

Le ATI non possono in alcun modo variare la loro composizione rispetto “a quella risultante dall’impegno presentato in sede di offerta” nel quale, quindi, devono essere precisate tutte le circostanze che legittimano le singole imprese alla partecipazione alla gara risolvendosi in una modifica non consentita anche solo la diversa configurazione dell’ATI quanto ai requisiti di partecipazione richiesti al raggruppamento ed alle singole partecipanti, mandataria e mandanti.

Il primo insegnamento che possiamo trarre dalla decisione numero 1903 del 7 aprile 2006 emessa dal Consiglio di Stato è il seguente:

<La norma, che fissa un principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche infatti tende a garantire una conoscenza piena da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le Amministrazioni stesse consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti idoneità morale, tecnico- organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere>

ma non solo.

<La circostanza che nei confronti della ricorrente sia stata in un primo momento valutata la posizione come mandataria di una ATI orizzontale e solo dopo quale mandataria di una ATI di tipo verticale non modifica in alcun modo i termini della questione qui esaminata: i requisiti richiesti non erano in possesso della Società in parola e questo dato giustifica la sua esclusione anche solo con riguardo alla prima valutazione effettuata>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione) ANNO 2004

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

- sul ricorso in appello n. 9898/2004 del 12/11/2004, proposto dalle società ***. S.r.l., ***. S.r.l., Impresa *** Massimiliano S.a.s. ed Edilizia *** S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti, rappresentate e difese dagli avv.ti Luigi Manzi e Silvia Felicetti, con domicilio eletto in Roma, via Federico Confalonieri, 5, presso lo studio dell’avv. Luigi Manzi;

contro

il Comune di Roma, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall’avv. Antonio Graziosi, con domicilio in Roma, via del Tempio di Giove 21 presso l’Avvocatura Comunale di Roma;

per la riforma

della sentenza del TAR Lazio - Roma: Sezione II n. 4562/2004, resa tra le parti;

- sul ricorso in appello n. 9899/2004 del 12/11/2004, proposto dalla società *** S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giuseppe Iurilli e Silvia Felicetti, con domicilio eletto in Roma, via Cairoli, 24, presso lo studio dell’avv. Giuseppe Iurilli;

contro

il Comune di Roma, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Graziosi, con domicilio in Roma, via del Tempio di Giove 21 presso l'Avvocatura Comunale di Roma;

la *** S.r.l., in persona del legale rappresentante, non costituitasi;

l'Impresa di *** Sergio, in persona del legale rappresentante, non costituitasi;

la *** S.r.l., in persona del legale rappresentante, non costituitasi;

per la riforma
della sentenza del TAR Lazio - Roma: Sezione II n. 4558/2004, resa tra le parti;

Visti gli atti di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Roma;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Visto il dispositivo di decisione n. 511/2005;

Alla pubblica udienza del 25 Ottobre 2005, relatore il Consigliere Cons. Goffredo Zaccardi ed uditi, altresì, gli avvocati Manzi, Felicetti, Graziosi e Iurilli;

FATTO E DIRITTO

1) I due ricorsi indicati in epigrafe possono essere riuniti, al fine della decisione con unica sentenza, perché connessi oggettivamente ed, in parte, anche soggettivamente.

2) Deve precisarsi preliminarmente, rinviando per la conoscenza degli ulteriori elementi di fatto agli scritti difensivi delle parti che contengono una accurata ricostruzione dei fatti di causa, che le due Società appellanti nei ricorsi qui riuniti (*** s.r.l., in seguito *** ed *** s.r.l., in seguito ***) sono state escluse dalla partecipazione alla selezione pubblica indetta per l'affidamento della manutenzione e sorveglianza delle opere d'arte a carattere stradale dei Municipi I-X del Comune di Roma e nei loro confronti è stato emesso il provvedimento di irrogazione delle sanzioni di cui all'articolo 10, comma 1-quater della legge n. 109 dell'undici febbraio 1994 (legge 109/1994) nonché l'incameramento della cauzione provvisoria prevista dalla norma richiamata in conseguenza della esclusione dalla gara. Questi provvedimenti sono stati impugnati in primo grado.

