

N. 05565/2012REG.PROV.COLL.

N. 00790/2010 REG.RIC.



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

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 790 del 2010, proposto da:
Comune di San Lorenzello, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio D'Aloia, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Gianfranco Graziadei in Roma, via A.
Gramsci, 54;

contro

Car Segnaletica S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Roberto Prozzo, con
domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Giuliano Bologna in Roma, via Merulana
234;

nei confronti di

Edil di Cerbo S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE VIII n.
05196/2009, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI
CONSOLIDAMENTO DEI VERSANTI DEL TORRENTE TTERNO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Car Segnaletica S.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 giugno 2012 il Consigliere Doris Durante;
Udito l'avv. Grazzini, per delega dell'avv. D'Aloia;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il Comune di San Lorenzello indiceva una gara per l'affidamento dei lavori di miglioramento delle caratteristiche di stabilità e sicurezza del territorio – opere di completamento di regimentazione delle acque e consolidamento dei versanti lungo il Tirreno in località Piana e Matachiuso.

La gara veniva aggiudicata al raggruppamento tra Edil Di Cerbo s.r.l., Termotetti Costruzioni s.r.l. e Ferrara s.r.l..

2.- Con ricorso al TAR Campania, Car Segnaletica s.r.l., impugnava il provvedimento di ammissione alla gara e di affidamento dei lavori al suddetto raggruppamento con mandataria Edil Di Cerbo s.r.l. e i verbali di aggiudicazione provvisoria e definitiva, lamentando violazione dell'art. 75 del codice dei contratti pubblici e dei principi in materia di esclusione dalle gare d'appalto, violazione dell'art. 37 del codice dei contratti pubblici e dei principi in materia di partecipazione in raggruppamento.

3.- Il TAR Campania accoglieva il ricorso sulla dedotta violazione dell'art. 37 del codice dei contratti pubblici, non risultando indicate nell'offerta dell'a.t.i. aggiudicataria le rispettive quote di partecipazione al raggruppamento e annullava gli atti impugnati compensando tra le parti le spese di giudizio.

4.- Il Comune di San Lorenzello ha impugnato la suddetta sentenza di cui chiede l'annullamento o la riforma alla stregua dei seguenti motivi:

illegittimità della sentenza per violazione di legge ed eccesso di potere per insufficienza della motivazione ed illogicità, nella parte in cui non ha accolto l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado;

illegittimità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 37 del d. lgs. n. 163 del 2006; eccesso di potere per insufficienza della motivazione e per travisamento del riferimento normativo.

Si è costituita in giudizio Car Segnaletica Stradale s.r.l. che ha chiesto il rigetto dell'appello.

Le parti hanno depositato memorie difensive e, alla pubblica udienza del 12 giugno 2006, il giudizio è stato assunto in decisione.

5.- L'appello è infondato e va respinto.

6.- Con il primo motivo d'appello, il Comune appellante ripropone l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per tardività, già respinta dal TAR con motivazione corretta e adeguatamente motivata.

Invero, come rilevato dal TAR, il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva per le imprese che hanno partecipato alla gara decorre dalla data di notifica o comunicazione individuale dell'aggiudicazione definitiva così come dispone l'art. 79, comma 5, del codice dei contratti pubblici.

In mancanza di comunicazione individuale il termine decorre dalla conoscenza dell'atto.

E', invece, del tutto irrilevante la pubblicazione all'albo pretorio del provvedimento con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva, sussistendo, come detto, un onere per le stazioni appaltanti di portare gli esiti della procedura di gara a conoscenza dei concorrenti per mezzo di apposite comunicazioni (cfr. Cons. Stato, VI, 25 gennaio 2008, n. 213; 2 maggio 2006, n. 2445).

Sta di fatto che Car Service s.r.l. è venuta a conoscenza dell'aggiudicazione definitiva, disposta con atto del 27 novembre 2006, solamente in data 29 dicembre 2006 a seguito di accesso agli atti di gara (istanza del 28 novembre 2006 evasa il 13 dicembre 2006).

Rispetto a tale data, cui può farsi risalire la piena conoscenza dell'aggiudicazione definitiva da parte della ricorrente, il ricorso di primo grado notificato il 24 febbraio 2007, è tempestivo.

La censura è, quindi, infondata e va respinta.

6.1- Quanto alla circostanza che non sia stata impugnata l'aggiudicazione provvisoria, è circostanza irrilevante, atteso che trattasi di atto endoprocedimentale, privo di autonoma lesività, essendo solamente l'aggiudicazione definitiva l'atto che individua definitivamente l'aggiudicataria di una gara ad evidenza pubblica.

7.- Privo di pregio è anche il secondo motivo d'appello con il quale è censurata la statuizione del TAR che ha ritenuto fondata la dedotta violazione dell'art. 37 del codice dei contratti pubblici, non avendo il raggruppamento Edil Di Cerbo s.r.l. - Termotetti Costruzioni s.r.l. - Ferrara s.r.l. indicato la quota di partecipazione di ciascuna di esse nel raggruppamento e di effettiva partecipazione ai lavori.

