

T.A.R. per la Sicilia, Palermo, sezione III, 11 dicembre 2006, n. 3881

E' necessario che gli operatori economici del costituendo Raggruppamento temporaneo indichino sin dall'origine le parti dell'opera, secondo le categorie del bando, da eseguirsi da parte di ciascun raggruppato in caso di aggiudicazione.

La necessità del possesso dei requisiti di qualificazione per la rispettiva quota percentuale sin dal momento della ammissione alla gara si traduce nella necessità della preventiva verifica dei predetti requisiti in relazione alle quote di partecipazione di ciascuna delle imprese partecipanti al costituendo raggruppamento.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza, ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel procedimento relativo al ricorso n. 959/06, proposto da S.I.T.I.C. di ... in proprio e n.q. di mandataria dell'A.T.I. costituenda con ..., rappresentato e difeso dall'Avv. M.F., ...

CONTRO

- il Comune di Bagheria, in persona del Legale rappresentate pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv. F.S. ...

E NEI CONFRONTI

dell'A.T.I. costituenda Edil For di ... (mandataria) - Idrotermoelettrica di ... - Geo & Civil Project (mandanti), in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avv.to A.A. ...

PER L'ANNULLAMENTO

- dei verbali n. 1, 2 e 3 del 28.2/9-10.3.2006 di aggiudicazione della gara per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria per l'adeguamento alle norme di sicurezza degli immobili comunali e successivo servizio di gestione manutentivo in global service - 1° lotto.
e per la condanna

al risarcimento del danno ingiusto arrecato all'impresa ricorrente.

Visto il ricorso introduttivo del giudizio;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della controinteressata Edil For e la documentazione depositata;

Designato relatore alla pubblica udienza del 10 novembre 2006 il Referendario Mara Bertagnoli ed uditi i procuratori delle parti, come da verbale;

FATTO

A seguito della pubblicazione, da parte del Comune di Bagheria, del bando per l'affidamento dell'appalto integrato dei lavori di manutenzione straordinaria per l'adeguamento alle norme di sicurezza degli immobili comunali e successivo servizio di gestione manutentivo in global service - I° lotto, la costituenda A.T.I. S.I.T.I.C. - Pecorella presentava la propria domanda di partecipazione alla gara. La gara veniva però aggiudicata alla A.T.I. costituenda EDIL FOR di Gagliano D.co - IDROTERMOELETTRICA di Fossile Giuseppe - GEO & CIVIL PROJECT, la quale avrebbe, invece,

dovuto essere esclusa, secondo parte ricorrente, per una pluralità di irregolarità che la stazione appaltante avrebbe dovuto rilevare.

Dell'illegittimità di tale aggiudicazione si duole, pertanto, l'attuale ricorrente, la quale deduce i seguenti vizi:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 30 della legge n. 109/94, nel testo coordinato con le norme della l.r. 2 agosto 2002, n. 7 e del punto 8 del bando di gara - Violazione della *par condicio*.

La fideiussione assicurativa non sarebbe stata contratta (e controfirmata) da tutte le imprese associande, ma soltanto dalla capogruppo del costituendo raggruppamento;

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 13, comma 1, della legge n. 109/94; violazione e falsa applicazione del combinato disposto dell'art. 13, comma 5, della legge n. 109/94 e dell'art. 93, comma 4, del D.P.R. 554/99; violazione del punto 10 del bando di gara; violazione dell'art. 17 della legge 109/94.

L'istanza di ammissione all'incanto non conterrebbe, secondo parte ricorrente, né l'impegno, in caso di aggiudicazione della gara, delle imprese costituendi l'A.T.I. a conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse e nemmeno l'indicazione delle parti dell'opera, secondo le categorie del bando, che verranno eseguite da ciascuna associata. Mancherebbe, inoltre, la dichiarazione di cui al punto h) del bando e pertanto nessuna delle imprese controinteressate avrebbe correttamente assunto l'impegno "ad uniformarsi alla disciplina vigente in materia di lavori pubblici con riguardo alle associazioni temporanee o consorzi o G.E.I.E".

Analogamente anche la documentazione del raggruppamento temporaneo di professionisti ex art. 17, comma 1, lett. g) della legge n. 109/94 non conterrebbe né l'impegno di conferire mandato collettivo speciale con rappresentanza al capogruppo, né l'indicazione del tipo di raggruppamento, orizzontale, verticale o misto che gli stessi intendono costituire e nemmeno le parti del progetto secondo le categorie del bando che dovrebbero essere eseguite da ciascun professionista;

