



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2194 del 2009, proposto da G.E. Transportation System s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. costituita con S.I.F.E.L. s.p.a., C.L.F. Costruzioni Linee Ferroviarie s.p.a., Tozzi Sud s.p.a., Valtellina s.p.a., Esim s.r.l. e Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro soc. coop., rappresentata e difesa dall'avv. Nino Matassa, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Andrea da Bari, 35;

contro

Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luciano Ancora e Angelo Schiano, con domicilio eletto presso l'avv. Vittorio Russi in Bari, corso Vittorio Emanuele, 60;

nei confronti di

Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. con Sirti s.p.a. e Consorzio Armatori Ferroviari s.c.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Follieri, Ernesto Sticchi Damiani, Nicola De Marco e Fulvio Mastroviti, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Bari, via Quintino Sella, 40;

Site s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'a.t.i. con Ducati Sistemi s.p.a., Balfour Beatty Rail s.p.a. ed Armafer s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigi Quinto, Pietro Quinto e Luigi Mariano, con domicilio eletto presso l'avv. Daniele Damiani in Bari, via Palmieri, 45/B;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ove già intervenuto, della gara indetta da Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l. per l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori relativi ad interventi di trazione elettrica, di segnalamento e di armamento lungo la rete da essa gestita;
- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria adottato dalla commissione di gara in data 22.9.2009;
- dei verbali e delle operazioni di gara compiute dalla commissione nel corso delle sedute pubbliche e riservate, nei limiti e secondo la graduazione dell'interesse specificato in ricorso;
- della nota del 6.10.2009, prot. n. SGC/611, non trasmessa alla ricorrente e successivamente conosciuta, con la quale il dirigente del servizio gare e contratti ha comunicato alle a.t.i. prima e seconda classificate che la verifica sulla documentazione trasmessa comprovante il possesso dei requisiti ha avuto esito positivo;
- ove occorra della nota prot. n. 1457 del 6.11.2009, a firma del responsabile del procedimento;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l., di Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a. e di Site s.p.a.;

Viste le memorie difensive ed i ricorsi incidentali;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2010 il dott. Savio Picone e uditi per le parti i difensori avv.ti Nino Matassa, Luciano Ancora, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Follieri, Ernesto Sticchi Damiani, Fulvio Mastroviti, Nicola De Marco, Luigi Mariano e Luigi Quinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con lettera d'invito del 3.10.2008, Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l. ha avviato la procedura ristretta per l'affidamento della progettazione esecutiva e della realizzazione dei lavori relativi a interventi di trazione elettrica, di segnalamento e di armamento lungo la rete da essa gestita.

L'a.t.i. G.E. Transportation System s.p.a., terza classificata, impugna gli atti di gara e l'aggiudicazione in favore del raggruppamento temporaneo capeggiato da Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a., affidandosi a censure così riassumibili:

A) quanto alla mancata esclusione dell'aggiudicataria a.t.i. Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a.:

- violazione del paragrafo 2 della lettera d'invito e dell'art. 13 del capitolato d'appalto, violazione dell'art. 97 della Costituzione e del principio di *par condicio*, nonché eccesso di potere per violazione dell'autovincolo, in quanto l'aggiudicataria avrebbe progettato la realizzazione di un nuovo "impianto ACEI" nella stazione di Campi Salentina (anziché in quella di San Pancrazio Salentino), avrebbe omesso di progettare l'adeguamento degli impianti già esistenti nelle stazioni di Novoli e Nardò ed avrebbe offerto la fornitura di soli 43 R.C.E. (registratori cronologici di eventi) in luogo dei 156 previsti, così disattendendo quanto previsto dal capitolato d'appalto allegato alla lettera d'invito;

- violazione degli artt. 38 e 49 del d. lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 4.1 – lett. c.1) del disciplinare di gara ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione,

in quanto la mandante Sirti s.p.a. avrebbe espresso l'intento di avvalersi di un'ausiliaria, la De Lieto Costruzioni Generali s.p.a., priva dei requisiti soggettivi di partecipazione (per gravi irregolarità contributive e per recenti inadempienze in pubbliche commesse);

