

Il cooptato non assume la veste di concorrente e, se inserito erroneamente nell'a.t.i., deve dimostrare di possedere i requisiti di partecipazione al pari di un qualsiasi concorrente

di Marcello Fortunato

Data di pubblicazione: 28-2-2017

1. Il soggetto cooptato, ai sensi dell'art. 92 del D.P.R. n. 207/2010: 1) non può acquisire lo status di concorrente; 2) non può acquisire alcuna quota di partecipazione all'appalto; 3) non può rivestire la posizione di offerente, prima, e di contraente, poi; 4) non può prestare garanzie, al pari di un concorrente o di un contraente; 5) non può, in alcun modo, subappaltare o dichiarare di affidare a terzi una quota dei lavori, di cui non è titolare, essendo privo della prescritta SOA (1).

2. L'assunzione del ruolo di concorrente, anziché di mero cooptato, non comporta di per sé l'esclusione dell'offerta ma, una volta assunto tale diverso ruolo, l'impresa deve dimostrare di possedere i requisiti di partecipazione previsti per la gara.

3. La circostanza che le altre imprese che hanno partecipato alla gara in vista della costituzione dell'ATI posseggano requisiti idonei a coprire anche il 100% dei lavori non è sufficiente ad evitare l'esclusione, in quanto resta il fatto che hanno speso requisiti inferiori al 100%, avendo previsto la realizzazione di una parte dei lavori (nella specie per il 13%) da parte del cooptato.

4. In caso di appalto di servizi sussiste l'obbligo per le imprese raggruppate di indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione: resta fermo, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara (2).

Guida alla lettura

La sentenza sopra riportata affronta la natura della cooptazione di cui all'art. 92 - comma 5 del D.P.R. n. 207/2010 (*"Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati"*), evidenziando, tra l'altro, che il cooptato non assume il ruolo di concorrente e non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto.

Nel caso in esame, il cooptato: 1) ha sottoscritto, insieme alle altre imprese del raggruppamento, la domanda di partecipazione alla gara; 2) ha sottoscritto ed è intestataria della cauzione provvisoria prodotta dall'ATI; 3) ha sottoscritto anche la dichiarazione con la quale ha indicato alla stazione appaltante quali lavori oggetto di appalto ed in quale misura intende subappaltare, in caso di aggiudicazione; 4) ha indicato una quota di partecipazione nella misura del 13%.

Il T.A.R. ha chiarito che l'assunzione del ruolo di concorrente, anziché di mero cooptato, non comporta di per sé l'esclusione dell'offerta, ma è necessario che l'impresa dimostri di possedere i requisiti di partecipazione previsti per la gara.

L'offerta delle tre imprese cooptanti costituenti il raggruppamento, nella specie, le impegnava ad eseguire non il 100% delle opere oggetto di gara, ma solo l'87% di esse (il 13% è stato previsto in capo al cooptato), non dimostrando il possesso dei requisiti richiesti.

Il T.A.R., quindi, ha ritenuto di escludere il concorrente, in quanto, delle due l'una:

a) o il concorrente è un cooptato, ed allora l'ATI avrebbe dovuto dichiarare ed assumere il 100% delle lavorazioni;

b) o è un mandante ed allora avrebbe dovuto possedere, dichiarare e dimostrare il possesso dei requisiti correlati alla quota di partecipazione assunta.

Nel caso di specie: a) il soggetto cooptato non possiede i requisiti di qualificazione e partecipazione dichiarati; b) l'ATI non ha dichiarato di assumere il 100% dei lavori oggetto di gara.

Publicato il 23/02/2017

N. 00312/2017 REG.PROV.COLL.

N. 01619/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso, numero di registro generale 1619 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Consorzio Cooperative Costruzioni CCC – Società Cooperativa, in proprio e nella qualità di mandatario del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con le società Rillo Costruzioni s. r. l., Calgeco s. r. l. e La.Bit. s. r. l., e Consorzio INTEGRA Società Cooperativa, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avv. Paolo Vosa C. F. VSOPLA54S08F839Y, con domicilio eletto, in Salerno, alla via SS. MM. Salernitani, 31, presso l'Avv. Marcello Fortunato;

contro

Arcadis – Agenzia Regionale per la Difesa del Suolo, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Salerno, domiciliata per legge in Salerno, al Corso Vittorio Emanuele, 58;

nei confronti di

Ritonnaro Costruzioni s. r. l., in proprio e quale capogruppo mandataria del R. T. I. costituendo con Gemis s. r. l. – SO.T.ECO s. p. a. e Pragma Costruzioni Generali s. r. l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avv. Lodovico Visone C. F. VSNLVC57D15G796D e Dario Ranieri C. F. RNRDRA83E23A717L, con domicilio eletto, in Salerno, Largo Dogana Vecchia, 40, presso lo Studio Visone;

Gemis s. r. l., So.T.Eco s. p. a., Pragma Costruzioni Generali s. r. l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituite in giudizio;

per l'annullamento

(atto introduttivo del giudizio)

- 1) della determinazione n. 342 del 5 Agosto 2016, comunicata al Consorzio CCC in data 5 Agosto 2016, con la quale l'ARCADIS – Agenzia Regionale Campana per la Difesa del Suolo, ha aggiudicato in via definitiva al costituendo raggruppamento temporaneo tra le Imprese Ritonnaro Costruzioni s. r. l. (mandataria), GEMIS s. r. l., SO.T.ECO s. p. a. (mandanti) e PRAGMA Costruzioni Generali s. r. l. (mandante cooptata) la gara – CIG 5502450D5F – avente ad oggetto la progettazione e l'esecuzione dei lavori necessari per la realizzazione dell'intervento denominato Grande Progetto "Risanamento ambientale corpi idrici superficiali

delle aree interne” – “Lotto Funzionale Provincia di Avellino” – Comuni di Aiello del Sabato, Atripalda, Ariano Irpino, Bagnoli Irpino, Casalbore, Castelbaronia, Flumeri, Fontanarosa, Frigento, Gesualdo, Grottaminarda, Manocalzati, Melito Irpino, Mirabella Eclano, Montecalvo, Monteforte Irpino, San Nicola Baronia, San Potito Ultra, Sturno, Villamaina, Villanova del Battista e Zungoli;

- 2) della nota, prot. 9026 del 5 Agosto 2016, con la quale, ai sensi dell’art. 79, comma 5, lettera c) del D. Lgs. 12.4.2006 n. 163, è stata comunicata al Consorzio INTEGRA l’aggiudicazione definitiva della gara, di cui al precedente punto 1);

- 3) dei verbali di gara (delle sedute pubbliche e riservate) e, in particolare, della determinazione della commissione di gara d’ammettere alla gara (rectius: non escludere) il concorrente costituendo raggruppamento temporaneo tra le Imprese Ritonnaro Costruzioni s. r. l. (mandataria), GEMIS s. r. l., SO.T.ECO s. p. a. (mandanti) e PRAGMA Costruzioni Generali s. r. l. (mandante cooptata), di valutare e punteggiare l’offerta di quest’ultimo;

- 4) d’ogni ulteriore atto preordinato, connesso e consequenziale tra cui: a) l’aggiudicazione provvisoria; b) la graduatoria di gara, nella parte in cui il costituendo raggruppamento temporaneo tra le Imprese Ritonnaro Costruzioni s. r. l. (mandataria), GEMIS s. r. l., SO.T.ECO s. p. a. (mandanti) e PRAGMA Costruzioni Generali s. r. l. (mandante cooptata), è stato collocato al primo posto ed il costituendo raggruppamento temporaneo tra il Consorzio Cooperative Costruzioni CCC – Società Cooperativa e le Società Rillo Costruzioni s. r. l., Calgeco s. r. l. e La.Bit. s. r. l. al secondo posto; c) l’esito del subprocedimento di verifica dei requisiti tecnici, dichiarati in gara dal costituendo RTI aggiudicatario;

- 5) nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto, se nelle more stipulato e per il subentro nell’appalto, se nelle more iniziato;

(atto di motivi aggiunti)

1) della nota, prot. n. 10704 del 13.10.2016, con la quale, ai sensi dell’art. 79 del d. l.vo 163/2006, il direttore generale dell’ARCADIS ha comunicato ai ricorrenti che, con determinazione n. 429 dell’11.10.2016, è stata disposta l’aggiudicazione definitiva della procedura in oggetto, in favore dell’A. T. I. Ritonnaro Costruzioni s. r. l. – Gemis s. r. l. – So.T.Eco. s. p. a. e Pragma Costruzioni Generali s. r. l.;

2) della determinazione del Direttore Generale dell’ARCADIS, n. 429 dell’11.10.2016, con cui è stata dichiarata efficace l’aggiudicazione definitiva;

3) della nota del responsabile del procedimento, prot. n. 10592 dell’11.10.2016, richiamata nella deliberazione sub 2), con la quale “si attesta il possesso dei requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnico – organizzativa, richiesti negli atti di gara, di cui all’art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006”;

4) dell’istruttoria, solta dal Responsabile del procedimento;

5) della dichiarazione di regolarità dell'istruttoria, resa dal Dirigente dell'Ufficio Affari Generali e Legali, individuato con determina commissariale n. 669/2013 e ss. mm. ii., richiamata nel provvedimento sub 1);

6) d'ogni ulteriore atto, preordinato, connesso e consequenziale, lesivo degli interessi dei ricorrenti, tra cui: - a) l'aggiudicazione definitiva, disposta con determinazione del Direttore Generale dell'ARCADIS, n. 342 del 5 Agosto 2016; - b) l'aggiudicazione provvisoria; - c) la graduatoria di gara, nella parte in cui il costituendo raggruppamento temporaneo tra le Imprese Ritonnaro Costruzioni s. r. l. (mandataria), GEMIS s. r. l., SO.T.ECO s. p. a. (mandanti) e PRAGMA Costruzioni Generali s. r. l. (mandante cooptata), è stato collocato al primo posto ed il costituendo raggruppamento temporaneo tra il Consorzio Cooperative Costruzioni CCC – Società Cooperativa e le Società Rillo Costruzioni s. r. l., Calgeco s. r. l. e La.Bit. s. r. l. al secondo posto;

7) nonché per la dichiarazione di inefficacia del contratto, se nelle more stipulato e per il subentro nell'appalto, se nelle more iniziato;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ARCADIS – Agenzia Regionale per la Difesa del Suolo e della Ritonnaro Costruzioni s. r. l., nella qualità in atti;

