

N. 01335/2013 REG.PROV.COLL.

N. 01325/2009 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1325 del 2009, proposto da:

Carron Angelo S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Francesca Francescutti, Franco Stivanello Gussoni, Guido Sartorato, con domicilio eletto presso Franco Stivanello Gussoni in Venezia, Dorsoduro, 3593; Estia S.r.l., rappresentato e difeso dall'avv. Guido Sartorato, con domicilio eletto presso Franco Stivanello Gussoni in Venezia, Dorsoduro, 3593;

contro

Comune di Vicenza in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dall'avv. Nicola Creuso, con domicilio eletto presso la Segreteria dell'intestato TAR ai sensi dell'art. 25, comma 1, lettera a), c.p.a.; Impresa Guerrino Pivato S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Roberta Bognolo, Giuliano Neri, con domicilio eletto presso Roberta Bognolo in Venezia, San Marco, 4325;

nei confronti di

Intercantieri Vittadello S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Alfredo Biagini, con domicilio eletto presso Alfredo Biagini in Venezia, S. Croce, 466/G; Ar S.r.l.;

per l'annullamento

della determinazione dirigenziale P.G. n. 16457 del 17 marzo 2009 con cui il Comune di Vicenza ha aggiudicato all'Associazione Temporanea di Imprese tra Intercantieri Vittadello l'appalto per l'esecuzione dei lavori di "ampliamento del Museo e Piazza Santa Corona".

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Vicenza in Persona del Sindaco P.T. e di Intercantieri Vittadello S.p.A. e di Impresa Guerrino Pivato S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2013 la dott.ssa Silvia Coppari e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso ritualmente notificato, la società Carron Cav. Angelo s.p.a. ha impugnato la determinazione n. 16457 del 17 marzo 2009 con la quale il Comune di Vicenza ha aggiudicato all'ATI fra Intercantieri Vittadello s.p.a. e AR s.r.l. l'appalto per l'esecuzione di lavori di "ampliamento del Museo e Piazza Santa Corona – Ricomposizione dell'ex Convento e sistemazione della Chiesa - P stralcio sistemazione della Chiesa".

2. La ricorrente si è classificata al secondo posto in graduatoria con un punteggio di 89,770 dietro al costituendo raggruppamento tra le società Intercantieri Vittadello s.p.a. e AR s.r.l. che ha totalizzato un punteggio di 90,196.

2.1. Il gravame è affidato ai seguenti tre motivi di ricorso:

I) violazione dell'art. 95 del d.P.R. 554 del 1999, dell'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 9.C) del disciplinare di gara.

Nella conformazione dell'ATI aggiudicataria dell'appalto sarebbe stato, invero, «totalmente disatteso l'equilibrio tra mandante e mandataria prescritto in via generale dall'art. 95, comma 3, del d.P.R. 554/1999, secondo il quale, per le associazioni di tipo verticale, "i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla capogruppo nella categoria prevalente"» e dall'art. 37, comma 6, del d.lgs. 163/2006 «che dispone, in caso di ATI verticale, che i requisiti di cui all'art. 40 "devono essere posseduti dal mandatario per i lavori della categoria prevalente e per il relativo importo"». Nel caso di specie, infatti, l'impresa Vittadello s.p.a. mediante l'utilizzo dello strumento dell'avvalimento, avrebbe costituito un raggruppamento «elusivo» della suddetta disciplina nel quale, di fatto, la mandante (AR s.r.l.) possiede integralmente i requisiti concernenti la categoria prevalente (OG2), oltre al requisito relativo alle opere speciali per quanto concerne la categoria OS2, mentre la mandataria (Vittadello s.p.a.) si limita a possedere quelli concernenti (alcune e neppure tutte) le categorie scorporabili (OS28 e OS30) per un importo totale di Euro 677.709,58 su un importo complessivo dei lavori pari ad Euro 4.954.616,40.

II) Violazione dell'art. 4.a) del bando e violazione dell'art. 3, comma 2, d.P.R. 34/2000.

