



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 il Lazio

(Sezione Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3528 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Soc. Giustino Costruzioni S.p.a., in persona del legale rappresentante p. t., in proprio e quale mandataria dell'A.T.I. con le Soc. Centraalstaal Bv e Soc. Coop Consorzio Ravennate Coop di Produzione Lavoro p A, rappresentata e difesa dagli avv. ti Arturo Cancrini e Claudio De Portu, presso il cui studio è domiciliata elettivamente in Roma, via G. Mercalli, 13;

contro

la Soc. Italferr S.p.a., in persona del legale rappresentante p. t.;
la Soc. Rete Ferroviaria Italiana S.p.a., in persona del legale rappresentante p. t., rappresentata e difesa dall'avv. Luigi Medugno, presso il cui studio è domiciliata elettivamente in Roma, via Panama, 58;

nei confronti di

Soc Dec S.p.a., in persona del legale rappresentante p. t., in proprio e in qualità di capogruppo mandataria dell'A.T.I. costituita con le società mandanti Hedar Edilizia Metallica S.r.l., Matalcoop s.r.l., Cel.Mac.S. S.r.l., Cogefa S.r.l., Polyproject

S.r.l., Carpem S.r.l., Coelna Impianti S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. ti Vito Agresti e Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione definitiva (sconosciuto, se non per il richiamo di cui alla nota che segue) con cui la Italferr S.p.A. in nome e per conto di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., ha disposto in favore del RTI guidato dalla DEC S.p.A. l'affidamento dell'appalto di "Progettazione esecutiva e lavori per la realizzazione della Stazione Ferroviaria Alta Velocità Napoli Afragola", nonché degli atti indicati nell'epigrafe del ricorso;

della nota del 2.3.2009 prot. DEC.AP.AL.0017138.09.U;

della nota del 23.4.2009 prot. . DEC.AP.AL.0033495.09.U;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Società Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. e Dec S.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, co. 9, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 febbraio 2011 il Cons. Donatella Scala e uditi, altresì, l'avv. De Portu, per la parte ricorrente, l'avv. Medugno per la resistente Soc. Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. e l'avv. Clarizia per la controinteressata Dec S.p.a.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La società Giustino Costruzioni S.p.a. riferisce di avere partecipato, in qualità di mandataria dell'associazione temporanea di imprese con il Consorzio Ravennate

delle Cooperative di Produzione e Lavoro Soc. Coop. p. A. e la CentraalStaal B. V., alla gara mediante procedura aperta bandita da Italferr S.p.a., in nome e per conto di R.F.I. S.p.a., per l'affidamento della "Progettazione esecutiva e lavori per la realizzazione della Stazione Ferroviaria Alta Velocità Napoli Afragola" per un importo a base di gara di € 86.825.507,36, e di essersi classificata al secondo posto, mentre il RTI guidato dalla DEC S.p.a., avendo offerto il prezzo più basso, si è classificata al primo posto.

Con il ricorso in epigrafe impugna la nota con cui è stata comunicata l'aggiudicazione definitiva dell'appalto de quo, essendo emersi, a seguito dell'accesso agli atti di gara in data 19 marzo 2009, profili di illegittimità della procedura.

Deduce, pertanto, con i primi quattro motivi di ricorso, la violazione e/o falsa applicazione degli artt. 37 e 40 del d.lgs. 163/2006, dell'art. 95 del d.P.R. 554/99 nonché dell'art. 3 del d.P.R. 34/2000, della lex specialis di gara, con riferimento ai punti 6.1 e 9.1.m.6. del bando, eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, sviamento, in quanto il RTI controinteressato, carente dei requisiti di qualificazione riferiti alla categoria OS33, non è stato escluso dalla gara.

I. Con riferimento alla categoria di lavorazioni OS33, il RTI Dec, che ha dichiarato di voler eseguire l'88,55% del relativo valore, riservandosi di subappaltare la parte rimanente, ha assunto quote percentuali (ripartite tra le società Dec per il 20,57%, Hedar per il 38,28%, Metalcop per il 20,57% e Celmacs per il 20,57%) superiori alla rispettiva qualificazione come risultante dalle attestazioni SOA, in assenza, peraltro, dei presupposti per beneficiare dell'incremento del quinto dell'importo dei lavori a base di gara di cui al comma 2, art. 3, d.P.R. n. 34/2000.

II. La società Hedar Edilizia Metallica S.r.l. non ha, in concreto, investito nell'appalto i requisiti di qualificazione nella misura minima del 40%, quale capogruppo del sub-raggruppamento temporaneo orizzontale per l'esecuzione

delle lavorazioni in cat. OS33, avendo, invece, dichiarato di assumere solo la quota del 38,28%, in spregio dell'art. 95, comma 2, d.P.R. 554/99.

III. La partecipazione di alcuni dei concorrenti riuniti nel RTI Dec – ed in specie, Dec, Hedar, Metalcop e Celmacs – è stata indicata secondo percentuali di esecuzione delle lavorazioni diverse da quelle di partecipazione al raggruppamento, e, comunque, più alte rispetto alla categoria di qualificazione, in violazione dell'art. 37, comma 13, d.lgs. 163/2006.

IV. La distonia tra quote dichiarate nell'atto di costituzione del Rti, le minori quote di assunzione delle lavorazioni risultanti dall'impegno dichiarato in sede di gara e le inferiori quote relative ai requisiti di qualificazione posseduti dai soggetti raggruppati evidenzia l'illegittimità dell'ammissione alla gara del RTI Dec, risultando contraddittoria ed incerta l'effettiva modalità di concreta esecuzione dell'appalto, non essendovi coerenza tra quanto dichiarato in sede di offerta e l'impegno contratto tra i membri del raggruppamento all'atto della costituzione del RTI, e non essendovi corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione.

