

La scelta se concorrere singulatim, in a.t.i. costituenda o in a.t.i. già costituita, è oggetto di un diritto insindacabile degli operatori economici e da ultimo riconosciuto dall'art. 4, par. 2, della direttiva n. 18/2004, deve essere compiuta all'inizio della procedura onde consentire alla Stazione appaltante ed ai concorrenti di avere contezza della platea dei competitori e, soprattutto, del ventaglio numerico delle offerte

Merita di essere segnalato il seguente pensiero espresso dal Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 4242 del 10 maggio 2007 relativamente alla circostanza che , nella successiva fase di offerta i due raggruppamenti temporanei hanno proceduto ad una unificazione, presentando un'offerta unica ed indicando, come capogruppo, la Società ricorrente.

<il procedimento di evidenza pubblica, che si apre con la pubblicazione del bando per concludersi con l'aggiudicazione definitiva, ha natura essenzialmente e sostanzialmente unitaria, non potendosi scindere il nesso funzionale che avvince la fase di preselezione e quella della valutazione delle offerte.

Invero, nel momento in cui si manifesta la volontà, da parte delle Imprese, di partecipare alla procedura in risposta al bando di gara, si assume una posizione formalmente e sostanzialmente differenziata rispetto alla generica posizione di operatore economico cui consegue l'immodificabilità della veste giuridica assunta.

La fase di qualificazione cristallizza e circoscrive, dunque, non solo il numero dei partecipanti alla gara, ma soprattutto il numero delle offerte richieste, non consentendo una alterazione del titolo di partecipazione, poiché, se così fosse, si creerebbe uno iato tra il numero dei candidati istanti ed offerenti, che incide fortemente sull'interesse della Stazione appaltante a poter contare su un numero di offerte corrispondente al numero dei soggetti positivamente pre-qualificati e, quindi, invitati.>

A cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE

PER IL LAZIO – SEZIONE III TER Ha pronunciato la seguente sentenza

S E N T E N Z A

sul ricorso n. 515 del 2007/Reg.gen., proposto dalla SOCIETA' ITALIANA PER **, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Sanino e Laura Palasciano, con domicilio eletto in Roma, Viale Parioli, n. 180;

C O N T R O

- Il Ministero delle Infrastrutture, in persona del Ministro pro-tempore, la S.I.I.T. – Servizi Integrati Infrastrutture e Trasporti per la Lombardia e la Liguria – Settore infrastrutture, in persona del legale rappresentante pro-tempore; l' Autorità Portuale di Genova , in persona del legale rappresentante pro-tempore, tutti rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, sono per legge domiciliati;

e, nei confronti

- della Società

- della Società

per l'annullamento

dell'aggiudicazione, comunicata con nota 8.5.2006, relativa alla licitazione privata per l'affidamento dell'appalto integrato del Terminal Contenitori del porto di Genova – Calata Bettolo; della presuppota graduatoria, comunicata con atto del 12.4.2006, n. 3534; della graduatoria finale comunicata dalla Commissione di gara al Ministero delle Infrastrutture con nota del 12.4.2006 e delle note ministeriali del 3.4.2006 e del 6.4.2006, non conosciute, nonché, ove intervenuto, del contratto con la sua conseguente declaratoria di inefficacia; del provvedimento, di data ed estremi sconosciuti, di aggiudicazione definitiva; del verbale n. 436 del 29 marzo 2007, con il quale l'Autorità Portuale di Genova ha approvato il verbale di aggiudicazione n. 4497 di Rep. del 22 marzo 2007, nonché dello stesso verbale di aggiudicazione;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di tutte le Amministrazioni intimate nonché della Società controinteressata ** S.p.A. e della Società ** ** S.p.A.;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 3 maggio 2007 il magistrato dott.ssa Maria Luisa De Leoni e uditi gli avvocati come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

F A T T O

Con ricorso notificato il 15 gennaio 2007 e con tre successivi atti dedotti nella via dei motivi aggiunti, notificati, rispettivamente, l'8 marzo 2007, il 4 aprile 2007 ed, infine, il 14 aprile 2007, la Società Italiana **, impugna gli atti specificati in epigrafe, relativi alla licitazione privata per l'affidamento della progettazione esecutiva e costruzione del Terminal Contenitori nel Porto di Genova, comprensivo di tre lotti, facenti parte dell'intervento riprogrammato all'interno del Piano operativo triennale 2005-2007, approvato dal Comitato Portuale con deliberazione 14 luglio 2004.

