



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle D'Aosta

(Sezione Unica)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 34 del 2008, proposto da:
Bresciani Bruno S.r.l., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo con Asfalt C.C.P. S.p.A., Biffi S.p.a., Tipiesse S.r.l. e S.i.f.e.l. S.p.a., nonché Asfalt C.C.P. S.p.A., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandante del medesimo raggruppamento, entrambe rappresentate e difese dagli avvocati Gemma Coquillard e Donatella Finiguerra, con domicilio eletto presso lo studio della prima, in Aosta, via Festaz, 66;

contro

Avda - Aeroporto Valle d'Aosta Aeroport "Corrado Gex" S.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Hebert D'Herin, con domicilio eletto presso la Segreteria del Tribunale Amministrativo, in Aosta, piazza Accademia S. Anselmo, 2;

nei confronti di

Ediltevere S.p.a., in persona del legale rappresentante, in proprio e in qualità di capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo con Carlo Gavazzi Impianti S.p.a. e Tecnostrade S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio Calla' ed Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Aosta, piazza Narbonne, 16;
Seas S.p.a., in persona del legale rappresentante, e Borio Giacomo S.r.l., in persona del legale rappresentante – quest'ultima in proprio e in qualità di capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo con Bramati & C. S.r.l., Ivies S.p.a., Costruzioni Stradali BGF S.r.l., F1Costruzioni S.r.l. e COGEIS S.p.a – entrambe non costituite in giudizio;

per l'annullamento

a) del verbale 3 aprile 2008 - di aggiudicazione provvisoria dei lavori e delle forniture finalizzate agli interventi di prolungamento della pista di volo RWY 09/27 e della via di rullaggio dell'Aeroporto Civile "Corrado Gex" di Aosta-Saint Christophe - nella parte in cui il seggio di gara dispone l'esclusione dalla gara medesima del raggruppamento ricorrente e dichiara aggiudicatario provvisorio il raggruppamento Ediltevere s.p.a., Carlo Gavazzi Impianti S.p.a., Tecnostrade s.r.l.;

b) di ogni altro atto comunque connesso, con particolare riferimento ai provvedimenti di approvazione definitiva della gara, mai notificati né portati a conoscenza delle ricorrenti, al contratto di appalto e al verbale di consegna lavori, qualora esistenti;

- nonché per l'accertamento del diritto al risarcimento del danno e la conseguente condanna dell'amministrazione;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Avda - Aeroporto Valle D'Aosta Airport "Corrado Gex" S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ediltevere S.p.a., in proprio e in qualità di capogruppo del raggruppamento con Carlo Gavazzi Impianti S.p.a. e Tecnostrade S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 novembre 2008 il cons. Maddalena Filippi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

FATTO

1. – La controversia all'esame riguarda la procedura di aggiudicazione dei lavori e delle forniture finalizzate agli interventi di prolungamento della pista di volo RWY 09/27 e della via di rullaggio dell'Aeroporto Civile "Corrado Gex" della Città di Aosta – Saint Christophe.

La gara è stata indetta da Aeroporto Valle d'Aosta S.p.a. (A.V.D.A. S.p.a.)

- con bando pubblicato il 13 febbraio 2008 - per un importo pari ad € 10.000.400,00 e con il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.

Le due società ricorrenti - Bresciani Bruno S.r.l., che ricorre in proprio e quale capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo con Asfalt C.C.P. S.p.a., Biffi S.p.a., Tipiesse S.r.l. e S.i.f.e.l. S.p.a., nonché Asfalt C.C.P. S.p.a., che ricorre in proprio e quale mandante del medesimo raggruppamento – impugnano il provvedimento (verbale di gara 3 aprile 2008) con cui è stata disposta l'esclusione di tale raggruppamento ed è stato dichiarato aggiudicatario provvisorio della gara il raggruppamento costituito da Ediltevere S.p.a., Carlo Gavazzi Impianti S.p.a. e Tecnostrade s.r.l.

Si espone in fatto nel ricorso quanto segue:

a) il bando aveva ad oggetto i lavori in categoria prevalente OS 26 in classifica V € 3.789.581,05; e categorie scorporabili OG 3 classifica V € 2.856.333,69; OG 6 classifica IV € 1.919.613,40; OS 9 classifica IV € 1.248.827,60;

b) il punto III.1.3. del bando stabiliva che “il raggruppamento di operatori economici” avrebbe dovuto costituirsi “in conformità all'art. 34, comma 1, lett. d) ed all'art. 37, del D. lgs. 163/2006”;

c) il punto VI.3, lett. a) del bando (informazioni complementari) specificava che “nel caso di partecipazione di raggruppamento, . . . il requisito di capacità tecnica di cui alla sezione III.2.3. lett. b) [“attestazione di qualificazione SOA, in corso di validità, nella categoria prevalente e per classifica adeguata all'entità totale dell'appalto”] deve essere posseduto in conformità a quanto previsto dall'art. 95, commi 2 e 3, del D.P.R. n. 554/99”;

d) il disciplinare di gara all'art. 1 indicava i requisiti in caso di raggruppamento orizzontale con richiamo al comma 2 dell'art. 95, del DPR 21 dicembre 1999, n. 554, e i requisiti in caso di raggruppamento verticale, con richiamo al comma 3, del medesimo articolo, nonché all'art. 37, comma 6, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici).

