



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 le Marche

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 815 del 2013, proposto da: Mariotti Costruzioni S.r.l. in proprio e quale Mandataria A.T.I. Mariotti -Pensutti - Solidus- Seste Engineering, rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Maria Stramigioli, con domicilio eletto presso , Segreteria T.A.R. Marche in Ancona, via della Loggia, 24;

contro

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato Interregionale Per Le Opere Pubbliche Emilia Romagna-Marche, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distr. Dello Stato, domiciliata in Ancona, piazza Cavour, 29;

nei confronti di

Societa' Allodi S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Maurizio Discepolo, Marcello Coffrini, Ermes Coffrini, con domicilio eletto presso Avv. Maurizio Discepolo in Ancona, via Matteotti, 99; Impresa Torelli Dottori S.p.A., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- del D.P. prot. N.4721 del 18.09.2013 con il quale il Provveditore Interregionale delle Opere Pubbliche Emilia Romagna – Marche ha approvato “...il verbale di gara informale esperita in data 23.1.2012, 7.2.2013 e 14.3.2013, con il quale le opere in narrativa vengono provvisoriamente aggiudicate all'A.T.I Allodi S.r.l. - Ferroni Primo & C. s.p.a., e si approva l'aggiudicazione definitiva alla mandataria Allodi S.r.l. con sede in Parma, Via Argonne 8/bis – per le motivazioni esposte in narrativa – per un importo netto contrattuale di €7.179.242,51 di cui €7.095.712,51 per lavori, €272.978,21 per oneri della sicurezza non soggetti a ribasso ed €83.530,00 per progettazione esecutiva”;

- della nota 23.09.2013 prot. n. 12411 con la quale il Dirigente dell'Ufficio 1 – Sezione Contratti del Provveditorato Interregionale ha comunicato alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva dell'appalto avvenuta con D.P. n. 4721 del 18.09.2013 in favore della sola mandataria Allodi S.r.l. di Parma in applicazione dell'art. 37 comma 19 del D.Lgs. n. 163/06;

- del verbale di verifica della congruità dell'offerta ex art. 86 comma 3 D.Lgs. 163/06 del 24.7.2013 e delle operazioni a tal fine effettuate così come risultanti dal citato verbale, oltre al provvedimento a firma del Dirigente - Responsabile del procedimento del Provveditorato

Interregionale prot. n. 4191 del 6.8.2013 con il quale, all'esito del citato sub-procedimento di verifica della congruità, l'offerta presentata dall'A.T.I. Allodi S.r.l. – Ferroni S.p.a. è stata giudicata "non anomala”;

NONCHE' di

di ogni atto presupposto, conseguente e, comunque, connesso.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti e di Provveditorato Interregionale Per Le Opere Pubbliche Emilia Romagna-Marche e di Societa' Allodi S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 gennaio 2014 il dott. Giovanni Ruiu e uditi per le parti i difensori Enrico Maria Stramigioli; Andrea Honorati per l'Avvocatura Distrettuale dello Stato; Maurizio Discepolo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La società ricorrente ha partecipato alla gara informale indetta dal Provveditorato Interregionale per le Opere Pubbliche dell'Emilia Romagna-Marche, indetta con lettera d'invito lettera 16.11.2012 Prot. 15811 per conto dell'Agenzia del Demanio, ai sensi dell'art. 17 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., per l'appalto della "progettazione esecutiva ed esecuzione lavori di razionalizzazione e valorizzazione dell'area demaniale destinata a Comando dei Vigili del Fuoco di Ancona - Sede Centrale" per un importo complessivo di Euro 8.540.982,88.

Nella lettera è specificato che i concorrenti devono essere qualificati nella Cat. OG1 Class. VI ovvero nella Cat. OG1 Class. V oltre che nelle categorie scorporabili subappaltabili 0S23, 0S21, 0S30, 0S28 e 0S3. In mancanza, il concorrente poteva associarsi con altra impresa in possesso di adeguate qualificazioni nelle predette categorie o avvalersi dei requisiti di altro soggetto.

Alla gara, da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa, partecipava la S.r.l. Allodi di Parma quale mandataria in ATI con la S.p.a. Ferroni Primo (mandante).