2.1) L'esclusione è stata disposta, come risulta dal verbale di gara del 24 dicembre 2001 n. 4505 (versato in atti dal Comune di Roma il 7 dicembre 2004 in entrambi i giudizi qui in esame) perché la ***, quale mandataria di una Associazione di imprese (ATI) con *** M., Edilizia *** e Cogecro, non aveva indicato la suddivisione, tra le imprese associate, delle categorie richieste dal bando per ciascuna delle partecipanti al raggruppamento e non era in possesso dei requisiti previsti dal DPR n.

34 del 25 gennaio 2000, articolo 31, primo comma, lettera a) e dall'articolo 95, secondo comma, del DPR 21 dicembre 1999 n. 554 (DPR 554/1999) (vale a dire il 40% "dell'importo dell'appalto da affidare") per la mandataria per l'ipotesi che l'ATI fosse orizzontale nonché, per la diversa ipotesi che l'ATI fosse di tipo verticale, non aveva documentato una cifra di affari in lavori almeno pari a 1,75 volte l'importo della categoria prevalente prevista nel bando di gara, sempre a tenore delle norme richiamate ed avuto riguardo al terzo comma del ripetuto articolo 95 del DPR 554/1999.

Nei riguardi della *** mandataria di una ATI con Somaco, Di *** e Galoppi, invece, l'esclusione è stata disposta perché non era in possesso del requisito richiesto alla mandataria dal ripetuto articolo 31, primo comma, lettera a) del DPR 34/2000, nelle ATI di tipo orizzontale motivazione poi precisata nell'atto di incameramento della cauzione anche con riguardo alla carenza del requisito in questione anche se l'ATI fosse stata di tipo verticale.

2.2) Si deve ancora precisare che le due Società attuali appellanti, per le quali residua un interesse alla definizione del giudizio solo per quel che concerne l'incameramento della cauzione e della esclusione in quanto da quest'ultimo provvedimento derivi automaticamente l'incameramento della cauzione, avevano dichiarato il possesso dei requisiti di partecipazione con formule diverse. Dette formule attestavano, rispettivamente, per la *** e le sue associate, il "possesso dei requisiti speciali di cui all'art.95, comma 3, del DPR 554/1999" mentre, per la *** e le sue associate, il possesso dei requisiti di cui all'articolo 75 del DPR 554/1999 nonché dei "requisiti speciali di cui all'art.31 del DPR 34/2000 in misura non inferiore a quanto previsto dal medesimo articolo 31, comma 1 e 2" con l'unica eccezione della Galoppi s.r.l. che, in aggiunta al possesso dei requisiti generali aveva indicato le attestazioni SOA utili per dimostrare la qualificazione per i lavori richiesti dal bando di gara (cfr. la produzione in atti del Comune di Roma già citata).

2.3) Va chiarito, ulteriormente che mentre la SE. MA aveva fatto riferimento nella sua domanda di partecipazione alla gara ad una ATI di tipo verticale (attraverso il riferimento al terzo comma dell'art. 95 del DPR 554/1999 salvo poi unire una polizza fideiussoria della SAI Assicurazioni s.p.a. in cui la copertura assicurativa per la prestazione della cauzione definitiva aveva riguardo ad una ATI di tipo orizzontale), la *** non aveva indicato alcuna tipologia di ATI nella sua istanza di partecipazione alla gara ed aveva anch'essa unito una polizza fideiussoria che si riferiva ad una associazione di tipo orizzontale.

