioni S.p.A.-Marottoli Costruzioni S.r.l.-Telindus S.p.A.

Quest'ultima ha altresì presentato appello incidentale riproponendo le censure già dedotte in primo grado con i ricorsi incidentali.

DIRITTO

Va preliminarmente esaminato l'appello incidentale con il quale l'appellata costituenda ATI con capogruppo la Graded s.p.a. (vincitrice della gara in questione), ripropone le censure già dedotte in primo grado con ricorso incidentale (dichiarato inammissibile per difetto di interesse dal Tar, essendo stato il ricorso principale respinto nel merito) ed intese a dimostrare il mancato possesso, da parte dell'appellante costituenda ATI con capogruppo la Siemens s.p.a.(ricorrente in primo grado e classificatasi seconda nella gara), di taluni requisiti di partecipazione.

La Sezione ha infatti già avuto modo di chiarire (decisione 21 giugno 2006 n.3689) che l'esame del ricorso incidentale dell'aggiudicatario diretto a contestare la legittimazione alla partecipazione alla gara di chi ha proposto gravame avverso l'aggiudicazione assume sempre carattere prioritario, anche qualora quest'ultimo abbia anch'esso denunciato l'illegittimità dell'ammissione al procedimento del ricorrente incidentale. Il giudizio, infatti, si arresta ad un momento logicamente anteriore,

cui si collega l'effetto dell'accertamento dell'inutilità della impugnazione principale, posto che il ricorrente, dovendo essere escluso dalla gara, non potrebbe comunque beneficiare della esclusione dell'aggiudicatario.

L'appellata sostiene innanzitutto che la Techmar s.a.s. (individuata nella domanda di partecipazione quale mandante della costituenda ATI con capogruppo la Siemens s.p.a.), poichè possedeva l'attestazione SOA in un'unica categoria, la OS 19, per la classifica I (corrispondente all'importo di euro 258.228,00), non aveva i requisiti né per l'associazione verticale semplice (che dovrebbero essere pari all'importo totale dei lavori della categoria OS19 scorporata: euro 5.147.003,50), né per assumere una quota di detti lavori nell'ambito dell'associazione c.d. mista di cui all'art.13 della legge 11 febbraio 1994 n. 109, essendo il menzionato importo della qualificazione posseduta inferiore al 10% dei lavori della categoria scorporata, così come prescritto come requisito minimo di partecipazione per tali associazioni dall'art.95, comma 2 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554.

Un tale rilievo era stato già formulato in sede di gara, ma era stato disatteso sulla base della considerazione che la capogruppo Siemens S.p.A. aveva , ai sensi dell'art.95, comma 1 del D.P.R. n.554/1999, i requisiti sufficienti per eseguire singolarmente tutti i lavori e che pertanto, ai sensi dell'art. 95, comma 4, DPR n. 554/1999,l' impresa Techmar S.a.s. poteva essere considerata come una semplice associata in cooptazione, anche se qualificata

come “mandante” nella dichiarazione di impegno a costituire l’ATI ex artt. 13, comma 5, L. n. 109/1994 e 93, comma 4, DPR n. 554/1999.

Detta considerazione è stata fatta propria, nella sua memoria difensiva, dall’appellante costituendo ATI con capogruppo la Siemens s.p.a. , la quale ha altresì aggiunto che l’escludere un raggruppamento per aver partecipato in forma giuridica anziché in un’altra si porrebbe in contrasto con la normativa comunitaria, che vieterebbe di imporre ai raggruppamenti di operatori economici una forma giuridica specifica.

Al riguardo va tuttavia rilevato che la Sezione, con la decisione 7 aprile 2006 n.1903 , ha affermato che non si può ritenere:

“che a fronte di atti tipici di espressione della autonomia negoziale delle imprese, quali sono indubbiamente sia la costituzione di associazioni temporanee che le condizioni e modalità specifiche di partecipazione di ogni singola componente, possa intervenire, ad integrazione della volontà non manifestata da soggetti privati nell’esercizio del loro diritto di libera ed autonoma iniziativa economica..... una attività dell’Ente Pubblico che procede nell’espletamento di una procedura concorsuale per l’affidamento di lavori e che deve avere di mira, non interessi particolari di singoli concorrenti, ma l’interesse pubblico al corretto gioco della concorrenza che può garantire i migliori risultati all’azione amministrativa diretta alla esecuzione di determinati lavori pubblici.

Vi sarebbe, oltre a questo ostacolo di principio, non superabile a giudizio del Collegio, anche una chiara violazione della parità di condizioni tra i partecipanti alle gare perché con la sua eventuale attività integrativa della volontà non espressa dai partecipanti l'Amministrazione aggiudicatrice potrebbe giungere al risultato della ammissione in gara di soggetti che non hanno esplicitato le condizioni che ne legittimano l'ammissione e che in ragione di tale carenza ne dovrebbero restare esclusi."

Occorre inoltre evidenziare che nei confronti dell'amministrazione non è indifferente la scelta di un tipo di associazione rispetto ad un'altra, giacchè nell'associazione mista l'impresa mandante risponde direttamente, ai sensi dell'art. 13, comma 2 della legge n. 109/1994, nei confronti della stazione appaltante con riferimento ai lavori di propria competenza, mentre l'art. 95, comma 4 del D.P.R. n.554/1999 non prevede una tale forma di responsabilità a carico dell'impresa cooptata.

Né può ritenersi che nella fattispecie vi sia stata, in violazione della norme comunitarie, un'imposizione al raggruppamento interessato di una determinata forma giuridica da parte dell'amministrazione, giacchè viene in considerazione una scelta liberamente effettuata dal raggruppamento stesso (il quale non si è tuttavia attenuto alla normativa che disciplina la forma prescelta).

Deve dunque ritenersi sussistente, alla stregua di quanto prospettato nella domanda di partecipazione, il vizio di

composizione dell'ATI attuale appellante, che pertanto, in quanto entità da escludere dalla gara, risultava priva di interesse ad impugnare l'aggiudicazione in parola.

Resta conseguentemente precluso l'esame di ogni altra censura dedotta nell'appello principale e nell'appello incidentale.

Per le suesposte considerazioni, va dichiarata, in riforma della sentenza appellata, l'inammissibilità del ricorso originario per difetto di interesse del ricorrente in primo grado.

Sussistono ragioni, in considerazione della particolarità della fattispecie, per disporre l'integrale compensazione tra le parti della spese dei due gradi di giudizio.

P. Q. M

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello incidentale proposto dalla Graded s.p.a. e, in riforma della sentenza appellata, dichiara inammissibile il ricorso originario per difetto di interesse della ricorrente in primo grado.

Spese compensate per entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 23 Novembre 2007 con l'intervento dei Sigg.ri:

Pres. Raffaele Iannotta

Cons. Raffaele Carboni

Cons. Cesare Lamberti

Cons. Caro Lucrezio Monticelli Est.

Cons. Adolfo Metro

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

f.to Caro Lucrezio Monticelli

f.to Raffaele Iannotta

IL SEGRETARIO

f.to Cinzia Giglio

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20 maggio 2008

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

p.IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi