

N. 01548/2014REG.PROV.COLL.

N. 00141/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

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 141 del 2012, proposto da:
ditta individuale Coiges di Copertino Idilia, in proprio e quale Mandataria Costituendo R.T.I., Rti - Nuova Antincendio, rappresentati e difesi dagli avvocati Carmine Bencivenga, Davide Maggiore, con domicilio eletto presso Maria Federica Della Valle, in Roma, via S. Ilaria, n. 2;

contro

Comune di Pisticci, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Anio D'Angella, con domicilio eletto presso la Segreteria della Sezione V del Consiglio di Stato, p.za Capo di Ferro, n. 13;

nei confronti di

Simel di Greco Mario & C. Snc in proprio e quale mandataria Rti, Rti - 2c Impianti di Pietro Cantasano, Rti - Laviola Pietro Santino, impresa individuale Raimondo Vincenzo in proprio e quale mandante costituendo Rti, Rti - Pype Line Snc, Edison Impianti di Locaso Daniele in proprio e quale Mandataria Costituendo Rti, Rti - impresa individuale Montemurro D. Mattia;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Basilicata – Potenza, Sezione I, n. 488/2011, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara per l'affidamento del servizio di conduzione, gestione e manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione, elettrici, termici e di climatizzazione ed antincendio - risarcimento danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Pisticci;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 marzo 2014 il Cons. Luigi Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Andrea Abbamonte, su delega dell'avvocato Carmine Bencivenga e Marco Petrone, su delega l'avvocato Anio D'Angella;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Basilicata, l'odierna appellante agiva per ottenere l'annullamento della determinazione 20 ottobre 2010, n.81, con la quale il dirigente del settore affari legali e lavori pubblici del Comune di Pisticci aveva approvato il verbale di gara informale relativo alla procedura negoziata per l'affidamento del "servizio di conduzione, gestione e manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione, elettrici, termici e di climatizzazione ed antincendio..." e aveva disposto l'aggiudicazione in favore dell' A.T.I. SIMEL di Greco Mario & c. s.n.c./ 2C IMPIANTI/LAVIOLA Pietro Santino. Con lo stesso ricorso avanzava richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto e subentro nella posizione di aggiudicataria ed, in via subordinata, di risarcimento del danno.

2. La gara in questione aveva ad oggetto una procedura negoziata per l'affidamento, tramite cottimo fiduciario, dei seguenti servizi: quale prevalente, il servizio relativo alla "realizzazione, gestione, manutenzione impianti della pubblica illuminazione" e quali servizi secondari quelli relativi alla "realizzazione, gestione e manutenzione impianti tecnologici (elettrici, termici, antincendio e ricarica estintori)". La lettera d'invito stabiliva in Euro 185.000,00 l'importo dei lavori posti a base di gara e fissava quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, determinato mediante ribasso percentuale sull'importo posto a base di gara.

3. Il primo Giudice respingeva le domande contenute nel ricorso introduttivo, a cagione dell'infondatezza dei motivi di ricorso spiegati dall'odierno appellante. A tanto portava l'esame delle censure aventi ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione a favore della controinteressata. Il riscontro negativo dell'esistenza degli stessi, infatti, consentiva al Tribunale di non passare all'esame delle doglianze dirette a contestare la partecipazione alla procedura di gara delle ditte classificatesi alla seconda e terza posizione, poiché la loro eventuale fondatezza non sarebbe stata comunque idonea a far ottenere il bene della vita cui la ricorrente aspirava. Del pari, veniva dichiarato improcedibile per difetto di interesse il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.

3.1. In particolare, il TAR riteneva infondata la prima censura, non ravvisando una violazione dell'art. 37, comma 12, del Codice dei contratti pubblici nel caso di riunione in A.t.i. di imprese prequalificatesi separatamente, in assenza di un divieto di tal fatta contenuto nel sopra indicato Codice o nella *lex specialis*. Il Giudice di prima cure, al riguardo, concludeva che l'immodificabilità soggettiva subentri dopo la presentazione dell'offerta, discostandosi dal parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 7 febbraio 2003, n. AS251, alla stregua di quanto già affermato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 588/09.

