



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
IL TRIBUNALE REGIONALE DI GIUSTIZIA
AMMINISTRATIVA
DEL TRENINO-ALTO ADIGE - SEDE DI TRENTO

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. **136** del **2008** proposto da **GEOLOGIA APPLICATA**, in proprio e quale Capogruppo del R.T.I. costituendo con **GEOLOGIA E AMBIENTE**, entrambe associazioni fra professionisti, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avv. Antonio Tita con domicilio eletto nel suo studio in Trento, Via Lunelli, 48

C O N T R O

AUTOSTRADA DEL BRENNERO S.p.A., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Flavio Maria Bonazza con domicilio eletto nel suo studio in Trento, p.zza Mosna, 8

e nei confronti

dell'Impresa **S.G.S. SOCIETA' GEO SERVIZI S.r.l.**, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio

per l'annullamento

- del verbale di gara n. 9/2008 del 27.3.2008, con il quale è

stata disposta l'esclusione dell'A.T.I. Geologia Applicata – Geologia e Ambiente dalla gara indetta da Autostrada del Brennero S.p.A. per l'affidamento in appalto del "*servizio triennale per l'esecuzione di relazioni geologico - geotecniche*" - dell'aggiudicazione provvisoria dell'appalto a favore dell'Impresa S.G.S. Società Geo Servizi S.r.l.;

- della nota prot. n. 7945 del 2.4.2008, con la quale l'Autostrada del Brennero S.p.A. ha comunicato formalmente all'A.T.I. Geologia Applicata - Geologia e Ambiente la sua esclusione dalla procedura di gara;

- eventualmente, del bando di gara

nonché

per la condanna dell'Amministrazione al risarcimento dei danni conseguenti all'illegittimo operato amministrativo, in forma specifica o per equivalente.

Visti il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Autostrada del Brennero;

Viste le memorie prodotte;

Vista la propria ordinanza 5.6.2008, n. 59, con cui è stata accolta l'istanza cautelare proposta dalla parte ricorrente;

Vista l'ordinanza del Consiglio di Stato, sez. IV, 26.8.2008, n. 4501/08 con cui, in riforma della pronuncia di questo Tribunale, l'istanza cautelare è stata respinta;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi alla pubblica udienza del 29 gennaio 2009 - relatore il consigliere Lorenzo Stevanato - i difensori delle parti come specificato nel verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1 - La ricorrente espone di aver presentato un'offerta per partecipare alla gara d'appalto del servizio triennale per l'esecuzione di relazioni geologico - geotecniche, indetta dalla società Autostrada del Brennero, ma di essere stata esclusa per non aver specificato le parti del servizio che sarebbero state eseguite dai singoli operatori riuniti, ex art. 37, comma 4, del D.lgs. 12.4.2006, n. 163.

Essa sostiene di aver interesse all'annullamento dell'esclusione, avendo presentato l'offerta più bassa (salvo verifica di congruità) come emergerebbe dalle operazioni di gara, essendo state aperte anche le buste delle partecipanti ammesse con riserva e successivamente escluse.

Da ciò trae origine il presente ricorso, con cui si deduce violazione dell'art. 37, comma 4, del D.lgs. 163/2006 ed eccesso di potere sotto vari profili. Si denuncia, in particolare, che trattandosi di A.T.I. orizzontale, in cui tutti gli operatori raggruppati sono responsabili in solido per l'intera prestazione, non si applicherebbe la citata norma del codice dei contratti che prescrive l'obbligo di specificazione dei servizi da eseguire da parte di ciascuno degli operatori

raggruppati, senza peraltro che nemmeno la *lex specialis* lo prescrivesse.

Inoltre, si rileva che ciascuna delle due associazioni di professionisti, temporaneamente riunitisi ai fini della partecipazione alla gara, sarebbe composta dagli stessi quattro professionisti, operanti peraltro in due studi diversi, rispettivamente a Bolzano ed a Mezzocorona (il che spiegherebbe la ragione, di ordine logistico, del raggruppamento). Farebbe perciò, difetto in concreto l'esigenza sottesa alla norma applicata.

E' stata, inoltre, contestualmente avanzata istanza di condanna al risarcimento del danno, in forma specifica o per equivalente, con riserva di specificazione in corso di causa.

L'intimata società Autostrada del Brennero si è costituita in giudizio, controdeducendo puntualmente e concludendo per la reiezione del ricorso.