V. Deduce, ancora, la ricorrente, la violazione della lex specialis di gara, con riferimento alle prescrizioni di cui ai punti 25, lett. l) e 10 del bando.

Il RTI Dec avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in quanto l'impresa mandataria non ha prodotto la fotocopia del documento di identità del legale rappresentante unitamente all'offerta economica, come invece richiesto, a pena di esclusione, dal bando, al punto 25, lett. l).

VI. Lamenta, con ulteriore mezzo di impugnativa, la violazione dell'art. 38, d.lgs. 163/2006, violazione della lex specialis, eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, sviamento.

Sotto altro profilo, il RTI Dec avrebbe dovuto essere escluso in quanto la mandante Celmacs non ha reso la dichiarazione relativa all'eventuale presenza di

persone cessate dalla carica nell'ultimo triennio e, conseguentemente, non ha dimostrato l'insussistenza delle ipotesi interdittive ex art. 38, comma 1, d.lgs. 163 del 2006 in capo a tutti i soggetti apicali "cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara".

VII. Deduce, ancora, la ricorrente la violazione della *lex specialis* con riferimento al punto 9.1.m.1. del bando, eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, sviamento.

Le imprese Dec, Celmacs e Carpem del Rti Dec hanno presentato il modello predisposto dalla stazione appaltante relativo alla dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà relativamente ai dati contenuti nel certificato camerale omettendo di indicare la residenza dei titolari e direttori tecnici.

VIII. Deduce la ricorrente la violazione dei principi di buon andamento, parità di trattamento e ragionevolezza; la violazione dell'art. 86, d.lgs. 163/2006, eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, sviamento.

La Stazione appaltante non ha assoggettato a verifica di anomalia l'offerta del RTI Dec, ancorché caratterizzata da un ribasso più levato rispetto a quello degli altri concorrenti, e ciò in disparte che le offerte ammesse in gara fossero inferiori a cinque.

Conclude la ricorrente chiedendo l'annullamento degli atti impugnati, con conseguente condanna dalla Stazione appaltante al risarcimento del danno in forma specifica, o, in subordine, per equivalente.

Si è costituita RFI - Rete Ferroviaria Italiana, per resistere al ricorso, eccepandone l'infondatezza; si è costituito, altresì, il controinteressato RTI Dec, che ha, per altrettanto, eccepito l'infondatezza dei motivi di ricorso.

Con ordinanza n. 2458/2009 del 29 maggio 2009 la Sezione ha respinto l'istanza cautelare non avendo ritenuto il ricorso assistito da sufficiente *fumus boni juris*.

Con motivi aggiunti depositati in data 13 luglio 2010, la ricorrente, a seguito della occasionale conoscenza di una sentenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, n. 4019/2010 del 24.6.2010) resa in relazione all'aggiudicazione di un'altra e diversa gara indetta dalla medesima Stazione appaltante, è venuta a conoscenza che dal certificato del casellario giudiziario relativo all'amministratore unico e legale rappresentante della Soc. Dec riporta una sentenza penale passata in giudicato non dichiarata all'atto della partecipazione alla gara, circostanza questa che è valsa l'esclusione della controinteressata dall'altra gara.

Ritenendo, pertanto, che tale elemento abbia rilevanza anche nella controversia pendente, deduce la violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, con riferimento ai punti 9.1. e 9.1m.2 del bando; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, sviamento.

La circostanza che il legale rappresentante della Dec non abbia fatto menzione della condanna penale, irrogata con sentenza passata in giudicato, per lesioni personali gravissime, pure rientrando tale ipotesi nei casi previsti dalla lex di gara (punto 9.1.m.2 del bando) avrebbe dovuto far conseguire l'esclusione del RTI dalla gara, e ciò in perfetta aderenza con quanto statuito dal Consiglio di Stato con la sopra richiamata decisione, pronunciata in costanza della medesima omissione.

Deduce, ancora, la violazione dell'art. 38, comma 1, lett. h) del d.lgs. 163/2006, e la violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, con riferimento ai punti 9.1. e 9.1m.2 del bando; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, sviamento.

La circostanza che la Soc. Dec abbia celato alla Stazione appaltante l'esistenza di una condanna penale si pone, altresì, in violazione del richiamato art 38, comma 1, lett. h), a mente del quale sono esclusi dalle gare i soggetti che hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure per l'affidamento di pubblici appalti.

La resistente RFI ha spiegato memoria difensiva con cui ha eccepito l'inammissibilità del ricorso introduttivo e dei motivi aggiunti, in quanto la ricorrente si è limitata ad impugnare la sola aggiudicazione provvisoria, mentre non ha impugnato l'aggiudicazione definitiva intervenuta in data 16 giugno 2009, una volta esperita la verifica dei requisiti in capo alla controinteressata; sotto altro profilo, l'irricevibilità dei motivi aggiunti, atteso che la ricorrente ha acquisito sin dal 19 marzo 2009, in sede di accesso ai documenti tutti gli atti di gara, ivi compresa la dichiarazione resa dal legale rappresentante della Dec ai sensi dell'art. 38, d.lgs. 163/2006.

Anche la società controinteressata Dec ha contestato l'ammissibilità del ricorso per omessa impugnazione dell'aggiudicazione definitiva; ha eccepito, per altrettanto, la tardività dei motivi aggiunti in quanto fondati su atti della cui esistenza avrebbe potuto avere contezza usando l'ordinaria diligenza.

