

Consiglio di Stato, Sez. VI, 1/3/2007 n. 1001

Sull'obbligo per le ATI, costituite o costituende, di dichiarare sempre e comunque le relative quote di partecipazione prima dell'aggiudicazione.

La legge impone alle a.t.i., costituite o costituende, di dichiarare le quote di partecipazione sempre e comunque prima dell'aggiudicazione. Le fonti del principio si rinvencono nell'art. 13, c. 5 bis, della l. n. 109 del 1994, laddove dispone che: "E' vietata qualsiasi modificazione alla composizione delle associazioni temporanee e dei consorzi di cui all'art. 10, c. 1, lettere d) ed e), rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta". Ed inoltre nell'art. 93, c. 4, del d.P.R. n. 554 del 1999, laddove dispone che: "Le imprese riunite in associazione temporanea devono eseguire i lavori nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento".

La prima norma testè richiamata, introdotta dall'art. 9 della l. n. 415 del 1998, dopo la caduta del divieto originariamente previsto di costituire associazioni temporanee e consorzi concomitanti o successivi all'aggiudicazione di gara, non prevede espressamente il momento in cui la partecipante è tenuta a dichiarare l'importo dei lavori del raggruppamento in relazione alle singole compartecipazioni, ossia se sin dall'ammissione alla gara o successivamente all'aggiudicazione. Tuttavia lascia deporre a favore della necessità della dichiarazione (e del possesso dei requisiti) sin dall'ammissione alla gara il fatto che il legislatore, nel ridisciplinare l'art. 13 richiamato, non abbia modificato il primo comma, laddove subordina la partecipazione alla procedura concorsuale delle associazioni temporanee alla condizione che la mandataria e le altre imprese del raggruppamento siano già in possesso dei requisiti di qualificazione per la rispettiva quota percentuale, con ciò evidentemente riaffermando la necessità della previa indicazione delle quote di partecipazione. Infatti aver conservato tale norma anche nell'attuale sistema, dove è possibile costituire raggruppamenti, significa che il legislatore ha ritenuto necessaria la preventiva verifica dei requisiti in relazione alle singole quote di partecipazione anche nel nuovo regime.

Materia: appalti / A.T.I.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello proposto da Adanti S.p.A. in proprio e quale capogruppo ATI, ATI-IMMOBILGI FEDERICI STIRLING S.p.A., ATI-FONDAZIONI SPECIALI S.p.A., rappresentati e difesi dagli avv.ti Angelo Clarizia, Giovanni Benedetto Carbone e Valentino Capece Minutolo, con domicilio eletto in Roma, via Principessa Clotilde n. 2, presso l'avv. Angelo Clarizia;

contro

FERROVIAL AGROMAN SA rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandro Alessandri e Mauro Ciani con domicilio eletto in Roma, piazza dei Carracci n. 1, presso l'avv. Alessandro Alessandri;
Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Saverio Mussari ed elettivamente domiciliata in Roma, Lungotevere Mellini n. 4, presso lo stesso;
Salvatore Matarrese S.p.A., ITALFERR S.p.A., non costituitisi;

per l'annullamento
della sentenza n. 3959 del 2006 del TAR Lazio, Sez. III ter;
Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di FERROVIAL AGROMAN SA e RETE FERROVIARIA ITALIANA SPA;

Vite le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Alla pubblica udienza del 12 dicembre 2006, relatore il Consigliere Cons. G. Paolo Cirillo ed uditi, altresì, gli avv.ti Clarizia, Carbone, Capece Minutolo, Ciani e Mussari;

FATTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla GURI il 29 marzo 2005, la Italferr S.p.A. per conto di R.F.I. ha indetto un pubblico incanto per l'affidamento dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva ad esecuzione dei lavori di raddoppio della linea ferroviaria Caserta - Foggia per l'importo complessivo posto a base d'asta pari ad euro 233.090.390,58.

Aperte le buste recanti l'offerta economica delle concorrenti, la commissione ha poi determinato la soglia di anomalia, ai sensi dell'art. 21 comma 1 bis della legge n. 109 del 1994, stabilendo per l'effetto di dover sottoporre alla verifica di anomalia le offerte delle concorrenti ATI Toto S.p.A. (con ribasso pari al 25,0153%) e l'ATI Adanti S.p.A. (con un ribasso pari al 20,8024%).