La necessità per i raggruppamenti di tipo orizzontale di indicare la quota di partecipazione riviene direttamente dall'art. 37 citato, che al comma 13 stabilisce che le imprese raggruppate devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alle quote di partecipazione, così prevedendo una esatta corrispondenza tra l'impegno assunto in sede di partecipazione e la fase dell'esecuzione (in tal senso era già la disposizione dell'art. 13 della legge n. 109 del 1994, Legge Quadro in materia di lavori pubblici, abrogata dall'art. 256 del d. lgs. n. 163 del 2006, e l'art. 95 d.p.r. 21 dicembre 1999, n. 554, recante il Regolamento

di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109).

La questione, comunque, allo stato deve ritenersi definitivamente acclarata nel senso dell'obbligo di tutti i raggruppamenti sia di tipo orizzontale che verticale di indicare già in sede di partecipazione le rispettive quote di partecipazione e di esecuzione dei lavori dalle recenti decisioni dell'adunanza plenaria n. 22 del 13 giugno 2012 e 24 del 2012, seppure relative al settore dei servizi.

L'orientamento giurisprudenziale citato è suffragato da una serie di argomenti di natura sistematica e teleologica che tengono conto del contesto normativo, della *ratio legis* e delle finalità perseguite dalla norma.

Invero, l'aggregazione economica di potenzialità organizzative e produttive per la prestazione oggetto dell'appalto, connotante l'istituto delle associazioni di imprese, non dà luogo alla creazione di un soggetto autonomo e distinto dalle imprese che lo compongono, né ad un loro rigido collegamento strutturale, per cui grava su ciascuna impresa, ancorché mandante, l'onere di documentare il possesso dei requisiti di capacità tecnico - professionale ed economico - finanziaria richiesti per l'affidamento dell'appalto. Tanto al fine di evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto da parte di soggetti sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti e per consentire alla stazione appaltante l'accertamento dell'impegno e dell'idoneità delle imprese, indicate quali esecutrici a svolgere effettivamente le «parti» di lavori indicate, in particolare consentendo la verifica della coerenza dell'offerta con i requisiti di qualificazione, e dunque della serietà e dell'affidabilità dell'offerta.

Ne consegue che l'offerta contrattuale, che non contiene la specificazione delle «parti» dei lavori che saranno eseguite dalle singole imprese associate o associate, deve ritenersi parziale e incompleta, non permettendo di ben individuare l'esecutore di una determinata prestazione nell'ambito dell'a.t.i., e rimanendo dunque indeterminato il profilo soggettivo della prestazione offerta.

Le esigenze di controllo e di trasparenza si pongono maggiormente nei raggruppamenti a struttura orizzontale, dove tutti gli operatori riuniti eseguono il medesimo tipo di prestazioni, per cui, in difetto di specificazione è preclusa una verifica in ordine alla coerenza dei requisiti di qualificazione con l'entità delle prestazioni dalle stesse assunte e ciò anche per impedire che il raggruppamento sia utilizzato non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme di ammissione stabilite dal bando e consentire così la partecipazione di imprese non qualificate, con effetti negativi sull'interesse pubblico.

7.1- Quanto alla circostanza rappresentata dal Comune appellante, che nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale tutte le imprese partecipanti sono responsabili in solido dell'intero, sicché imporre la indicazione delle rispettive quote di partecipazione sarebbe superfluo, conformemente alla citata adunanza plenaria, va rilevato che le questioni inerenti al regime di responsabilità delle imprese associate o associande nei confronti della stazione appaltante si muovono su un piano diverso dal sopra delineato contesto finalistico in cui si iscrive la disposizione in esame, persistendo invero le evidenziate esigenze sottese all'obbligo di specificare le «parti» imputate alle singole imprese a prescindere dal regime di responsabilità connotante le diverse forme di a.t.i.

7.2- Quanto alla dedotta indebita compressione del *favor participationis*, deve ritenersi, che la violazione dell'obbligo di cui si discute, incidendo in modo sostanziale sulla serietà, affidabilità, determinatezza e completezza, e dunque sugli elementi essenziali dell'offerta, prevale sul principio di ordine generale del *favor participationis*.

Conclusivamente, deve ritenersi, che l'obbligo in questione, va assolto a pena di esclusione al più tardi in sede di formulazione dell'offerta, sicché la sanzione dell'esclusione rispetta i criteri della proporzionalità e dell'adeguatezza.

Per le esposte ragioni, essendo incontestato che il raggruppamento Edil Di Cerbo s.r.l. - Termotetti Costruzioni s.r.l. - Ferrara s.r.l. in sede di offerta non ha indicato le rispettive quote di partecipazione e che esse non sono comunque deducibili dall'offerta o da altro atto, sicché andava esclusa dalla gara, non può che confermarsi quanto deciso sul punto dal giudice di primo grado.

In conclusione, l'appello deve essere respinto.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza, nell'importo indicato in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello e, per l'effetto, conferma la sentenza di primo grado.

Condanna il Comune di San Lorenzello al pagamento di euro 5.000,00 oltre accessori di legge in favore della Car Segnaletica s.r.l. per spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 giugno 2012 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente FF

Manfredo Atzeni, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/10/2012

IL SEGRETARIO

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