



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 6203 del 2010, proposto dalla Ct Crane Team S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Raffaele Ferola e Renato Ferola, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via G.B. De Rossi N.30;

contro

Consorzio Pubblici Trasporti S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv.ti Adriano Barbato e Roberto Manfredi, con domicilio eletto presso l'avv. Adriano Barbato in Roma, via Anastasio II, 80; Agudio S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alessandra Giovannetti, Mario Sanino e Claudio Vivani, con domicilio eletto presso Studio Legale Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

per la riforma

del dispositivo di sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I n. 00041/2010 e della sentenza n. 2998/2010 del T.A.R.

LOMBARDIA - MILANO: SEZIONE I, resi tra le parti, concernenti AFFIDAMENTO ESECUZIONE LAVORI DI AMMODERNAMENTO IMPIANTO FUNICOLARE COMO-BRUNATE - MCP.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Pubblici Trasporti S.p.A. e di Agudio S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 aprile 2011 il Cons. Marzio Branca e uditi per le parti gli avvocati Ferola, Barbato e Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza in epigrafe è stato respinto il ricorso e i successivi motivi aggiunti proposti dalla CT Crane Team s.r.l., concorrente nella gara relativa all'appalto indetto dal Consorzio Pubblici Trasporti (CPT) s.p.a. di Como per "l'affidamento del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva e l'esecuzione dei lavori di ammodernamento dell'impianto funicolare Como-Brunate", al fine di conseguire l'annullamento, previa sospensione cautelare, degli atti della procedura, ed in particolare, oltre il bando, il disciplinare e l'allegato A), il provvedimento datato 2-4.03.10 (unitamente alla nota di comunicazione del medesimo) con il quale la ricorrente veniva esclusa

dalla gara per difetto dei requisiti di partecipazione, il provvedimento di aggiudicazione provvisoria intervenuto il 04.03.010, nonché l'aggiudicazione definitiva in favore della impresa Agudio s.p.a., odierna controinteressata.

La CT Crane Team ha proposto appello per la riforma della sentenza, previa sospensione dell'efficacia, per i motivi che verranno specificati più avanti.

Il Consorzio Pubblici Trasporti s.p.a. e la Agudio s.p.a. si sono costituiti in giudizio per resistere al gravame.

Con ordinanza 2 settembre 2010 n. 4146 la Sezione ha respinto la domanda cautelare.

Tutte le parti hanno depositato memorie.

Alla pubblica udienza del 29 aprile 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

2. Va premesso che la Sezione II.1.1 del Bando definisce la gara un "appalto integrato per l'affidamento del servizio di progettazione definitiva ed esecutiva e per l'esecuzione dei lavori di ammodernamento dell'impianto funicolare Como – Brumate".

Nel Disciplinare di gara si precisa che l'appalto riguarda "la realizzazione e la progettazione definitiva" (punto 4.2.a) ed "esecutiva" (punto 4.2.b) "delle nuove vetture dell'impianto funicolare in sostituzione di quelle attuali a seguito di revisione generale e delle opere accessorie descritte nel progetto preliminare", nonché, "l'esecuzione dei lavori di ammodernamento, la fornitura e messa in esercizio delle due nuove vetture della funicolare, la

fornitura di un carrello di riserva con i requisiti minimi espressi al punto 19 del Capitolato Speciale d'appalto, la realizzazione delle opere accessorie descritte nel progetto preliminare e la fornitura di ricambi per le due nuove vetture”.

Il contenzioso in esame ha origine dalla circostanza che la stazione appaltante ha previsto quali requisiti di partecipazione alla gara per il detto appalto, sia il possesso dell'attestazione SOA, necessaria per l'esecuzione di lavori, sia i requisiti di capacità tecnica e capacità economico-finanziaria di cui agli artt. 41 e 42 del D. Lgs. n. 163/2006, relativi ai fornitori e prestatori di servizi.

In particolare, la *lex specialis* richiedeva:

- il possesso “dei requisiti di ordine generale di cui all'allegato A” (punto 4.8 del Disciplinare);
- relativamente alla “Capacità economica e finanziaria”, la realizzazione di un fatturato globale, riferito all'ultimo quinquennio, pari a tre volte l'importo dell'importo a base d'asta (punto 4.8.1);
- circa la “Capacità tecnica”: il possesso di attestazione di qualifica SOA, in corso di validità, per prestazioni di sola costruzione o per prestazioni di progettazione e costruzione, categoria OG3, classifica V (punto 4.8.2.a); la realizzazione con buon esito, nell'ultimo triennio, di un impianto funicolare terrestre di valore non inferiore a quello appaltato (punto 4.8.2.b); la realizzazione, negli ultimi tre esercizi, di servizi di progettazione inerenti la categoria OG3 per un valore pari a tre volte l'importo dell'appalto riferito a tale voce (punto 4.8.2.c).