Con ordinanza n. 3620/10 del 3 agosto 2010 la Sezione ha respinto anche la seconda istanza cautelare, introdotta con l'atto per motivi aggiunti, ritenendo necessario approfondire nella sede del merito le introdotte eccezioni, e tenuto conto della intervenuta stipula del contratto sin dall'8 luglio 2009 e l'avvenuta esecuzione di oltre due milioni di euro di opere.

Con atto depositato in data 27 settembre 2010 la società ricorrente ha presentato memoria difensiva, con cui ha controdedotto in merito alle eccezioni di parte avversa, unitamente ad ulteriori motivi aggiunti, per impugnare, in via meramente cautelativa, la clausola della *lex specialis* – punto 25, lett. h) del bando – con cui è prevista l'accettazione da parte dei concorrenti, all'atto della presentazione dell'offerta, che la pubblicazione dell'esito della gara implica piena conoscenza dell'esistenza del provvedimento di aggiudicazione e della portata lesiva dello stesso – deducendo, al riguardo, la violazione di norme e principi di carattere generale, anche comunitario, inderogabili.

La ricorrente, ribaditi i già esposti mezzi di censura, ha, infine puntualizzato il contenuto dell'istanza risarcitoria, in forma specifica mediante subentro nell'esecuzione del contratto, ovvero, ove non ritenuto praticabile, per equivalente, sulla base delle voci di danno elencate, ovvero, in via ulteriormente gradata, a norma dell'art. 35, d.lgs. n. 80/1998, come modificato dall'art. 7, legge 205/2000.

In vista della discussione alla pubblica udienza del 2 dicembre 2010, fissata con l'ordinanza n. 3620/10 del 3 agosto 2010 sopra richiamata, tutte le parti hanno depositato memorie conclusionali e repliche.

Con ordinanza n. 1882/2010 del 17 dicembre 2010 la Sezione, a scioglimento della riserva assunta alla camera di consiglio del 2 dicembre 2010, ha rinviato d'ufficio a nuovo ruolo la discussione del ricorso alla pubblica udienza del 24 febbraio 2011, sulla base della seguente motivazione: *“RILEVATO che oggetto del ricorso in epigrafe riguarda gli atti della gara per l'affidamento dell'appalto "Progettazione esecutiva e lavori per la realizzazione della Stazione Ferroviaria Alta Velocità Napoli Afragola”; CONSIDERATO che i provvedimenti della cui legittimità si controverte hanno effetti territorialmente limitati, e coincidenti con le zone interessate dai lavori del cui affidamento si controverte; CONSIDERATO che, ai sensi dell'art. 13, primo comma, del codice del processo amministrativo, il Tribunale amministrativo regionale è comunque inderogabilmente competente sulle controversie riguardanti provvedimenti, atti, accordi o comportamenti di pubbliche amministrazioni i cui effetti diretti sono limitati all'ambito territoriale della regione in cui il tribunale ha sede; CONSIDERATO che, a seguito della entrata in vigore del nuovo codice del processo amministrativo, non può affermarsi che sia mutata la competenza territoriale dei Tribunali amministrativi regionali, ripetendosi nell'art. 13, cod. pro. amm., in sostanza, gli stessi principi contenuti negli artt. 2 e 3 della legge 1034 del 1971, ma che la competenza territoriale in primo grado è divenuta inderogabile e che, ai sensi dell'art. 15, cod. proc. amm., il difetto di competenza è rilevato in primo grado “anche d'ufficio”, disposizione, questa, di immediata applicazione anche nei giudizi in corso, trattandosi di norma processuale e non essendo*

diversamente disposto in proposito da una norma transitoria; RITENUTO, peraltro, che il Collegio ritiene di aderire, per motivi di opportunità, all'orientamento già assunto da alcuni Tribunali amministrativi regionali che si sono espressi in proposito (cfr. Tar Campania - Napoli, Sez. VII, sentenza 3 novembre 2010 n. 22276); CONSIDERATO che alla pubblica udienza le parti, informate della questione pregiudiziale, hanno aderito alla stessa, e non hanno discusso la causa nel merito; RITENUTO, pertanto, a scioglimento della riserva assunta alla camera di consiglio del 2 dicembre 2010, di rinviare d'ufficio a nuovo ruolo la discussione del ricorso in epigrafe alla pubblica udienza che si fissa sin d'ora per il 24 febbraio 2011.”;

Quindi alla pubblica udienza del 24 febbraio 2011 la causa è stata trattenuta a sentenza.

DIRITTO

Oggetto di controversia è la gara per l'affidamento della “Progettazione esecutiva e lavori per la realizzazione della Stazione Ferroviaria Alta Velocità Napoli Afragola” indetta da Italferr, per conto di RFI Rete Ferroviaria Italiana S.p.a., per un importo a base di gara di € 86.825.507,36, cui hanno partecipato il Raggruppamento aggiudicatario tra la Dec S.p.a., capogruppo, la Metalcop S.r.l, la Cel.Mac.S S.r.l, la Hedar Edilizia Metallica S.r.l, mandanti, e Cogefa S.r.l, Poly Project S.r.l. Carpem S.r.l, Coelna Impianti S.pa., mandanti cooptate, progettista indicato, Sair – Geie, e l'Associazione temporanea di imprese ricorrente tra Giustino Costruzioni S.p.a., capogruppo, Consorzio Ravennate delle Cooperative di produzione e lavoro, Centraalstaal B.V., mandanti, progettista indicato, Associazione temporanea di progettisti, Scott Wilson LTD, capogruppo, Fi Tre Ingegneria S.r.l, mandante.