3.2. Ancora la sentenza oggetto di gravame riteneva destituita di fondamento la lamentata violazione della *lex specialis*, laddove aveva previsto la produzione da parte delle concorrenti del certificato della Camera di commercio relativo a tutti i servizi oggetto di gara, poiché nessuna delle imprese costituenti il raggruppamento dell'A.T.I. aggiudicataria risultava in possesso del certificato specificamente previsto per la ricarica degli estintori (classificata dalla Camera di commercio con il codice ATECO 33.12.55 relativo alla riparazione e manutenzione estintori, inclusa la ricarica), costituente servizio secondario, a norma dell'art.2, lett. h) del d.m. 22 gennaio 2008, n.37 (Regolamento concernente l'attuazione dell'articolo 11-*quaterdecies*, comma 13, lettera a) della legge n. 248 del 2 dicembre 2005, recante riordino delle disposizioni in materia di attività di installazione degli impianti all'interno degli edifici). Il TAR, al riguardo, faceva notare che la stazione appaltante aveva legittimamente ritenuto il possesso dell'abilitazione per l'attività di ricarica degli estintori come assorbito dall'abilitazione ed iscrizione nella camera di commercio per gli impianti di protezione antincendio.

3.3. A giudizio del TAR non poteva trovare positivo riscontro neanche la denunciata violazione del punto 3 della lettera d'invito, che limitandosi a prevedere che "qualora il concorrente invitato possieda l'iscrizione per il solo servizio prevalente dovrà costituire un' A.T.I. verticale con soggetti in possesso della iscrizione per i servizi secondari", non comportava alcuna preclusione alla possibilità di costituire anche raggruppamenti di tipo orizzontale, come pure previsto dal medesimo art. 37, comma 2, del d.lgs n. 163/2006. Nella fattispecie, pertanto, la circostanza che sia la SIMEL di Greco Mario & C. S.N.C. (mandataria) sia la ditta 2C IMPIANTI possedessero singolarmente i requisiti di partecipazione alla procedura negoziata e avessero cumulato detti requisiti ai fini della partecipazione alla gara, non aveva determinato alcuna violazione delle prescrizioni della *lex specialis* di gara, avendo tali imprese esercitato una facoltà espressamente riconosciuta dal legislatore.

3.4. Del pari il primo Giudice riteneva non sussistente la dedotta violazione del punto 4 della *lex specialis* di gara recante le modalità di presentazione delle offerte, che aveva imposto a ciascuna impresa associata in A.T.I. (costituita o costituenda) di rendere la dichiarazione, ai sensi dell'art. 47 del d.p.r. n. 445/2000, di aver preso visione del disciplinare del servizio e di accettare tutte le condizioni in esso contenute. Tale prescrizione, infatti, non risultava essere sanzionata con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura. Ne conseguiva secondo il TAR che la dichiarazione in questione, che era stata resa dalla mandataria anche per conto della ditta Laviola Pietro Santino mandante, costituiva una irregolarità suscettibile di essere regolarizzata a norma di quanto previsto dall'art. 46 del d.lgs n. 163/2006, che prevede in capo alla stazione appaltante il potere-dovere di consentire ai concorrenti l'integrazione di documenti e/o dichiarazioni

la cui produzione non costituisca onere da assolvere a pena di esclusione.

3.5. Il mancato annullamento dell'aggiudicazione impediva secondo il Giudice di prime cure di dichiarare l'inefficacia del contratto, non essendo a tal fine sufficiente la rilevazione della violazione della clausola di *stand still*, di cui all'articolo 11, comma 10, del D.Lgs. n. 163 del 2006.