Il raggruppamento ricorrente è stato escluso perché “in seno al R.T.I. in questione, avente natura di associazione temporanea di tipo misto, la mandataria Bresciani Bruno s.r.l. non è in possesso della qualificazione SOA nella categoria prevalente OS26 per la classifica adeguata al 40% dell'importo della stessa (...) essendo titolare di iscrizione nella precisata categoria OS26 per classifica III (...), inferiore al prescritto 40%, in violazione di quanto previsto dall'art. 95, comma 2, del D.P.R. n. 554/1999 (...), richiamato in quanto applicabile dalla sezione VI.3),

lettera a), del bando nonché dalla determinazione dell’Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture n. 25 del 20 dicembre 2001 (...) e dal parere della stessa Autorità del 17 ottobre 2007 n. 53”.

Avverso l’impugnata esclusione si deduce violazione di legge (in relazione all’articolo 37 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, all’articolo 95 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 e all’articolo 41 della Costituzione), nonché eccesso di potere per violazione del principio di massima partecipazione e di concorrenza, nonché per difetto nei presupposti, illogicità manifesta e sviamento di potere.

L’Ente aggiudicatore - A.V.D.A. S.p.a - si è costituito in giudizio, sostenendo l’infondatezza dei motivi dedotti e chiedendo il rigetto del ricorso.

Si è costituita pure Ediltevere S.p.a. - in proprio e in qualità di capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo con Carlo Gavazzi Impianti S.p.a. e Tecnostrade S.r.l., aggiudicatario provvisorio della gara – insistendo per il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 21 del 10 luglio 2008 è stata respinta l’istanza di sospensione cautelare del provvedimento di esclusione.

All’udienza del 12 novembre la causa, ulteriormente discussa, è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. - Oggetto del ricorso è il provvedimento di esclusione del raggruppamento ricorrente dalla gara per l’aggiudicazione di lavori e forniture finalizzate al prolungamento della pista di volo dell’Aeroporto di Aosta–Saint Christophe.

2. - Il ricorso non è fondato.

2.a - L’esclusione del raggruppamento ricorrente – come si legge nell’impugnato verbale di gara – è stata disposta perché la designata mandataria (Bresciani Bruno s.r.l.) non è risultata in possesso della qualificazione SOA nella categoria prevalente OS26 per la quota minima del 40% dell’importo della stessa, come richiesto dall’articolo 95, comma 2, del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, richiamato dal bando di gara (sezione VI.3, lettera a).

2.b - Con un’unica sostanziale censura, formulata con i due motivi di impugnativa, il raggruppamento ricorrente – che ha natura mista - sostiene che l’esclusione è motivata con richiamo ad una disposizione regolamentare non applicabile alla specie.

Si sostiene in particolare che l'articolo 95 del d.P.R. n. 554 – che detta la disciplina dei requisiti che devono essere posseduti dalle associazioni temporanee di tipo orizzontale (comma 2) e da quelle di tipo verticale (comma 3) – non può ritenersi applicabile alle associazioni temporanee di tipo misto, soprattutto a seguito del recepimento dell'istituto dell'avvalimento, previsto dagli articoli 47 e 48 delle direttive CE 17 e 18 del 2004 ed introdotto nel nostro ordinamento dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici).

Si osserva ancora che il legislatore interno – in sede di recepimento di tale istituto - ha preferito mantenere il modello dell'associazione temporanea: di conseguenza – si rileva – il ricorso all'avvalimento deve ritenersi consentito con riguardo non solo a requisiti di imprese “esterne”, ma anche a requisiti posseduti da imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo: anzi, una norma che imponesse alle imprese raggruppate di possedere i requisiti solo in proprio o al massimo con avvalimento esterno, sarebbe contraria – sostiene il raggruppamento ricorrente - alla ratio stessa del nuovo istituto.

Si aggiunge poi che – a seguire la tesi interpretativa dell'Ente aggiudicatore – si finisce per arrivare “all'assurdo che l'ATI MISTA non è quasi mai utilizzabile, ma si dovrebbe far ricorso all'avvalimento per l'intero requisito, impedendo, così, di fatto ad imprese giovani e di piccole medie dimensioni di partecipare utilizzando il modulo delle ATI MISTE e nel contempo diminuendo le garanzie, per il diverso atteggiarsi delle responsabilità, per l'amministrazione aggiudicatrice.”