Deve essere esaminata, con priorità, l'eccezione con cui le parti resistenti contestano l'ammissibilità del ricorso, avendo la parte ricorrente omesso l'impugnazione della aggiudicazione definitiva intervenuta in data 16 giugno 2009, una volta esperita la verifica dei requisiti in capo alla aggiudicataria dell'appalto.

L'eccezione non può essere accolta.

Come noto, gli artt. 11 e 12, d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, prevedono che all'aggiudicazione definitiva segue la verifica dell'effettivo possesso in capo all'aggiudicatario dei requisiti dichiarati al momento della partecipazione; peraltro, ai sensi del comma 8, dell'art. 11, tale fase di verifica condiziona l'efficacia dell'aggiudicazione, e, ai sensi del successivo comma 9, il termine per la stipula del contratto.

E' stato osservato, in proposito, che l'operazione di semplice riscontro dei requisiti, propria della fase di verifica, siccome priva di volontà discrezionale, non ha carattere di "nuova e autonoma valutazione" (cfr. Cons. St., V Sez., 7 maggio 2008, n. 2089; T.A.R. Napoli, I Sez., 29 gennaio 2009, n. 514; T.A.R. Liguria, II Sez., 3 febbraio 2010, n. 237).

Il Collegio concorda con tale impostazione, atteso che, a ben vedere, il riscontro previsto dall'art. 11, comma 8, del decreto legislativo 163/06 sui requisiti di gara precede la sola efficacia dell'aggiudicazione definitiva già deliberata, non potendosi dubitare che quest'ultima sia già in essere prima e non dopo tale riscontro, e che, pertanto, sia pienamente valida ed autonomamente impugnabile.

Alle illustrate considerazioni consegue che, non essendo necessaria una autonoma impugnazione dell'aggiudicazione definitiva anche dopo tale fase, il ricorso con cui è impugnata l'aggiudicazione definitiva comunicata il 2 marzo 2009 è ammissibile.

Per ragioni di ordine logico, ritiene il Collegio di esaminare, sempre in via prioritaria, il secondo atto per motivi aggiunti, con cui la ricorrente ha impugnato, in via meramente cautelativa, la clausola della *lex specialis* – punto 25, lett. h) del bando – con cui è prevista l'accettazione da parte dei concorrenti, all'atto della presentazione dell'offerta, che la pubblicazione dell'esito della gara implica piena conoscenza dell'esistenza del provvedimento di aggiudicazione e della portata lesiva dello stesso – deducendo, al riguardo, la violazione di norme e principi di carattere generale, anche comunitario, inderogabili.

La ritenuta piena ammissibilità della impugnazione introduttiva, senza che si rendesse necessaria anche la specifica impugnativa delle operazioni svolte al fine della acquisizione di efficacia dell'aggiudicazione già deliberata, ai fini della stipula del contratto, priva di alcun interesse la parte ricorrente all'esame della censura di cui sopra, con conseguente improcedibilità del secondo atto per motivi aggiunti.

Devono essere, ora, scrutinate le censure introdotte con il ricorso.

Con un primo gruppo di censure la parte ricorrente contesta il possesso in capo al RTI aggiudicatario dei requisiti di qualificazione in relazione alle lavorazioni di cui alla categoria OS33.

Il bando di gara ha previsto (punto 6.1), nel caso di partecipazione di imprese in riunione orizzontale, le quote di qualificazione SOA in relazione alle categorie di lavorazioni oggetto di appalto: per i fini di interesse, in relazione alla categoria OS33 (categoria scorporabile e subappaltabile nei limiti del 30%) l'impresa capogruppo deve essere qualificata per classifica pari ad almeno il 40% di quella richiesta all'impresa singola (pari ad almeno il 70%), mentre le imprese mandanti devono essere attestate cumulativamente per la restante percentuale, ma ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'impresa singola pari ad almeno il 70%. Ancora, il punto 9.1.m.6. indica, tra i documenti da inserire a pena di esclusione nella busta A, l'indicazione delle quote percentuali che ciascuna impresa riunita assume all'interno del raggruppamento in ognuna delle categorie di lavori di cui si compone l'intervento per le quali, in possesso della relativa qualificazione, intende qualificarsi, coerentemente, sempre a pena di esclusione, con la disciplina della qualificazione prevista dallo stesso bando di gara.

Il RTI aggiudicatario ha dichiarato, ai fini della partecipazione alla gara de qua, di volersi qualificare in relazione alle singole categorie di lavorazioni secondo le percentuali di specializzazione in possesso di ciascuna concorrente, come indicate in apposita tabella esplicativa: quanto alla categoria di interesse – OS33 – ha

indicato la percentuale complessiva di qualificazione, pari all'88,55% dell'importo a base di gara di euro 14.581.125,70 e le singole quote assunte dal singolo costruttore all'interno del raggruppamento, pari al 20,57% per la DEC S.p.a., la Metalcop S.r.l e la Cel.Mac.S S.r.l., ciascuna, ed il 38,28% per la Hedar Edilizia Metallica S.r.l., per un totale del 100% delle lavorazioni di cui si tratta, in relazione a cui contesta la parte ricorrente l'assenza di sufficiente qualificazione.

