



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 61 del 2009, proposto da:

Kria s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Claudio Colombo, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Paolo Minoli in Torino, via Po, 11;

***contro***

5t s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Simona Rostagno, con domicilio eletto presso lo studio della medesima in Torino, corso Re Umberto, 75;

Comune di Torino, Gtt (Gruppo Torinese Trasporti) s.p.a. Torino;

***nei confronti di***

Kapsch Busi s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigino Montarsolo e Riccardo Montanaro, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Torino, via del Carmine, 2;

***per l'annullamento***

a) della determinazione del direttore generale di 5t s.r.l. 7 novembre 2008 n. 65, recante aggiudicazione definitiva a favore della Kapsch Busi della gara d'appalto avente ad oggetto la fornitura, posa in opera e manutenzione di 20 varchi elettronici costituenti l'ampliamento del sistema di varchi elettronici per il controllo accessi ad aree soggette a limitazione del traffico nella città di Torino;

b) dei verbali di gara e, in particolare, di quello del 19/9/2008, limitatamente alla parte in cui dispone l'ammissione della Kapsch Busi s.p.a. alla gara e di quelli del 6 ottobre 2008, 13/10/2008 e 15/10/2008, relativamente alle parti in cui hanno assegnato il punteggio per la componente tecnica alla Kapsch Busi s.p.a.;

c) della relazione della commissione di gara del 7/11/2008 avente ad oggetto la valutazione della congruità dell'offerta presentata dal concorrente, nonché del risarcimento del danno, da liquidare in forma specifica ovvero per equivalente, ai sensi dell'art. 35 del d.l.vo 31 marzo 1998 n. 80 e dell'art. 6 della l. 21 luglio 2000 n. 205.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della 5t s.r.l. e della Kapsch Busi s.p.a.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dalla ricorrente incidentale Kapsch-Busi s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Luigino Montarsolo e Riccardo Montanaro, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Torino, via del Carmine, 2;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2012 la dott.ssa Manuela Sinigoi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con ricorso notificato il 7 gennaio 2009 e depositato il successivo 15 gennaio, la società Kria s.r.l. ha chiesto a questo Tribunale Amministrativo Regionale l'annullamento, previa sospensione cautelare, del provvedimento di aggiudicazione definitiva e di altri atti specificamente indicati relativi alla procedura aperta per la fornitura, posa e messa in servizio di n. 20 sistemi di varchi elettronici per il controllo accessi ad aree soggette a limitazioni di traffico, da aggiudicarsi in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indetta dalla 5T s.r.l., società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'art. 55 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e s.m.i..

La ricorrente, che agisce anche per la condanna dell'organismo di diritto pubblico intimato al risarcimento dei danni asseritamente subiti, ha affidato il gravame ai seguenti motivi di diritto:

1. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Eccesso di potere per carenza di motivazione, sviamento.
2. Violazione e falsa applicazione del bando, del disciplinare di gara e del capitolato speciale d'appalto. Eccesso di potere per carenza di motivazione, sviamento.
3. Violazione e falsa applicazione degli artt. 86 e 87 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Eccesso di potere per carenza di motivazione, sviamento.

La società 5T e la controinteressata Kapsch Busi s.p.a., aggiudicataria dell'appalto, si sono costituite in giudizio per resistere al ricorso, contestandone, con separate memorie, la fondatezza.

Con ricorso incidentale notificato il 31 gennaio 2009 e depositato il successivo 2 febbraio, la società controinteressata ha, inoltre, contestato, impugnando in parte qua gli atti e provvedimenti in epigrafe indicati, la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale, deducendo la violazione di diversi principi e disposizioni di legge e l'eccesso di potere sotto plurimi profili.

All'esito dell'udienza camerale del 4 febbraio 2009, la Sezione, con ordinanza n. 118/2009, ha respinto l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente principale, ritenendo la stessa non assistita da sufficienti elementi di *fumus boni juris*.

Le parti hanno depositato documenti e memorie, cui hanno fatto seguito le relative repliche.

La causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 24 ottobre 2012 e, quindi, trattenuta in decisione.

#### DIRITTO

La ricorrente principale mette in discussione la legittimità della procedura aperta svolta dall'organismo di diritto pubblico resistente per l'aggiudicazione della fornitura, posa e messa in servizio di n. 20 sistemi di varchi elettronici per il controllo accessi ad aree soggette a limitazioni di traffico.

I motivi d'impugnazione dalla medesima proposti appalesano, tuttavia, che l'interesse perseguito è da individuarsi unicamente nell'ottenimento dell'aggiudicazione e nel risarcimento dei danni per mancata aggiudicazione, occorrendo anche per equivalente.

Tale circostanza induce il Collegio a ritenere che, nel caso dovesse venire accertata la fondatezza del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Kapsch Busi, il cui scrutinio, per pacifico insegnamento giurisprudenziale, deve precedere quello del ricorso principale, laddove, come nel caso di specie, venga contestata la legittimazione del ricorrente principale attraverso l'impugnazione della sua ammissione (o mancata esclusione) alla procedura di gara, non vi sia la necessità, come, invece, ritenuto dalla Sezione (Tar Piemonte, II, ordinanza 09/02/12, n. 208) nel caso in cui permanga l'interesse strumentale alla rinnovazione della procedura di gara, di procedere comunque anche allo scrutinio delle censure del ricorso principale.