- violazione dell'art. 5 – lett. d.5) del disciplinare di gara ed eccesso di potere per difetto di istruttoria, difetto di motivazione, travisamento, contraddittorietà ed illogicità, in quanto l'a.t.i. aggiudicataria avrebbe proposto un conduttore di sezione maggiorata a 440 mmq, in luogo delle tipologie già utilizzate di 320 mmq o 200 mmq, così offrendo un variante peggiorativa che avrebbe dovuto comportarne l'esclusione;

- violazione dell'art. 5 – lett. d.5) del disciplinare di gara, violazione del D.M. 5 novembre 2001 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, in relazione alle sezioni stradali delle interferenze progettati dall'aggiudicataria;

B) quanto alla mancata esclusione della seconda classificata a.t.i. Site s.p.a.:

- violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 4.1 e 1.9 del disciplinare, nonché violazione del principio di *par condicio*, in quanto la commissione avrebbe illegittimamente consentito all'a.t.i. Site s.p.a. di integrare le carenze documentali in ordine alla posizione del sig. Dario Caporaletti, in ordine ai lavori svolti dalle imprese raggruppate ed in ordine al *curriculum vitae* del progettista Piero Cappello;

- violazione degli artt. 37-ss del d. lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per violazione dei paragrafi 3.1 e 3.2 della lettera d'invito e degli artt. 4.1 – lett. c), 4.1.1. e 7 del disciplinare di gara, per la perdita di validità degli attestati di qualificazione delle mandanti Armafer s.r.l. e Balfour Beatty Rail s.p.a. e per il mancato possesso della qualificazione LIS 002 (classe 7) da parte della mandante Ducati Sistemi s.p.a.;

- violazione dell'art. 5 – lett. d.5) del disciplinare di gara, violazione del D.M. 5 novembre 2001 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, in relazione al progetto delle sezioni stradali delle interferenze;

- violazione degli artt. 1, 4.2.1, 4.2.2.3, 5 – lett. d.5), e 6.2 – lett. i) del disciplinare di gara, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento dei presupposti e violazione del principio di *par condicio*, in quanto il progetto dell'a.t.i. Site s.p.a. comporterebbe lo smantellamento degli attuali impianti di segnalamento e la modifica del piano della linea ferroviaria, così configurando una variante esorbitante rispetto alle previsioni della *lex specialis*;

C) quanto all'attribuzione dei punteggi da parte della commissione di gara:

- violazione dei parametri stabiliti dalla lettera d'invito e dal disciplinare ed eccesso di potere per travisamento dei presupposti, difetto di istruttoria e di motivazione e violazione del principio di *par condicio*, a causa dell'ingiusta sottovalutazione della propria offerta tecnica sotto molteplici profili (con particolare riguardo al “sistema DOTE” di telecomando e telecontrollo della trazione elettrica);

D) in subordine, quanto al regolare svolgimento delle operazioni di gara:

- violazione dell'art. 83 del d. lgs. n. 163 del 2006, violazione della *lex specialis* e dei principi di buona andamento e *par condicio*, poiché la commissione giudicatrice avrebbe illegittimamente stabilito, nelle sedute del 15.5.2009 e del 16.5.2009, nuovi sub-criteri e sub-punteggi non previsti dal disciplinare di gara.

Si è costituita Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l., replicando solo ad alcune delle censure introdotte dalla ricorrente principale.