L'apparente contraddizione tra i dati di cui sopra si dissipa, però, esaminando l'atto di costituzione del Raggruppamento, ove si legge che le società DEC S.p.a., la Metalcop S.r.l e la Cel.Mac.S S.r.l. e Hedar Edilizia Metallica S.r.l., in possesso dei requisiti di qualificazione SOA per ogni singola categoria secondo le percentuali ivi indicate, ai fini della partecipazione alla gara indetta da Italferr si riuniscono in associazione temporanea d'impresa di tipo misto orizzontale nella verticale, ai sensi degli artt. 34 e 37 del d. lgs. 163/2006 e art. 95, commi 1-4, d.P.R. 554/1990, designando quale capogruppo mandataria la soc. Dec S.p.a., mentre, ai soli fini della ripartizione dei requisiti richiesti con il bando di gara per la categoria OS33, si costituiscono in sub-raggruppamento di tipo orizzontale al cui interno i requisiti sono ripartiti pro quota, secondo quanto disciplinato al punto 6.1.a.2.1. dello stesso bando, qualificandosi per l'ammontare della somma delle iscrizioni possedute dalle medesime in tale categoria, (le società Dec, Cel.Mac.S. e Metalcop per classifica IV° e la Hedar Edilizia Metallica per classifica V°), per un ammontare di euro 12.911.421,00, cifra superiore al 70% (pari ad euro 10.206.787,99), non subappaltabile, dell'importo previsto per tale categoria secondo le seguenti quote:

- Hedar Edilizia Metallica S.r.l., capogruppo del sub raggruppamento, quota del 40% dell'importo per il quale si qualifica il sub raggruppamento (euro 12.911.421,00), pari ad euro 5.164.569,00 – classifica V°;

- DEC S.p.a., mandante sub raggruppamento, quota del 20% dell'importo per il quale si qualifica il sub raggruppamento (euro 12.911.421,00), pari ad euro 2.582.284,00, classifica IV°;
- Metalcop S.r.l, mandante sub raggruppamento, quota del 20% dell'importo per il quale si qualifica il sub raggruppamento (euro 12.911.421,00), pari ad euro 2.582.284,00, classifica IV°;
- Cel.Mac.S S.r.l, mandante sub raggruppamento, quota del 20% dell'importo per il quale si qualifica il sub raggruppamento (euro 12.911.421,00), pari ad euro 2.582.284,00, classifica IV°.

Dunque, le imprese facenti parte del RTI aggiudicatario sono in possesso, in relazione alla categoria OS33, di qualificazione non solo coerente, ma addirittura coincidente, con le quote di partecipazione al sub raggruppamento, pari all'88,55% dell'importo a base d'asta per tale categoria, secondo la ripartizione percentuale consentita dallo stesso bando di gara (punto 6.1), mentre la rilevata discrasia tra quote di partecipazione e quote assunte dai singoli aderenti al RTI è da attribuirsi alla pure consentita possibilità di subappaltare la rimanente parte di lavorazioni, (corrispondente all'11,45% dell'importo a base di gara), giusta quanto pure indicato nella domanda di partecipazione, e che è stata esplicitata con la tabella che ha provocato la censura in esame.

Tanto è sufficiente a far ritenere legittima l'ammissione del RTI aggiudicatario alla gara de qua.

Peraltro, anche sotto altro profilo il RTI Dec risulta in possesso di adeguati requisiti di qualificazione alla stregua di quanto prevede l'art. 3, comma 2, del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, secondo cui la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto, e, nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione si applica con riferimento a ciascuna impresa

raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara.

Dal tenore testuale della norma in esame si evince che non è stata introdotta l'indiscriminata generalizzazione dello strumento dell'aumento di un quinto dell'importo della classifica, in quanto il detto aumento è pur sempre subordinato alla condizione che la singola impresa associata sia comunque qualificata per un importo pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base d'asta.

Peraltro, nelle ipotesi di Ati di tipo verticale o misto, cui la norma pure si applica, la condizione dalla stessa richiamata deve essere riferita ai singoli importi della categoria prevalente e delle altre categorie scorporabili, e ciò in ragione della natura speciale della disposizione di cui al secondo comma, rispetto al primo comma dell'art. 3 in esame, che prevede in via generale che le imprese sono qualificate per categorie di opere generali, per categorie di opere specializzate, nonché per prestazioni di sola costruzione e per prestazioni di progettazione e costruzione, e, nell'ambito delle categorie loro attribuite, sono qualificate in relazione agli importi di cui al successivo comma quattro.

Il necessario raccordo tra le due disposizioni induce a ritenere, pertanto, che l'istituto dell'aumento del quinto per le imprese facenti parte di un raggruppamento di imprese riguarda non il raggruppamento in sé, ma le singole imprese raggruppate; conseguentemente ove si voglia riferire detta disposizione alle associazioni temporanee di imprese di tipo verticale o misto la condizione non può che riguardare i singoli importi della categoria prevalente e delle categorie scorporabili.

Con riferimento al caso in esame, l'aggiudicataria ha costituito un sub raggruppamento di tipo misto in relazione alla sola categoria di opere scorporabile OS33, di talché la possibilità di ampliamento del quinto dell'importo riferito alla classifica di qualificazione per ogni singola impresa, come evincibile dal tenore

della norma in esame, va rapportato all'importo a base di gara della stessa categoria.