Anche ammettendo la legittimità dell'avvalimento da parte della mandataria dei requisiti della mandante per la categoria prevalente OG2, l'ATI Intercantieri Vittadello s.p.a. non possiederebbe comunque la categoria prevalente OG2 nella classifica V prevista dal bando, dal momento che AR s.r.l., impresa ausiliaria e mandante di Intercantieri Vittadello s.p.a., è qualificata nella categoria

OG2 solo per la classifica IV, ovvero in una classifica inferiore a quella prevista dal bando, non potendo beneficiare dell'aumento del 20% previsto dall'art. 3, comma 2, del d.P.R. 34/2000, che presupporrebbe la «necessaria coincidenza tra il soggetto titolare della qualifica richiesta per l'appalto in misura minima, il soggetto beneficiario e l'esecutore materiale dei lavori». Peraltro, anche volendo ammettere l'applicazione dell'aumento del quinto di cui all'art. 3, comma 2, cit. pure in caso di avvalimento, la IV classifica di cui si è avvalsa la mandataria non risulterebbe in ogni caso sufficiente

a consentire la partecipazione alla gara dell'ATI Vittadello proprio perché il bando ha richiesto la maggiore qualifica V.

III) Violazione degli artt. 86, comma 5, 87 e 88, d.lgs. n. 163 del 2006; violazione della par condicio tra i concorrenti e del principio di buona amministrazione, poiché il procedimento di verifica dell'offerta anormalmente bassa espletato dalla Commissione di gara avrebbe di fatto consentito all'aggiudicataria di integrare un'offerta lacunosa e non affidabile, in violazione delle specifiche previsioni del disciplinare di gara, che descrivevano analiticamente il contenuto delle giustificazioni a corredo dell'offerta economica.

3. Si sono costituite in giudizio l'amministrazione comunale e la controinteressata Intercantiere Vittadello s.p.a. che, con rispettive articolate memorie, hanno chiesto il rigetto del ricorso per l'infondatezza di tutte le censure.

4. Con ordinanza n. 681 del 2009 è stata respinta la domanda di sospensione cautelare del provvedimento di aggiudicazione, non essendo ravvisabili apprezzabili profili di *fumus boni iuris*.

5. In vista dell'udienza fissata per la trattazione del merito, le parti hanno depositato memorie ai sensi dell'art. 73 del c.p.a.

6. In particolare, con memoria conclusiva datata 7 ottobre 2012, la controinteressata ha, fra l'altro, sollevato l'eccezione di sopravvenuta improcedibilità del ricorso in considerazione del fatto che i lavori oggetto dell'appalto in esame sarebbero stati già ultimati il 15 ottobre 2012, con conseguente completo esaurimento della procedura di gara per l'affidamento dei lavori. Di qui la sopravvenuta carenza di interesse in ordine all'impugnazione dell'aggiudicazione dell'appalto, non potendo il concorrente trarre più alcuna utilità dall'eventuale annullamento di essa.

7. All'udienza pubblica del 24 ottobre 2013, dopo ampia discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso si articola in tre censure: con le prime due si ipotizza una causa di invalidità dell'offerta della controinteressata con conseguente richiesta di esclusione del raggruppamento aggiudicatario e scorrimento della graduatoria in favore della ricorrente; con la terza si contesta la legittimità del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario e «la mancata esclusione della ditta all'esito del procedimento di verifica» medesimo.

2. Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione di sopravvenuta carenza di interesse sollevata dalla controinteressata in considerazione del fatto che i lavori oggetto di affidamento risulterebbero già ultimati il 15 ottobre 2012.

2.1. L'eccezione non merita accoglimento, poiché nel caso in esame permane l'interesse della ricorrente alla declaratoria di illegittimità degli atti impugnati ai sensi e per gli effetti dell'articolo 34, comma 3, del c.p.a., quale interesse fondante un'eventuale domanda di risarcimento del danno da proporre con autonomo giudizio.

3. Passando all'esame del merito, il ricorso è infondato sotto tutti i profili di censura sollevati.

3.1. Con il primo motivo di gravame, la ricorrente non contesta «in astratto l'utilizzo dell'avvalimento per violazione dell'art. 49, comma 8, del d.lgs. n. 163 del 2006 (ovvero il divieto di partecipazione in uno stesso appalto sia dell'impresa ausiliaria sia di quella che si avvale dei requisiti: divieto che non viene ritenuto applicabile nel caso in cui l'avvalimento avvenga all'interno del raggruppamento di appartenenza)», bensì «il risultato concreto» che avrebbe determinato nel caso specifico «l'utilizzo di tale istituto nei rapporti tra mandante e mandataria» (cfr. pp. 8 e 9 del ricorso), in quanto asseritamente «elusivo» dell'art. 95, comma 3, del d.P.R. 554/1999, applicabile *ratione temporis*, e dell'art. 37, comma 6, del d.lgs. 163/2006.