Con D.P. Prot. 4721 del 18.09.2013 il Provveditore Interregionale alle Opere Pubbliche Emilia Romagna – Marche approvava "... il verbale di gara informale esperita in data 23.1.2012, 7.2.2013 e 14.3.2013, con il quale le opere in narrativa vengono provvisoriamente aggiudicate all'ATI Allodi S.r.l. – Ferroni Primo. La Torelli Dottori S.p.A si piazzava al secondo posto, l'odierna ricorrente al terzo.

La società ricorrente impugna l'aggiudicazione a favore della controinteressata, deducendo i seguenti motivi di ricorso.

a) Illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere. Violazione e falsa applicazione dell'art. 37 c. 5,9,10,19 del D.Lgs. 163/2006 - Erroneità dei presupposti e difetto di istruttoria.

Sarebbe stato violato l'art. 37 c.19 del d.lgs 163/2006, in quanto la gara sarebbe stata aggiudicata nonostante la Allodi S.r.l. abbia perso, nelle more della gara, i requisiti di qualificazione, a causa del ritiro della mandataria S.p.a. Ferroni Primo, posta in scioglimento e liquidazione in data 24/29.04.2013. Essa ha successivamente presentato domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 161 co. 6 L.F. in data 3.5.2013 (ammissione poi disposta con decreto del Tribunale di Parma 7.10.2013 n. 29). La necessaria classe VI della categoria OG1 sarebbe stata conseguita dall'aggiudicataria solo in data 27.5.2013, ben successiva alla conclusione della gara e alla stessa aggiudicazione provvisoria. Parte ricorrente afferma la violazione della norma sotto diversi profili: in particolare

-tale norma sarebbe applicabile solo alla fase di esecuzione del contratto;

-non sarebbe applicabile ai casi di messa in liquidazione e concordato preventivo;

-in ogni caso la Società Allodi s.r.l. non aveva, ai sensi del citato articolo, il possesso dei requisiti di idoneità per l'esecuzione dell'appalto, avendoli conseguiti solo dopo la scadenza del termine delle offerte e la stessa aggiudicazione

provvisoria, per cui non sarebbe applicabile la giurisprudenza “permissiva” in materia di gare pubbliche.

b) Violazione e falsa applicazione dell'art. 86 c.3 c, del d.Lgs. 163/2006 — Erroneità dei presupposti e travisamento di fatti, difetto di istruttoria, difetto di motivazione, illogicità e irrazionalità, contraddittorietà, inattendibilità e incongruità dell’offerta, inattendibilità delle giustificazioni.

La controinteressata, a seguito di un’errata indicazione della manodopera avrebbe, in sede di giustificazioni, modificato l’offerta in modo da provocare una riduzione delle ore lavorate non adeguatamente giustificata.

c) Illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere dell’offerta della seconda classificata Torelli-Dottori S.p.A.

L’offerta avrebbe una percentuale di ribasso incongrua e non potrebbe superare la verifica di anomalia.

Si sono costituite l’Avvocatura di Stato per la Stazione Appaltante e la controinteressata aggiudicataria, resistendo al ricorso e chiedendone il rigetto. La Torelli Dottori S.p.A, seconda classificata, non si è costituita.

Con ordinanza 431/2013, questo Tribunale accoglieva l’istanza cautelare ai soli fini di permettere la stipulazione del contratto.

Alla pubblica udienza del 9.11.2014 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1 Va preliminarmente rilevato che il ricorso in epigrafe, appare di dubbia ammissibilità. Difatti, nel caos in esame la ricorrente si è classificata terza e la censura presentata nei confronti della seconda classificata nell’appalto si rivela di assoluta genericità, ipotizzando un’esclusione in sede di verifica (peraltro facoltativa) di anomalia. Non vi è quindi presenza di un interesse strumentale, ma di un interesse meramente ipotetico, fatto che non vi sono censure volte a ottenere la ripetizione della gara.

In considerazione dell'impugnazione della medesima procedura con altro ricorso da parte della seconda classificata Torelli Dottori SpA (rig. 824/2013), in decisione in questa stessa udienza, e dell'infondatezza dell'odierno ricorso, si ritiene comunque di trattarlo nel merito.

2 Il ricorso è infondato e deve essere respinto.

2.1 Con riguardo al primo motivo di ricorso, la questione verte essenzialmente su un problema di diritto. Il primo problema che si pone è, se alla luce dell'art. 37 c.9 e c. 19 del d.lgs 104/2012, siano possibili modificazioni dell'ATI prima dell'esecuzione dei lavori, nelle more dell'aggiudicazione. Il secondo, che presuppone la risposta positiva al primo, concerne i limiti dell'applicazione di tale principio e in che modo possa essere applicato rispettando i principi in materia di par condicio, evitandone l'utilizzo come scorciatoia da imprese non dotate dei requisiti di qualificazione.

2.2 Il Collegio ritiene che la risposta alla prima domanda debba essere affermativa e che l'Amministrazione, sia pure in un caso sicuramente particolare, abbia fatto buon governo dei principi in materia di gare pubbliche nell'applicare le norme citate.

2.3 Le parti hanno richiamato la copiosa giurisprudenza a sostegno delle opposte tesi in materia. Com'è noto, esiste in giurisprudenza una tesi sostanzialista (CdS Sez. VI 16.2.2010 n. 842; V 10.9.2010 n. 6546; IV, 6.7.2010 n. 4332) che ammette, dopo l'aggiudicazione, il recesso o l'estromissione di una o più imprese raggruppate ove quelle rimanenti siano in possesso dei necessari requisiti di qualificazione. Si sostiene sul tema che il divieto posto dall'art. 37, c.9 del d.Lgs n. 163 del 2006 riguarderebbe solo l'aggiunta o la sostituzione di componenti, non anche il venir meno, senza sostituzione, di alcuni di essi. L'ipotesi trae giustificazione e fondamento dalla considerazione che lo scopo perseguito dalla norma in questione sarebbe quello di consentire alla stazione appaltante di verificare il possesso dei

requisiti di qualificazione dei concorrenti e, correlativamente, di impedire modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, suscettibili di vanificare l'anzidetta verifica preliminare, fermo restando che la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo non deve avvenire per eludere la disciplina di gara, per evitare cioè la sanzione di esclusione dalla procedura concorsuale per difetto dei requisiti a carico del componente rinunciatario. In quest'ultimo caso, come ritenuto da questo Tribunale con sentenza 23.1.2012 n. 51, vale il principio per cui il recesso dell'impresa componente di un raggruppamento nel corso della procedura di gara non vale a sanare ex post una situazione di preclusione all'ammissione alla procedura sussistente al momento dell'offerta in ragione della sussistenza di cause di esclusione riguardanti il soggetto recedente.

2.4 L'Adunanza plenaria, seppure in via incidentale, ha sposato, con la sentenza 8/2012 la tesi della possibilità di modificazioni in riduzione dell'ATI, ed è da questi tesi sostanzialista che bisogna partire per stabilire la correttezza dell'operato della Stazione Appaltante.

2.5 Nel caso in esame, la situazione di fatto si presenta del tutto peculiare. Per tale motivo è necessario riportare in dettaglio il susseguirsi dei fatti che hanno riguardato il possesso della qualificazione SOA OG1 della categoria VI per l'aggiudicataria.

-l'aggiudicazione provvisoria viene disposta con verbale del 14.3.2014. In questo momento il requisito è sempre posseduto attraverso la mandante dell'ATI.

-successivamente inizia la verifica di congruità dell'offerta, che è dichiarata non anomala dal RUP in data 6.8.2013.

- nelle more di tale verifica, come dichiarato in atti dall'Allodi Srl con nota del 26.6.2013 inviata alla Stazione appaltante e sostanzialmente non contestato, è alla pervenuta alla mandataria, in data 20.6.2013, una nota della mandante. In essa si informava l'Allodi Srl che la Ferroni Primo SpA era stata posta in liquidazione in

data 24.4.2013, presentando richiesta di concordato preventivo e si dichiarava il disinteresse a proseguire nella gara.

- la Allodi s.r.l. acquistava l'attestazione SOA per la categoria in data 27.5.2013.

2.6 Ne consegue che:

-al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte e dell'aggiudicazione provvisoria la Allodi Srl possedeva il requisito tramite la propria mandataria Ferroni Primo S.p.a.

-al momento dell'aggiudicazione definitiva il requisito è posseduto in proprio tramite attestazione SOA per la categoria del 27.5.2013.