Un semplice calcolo matematico dimostra, pertanto, che, al contrario di quanto erroneamente sostiene la parte ricorrente, il RTI di tipo misto, in relazione all'importo relativo alla categoria di lavori scorporabile OS33, per cui è qualificato per un importo (pari a complessivi euro 12.911.421,00) superiore al quinto dell'importo a base di gara (pari ad euro 14.581.125,70), è ampiamente abilitato ad eseguire la quota di lavori come ripartite tra le imprese aderenti, in quanto, sommando il quinto al singolo importo relativo alla categoria di classifica (nella specie, la IV° e la V°, pari, rispettivamente, ad euro 2.582.284,00 e ad euro 5.164.569,00) si supera ampiamente l'importo a base di gara per tale categoria.

Dalle superiori coordinate discende l'infondatezza anche dei rimanenti motivi (dal secondo al quarto) che tutti assumono a presupposto la distonia nelle dichiarazioni di gara da parte del RTI Dec e ne fanno conseguire, a cascata, l'assenza dei requisiti di qualificazione dello stesso raggruppamento sotto i diversi profili ivi evidenziati.

Ed invero, sotto un primo profilo, è indubitabile che la capogruppo del sub raggruppamento, società Hedar Edilizia Metallica S.r.l., sia in possesso della qualificazione relativa alla categoria OS33 per un importo (euro 5.164.569,00, che, peraltro, aumentato del quinto, è pari ad euro 6.197.483) ben superiore al quaranta per cento dell'importo per il quale si qualifica il sub raggruppamento che, come sopra evidenziato, è pari all'88,55% (corrispondente ad euro 12.911.421,00) dell'importo a base di gara per la stessa categoria, e, comunque superiore anche rispetto al quaranta per cento (pari ad euro 2.916.225,14) dell'importo base di euro 14.581.125,70.

Ancora, risulta per tabulas che le quote di lavorazioni relative alla categoria OS33 da eseguirsi da parte delle imprese riunite in sub raggruppamento temporaneo

corrispondono a quelle dichiarate e per le quali le medesime sono qualificate, essendo stata riservata al subappalto la rimanente quota corrispondente all'11,45% dell'importo a base di gara.

Infine, non sussistendo distonia tra quanto dichiarato nell'atto di costituzione del RTI di imprese, quote di assunzione di lavorazioni come da impegno fornito in sede di gara e quote relative ai singoli requisiti di qualificazione posseduti, non ha fondamento quanto paventato dalla parte ricorrente circa l'incertezza in ordine alle effettive modalità con cui le imprese riunite intendono provvedere in sede esecutiva.

Con il quinto motivo di ricorso denuncia la ricorrente la mancata esclusione della parte aggiudicataria per non essere stata inserita copia del documento di identità del legale rappresentante nella busta B, relativa all'offerta economica, in violazione di quanto prevede il bando di gara, punti 10 e 25, lett. l).

Il motivo non ha pregio e deve essere disatteso alla stregua di una più accorta lettura delle clausole del bando che disciplinano la fattispecie.

L'art. 9 de bando ha prescritto termini e modalità di presentazione delle offerte, prevedendo che in unico plico, sigillato a pena di esclusione, fossero inserite, a pena di esclusione, tre buste, la prima (A) relativa alla documentazione, la seconda (B) sigillata a pena di esclusione, in cui inserire l'offerta economica, e, al suo interno, una terza (C), sigillata a pena di esclusione, recante i giustificativi delle voci di prezzo.

Con il successivo punto 9.2 BUSTA B (Offerta economica) è stato previsto che l'offerta nella stessa busta contenuta fosse firmata, a pena di esclusione, in ciascuna pagina, le modalità di compilazione, giusta lo schema di redazione allegato al bando stesso, ed altre indicazioni, senza che fosse precisato alcun onere di allegazione anche del documento di identità; peraltro, in una nota in calce allo schema allegato è stato previsto che l'offerta fosse accompagnata dalla fotocopia

del documento di riconoscimento del firmatario, senza che però alcuna previsione di esclusione in relazione a tale adempimento.

Alla stregua di tali evidenze letterali non è possibile inferire un obbligo, sanzionato con l'esclusione per il caso di inosservanza, di allegazione, anche nella busta B, del documento di identità del firmatario l'offerta economica, né a diverse conclusioni si può pervenire richiamando, come fa erroneamente la parte ricorrente, altri punti del bando

Invero, il punto 10 formula, con prescrizione di chiusura della disciplina delle esclusioni, un generale richiamo alle difformità sostanziali inerenti le offerte e/o la documentazione presentata a corredo delle stesse, idonee a determinare l'esclusione e che presuppongono, dunque, una precisa violazione della *lex specialis*; il punto 25, lett. l), indica la necessità che le sottoscrizioni delle dichiarazioni richieste ai concorrenti siano corredate dalla fotocopia del documento di riconoscimento dei firmatari.

Pertanto, in assenza di una espressa sanzione per l'omessa allegazione di che si tratta, legittimamente non è stata disposta l'espulsione dalla gara del RTI poi risultato aggiudicatario.

Del resto, deve essere aggiunto che nel caso in questione nemmeno può ritenersi infranto, in disparte il dato meramente formale (inserimento del documento di riconoscimento, peraltro, non a pena di esclusione), alcun interesse sostanziale sotteso alla richiesta allegazione, atteso che nessun dubbio è sorto circa l'identità del firmatario dell'offerta economica, che, giova ricordare, era contenuta nella busta sigillata B, a sua volta inserita nella busta A relativa alla documentazione ove, è incontrovertibile, il RTI aveva inserito la fotocopia del documento di riconoscimento del sottoscrittore di tutte le dichiarazioni in essa contenute.