3.2. La censura poggia, invero, su un erroneo presupposto: a seguito della stipulazione del contratto di avvalimento (la cui validità ed efficacia non è in alcun modo contestata in giudizio) intervenuto fra la mandante AR s.r.l. e la mandataria Intercantieri Vittadello s.p.a, deve infatti ritenersi che la prima abbia ceduto alla seconda i requisiti posseduti (attestazione SOA per la categoria OG2 in classifica IV), proprio al fine di consentire a quest'ultima di partecipare alla specifica gara indetta dal Comune di Vicenza nel rispetto dei requisiti minimi percentuali di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale prescritti dalla disciplina in materia di raggruppamenti (art. 95, comma 3, del d.P.R. n. 554/1999 e art. 37, comma 6, del d.lgs. n. 163 del 2006).

3.3. Come affermato dal Consiglio di Stato proprio in riferimento alla disposizioni evocate dalla ricorrente a parametro di legittimità della censura (cfr. sentenza n. 9677 del 2010), «la legislazione vigente (art. 37, Codice; art. 95, d.P.R. n. 554 del 1999; ...) fissa in tema di a.t.i. i requisiti minimi percentuali di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale che deve essere posseduta da ciascun componente dell'a.t.i.; ma tale disciplina non può essere intesa come limite all'avvalimento, perché così interpretata essa sarebbe contraria al diritto comunitario che non pone limitazioni quantitative né qualitative all'avvalimento, e che lo consente espressamente anche nell'ambito dei raggruppamenti di imprese, e in tal caso sia mediante avvalimento interno che mediante avvalimento esterno».

3.4. Pertanto la disciplina nazionale va intesa non solo nel senso che anche nell'ambito di un'a.t.i. è ammesso l'utilizzo dell'avvalimento, ma anche nel senso che persino la quota minima di requisiti che ciascun componente di un'a.t.i. deve possedere può essere dimostrata mediante ricorso all'avvalimento. Nell'ambito di un'a.t.i. non vi sono, quindi, limiti legali di tipo "quantitativo" al ricorso all'avvalimento, potendo lo stesso essere utilizzato anche per le percentuali di capacità minima richiesti dalla legge per ciascun singolo mandante. Né sono ipotizzabili limiti di tipo "soggettivo", dipendenti cioè dalla natura dei legami intercorrenti tra l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata o altra impresa facente parte del medesimo raggruppamento con l'impresa ausiliata.

3.5. Alla luce delle considerazioni che precedono, deve pertanto ritenersi non corretta l'affermazione secondo cui, nel caso in esame, la «mandante possiede integralmente i requisiti concernenti la categoria prevalente» (cfr. p. 8 del ricorso), posto che, in forza dell'intervenuto avvalimento "infragruppo", tali requisiti risultano trasferiti alla mandataria-ausiliata Intercantieri Vittadello s.p.a. Né può ritenersi che la tipologia di A.T.I. concretamente realizzata dalla controinteressata (in cui AR a) funge da impresa ausiliaria con riguardo ai requisiti relativi alla

categoria prevalente OG2, b) svolge funzione di mandante del raggruppamento verticale in esame con riferimento alla categoria OS2, c) è indicata quale eventuale impresa subappaltatrice con riferimento ai lavori inerenti la categoria prevalente) si ponga in contrasto con l'ordinamento nazionale o comunitario, ed in particolare con l'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, non esistendo alcuna disposizioni che vieti che la mandante assuma il ruolo di ausiliaria o che la mandataria rivesta identico ruolo nei confronti della mandante.

4. Parimenti priva di fondamento è la censura dedotta con il secondo motivo di ricorso.

4.1. Invero, l'indicazione contenuta nel bando della classifica V per la categoria prevalente OG2 dipende dalla natura e dall'importo dei lavori da affidare. Conseguentemente essa deve essere tenuta distinta dai requisiti che debbono essere posseduti e comprovati dal concorrente, anche mediante il ricorso al c.d. incremento convenzionale premiante, per l'esecuzione dei lavori medesimi.

