



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1248 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Siemens Spa, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo raggruppamento con Industrie D'Amico Srl e SIE Solari Impianti Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Bonatti, Lorella Fumarola e Angelo Vantaggiato, con domicilio eletto presso Angelo Vantaggiato in Lecce, via Zanardelli 7;

contro

Autorità Portuale di Brindisi, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Lecce, via F. Rubichi 23;

per l'annullamento

(quanto al ricorso)

- del provvedimento di esclusione della costituenda A.T.I. Siemens S.p.A. - Industrie D'Amico - SIE Solari Impianti s.r.l. dalla procedura aperta per l'aggiudicazione dei lavori di completamento delle infrastrutture di security nel Porto di Brindisi - CIG 479141940A e della relativa comunicazione di esclusione prot. n. 0006030 del 04 luglio 2013, nonché della comunicazione di esclusione prot. n. 0005778 del 25 giugno 2013;
- in parte qua, del Bando di gara recante indizione della procedura aperta in oggetto e del relativo Disciplinare di gara, e, per quanto occorrente, degli atti antecedenti e preordinati, ivi compresa la determinazione con la quale è stata indetta la procedura aperta in oggetto, di contenuto specifico non noto alla ricorrente;
- di ogni altro atto presupposto, conseguente o comunque connesso;

(quanto ai motivi aggiunti)

- della nota 02 agosto 2013 prot. 6820 recante "Comunicazione di esclusione, integrazione" con la quale l'Autorità Portuale di Brindisi ha integrato la motivazione del provvedimento di esclusione già adottato nei confronti dell'A.T.I. Siemens;
- per quanto occorrente, della nota di Autorità Portuale di Brindisi prot. n. 6844 del 5 agosto 2013 (e relativi allegati), depositata in giudizio in data 8 agosto 2013, nonché del "Rapporto dettagliato in merito al ricorso proposto innanzi al TAR Lecce dalla Ati Siemens Spa avverso il provvedimento di esclusione dalla gara di lavori di completamento infrastrutture di security nel porto di Brindisi", datato 13 agosto 2013 e depositato in giudizio in data 28 agosto 2013.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Autorità Portuale di Brindisi;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore per l'udienza pubblica del giorno 11 dicembre 2013 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti l'avv. Angelo Vantaggiato, anche in sostituzione degli avv.ti Stefano Bonatti e Lorella Fumarola, e l'avvocato dello Stato Giovanni Pedone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- L'Autorità Portuale di Brindisi ha indetto in data 10/1/2013 una gara d'appalto, mediante procedura aperta e con il metodo dell'offerta economicamente più vantaggiosa (offerta tecnica: max. 65 punti; offerta tempo: max. 15 punti; offerta economica: max. 20 punti), per la realizzazione dei "lavori di completamento delle infrastrutture di security nel porto di Brindisi", per un importo di € 9.320.212,93 oltre oneri di sicurezza e per le seguenti categorie di lavori: prevalente, OS5 – Impianti pneumatici ed antintrusione, completi degli impianti di trasmissione e controllo; scorporabili: OS18-A – Componenti strutturali in acciaio; OG1 – Edifici civili ed industriali; OS30 – Impianti interni elettrici, telefonici, radiotelefonici e televisivi; OS1 – Lavori in terra.

L'ATI ricorrente vi ha partecipato in raggruppamento di tipo misto.

Dopo una richiesta di chiarimenti, è stata esclusa con l'impugnata determinazione del R.U.P. n. 5778 del 25/6/2013, poiché:

<<La composizione dell'ATI e la relativa suddivisione delle quote di partecipazione ed esecuzione, così come presentate in sede di gara e confermate dalla successiva corrispondenza, violano il principio di corrispondenza tra le quote di partecipazione, qualificazione ed esecuzione sancito dall'art. 37, comma 13 del d.lgs. 163/2006 e integralmente trasfuso nella lex specialis di gara alla lettera "f" delle informazioni finali del disciplinare.>>

L'esclusione è stata poi confermata con atto del R.U.P. n. 6030 del 4/7/2013.

Avverso l'esclusione è stato proposto il ricorso, affidato a due motivi, con il primo dei quali si contesta la valutazione dell'Amministrazione e i calcoli effettuati per ravvisare la violazione della corrispondenza di quote (deducendo la violazione degli artt. 37 e 46 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 92 del DPR n. 207/2010, nonché dell'art. 42 Cost., oltre all'eccesso di potere per difetto di presupposti, contraddittorietà, difetto di motivazione, errore e travisamento di fatto, violazione dei principi di par condicio e di imparzialità); con l'altra censura è denunciata la violazione della regola della tassatività delle clausole di esclusione (art. 46 cit., comma 1-bis, del d.lgs. n. 163/2006).