3) La tesi sostenuta negli appelli è che, trattandosi nel caso di specie di associazioni di tipo misto, orizzontali quanto alla categoria prevalente e verticali quanto alle opere scorporabili, il Comune di Roma avrebbe dovuto valutare il possesso dei requisiti suindicati e di cui le stesse Società avevano dichiarato il possesso non con riguardo all'importo complessivo dell'appalto da affidare ma, invece, con riferimento all'importo dei lavori rientranti nella categoria prevalente con il che le Società appellanti avrebbero soddisfatto il requisito di partecipazione in parola.

Questa è essenzialmente la questione di diritto posta con gli appelli qui esaminati.

4) Ritiene il Collegio che, per più ragioni qui di seguito indicate, la tesi qui sintetizzata non può essere condivisa.

4.1) In primo luogo si deve considerare che le ATI non possono in alcun modo variare la loro composizione rispetto "a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta" nel quale, quindi, devono essere precisate tutte le circostanze che legittimano le singole imprese alla partecipazione alla gara risolvendosi in una modifica non consentita anche solo la diversa configurazione dell'ATI quanto ai requisiti di partecipazione richiesti al raggruppamento ed alle singole partecipanti, mandataria e mandanti.

In questo senso è ben chiaro il disposto dell'articolo 13, comma 5-bis, della legge 109/1994.

La norma, che fissa un principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche infatti tende a garantire una conoscenza piena da parte delle Amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le Amministrazioni stesse consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti idoneità morale, tecnico- organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere.

4.2) Da altra angolazione è evidente, a giudizio del Collegio, che, mancando una specifica indicazione da parte delle Società appellanti nelle loro istanze di partecipazione alla natura mista delle rispettive ATI di cui erano mandatarie ed, inoltre, dei requisiti, propri e delle mandanti, che consentivano al raggruppamento di considerarsi idoneo, è stato violato un onere di corretta informazione dell'altra parte, possibile contraente, nella fase delle trattative preliminari onere imposto dal rispetto del principio di buona fede e che non richiede, quindi, alcuna specifica previsione normativa.

4.3) Né, e l'argomento è decisivo per il Collegio, si può ritenere che a fronte di atti tipici di espressione della autonomia negoziale delle imprese, quali sono indubbiamente sia la costituzione di associazioni temporanee che le condizioni e modalità specifiche di partecipazione di ogni singola componente, possa intervenire, ad integrazione della volontà non manifestata da soggetti privati nell'esercizio del loro diritto di libera ed autonoma iniziativa economica (nel caso di specie quanto alla imputabilità a ciascuna impresa degli elementi necessari per conseguire il possesso del requisito complessivamente richiesto), una attività dell'Ente Pubblico che procede nell'espletamento di una procedura concorsuale per l'affidamento di lavori e che deve avere di mira, non interessi particolari di singoli concorrenti, ma l'interesse pubblico al corretto gioco della concorrenza che può garantire i migliori risultati all'azione amministrativa diretta alla esecuzione di determinati lavori pubblici.

Vi sarebbe, oltre a questo ostacolo di principio, non superabile a giudizio del Collegio, anche una chiara violazione della parità di condizioni tra i partecipanti alle gare perché con la sua eventuale attività integrativa della volontà non espressa dai partecipanti l'Amministrazione aggiudicatrice potrebbe giungere al risultato della ammissione in gara di soggetti che non hanno esplicitato le condizioni che ne legittimano l'ammissione e che in ragione di tale carenza ne dovrebbero restare esclusi.

4.4) Peraltro, a riprova di quanto si è sin qui osservato, nel caso di ATI con molti partecipanti in mancanza di una indicazione delle stesse imprese delle rispettive quote di assolvimento dei requisiti richiesti, il numero delle possibili combinazioni in base alle quali il raggruppamento potrebbe comprovare la sua idoneità renderebbe, con evidenza, estremamente gravoso, se non impossibile, l'accertamento del possesso dei requisiti di una ATI di tipo misto (nei casi qui in esame sarebbero almeno sedici le diverse possibilità su cui l'Amministrazione dovrebbe effettuare le sue verifiche), ma in caso della presenza di raggruppamenti con componenti più numerosi il numero delle possibili combinazioni sarebbe esponenzialmente superiore.