Veniva esclusa la prima, quanto invece alla seconda, l'ATI Adanti S.p.A., la stazione appaltante svolgeva un'articolata e approfondita istruttoria, all'esito della quale ha proceduto all'aggiudicazione provvisoria, con un ribasso pari al 20,8024%.

2. Avverso tale esito è insorta l'ATI Ferrovia Agroman S.A. e Salvatore Matarrese S.p.A., in quanto prima delle imprese non anomale, con ribasso pari al 19,1853%, impugnando innanzi al Tribunale la determinazione di congruità dell'offerta dell'ATI Adanti, nonché il verbale di aggiudicazione provvisoria.

A fronte di tale impugnativa la predetta ATI Adanti ha anche esercitato il diritto di accesso agli atti della procedura di gara, proponendo un primo ricorso incidentale, cui ne sono seguiti altri, man mano che veniva esercitato il diritto di accesso per l'acquisizione di documenti ritenuti utili.

Nel frattempo l'ITALFERR aveva ricevuto un'istanza da parte dell'ATI ferrovia, per il riesame della procedura di verifica dell'anomalia, con cui si contestava la falsità di talune dichiarazioni rese dai fornitori dell'ATI Adanti e che erano state accluse nella busta di cui alla lettera "C" del bando. In data 17 gennaio 2006 la stessa ITALFERR ha presentato un esposto alla Procura della Repubblica, in cui denunciava la falsità delle dichiarazioni suddette. Inoltre, ha anche richiesto chiarimenti ai quattro fornitori che avevano disconosciuto le dichiarazioni di precisazione sui preventivi resi all'ATI Adanti. Sulla base delle indicazioni ricevute la stessa ITALFERR ha ritenuto del tutto irrilevanti i documenti indiziati al fine della congruità dell'offerta.

3. Il T.A.R., con la sentenza che ora si impugna, ha rigettato il ricorso incidentale proposto dall'ATI Adanti ed ha accolto il ricorso principale proposto dall'ATI Ferrovia, annullando tutti gli atti della procedura, tra cui anche l'aggiudicazione provvisoria. In particolare ha ritenuto assorbente la prima censura proposta dall'appellante principale con i motivi aggiunti in ordine alla assunta falsità di taluni documenti giustificativi dell'offerta inseriti nella busta "C", contenente le giustificazioni dell'offerta.

4. Propone ora appello l'Adanti S.p.A., riproponendo i tre motivi posti a base dell'originario ricorso incidentale, contestando sia la sentenza, laddove ha dichiarato irricevibile per tardività il secondo atto di motivi aggiunti (riproponendo i motivi di merito non esaminati), e sia l'accoglimento del primo motivo dell'appello principale originario, laddove non ha considerato che in sede di aggiudicazione provvisoria non poteva essere riconosciuto il vizio inficiante, essendo esso emerso successivamente.

Deduce, infine, che il primo giudice avrebbe dovuto sospendere il giudizio in attesa della definizione del giudizio civile o penale in ordine alla dedotta falsità, essendo essa stata posta a base della decisione.

5. Si sono costituite la Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. e la Ferrovia Agroman S.A.. Tutte le parti hanno presentato memoria.

6. La causa viene trattenuta in decisione all'udienza del 12 dicembre 2006 e decisa, nella camera di consiglio tenuta nella medesima data, come da dispositivo immediatamente depositato.

Motivi della decisione

1. Va preliminarmente rilevato, con riferimento al primo motivo di gravame, che né il giudizio di primo grado, né il presente giudizio vanno sospesi stante l'inesistenza di un procedimento penale volto ad accertare l'eventuale falsità della documentazione. Nel presente giudizio, rileva infatti unicamente la congruità della offerta quando la stessa è dichiarata anomala.

E' fondato il secondo motivo dell'appello proposto.

1.1. Il medesimo motivo era stato presentato dall'impresa appellante in prime cure con ricorso incidentale. Sia in quella che in questa sede, la Adanti S.p.A. lamenta che dall'esame della documentazione amministrativa presentata dalla costituenda ATI Ferrovial in sede di offerta, e in particolare dall'esame della dichiarazione di intenti in ordine alla costituzione del raggruppamento in caso di aggiudicazione, è risultato che i soggetti interessati non hanno indicato le rispettive quote di partecipazione al raggruppamento medesimo, nè ciò risulta da altre dichiarazioni rese nel corso della gara.