L'appellante è stata esclusa dalla gara per aver omesso le dichiarazioni

in ordine alla dimostrazione del fatturato negli esercizi precedenti e alla revisione e/o realizzazione di un impianto funicolare terrestre di valore non inferiore a quello dell'appalto.

3. Con riguardo a tale provvedimento ed alle prescrizioni della lex specialis la CT Crane Team aveva dedotto in primo grado, ed ora ha riproposto in sede di impugnazione del dispositivo la violazione dell'art. 1, commi 3 e 4, del DPR n. 34/2000, nonché, dei principi di concorrenza e massima partecipazione, con riferimento alla specificazione dei requisiti di partecipazione alla gara richiesti dalla Stazione appaltante in aggiunta alla attestazione SOA.

Si evidenzia che il comma 3 dell'art. 34 del DPR n. 34/2000 qualifica la SOA come “condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici”, mentre il successivo comma 4, prescrive che “le stazioni appaltanti non possono richiedere ai concorrenti la dimostrazione della qualificazione con modalità, procedure e contenuti diversi da quelli previsti dal presente titolo, nonché dai titoli III e IV”.

La giurisprudenza – si aggiunge - nega la possibilità di precludere la contrattazione con la pubblica amministrazione a soggetti in possesso di attestazione SOA mediante l'introduzione di requisiti aggiuntivi integranti cause ostative alla partecipazione (Cons. St., Sez. Sez. V, n. 363/2006).

Introducendo requisiti ulteriori alla SOA, pertanto, la Stazione appaltante avrebbe realizzato un illegittimo sbarramento alla

partecipazione avente “la sviata finalità di circoscrivere in modo improprio l’ambito dei possibili aggiudicatari” ledendo, in tal modo, il principio di massima partecipazione.

4. Conosciuta la motivazione della sentenza, l’appellante ha avanzato motivi aggiunti, contestando il passaggio cruciale della decisione nella parte in cui ritiene legittima la prescrizione di ulteriori requisiti di capacità tecnica in base ad una qualificazione dell’appalto in questione, non già come appalto di lavori, secondo la tesi della CT Crane Team, bensì come appalto misto di lavori e forniture ex art. 14 del Codice dei contratti, a norma del quale sono da considerarsi “contratti misti” i “contratti pubblici aventi per oggetto: lavori e forniture; lavori e servizi; lavori, servizi e forniture”.

Rilevato che nel caso di specie, ai lavori si affianca un segmento prestazionale qualificabile in termini di fornitura (*“la fornitura e messa in esercizio delle due nuove vetture della funicolare”*), il TAR ha individuato la disciplina applicabile in base all’art. 14, comma 2, lett. a), a norma del quale un contratto pubblico avente per oggetto la fornitura di prodotti e, a titolo accessorio, lavori di posa in opera e di installazione è considerato un «appalto pubblico di forniture»; nonché ai sensi del comma 3 della medesima disposizione, in base alla prevalenza dell’importo della fornitura rispetto a quello riferito ai lavori.

Il ragionamento del TAR – ad avviso dell’appellante – sarebbe errato perché:

a) non è consentito al giudice modificare la qualificazione dell’appalto in modo diverso dalla denominazione figurante in molteplici

disposizioni della *lex specialis*, che parlano di lavori di ammodernamento;

b) non ha considerato che il bando, al punto II.1.6., classifica l'appalto secondo il CPV (vocabolario comune degli appalti) con il numero 45234240, riguardante lavori di sistema ferroviario funicolare;

c) non osserva il disposto del d.P.R. n. 34 del 2000, All. A, che tra le OG3 comprende i lavori di ristrutturazione delle funicolari;

d) trascura la circostanza che le vetture della funicolare non sono un prodotto disponibile presso il fornitore ma richiedono una progettazione *ad hoc* ed un montaggio, che, come emerge anche dalla Relazione illustrativa del progetto, merita la qualificazione come lavoro, e inattendibile quella di fornitura;

e) secondo la sentenza i lavori si limiterebbero all'importo di 60.000,00 euro per opere civili di stazione e di linea, ma, in tal modo, non troverebbe giustificazione alcuna la qualificazione in cat. OG3 per classifica fino a 5.164.569,00 richiesta dal bando, che, invece, risulterebbe in linea con la qualificazione dell'appalto in termini di lavori, posto che l'importo relativo alla costruzione delle vetture ammonta ad euro 2.490.000,00.

L'appellante conclude osservando che nella specie sarebbe inconferente il richiamo ad un indirizzo giurisprudenziale che fa salva la possibilità, da parte delle Stazioni appaltanti, di richiedere ulteriori e più stringenti requisiti rispetto a quelli legalmente richiesti con il solo limite che siano giustificati dalla particolare natura dell'oggetto contrattuale e che siano rispettosi dei limiti imposti dai principi di

ragionevolezza e proporzionalità.