2.- Dopo la notifica del ricorso, la Commissione di gara rilevava un ulteriore motivo di esclusione, per violazione dell'art. 49, sesto comma, del d.lgs. n. 163/2006, dandone comunicazione con nota del R.U.P. n. 6820 del 2/8/2013, dal seguente tenore:

<<Si ritiene cioè che l'avvalimento operato dalla sub-mandante orizzontale Sie Solari per la categoria non posseduta OS5, e posseduta solo in parte dalla Siemens spa, violi il divieto di frazionamento del requisito previsto dal bando di gara (OS5 classifica IV bis) non potendosi fare ricorso all'istituto di cui all'art. 49 per cumulare due attestazioni SOA al fine di raggiungere, mediante sommatoria, la più elevata classifica richiesta.>>

La nuova esclusione è stata impugnata con motivi aggiunti, contestando la tempestività della nuova esclusione e la ricorrenza dei presupposti (deducendo, con distinte censure: la violazione dell'art. 1 della legge n. 241/90 e del principio di non aggravamento del procedimento, nonché l'eccesso di potere per difetto di motivazione; la

violazione degli artt. 37 e 49 del d.lgs. n. 163/2006 e l'eccesso di potere per sviamento, difetto di presupposti ed errore di fatto).

L'Autorità Portuale di Brindisi si è costituita in giudizio per resistere al ricorso, chiedendo che sia dichiarato irricevibile, inammissibile e gradatamente rigettato.

L'Amministrazione ha depositato rapporti informativi, con cui ha confutato le ragioni della ricorrente.

La domanda cautelare è stata accolta con ordinanza del 19 settembre 2013 n. 452.

All'udienza pubblica dell'11 dicembre 2013 il ricorso e i motivi aggiunti sono stati assegnati in decisione; è stato pubblicato il dispositivo della sentenza n. 2476 in data 13 dicembre 2013.

DIRITTO

1.- La motivazione dell'esclusione originariamente comminata involge la corrispondenza tra requisiti di qualificazione, di partecipazione all'ATI e di esecuzione dei lavori.

L'ATI Siemens - Industrie D'Amico - SIE Solari Impianti ha dichiarato di partecipare in associazione temporanea d'impresa di tipo misto, con le seguenti quote di partecipazione: Siemens 32,6% (mandataria), D'Amico 49,9% e SIE Solari 17,5% (mandanti).

Nell'impegno alla costituzione dell'ATI (doc. 6 della produzione di parte ricorrente), la mandante Industrie D'Amico ha assunto in proprio l'onere di realizzare i lavori delle opere edili, appartenenti alle categorie scorporabili (OG1, OS1 e OS18-A), mentre è stata assegnata alla Siemens spa e alla SIE Solari Impianti srl, in sub-raggruppamento di tipo orizzontale e con la partecipazione maggioritaria (50,1%), la realizzazione delle componenti impiantistiche (OS5 prevalente e OS30).

L'Autorità portuale ha evidenziato che i lavori dichiarati (considerata la loro incidenza proporzionale sull'importo a base d'asta) sovvertono tale ripartizione, risultando assegnata alla mandante D'Amico la percentuale maggioritaria (53,23%, riveniente dalla somma del 29,69%, 21,21% e 2,33%).

Le ricorrenti negano che la loro partecipazione alla gara violi il principio di corrispondenza ex art. 37 del d.lgs. n. 163/06 (dovendosi, in particolare, tenere conto dei ribassi offerti e non dell'importo a base d'asta).

Il Collegio osserva che la norma dell'art. 13, tredicesimo comma, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (per la quale: "Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento") assicura che i lavori siano assunti dall'impresa adeguatamente qualificata, non essendo ammissibile che la stessa, qualora in possesso di una classifica insufficiente, attraverso la partecipazione in un'ATI possa realizzare lavori per un maggior valore, che non ha la capacità a eseguire.

La corrispondenza determinante deve quindi sussistere tra i requisiti di capacità tecnica e la quota dei lavori assunti (la seconda non potendo eccedere i primi).

Tale corrispondenza deve poi riflettersi nella quota di partecipazione all'ATI.