4. Con appello notificato il 3 gennaio 2012 depositato il 9 gennaio 2012, l'originaria ricorrente invoca la riforma della sentenza impugnata, affidando le proprie difese ai seguenti motivi: a) sarebbe erronea la sentenza, poiché due concorrenti invitati singolarmente non potrebbero presentare offerta come costituendo r.t.i., ciò in quanto la qualifica di concorrente sarebbe assunta sin dal momento dell'invito alla gara. Tale principio sancito per le ipotesi di procedura di gara ristretta con fase di prequalifica sarebbe *a fortiori* applicabile alle procedure negoziate. L'iniziativa assunta dalla stazione appaltante ex art 125 d.lgs. n. 163/2006, escluderebbe che i soggetti invitati possano associarsi tra loro. Inoltre, una diversa conclusione avallerebbe l'esistenza di un meccanismo anticoncorrenziale; b) sarebbe erronea la sentenza nella parte in cui non ha rilevato la violazione della *lex specialis*, poiché le altre imprese partecipanti non possiederebbero l'iscrizione alla camera di commercio per l'attività di ricarica degli estintori (classificata con il codice ATECO 33.12.55), essenziale ai fini della partecipazione alla gara, tanto che lo stesso disciplinare indicherebbe eventualmente la possibilità di ricorrere in sua assenza allo strumento del r.t.i. verticale. Un simile requisito non potrebbe essere surrogato dal possesso della iscrizione per l'attività di realizzazione di impianti antincendio, tanto che questa attività sarebbe classificata con il codice ATECO 43.22.03; c) l'A.T.I. aggiudicataria sarebbe di tipo orizzontale, eventualità non consentita dalla *lex specialis*; d) il punto 4 della *lex specialis* prevedrebbe, anche se non espressamente, che a pena di esclusione tutte le imprese facenti parte dell'ATI presentino dichiarazione di presa visione e accettazione del Disciplinare del Servizio, mentre la mandante dell'ATI aggiudicataria non l'ha fatto.

4.1. Di seguito, l'appellante ripropone i motivi 3, 4 e 5 del ricorso introduttivo, non esaminati dal primo Giudice, in merito alla mancata esclusione anche della seconda e della terza classificata e

avanza richiesta di declaratoria di inefficacia e subentro, nonché di risarcimento del danno.

5. In data 2 febbraio 2012 viene depositata attestazione di rinuncia all'azione risarcitoria da parte dell'odierna appellante indirizzata all'amministrazione comunale, i cui effetti vengono contestati dalla stessa appellante, che ritiene la stessa non possa avere alcun valore nel caso di impossibilità di subentro.

6. Nelle proprie difese l'amministrazione comunale chiede la conferma del *decisum* del primo Giudice, sostenendo che: I) l'appello sarebbe improcedibile, poiché il contratto è scaduto e l'appellante ha dichiarato di rinunciare al risarcimento per equivalente; II) l'appello sarebbe inammissibile, perché l'appellante è quarta classificata; III) l'appello sarebbe inammissibile, perché non vi sono censure alla sentenza, ma reiterazione dei motivi di primo grado; IV) la sentenza sarebbe corretta avendo seguito l'esegesi affermatasi nella giurisprudenza di questo Consiglio (in particolare Cons. St., n. 588/2008) sull'interpretazione dell'art. 37, comma 12, d.lgs. n. 163/2006; V) la gara è stata aggiudicata con il sistema del cottimo fiduciario ai sensi dell'art. 125, commi 4 e 11, d.lgs. n. 163/2006, per l'urgenza di affidare il servizio, pertanto trattandosi di gara informale le prescrizioni non avrebbero quella rigidità tipica delle procedure ordinarie, specie considerando l'esiguità dell'importo del servizio (2.000,00 euro) e il dettato dell'art. 41 del disciplinare di gara che, nell'elencare le operazioni a carico dell'appaltatore, farebbe riferimento alla voce "*Fornitura, verifica e/o ricarica degli estintori*", ponendo l'attività di ricarica come alternativa rispetto a quella di fornitura e verifica. Inoltre, il disciplinare di gara non sanzionerebbe con l'esclusione l'assenza del suddetto requisito. Ancora, le prime tre classificate sarebbero in possesso dell'iscrizione per il servizio più ampio di Gestione e Manutenzione degli Impianti antincendio. Inoltre, l'art. 2 lett. h) d.m. 28 gennaio n. 37, prevedrebbe che gli impianti di protezione antincendio comprendono anche gli impianti di estinzione di tipo automatico e manuale; VI) la possibilità di formare un'a.t.i. orizzontale, non potrebbe escludersi sulla scorta di quanto stabilito dalla *lex specialis*; VII) la mancata accettazione della mandante sarebbe una mera irregolarità, per la quale non sarebbe prevista l'esclusione; VIII) infondati sarebbero anche i motivi non esaminati dal primo Giudice; IX) la presunta violazione della clausola di *stand still* non potrebbe comportare l'invalidità dell'aggiudicazione.