Si conclude sul punto rilevando che l'orientamento sia della giurisprudenza, sia della Autorità di Vigilanza (quest'ultimo richiamato nel provvedimento impugnato) è da ritenersi del tutto superato perché formatosi quando ancora l'istituto dell'avvalimento non era stato introdotto nel nostro ordinamento.

3. – La censura non può essere condivisa.

3.a - Il dato normativo da cui partire è l'articolo 37 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici) che detta la definizione dei diversi modelli di raggruppamento temporaneo, distinguendo tra il caso di lavori, servizi e forniture.

Per quanto riguarda i lavori (come anticipato, il bando aveva ad oggetto i lavori in categoria prevalente OS 26 in classifica V € 3.789.581,05):

- è in forma verticale il raggruppamento nel cui ambito uno dei concorrenti, in qualità di mandatario, realizza “i lavori della categoria prevalente”, mentre i mandanti possono assumere i lavori “scorporabili”, non appartenenti a tale categoria prevalente (comma 1);

- è in forma orizzontale il raggruppamento nel cui ambito i concorrenti realizzano i “lavori della stessa categoria” (comma 1);

- è in forma mista il raggruppamento nel cui ambito “i lavori riconducibili alla categoria prevalente, ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale” (comma 6).

La stessa disposizione stabilisce poi che “nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei . . . sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento ovvero gli imprenditori consorziati abbiano i requisiti indicati nel regolamento” (art. 37, comma 3).

In attesa dell’approvazione di tale regolamento, “i raggruppamenti temporanei sono ammessi se il mandatario e i mandanti abbiano i requisiti indicati nel D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554”, oltre che nel D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 (art. 253, comma 9, dello stesso codice).

3.b - E’ senza dubbio vero – come osserva il raggruppamento ricorrente – che il d.P.R. n. 554 del 1999 non contiene alcun riferimento alle associazioni temporanee di tipo misto: l’art. 95, commi 2 e 3, del regolamento considera infatti i soli raggruppamenti orizzontali e verticali, senza nulla prevedere quanto ai requisiti delle imprese riunite in raggruppamento di tipo misto.

Ma questa circostanza – contrariamente a quanto ritiene il raggruppamento ricorrente – non induce a concludere nel senso che la norma regolamentare sia inapplicabile alle associazioni temporanee di tipo misto.

Deve piuttosto ritenersi che il silenzio del legislatore sul punto – mantenuto anche nella bozza del nuovo regolamento in corso di approvazione ai sensi dell’articolo 5 del codice dei contratti pubblici – indichi la volontà di estendere ai raggruppamenti temporanei misti le regole già previste per l’uno o per l’altro dei modelli.

Così, nell’ipotesi in cui le lavorazioni prevalenti o quelle scorporabili siano assunte da un unico soggetto, dovrà ritenersi applicabile la disciplina dettata per i raggruppamenti verticali; ove invece tali lavorazioni risultino assunte da più soggetti, dovrà ritenersi applicabile la disciplina dettata per i raggruppamenti orizzontali.

3.c - Una tale scelta pare tutt’altro che illogica se si considera che nella struttura della associazione temporanea di tipo misto confluiscono entrambi i modelli di distribuzione del lavoro: quello qualitativo, che inerisce necessariamente alla previsione di scorporabilità, e quello quantitativo che consente la realizzazione congiunta delle opere della

categoria prevalente, anche di quelle delle categorie scorporabili.

Questa interpretazione trova del resto conferma nella giurisprudenza, non solo per il caso che la sub-associazione orizzontale riguardi opere scorporabili (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 15 aprile 2005, n. 251), ma anche – come avviene nelle specie – per il caso con che la sub-associazione orizzontale riguardi la categoria prevalente (T.A.R. Sicilia Palermo, sez. II, 10 dicembre 2004, n. 2704; sez. III, 25 settembre 2006, n. 1946): in entrambe le ipotesi si è infatti affermato che devono ritenersi applicabili le regole dettate dal regolamento per il modello della associazione temporanea di tipo orizzontale (articolo 95, comma 2).

Nello stesso senso si è pronunciata anche l’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, sia prima dell’entrata in vigore del codice dei contratti pubblici (determinazione 20 dicembre 2001, n. 25), sia più recentemente (pareri 21 maggio 2008, n. 159 e 31 luglio 2008, n. 206).

Questo orientamento è stato d’altra parte richiamato nella motivazione del verbale di esclusione, ove si legge che “per quanto attiene alla qualificazione delle associazioni di tipo misto, . . . l’Autorità ha chiarito che l’importo della categoria scorporabile può essere coperto da più di una mandante a condizione che almeno una di esse sia qualificata per almeno il 40% dell’importo e le altre per almeno il 10 per cento, fermo restando la copertura dell’intero importo della categoria scorporabile”.