Si sono inoltre costituite le controinteressate Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a. e Site s.p.a., rispettivamente prima e seconda classificata, che hanno chiesto il rigetto del gravame principale ed hanno proposto distinti ricorsi incidentali di analogo tenore, entrambi tesi a dimostrare l'illegittima ammissione alla gara dell'a.t.i. ricorrente, per i seguenti motivi:

- violazione degli artt. 48 e 232 del d. lgs. n. 163 del 2006 e della lettera d'invito, in quanto la capogruppo G.E. Transportation System s.p.a. avrebbe perduto, a far data dal 23.9.2009, la qualificazione LIS 002 (classe 7, importo illimitato);
- carenza di istruttoria e violazione della *lex specialis*, in quanto il sig. Franco Piccoli avrebbe sottoscritto i documenti amministrativi per conto della mandante S.I.F.E.L. s.p.a. senza averne i poteri;
- violazione dell'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006 e della *lex specialis* ed eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, in relazione ai precedenti penali riscontrati a carico dei sig.ri Mario Tozzi e Franco Tozzi, amministratori della mandante Tozzi Sud s.p.a., nonché per omessa dichiarazione sulla situazione del sig. Massimo Lo Rizzo, procuratore speciale della Tozzi Sud s.p.a.;
- violazione della lettera d'invito e dell'art. 37, comma 11, del d. lgs. n. 163 del 2006, in relazione alla dichiarazione di voler subappaltare talune lavorazioni, da parte delle mandanti S.I.F.E.L. s.p.a. ed Esim s.r.l.;
- violazione della *lex specialis*, in relazione alla dichiarazione di subappalto della mandante Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro soc. coop., nonché per carenze nella dichiarazione della consorziata società cooperativa Internazionale.

Le parti hanno depositato ulteriori documenti e memorie difensive in vista della pubblica udienza del 24 febbraio 2010, nella quale la causa è passata in decisione.

DIRITTO

1. Con lettera d'invito del 3.10.2008, Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l. ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento della progettazione esecutiva e della realizzazione dei lavori relativi a interventi di trazione elettrica, di segnalamento e di armamento lungo la rete, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo complessivo pari a euro 136.162.402,97 (diviso in sette lotti).

La ricorrente principale, terza classificata, impugna gli esiti della gara affidandosi in via gradata a quattro ordini di censure, con cui contesta rispettivamente la mancata esclusione dell'a.t.i. aggiudicataria, la mancata esclusione dell'a.t.i. seconda classificata, l'ingiustizia dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche e, in subordine, l'illegittimità della procedura valutativa posta in essere dalla commissione.

2. Devono essere prioritariamente esaminati i ricorsi incidentali proposti da Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a. e Site s.p.a., poiché il loro eventuale accoglimento avrebbe l'effetto di escludere la legittimazione della ricorrente a.t.i. G.E. Transportation System s.p.a. (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008 n. 11).

Con il primo motivo, di contenuto sostanzialmente identico, le ricorrenti incidentali affermano che il raggruppamento capeggiato da G.E. Transportation System s.p.a. sarebbe stato priva di uno dei requisiti di capacità prescritti dalla *lex specialis*, ossia la qualificazione LIS 002 – classe 7 (importo illimitato, oltre 8 milioni di euro).

Il motivo è fondato.

Per quanto qui rileva, i paragrafi 2.2 e 2.5 della lettera d'invito hanno prescritto, quale categoria prevalente subappaltabile nei limiti del 30%, la qualificazione LIS 002 – progettazione e realizzazione di impianti ACEI (sistema R.F.I. s.p.a., utilizzato dalla stazione appaltante ai sensi dell'art. 232, comma ottavo, del d. lgs. n. 163 del 2006), per l'importo di euro 24.259.837,99.

L'a.t.i. ricorrente principale ha previsto, al suo interno, l'assunzione da parte della mandataria G.E. Transportation System s.p.a. dell'intera quota di lavorazioni rientranti nella categoria LIS 002.

La controinteressata Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a. ha tuttavia prodotto in giudizio (cfr. docc. 6 e 7, depositati il 12.1.2010) copia degli aggiornamenti del "Sistema di qualificazione delle imprese per la realizzazione degli impianti di segnalamento ferroviario" di R.F.I. s.p.a., datati rispettivamente 23.9.2009 e 20.10.2009, dai quali

risulta la retrocessione di G.E. Transportation System s.p.a., per la categoria LIS 002, alla classe 4 (importo fino a 2,5 milioni di euro). Alle date indicate, la procedura ristretta indetta da Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l. non si era ancora conclusa ed anzi era giunta proprio alla fase della verifica dei requisiti di partecipazione in capo all'a.t.i. aggiudicataria provvisoria.