In proposito è stato, condivisibilmente, osservato, che la funzione essenziale dell'allegazione della copia fotostatica del documento d'identità del dichiarante per

comprovare la riferibilità della dichiarazione alla persona fisica può ritenersi ampiamente soddisfatta qualora l'identità del dichiarante sia comunque dimostrata in maniera incontrovertibile, come nel caso di specie, in cui, tutte e tre le buste contenenti la documentazione di gara erano inscindibili, ed è pacifica la presenza, in una delle tre, della copia fotostatica del documento d'identità con l'indicazione dei dati del partecipante alla gara (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 7 maggio 2008, n. 2089, sopra richiamata).

Con il sesto motivo reclama la parte ricorrente l'esclusione del controinteressato RTI in quanto una delle mandanti (la società Cel.Mac.S S.r.l.) non ha reso la dichiarazione relativa alla eventuale presenza di persone cessate dalla carica nell'ultimo triennio e, conseguentemente, non ha dimostrato l'insussistenza di ipotesi interdittive ai sensi dell'art. 38. comma 1, lett. c), d. lgs. 163/2006 in capo a tali soggetti.

Il bando di gara prevede, in proposito, che le imprese partecipanti devono fornire una dichiarazione, successivamente verificabile, resa a i sensi del d.P.R. 445/2000, con cui si attesta di non trovarsi in alcuna delle cause di esclusione previste dall'art. 38, d. lgs. 163/2006: nella dichiarazione devono essere indicate tutte le sentenze di condanna passate in giudicato, tutti i decreti penali di condanna divenuti irrevocabili e tutte le sentenze di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. a carico dei soggetti indicati nella lettera c) dell'art. 38 di cui sopra (cfr. punto 9.1m.2 del bando di gara).

L'onere dichiarativo, a pena di esclusione, di cui sopra può essere scisso in una dichiarazione negativa, assenza di alcuna causa di esclusione ex art. 38, e positiva, indicazione pedissequa di ogni provvedimento penale eventualmente intervenuto a carico dei soggetti indicati nell'art. 38, lett. c), ivi compresi i soggetti cessati dalle cariche associative nell'ultimo triennio.

Ora la ricorrente non contesta che non sia stata prodotta la dichiarazione circa l'insussistenza di cause preclusive ai sensi del ridetto art. 38, ma che, nella dichiarazione resa dalla società Cel.Mac.S S.r.l., relativa ai soggetti cessati da cariche associative, nulla sia stato indicato.

E' agevole, peraltro, replicare, in fatto, che nessun onere di indicazione sussisteva in capo alla società che ha dimostrato di non avere alcun soggetto cessato dalla carica nel triennio antecedente il bando di gara.

Con il settimo motivo deduce la parte ricorrente che le imprese raggruppate nell'associazione temporanea aggiudicatarie non hanno completato il modello relativo ai requisiti generali quanto ai dati riportati nei rispettivi certificati camerali, omettendo, pertanto, di rendere in proposito dichiarazione sostitutiva richiesta, invece, a pena di esclusione.

Anche in tal caso, la censura è smentita in fatto, come da documentazione versata in atti, risultando che le imprese hanno allegato alla domanda di partecipazione anche i certificati C.C.I.A.A., in coerenza con quanto previsto dal bando al punto 9.1.m.1.

Con l'ottavo, ed ultimo, motivo di ricorso, lamenta, infine, la parte ricorrente che l'offerta aggiudicataria non è stata assoggettata alla verifica di anomalia, ancorché caratterizzata da un ribasso assai più elevati rispetto a quello della ricorrente.

Anche tale motivo deve essere disatteso.

Deve essere precisato che alla gara hanno partecipato solo due concorrenti, l'ATI Giustino ricorrente e il RTI aggiudicatario; dunque, nel caso in esame, non ricorrono i presupposti per la verifica obbligatoria dell'anomalia.

Come noto, in virtù dell'espresso rinvio operato dall'art. 86, comma 4, del codice dei contratti, nel caso in cui il numero delle offerte ammesse alla gara sia inferiore a cinque non trova applicazione il criterio d'individuazione delle offerte anomale previste dal comma 1 dello stesso art. 86, ma, la più flessibile disciplina di cui al

comma 3 del medesimo articolo sopra riportato, che, invece, con norma di chiusura, prevede: *“In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa”*.

Tanto precisato, osserva il Collegio che nessun appunto può essere mosso all'operato della Commissione di gara che non ha ritenuto di ricorrere al potere di controllo dell'offerta più bassa, e dunque da considerarsi senz'altro la migliore secondo la disciplina di gara, tenuto conto del metodo di aggiudicazione prescelto, cui il seggio di gara era vincolato, del prezzo più basso, inferiore a quello a base di gara, determinato mediante offerta a prezzi unitari.

Ed invero, la facoltà di procedere comunque alla valutazione della congruità del ribasso, ai sensi dell'art. 86, terzo comma, del codice dei contratti pubblici presuppone un giudizio tecnico della stazione appaltante circa il sospetto di anomalia dell'offerta *“in base ad elementi specifici”*, come ricordato dal legislatore. Solo in tale ipotesi, il sub-procedimento di verifica dell'anomalia deve essere aperto dalla stazione appaltante che, sulla base di elementi oggettivi, procede a richiedere chiarimenti da parte dell'impresa.

Tale attività costituisce, indubbiamente, espressione della discrezionalità riconosciuta dalla legge alle Amministrazioni aggiudicatrici, sindacabile solo in presenza di macroscopica irragionevolezza, che nella specie non sussiste.