3. Violazione e falsa applicazione del combinato disposto degli artt. 17 e 13 della legge n. 109/94, art. 95 del D.P.R. n. 554/99, art. 8 del D.P.C.M. n. 55 del 10.01.1991, nonché del punto 11.3 del bando di gara. Considerato che il bando non prevede alcuna categoria di servizi di progettazione scorporabile, non avrebbe potuto essere ammessa l'istanza di partecipazione di un raggruppamento di professionisti eterogeneo. Il capogruppo di tale raggruppamento (...), inoltre, non possederebbe i requisiti finanziari e tecnici, in misura non inferiore al 40 %, richiesti in capo a tale soggetto. Infine, dalla documentazione relativa al medesimo raggruppamento temporaneo di professionisti si evincerebbe che questi intenderebbero affidare, in subappalto, al p.i. Di Giovanni l'incarico di sistemista e progettista dei sistemi informatici, in palese violazione del divieto di subappalto che colpisce tutte le attività professionali strumentali alla progettazione, con la sola eccezione di quelle previste dal legislatore (CdS, V, 1075/05 e C.G.A. 965/05);

4. Violazione e falsa applicazione dell'art. 10, comma 1-*quater* della legge 109/94, nel testo coordinato con le norme della L.R. 2 agosto 2002, n. 7, dell'art. 28 del D.P.R. 34/2000, dell'art. 13 del d. lgs. n. 157/95, nonché del punto 11.4 del bando di gara. Eccesso di potere per difetto di procedura, travisamento e sviamento.

Nella documentazione relativa ai requisiti tecnico-economici della Idrotermoelettrica vi sarebbero incongruenze, le quali avrebbero dovuto essere rilevate dalla stazione appaltante, che ha, invece, omesso di procedere a tale verifica.

Si è costituito in giudizio il Comune eccependo l'infondatezza del ricorso, considerato quanto segue:

- la natura collettiva del contraente della polizza fideiussoria e la individuazione delle imprese raggruppande sono rinvenibili nell'appendice di polizza nella parte in cui si indica la sussistenza dell'A.T.I. e la sua specifica composizione;

- quello che la ricorrente qualifica come "raggruppamento di professionisti" è, invece, un'associazione professionale ai sensi dell'art. 17, comma 1, lett. d) e quindi una organizzazione stabile tra professionisti, caratterizzata da un'autonoma soggettività. Ciò escluderebbe la fondatezza del secondo e del terzo motivo di ricorso;

- l'accertamento del possesso dei requisiti dichiarati era previsto, come prescritto dalla norma, preliminarmente alla stipula del contratto.

Si è costituita in giudizio anche la controinteressata, presentando apposito controricorso volto alla reiezione delle istanze di parte ricorrente.

In esito all'istanza cautelare la sospensione degli effetti dell'atto impugnato è stata negata a causa della ravvisata carenza del *fumus bonis iuris*.

L'istanza è stata però parzialmente accolta in secondo grado; il giudice dell'appello, infatti, pur ritenendo che non sussistessero i requisiti per le ulteriori misure cautelari, ha comunque ravvisato la sussistenza di elementi del ricorso meritevoli di un rapido approfondimento ai sensi dell'art. 23-bis della Legge n. 1034/1971.

In vista dell'udienza, sia il ricorrente, sia la difesa del Comune, hanno prodotto memorie.

Alla pubblica udienza del 10 novembre 2006, la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

Con il ricorso in esame sono state dedotte numerose irregolarità e violazioni della *lex specialis* e dei principi che regolano lo svolgimento delle gare per l'aggiudicazione degli appalti di lavori, che caratterizzerebbero, secondo parte ricorrente, la domanda di partecipazione alla gara dell'A.T.I. aggiudicataria-controinteressata, le quali, se correttamente rilevate dal seggio di gara avrebbero dovuto determinare l'esclusione di tale soggetto.

Il primo dei vizi lamentati non trova però riscontro all'analisi dei documenti prodotti.

È pur vero, infatti, che la polizza assicurativa presentata risulta essere stata sottoscritta solo dalla Edil For, ma dall'esame completo della stessa emerge come nelle condizioni particolari della medesima sia stato specificamente dato atto dell'esistenza dell'A.T.I., quale soggetto garantito, e della sua composizione. Ciò porta a ritenere che l'oggetto della polizza sia stato correttamente individuato (nel caso di specie e così come richiesto dalla vigente normativa posta a tutela dell'interesse della stazione appaltante) nell'eventuale inadempimento degli impegni e delle obbligazioni assunti non solo dalla firmataria Edil For, ma anche dalle mandanti elencate.

Una diversa conclusione apparirebbe eccessivamente formalistica ed in contrasto con il principio in materia di assicurazioni, secondo cui il sottoscrittore della polizza non necessariamente deve coincidere con il soggetto o i soggetti il comportamento dei quali è oggetto di garanzia.

Priva di riscontro oggettivo è, altresì, la lamentata mancanza della assunzione - da parte delle altre associate - dello specifico impegno a conferire mandato alla Edil For per la costituzione dell'A.T.I. che ha partecipato alla gara, dedotta con il secondo motivo di ricorso. Invero sia l'Associazione di professionisti Geo & Civil Project, che la ditta Idrotermica, hanno espressamente dichiarato, nella formulazione della domanda di partecipazione alla gara, presentata separatamente, di individuare quale capogruppo la Edil For, impegnandosi a conferirle mandato in tal senso.