La ricorrente, dopo aver ricostruito le vicende che hanno interessato la gara in questione, chiarisce che per effetto della sentenza di questo Tribunale n. 12512 del 2006, confermata dal Consiglio di Stato (dispositivo n. 78 del 22 febbraio 2007 della VI Sez.), l'A.T.I. ** è stata esclusa dalla gara e la ricorrente, prima collocata al terzo posto in graduatoria, è slittata al secondo, sicché ha visto attualizzarsi e concretizzarsi il proprio interesse ad impugnare l'aggiudicazione della licitazione privata nei confronti dell'ATI **.

Deduce:

violazione e falsa applicazione dell'art. 35 decreto legislativo n. 152 del 1999; della lex specialis di gara e delle inderogabili prescrizioni a base del progetto definitivo con particolare riferimento all'art. 8.2.4., comma 11, del C.S.A.; eccesso di potere sotto tutte le figure sintomatiche ed in

particolare per carenza di istruttoria, manifesta ingiustizia ed illogicità, travisamento del fatto, disparità di trattamento; violazione del principio di imparzialità e di trasparenza dell'azione amministrativa.

La ricorrente contesta le modalità seguite dalla controinteressata ATI ** in ordine allo scarico dei materiali dragati in quanto, in spregio alla normativa vigente in materia ambientale (art. 35 d. lgs. n. 152/1999, confermata integralmente all'art. 109 del nuovo Codice Ambiente) ed al Progetto definitivo, posto a base di gara dalla Stazione Appaltante, prevede nella propria offerta che il materiale di scavo subacqueo recuperato dal fondo marino venga scaricato nuovamente in mare con scarico libero non conterminato né protetto, nell'area denominata "zona 5" destinata al successivo dragaggio;

violazione e falsa applicazione della lex di gara e dell'art. 140 del d.P.R. n. 554 del 1999 e del CSA; eccesso di potere sotto vari profili.

Con un secondo articolato motivo la ricorrente deduce: a) che la lex specialis richiedeva ai concorrenti specifiche dichiarazioni impegnative e documentazioni attestanti la disponibilità dei mezzi marittimi, poiché tali mezzi rivestono una particolare importanza. In particolare, con riguardo alla motoretta "Avon" ed al rimorchiatore BKS la controinteressata non avrebbe fornito la documentazione che attestasse l'idoneità di detti mezzi, sia sotto il profilo della efficienza tecnica sia della immediata disponibilità, sicché avrebbe dovuto essere esclusa, non possedendo, al momento dell'offerta, i mezzi tecnici richiesti dalla lex specialis; b) che non avrebbe rispettato la clausola di cui al punto IV della lettera di invito che prescriveva la messa a disposizione, a titolo esclusivo, di una serie di mezzi marittimi durante l'esecuzione dei lavori, mediante la produzione di una dichiarazione, rilasciata dal proprietario e/o armatore attestante la messa a disposizione a titolo esclusivo; c) violazione del punto AA p.5 della lettera di invito, che contempla l'obbligo di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili. La controinteressata, infatti, non solo non ha ottemperato alla disposizione, ma ha presentato dichiarazioni non conformi alle disposizioni della lex specialis; d) la ricorrente assume che, in difformità del punto VIII della lettera di invito, l'ATI ** ha prodotto la dichiarazione sottoscritta dal direttore tecnico dell'impresa proprietaria della cava e non dal proprietario della cava stessa; e) in ordine alle variazioni progettuali migliorative consentite dalla lettera di invito, osserva la ricorrente, che l'ATI ** ha proposto varianti sostanziali alle opere rispetto al C.S.A., quali la modifica delle tipologie dei cassoni, la sostituzione, per alcuni tratti, dei cassoni con palandole, la realizzazione di banchina a giorno su darsena tecnica, etc..;

violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili.

Con tale motivo viene censurato il comportamento della Commissione all'esito della verifica, poiché non ha dato conto degli elementi valutativi per giungere alla positiva verifica di congruità dell'offerta **. L'offerta **, infatti, sarebbe connotata da evidenti elementi di anomalia sia in ordine ai cassoni, i cui costi sarebbero sottostimati, poiché non corrispondono alla somma dei costi unitari delle due componenti acciaio e calcestruzzi come pure sarebbe anomalo il costo unitario per la fornitura e posa in opera degli stessi;

Eccesso di potere sotto tutte le figure sintomatiche.

La ricorrente pone l'accento sul tempo impiegato dalla Commissione nel valutare la congruità delle offerte relative alle tre ATI ammesse alle fasi successive, rilevando l'inadeguatezza di tale intervallo temporale, in particolare, con riguardo all'offerta della controinteressata, tanto che la Commissione stessa ha segnalato al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti una riscontrata criticità dell'offerta **.