In senso contrario, la difesa della ricorrente ha depositato copia del certificato del 7.10.2009 proveniente da R.F.I. s.p.a. (cfr. doc.1, depositato il 12.2.2010), attestante il possesso della qualificazione LIS 002 per la classe 7 (importo oltre 8 milioni di euro), con validità fino al 19.10.2009, ed ha affermato che la momentanea perdita della qualifica nella classe 7 sarebbe dipesa dai ritardi del sistema "telematico" adottato da R.F.I. s.p.a. per l'aggiornamento delle qualificazioni, nonostante la tempestiva allegazione da parte della G.E. Transportation System s.p.a. dei certificati di buona esecuzione dei lavori.

L'argomento non ha pregio. Vigge infatti, in materia di accertamento dei requisiti di ordine speciale per il conseguimento degli appalti di lavori pubblici, il principio secondo cui le qualificazioni richieste dal bando debbono essere possedute dai concorrenti non solo al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, ma anche in ogni successiva fase del procedimento di evidenza pubblica e per tutta la durata dell'appalto, senza soluzione di continuità (in questo senso è l'avviso dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, con il parere 8 ottobre 2009 n. 99 e con il parere 9 ottobre 2008 n. 227, resi in relazione al mancato esperimento della verifica triennale prevista, in materia di SOA, dall'art. 15-*bis* del D.P.R. n. 34 del 2000; in giurisprudenza, per l'affermazione del carattere costitutivo della verifica triennale e del principio di necessaria continuità della qualificazione, si veda per tutte TAR Campania, Salerno, sez. I, 6 febbraio 2007 n. 111).

Detto principio risponde ad esigenze di certezza e funzionalità del regime di qualificazione obbligatoria, imperniato sul rilascio da parte degli organismi di attestazione di certificati che costituiscono condizione necessaria e sufficiente per l'idoneità ad eseguire lavori pubblici. Le stazioni appaltanti non possono essere esposte all'alea della perdita e del successivo riacquisto in corso di gara, da parte delle ditte offerenti, della qualificazione SOA. L'impresa che partecipa alla procedura selettiva deve curarsi di possedere, dalla presentazione dell'offerta fino all'eventuale fase di esecuzione dell'appalto, la qualificazione tecnico-economica richiesta dal bando.

Siffatto principio deve senz'altro estendersi agli appalti rientranti nei settori speciali, per i quali l'art. 232 del Codice dei contratti pubblici autorizza la creazione di sistemi autonomi di qualificazione da parte degli enti aggiudicatori, essendo identica la *ratio* che ne è alla base.

Nella fattispecie, il sistema adottato da R.F.I. s.p.a. (il cui avviso di istituzione è stato pubblicato sulla G.U.U.E. del 16.4.2008) e recepito da Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l. per la gara su cui si controverte, mediante espressa previsione contenuta nella lettera d'invito, si fonda su criteri e meccanismi affini a quelli posti a base del sistema delle SOA.

Il regolamento approvato da R.F.I. s.p.a. prevede la verifica dei requisiti di capacità tecnica e potenzialità produttiva (art. 10.3), previa allegazione da parte dell'impresa interessata della documentazione comprovante, tra l'altro, la regolare esecuzione dei lavori rientranti nelle categorie di specializzazione (art. 6.13). L'art. 14 del regolamento disciplina compiutamente l'istituto della "dequalificazione", consistente nella riduzione delle classi d'importo per le categorie di specializzazione oggetto dei lavori monitorati da R.F.I. s.p.a.: essa viene disposta quando il soggetto consegua un peggioramento del valore dell'indice qualitativo, non sia più in possesso di taluni requisiti di capacità tecnica, potenzialità produttiva

ed organizzazione, oppure abbia subito un peggioramento dei requisiti attinenti alla condizione economico-finanziaria. La dequalificazione “... viene comunicata per iscritto al soggetto interessato con l’indicazione dei motivi che l’hanno causata e dura fino a quando tali motivi non saranno rimossi e comunque non oltre la data di naturale scadenza di validità della qualificazione del soggetto interessato” (art. 14.7).