Tale motivo è stato esaminato dal Tribunale, che lo ha disatteso con la seguente motivazione: «atteso che l'obbligo di dichiarare le quote di partecipazione di ciascuna impresa al raggruppamento è limitato dal punto 17, comma 2, del bando, *lex specialis* della gara, al solo aggiudicatario e deve essere da questo adempiuto (comma 1) nel termine di quindici giorni dal ricevimento della comunicazione dell'esito positivo della verifica dei requisiti di cui al precedente punto 16. Non è in grado di condurre a diversa conclusione il richiamo del ricorrente incidentale alla decisione 12 ottobre 2004 n. 6586 della VI Sezione del Consiglio di Stato, atteso che essa prende in considerazione l'ipotesi in cui la specificazione delle quote di partecipazione non sia richiesta dal bando e, per tale evenienza, prevede l'automatica integrazione di questo con le prescrizioni di legge in materia. Ma non è questa la situazione che ricorre nel caso in esame atteso che il bando, con la succitata prescrizione, non solo prevede l'obbligo di specificazione, ma lo disciplina con l'indicazione del soggetto obbligato e delle modalità e dei termini a mezzo dei quali deve essere adempiuto. Il cit. punto 17, commi 2 e 1, del bando, non è stato impugnato dal ricorrente incidentale. In ogni caso esso riflette ragioni del tutto condivisibili in quanto connesse alla necessità di evitare un inutile e dispendioso aggravamento del procedimento».

1.2. Il Collegio non condivide l'assunto del primo giudice.

In punto di fatto, è pacifico che la specificazione delle quote di partecipazione non è stata effettuata dall'odierna società appellata, essendosi essa limitata a dichiarare "di impegnarsi, in caso di aggiudicazione della gara, ad uniformarsi alla disciplina vigente in materia di lavori pubblici con riguardo alle associazioni temporanee o consorzi; dichiarano altresì di impegnarsi a conferire, in caso di aggiudicazione della gara, mandato collettivo con rappresentanza all'impresa Ferrovial Agroman SA capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e della mandante". Parimenti pacifico è il fatto che l'art. 17 del bando di gara, significativamente rubricato "adempimenti preliminari alla stipula del contratto", disciplini appunto gli adempimenti della fase contrattuale e non quelli propri della gara, come riconosce la stessa impresa appellata nella dichiarazione riportata e il primo giudice.

Sicchè, il punto decisivo è quello di stabilire se il fatto che il bando preveda che in sede di stipula del contratto con l'aggiudicatario debba essere comunicata la quota di partecipazione al raggruppamento di ciascuna impresa riunita, escluda che tale comunicazione debba essere fatta già nella fase di gara, nonostante sussista un obbligo di legge a farlo anche in assenza di esplicita disposizione del bando, così come ritiene questo Consiglio di Stato, nella sentenza n. 6586 del 12 ottobre 2004 della Sezione V (erroneamente attribuita alla Sezione VI negli scritti difensivi e nella sentenza impugnata).

Il Collegio ritiene che le prescrizioni previste per la fase, successiva, della stipulazione del contratto non escludono le prescrizioni da osservarsi nella fase precedente, nettamente distinta dalla prima. Nè si può ritenere che ciò che si prescrive per l'aggiudicatario valga per il partecipante; nè tantomeno si può ritenere che le prescrizioni della fase contrattuale colmino il vuoto, da riempirsi con le prescrizioni che vengono direttamente dalla legge primaria, del bando, laddove nulla preveda per la fase di gara. Infatti l'indicazione della quota di partecipazione al raggruppamento di ciascuna impresa riunita nella fase della qualificazione e della partecipazione alla gara obbedisce ad una logica precisa del sistema della legge, come ora si vedrà.

1.3. E' pacifico che per la fase procedimentale di gara, ossia quella che vede in competizione le varie imprese, nulla viene previsto dal bando.