5) Alla stregua delle considerazioni che precedono gli appelli qui riuniti sono respinti posto che l'esclusione delle Società appellanti appare sorretta da una ragione giustificativa sufficiente e congrua: non aver espressamente indicato che l'ATI si presentava alla gara in forma mista ed, inoltre, non aver precisato quali imprese, e per quali categorie di opere, garantivano il conseguimento dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria richiesti dovendo il Comune di Roma applicare, sul presupposto di tale carenza, le regole generali delle ATI di tipo orizzontale e verticale.

5.1) Appare ancora utile aggiungere che le decisioni, cui si richiama la difesa delle Società appellanti, con cui l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici ha ritenuto che nei casi qui in esame non ricorressero i presupposti per la loro esclusione dalla gara in parola sono del tutto influenti sia per l'autonomia che connota il procedimento amministrativo che si conclude con le determinazioni, anch'esse amministrative dell'Autorità, sia perché nel caso di specie le decisioni sono state rese sul presupposto, erroneo secondo le risultanze degli atti di causa, che le due Società si fossero costituite in sede di gara come associazioni di tipo misto.

6) E', tuttavia, necessario precisare che la considerazione anche della carenza dei requisiti richiesti per le ATI di tipo verticale, se mostra lo scrupolo dell'Amministrazione appellata nel verificare la insussistenza dei requisiti di partecipazione richiesti per partecipare alla gara attraverso un riscontro immediato ed oggettivo, non comporta affatto la necessità di svolgere una ulteriore indagine per verificare il carattere misto dell'ATI di cui le Società appellanti erano mandatarie, carattere, come detto, non espressamente dichiarato.

6.1) La circostanza che nei confronti della *** sia stata in un primo momento valutata la posizione come mandataria di una ATI orizzontale (nel verbale del 24 dicembre 2001 pag.2 in fine) e solo dopo quale mandataria di una ATI di tipo verticale (nel successivo provvedimento di incameramento della cauzione) non modifica in alcun modo i termini della questione qui esaminata: i requisiti richiesti non erano in possesso della Società in parola e questo dato giustifica la sua esclusione anche solo con riguardo alla prima valutazione effettuata.

Né è esatto che il primo giudice si sia affidato alla considerazione della sola motivazione attinente al primo ordine di valutazioni come risulta dalla sentenza appellata (pagine 7 ed 8).

7) Né può essere in questo contesto trascurata la circostanza che, se era ammissibile, anche prima della esplicita previsione dell'art. 13, terzo comma della legge 109/1994 nel testo modificato con l'art. 7, comma primo, della legge 1 agosto 2002, n. 166, la partecipazione alla gare pubbliche di ATI di tipo misto, in linea con i principi comunitari e di diritto interno che tendono a consentire la massima partecipazione ed apertura delle procedure concorsuali ad evidenza pubblica a tutti gli operatori idonei, per conseguire questo effetto è necessario, quanto meno, che le Amministrazioni stesse avessero incluso una specifica disposizione nel bando di gara che prevedesse tale facoltà con il che, nel caso di specie, anche per tale via si giustifica la determinazione del Comune di Roma che, non avendo previsto tale disciplina speciale ha applicato, quanto alla misura dei lavori svolti di cui si chiedeva l'effettuazione da parte delle mandatarie delle ATI partecipanti alla gara, la regola generale che prevede il possesso di una determinata percentuale di cifra d'affari in lavori con riguardo all'importo globale dell'appalto e non con riferimento alle opere della categoria prevalente.

8) Sussistono ragioni per compensare integralmente tra le parti le spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sui ricorsi in appello di cui in epigrafe, previa loro riunione, li rigetta con conferma delle sentenze appellate; spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 25 Ottobre 2005
DEPOSITATA IN SEGRETERIA - Il 7 aprile 2006