3.d – Nella specie dunque – poiché le lavorazioni della categoria prevalente OS26 sono state assunte dalla sub-associazione orizzontale costituita dalla società Bresciani Bruno S.r.l., in qualità di mandataria, e dalle società Asphalt C.C.P. S.p.a., Biffi S.p.a. e Tipiesse S.r.l., in qualità di mandanti – correttamente il Seggio di gara ha disposto l’esclusione del raggruppamento ricorrente a causa del mancato possesso, da parte della mandataria, di iscrizione nella categoria prevalente OS26, per classifica di importo pari almeno al 40% dell’entità della stessa.

4. – E’ poi inconferente il profilo della censura con cui si contesta la legittimità dell’esclusione in relazione alla mancata considerazione della ratio del nuovo istituto dell’avalimento e quindi della possibilità – per il concorrente (anche raggruppato) - di soddisfare la richiesta dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, nonché di attestazione da parte delle SOA, appunto “avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto”, secondo quanto previsto dall’articolo 49 del codice dei contratti pubblici.

Ad escludere la fondatezza del rilievo è sufficiente la considerazione secondo cui il ricorso a tale istituto richiede in ogni caso una iniziativa, nel corso della gara, da parte delle imprese offerenti (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 3 luglio 2008, n. 1604).

A tal fine peraltro non può ritenersi sufficiente una mera dichiarazione - contenuta nella domanda di partecipazione - dell'intenzione di avvalersi dei requisiti di altre imprese, anche se appartenenti al medesimo raggruppamento: è infatti necessario - ai sensi dell'art. 49 del codice dei contratti pubblici - che alla domanda venga allegata la documentazione puntualmente indicata dal comma 2 di tale disposizione (T.A.R. Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, 14 febbraio 2008, n. 219).

Così del resto si era pronunciato l'Ente aggiudicatore quando - rispondendo, in pendenza del termine di presentazione delle offerte, allo specifico quesito di un'impresa - aveva chiarito che "l'avvalimento è consentito in conformità all'art. 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, integrativo della disciplina dettata dal bando di gara. A tal fine codesta società dovrà, pena l'esclusione, inserire nella busta 'A-Documentazione', oltre a quanto indicato nel punto 2.1 del disciplinare di gara ed all'eventuale attestazione SOA propria e dell'impresa ausiliaria, anche tutta la documentazione elencata nell'art. 49, comma 2, lettere a), b), c), d), e), f), g), del citato decreto legislativo n. 163/2006" (doc. 9 di A.V.D.A. S.p.a.).

Come risulta dagli atti, il raggruppamento ricorrente ha dichiarato espressamente di "volersi riunire in caso di aggiudicazione in 'Raggruppamento Temporaneo di Imprese' DI TIPO MISTO di cui all'art. 95 del D.P.R. n. 554/1999 ..." (doc. 4 del ricorso), ma la società capogruppo non ha manifestato la volontà di ricorrere all'avvalimento, né ha allegato la documentazione a tal fine prescritta dalla richiamata disposizione del codice dei contratti pubblici.

5. - E' invece privo di rilievo il richiamo al principio di proporzionalità che, secondo il raggruppamento ricorrente, sarebbe stato violato nei diversi profili della idoneità, necessità ed adeguatezza dell'azione amministrativa.

Tale principio non può infatti essere invocato quando - come nella specie - il provvedimento non sia stato adottato nell'esercizio di un potere discrezionale, ma sia atto dovuto in applicazione di una puntuale previsione normativa: l'esclusione dalla gara - disposta per l'accertata mancanza dei requisiti fissati dalla *lex specialis* - non è infatti suscettibile di alcun "gradualismo sanzionatorio".

6. - L'infondatezza delle censure dedotte con il ricorso - e quindi della domanda di risarcimento dei danni - consente di prescindere dall'eccezione di inammissibilità dedotta dalla stazione appaltante, in relazione alla mancata impugnazione della norma del bando che richiama l'articolo 95 del d.P.R. n. 554 del 1999.

7. - Il ricorso va dunque respinto.

Le spese e le competenze di giudizio - liquidate come in dispositivo - seguono la soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Valle d'Aosta respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna le imprese ricorrenti al pagamento – a favore di AVDA S.p.a. e di Ediltevere S.p.A. - delle spese e delle competenze del giudizio, liquidate in Euro 5.000 (cinquemila) ciascuno.

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

Così deciso in Aosta nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Paolo Turco, Presidente

Maddalena Filippi, Consigliere, Estensore

Gianluca Bellucci, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/01/2009

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO