N. 05187/2011REG.PROV.COLL.

N. 05761/2010 REG.RIC.

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 5761 del 2010, proposto da: Lucci Salvatore Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria N. 2;

contro

Comune di Serre;

nei confronti di

Tecnobuilding S.r.l. in Pr. e Q. C.G. Mand. Ati, Ati Impresa Gugliucciello Adriano e in Proprio, rappresentati e difesi dagli avv. Antonio Brancaccio, Alberto La Gloria, con domicilio eletto presso Antonio Brancaccio in Roma, via Taranto, 18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO: SEZIONE I n. 06537/2010, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE APPALTO PER LA PROGETTAZIONE ESECUTIVA E LA REALIZZAZIONE DEI LAVORI DI RESTAURO DEL PALAZZO DUCALE DEL COMUNE DI SERRE.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tecnobuilding S.r.l. in Pr. e Q. C.G. Mand. Ati e di Ati Impresa Gugliucciello Adriano e in Proprio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 31 maggio 2011 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Lentini e Brancaccio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Serre, con delibera di G.M. n. 87 del 27.4.2009, ha indetto procedura ristretta accelerata per l'affidamento dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva e la realizzazione dei lavori di "restauro, ristrutturazione, rifunzionalità del palazzo ducale da adibire a centro studio europeo della dieta mediterranea (die. med.)".

I concorrenti, per l'ammissione, erano tenuti a qualificarsi, ai sensi del D.P.R. 34/2000, nelle seguenti categorie di lavori:

- OG2 classifica IV € 2.285.784,26 85,37% (prevalente);
- OG11 classifica II € 391.715,74 14,63% (scorporabile).

Il bando, altresì, richiedeva la certificazione SOA, per le corrispondenti categorie di progettazione, previste nelle tariffe professionali di cui alla L. 143/49.

L'impresa Lucci, in possesso di tutte le certificazioni SOA prescritte dal bando ha preso parte all'appalto integrato, collocandosi al secondo posto con punti 70,65, dietro l'A.T.I. Tecnobuilding - Gugliuciello, risultata prima graduata, con il punteggio di 75,26 .

L'impresa Lucci, pertanto, ha proposto ricorso al Tar della Campania avverso gli esiti della gara, censurando l'ammissione dell'A.T.I. aggiudicataria per plurimi profili.

Il TAR adito, con sentenza n. 5637/2010, ha respinto il gravame.

Avverso la predetta sentenza l'impresa Lucci ha interposto l'odierno appello, chiedendone l'integrale riforma.

Si è costituita la controinteressata società Tecnobuilding intimata, chiedendo la reiezione del ricorso siccome infondato.

Le parti hanno affidato ad apposite memorie, l'ulteriore illustrazione delle rispettive tesi giuridiche.

Alla pubblica udienza del 31 maggio 2011, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.Va rilevato, in via preliminare, come all'odierna udienza pubblica il procuratore dell'appellata Tecnobuilding abbia formalmente rinunciato alla eccezione di irricevibilità dell'appello, formulata nella memoria difensiva.

Sul punto, pertanto, non v'è luogo per una specifica pronuncia.

1.1 Sempre in via preliminare, va osservato come l'appellata società Tecnobuilding non abbia mosso, in via incidentale, alcuna censura nei confronti della gravata sentenza del TAR Campania, laddove ha ritenuto di non pronunciarsi sul ricorso incidentale dalla stessa proposto in primo grado, ritenendolo assorbito dalla "infondatezza degli articolati motivi di doglianza" dedotti dalla ricorrente (sempre in primo grado) società Lucci.

Ne consegue che sullo specifico punto si è formato il giudicato, interno, che inibisce al Collegio di poter procedere nel prosieguo al suo esame.

2. Con i primi tre motivi di ricorso, che possono essere trattati congiuntamente attesa la loro sostanziale connessione, l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza e la sua contraddittorietà, laddove ha ritenuto di ricondurre la

partecipazione dell'aggiudicataria nell'ambito della tipologia della cooptazione, invece di qualificare la stessa come una ipotesi di A.T.I. orizzontale, con conseguente esclusione dalla gara per difetto di qualificazione dell'impresa mandante Gugliucciello.

A suo dire, in difetto di una espressa dichiarazione di cooptazione, emergendo la contestuale e prevalente dichiarazione di associazione in A.T.I. orizzontale, il T.A.R. doveva trarre conseguenze coerenti con le premesse, senza effettuare una erronea ed inammissibile interpretazione delle dichiarazioni negoziali di uno dei concorrenti, in violazione delle regole della "par condicio".