Ciò premesso, si può passare all'esame del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.

Esso è meritevole d'accoglimento.

E', invero, fondata e riveste carattere assorbente rispetto alle ulteriori doglianze dedotte la lamentata mancata indicazione della quota di partecipazione al costituendo raggruppamento temporaneo d'impresa da parte delle imprese ad esso partecipanti, dedotta con il primo motivo di gravame ("Violazione di legge: art. 37, comma 13, d.lgs. 163/2006. Violazione dei principi di buon andamento e trasparenza. Eccesso di potere per difetto di motivazione istruttoria").

Al riguardo, premesso in punto di fatto che non è contestata la omessa indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento da parte di ciascuna impresa ad esso partecipante, tant'è che la ricorrente principale si è limitata ad opporre che la disposizione di cui all'art. 37, comma 13, del D.Lgs. n. 163 del 2006 risulterebbe immediatamente applicabile unicamente agli appalti di lavori ovvero che la detta indicazione non risulterebbe prevista dal disciplinare di gara, il Collegio osserva che, secondo un prevalente indirizzo giurisprudenziale, dal quale non v'è motivo di discostarsi, ai sensi dell'art. 37, comma 13, del D.Lgs. n. 163 del 2006 (secondo il quale, nella formulazione vigente all'epoca della gara di che trattasi, "i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento") "le associazioni temporanee di impresa (anche costituende) devono indicare, a pena di esclusione, anche nelle gare per l'appalto di pubblici servizi (o di forniture) le quote di partecipazione delle singole imprese associate e le parti del servizio (o delle forniture) che ogni singola impresa dovrà eseguire" (Consiglio di Stato, sez. III n. 2132 del 6 aprile 2011 cit.; n. 2804 e n. 2805 dell'11 maggio 2011).

In tali pronunce si è affermato che, ai sensi della norma citata, deve sussistere una perfetta simmetria (anche) tra la quota di servizi e la quota di effettiva partecipazione al raggruppamento e che la quota di partecipazione deve essere stabilita e manifestata, a pena di inammissibilità dell'offerta, dai componenti del raggruppamento all'atto di partecipazione alla gara (C.d.S., sez. IV, 27 novembre 2010, n. 8253; sez. V, 28 settembre 2009, n. 5817), anche se non esplicitato dalla lex specialis (C.d.S., sez. VI, 24 gennaio 2011, n. 472).

Infatti con tale disposizione, che è valida anche per gli appalti di servizi, il legislatore ha inteso evitare che alla spendita dei requisiti di partecipazione (e di qualificazione) non corrisponda un identico impegno in sede di esecuzione dei lavori (C.d.S., V, 14 settembre 2012, n. 4895).

E' stata conseguentemente ritenuta illegittima l'ammissione alla gara per l'appalto pubblico di servizi, qualora l'offerta proveniente da un'associazione temporanea di imprese non specifichi le parti del servizio che saranno eseguite dalle singole imprese e le quote di partecipazione (C.d.S., sez. V, 12 febbraio 2010 , n. 744).

Deve, pertanto, ritenersi che il costituendo raggruppamento temporaneo d'impresе di cui faceva parte la ricorrente sia stato illegittimamente ammesso alla gara in questione, dato che ha omesso di indicare le quote di partecipazione delle singole imprese.

In accoglimento del motivo di gravame ora scrutinato, va, dunque, accolto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Kapsch Busi s.p.a. e, per l'effetto, annullati gli atti impugnati con tale gravame, nella parte in cui non hanno escluso dalla gara l'offerta della ricorrente principale Kria s.r.l..

L'esito del ricorso incidentale rende, conseguentemente, improcedibile il ricorso principale per sopravvenuta carenza d'interesse in capo alla ricorrente Kria s.r.l., che – come già dianzi evidenziato – ha fatto valere in giudizio unicamente l'interesse ad ottenere l'aggiudicazione dell'appalto e non, invece, quello ulteriore e strumentale alla rinnovazione della procedura di gara, il quale, laddove azionato, avrebbe potuto indurre il Collegio ad esaminare comunque il ricorso principale, anche a mente dell'insegnamento ritraibile dalla recente pronuncia della Suprema Corte di Cassazione, Sez. Unite Civili, 21 giugno 2012, n. 10294.

In definitiva, va accolto il ricorso incidentale e dichiarato improcedibile il ricorso principale.

Ad avviso del Collegio sussistono, in ogni caso, giusti motivi per compensare interamente tra le parti le spese di giudizio, avuto riguardo alla particolarità delle questioni di diritto sottese ai gravami.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte, Sezione II, definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, così dispone:

- accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei sensi precisati in motivazione.
- dichiara, conseguentemente, improcedibile il ricorso principale.

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Ofelia Fratamico, Referendario

Manuela Sinigoi, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/11/2012

IL SEGRETARIO

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