E’ onere dell’impresa comunicare tempestivamente a R.F.I. s.p.a. tutte le variazioni dei propri requisiti tecnico-economici influenti ai fini della qualificazione (art. 15.1). L’impresa già qualificata può richiedere il rinnovo (prima della scadenza) ovvero l’estensione della qualificazione ad altre classi d’importo con apposita domanda, allegando la documentazione necessaria (art. 16.5). Nel caso in cui l’istruttoria sulla richiesta di rinnovo si concluda dopo la scadenza della qualificazione, il regolamento stabilisce espressamente che “... il soggetto interessato risulterà non qualificato nel periodo intercorrente tra la data di scadenza della precedente qualificazione e la data di inizio del nuovo periodo triennale di validità” (art. 16.3): quest’ultima disposizione conferma l’efficacia *ex nunc*, non retroattiva, del riconoscimento da parte di R.F.I. s.p.a. delle qualificazioni e delle relative classi d’importo.

Non può pertanto essere accolta l’obiezione avanzata dalla difesa di parte ricorrente, che fa presente di aver già trasmesso a R.F.I. s.p.a. le certificazioni necessarie per la riqualificazione nella categoria LIS 002 – classe 7 (importo oltre 8 milioni di euro). E’ infatti provato che la G.E. Transportation System s.p.a. ha subito, seppure transitoriamente, la dequalificazione nella classe 4 (importo fino a 2,5 milioni di euro), quantomeno alle date del 23.9.2009 e del 20.10.2009. L’eventuale accoglimento dell’istanza di riqualificazione, da parte di R.F.I. s.p.a., non avrebbe effetto retroattivo e non sarebbe dunque utile a colmare il temporaneo difetto di capacità tecnica verificatosi nel corso della gara. Ed in ogni caso, nella fattispecie, la ricorrente principale non ha dimostrato in tempo utile di

aver ottenuto la riqualificazione nella classe 7, al momento del passaggio in decisione della presente causa.

Deve pertanto convenirsi con quanto rilevato dalla difesa della controinteressata, nel senso che la perdita di un requisito di partecipazione durante lo svolgimento delle fasi intermedie della procedura di evidenza pubblica, ovvero al momento dell'adozione dell'atto di aggiudicazione o della stipula del contratto, rappresenta una circostanza preclusiva della possibilità di conseguire l'appalto.

Per quanto detto, il primo motivo di ricorso incidentale dedotto da Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a. e di Site s.p.a. è fondato e va accolto, con assorbimento delle ulteriori censure.

3. L'accoglimento del ricorso incidentale fa sì che la ricorrente principale, che è incorsa in una causa di esclusione, non possa più essere annoverati tra i concorrenti alla gara e non possa conseguire non solo l'aggiudicazione, ma neppure la ripetizione della gara.

Il ricorso principale diventa dunque improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione, poiché proposto da soggetti che non possono ottenere alcuna utilità dal suo accoglimento (cfr., per tutte, Cons. Stato, Ad. plen., 10 novembre 2008 n. 11).

Le spese processuali, tenuto conto della novità e complessità delle questioni trattate, possono essere integralmente compensate.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Prima Sezione, accoglie il ricorso incidentale proposto da Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a. e di Site s.p.a. e dichiara improcedibile il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2010 con
l'intervento dei Signori:

Corrado Allegretta, Presidente

Doris Durante, Consigliere

Savio Picone, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/04/2010

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

IL SEGRETARIO