L'istanza cautelare, incidentalmente presentata dalla parte ricorrente, è stata accolta da questo Tribunale con la motivazione, riferita alla previsione sull'esito del ricorso, che *"il ricorso è assistito da consistenti elementi di fumus boni juris in quanto - a prescindere dalla questione dell'applicabilità dell'art. 37, co. 4, d.lgs. 163/06 ai raggruppamenti temporanei di concorrenti di tipo "orizzontale" (secondo la definizione recata dallo stesso art. 37 citato), nella particolare fattispecie i concorrenti*

temporaneamente raggruppati sono due associazioni costituite, entrambe, dai medesimi quattro professionisti, ragion per cui la specificazione delle parti del servizio che saranno eseguite dai (due) singoli raggruppamenti si appalesa del tutto pleonastica"

La relativa ordinanza è stata, tuttavia, riformata dal Consiglio di Stato, con la seguente motivazione: *"ad una sommaria delibazione, propria della fase cautelare, i motivi di appello non paiono infondati, prevedendo la normativa generale l'obbligo di specificare le parti del servizio che sono eseguite dai singoli associati"*.

2 - Ciò premesso va anzitutto premesso che la disposizione di legge rilevante nella fattispecie, ed applicabile anche se non richiamata dalla *lex specialis*, in quanto norma imperativa che si integra direttamente nel bando (cfr. Cons. St., VI, 13.6.2008, n. 2969) è l'art. 37, comma 4, del codice dei contratti approvato con D.lgs. 12.4.2006, n. 163. Esso recita: *"Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati"*.

Tale disposizione è sostanzialmente ripetitiva di quanto già previsto dall'art. 11 del D.lgs. 17.3.1995, n. 157.

Bisogna però considerare che il comma 2 dell'art. 37 del codice dei contratti opera la seguente, rilevante distinzione:

"Nel caso di forniture o servizi, per raggruppamento di tipo verticale si intende un raggruppamento di concorrenti in cui il mandatario esegua le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie; per raggruppamento orizzontale quello in cui gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione; le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara la prestazione principale e quelle secondarie".

Con l'espressione "*associazione orizzontale*" si intende, dunque, quella in cui ciascuna delle imprese riunite è responsabile nei confronti dell'Amministrazione committente dell'intera prestazione; in tal caso, la distribuzione del lavoro per ciascuna impresa non rileva all'esterno.

Quanto alla vista disposizione il Collegio aderisce all'orientamento giurisprudenziale che la interpreta nel senso che l'obbligo di specificazione delle parti del servizio, che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti, sia riferibile soltanto ai raggruppamenti verticali.

Infatti, pur se la citata prescrizione del comma 4 non distingue espressamente tra l'uno e l'altro tipo di associazione temporanea, tuttavia essa assume rilievo solo nel caso in cui il raggruppamento si configuri di tipo verticale, perché nel caso di raggruppamento di tipo orizzontale, non essendovi lo scorporo delle singole parti

della prestazione da eseguire, resta privo di ogni giuridico significato l'obbligo di indicare le parti da eseguire da ciascuna impresa, essendo tutte responsabili in solido dell'intero (cfr., nello stesso senso: Cons. St., V, 26.11.2008, n. 5849; id., 24.4.2002, n. 2208; id., sez. VI, 4.1.2002, n. 35).

Né può essere condiviso in proposito il rilievo opposto dalla difesa di Autobrennero, con cui ha posto in luce l'esigenza di verifica della corrispondenza fra i requisiti di capacità e le quote di servizio da eseguirsi, al fine di evitare la costituzione di associazioni di comodo, ove si consideri che tale positivo risultato è garantito dall'abilitazione professionale prescritta per ciascuna componente del raggruppamento e per l'intero appalto.

Neppure vale l'ulteriore argomento, con cui si è affermato che la stessa norma sarebbe intesa a scoraggiare la formazione di accordi fittizi, poiché nel caso all'esame le due associazioni, pur costituite dagli stessi professionisti, hanno solo sede operativa in località diverse, circostanza quest'ultima che integra la ragione fondante del loro raggruppamento.

Altrettanto fondato è, a parere del Collegio l'altro profilo di censura, secondo cui nella fattispecie mancherebbe, in concreto, l'esigenza sottesa alla norma applicata.