5. L'articolata argomentazione svolta dal ricorrente è mirata alla dimostrazione di unico assunto, ossia che l'appalto in questione non poteva essere qualificato come appalto misto di lavori e forniture, con prevalenza della componente relativa alla fornitura di un prodotto. Si sostiene che la parte economicamente più rilevante del contratto, che concerne la progettazione, la realizzazione e la messa in opera delle due nuove vetture della funicolare, andrebbe qualificata come appalto di lavori, perché gli oggetti considerati non sono pronti e acquistabili presso il produttore, ma possono essere forniti solo a seguito di progettazione, costruzione delle diverse parti ed assemblaggio, secondo le specifiche tecniche richieste dalla stazione appaltante, ossia costituiscono il frutto di un lavoro *ad hoc*.

La tesi non può essere condivisa.

E' agevole considerare che anche i manufatti costruiti in serie e già pronti presso il costruttore sono il frutto di "lavoro", attività che spesso consiste nella progettazione e nell'assemblaggio di parti separate, e ciò non impedisce che il loro acquisto dia luogo ad una fornitura.

Nell'applicazione del codice degli appalti occorre prescindere dal significato economico o sociologico del termine "lavoro", dovendo farsi applicazione delle chiare indicazioni offerte dal testo normativo.

A tal fine risulta dirimente l'art. 7 del d.lgs. n. 163 del 2006, i cui commi 7 e 8 enunciano precetti di tale nettezza da eliminare anche il dubbio che l'apprestamento e il montaggio della vettura di una

funicolare possa rientrare tra i “lavori” come li intende la detta legge.

Vale la pena di riportare tali disposizioni:

7. Gli «appalti pubblici di lavori» sono appalti pubblici aventi per oggetto l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero, previa acquisizione in sede di offerta del progetto definitivo, la progettazione esecutiva e l'esecuzione, relativamente a lavori o opere rientranti nell'allegato I, oppure, limitatamente alle ipotesi di cui alla parte II, titolo III, capo IV, l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall'ente aggiudicatore, sulla base del progetto preliminare o definitivo posto a base di gara.

8. I «lavori» di cui all'allegato I comprendono le attività di costruzione, demolizione, recupero, ristrutturazione, restauro, manutenzione, di opere. Per «opera» si intende il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica. Le opere comprendono sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile, sia quelle di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica).

Il “lavoro”, quindi, deve concretarsi nella costruzione di un’ ”opera”, con la precisazione che si intendono per tali, sia quelle che sono risultato di lavori edilizi o di genio civile, sia quelle di presidio o difesa ambientale.

Alla stregua di tali enunciazioni, non ha pregio la valorizzazione da parte dell'appellante della locuzione “lavori di ammodernamento” figurante nel bando, perché la stessa, oltre ad essere accompagnata dalle specificazioni offerte dal disciplinare circa la fornitura delle vetture, è destinata a cedere alla valutazione del contenuto effettivo

delle prestazioni richieste, rientranti in modesta parte tra le “opere” e per la parte largamente prevalente nella predisposizione e montaggio delle nuove strutture che ospitano i viaggiatori.

L'appellante poi ha addotto che il bando di gara (punto II.I.6) fa riferimento al CPV, il vocabolario comune degli appalti, indicando il numero 45234240, corrispondente a: “Sistema ferroviario funicolare”, volendosene dedurre che la stazione appaltante intendeva bandire un appalto di “costruzione”.

Il motivo non è persuasivo.

La circostanza che l'appalto in questione comprendesse anche opere riferibili al sistema ferroviario funicolare, le quali, come tali, dovessero essere indicate con il numero 45234240 di CPV, non assume rilievo ai fini della qualificazione del contratto come misto, ai sensi dell'art. 14 del d.lgs. n.163/2006, il cui oggetto economicamente prevalente riguardava la fornitura delle vetture.

Ciò non esclude, evidentemente, che un contratto avente ad oggetto una ferrovia funicolare possa far riscontrare una prevalenza del valore delle opere rispetto a quello delle forniture, e ciò può accadere nel caso della realizzazione *ex novo* dell'impianto. Non altrettanto può affermarsi allorché, come nella specie, l'appalto abbia un oggetto come quello che ha originato la presente vertenza.

Il conclusione l'appello deve esser respinto.

Le spese seguono la soccombenza, come in motivazione.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge;

condanna l'appellante alla rifusione delle spese, per l'importo di euro 4.000,00, in favore di ciascuna delle parti resistenti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 aprile 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Marzio Branca, Consigliere, Estensore

Roberto Chieppa, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/10/2011

IL SEGRETARIO

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