Visto il ricorso incidentale, proposto da quest'ultima;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2017, il dott. Paolo Severini;

Uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue;

FATTO

Le società ricorrenti principali, la prima nella qualità in atti, esponevano che:

con bando pubblicato sulla GURI – 5° Serie Speciale – n. 149 del 20/12/2013, l'ARCADIS – Agenzia Regionale Campania Difesa Suolo, indicava una gara – procedura aperta, per affidare

in appalto, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la progettazione e l'esecuzione dei lavori relativi all'intervento, denominato Grande Progetto "Risanamento ambientale corpi idrici superficiali delle aree interne" – "Lotto Funzionale Provincia di Avellino" – Comuni di Aiello del Sabato, Atripalda, Ariano Irpino, Bagnoli Irpino, Casalbore, Castelbaronia, Flumeri, Fontanarosa, Frigento, Gesualdo, Grottaminarda, Manocalzati, Melito Irpino, Mirabella Eclano, Montecalvo, Monteforte Irpino, San Nicola Baronia, San Potito Ultra, Sturno, Villamaina, Villanova del Battista e Zungoli;

l'importo complessivo dell'appalto, di € 23.853.957,41 era così suddiviso: - a) € 22.579.405,97 per lavori; - b) € 289.182,82 ed € 153.346,06 per progettazione definitiva ed esecutiva; -c) € 123.856,43 per coordinamento della sicurezza in fase di progettazione;

alla gara potevano partecipare alla gara imprenditori individuali, consorzi tra società cooperative di produzione e lavoro, consorzi stabili, raggruppamenti temporanei di concorrente, consorzi ordinari e gli altri soggetti di cui all'art. 34 del D. Lgs. 163/2006, in possesso dei requisiti di ordine generale e di capacità tecnico – organizzativo ed economico – finanziaria, richiesti dal disciplinare di gara sia per l'esecuzione dei lavori che per l'attività di progettazione;

all'esito della redazione della graduatoria definitiva, si collocava al primo posto il costituendo raggruppamento temporaneo tra le Imprese Ritonnaro Costruzioni s. r. l., GEMIS s. r. l., SO.T.ECO s. p. a. e PRAGMA Costruzioni Generali s. r. l., e al secondo posto il costituendo raggruppamento – attuale ricorrente – Consorzio Cooperative Costruzioni CCC – Società Cooperativa;

con nota, prot. 10000124/27 del 4.04.2016, veniva comunicato all'ARCADIS l'avvenuto conferimento al Consorzio Integra del ramo di azienda, al quale ineriva la partecipazione alla gara, e ciò al fine del subentro di quest'ultimo, ai sensi dell'art. 51 del d. lgs. 163/2006;

con nota, prot. 9026 del 5 Agosto 2016, veniva comunicato al Consorzio Cooperative Costruzioni CCC – Società Cooperativa, l'aggiudicazione definitiva della gara al raggruppamento contemporaneo RTI Ritonnaro s. r. l., aggiudicazione disposta con determinazione, n. 342 del 5 Agosto 2016;

segnalavano che l'esame della documentazione amministrativa, e di quella trasmessa a comprova dei requisiti dichiarati, effettuato in data 9 settembre 2016, aveva evidenziato, a loro avviso, l'illegittimità degli atti impugnati, per i seguenti motivi:

1) Violazione ed errata applicazione della *lex specialis* – Violazione ed errata applicazione dell'articolo 48, comma 2 del D. lgs. 163/2006 – Istruttoria carente ed errata – Travisamento dei fatti: l'ATI aggiudicataria, all'atto della partecipazione alla gara, ha dichiarato di volersi avvalere, per lo svolgimento dei servizi di ingegneria e per la redazione della progettazione, del costituendo raggruppamento temporaneo composto dalla società di ingegneria CNC Ingegneria – mandataria – e dalla società di ingegneria EDILING s. r. l., dall'Ing. Luigi Rispoli, dall'Ing. Eugenio Lombardi, dalla società GEOSERVIZI s. r. l. (geologo) e dall'archeologo Dott.ssa Teresa Virtuoso (mandanti). L'ATI ha prodotto in gara le dichiarazioni richieste dal

disciplinare al fine di attestare il possesso dei requisiti richiesti al raggruppamento temporaneo, incaricato della progettazione ed ai componenti dello stesso. I partecipanti al raggruppamento designato per lo svolgimento della progettazione, hanno attestato, con le dichiarazioni rese, il possesso dei requisiti richiesti ed hanno indicato la quota di partecipazione di ciascuno di essi al raggruppamento temporaneo, quota che come prescritto nel disciplinare, doveva corrispondere alla percentuale dei requisiti tecnici di cui alle lettere o), p), r) del punto 12 del disciplinare, da ciascuno posseduti e dichiarati (cfr. disciplinare di gara, punto 12, lettera m e paragrafo “altre informazioni” lettera u). Può essere opportuno trascrivere la lettera “u” del paragrafo “altre informazioni” del disciplinare di gara “Per i raggruppamenti temporanei di professionisti, i requisiti di cui al punto 12 lettere o), p) e r) del presente Disciplinare dovranno essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento, fermo restando che il capogruppo dovrà comunque possedere i predetti requisiti nella misura minima del 55%; la restante parte dovrà invece essere posseduta cumulativamente dalle mandanti. La quota di partecipazione al raggruppamento dovrà corrispondere alla percentuale dei requisiti posseduti con il limite massimo del 55% per il capogruppo. Non è invece frazionabile il requisito di cui al punto 12 lettera q) del presente disciplinare”. L’Ing. Luigi Rispoli, che partecipava al raggruppamento di progettazione quale mandante con una quota del 10% attestava il possesso dei requisiti di cui innanzi (lettere o, p ed r del punto 12 del disciplinare) per un importo corrispondente ed in alcuni casi anche superiore alla predetta percentuale. Relativamente al requisito di cui al punto 12, lettera p) del disciplinare di gara (avvenuta esecuzione, nel decennio antecedente la data di pubblicazione del bando (2003 – 2012) di servizi di progettazione di cui all’articolo 252 del DPR 207/2010 per un importo globale non inferiore a due volte l’importo stimato dei lavori da progettare), l’Ing. Rispoli attestava di aver eseguito, nel periodo (2003 – 2012), servizi di ingegneria relativi alla classe III, categoria a), per un importo di € 1.154.954,00 superiore all’importo minimo richiesto per l’ammissione alla gara, pari ad € 996.139,63. Può essere opportuno trascrivere la dichiarazione resa dall’Ing. Rispoli sul punto: “P) dichiara di aver eseguito nel decennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara di cui in oggetto (2003 – 2012), servizi di progettazione di cui all’art. 252 del DPR 207/2010, per un importo non inferiore all’importo della classe e categoria dei lavori cui si riferiscono i servizi da affidare, per un importo globale non inferiore a due volte l’importo stimato dei lavori da progettare e precisamente: Euro 7.496.046,28 cat. VIII – Euro 1.154.954,00 cat. III a”. L’esame della documentazione prodotta dal raggruppamento temporaneo aggiudicatario alla stazione appaltante a comprova dei requisiti dichiarati all’atto della partecipazione alla gara, ha evidenziato che quanto attestato dall’Ing. Rispoli nella dichiarazione innanzi trascritta, non è risultato confermato dalla documentazione prodotta. Invero, dall’esame dei documenti prodotti dall’Ing. Rispoli risulta che quest’ultimo ha provato di aver eseguito nel decennio antecedente alla data di pubblicazione del bando, servizi di progettazione nella categoria III a per un importo di € 640.390,65 e quindi per un importo inferiore a quello dichiarato (€ 1.154.954,00) e comunque inferiore a quello richiesto dal disciplinare di gara in ragione della quota di partecipazione del 10% attribuita al predetto professionista, pari ad € 996.139,63. È risultato, infatti, che il certificato rilasciato dal Comune di Sant’Arsenio – Provincia di Salerno – prot. 652 del 4.02.2016, con il quale il Comune ha attestato lo svolgimento, da parte dell’Ing. Luigi Rispoli, della progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva nell’ambito del progetto “Ristrutturazione del sistema fognario e depurativo comunale” si riferisce ad attività, svolta nel febbraio 2014, e pertanto non utile a fornire la prova del requisito richiesto dal disciplinare e dichiarato all’atto della partecipazione alla gara che come detto si poteva riferire servizi

eseguiti nel periodo 2003 – 2012. È risultato, pertanto, che il concorrente non ha fornito la dimostrazione di quanto dichiarato e che i certificati che si riferiscono al periodo richiesto dal bando (2003 – 2012) attestano lavori relativi alla categoria di progettazione III a, per un importo complessivo di € 640.390,65, sono quelli rilasciati: a) dal Comune di Sant’Arsenio relativo all’esecuzione della progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva relativa ai lavori di ristrutturazione e completamento della rete idrica comunale per lavori ricadenti nella categoria di progettazione III a per € 243.743,96 (periodo di svolgimento febbraio 2004); b) dal Comune di Sapri attestante l’esecuzione del progetto definitivo relativo ai lavori di completamento ed adeguamento della rete fognaria acque nere e bianche nel centro urbano per lavori ricadenti nella categoria di progettazione III a per € 54.319,87 (periodo di svolgimento novembre 2008); c) dal Comune di Ceraso attestante l’esecuzione del progetto esecutivo dei lavori di manutenzione straordinaria e ristrutturazione dell’acquedotto rurale per lavori nella categoria di progettazione III a per € 167.666,00 (periodo di svolgimento da luglio 2009 a agosto 2011); d) dal Comune di Pollica (due certificati) attestante l’esecuzione della progettazione esecutiva del I e V lotto dei lavori di ristrutturazione e completamento della rete idrica e fognante per lavori ricadenti nella categoria di progettazione III a per € 24.660,82 (I lotto – periodo di svolgimento luglio 2004) ed € 150.000,00 (V lotto – periodo di svolgimento luglio 2004). Il raggruppamento temporaneo, non avendo ottemperato a quanto prescritto dal disciplinare di gara relativamente alla necessaria corrispondenza della quota di partecipazione al raggruppamento designato per la progettazione alla percentuale dei requisiti posseduti, doveva essere escluso dalla gara. Il raggruppamento temporaneo va, comunque, escluso dalla gara ai sensi dell’articolo 48, comma 2 del D. Lgs. 163/2006, perché non ha fornito la prova dei requisiti dichiarati e non ha confermato le dichiarazioni rese. Dispone l’articolo 48, comma 2 del D.Lgs. 163/2006 che nel caso in cui l’aggiudicatario non fornisca la prova dei requisiti richiesti o non confermi le dichiarazioni rese, deve essere escluso dalla gara;

2) Violazione dell’articolo 90 comma 7 e 91 comma 3 del d.lgs. 163/2006 – violazione del DPR 207/2010 – violazione ed errata applicazione della lex specialis – motivazione errata – eccesso di potere per istruttoria carente: il progetto esecutivo, demandato all’appaltatore, necessita della redazione della relazione geologica, che può essere effettuata solo da un professionista, il geologo, iscritto nell’apposito albo. È pertanto necessaria la presenza di tale figura professioniste nello staff, incaricato dal concorrente di eseguire la progettazione (cfr. TAR Campania – Napoli sentenza 1837/2015) non potendo la relazione geologica essere subappaltata. Al raggruppamento di progettisti, partecipa come mandante la società GEOSERVIZI s. r. l., cui dovrebbero essere demandate, nella persona dell’Amministratore Unico – geologo Pierfrancesco De Pari, le prestazioni specialistiche, relative ai servizi di geologia. Tuttavia, in contraddizione con il ruolo di mandante attribuite alla società GEOSERVIZI s. r. l., non è stata attribuita nessuna quota di partecipazione al raggruppamento, il che evidenzia che non si tratta di una partecipazione effettiva e, comunque, di una partecipazione inammissibile. Il TAR Bari, con la sentenza n. 2241/2012, anche se con riferimento alla figura del giovane professionista (la cui presenza, come è noto, è obbligatoria nel caso in cui un concorrente abbia indicato come progettista raggruppamenti di professionisti ai sensi dell’articolo 90 comma 7 del d.lgs. 163/2006 e 253 comma 5 del DPR 207/2010), ha avuto modo di evidenziare che “(...) la partecipazione ad un raggruppamento con percentuale pari allo 0% di un qualsiasi mandante privo dei requisiti richiesti dalla lex specialis di gara (...) non è concettualmente ammissibile”. Il TAR pugliese ha evidenziato, inoltre, che “in forza

della previsione di cui all'art. 253, comma 5 d. P. R. n. 207/2010, il giovane professionista deve essere presente all'interno del raggruppamento in qualità di "progettista" e, pertanto, dovendo il suo apporto all'attività di progettazione avere contenuto professionale effettivo, concreto e sostanziale, non può essere meramente nominale e limitarsi allo 0%.". L'inammissibilità della partecipazione a quota pari a zero è evidente se si tiene presente che l'apporto del geologo all'attività di progettazione deve avere contenuto professionale effettivo, concreto e sostanziale, e non può essere, come avvenuto nel caso di specie, meramente nominale e limitarsi ad una partecipazione al raggruppamento pari allo 0%. La non assunzione di una quota di partecipazione ha come conseguenza quella che la presenza di tale figura professionale è "tamquam non esset", con la conseguenza che il progettista indicato è carente di una figura necessaria per la redazione del progetto esecutivo.

3) Violazione ed errata applicazione del paragrafo BUSTA B – OFFERTA TECNICA di cui a pagina 12 del disciplinare – Violazione dell'articolo 93, comma 4, del d. lgs. 163/2006 – Violazione degli articoli 24 e 26 del DPR 207/2010 – Violazione dell'articolo 46 comma 1 bis del d.lgs. 163/2006, per carenza di un elemento essenziale dell'offerta – Istruttoria carente ed errata: il disciplinare di gara chiedeva, espressamente, pena l'esclusione dalla gara, di presentare in gara un progetto definitivo, composto dagli elaborati indicati dall'articolo 24 del DPR 207/2010 e 15 del capitolato speciale d'appalto. Tra gli elaborati che compongono il progetto definitivo vi sono, a norma dell'articolo 24 del DPR 207/2010: I) le relazioni tecniche e specialistiche (art. 24 comma 1 lettera b) e tra queste l'articolo 26 individua al comma 1 lettera I) la relazione sulle interferenze con la precisazione che, per ogni interferenza, il progetto definitivo deve prevedere la specifica progettazione della risoluzione, con definizione dei relativi costi e tempi di esecuzione e quindi contenere almeno i seguenti elaborati: 1) planimetria con individuazione di tutte le interferenze (scala non inferiore a 1:2000) contenente i risultati della ricerca e censimento di tutte le interferenze; 2) relazione giustificativa delle risoluzioni delle singole interferenze; 3) progetto dell'intervento di risoluzione di ogni singola interferenza (per ogni sottoservizio interferente dovranno essere redatti degli specifici progetti di risoluzione dell'interferenze stessa); II) elaborati grafici (articolo 24 comma 1 lettera d) e tra questi l'articolo 28 prevede lo stralcio dello strumento urbanistica (art. 28 comma 2 lett. a). Ebbene, dalla lettura dell'elenco degli elaborati facenti parte dell'offerta tecnica del RTI Ritonnaro (alle ricorrenti non è stato consentito di prendere visione dei singoli elaborati) è risultato che l'offerta tecnica presentata da quest'ultima è carente dei seguenti elaborati: - la documentazione relativa alle soluzioni delle interferenze, e quindi: 1) la planimetria con individuazione di tutte le interferenze (scala non inferiore a 1:2000) contenente i risultati della ricerca e censimento di tutte le interferenze; 2) la relazione giustificativa delle risoluzioni delle singole interferenze; 3) il progetto dell'intervento di risoluzione di ogni singola interferenza (per ogni sottoservizio interferente dovranno essere redatti degli specifici progetti di risoluzione dell'interferenze stessa); - lo stralcio dello strumento urbanistico dei singoli comuni interessati dall'intervento (art. 28 comma 2 lett. a) DPR 207/2010 e pag. 35 del CSA): tali elaborati sono previsti tra quelli che compongono il progetto definitivo e, pertanto, dovevano essere contenuti nel progetto del concorrente, pena la non ammissibilità dell'offerta per carenza di elementi essenziali. Come ha evidenziato il Consiglio di Stato con la sentenza n. 1031/2016 del 15 marzo 2016 "l'art. 24 d. P. R. n. 207/2010 indica i requisiti che devono corredare i progetti. Tale previsione, che impone in modo preciso e dettagliato gli elaborati per la redazione del cd. progetto definitivo, è funzionale evidentemente ad evitare che si determinino variazioni, in

termini di tempi e di costo, rispetto alla progettazione esecutiva, dovendo la progettazione definitiva contenere un grado di definizione tale da non dover subire significative modificazione in termini esecutivi, modificazioni che, come è noto, costituiscono anomalie del nostro sistema e determinano un esorbitante aumento dei costi delle opere pubbliche ed un inammissibile allungamento dei tempi per la loro realizzazione.” (Consiglio di Stato – sezione V – sentenza n. 1031/2016 del 15 marzo 2016). Essendo gli elaborati sopra richiamati elaborati essenziali dell’offerta tecnica la carenza degli stessi dal progetto definitivo avrebbe dovuto comportare l’esclusione del concorrente dalla gara. Sempre il Consiglio di Stato, con la recentissima sentenza n. 1494/2016 del 14 Aprile 2016, ha avuto modo di precisare che “(...) come ha già chiarito questo Consiglio, è tutt’altro che estranea alla procedura di appalto – concorso una fase di valutazione preliminare dei progetti presentati dagli offerenti, finalizzata ad accertare eventuali carenze tecniche, cui ben possa seguire un provvedimento di non ammissione alla gara (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 6 dicembre 1999, n. 812). L’esclusione è, dunque, riconducibile ad un potere – dovere dell’Amministrazione, sicché non è esatto assorbire all’interno della valutazione tecnica insindacabile della commissione quei difetti che implicano una vera e propria inadeguatezza del progetto, collocandolo in ipotesi al di sotto di una soglia minima di idoneità tecnica. Anche in costanza di tassatività delle cause di esclusione, principio che ormai contrassegna le procedure di appalto pubblico ex art. 46, comma 1-bis, d. lgs. n. 163/2006, le carenze progettuali gravi, che rendano il progetto inidoneo, come nella specie, sono all’evidenza incluse nella categoria dell’assenza di elementi essenziali dell’offerta che, proprio ai sensi del citato art. 46, comma 1-bis, consente all’Amministrazione di escludere l’offerta difettosa dalla gara d’appalto.”. Il RTI Ritonnaro andava, pertanto, escluso per carenza elementi essenziali dell’offerta tecnica presentata.

Le ricorrenti principali formulavano, altresì, domande cautelari.

Si costituiva in giudizio, con memoria di stile, l’Avvocatura Distrettuale dello Stato di Salerno, nell’interesse dell’ARCADIS, che depositava quindi documentazione e una relazione a firma del Direttore dell’Ufficio Affari Generali e Legali dell’Agenzia.

Si costituiva quindi in giudizio la controinteressata Ritonnaro Costruzioni s. r. l., nella qualità in atti, depositando controricorso e ricorso incidentale, nel modo che segue:

“1. Con bando pubblicato sulla GURI 5° Serie Speciale n. 149 del 20.12.2013, l’ARCADIS – Agenzia Regionale Campania Difesa Suolo indicava una procedura concorsuale aperta, per affidare in appalto, con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, la progettazione e l’esecuzione dei lavori inerenti il Grande Progetto “Risanamento ambientale corpi idrici superficiali delle aree interne” – “Lotto Funzionale Provincia di Avellino” – Comuni di Aiello del Sabato, Atripalda, Ariano Irpino, Bagnoli Irpino, Casalbore, Castelbaronia, Flumeri, Fontanarosa, Frigento, Gesualdo, Grottaminarda, Manocalzati, Melito Irpino, Mirabella Eclano, Montecalvo, Monteforte Irpino, San Nicola Baronia, San Potito Ultra, Sturno, Villamaina, Villanova del Battista e Zungoli. 2. L’importo complessivo dell’appalto di € 23.853.957,41, era suddiviso: a) € 22.579.405,97 per lavori; b) € 289.182,82 ed € 153.346,06 per progettazione definitiva ed esecutiva; c) € 123.856,43 per coordinamento della sicurezza in fase di progettazione.

3. Nel termine dato, facevano pervenire la loro offerta 9 concorrenti. All'esito di una intensa attività selettiva, di cui la Commissione ha dato atto nei relativi verbali dal n. 1, del 30.09.2014, al n. 28 del 12.01.2016, l'offerta del costituendo R. T. I. Ritonnaro, veniva selezionata quale contraente, avendo proposto la migliore offerta in assoluto. Conseguentemente veniva disposta l'aggiudicazione provvisoria e, all'esito della verifica dei requisiti dichiarati, quella definitiva, integrata nella efficacia da ulteriori fasi di controllo.

4. Il R.T.I. C.C.C. veniva erroneamente ammesso e graduato al secondo posto, ancorché la (sua) partecipazione fosse inficiata da innumerevoli motivi di esclusione.

Avverso l'aggiudicazione definitiva, operata il 5.08.2016, come da contestuale comunicazione ex art. 79 del Codice ed all'esito d'accesso agli atti, operato dopo 34 giorni, il 9.06.2016, il costituendo R.T.I. C.C.C. ha proposto impugnazione. Affidando il rimedio a censure che non trovano conforto nel dato fattuale, prima ancora che in quello normativo. Nonostante il ricorso principale sia infondato, stante l'evidente illegittimità della disposta ammissione in gara del R.T.I. C.C.C., si propone ricorso incidentale perché il ricorso principale venga dichiarato inammissibile, prima ancora che infondato.

Solo in omaggio ad un ordine di ritmica difensiva, pertanto, si principia dalla confutazione dei motivi del ricorso principale, ancorché l'incidentale sarebbe paralizzante.

I) Il primo motivo di ricorso è smentito in punto di fatto.

L'ing. Luigi Rispoli ha correttamente dichiarato in sede di gara, per quanto attiene al requisito di cui al punto 12, lett. p) del disciplinare, di aver eseguito, nel decennio antecedente (2003 – 2012) servizi di progettazione per un importo congruo a dimostrare il possesso del requisito dichiarato ed assunto in quota esecuzione. All'esito della gara, a dimostrazione di quanto dichiarato, ha allegato le certificazioni delle stazioni appaltanti, tutte P. A. Tra queste, per mero errore di battitura, il Responsabile UTC del Comune di Sant'Arsenio, aveva certificato che il periodo di riferimento dell'attività di progettazione nell'ambito del progetto "di ristrutturazione del sistema fognario e depurativo comunale" era: febbraio 2014. Anziché: febbraio 2004. L'errore è documentale ed ininfluenza. Essendo incontestabile che l'attività di progettazione era stata svolta nel 2004. Come, poi, certificato, a seguito di analoga richiesta emendativa dell'errore. Né il lapsus calami del Comune di Sant'Arsenio poteva tornare in danno dell'incolpevole concorrente che aveva correttamente dichiarato il vero (...);

II) Il secondo motivo è parimenti privo di fondamento. Deve premettersi che, contrariamente a quanto sostenuto dall'ATI C.C.C., "è da escludere la necessità della relazione geologica in sede esecutiva quando le soluzioni progettuali individuate in tale livello non comportino alcuna attività di tipo geologico rispetto a quelle individuate nel progetto definitivo". Nella specie, il progetto definitivo che è allegato all'offerta e prodotto in sede di gara, è stato redatto sulla scorta della relazione geologica redatta dal geologo indicato ed aggregato nella compagine dei progettisti. In sede di redazione del progetto esecutivo, stante il breve lasso di tempo intercorso, non vi era necessità di alcuna ulteriore indagine geologica, bastando al più le analisi geotecniche del relativo livello di progettazione. Dovendosi solo evidenziare come la sentenza del Tar Napoli, 1837/2015, invocata ex adverso, è stata superata sul punto dal

Consiglio di Stato con dec. 630, del 27.02.2016. Fatta propria dal Tribunale con sentenza n. 1001, dell'11.04.2016. Ciò posto non può non evidenziarsi come il geologo, a differenza del progettista junior, non assume giammai la veste di progettista. Di tal che lo stesso non può avere alcuna partecipazione percentuale al R. T. P. Bastandone, per lo scopo normativo dato, la sua aggregazione ed indicazione nominativa in sede di gara. Essendo pacifico che la forma giuridica del rapporto tra geologo e l'affidatario del servizio non è vincolata ad un modello tassativo, purché assicurati l'esecuzione della prestazione, in ipotesi necessaria, con esclusione del ricorso all'istituto del subappalto. E, nella specie, il geologo è stato puntualmente, nominativamente, indicato in sede di gara. Ma a riprova dell'erroneità dell'assunto si erge l'inequivoca previsione del bando, e del corrispondente disposto normativo (art. 37, d. lgs. 163/06); artt. 92 e 261 Reg. 207/10. Come pure riferito dal ricorrente l'art. 12 del disciplinare, prescriveva che: "(...) la quota di partecipazione al raggruppamento dovrà corrispondere alla percentuale dei requisiti posseduti, con il limite massimo del 55% per il capogruppo". Il geologo, evidentemente, non può possedere requisiti specificamente attribuibili alle attività di ingegneria richieste (cat. VIII e cat. III a), dovendo svolgere, come correttamente riportato nella documentazione di offerta dell'Ati Ritonnaro, le prestazioni specialistiche di geologia. Analoga valutazione, evidentemente, deve essere estesa all'archeologo (per l'Ati Ritonnaro dott.ssa Teresa Virtuoso), per il quale nessun rilievo viene avanzato dalla ricorrente. Né ovviamente era possibile per avere l'ATI C.C.C. operato analogamente. È d'altro canto palese che un'eventuale, ed impropria, attribuzione di quote di partecipazione al geologo (ed all'archeologo) o non avrebbe rispettato il requisito imperativo del Bando/Disciplinare di Gara (per la mancata corrispondenza dei requisiti), ovvero avrebbe "alterato", riducendole, le quote di partecipazione degli altri componenti, in particolare "abbassandone" le quote di partecipazione (e quindi i corrispondenti requisiti). Sotto ogni profilo, pertanto, viene in evidenza l'erroneità dell'assunto del ricorrente principale. Come ancora da ultimo autorevolmente ribadito dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato, parere 2.08.2016, in ordine alla libertà della forma di aggregazione del geologo;

III) Il terzo motivo trova ancora smentita nel dato fattuale. In via preliminare, va precisato che la censura in esame è stata articolata in via generica ed esplorativa e, pertanto, ne va dichiarata l'inammissibilità. Controparte, infatti, dichiara di non conoscere l'effettivo contenuto dell'offerta tecnica dell'ATI Ritonnaro, ipotizzando, così, la presunta incompletezza della progettazione definitiva, fondata esclusivamente su quanto emerge dall'Elenco degli Elaborati. In disparte i profili di inammissibilità, il motivo in esame è destituito di fondamento. L'elemento "offerta tecnica" è disciplinato a pag. 12 della lex specialis di gara, secondo cui "il Progetto definitivo redatto dal concorrente dovrà essere composto dagli elaborati indicati dall'art. 24 del D.P.R. n. 207/2010 e da quanto previsto dall'art. 15 del C.S.A.". Parimenti l'art. 28 del Reg. di cui si invoca la violazione, restituisce una dimensione liquida, dovendosi valutare nei dettagli quali degli elaborati grafici sono effettivamente necessari in relazione alle indicazioni del progetto preliminare. Ora, l'offerta tecnica dell'ATI Ritonnaro sicuramente è completa di tutti gli elementi prescritti dalla normativa regolamentare e dalla lex specialis di gara. In particolare, non sussistono le carenze lamentate da controparte inerenti la documentazione relativa alle soluzioni delle interferenze. Sul punto, come documentato, il progetto definitivo prodotto dall'ATI Ritonnaro si compone, tra l'altro, di: - Relazione Generale sulle interferenze (Elaborato GEN-REL_10.1), - Documentazione fotografica con evidenziazione del tracciato dei collettori fognari per la verifica degli allacci e delle interferenze (Elaborato GEN-REL_10.2); -

Tavole grafiche, riguardanti le interferenze, ivi compresi i puntuali riscontri di caditoie ed allacci fognari (Elaborati GEN-GRA_04, B-GRA_02 ed N-GRA_06; documenti progettuali idonei all'individuazione dettagliata, per tipologia e quantità, dei lavori e somministrazioni da approntare in ragione della soluzione di ciascuna interferenza riscontrata in progetto (Elaborato GEN-COM 02); lo stralcio dello strumento urbanistico. In merito, l'art. 28 D. P. R. 207/2010 prescrive l'allegazione di tale elaborato grafico, salvo diversa indicazione del progetto preliminare, da realizzarsi nelle opportune scale ed in relazione al tipo di opera o di lavoro (puntuale o a rete). Ora, va osservato che il progetto preliminare a base di gara, nell'elaborato denominato "Studio di prefattibilità ambientale", ha espressamente sancito l'insussistenza di criticità di natura urbanistica, riguardando il progetto opere a rete interrato ovvero interventi puntuali su impianti preesistenti. In tale contesto, il RTP indicato dall'ATI Ritonnaro, nonostante le inequivoche indicazioni del progetto preliminare, ha comunque prodotto lo stralcio dello Strumento Urbanistico in seno all'elaborato "Studio di fattibilità ambientale – GEN-AMB_01", illustrando nel dettaglio la situazione vincolistica per ciascun ambito territoriale interessato in ben 33 elaborati (contrassegnati dalla sigla GEN AMB dal n. 51 all'84 dell'elenco generale elaborati). Non sussiste pertanto la violazione della normativa invocata da controparte. Ma la censura, anche sotto altro profilo, non coglie. È noto, infatti, che solo la mancanza di elementi tali da compromettere l'idoneità tecnica dell'offerta è sanzionabile con l'esclusione, mentre l'eventuale incompletezza degli elaborati di progetto al più incide sul punteggio da attribuire al concorrente, senza poter generare effetti espulsivi. Per la gara in esame, tale distinzione è emblematicamente tradotta nella adozione dei criteri di attribuzione di punteggio per l'offerta tecnica (pagine 14 – 15 del disciplinare). In particolare, è significativo che il disciplinare di gara abbia espressamente individuato la "completezza del progetto" alla voce della griglia di valutazione "A5", quale mero elemento attributivo di punteggio (da 0 a 7 punti). Ora, l'offerta tecnica della Ritonnaro è stata valutata dalla Commissione, ricevendo in relazione alla voce A5 3,111 punti (tale valutazione non è stata censurata). A fronte di 4,2 punti assegnati all'offerta dell'ATI C.C.C. Dunque, anch'essa incompleta. Dovendosi evidenziare che l'offerta dell'Ati C.C.C. ha conseguito punti zero per la voce di valutazione A3, dell'elaborato progettuale "gestione e manutenzione degli impianti". Il coefficiente zero, per il disciplinare è riservato ai progetti parziali. Dunque, per espressa previsione della legge contrattuale, la completezza del progetto, nei sensi pretesi dall'ATI C.C.C., non è un requisito di partecipazione bensì solo di valutazione. I rilievi di controparte, pertanto, non consentono di sortire l'effetto espulsivo auspicato, trattandosi di riferimenti ad elementi di valutazione dell'offerta e non della sua costituzione.

Il ricorso principale è infondato, come documentalmente evidenziato. Per estrema cautela, però, non può tacersi che l'ATI C.C.C. doveva essere esclusa dalla gara, sotto plurimi profili. Di tal che, dovrebbe disporsi l'annullamento: - a) dei verbali di gara (stesi tanto in seduta pubblica che riservata) e segnatamente della determinazione del seggio di gara, di ammettere e conseguentemente graduare il costituendo R.T.I. tra C.C.C. (Consorzio Cooperative Costruzioni) Rillo Costruzioni s. r. l., Calgeco s. r. l. e La Bit s. r. l.; - b) d'ogni altro atto presupposto, connesso, collegato e consequenziale e, segnatamente, della determina di aggiudicazione provvisoria, di quella definitiva e conseguente dichiarazione dell'efficacia, in parte qua, laddove dispone ancora per la graduazione del costituendo R.T.I. C.C.C., ferma la legittimità della disposta aggiudicazione della gara in favore del R.T.I. Ritonnaro. L'illegittimità di tali atti viene in evidenza per la omessa valutazione e rilevazione delle cause di esclusione

del R.T.I. C.C.C., dal che la denunciata illegittimità — in parte qua — per i seguenti motivi:

l) Violazione di legge (artt. 37, 13 co., d. lgs. 163/06; 92 e 261, Reg. 207/2010; 46, 1 bis co., d. lgs. 163/06) – Eccesso di potere (sviamento, carente istruttoria, disparità di trattamento) – Violazione dei principi di equità, trasparenza e buon andamento: il costituendo R. T. I. C. C. C., in ossequio alla prescrizione normativa dell'art. 37, replicata nell'art. 10, del disciplinare, ha dichiarato che "le quote di partecipazione di ciascuna impresa in termini percentuali sono: C.C.C. 52,839%; Rillo Costruzioni 26,859%; Calgeco 7,302%; LA.BIT 13%. Precisando, nel prosieguo, che la soc. LA.BIT partecipa ai sensi dell'art. 92 Reg., quale società cooptata. E' stato autorevolmente chiarito, tuttavia, che la cooptazione è un istituto di carattere speciale che abilita un soggetto, privo dei prescritti requisiti di qualificazione (e, dunque, di partecipazione), alla sola esecuzione dei lavori nei limiti del 20%, in deroga alla disciplina vigente in tema di qualificazione SOA, per cui il soggetto cooptato: non può acquistare lo status di concorrente e non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto. Tanto premesso, dall'esame della domanda di partecipazione dell'Ati CCC emerge che la soc. LA.BIT s. r. l. ricopre un inammissibile duplice ruolo di cooptata ai sensi dell'art. 92 co. 5 e di concorrente associata, ex art. 37, impegnandosi a coprire i requisiti di partecipazione in seno all'Ati, nella misura del 13% (e, dunque, qualificandosi per la medesima quota). La Soc. LA.BIT, però, non possiede i requisiti di qualificazione e partecipazione dichiarati (cfr. certificato SOA: OG 6 Class. I; assenza di qualificazione per la categoria in appalto 0G22). A fronte di una partecipazione in R.T.I. la circostanza che, in ipotesi, la mandataria sarebbe in grado di dimostrare il possesso della totalità dei requisiti, non consente di privare di effetti il fatto che la mandante (che ha assunto lavorazioni, per una percentuale del 13%) non sia in possesso di requisiti di partecipazione in misura adeguata (cfr., C.d.S., V, 1269/2016). Così operando, il R.T.I. non ha, comunque, dichiarato e dimostrato i requisiti di qualificazione per il 100% dei lavori. In aperta elusione del principio che pretende la corrispondenza tra quote di partecipazione e di esecuzione, fermi i requisiti corrispondenti di qualificazione. Corollario di quanto sopra detto è il fatto che il raggruppamento di imprese cooptanti, deve, con la domanda di partecipazione alla gara, assumersi formalmente l'onere di partecipare all'appalto con riferimento all'intera quota di lavori, la cui esecuzione dovrà integralmente garantire, in caso d'aggiudicazione del contratto. Di conseguenza, seppure la domanda di partecipazione possa contenere la dichiarazione che una parte dei lavori, comunque non superiore complessivamente al 20% dell'importo complessivo, sarà materialmente eseguita da una impresa cooptata, essa dovrà comunque contenere l'esplicito impegno dell'impresa o gruppo cooptante a partecipare all'appalto e ad eseguirlo per l'intera quota dei lavori oggetto di affidamento, non avendo la stazione appaltante titolo per pretendere dall'impresa cooptata l'esecuzione dei lavori, nel caso in cui questa si rendesse inadempiente. Il che spiega la ragione, per cui l'impresa o il gruppo cooptante deve comunque possedere ed impegnarsi nei confronti della committente per tutte le qualificazioni, richieste dal bando. Nel caso di specie s'osserva che la capogruppo C.C.C. si è impegnata, in qualità di mandataria, a partecipare all'appalto ed a realizzare i lavori, solo in ragione del 52,839%. Rillo Costruzioni s. r. l., mandante, s'è invece impegnata a partecipare all'appalto e ad eseguire i lavori solo in ragione del 26,859%. Calgeco s. r. l., mandante, s'è impegnata a partecipare e ad eseguire solo il 7,302%. Dunque, le tre imprese cooptanti, costituenti il raggruppamento C.C.C. hanno presentato un'offerta che le impegna ad eseguire non il 100% delle opere messe a gara, ma solo l'87% di esse. Da qui l'inadeguatezza dell'offerta in esame, che pure andava esclusa per carenza di un elemento

essenziale. Sotto ogni profilo, pertanto, viene in evidenza l'illegittimità della disposta ammissione del R.T. I. C.C.C. che, invece, doveva essere escluso;

II) Violazione di legge (artt. 34 e ss., d. lgs. 163/06; artt. 90 e 92 Reg. 207/2010) – Violazione punto 15, disciplinare di gara - Eccesso di potere (sviamento, carente istruttoria, disparità di trattamento) – Violazione dei principi di equità, trasparenza e buon andamento: per espressa previsione del disciplinare (punto 15, pag. 12), la busta “C – offerta tempo – Riduzione del Tempo di consegna Progettazione Esecutiva” deve contenere, a pena d'esclusione, una dichiarazione, sottoscritta unicamente dal legale rappresentante del concorrente, recante l'offerta relativa alla riduzione del tempo di consegna della progettazione. Elemento per il quale venivano attribuiti da 0 a 2 punti. Tale offerta rientrava nella previsione del profilo economico, quale parte essenziale dell'offerta economica. Come descritta a pag. 14 e 15 del bando. L'offerta economica di cui alla busta C), così come quelle della busta D) ed E), sono inquinate dalla sottoscrizione anche dei progettisti. In disparte la valutazione in ordine alla qualificazione in termini di concorrenti dei progettisti, viene in evidenza l'inequivoco disposto della lex specialis. Laddove, ove lo ha voluto, ha espressamente previsto la sottoscrizione anche dei progettisti, come prescritto per la offerta tecnica, di cui alla busta B). Segue evidente l'irritualità dell'offerta economica, inquinata dalla conoscenza previa di soggetti “estranei” al momento concorsuale in evidenza;

III) Violazione di legge (art. 261, VII co., Reg. 207/2010, in relazione agli artt. 37 e 90, d. lgs. 163/2006; 263, Reg. cit., punto 12, lett. u), del disciplinare di gara) – Eccesso di potere (sviamento, violazione del giusto procedimento, disparità di trattamento) – Violazione del principio di equità, buon andamento, trasparenza e par condicio: art. 1, l. 241/90 e 97 Cost.: ai sensi dell'art. 261, co. 7, Reg. 207/2010, in caso di raggruppamenti tra professionisti, di cui all'art. 90, lett. g), del Codice, i requisiti finanziari e tecnici, di cui all'art. 263, comma 1, lett. a), b) e d), devono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento. Con la precisazione e prescrizione che “la mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna mandante”. Svolgendo il momento esecutivo di cui all'art. 261, cit., la legge di gara specificava che “la quota di partecipazione al raggruppamento dovrà corrispondere alla percentuale dei requisiti posseduti, con il limite massimo del 55%” (lett. u) disciplinare, pag. 21). Il R. T. I. di professionisti indicato dall'ATI C.C.C. è composto da Servizi Integrati s. r. l. (mandataria) con il 55% e da ITACA s. p. a. (mandante) con il 45%. Sta di fatto, però, che ITACA s. p. a. ha dichiarato e possiede requisiti maggiori di Servizi Integrati, sia in termini di fatturato, ex art. 252 Reg. (€ 8.384.179,69) a fronte di € 7.598.621,88 di Servizi Integrati. Sia in termini di servizi di progettazione, tanto nella cat. III a (rispettivamente: € 18.029,900, a fronte di € 13.919,722 di Servizi Integrati), che in termini di personale (20,50 unità ITACA a fronte di 12,50 di Servizi Integrati). Segue che l'ineludibile principio di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di partecipazione per i fini della configurazione del R.T.P., tra mandataria e mandante, è stato ancora eluso. In aperta violazione delle norme rubricate, replicate nella legge contrattuale;

IV) Violazione di legge (art. 263, I co., lett. b), e c), Reg. 207/2010; punto 12, lett. o) e p), del disciplinare) – Eccesso di potere (carenza del presupposto, carente istruttoria, sviamento e disparità di trattamento): per assolvere l'onere dimostrativo dei requisiti di partecipazione e qualificazione, di cui al punto 12, lett. p), del disciplinare, come prescritto dall'art. 263, lett. b),

Reg. 207/2010, la capogruppo – mandataria del R.T.P. Servizi Integrati, ha indicato, tra gli altri, il servizio di progettazione preliminare, svolto nel Comune di Cellole, inerente opere fognarie ed impianti di depurazione. Tale progetto preliminare è stato posto a base di gara, in altra identica procedura concorsuale, sempre da ARCADIS. S. I., tuttavia, ha prodotto in gara un certificato del Comune di Cellole, che ascrive l'intero importo dei lavori progettati (€ 9.092.437,50) nella categoria VIII (fognature urbane). Sta di fatto, però, che la S. A. Arcadis, con il disciplinare di gara del 7.6.2013, nel prospetto della “stima sommaria (progetti preliminari)” precisa che l'opera progettata nel Comune di Cellole è ascrivibile per € 6.549.160,00 nelle opere fognarie e per € 2.543.277,50 negli impianti di depurazione. Di tal che il requisito certificato in cat. VIII per € 9.092.437,50, in realtà è pari ad € 6.549.160,00. Ai sensi dell'art. 263, I co., lett. b) e c), Reg. cit., l'appartenenza dei lavori a ciascuna classe e categoria, cui si riferiscono i servizi da affidare, sono “individuate sulla base delle elencazioni contenute nelle vigenti tariffe professionali (...)”. Coerentemente la S. A. ha così operato, con indicazione ineludibile, per quanto qui rileva, per i lavori di cui al progetto preliminare redatto per il Comune di Cellole. Segue che il capogruppo – mandatario Servizi Integrati non possiede il requisito dichiarato del 55% dei servizi di progettazione per la classe e cat. VIII, fissati dal bando in € 27.051.184,10. Per cui l'A.T.I. C.C.C. doveva essere esclusa dalla gara;

V) Violazione di legge (art. 263, II co., Reg. 207/2010) – Eccesso di potere (carenza del presupposto e di istruttoria; sviamento): l'art. 263, II co., specifica quali sono i servizi di progettazione “attinenti all'architettura e all'ingegneria”, valutabili ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti tecnico – organizzativi. Distingue, poi, tra quelli svolti in favore della P. A., i cui lavori possono anche non essere stati mai realizzati, dai servizi svolti in favore di privati, i cui lavori però, devono essere stati regolarmente realizzati. La norma, come emerge dal dato letterale, contiene così due distinti precetti, per i fini della dimostrazione di requisiti disciplinati dallo stesso art. 263, I co.: il primo precetto riguarda i servizi di progettazione che, inseriti nell'ambito di una procedura amministrativa, siano stati formalmente “approvati” dal committente pubblico che, ad esempio, si è determinato nel senso d'aggiudicare la gara al soggetto, cui quei servizi si riferiscono. In questo caso non rileva che successivamente all'approvazione i lavori relativi alla progettazione non siano stati realizzati. Il secondo precetto riguarda i servizi di progettazione svolti per conto di un committente privato. In questo caso i lavori connessi alla progettazione devono essere stati eseguiti. La differenza di trattamento normativo rinviene la sua giustificazione nella diversità soggettiva dei destinatari dei servizi di progettazione: da una parte, la pubblica amministrazione che, in qualità di committente pubblico, offre garanzie di certificazione anche in mancanza della concreta attuazione del progetto; dall'altra parte, il committente privato che assicura un livello analogo di garanzie soltanto nel caso in cui il progetto abbia ricevuto concreto svolgimento mediante l'esecuzione dei lavori. In definitiva, la stazione appaltante, al fine di accertare il possesso della capacità tecnica dell'operatore economico che partecipa alla gara, può valutare i servizi di progettazione “approvati” da un'altra stazione appaltante ovvero i servizi di progettazione “eseguiti” per conto di un committente privato. Invero, i primi tre periodi del secondo comma dell'art. 263, cit., fino alle parole “articolo 234, comma 2”, palesemente si riferiscono al caso in cui i servizi di cui si tratta sono svolti in favore di committenti pubblici. Infatti, la disposizione continua, nel successivo periodo, affermando disgiuntamente che “sono valutabili anche i servizi svolti per committenti privati”. Quindi il comma nei primi tre periodi detta la disciplina in base alla quale i servizi svolti per committenti pubblici possono essere riconosciuti come indici

di affidabilità professionale in vista della partecipazione alle gare pubbliche. I successivi periodi individuano le condizioni che consentono di dare rilievo a servizi svolti in favore di committenti privati. Questi ultimi sono qualificanti, a condizione che vengano prodotti: - a) o certificati di buona e regolare esecuzione, rilasciati dai committenti; privati; b) o dichiarazione dell'operatore economico, e documentazione di quanto dichiarato, su richiesta della stazione appaltante. Il contenuto di tale dichiarazione è chiarito nel prosieguo del comma. Quest'ultimo precisa che la documentazione da depositare deve contenere la "prova dell'avvenuta esecuzione". Questo è il centro della disposizione; la norma impone di provare l'avvenuta esecuzione, ed individua i modi attraverso i quali può essere fornita tale, necessaria, prova. È bene precisare che la norma non può riferirsi all'avvenuta esecuzione dell'incarico di progettazione; invero, sarebbe ipotesi di scuola affermare che tale procedura serve a prevenire il falso relativo all'avvenuta predisposizione del progetto dichiarato. La norma non può avere significato diverso da quello dell'individuazione dei presupposti perché il progetto, esistente, possa essere considerato come elemento qualificante per la partecipazione a gare pubbliche. In tale quadro, la norma è davvero univoca (pur nella sua generale oscurità) nell'indicare l'avvenuta esecuzione come il fatto da dimostrare, a richiesta della stazione appaltante. I contratti e le fatture, ivi indicati, devono intendersi come relativi all'esecuzione dell'opera (cfr., C. d. S., 2567/2015). Tanto la Servizi Integrati che la ITACA non hanno allegato la documentazione probante l'asserita progettazione in favore di privati, a seguito della concreta esecuzione dei lavori, in armonia con la prescrizione dell'art. 263, 2 co., Reg. cit. Di tal che, ancora per tale motivo, l'ATI C.C.C. doveva essere esclusa dalla gara".

Seguiva il deposito, nell'interesse delle ricorrenti principali, di un atto di motivi aggiunti, diretto avverso gli atti e provvedimenti, specificati in epigrafe, "da valere anche come ricorso autonomo": in particolare, dall'esame della relazione del R. U. P. del 4.10.2016, relativa al procedimento di verifica dei requisiti, condotto ai sensi dell'art. 48, comma 2, del d. l. n. 163/2006, nonché dal confronto tra detta relazione e la documentazione relativa ai progettisti, designati dal R. T. I. designato come aggiudicatario, e, ancora, dalla verifica incrociata della stessa documentazione, erano emersi "rilevanti profili d'illegittimità degli atti impugnati", era emerso, in particolare, che la documentazione, prodotta dai suddetti progettisti, non costituiva, secondo le ricorrenti, la prova del possesso, in capo ai medesimi, dei requisiti minimi richiesti, dalla lex specialis, per la partecipazione alla gara; sicché gli stessi formulavano censure, impingenti nella erroneità dell'affermazione circa – viceversa – il possesso dei medesimi requisiti, in capo ai medesimi, contenuta nell'attestato del R. U. P. del 4.10.2016, oltre che nella violazione dell'art. 48 del d. l. n. 163/2006, e nell'illegittimità, in via derivata, della determinazione dell'ARCADIS dell'11.10.2016, di aggiudicazione definitiva "efficace" della gara in argomento, e della stessa aggiudicazione definitiva del 5.08.2016, quest'ultima per illegittimità derivata (seguiva la specificazione della censura, mediante esame dei certificati rilasciati, in favore dei suddetti progettisti, tendente a patrocinare appunto il travisamento dei fatti, in cui sarebbe caduta la stazione appaltante, per il cui dettaglio si rinvia, per ovvie esigenze di sintesi, alla lettura dell'atto di motivi aggiunti in questione); le ricorrenti principali formulavano, all'esito, ulteriori istanze cautelari.

Seguiva il deposito di scritti difensivi per le parti costituite; la controinteressata/ricorrente incidentale sollevava eccezioni in rito, segnatamente ponendo in risalto la necessità dell'esame preliminare del proprio gravame incidentale escludente, trattandosi di gara cui

aveva partecipato una pluralità di concorrenti; nonché l'improcedibilità od inammissibilità del ricorso principale e dei motivi aggiunti, sotto diverso profilo, segnatamente anzitutto evidenziando la tardività di questi ultimi, notificati soltanto l'11.11.2016 (posto che l'effettuazione del sub procedimento di verifica dei requisiti, ex art. 48 d. l.vo 163/2006, non poteva sortire una sorta di rimessione in termini, integrando, lo stesso, una mera condizione d'efficacia dell'aggiudicazione definitiva); sotto altro correlativo aspetto, i motivi del ricorso principale, non riproposti avverso la determina di ARCADIS, di dichiarazione d'efficacia dell'aggiudicazione, in esito alla verifica dei requisiti, erano divenuti improcedibili; la controinteressata replicava, in ogni caso, nel merito, ai motivi aggiunti in questione.

La stessa controinteressata depositava, altresì, note tecniche a firma di un ingegnere, a confutazione dei motivi del ricorso principale.

Seguiva il deposito, nell'interesse della stazione appaltante, di rapporto amministrativo a firma del R. U. P. e di altri documenti.

Anche le ricorrenti principali producevano memoria, in cui controdeducevano, rispetto ai motivi del gravame incidentale di controparte.

Con ordinanza, resa all'esito dell'udienza in camera di consiglio del 6.12.2016, la Sezione così provvedeva, in ordine alle istanze cautelari delle ricorrenti:

Ritenuto che il ricorso e i motivi aggiunti – ad un primo sommario esame, caratteristico della presente fase processuale – non si prestano ad essere favorevolmente valutati, ai fini della richiesta cautela, per la fondatezza, *prima facie*, del ricorso incidentale proposto dalla controinteressata, onde non sussiste un caso di estrema gravità e urgenza, che legittimerebbe il Collegio all'adozione delle misure, di cui all'istanza;

Rilevato che resta ferma, in ogni caso, la fissazione urgente del merito;

Rilevato che emergono – per la complessità delle questioni sollevate – eccezionali motivi per compensare, tra le parti, le spese di fase;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

respinge la domanda cautelare;

fissa per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica del 7.02.2017.

Compensa le spese della presente fase cautelare”.

Seguiva – nell'imminenza della discussione del ricorso - lo scambio di memorie difensive, tra ricorrenti principali e incidentale; nonché il deposito d'ulteriore documentazione, nell'interesse

delle prime, le quali, all'udienza pubblica del 7 febbraio 2017, eccepivano altresì l'inammissibilità della prospettazione di fatti nuovi, a sostegno del ricorso incidentale, nonché la carenza di legittimazione della Ritonnaro Costruzioni s. r. l., la quale si troverebbe nella stessa condizione, fondante la propria censura incidentale, rispetto all'impresa cooptata del proprio R. T. I.; indi, il ricorso era trattenuto in decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, osserva il Tribunale che va esaminato, con priorità, il ricorso incidentale escludente della Ritonnaro Costruzioni s. r. l.; tanto, in aderenza a pacifica giurisprudenza; per l'enunciazione di tale principio possono leggersi, in particolare, le massime seguenti: "Nel processo amministrativo la disamina delle censure dedotte con il ricorso incidentale di tipo escludente, volto cioè a far valere profili di illegittimità dell'ammissione alla gara del ricorrente principale, si da eliminarne l'interesse alla impugnazione dell'aggiudicazione, assume carattere prioritario" (Consiglio di Stato, sez. IV, 12/05/2016, n. 1918); "Nei giudizi amministrativi di primo grado aventi ad oggetto procedure di gara deve essere esaminato prioritariamente, rispetto al ricorso principale, il ricorso incidentale (c.d. escludente) che sollevi un'eccezione di carenza di legittimazione del ricorrente principale non aggiudicatario, in quanto soggetto che non ha mai partecipato alla gara o vi ha partecipato ma è stato correttamente escluso ovvero sarebbe dovuto essere escluso ma non lo è stato per un errore dell'Amministrazione" (T. A. R. Salerno (Campania), sez. I, 16/02/2016, n. 358).

Ciò posto, rileva il Collegio che il ricorso incidentale è fondato: carattere dirimente, con assorbimento d'ogni altra doglianza incidentale, riveste la considerazione del primo motivo di gravame, per la cui esposizione, oltre che rinviare alla narrativa che precede, si ritiene opportuno avvalersi della memoria di replica, rassegnata dalla controinteressata in data 27.01.2017, ove la censura è compiutamente illustrata, nel modo che segue:

"Il costituendo R.T.I. C.C.C., in ossequio alla prescrizione dell'art. 37 D.lgs. 163/2006, come declinato all'art. 10, lett. c) del disciplinare di gara ("Nella busta "A – Documentazione Amministrativa" devono essere contenuti a pena di esclusione (...) i seguenti documenti: (...) Nel caso di associazione temporanea (...) di concorrenti (...) non ancora costituiti, dichiarazioni rese da ogni concorrente, attestanti (...) c) la quota di partecipazione di ciascuna impresa facente parte del raggruppamento, in termini percentuali e le rispettive quote di esecuzione, pena l'esclusione dalla gara"), dichiarava che le quote di partecipazione di ciascuna impresa, raggruppate in termini percentuali, erano: C.C.C. 52,839%; Rillo Costruzioni 26,859%; Calgeco 7,302%, LA BIT 13%.

Veniva altresì precisato (...) che la società LA.BIT avrebbe partecipato, ai sensi dell'art. 92 Reg., quale società cooptata. L'istituto della cooptazione, ai sensi dell'art. 92 d. P. R. n. 207 del 2010, consente ad un'impresa – priva dei prescritti requisiti di qualificazione e, quindi, di partecipazione – in via eccezionale, di essere indicata come esecutrice di lavori nel limite del 20% dell'appalto, in deroga alla disciplina vigente in tema di qualificazione, sempreché abbia la qualificazione corrispondente alla propria quota di lavori (art. 92 comma 5 d. l. n. 207/2010: "Se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese

qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati"). La figura è preordinata a consentire che imprese minori siano associate ad imprese maggiori e che, in questo modo, le prime maturino capacità tecniche diverse rispetto a quelle già possedute, facendo comunque salvo l'interesse della stazione appaltante attraverso l'imposizione della qualificazione dell'intero valore dell'appalto alle seconde e cioè le imprese che associano. In sostanza, l'associazione per cooptazione (...) è caratterizzata dalla possibilità da parte delle imprese, che intendano riunirsi in associazione temporanea e con i requisiti di partecipazione, di associare altre imprese anche di modeste dimensioni, non suscettibili di raggrupparsi nelle forme di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 92, anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti dal bando di gara pubblica. Ciò può avvenire a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20% dell'importo complessivo dei lavori oggetto dell'appalto, e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna di tali imprese sia almeno pari all'importo dei lavori che sarebbero stati ad essa affidati.

Come già rappresentato, risulta pacifico che, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara da parte della costituenda ATI, l'impresa LA.BIT abbia partecipato come "mandante cooptata". Proprio dalle caratteristiche di specialità ed eccezionalità che denotano l'istituto della cooptazione, deriva che il soggetto cooptato: 1) non può acquistare lo status di concorrente; 2) non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto; 3) non può rivestire la posizione di offerente, prima, e di contraente, poi; 4) non può prestare garanzie, al pari di un concorrente o di un contraente; 5) non può, in alcun modo, subappaltare o dichiarare di affidare a terzi una quota dei lavori, di cui non è titolare, essendo privo della prescritta SOA (cfr. Cons. Stato Sez. V, Sent., 14-04-2016, n. 1492; Cons. Stato, V, 17 marzo 2014, n. 1327; Cons. St., sez. V, 16/09/2011 n. 5187; in termini identici Id., sez. V, 27.08.2013 n. 4278).

Cfr., negli stessi sensi, anche T. A. R. Brescia (Lombardia), sez. II, 26/01/2015, n. 156: "Il soggetto cooptato non acquista lo status di concorrente, né assume quote di partecipazione all'appalto, non è contraente e non presta garanzie; ed infine non può né subappaltare né comunque affidare a terzi la propria quota dei lavori"; T. A. R. Genova (Liguria), sez. I, 22/06/2016, n. 637: "Con la cooptazione un'impresa priva dei prescritti requisiti di qualificazione e, quindi, di partecipazione può, in via eccezionale e derogatoria, essere indicata come esecutrice di lavori nel limite del 20% dell'appalto, in deroga alla disciplina vigente in tema di qualificazione s. o. a. sempreché abbia la categoria e la classifica corrispondente alla propria quota di lavori; il soggetto cooptato non acquista lo status di concorrente, né assume quote di partecipazione all'appalto, non è contraente e non presta garanzie ed infine non può né subappaltare né comunque affidare a terzi la propria quota dei lavori".

Sta di fatto, però, che la LA. BIT., contestualmente: 1) ha sottoscritto, insieme alle altre imprese del raggruppamento, la domanda di partecipazione alla gara; 2) ha sottoscritto ed è intestataria della cauzione provvisoria prodotta dall'ATI; 3) ha sottoscritto anche la dichiarazione con la quale ha indicato alla stazione appaltante quali lavori oggetto di appalto

ed in quale misura intende subappaltare, in caso di aggiudicazione; 4) ha acquistato la quota di partecipazione del 13%.

Ora, può sostenersi che l'impresa cooptata non è una delle mandanti dell'ATI, che sono le uniche concorrenti, e quindi non è, a sua volta, una concorrente. Così come l'assunzione del ruolo di concorrente, anziché di mera cooptata, non comporta di per sé l'esclusione dell'offerta.

Ma è indiscutibile, però, che, una volta assunto tale diverso ruolo, l'impresa debba dimostrare di possedere i requisiti di partecipazione previsti per quella gara.

Né vale a risolvere il problema la circostanza, rappresentata da controparte, che, nel caso di specie, le altre imprese che hanno partecipato alla gara in vista della costituzione dell'ATI possiedano eventualmente requisiti idonei a coprire anche il 100% dei lavori, perché comunque resta il fatto che hanno speso requisiti inferiori al 100% (cfr. Cons. St., Sez. V, 17/03/2014 n. 1327, Cons. Giust. Amm. Sic., Sent., 28.11.2016, n. 433).

Così come è inequivoco che Il R.T.I. C.C.C. non ha dichiarato e dimostrato i requisiti di qualificazione per il 100% dei lavori.

Mentre LA.BIT, carente dei requisiti di qualificazione, ha dichiarato di acquistare una quota di partecipazione del 13%.

Di conseguenza, seppur la domanda di partecipazione possa contenere la dichiarazione che un parte dei lavori, comunque non superiore complessivamente al 20% dell'importo complessivo, sarà materialmente eseguita da una impresa cooptata, essa dovrà comunque contenere l'esplicito impegno dell'impresa o capogruppo cooptante a partecipare all'appalto e ad eseguirlo per l'intera quota di lavori oggetto di affidamento, non avendo la stazione appaltante titolo per pretendere dalla impresa cooptata l'esecuzione dei lavori, nel caso in cui questa si rendesse inadempiente.

Il che spiega la ragione per cui l'impresa o il capogruppo cooptante deve comunque possedere ed impegnarsi nei confronti della committente per tutte le qualificazioni richieste dal bando.

Orbene, nel caso di specie, si osserva che la capogruppo C.C.C. si è impegnata, in qualità di mandataria, a partecipare all'appalto ed a realizzare i lavori solo nella misura del 52,839%. Rillo costruzioni s.r.l., mandante, si è invece impegnata a partecipare all'appalto ed ad eseguire i lavori solo in ragione del 26,859%. Calgeco s.r.l., mandante, s'è impegnata a partecipare e ad eseguire solo per il 7,302%.

Di tal che le tre imprese cooptanti costituenti il raggruppamento C.C.C. hanno presentato un'offerta che le impegna ad eseguire non il 100% delle opere oggetto di gara, ma solo l'87% di esse.

Da qui deriva la palese inadeguatezza ed inammissibilità dell'offerta in esame. (...)

In sintesi, delle due l'una:

a) o LA.BIT è una cooptata, ed allora l'ATI avrebbe dovuto dichiarare ed assumere il 100% delle lavorazioni;

b) o è una mandante ed allora avrebbe dovuto possedere, dichiarare e dimostrare il possesso dei requisiti correlati alla quota di lavori assunti.

Orbene, nel caso di specie, la società LA.BIT, non possiede i requisiti di qualificazione e partecipazione dichiarati (cfr. SOA: OG 6 Class. I – assenza di qualificazione per la categoria in appalto OG22).

Né l'ATI C.C.C. ha dichiarato di assumere il 100% dei lavori.

A fronte di una partecipazione in R.T.I. la circostanza che la mandataria sarebbe in grado di dimostrare il possesso della totalità dei requisiti, non consente di privare di effetti il fatto che la mandante non sia in possesso dei requisiti di partecipazione in misura adeguata (cfr. Consiglio di Stato, sez. V., sent. n. 1269/2016)".

A fronte di tale enunciazione della doglianza in argomento, le ricorrenti principali hanno osservato che la stessa sarebbe destituita di fondamento, in radice, per effetto dell'intervenuta abrogazione, alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara (16.04.2014), dell'art. 37, comma 13, del d. l.vo 163/2006 ("Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento"), articolo precisamente abrogato dall'art. 12, comma 8, D. L. 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla L. 23 maggio 2014, n. 80; per l'applicazione di tale disposizione vedi l'art. 12, comma 10 del medesimo D. L. n. 47/2014, secondo cui: "Le disposizioni di cui ai commi 8 e 9 si applicano anche alle procedure ed ai contratti i cui bandi o avvisi con cui si indice una gara risultino già pubblicati alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure ed ai contratti in cui, alla suddetta data, siano già stati inviati gli inviti a presentare le offerte" (come quella per cui è causa).

Secondo le ricorrenti principali, pertanto: "Alla data di presentazione della domanda di partecipazione, era venuto meno il principio invocato da controparte secondo cui i partecipanti erano tenuti ad indicare quote di partecipazione corrispondenti alla quota di esecuzione ed ai requisiti posseduti e spesi".

Sta di fatto, però, che sulla questione è intervenuto, di recente, il Consiglio di Stato, chiarendo "la permanenza dell'obbligo di corrispondenza fra quote di qualificazione e quote di esecuzione, essendo stato espunto solo l'ulteriore corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione".

Nella parte motiva della sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, 22/08/2016, (ud. 07/07/2016, dep. 22/08/2016), n. 3666, infatti, si legge:

“Il Collegio non ravvisa ragioni per discostarsi dalle conclusioni del giudice di primo grado.

Va rilevato che l’art. 12, comma 8, d. l. 28 marzo 2014, n. 47 convertito con modificazioni dalla l. 23 maggio 2014, n. 80 ha abrogato il comma 13 dell’art. 37 d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, laddove si stabiliva che “Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”.

Non vanno confusi i requisiti di qualificazione con la quota di partecipazione al raggruppamento e soprattutto con la quota di esecuzione della prestazione posta in gara e da affidare.

I requisiti di qualificazione attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all’aggiudicazione del lavoro, della fornitura o del servizio in gara e riguardano un aspetto essenziale per la valutazione delle potenzialità o meglio della capacità dell’aspirante a realizzare quanto poi eventualmente aggiudicatogli; la quota di partecipazione invece rappresenta null’altro che l’espressione della percentuale di “presenza” all’interno del raggruppamento ed ha riflessi in riferimento alla responsabilità del componente del raggruppamento temporaneo di imprese; la quota di esecuzione è semplicemente la parte di lavoro, di servizio o di fornitura che verrà effettivamente realizzato nel caso di affidamento.

La legge ha superato di recente il principio vigente nel campo delle gare per i lavori della corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione dei lavori, corrispondenza che era vigente nel solo campo degli appalti per lavori.

Altrettanto non è per la corrispondenza tra la capacità imprenditoriale, individuata tramite i requisiti di qualificazione, e le quote di esecuzione dei servizi da affidare. Infatti una dissociazione tra i due aspetti renderebbe inutile la fissazione da parte di leggi, regolamenti e dei bandi di gara degli stessi requisiti di qualificazione.

Ora, a prescindere già dalle previsioni inequivocabili dell’art. 92, comma 2, del d. P. R. n. 207 del 2010, ossia che “Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall’associato o dal consorziato” ed ancora che “I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate”, va rammentata la norma generale di cui all’art. 37, comma 3, d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 secondo cui “Nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei consorzi ordinari di concorrenti sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento ovvero gli imprenditori consorziati abbiano i requisiti indicati nel regolamento” ed ancor più l’art. 40, comma 1, per il quale “I soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati (...)”.

Il principio è stato sottolineato dalla pronuncia dell’Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato, 28 aprile 2014, n. 27 che, diversamente da quanto assume l’appellante, stabilisce in modo chiaro che, in caso di appalto di servizi sussiste l’obbligo per le imprese raggruppate di

indicare le parti del servizio o della fornitura facenti capo a ciascuna di esse, senza pretendere anche l'obbligo della corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione: *resta fermo, però, che ciascuna impresa va qualificata per la parte di prestazioni che s'impegna ad eseguire, nel rispetto delle speciali prescrizioni e modalità contenute nella normativa di gara* (cfr. Cons. Stato, V, 25 febbraio 2016 n. 786)".

Ciò posto, osserva il Tribunale che, a suffragare la conclusione della ricorrente incidentale, secondo cui la LA.BIT ha assunto, nella procedura ad evidenza pubblica de qua, la veste di mandante in carenza dei requisiti, sussiste – oltre la constatazione che le quote di partecipazione del RTI C.C.C., al netto della partecipazione della LA.BIT, ammontano al solo 87% del totale – un ulteriore elemento testuale, rappresentato dal documento, allegato sub n. 10) al proprio gravame incidentale, costituito dalla polizza fideiussoria, della Elite Insurance, ove inequivocabilmente la LA.BIT. è qualificata come mandante, piuttosto che come cooptata (in giurisprudenza: “In sede di gara pubblica la polizza fideiussoria, tramite la quale viene prestata la cauzione provvisoria da parte di una costituenda associazione temporanea di imprese, deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara” – T. A. R. Roma (Lazio), sez. III, 2/10/2007, n. 9620); né può ritenersi che, in tal modo, la Ritonnaro Costruzioni s. r. l. abbia – come eccepito dalle controparti – prospettato fatti nuovi, a sostegno delle proprie censure incidentali, e segnatamente della prima di esse, posto che tale conclusione si ricava, in maniera evidente, dalla semplice lettura della polizza fideiussoria in oggetto, già allegata alla produzione di parte controinteressata del 22.10.2016 (controricorso e ricorso incidentale).

Quanto, poi, all'ulteriore eccezione di parte ricorrente, secondo cui per la ricorrente incidentale si porrebbero le stesse questioni, riguardo alla presenza di una mandante cooptata, oggetto della censura in argomento, con conseguente suo difetto di legittimazione a sollevarla, rileva il Tribunale che non basta l'esibizione di taluni documenti (avvenuta in data 7.02.2017), e specificamente della dichiarazione di subappalto e della polizza fideiussoria del R. T. I. Ritonnaro, a dar conto della dedotta assoluta uguaglianza di situazione, tra l'assetto partecipativo alla gara dell'uno e dell'altro raggruppamento temporaneo d'impresе costituendo; in ogni caso, quand'anche, in via puramente ipotetica, detta considerazione potesse essere superata, non per questo la Ritonnaro Costruzioni sarebbe carente di legittimazione, relativamente alla proposizione della suddetta censura, gravando – piuttosto – sulle ricorrenti principali, ove avessero voluto far valere, in giudizio, tale motivo di potenziale estromissione della controparte da gara, l'onere di sollevarlo tempestivamente, nell'ambito dell'atto introduttivo della causa, piuttosto che porlo tardivamente a fondamento dell'eccezione suddetta (la qual cosa rappresenta, del resto, una diretta conseguenza della connotazione della giurisdizione amministrativa come caratterizzata dal principio della domanda, piuttosto che volta ad istituire una giurisdizione di tipo oggettivo: “Una volta accertata in limine la fondatezza del ricorso incidentale, e statuito che il ricorrente principale avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, non vi è fondamento perché il giudice possa esaminare le censure da questo portate avverso la posizione dell'aggiudicatario, per quanto relative all'asserita mancanza dei medesimi presupposti di cui è giudicato privo il ricorrente principale; all'iniziativa di questo, infatti, sarebbe in tal modo riconosciuto il titolo ad un'indiscriminata preferenza processuale, di cui però è privo in radice per la verificata assenza dei suoi requisiti. Imporre che, anche in difetto della qualità per agire (la giusta

partecipazione alla gara), le sue censure siano comunque trattate darebbe illegittimamente vita, in pratica, ad una derogatoria giurisdizione di diritto oggettivo, contraria all'ordinamento e dunque al principio di legalità" – Consiglio di Stato, sez. VI, 15/06/2011, n. 3655).

La fondatezza del ricorso incidentale, per l'assorbente ragione testé riferita, rende inammissibile, per carenza d'interesse, il ricorso principale (e di conseguenza, i motivi aggiunti al medesimo, senza che sia necessario esaminare le altre eccezioni di inammissibilità degli stessi, sollevate dalla controinteressata – ricorrente incidentale): "L'accoglimento del ricorso incidentale comporta l'inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione e di interesse" (T. A. R. Roma (Lazio), sez. II, 4/04/2016, n. 4064).

In base alla regola della soccombenza, la stazione appaltante e le ricorrenti principali sono tenute al pagamento, nei confronti della ricorrente incidentale, di spese e compensi di lite, liquidati come in dispositivo, e inoltre sono tenute a rifondere, alla stessa ricorrente incidentale, il contributo unificato versato.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania – Sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, e sui successivi motivi aggiunti, nonché sul ricorso incidentale del controinteressato, così provvede:

accoglie il ricorso incidentale;

dichiara inammissibile il ricorso principale, e i relativi motivi aggiunti;

condanna l'ARCADIS e il Consorzio Cooperative Costruzioni CCC – Società Cooperativa, nella qualità in atti e il Consorzio INTEGRA Società Cooperativa al pagamento, in favore della Ritonnaro Costruzioni s. r. l., nella qualità in atti, di spese e compensi di lite, che liquida in € 1.500,00 a carico dell'ARCADIS e in € 1.500,00 a carico del Consorzio Cooperative Costruzioni CCC – Società Cooperativa e del Consorzio Integra Società Cooperativa (con vincolo di solidarietà tra queste ultime), e così, complessivamente, in € 3.000,00, oltre accessori come per legge, e le condanna, altresì, al rimborso, in favore della stessa Ritonnaro Costruzioni s. r. l., del contributo unificato, ove versato, da suddividersi in parti uguali (al 50%) tra ARCADIS, da un lato, e Consorzio Cooperative Costruzioni CCC – Società Cooperativa/Consorzio Integra Società Cooperativa, dall'altro, fermo restando il vincolo di solidarietà, nei rapporti esterni.

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

Così deciso, in Salerno, nella camera di consiglio del giorno 7 febbraio 2017, con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente



Giovanni Sabato, Consigliere

Paolo Severini, Consigliere, Estensore