3. Le censure sono fondate.

Correttamente il primo giudice ha premesso, in punto di diritto, come nella giurisprudenza amministrativa la cd. "associazione per cooptazione" già contemplata dall'art. 23 d.lgs. n. 406/1991 (su cui cfr. Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2001, n. 3129 e Id., 25 luglio 2006, n. 4655), si caratterizzi per la possibilità di far partecipare all'appalto anche imprese di modeste dimensioni, non suscettibili di raggrupparsi nelle forme previste dai commi 2 e 3 dell'art. 95 d.p.r. 554/1999, purché l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati e i lavori eseguiti dalle cooptate non superino il 20% dell'importo complessivo dei lavori (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 settembre 2009, n. 5161).

In particolare - mentre parte della giurisprudenza opina che la possibilità dell'impresa singola o delle imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea, in possesso dei requisiti di cui all'articolo 95 citato, di associare, nei modi di cui al comma 4, altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, sia insita nello stesso dettato normativo che impone alle imprese cooptate il solo obbligo della qualificazione e il solo limite percentuale delle opere (in termini, Cons. Stato, sez. V, 11 giugno 2001, n. 3129) –

appare senz'altro preferibile ribadire (in conformità al più recente orientamento: per tutte cfr. Cons. Stato n. 5161/2009 cit.) come tale possibilità sia, piuttosto, subordinata ad un'espressa ed inequivoca dichiarazione, risultante dalla domanda di partecipazione alla gara, in assenza della quale è da ritenere sussistente la figura (di carattere generale) dell'associazione temporanea (orizzontale o verticale) prevista dai commi 2 e 3. E ciò sia in osservanza della par condicio fra i partecipanti alla gara (non potendosi costringere l'Amministrazione a verificare tutte le ipotesi interpretative in astratto consentite dalla normativa vigente, al fine di ricondurvi la tipologia realizzata da taluno dei concorrenti) sia in considerazione del diverso grado di impegno, responsabilità e garanzia dei partecipanti alla riunione (che vale a differenziare significativamente le due fattispecie associative in considerazione) cui si riconnette un diverso onere di dimostrazione del possesso dei requisiti di qualificazione.

La cooptazione, infatti, è un istituto di carattere speciale che abilita un soggetto, privo dei prescritti requisiti di qualificazione (e, dunque, di partecipazione), alla sola esecuzione dei lavori nei limiti del 20%, in deroga alla disciplina vigente in tema di qualificazione SOA.

Il soggetto cooptato pertanto, come esattamente rilevato dell'appellante:

- non può acquistare lo status di concorrente;
- non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto;
- non può rivestire la posizione di offerente, prima, e di contraente, poi;
- non può prestare garanzie, al pari di un concorrente o di un contraente;
- non può, in alcun modo, subappaltare o dichiarare di affidare a terzi una quota dei lavori, di cui non è titolare, essendo privo della prescritta SOA.

Il ricorso alla cooptazione, alla luce del carattere eccezionale e derogatorio dell'istituto, deve quindi necessariamente scaturire da una dichiarazione espressa ed inequivoca del concorrente, per evitare che un uso improprio consenta l'elusione

della disciplina inderogabile, in tema di qualificazione e di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica.

In conseguenza, in assenza di una espressa ed inequivoca dichiarazione di cooptazione, deve senz'altro ritenersi sussistere un'associazione temporanea di imprese (orizzontale o verticale), anziché la cooptazione (Cons. Stato V Sezione n. 5161/09).

3. Poste tali premesse in punto di diritto, il primo giudice ha peraltro ritenuto sussistere nella specie una ipotesi di cooptazione, alla stregua delle seguenti considerazioni:

- la cooptazione è espressamente prevista nella disciplina della gara in questione (lex specialis);
- la volontà di utilizzare lo strumento associativo per cooptazione sarebbe inequivoca, essendo stato compilato l'apposito riquadro nella domanda di partecipazione;
- in senso contrario non rileverebbe il richiamo all'associazione temporanea orizzontale, contenuto nella stessa domanda di partecipazione, in quanto verosimilmente indotto dalla necessità di barrare comunque una delle caselle proposte;
- la cooptazione postulerebbe, in ogni caso, una vicenda associativa idonea a giustificare anche la contrastante dichiarazione di impegno del concorrente a costituire un'A.T.I. orizzontale (in luogo della associazione di cooptazione);
- la dichiarazione di una quota di partecipazione, in ragione del 20%, per definizione legale incompatibile con la cooptazione (limitata solo all'esecuzione dei lavori) andrebbe intesa con riferimento esclusivo ad una quota di esecuzione del 20% dei lavori.

4. La conclusione a cui è pervenuto il primo giudice non è condivisibile, sia per ragioni di ordine generale, sia con riguardo alle specifiche emergenze documentali.

4.1. Sul piano generale, il Collegio non può non rilevare come la forma di partecipazione dell'aggiudicataria risulti oggettivamente ambigua e comunque non determinabile in modo inequivoco.