Pertanto trova applicazione il principio, condiviso dal collegio ed elaborato dalla sentenza n. 6526 del 2004, di sopra richiamata, laddove, chiarendosi la portata della disciplina contenuta nella legge n. 109 del 1994, ha stabilito che la legge impone alle a.t.i., costituite o costituende, di dichiarare le quote di partecipazione sempre e comunque prima dell'aggiudicazione.

Le fonti del principio si rinvencono nell'art. 13, comma 5 bis, della legge n. 109 del 1994, laddove dispone che: «E' vietata qualsiasi modificazione alla composizione delle associazioni temporanee e dei consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere d) ed e), rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta». Ed inoltre nell'art. 93, comma 4, del d.P.R. n. 554 del 1999, laddove dispone che: «Le imprese riunite in associazione temporanea devono eseguire i lavori nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento».

Come già chiarito da questo Consiglio di Stato, la prima norma testè richiamata, introdotta dall'art. 9 della legge n. 415 del 1998, dopo la caduta del divieto originariamente previsto di costituire associazioni temporanee e consorzi concomitanti o successivi all'aggiudicazione di gara, non prevede espressamente il momento in cui la partecipante è tenuta a dichiarare l'importo dei lavori del raggruppamento in relazione alle singole compartecipazioni, ossia se sin dall'ammissione alla gara o successivamente all'aggiudicazione. Tuttavia lascia deporre a favore della necessità della dichiarazione (e del possesso dei requisiti) sin dall'ammissione alla gara il fatto che il legislatore, nel ridisciplinare l'art. 13 richiamato, non abbia modificato il primo comma, laddove subordina la partecipazione alla procedura concorsuale delle associazioni temporanee alla condizione che la mandataria e le altre imprese del raggruppamento siano già in possesso dei requisiti di qualificazione per la rispettiva quota percentuale, con ciò evidentemente riaffermando la necessità della previa indicazione delle quote di partecipazione. Infatti aver conservato tale norma anche nell'attuale sistema, dove è possibile costituire raggruppamenti, significa che il legislatore ha ritenuto necessaria la preventiva verifica dei requisiti in relazione alle singole quote di partecipazione anche nel nuovo regime.

La permanenza della norma evidenzia l'intenzione del legislatore di ammettere a gara i soli raggruppamenti che siano o che dimostrino di essere già in possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico-organizzativa secondo le relative percentuali e prima dell'aggiudicazione. Nè sono estranee alla interpretazione che qui si conferma le regole di trasparenza e pubblicità cui l'attività della stazione appaltante deve essere informata, e in particolare all'esigenza di conoscere sin dalla fase della prequalifica se i costituendi raggruppamenti siano o meno in possesso dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria.

1.4. Pertanto, il Collegio ritiene che la circostanza secondo cui il bando preveda espressamente detta comunicazione in capo all'aggiudicatario non significa altro che dare la possibilità al contraente pubblico di verificare che in sede di esecuzione dei lavori siano rispettati gli apporti di ciascuno, già evidenziati per essere ammessi alla gara.

1.5. Dalle considerazioni svolte consegue che la mancata indicazione delle quote di partecipazione, rilevabile immediatamente dagli atti di gara, avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'appellata da parte della commissione di gara.

1.6. In conclusione l'appello va accolto e la sentenza va riformata nel senso che l'appello incidentale andava accolto e il ricorso principale andava dichiarato improcedibile. La riforma integrale della sentenza comporta la riemersione, tranne che per quanto statuito nella presente decisione, del potere rinnovatorio dell'amministrazione, esercitabile secondo l'ordinamento giuridico.

1.7. Ricorrono giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, accoglie l'appello e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso incidentale di primo grado, dichiarando improcedibile il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 12 dicembre 2006 con l'intervento dei signori:

Claudio Varrone	Presidente
Sabino Luce	Consigliere
G.Paolo Cirillo	Consigliere, est.
Giuseppe Romeo	Consigliere
Giuseppe Minicone	Consigliere

Il Presidente
Claudio Varrone
L'Estensore
G.Paolo Cirillo

Il Segretario
Gluco Simonini

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
il 01.03.2007
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)
Il Direttore della Sezione
Dott.ssa Maria Rita Oliva

(da www.dirittodeiservizipubblici.it)