

N. 04277/2013REG.PROV.COLL.
N. 07611/2012 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 7611 del 2012, proposto da:

Faver S.p.A., Giovanni Putignano & Figli Srl, Dep Costruzioni Srl quale affittuaria di ramo di azienda dell'Impresa Intini Angelo Srl, tutti rappresentati e difesi dall'avv. Gennaro Notarnicola, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Acquedotto Pugliese Spa, rappresentato e difeso dagli avv. Mario Sanino e Michele Didonna, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

nei confronti di

Igeco Costruzioni Spa in proprio e quale capogruppo mandataria costituenda Ati, Consorzio tra Cooperative di Produzione e Lavoro Cons.Coop. Soc.Coop. - in proprio e quale mandante costituenda Ati, tutti rappresentati e difesi dall'avv. Gabriella De Giorgi Cezzi, con domicilio

eletto presso Marco Gardin in Roma, via Laura Mantegazza, 24; Glocal Cantieri S.r.l.(già Cantieri Generali Spa), rappresentata e difesa dall'avv. Alberto Zito, con domicilio eletto presso Alberto Zito in Roma, piazza Santi Apostoli, 66;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 01812/2012, resa tra le parti, concernente affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori e delle forniture necessarie per la realizzazione della condotta adduttrice dal nuovo serbatoio di San Paolo al serbatoio di Secli .

Visto il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Acquedotto Pugliese Spa e di Igeco Costruzioni Spa in proprio e quale capogruppo mandataria costituenda Ati e del Consorzio tra Cooperative di Produzione e Lavoro Cons.Coop. Soc.Coop. - in proprio e quale mandante costituenda Ati e di Glocal Cantieri S.r.l.(già Cantieri Generali Spa);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 febbraio 2013 il Cons. Antonio Bianchi e uditi per le parti gli avvocati Notarnicola, Didonna, De Giorgi Cezzi e Zito;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Acquedotto Pugliese S.p.a., con bando pubblicato sulla G.U.R.I. in data 3.06.2011, ha indetto una gara per l'affidamento della progettazione

esecutiva dei lavori e delle forniture per la “*realizzazione della condotta adduttrice dal nuovo serbatoio di San Paolo al serbatoio di Secli – Acquedotto del Sinni – III Lotto*”.

Alla gara partecipava l’Ati Faver S.p.a. (nel prosieguo Faver) alla quale veniva associata, in qualità di cooptata ai sensi dell’art. 95 del D.P.R. n. 554/1999, Cantieri Generali S.p.a. (nel prosieguo Cantieri).

La Stazione appaltante, all’esito della procedura, aggiudicava l’appalto in via definitiva alla predetta Faver.

L’Ati Igeco Costruzioni S.p.a. (nel prosieguo Igeco) , seconda classificata, proponeva ricorso al Tar Puglia per ottenere l’annullamento della intervenuta aggiudicazione.

Senonchè, nelle more del giudizio, Acquedotto Pugliese - riscontrato che la cooptata Cantieri non risultava regolare ai fini del DURC, avendo omesso versamenti alla Cassa Edile e nei confronti dell’INPS – disponeva con nota in data 12.01.2012 l’esclusione di Faver dalla procedura concorsuale , poi confermandola con determinazione del 26.01.2012.

In considerazione di quanto sopra, la Commissione di gara riformulava la graduatoria, aggiudicando l’appalto ad Igeco.

Faver , quindi , impugnava dinnanzi al Tar Puglia gli atti con i quali era stata esclusa, deducendone l’illegittimità per avere la stazione appaltante :

- provveduto in modo automatico, senza valutare la gravità dell’inadempimento (1° motivo di ricorso);
- escluso l’Ati nel suo complesso, in luogo di adottare siffatto provvedimento nei confronti della sola cooptata responsabile dell’inadempimento, siccome soggetto terzo ed estraneo, per sua natura, all’Ati stessa (2° motivo di ricorso);

- non concesso a Faver di modificare la propria compagine associativa, eliminando Cantieri (3° motivo di ricorso).

Nell'ambito dell'impugnativa principale, Igeco proponeva ricorso incidentale, volto a dimostrare l'illegittimità dell'ammissione di Faver e, in subordine, l'incongruità dei punteggi a questa assegnati.

Con sentenza 25 ottobre 2012, n. 1812, il Tar Puglia riteneva il ricorso in parte inammissibile ed in parte lo respingeva, dichiarando improcedibile quello incidentale.

Avverso detta pronuncia Faver ha quindi interposto l'odierno appello chiedendone la riforma.

Si sono costituiti in giudizio sia Acquedotto Pugliese sia Igeco, chiedendo entrambi la reiezione del gravame ed il secondo anche l'accoglimento del ricorso incidentale dichiarato improcedibile dal primo giudice.

Alla pubblica udienza del 26 febbraio 2013, la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. Con distinti mezzi di gravame, che per la loro connessione logico - giuridica possono essere trattati congiuntamente, Faver deduce l'erroneità della gravata sentenza laddove ha ritenuto inammissibile il secondo motivo di ricorso, sul rilievo per cui sarebbe stata necessaria l'impugnazione – invece omessa – del paragrafo 2, lett. n) del disciplinare di gara, che prevede l'obbligo anche per le cooptate di possedere i requisiti di cui all'art. 38 D.Lgs. 163/06.