Nella istanza di ammissione alla gara, infatti, la Tecnobuilding si qualifica come impresa mandataria / capogruppo di una A.T.I. orizzontale, mentre del tutto contraddittoriamente la Gugliucciello si qualifica come impresa cooptata.

Parimenti, nella medesima istanza, la Gugliucciello in modo contradditorio assume a proprio carico una quota di partecipazione in ragione del 20%, per definizione legale incompatibile con la cooptazione, limitata alla sola esecuzione dei lavori.

L'oggettiva equivocità della fattispecie, del resto, è stata rilevata dallo stesso TAR laddove precisa che "si tratta … di dichiarazione apparentemente ambigua e persino contraddittoria".

L'equivocità della dichiarazione di associazione, in forme tra loro incompatibili (A.T.I. orizzontale ed associazione in cooptazione), pertanto, integra di per sé una autonoma causa di esclusione per indeterminatezza, genericità e perplessità del tipo associativo.

Il concorrente, infatti, sovrapponendo moduli organizzatori eterogenei, ha fatto improprio ricorso ad istituti giuridici contrastanti, rendendo indeterminata ed assolutamente equivoca la forma associativa e, dunque, l'oggetto della stessa domanda di partecipazione.

In ogni caso, alla stregua dei principi giurisprudenziali in precedenza enunciati, la partecipazione dell'aggiudicataria alla gara non poteva di certo essere ricondotta nell'ambito della cooptazione, essendo tale possibilità subordinata ad una espressa ed inequivoca dichiarazione risultante dalla relativa domanda, in assenza della quale deve comunque ritenersi sussistente la figura di carattere generale dell'associazione temporanea.

5. Dall'esame complessivo della documentazione in atti, poi, non v'è dubbio che pur nella già rilevata contraddittorietà delle dichiarazioni, la fattispecie non sia riconducibile alla cooptazione, ma semmai alla figura ordinaria dell'A.T.I. considerato che:

- la istanza di ammissione della Tecnobuilding risulta espressamente formulata, in qualità di capogruppo di un'associazione temporanea di impresa di tipo orizzontale;

- la dichiarazione del 23.6.2009, contiene l'impegno formale a costituire un'associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale, con partecipazione all'appalto della Gugliucciello pari al 20%, assolutamente incompatibile con la cooptazione;

- l'atto pubblico di costituzione dell'A.T.I. dell'11.8.2009, ribadisce la partecipazione della Gugliucciello all'appalto in ragione del 20% e non l'associazione per la sola esecuzione;

- l'offerta economica del 23.6.2009 risulta sottoscritta da entrambe le imprese associate ed è dichiarazione negoziale ancora una volta incompatibile con la cooptazione;

- la polizza fideiussoria del 11.6.2009, sottoscritta in favore dell'A.T.I. Tecnobuilding - Gugliucciello, conferma la natura di associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale, posto che l'impresa cooptata non assume obblighi nei confronti della stazione appaltante, restando la sola impresa (singola o associata) che partecipa alla gara ed è responsabile anche per la quota di lavori che esegue la impresa cooptata;

- la dichiarazione di subappalto del 23.6.2009 resa anche dalla ditta Gugliucciello, certamente inammissibile ed incompatibile con la cooptazione, che è una forma di subappalto, in favore di un'impresa priva dei requisiti, che ovviamente non può, a sua volta, affidare tali lavorazioni a terzi.

Tale documentazione, all'evidenza, postula semmai la sussistenza di un'associazione temporanea di impresa orizzontale tra le due società aggiudicatarie di cui una (la Gugliucciello), però, priva della prescritta qualificazione SOA e quindi da escludere dalla procedura concorsuale per cui è causa, come esattamente dedotto dall'appellante.

6. Per le ragioni si qui esposte, assorbito quant'altro, l'appello si appalesa fondato e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso proposto della società Lucci in primo grado e quindi annullata l'aggiudicazione della gara disposta in favore della controinteressata Tecnobuilding, con ogni ulteriore effetto ai sensi dell'art. 122 del c.p.a., così come precisato nel dispositivo.

7. Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello di cui in epigrafe lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR Campania n. 6537/10, così dispone:

- accoglie il ricorso proposto in primo grado dalla società Lucci;
- per l'effetto annulla l'aggiudicazione definitiva della gara, disposta in favore della contro interessata società Tecnobuilding;
- dichiara l'inefficacia del contratto stipulato tra Comune di Serre e la società Tecnobuilding, a decorrere dalla data di pubblicazione della presente decisione;
- dispone il subentro della società Lucci, quale seconda classificata, nel contratto relativo all'appalto per cui è causa entro trenta giorni successivi alla pubblicazione della presente decisione, previa verifica da parte dell'amministrazione della sussistenza di tutti i requisiti necessari per il subentro stesso.

Spese compensate per i due gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 31 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Francesca Quadri, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 16/09/2011

IL SEGRETARIO

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