Secondo parte ricorrente la domanda della costituenda A.T.I. controinteressata sarebbe però inammissibile anche a causa della omessa "*dichiarazione di cui al punto h) del bando*". A tale proposito è necessario previamente chiarire che dai riscontri effettuati appare come la doglianza in esame possa avere un senso compiuto solo se intesa come riferita all'assenza della dichiarazione indicata da parte ricorrente con la lettera h) nelle premesse del ricorso e non anche dalla stazione appaltante con la lettera h) del bando.

Ciò premesso, ciò di cui si duole parte ricorrente è la pretesa mancata assunzione, da parte di ciascuna delle imprese costituende la controinteressata A.T.I., dell'impegno, in caso di aggiudicazione, ad uniformarsi alla disciplina vigente in materia di lavori pubblici con riguardo a associazioni temporanee o consorzi o G.E.I.E..

Invero tale dichiarazione risulta correttamente prodotta, sub lettera y) della domanda di partecipazione alla gara.

Dalla verifica della domanda presentata emerge, invece, come le tre imprese parte della costituenda A.T.I. controinteressata abbiano effettivamente ommesso, come dedotto dalla ricorrente, l'indicazione delle parti dell'opera, secondo le categorie del bando, da eseguirsi da parte di ciascuna associata in caso di aggiudicazione.

Sotto questo specifico profilo il ricorso merita, quindi, accoglimento, attesa l'ormai consolidata giurisprudenza, anche di questo Tribunale, secondo la quale "La necessità del possesso dei requisiti di qualificazione per la rispettiva quota percentuale sin dal momento della ammissione alla gara (art. 13, comma 1, legge 109/94) si traduce nella necessità della preventiva verifica dei predetti requisiti in relazione alle quote di partecipazione di ciascuna delle imprese partecipanti al costituendo raggruppamento; il che importa, a sua volta, l'esigenza della previa indicazione, da parte delle imprese raggruppande, delle rispettive quote di partecipazione." (così T.A.R. Palermo, II, n. 2726/04, ma anche CdS, sentenza n. 6586/04).

Per quanto attiene alla dedotta carenza di mandato (nonché individuazione del soggetto capogruppo) dedotta con riferimento al Consorzio GEO & CIVIL PROJECT, deve darsi atto che la documentazione prodotta dimostra come il Consorzio GEO & CIVIL PROJECT non sia un raggruppamento temporaneo, bensì un'Associazione di professionisti con autonoma Partita Iva, all'interno della quale il p.i. ... è stato, conformemente allo statuto, delegato a presentare l'offerta in nome e per conto dell'Associazione stessa. Ciò esclude che in capo a tale soggetto collettivo esistesse alcuno degli altri obblighi che fanno invece capo solo ai soggetti costituiti in raggruppamento temporaneo, tra cui in particolare l'obbligo del possesso, in capo al capogruppo della qualificazione per il 40 % dei servizi da prestare.

Con il terzo motivo la ricorrente lamenta anche la violazione del divieto di subappalto; la semplice lettura della copia della domanda di partecipazione, però, chiarisce come la dichiarazione di volersene avvalere è riferita solo ai servizi di pulizia e all'eliminazione di scarichi di fogna e di rifiuti e disinfestazione, mentre con riferimento all'attività di progettazione per le categorie 7 (servizi informatici ed affini) e 12 (servizi attinenti architettura, ingegneria, consulenza scientifica e tecnica), l'Associazione temporanea dichiara espressamente che sarà la stessa "Geo & Civil Project" a provvedervi.

Non trova, quindi, riscontro quanto affermato da parte ricorrente in ordine ad una pretesa e non dimostrata volontà di subappaltare prestazioni professionali attinenti alla progettazione, escluse da tale possibilità ai sensi della *lex specialis* della gara.

Anche con riguardo all'ulteriore, generico vizio dedotto in termini di eccesso di potere per difetto di istruttoria, infine, il ricorso deve essere rigettato, a causa della carenza del necessario principio di prova in ordine alla violazione delle regole della buona amministrazione nella conduzione della gara.

Ne consegue, conclusivamente, l'annullamento dei provvedimenti impugnati per effetto dell'unico vizio accertato, come sopra specificato.

Il ricorso tende, però, ad ottenere non solo l'eliminazione dall'ordinamento giuridico degli atti impugnati, ma anche il risarcimento del danno conseguito all'illegittima aggiudicazione; tale richiesta non può che essere respinta, in considerazione del fatto che non risulta provato né che sia intervenuta la consegna dei lavori, né la circostanza che un danno sia stato effettivamente subito dall'impresa ricorrente.

Considerato l'accoglimento solo parziale delle doglianze dedotte e la particolarità della fattispecie, il Collegio ritiene sussistano le condizioni per disporre la compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione terza, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe indicato nei limiti di cui in motivazione e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Dispone la compensazione delle spese.

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

Così deciso in Palermo, nella Camera di consiglio del 10 novembre 2006, con l'intervento dei signori magistrati:

Calogero Adamo - Presidente,

Giovanni Tulumello - Primo Referendario,

Mara Bertagnolli - Referendario, estensore

Depositata in Segreteria il 11 dicembre 2006

(da www.bosettiegatti.it)