Assume, al riguardo, che non sarebbe in contestazione il fatto che la cooptata debba dichiarare e possedere i requisiti di moralità, ma la conseguenza fatta derivare dalla mancanza degli stessi, ossia l'esclusione

dell'intera ATI, in luogo della sola Cantieri Generali.

Precisa che lo stesso disciplinare di gara avrebbe assegnato alle cooptate una posizione differente rispetto a quella rivestita delle altre imprese associate costituenti l'ATI ordinaria ed il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 D.Lgs. 163/06 in capo ad esse sarebbe richiesto esclusivamente ai soli fini della proficua partecipazione delle cooptate medesime alla gara.

Sostiene, poi, che la natura della cooptata - diversa da quella del soggetto componente l'ATI ordinaria - avrebbe consentito a Faver di modificare la compagine con la quale aveva partecipato alla gara, senza che l'eliminazione di Cantieri Generali potesse condurre alla sua esclusione per modifica della composizione dell'ATI.

Deduce, pertanto, l'erroneità della sentenza anche nella parte in cui ha ritenuto che *“l'impresa cooptata, una volta designata nella fase dell'offerta [...] diviene parte integrante del raggruppamento temporaneo d'impresa, anche ai fini dell'assolvimento degli oneri di compilazione dell'offerta imposti dal bando di gara e dell'assoggettamento alla verifica del possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38 del Codice”*.

Assume, nella sostanza, l'intrasmissibilità al raggruppamento delle vicende negative della cooptata, non potendosi attribuire a quest'ultima la qualità di parte del raggruppamento stesso e, quindi, la qualità di concorrente.

Conclude, pertanto, che l'A.T.I. non doveva essere esclusa e che la Stazione Appaltante non avrebbe dovuto procedere all'incameramento della cauzione ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza per i contratti pubblici.

2. La doglianza non può essere condivisa..

3. Ed invero, osserva il Collegio come la questione della trasmissibilità delle

violazioni commesse da una cooptata al raggruppamento a cui è associata non assuma nella specie rilievo dirimente, posto che Cantieri Generali non ha rivestito la qualità formalmente dichiarata, bensì quella di vera e propria associata.

Essa, infatti, ha compiuto attività incompatibili con la posizione di mera cooptata.

Come più volte precisato dalla giurisprudenza anche di questa Sezione, invero, la cooptazione 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 , per cui il soggetto cooptato :

- 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 affidare a terzi una quota dei lavori da eseguire.

Il ricorso alla cooptazione, alla luce del carattere eccezionale e derogatorio dell'istituto deve, inoltre, necessariamente scaturire da una dichiarazione espressa ed inequivoca del concorrente, per evitare che un uso improprio della stessa consenta l'elusione della disciplina inderogabile in tema di qualificazione e di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica .

Tanto premesso, dall'esame complessivo della documentazione in atti emerge che Cantieri Generali ha :

- sottoscritto, al pari delle altre società facenti parte dell'ATI , la domanda

di partecipazione ;

- dichiarato di essere un'associata;
- sottoscritto l'offerta tecnica ed economica;
- sottoscritto la polizza fideiussoria;
- dichiarato di voler subappaltare a terzi una quota dei lavori.

Le circostanze di cui sopra – che manifestano formalmente la volontà ,oltre di eseguire lavori, anche di impegnarsi direttamente nei confronti di Acquedotto Pugliese – dimostrano in modo univoco ed oggettivo che Cantieri diversamente da quanto dichiarato non era una cooptata , bensì una sostanziale associata.

4. Ne consegue che nella specie, a prescindere dalla questione affrontata da primo giudice circa la trasmissibilità o meno delle vicende della cooptata al raggruppamento, per il ruolo effettivamente assunto da Cantieri, il mancato possesso da parte della stessa dei requisiti di moralità si riverbera necessariamente, alla stregua di quanto accade per qualsiasi soggetto membro dell'ATI, sulla proficua partecipazione dell'ATI stessa alla gara.

Per quanto sopra, la gravata sentenza merita sul punto conferma , risultando in ogni caso corretta l'esclusione dalla gara dell'ATI di cui Faver è capogruppo , nonché la conseguente escussione della cauzione e la segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.

5. L'acclarata infondatezza nel merito dei motivi che precedono, esime poi il Collegio dall'esame della specifica censura volta ad ottenere la riforma della pronuncia di primo grado nella parte in cui ha dichiarato parzialmente inammissibile il ricorso, siccome irrilevante ai fini del decidere.

5. Conclusivamente l'appello si appalesa infondato alla stregua delle considerazioni sopra espresse e, come tale , da respingere .

6. Dalla infondatezza del gravame, consegue l'improcedibilità dei motivi di ricorso incidentale odiernamente riproposti da Igeco , non avendo quest'ultima interesse, a seguito della esclusione di Faver, al loro eventuale accoglimento.

7. Per ciò che attiene alle spese di lite, ritiene il Collegio che sussistano giusti motivi per addivenire alla compensazione delle stesse tra le parti anche con riferimento al primo grado di giudizio, attesa la peculiarità della questione dedotta in causa e l'assenza al riguardo di un risalente ed univoco orientamento giurisprudenziale .

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così dispone:

- respinge l'appello principale proposto da Faver, confermando la gravata sentenza nei sensi di cui in motivazione;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale proposto da Igeco.

Spese di entrambi i gradi di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 febbraio 2013, con l'intervento dei magistrati:

Manfredo Atzeni, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/08/2013

IL SEGRETARIO

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