Ed invero, la parte ricorrente, a supporto delle proprie tesi, si è limitata ad evidenziare la forte differenza tra lo sconto offerto dalla medesima, pari al 5,08%, e quello oggetto di offerta da parte del RTI resistente, pari al 15,26%, dovuto ad un forte ribasso dei prezzi di alcune voci, senza evidenziare, peraltro, come ha fatto la parte resistente, che in relazione ad altre voci l'offerta aggiudicataria era invece superiore.

E' ragionevole, dunque, che in una considerazione complessiva dell'intera offerta economica la stessa non sia stata considerata anormalmente bassa, in assenza di precisi indici rilevatori, peraltro, nemmeno dimostrati dalla parte ricorrente.

A conclusione dell'esame del ricorso introduttivo, le censure dedotte con lo stesso, complessivamente considerate, sono infondate, e, pertanto, deve essere respinto.

Deve essere, infine, esaminato il primo atto per motivi aggiunti, notificato in data 13 luglio 2010, con cui la ricorrente deduce ulteriori profili di illegittimità della già impugnata aggiudicazione, avendo appreso che il Consiglio di Stato, Sesta sezione, con la sentenza n. 4019/2010 del 24 giugno 2010, resa in relazione ad altra gara sempre indetta da Italferr, ha ritenuto sussistere una causa di esclusione operante nei confronti della società Dec S.p.a., in quanto dal certificato del casellario giudiziario relativo al legale rappresentante della medesima società, riportava una sentenza penale passata in giudicato, e non dichiarata.

Ritenendo la rilevanza di tale circostanza anche nel giudizio pendente, in quanto anche nella gara che ne occupa il legale rappresentante della Dec non ha fatto menzione della condanna penale, irrogata con sentenza passata in giudicato, per lesioni personali gravissime, pure rientrando tale ipotesi nei casi previsti dalla lex di gara (punto 9.1.m.2 del bando), ritiene illegittimo il comportamento della stazione appaltante che non ha escluso il RTI dalla gara.

Ritiene il Collegio, in adesione, peraltro, alle specifiche eccezioni sollevate sul punto dalle resistenti, che l'impugnativa è tardiva.

E' principio ormai consolidato che, nelle procedure competitive per l'assegnazione di pubblici appalti, il provvedimento lesivo, da cui decorrono i termini per l'impugnazione, è l'aggiudicazione definitiva, pertanto, nelle ipotesi in cui la piena conoscenza dello stesso avviene mediante la ricezione della comunicazione individuale, è a tale comunicazione che deve farsi riferimento ai fini della proposizione dell'azione impugnatoria, posto che essa contiene gli elementi

essenziali della decisione e del suo contenuto lesivo; peraltro, è pure pacifico che la conoscenza di ulteriori atti della procedura consente la proposizione di eventuali motivi aggiunti.

Nel caso che ne occupa, alla ricorrente, seconda graduata, è stata comunicata individualmente l'aggiudicazione in capo al RTI resistente, titolare della migliore offerta; successivamente, la medesima parte ha proposto ricorso avverso tale determinazione, avendo esperito accesso agli atti di gara, avvenuto in data 19 marzo 2009, ed essendo in possesso, sin da quella data, di tutti gli elementi utili al fine di percepire le poi dedotte illegittimità della procedura.

Ritiene il Collegio che l'occasionale circostanza, del tutto esterna ed estranea alla odierna vicenda contenziosa, che in altro giudizio sia stata ritenuta illegittima l'aggiudicazione in capo alla società odierna resistente in relazione a condotta – omessa dichiarazione di sentenza penale di condanna – che ben poteva essere rilevata a seguito dell'accesso agli atti di gara, non può essere ora utilizzata strumentalmente per riaprire i termini per impugnare, sotto questo nuovo profilo, l'aggiudicazione definitiva.

Ed invero, una volta selezionata la migliore offerta ed intervenuta l'aggiudicazione definitiva da parte della stazione appaltante all'esito della verifica di legittimità sugli atti della Commissione, la procedura di gara risulta esaurita e il concorrente che intende contestare l'esito a lui sfavorevole della selezione delle offerte ha, dunque, l'onere di impugnare tempestivamente il provvedimento di aggiudicazione, in quanto esso cristallizza il risultato scaturente dalla comparazione delle offerte.

Se l'omessa impugnazione nel termine decadenziale del risultato delle operazioni di gara ne determina l'inoppugnabilità, all'interessato è preclusa, altresì, la sua ulteriore contestazione per profili diversi, che, usando l'ordinaria diligenza, bene avrebbero potuto essere rilevati nei termini decadenziali decorrenti dalla conoscenza dell'esito finale della competizione.

In conclusione, il ricorso deve essere respinto; al rigetto della domanda introdotta in via principale consegue, per altrettanto, il rigetto delle istanze risarcitorie pure introdotte con il ricorso; il primo atto per motivi aggiunti è tardivo, e pertanto, irricevibile; il secondo atto per motivi aggiunti è improcedibile.

Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Terza Ter, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- respinge il ricorso introduttivo;
- dichiara irricevibile il primo atto per motivi aggiunti ed improcedibile il secondo atto per motivi aggiunti;
- respinge l'istanza di risarcimento dei danni.

Condanna la parte ricorrente alla refusione delle spese di giudizio che liquida in euro 2.000,00 (duemila/00) in favore della società Rete Ferroviaria Italiana S.p.a. resistente, ed in ulteriori euro 2.000,00 (duemila/00) in favore della società controinteressata e Dec S.p.a.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Carlo Taglienti, Consigliere

Donatella Scala, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/03/2012

IL SEGRETARIO

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