4.2. Tanto premesso, in mancanza di una norma che escluda espressamente l'operatività, nel caso di avvalimento, del c.d. incremento del quinto di cui all'art. 3, comma 2, del d.P.R. n. 34 del 2000 applicabile *ratione temporis* alla gara in esame – 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 (...)» –, deve escludersi che tale beneficio (oggi riprodotto all'art. 61, comma 2, del d.P.R. 207/2010) sia insuscettibile di trasferimento dall'ausiliaria all'ausiliata.

4.3. Mediante l'avvalimento, infatti, la concorrente usufruisce della qualificazione e degli altri requisiti posseduti dall'impresa ausiliaria con tutte le facoltà connesse, compresa la possibilità di computare l'incremento di un quinto sulla soglia della categoria di spettanza.

4.4. Considerato, quindi, che l'ausiliaria AR possedeva tutti i requisiti richiesti dal bando di gara con riferimento alla categoria prevalente dei lavori, non può ritenersi che l'avvalimento intervenuto a favore di Intercantieri Vittadello s.p.a, funzionalmente preordinato a operare un trasferimento della capacità tecnica necessaria per partecipare alla gara, non abbia trasferito l'intera posizione soggettiva di cui godeva l'ausiliaria, ivi compresa la possibilità di beneficiare dell'aumento del quinto.

5. Quanto infine al terzo motivo di ricorso, deve rilevarsi che il sub-procedimento di verifica di anomalia appare invero conforme al paradigma legale delineato dagli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. n. 163/06, che espressamente prevedono che, nel caso in cui l'Amministrazione ritenga le giustificazioni prodotte dalla concorrente non sufficienti ad escludere l'incongruità dell'offerta, debbano essere richiesti all'offerente gli opportuni chiarimenti e/o un'integrazione della documentazione attivando un'interlocuzione con l'offerente medesimo nel rispetto del principio del contraddittorio.

5.1. In particolare, nel caso di specie, la Commissione risulta aver invitato, dapprima con nota 18.12.2008 e successivamente con nota 2.2.2009, l'ATI Vittadello a produrre la documentazione giustificativa relativamente a 14 specifiche voci di prezzo e a chiarire, con riferimento ad altre 19, la sostenibilità dei prezzi, considerato che «il costo unitario offerto dal fornitore è più elevato di quello risultante dall'analisi dei prezzi relativi all'offerta presentata in gara». A seguito della documentazione prodotta, con nota 12.2.2002, l'impresa è stata ulteriormente invitata a presentare la documentazione giustificativa dei costi relativi alle offerte dei subappaltatori degli impianti elettrici e meccanici. Nella seduta del 10/3/2009, all'esito dell'esame della nuova documentazione fornita, la Commissione ha infine ritenuto «accettabili le giustificazioni di tutte le voci di prezzo

offerte dalla costituenda ATI con capogruppo Intercantieri Vittadello» e altresì «giustificata anche l'offerta nel suo complesso».

5.2. Sulla base delle norme di legge richiamate, deve pertanto escludersi che, dall'inadeguatezza dei primi chiarimenti offerti dall'offerente in ordine alla sospetta anomalia dell'offerta, dovesse derivare la sanzione della esclusione dell'ATI dalla gara. Né può affermarsi che la plurima richiesta di integrazione delle giustificazioni relative alle voci di prezzo abbia in concreto determinato un'illegittima integrazione postuma dell'offerta. Ad analoghe conclusioni deve, inoltre, pervenirsi anche sulla base della lettera "c)" a pag. 16 della *lex specialis* di gara, che non prevede affatto un'ipotesi di automatica esclusione per il caso di (iniziale) mancata produzione delle giustificazioni dei prezzi offerti secondo le modalità e contenuto ivi descritti.

6. Alla luce di quanto precede, il ricorso deve essere pertanto respinto.

7. Peraltro, tenuto conto di tutte le circostanze della controversia, ricorrono giusti motivi per compensare le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto (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 Venezia nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Bruno Amoroso, Presidente

Claudio Rovis, Consigliere

Silvia Coppari, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/12/2013

IL SEGRETARIO

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