2.7 Alla luce dell'orientamento in precedenza riportato, l'operato della Stazione Appaltante sarebbe indubbiamente corretto se l'aggiudicataria fosse stata già in possesso, al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, della necessaria attestazione SOA. Nel caso in esame, invece, attestazione SOA richiesta dal bando è stata ottenuta nelle more della verifica di anomalia e dei requisiti.

2.8 Il Collegio ritiene che, in questo caso, non si possa che valutare la situazione di fatto alla luce dei principi fatti propri all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nella citata sentenza 8/2012 e, in particolare, della ratio del divieto posto dall'art. 37 c.9 del d.lgs 163/2006, con riguardo alla legittimità delle modificazioni in riduzione dei concorrenti. L'articolo, come interpretato dall'Adunanza Plenaria citata, serve per consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara, precludendo modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari. Tale orientamento da un lato, non penalizza la stazione appaltante, non creando incertezze, e dall'altro lato non penalizza le imprese, le cui dinamiche non di rado impongono modificazioni soggettive di consorzi e raggruppamenti, per ragioni che prescindono dalla singola gara, e che

non possono precluderne la partecipazione se nessun documento ne deriva per la stazione appaltante, Né si verifica una violazione della par condicio dei concorrenti, perché non si tratta di introdurre nuovi soggetti in corsa, ma solo di consentire a taluno degli associati o consorziati il recesso, mediante utilizzo dei requisiti dei soggetti residui, già comunque posseduti (AP 8/2012 cit.).

2.9 Nel caso in esame, a parere del Collegio non emerge alcuna elusione dei controlli effettuati dalla Stazione Appaltante e bene ha fatto la stessa Stazione Appaltante a interpretare l'art. 37 c.9 alla luce del comma 19 del medesimo articolo (sia pure previsto per la sola esecuzione del contratto). Difatti, va condivisa l'affermazione della ricorrente, peraltro contenuta anche nelle memorie della controinteressata, per cui il riferimento all'art. 37 c.19 del d.lgs 163/2006 non sia sufficiente a giustificare il provvedimento impugnato. Ma tale articolo può indubbiamente considerarsi un valido ausilio interpretativo ai principi giurisprudenziali in materia di modificazione soggettiva sopra ricordati. Come già detto, in casi come questo il punto fondamentale è sempre la presenza o meno di un'elusione dei controlli, elusione di cui, nel caso in esame non vi è alcun indizio. Difatti, come risulta dalla scansione temporale degli eventi (non contestata) la messa in liquidazione della mandante è stata ben posteriore alla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta e alla stessa aggiudicazione provvisoria.

2.10 Va inoltre rilevato che la messa in liquidazione, successiva alla gara, della mandante, non era necessariamente causa di esclusione della stessa, ai sensi dell'art. 38 del d.lgs 163/2006, in quanto le società in liquidazione possono, previa volontà del liquidatore e verifica della loro idoneità, comunque partecipare alle gare, secondo certe condizioni, ai sensi dell'art. 186 delle L.F. Nel caso in esame, la società è stata posta in liquidazione il 24.4.2013 e ha informato l'aggiudicataria di non essere interessata alla prosecuzione dell'appalto solo in data 20.6.2013, avendo presentato richiesta di concordato preventivo in data 3.5.2013 (nella missiva citata

si parla di una precedente riunione tra le due società, ma non vi sono date). In assenza del sospetto di una manovra per eludere i controlli della Stazione appaltante, si deve ritenere che la verifica dei requisiti vada effettuata al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, della gara e dell'aggiudicazione definitiva. Nel caso in esame, il possesso dei requisiti da parte della Allodi s.r.l. (prima in ATI e successivamente da sola) è stato, sostanzialmente, senza soluzione di continuità.