Ove, per qualsiasi ragione, la quota di lavori assunti non corrisponda alla quota di partecipazione all'ATI, si deve evidenziare che, ferma restando la responsabilità solidale delle ditte che compongono l'ATI, la quota di partecipazione a questa costituisce un impegno interno alla medesima, mentre nei confronti della stazione appaltante ha rilievo l'impegno di ciascuna ditta ad eseguire la prestazione nella percentuale risultante da dati certi. Questi dati, nella specie, risultano dalla entità dei lavori appartenenti ad una specifica categoria che ciascuna ditta si è impegnata ad eseguire.

In sintesi, nel caso di specie non è in discussione la qualificazione del sub-raggruppamento orizzontale tra Siemens e Sie Solari Impianti ad eseguire i lavori delle opere impiantistiche, che si è impegnato ad eseguire nella totalità delle stesse, dichiarando che costituiscono la percentuale maggioritaria del 50,1% (scomposta nelle percentuali del

32,60% e del 17,50%).

La circostanza che invece la percentuale di questi lavori, secondo i calcoli effettuati dalla S.A., non corrisponda alla quota di partecipazione all'ATI (ragguagliata all'importo a base d'asta) non assume rilievo quanto alla corrispondenza fra qualificazione posseduta e qualificazione necessaria, non privando la Stazione Appaltante della garanzia in ordine all'esecuzione dei lavori da parte di soggetto qualificato (atteso che nessun dubbio è sollevato circa la corrispondenza tra requisiti di qualificazione e di esecuzione).

L'essere poi la percentuale dei lavori assegnata al sub- raggruppamento orizzontale Siemens – Sie Solari Impianti inferiore alla quota di partecipazione di questo all'ATI non incide sull'impegno assunto da ognuna delle due ditte nei confronti della stazione appaltante, in ordine alla quantità di lavori da eseguire, individuata con riferimento alla categoria cui gli stessi appartengono.

In altri termini, come già rilevato in fase cautelare, con riguardo alla conformazione dell'ATI prescelta (di tipo misto e con il sub-raggruppamento orizzontale che realizza "in toto" le opere impiantistiche, con impegno che non eccede i requisiti di qualificazione posseduti), è irrilevante la violazione della corrispondenza con la quota di partecipazione all'ATI, atteso che ciò non pone in discussione il possesso della qualificazione richiesta, pur se la quota di lavori risulti inferiore alla quota dichiarata di partecipazione all'ATI.

Alla stregua di queste considerazioni, va accolto il ricorso ed annullato il provvedimento di esclusione con esso impugnato.

2.- Quanto all'ulteriore provvedimento di esclusione, oggetto dei motivi aggiunti, va considerato che è insussistente la ravvisata violazione dell'art. 49, sesto comma, del d.lgs. n. 163/06.

La norma impedisce che il requisito tecnico di cui sia privo il concorrente possa esser acquisito, mediante avvalimento, sommando le classifiche di cui siano in possesso più imprese ausiliarie (cfr. l'art. 49 cit.: "Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria").

Nel caso di specie, la Sie Solari Impianti Srl (priva del requisito) ha dichiarato di avvalersi per l'intero della qualificazione posseduta dall'impresa ausiliaria Telecontrol Impianti Srl per la categoria OS5 – classifica V, da sola sufficiente ad assolvere a quanto richiesto dal bando, senza che in tal caso sia pertanto rinvenibile la sommatoria dei requisiti di qualificazione, la quale sussiste quando si sommano due o più qualificazioni di distinte imprese, ma non quando ci si avvalga, nella sua interezza, della qualificazione posseduta dall'impresa ausiliaria.

Anche i motivi aggiunti sono dunque fondati e vanno accolti, con conseguente annullamento del secondo provvedimento di esclusione.

3.- Le spese processuali vanno interamente compensate tra le parti, sussistendo validi motivi, in ragione della possibile difficoltà interpretativa delle norme applicabili.

A carico dell'Autorità Portuale di Brindisi va posto il pagamento del contributo unificato complessivamente versato dalla ricorrente, ai sensi dell'art. 13, comma 6-bis, del DPR 30 maggio 2002, n. 115.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

- 1) accoglie il ricorso e i motivi aggiunti e, per l'effetto, annulla gli impugnati provvedimenti di esclusione;
- 2) compensa interamente le spese processuali, ponendo a carico dell'Autorità Portuale di Brindisi il pagamento del

contributo unificato complessivamente versato.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Antonio Cavallari, Presidente

Patrizia Moro, Consigliere

Giuseppe Esposito, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/01/2014

IL SEGRETARIO

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