DIRITTO

1. L'appello è infondato e non merita di essere accolto, dovendo trovare piena conferma la pronuncia di prime cure; pertanto, possono non essere esaminate le eccezioni preliminari spiegate dall'amministrazione comunale descritte nella parte in fatto.

2. La prima doglianza ha ad oggetto l'esegesi dell'art. 37, comma 12, d.lgs. 163/2006, secondo il quale: "*In caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti*". La norma in questione non può essere interpretata nel senso indicato dall'appellante, perché in questo modo si darebbe spazio ad un'esegesi inutilmente restrittiva in ordine alla possibilità di utilizzare lo strumento dell'associazione temporanea di imprese, che, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, ha una *ratio* profondamente proconcorrenziale, consentendo un più ampio accesso al mercato dei

contratti pubblici anche a soggetti che singolarmente non avrebbe i requisiti necessari per risultare aggiudicatari.

Vero è che questo Consiglio con la sentenza 8 marzo 2006, n. 1267, ha ritenuto che due o più imprese concorrenti individualmente prequalificate non possono concorrere in associazione temporanea alla successiva competizione mediante la presentazione di un'offerta congiunta, salvo che il bando non preveda diversamente. Ma si tratta di un'impostazione che deve cedere il passo ad altro condivisibile orientamento illustrato nella sentenza di questo Consiglio n. 588 del 20 febbraio 2008 (in senso conforme, Cons. Stato, Sez. V, n. 6619 del 2002; n. 5309 del 2003), che ha chiarito come il principio di immodificabilità soggettiva viene in rilievo soltanto all'indomani della presentazione dell'offerta e non nelle fasi di gara a questa precedente. Del resto anche dal punto di vista letterale sia l'art. 37, comma 12, che l'art. 125, comma 11, d.lgs. n. 163/2006, fanno riferimento alla nozione di "operatore economico" e di "candidato", ossia di un soggetto che ancora deve presentare la propria offerta. Un'opposta interpretazione non potrebbe armonizzarsi con il testo del comma 9 dell'art. 37, d.lgs. n. 163/2006, che vieta la modificazione della composizione delle a.t.i. all'indomani dell'offerta.

Sul punto va anche rammentato come un simile divieto sia stato analizzato dalla sentenza n. 8 del 2012 dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, secondo la quale: *"In tema di appalti pubblici, ai sensi dell'art. 13 comma 5 bis L. 11 febbraio 1994 n. 109, il cui contenuto è stato trasfuso nell'art. 37 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, il divieto di modificazione della compagine delle Associazioni temporanee di imprese nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione è finalizzato a impedire l'aggiunta o la sostituzione di Imprese partecipanti all'a.t.i. e non anche a precludere il recesso di una o più di esse, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. o Consorzio, e non invece per eludere la legge di gara (in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. venuto meno per effetto dell'operazione riduttiva)".* Pertanto, in assenza di un esplicito divieto contenuto nella *lex specialis*, stante la riconosciuta possibilità per gli operatori economici invitati di costituire associazioni temporanee di imprese, sarebbe irragionevole ritenere possibile una modificazione soggettiva delle a.t.i. costituenti o costituite e non consentire che gli operatori economici invitati possano utilizzare lo stesso strumento.