2.11 Ne consegue che, ad avviso del Collegio, il comportamento della Stazione Appaltante è stato in linea con l'orientamento, condiviso dal Collegio, che ammette la modificazione in riduzione dei raggruppamenti temporanei. Ciò porta al respingimento del ricorso, in quanto:

-in realtà l'art. 37 c. 19 del d.lgs 163/2006 non è stato oggetto di applicazione analogica, ma costituisce solo applicazione dei principi giurisprudenziali in tema di modificazione soggettiva delle RTI oggettiva, condivisi dal Collegio;

-ne consegue l'irrilevanza del fatto che la società ricorrente sia stata posta in liquidazione e ammessa a concordato preventivo e non fallita;

-non può quindi essere condiviso il secondo motivo di ricorso, relativo all'assenza dei requisiti al momento della scadenza del termine per la presentazione delle offerte. In tale data i requisiti erano posseduti dall'ATI;

-vi è stata sostanziale continuità tra la presenza della attestazione SOA dell'ATI e quella della mandataria, dato che il recesso della mandante risulta comunicato solo dopo il conseguimento dell'attestazione della categoria VI della mandataria, e la modificazione dell'ATI è dovuta a fattori esterni e scelte imprenditoriali e non all'elusione dei controlli in materia di idoneità.

3 Con il secondo motivo di ricorso, parte ricorrente lamenta, essenzialmente la scarsa accuratezza della Stazione Appaltante nella verifica di anomalia. In pratica, a causa di un'errata indicazione del costo della manodopera, la ricorrente avrebbe

mantenuto invariata tale parte dell'offerta economica diminuendo il numero delle ore lavorate. Lamenta quindi che, acriticamente, la Stazione Appaltante, dopo avere chiesto le relative giustificazioni, avrebbe recepito le giustificazioni redatte dalla ricorrente sul punto, che hanno affermato la correttezza del costo impiegato secondo gli standard in relazione alla specificità del cantiere.

3.1 La censura si presenta gravemente generica. Si premette che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, nelle gare pubbliche il giudizio di verifica delle congruità di un'offerta anomala ha natura globale e sintetica sulla serietà dell'offerta stessa nel suo insieme e costituisce espressione di un potere tecnico discrezionale dell'Amministrazione di per sé insindacabile in sede di legittimità, salvo che nelle ipotesi in cui le valutazioni siano manifestamente illogiche o fondate su insufficiente motivazione o affette da errori di fatto (fra le tante CdS Sez. III, 15.7.2011 n. 4322). E' ben noto, inoltre il principio per cui, in sede di presentazione delle giustificazioni sulle offerte anomale, l'impresa partecipante può operare modulazioni dell'offerta a suo tempo presentata con la conseguenza che, mentre l'offerta economica in quanto tale resta imm modificabile, possono invece essere modificate e integrate le giustificazioni, sino a consentire (ad esempio) compensazioni fra sovrastime e sottostime, purché l'offerta risulti nel suo complesso coerente ed affidabile al momento dell'aggiudicazione (CdS Sez. V, 20.2.2012, n. 875; Sez. VI, 24.8.2011, n. 4801). Ovviamente, è anche vero che l'impresa la cui offerta è assoggettata a verifica di anomalia è tenuta a fornire dati concreti ed attendibili, idonei a descrivere in modo univoco il contenuto dell'offerta e a confermarne la complessiva attendibilità e sostenibilità sotto il profilo economico finanziario (CdS sez. VI 2.5.2012 n. 2506). Nel caso in esame, però, non viene dedotto alcun elemento per cui il numero di ore di lavoro, modificato a seguito dell'errore materiale (non contestato) dichiarato dall'aggiudicataria, pur diminuito, debba considerarsi incongruo. Ciò non viene

dedotto né dal confronto altre offerte, né con altri standard in materia, Si lamenta solo un difetto di istruttoria della Stazione Appaltante che, qualora non avesse elementi per ritenere anomalo il numero di ore lavorate dichiarate in base all'offerta rimodulata, non aveva certo l'obbligo di verificare ulteriormente, e in base ai principi sopra ricordati, l'offerta dell'aggiudicataria. Il motivo deve quindi essere respinto.

4 Il terzo motivo, relativo all'offerta della seconda classificata, è irrilevante alla luce del respingimento delle censure avverso l'aggiudicazione dell'appalto all'Allodi Srl. In ogni caso, come già detto, lo stesso è inammissibile anche per l'assoluta genericità della sua formulazione.

4.1 Il ricorso deve, per le considerazioni di cui sopra, deve essere respinto.

4.2 La particolarità della situazione di fatto e i contrasti giurisprudenziali in materia giustificano la compensazione delle spese.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per le Marche (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Ancona nella camera di consiglio del giorno 9 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Gianluca Morri, Presidente FF

Tommaso Capitano, Consigliere

Giovanni Ruiu, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2014

IL SEGRETARIO

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