Sotto altro profilo, la ricorrente rileva una discordanza tra il cronoprogramma generale presentato dalla controinteressata e quello firmato dagli Enti concessionari, gestori delle attività portuali di

bunkeraggio del terminal petroli ed olii minerali all'interno del porto, articolando una serie di censure finalizzate alla dimostrazione di macroscopiche incongruenze che inficerebbero l'offerta dell'ATIO **, con grave ripercussione sul tempo totale d'esecuzione dei lavori.

Con un primo atto di motivi aggiunti, notificati l'8 marzo 2007, la ricorrente deduce violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili. Con tale motivo la ricorrente contesta la produzione di documenti in fotocopia, accompagnata da una autocertificazione emessa ai sensi dell'art. 19 del d.P.R. n. 445 del 2000, effettuata dalla ricorrente, sicché non risultano pienamente osservate le prescrizioni della lettera di invito previste per la presentazione delle dichiarazioni di cui al punto AA o) VIII, IX e X, sanzionate con l'esclusione dalla gara;

Con un secondo atto di motivi aggiunti, notificati il 4 aprile 2007, la ricorrente ripropone i motivi già dedotti con l'atto introduttivo del giudizio, evidenziando in particolare, la mancata ottemperanza alle prescrizioni della lettera di invito previste per la presentazione delle dichiarazioni di cui al punto AA o) VIII, IX e X da parte della controinteressata, avendo esibito tali dichiarazioni in semplice fotocopia. Tuttavia, ancorché avesse presentato, come la stessa controinteressata ha comunicato in sede di Camera di consiglio del 5 aprile 2007, le dichiarazioni di cui si discute, viene evidenziata la inidoneità di tale adempimento a superare le illegittimità dedotte, poiché si è proceduto all'aggiudicazione provvisoria in carenza della documentazione e pur in presenza di un pronunciamento del Giudice (Ordinanza TAR Lombardia). La Committente ha atteso circa un anno per consentire la regolarizzazione e, tuttavia, l'ottemperanza all'incombente non è in armonia con le disposizioni della lettera di invito, tenuto anche conto che il termine previsto dagli atti di gara era ampiamente trascorso e, comunque, gli atti depositati dimostrano che al momento dell'offerta la Soc. ** non era in grado di dimostrare il possesso di tutti i requisiti richiesti dal bando e dalla lettera di invito.

Con un terzo atto di motivi aggiunti, notificato il 14 aprile 2007 a seguito di accesso agli atti dell'Autorità Portuale di Genova, la ricorrente deduce ancora la violazione di legge e l'eccesso di potere sotto vari profili, rilevando un grave inadempimento documentale da parte della controinteressata, che non avrebbe esibito la dichiarazione OAA x) in originale, e cioè "la dichiarazione attestante la disponibilità di idoneo impianto di frantumazione...". Aggiunge, inoltre, che non vi sarebbe rispondenza tra la dichiarazione CESA resa in sede di gara e quella resa da CESA in sede di aggiudicazione definitiva. Ciò che è stato prodotto è una mera dichiarazione senza alcuna rilevanza e senza la minima rispondenza alle prescrizioni della lex specialis di gara.

Si è costituita l'Amministrazione intimata e la controinteressata A.T.I. **, Quest'ultima, con ricorso incidentale, notificato il 14 febbraio 2007, afferma l'illegittima mancata esclusione della ricorrente principale. In particolare deduce: violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in materia di raggruppamenti temporanei di impresa e di qualificazione dei medesimi; violazione del principio della par condicio in sede di gara e del principio di immodificabilità soggettiva dei raggruppamenti di imprese.

In sede di prequalifica, infatti, la Società Italiana per ** S.p.A. e la Società ** S.p.A. sono state pre-selezionate in distinti raggruppamenti temporanei. La Società ** ha chiesto di partecipare quale mandataria in costituendo RTI con la mandante Società ** e la Società Italiana ** S.p.A., a sua volta, ha fatto richiesta di partecipare alla gara quale mandataria di un costituendo RTI con la Società ** S.p.A., sicché l'Amministrazione le ha invitate separatamente. Senonché nella successiva fase di offerta i due raggruppamenti temporanei si sono unificati indicando, come capogruppo, la Società ricorrente.

Le parti hanno affidato al deposito di successive memorie lo sviluppo di ulteriori argomentazioni difensive; e, in considerazione della perdurante pendenza del giudizio di appello avverso la sentenza n. 12512 del 2006 di questo Tribunale, ha proposto ricorso incidentale, la Società G.L.F. ** ** S.p.A., deducendo vari motivi di violazione di legge ed eccesso di potere sotto vari profili.

All'Udienza del 3 maggio 2007 la causa è stata ritenuta in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso incidentale prodotto dalla Soc. G.L.F. è inammissibile.

Con sentenza di questo Tribunale n. 12512 del 2006, confermata dal Consiglio di Stato (dispositivo n. 78 del 22 febbraio 2007 della VI Sez.), resa su ricorso proposto dalla società ** **, è stato accolto il ricorso incidentale proposto dalla Soc. ** e, per l'effetto, la ricorrente principale è stata definitivamente esclusa dalla gara. Segue da ciò che la soc. GLF, che non riveste più la qualità di concorrente della gara in questione, non è legittimata a proporre ricorso incidentale, che va pertanto dichiarato inammissibile. Alla carenza di legittimazione consegue che non può trovare tutela neanche l'interesse strumentale che la stessa soc. GLF vanta all'annullamento di tutte le operazioni di gara.

2. Come è stato recentemente affermato dalla Sezione (cfr. TAR Lazio, Sez III ter. N. 12512/06 del 2006), deve essere preliminarmente esaminato il ricorso incidentale, con il quale si deduce sostanzialmente la violazione e falsa applicazione delle norme e dei principi in materia di raggruppamenti temporanei di impresa e di qualificazione dei medesimi. Si assume in particolare che la Società Italiana ** S.p.A. avrebbe violato il generale principio di immutabilità soggettiva dei raggruppamenti di imprese durante le fasi di gara. La Società **, infatti, aveva chiesto di partecipare quale mandataria in costituendo RTI con la mandante Società ** e la Società Italiana ** S.p.A., a sua volta, aveva fatto richiesta di partecipare alla gara quale mandataria di un costituendo RTI con la Società ** S.p.A., sicché l'Amministrazione le ha invitate separatamente. Senonché, nella successiva fase di offerta i due raggruppamenti temporanei hanno proceduto ad una unificazione, presentando un'offerta unica ed indicando, come capogruppo, la Società ricorrente.

Il motivo è fondato alla luce della più recente giurisprudenza del Giudice di appello (Cons. Stato, Sez. VI, 8 marzo 2006. n. 1267) che, in quanto espressione di un principio di carattere generale, tendente alla immutabilità degli esiti del procedura di pre-qualifica, è estensibile ad ogni tipo di appalto.

Afferma il Consiglio di Stato, in una fattispecie relativa ad un appalto di servizi, ma con un ragionamento che fa leva proprio sulla normativa relativa ai Lavori Pubblici (art. 93 del d.P.R. n. 554 del 1999) che la scelta se concorrere singulatim, in a.t.i. costituenda o in a.t.i. già costituita, è oggetto di un diritto insindacabile degli operatori economici e da ultimo riconosciuto dall'art. 4, par. 2, della direttiva n. 18/2004, deve essere compiuta all'inizio della procedura onde consentire alla Stazione appaltante ed ai concorrenti di avere contezza della platea dei competitori e, soprattutto, del ventaglio numerico delle offerte. E ciò sul rilievo che il procedimento di evidenza pubblica, che si apre con la pubblicazione del bando per concludersi con l'aggiudicazione definitiva, ha natura essenzialmente e sostanzialmente unitaria, non potendosi scindere il nesso funzionale che avvince la fase di preselezione e quella della valutazione delle offerte. Invero, nel momento in cui si manifesta la volontà, da parte delle Imprese, di partecipare alla procedura in risposta al bando di gara, si assume una posizione formalmente e sostanzialmente differenziata rispetto alla generica posizione di operatore economico cui consegue l'immutabilità della veste giuridica assunta. La fase di qualificazione cristallizza e circoscrive, dunque, non solo il numero dei partecipanti alla gara, ma

soprattutto il numero delle offerte richieste, non consentendo una alterazione del titolo di partecipazione, poiché, se così fosse, si creerebbe uno iato tra il numero dei candidati istanti ed offerenti, che incide fortemente sull'interesse della Stazione appaltante a poter contare su un numero di offerte corrispondente al numero dei soggetti positivamente pre-qualificati e, quindi, invitati.

In conclusione, alla stregua delle considerazioni che precedono, che il Collegio ritiene di dover condividere, il ricorso incidentale deve essere accolto, con conseguente inammissibilità del ricorso principale.

Sussistono, tuttavia, giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di giudizio tra le parti.

P. Q. M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio,

Sezione III TER

definitivamente pronunciando sul ricorso come in epigrafe proposto: a) accoglie il ricorso incidentale; b) dichiara inammissibile il ricorso principale; c) dichiara inammissibile il ricorso incidentale proposto dalla Società ** ** S.p.A..

Compensa tra le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma addì 3 maggio 2007 dal

TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER

IL LAZIO

in Camera di Consiglio con l'intervento dei Signori:

Francesco Corsaro Presidente

Maria Luisa De Leoni Componente estensore

Stefano Fantini Componente

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE

IL SEGRETARIO

Ric.n.515/2007

Ric. n.515/2007