In effetti, appare *ictu oculi* evidente l'inesistenza di ogni

ragione di conoscere quali parti del servizio saranno svolte dall'una piuttosto che dall'altra associazione, posto che le indagini geologiche e geotecniche saranno svolte sempre e comunque dagli stessi quattro professionisti. Non è, infatti, controversa tra le parti in causa la mancata specificazione del riparto di quote di servizio tra ciascuno dei quattro geologi associati, ma soltanto quella tra le due associazioni, formate dagli stessi professionisti: il che avrebbe assolto alla luce meridiana un ruolo meramente formale, assente restando la garanzia apprestata a favore della stazione appaltante dal richiamato art. 37 del D.lgs. 163/2006

In conclusione, per le ragioni che precedono il ricorso va accolto, essendo fondata la pretesa volta ad accertare la regolarità dell'offerta presentata dal ricorrente R.T.I. e, per l'effetto, VA annullato l'impugnato provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara.

3 - Resta quindi da decidere sulla concorrente domanda di condanna dell'appaltante al risarcimento del danno, in forma specifica o, in subordine, per equivalente.

Ebbene, a tal riguardo occorre precisare che l'azione volta a conseguire la reintegrazione in forma specifica non appare inquadrabile nella tutela aquiliana prevista dall'articolo 7, comma 3, della legge 21.7.2000, n. 205 e conseguentemente nel quadro dell'art. 2058, comma 1 e 2 del cod. civ. La relativa domanda trova, infatti, il proprio

fondamento nelle norme del D.lgs. 63/2006 invocate a suo sostegno e dunque, come ricorre nella specie, nell'accertata insussistenza della causa di esclusione del ricorrente raggruppamento e nell'obbligo della resistente di provvedere conseguentemente, ammettendo al prosieguo del procedimento concorsuale la relativa offerta, escluso restando ogni rilievo del dolo o della colpa, quale qualificazione dell'assunto illecito.

La riedizione della gara precede, infatti, logicamente quella relativa all'applicazione dell'articolo 2043 cod. civ., che si renderà se del caso inevitabile nella sola ipotesi in cui l'adempimento dell'anzidetto obbligo resti inevaso.

Dall'accertamento della fondatezza della pretesa della società ricorrente ad essere ammessa alla gara discende dunque l'obbligo in capo a Autobrennero di riaprire il relativo procedimento, mentre allo stato non è possibile prevederne con sicurezza l'esito, anche se la ricorrente sostiene di aver presentato l'offerta più bassa, essendo pur sempre soggetta a verifica di congruità.

Quanto alla domanda di risarcimento del danno per equivalente essa è stata formulata in termini generici e, mentre è allo stato inammissibile, resta comunque subordinata a quanto statuirà la stazione appaltante in sede di adempimento della presente pronuncia.

Nell'ipotesi, non riferita però dai difensori delle parti, che il

procedimento si sia nel frattempo concluso e che il contratto sia già stato stipulato con l'aggiudicataria, il risarcimento in forma specifica non sarà più possibile, mentre quello per equivalente resterà condizionato alla verifica se la ricorrente aveva titolo o meno di conseguire l'aggiudicazione, che integra nel caso di specie il "*bene della vita*" vittoriosamente rivendicato nel presente giudizio.

Conclusivamente, la pretesa sottesa alla prodotta impugnazione va accolta nei termini che precedono, mentre quella di risarcimento del danno per equivalente va dichiarata allo stato degli atti inammissibile.

Le spese del giudizio seguono la soccombenza. Per l'effetto, la Società Autostrada del Brennero S.p.A. è condannata a corrispondere alla ricorrente le spese e gli onorari del giudizio che - tenuto conto del valore della causa e dell'impegno defensionale profuso - sono liquidati nella misura complessiva di € 8.000,00, di cui € 7.000,00 per onorari di avvocato ed € 1000,00 per diritti, oltre alla rifusione del contributo unificato (ai sensi dell'art. 13, comma 6-*bis*, del D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115) ed al rimborso forfettario sulle spese generali, pari al 12,50% dell'importo degli onorari, all' I.V.A. ed al C.N.P.A..

P.Q.M.

il Tribunale Regionale di Giustizia Amministrativa del Trentino - Alto Adige, sede di Trento, definitivamente

pronunciando sul ricorso n. **136/2008**, lo **accoglie** nei termini di cui in motivazione.

Spese del giudizio a carico della Società Autostrada del Brennero.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla Società Autostrada del Brennero.

Così deciso in Trento, nella camera di consiglio del 29 gennaio 2009, con l'intervento dei Magistrati:

dott. Francesco Mariuzzo	-Presidente
dott. Lorenzo Stevanato	- Consigliere relatore
dott. Fiorenzo Tomaselli	- Consigliere

Pubblicata nei modi di legge, mediante deposito in Segreteria, il giorno 25 febbraio 2009

Il Segretario Generale

dott. Giovanni Tanel