3. Del pari, non merita di essere accolta la seconda censura con la quale l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha rilevato che le imprese facente parte dell'a.t.i. aggiudicataria non possiederebbero l'iscrizione alla camera di commercio per l'attività di ricarica degli estintori (classificata con il codice ATECO 33.12.55). Sul punto appare corretta la riflessione del primo Giudice che ha notato come a norma dell'art.2, lett. h), del d.m. 22 gennaio 2008, n.37, (Regolamento concernente l'attuazione dell'articolo 11-quaterdecies, comma 13, lettera a) della legge n. 248 del 2 dicembre 2005, recante riordino delle disposizioni in materia di attività di installazione degli impianti all'interno degli edifici) gli impianti di protezione antincendio comprendono anche "gli impianti di estinzione di tipo automatico e manuale".

Inoltre, l'a.t.i. aggiudicataria è in possesso dell'iscrizione alla camera di commercio per l'attività di "Installazione di impianti di spegnimento antincendio (inclusi quelli integrati e la manutenzione e riparazione)" (classificata con il codice ATECO 43.22.03), sicché legittimamente la stazione appaltante ha ritenuto il possesso dell'abilitazione per l'attività di ricarica degli estintori come assorbito dall'abilitazione ed iscrizione nella camera di commercio per gli impianti di protezione antincendio.

4. Infondata risulta essere anche la terza doglianza. Ed infatti, la lettera d'invito, al punto 3, comma 3, prevede che *"qualora il concorrente invitato posseda l'iscrizione per il solo servizio prevalente dovrà costituire un' A.T.I. verticale con soggetti in possesso della iscrizione per i servizi secondari"*; da una simile prescrizione non si può evincere, come ritiene l'appellante, un divieto di utilizzazione dello strumento dell'a.t.i. orizzontale, che, peraltro, risulterebbe fortemente sistematica e priva di una comprensibile giustificazione.

5. Da ultimo, va disattesa anche la censura relativa alla violazione del punto 4 della *lex specialis*. Appare agevole osservare che l'obbligo in questione non era assistito da una clausola di esclusione. Inoltre, la dichiarazione non risulta assente, ma presentata dalla mandataria per la mandante, sicché risulta essersi in presenza di una irregolarità comunque non sanzionata dalla legge di gara con l'esclusione. Pertanto, la stazione appaltante avrebbe potuto fare uso del potere di soccorso istruttorio previsto dall'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163/2006.

6. L'infondatezza delle doglianze inerenti i capi della sentenza che hanno valutato i motivi di ricorso aventi ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione consente di prescindere dall'esaminare i motivi riproposti dall'appellante avverso la seconda e la terza classificata, difettando un idoneo interesse da parte dell'odierno appellante.

7. Allo stesso tempo, la legittimità del provvedimento di aggiudicazione consente di confermare la sentenza di prime cure nella parte in cui ha ritenuto di non disporre la declaratoria di inefficacia del contratto, che deve necessariamente essere preceduta dalla caducazione dell'aggiudicazione. Quest'ultima, peraltro, non può discendere dalla violazione della clausola di *stand still*, che non si traduce *ex se* in un vizio dell'aggiudicazione.

8. Da ultimo, va disattesa anche la riproposta istanza risarcitoria, non solo perché vi è stata rinuncia alla stessa, ma anche perché in assenza della violazione di una norma da parte dell'amministrazione non è possibile ravvisare un

illecito addebitabile in capo a quest'ultima.

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello (R.141/2012) come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ditta individuale Coiges di Copertino Idilia al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida in 5.000,00 (cinquemila/00) euro, oltre accessori di legge, in favore del Comune di Pisticci.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Fulvio Rocco, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/03/2014

IL SEGRETARIO

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