

Il parere dell'A.G.C.M. del 30.1.2003 n. AS251 (che consente la esclusione dalle A.T.I. delle imprese che singolarmente siano in possesso di requisiti tecnici finanziari di partecipazione alle gare), non impone un vero e proprio dovere di esclusione di dette A.T.I., che può quindi non essere disposta quando tanto (in assenza di palesi elementi che dimostrino la sussistenza di un cartello, costituendo comunque un diritto delle società costituire delle A.T.I.) contribuisca a rendere più sicura l'esecuzione dell'appalto

Il Tar Lazio, Roma con la sentenza numero 4991 del 31 maggio 2007 merita di essere segnalata per il seguente passaggio in essa contenuto:

< Con il quinto motivo di ricorso sono stati dedotti violazione, errata e falsa applicazione dell'art. 37 del D. Lgs. n. 163 del 2006, nonché degli artt. 3 e 4 del Trattato C.E.; inoltre violazione degli artt. 41 e 97 della Costituzione, nonché dell'art. 1, I c., della L. n. 287 del 1990. Infine eccesso di potere.

Ciò in quanto sia la DITTA GAMMA BIS s.p.a. che la DITTA GAMMA s.p.a. hanno dichiarato di possedere i requisiti tecnici e finanziari (giro di affari complessivo e fatturato specifico) richiesti per la esecuzione dell'appalto, sicché, (poiché avrebbero potuto rendersi singolarmente aggiudicatarie dell'appalto), la costituenda A.T.I. tra di esse avrebbe dovuto essere esclusa; ciò al fine di evitare che lo strumento associativo, invece di essere utilizzato in chiave antimonopolistica per ampliare la concorrenza, divenga uno strumento per la creazione di cartelli.

Il Collegio non può condividere detta censura innanzi tutto perché la partecipazione a detta A.T.I., oltre che delle due società sopra indicate, anche della DITTA GAMMA TER s.p.a. (priva dei richiesti requisiti tecnici e finanziari), costituisce comunque apertura al mercato di una società altrimenti esclusa dalla partecipazione alla gara de qua.>

>

ed inoltre:

< è stata ritenuta legittima la norma del bando di gara che in relazione alla natura dell'appalto preveda la non frazionabilità all'interno di un'associazione di imprese dei requisiti di capacità tecnica e/o economica richiesti dal bando medesimo, all'evidente scopo di evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto a soggetti del tutto sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti>

a cura di Sonia LAzzini

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO.
IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO
SEZIONE SECONDA TER

composto dai signori Magistrati:

Consigliere Michele PERRELLI - Presidente

Consigliere Antonio AMICUZZI - Componente, relatore

Consigliere Maria Cristina QUILIGOTTI - Componente

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 2805 del 2007 proposto da DITTA ALFA ITALIA s.p.a.,
CONTRO

L'A.T.A.C., AGENZIA per LA MOBILITA' del COMUNE di ROMA, s.p.a., con sede in Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Felice Patrizi, e Francesco Di Ciommo, unitamente ai quali è elettivamente domiciliato in Roma, alla Via dei Condotti, n. 91;

e nei confronti

di ASSOCIAZIONE TEMPORANEA di IMPRESE composta dalla società mandataria DITTA BETA, con sede "secondaria" in Roma, e dalla società mandante DITTA BETA BIS s.p.a., con sede in Roma, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avv. Andrea Barengi, Francesco Barone e Andrew Garnett Paton, unitamente ai quali sono elettivamente domiciliati presso il terzo, in Roma, alla Via G.G. Porro, n. 8;

nonché di DITTA GAMMA s.p.a., mandataria, DITTA GAMMA TER s.p.a. e DITTA GAMMA BIS s.p.a., mandanti, componenti della A.T.I. classificatasi al secondo posto nella gara de qua, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

della delibera n. 12 del 30.1.2007 dell'Amministratore delegato dell'A.T.A.C. s.p.a., di aggiudicazione a favore dell'A.T.I. DITTA BETA – DITTA BETA BIS s.p.a., dell'appalto (avente ad oggetto la fornitura e la posa in opera, negli atrii delle stazioni della metropolitana di Roma e delle ferrovie in concessione, di nuove linee per il controllo degli accessi e delle uscite, ecc.) indetto con bando n. 16 del 2006;

dell'atto di proposta di aggiudicazione formulato dalla Commissione di valutazione e del verbale di aggiudicazione provvisoria del 20.12.2006;

degli atti preordinati, connessi e consequenziali, in particolare, in parte qua, delle determinazioni assunte dalla Commissione di gara, dei giudizi e valutazioni espressi (con particolare riferimento alla fase di determinazione dei criteri di valutazione delle offerte e della formulazione dei giudizi nei confronti delle società concorrenti e relative attribuzioni di punteggi), dei verbali della Commissione giudicatrice (in particolare del verbale di congruità del 10.1.2007), della graduatoria formulata da detta Commissione nella riunione del 20.12.2006;

inoltre, se necessario e per quanto di ragione, degli atti di designazione e nomina dei componenti della citata Commissione, in parte qua;

del bando e del disciplinare di gara in partibus quibus;

infine per il risarcimento dei danni in forma specifica, mediante aggiudicazione della gara alla ricorrente, ovvero, in subordine, per equivalente monetario (nella misura del prezzo offerto dalla ricorrente, ovvero nella maggiore o minore misura ritenuta di giustizia, eventualmente liquidata secondo equità) anche per perdita di chances;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'A.T.A.C., Agenzia per la Mobilità del Comune di Roma, s.p.a. e della Associazione Temporanea di Imprese composta dalle società DITTA BETA ed DITTA BETA BIS s.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Vista la propria ordinanza 16/17 aprile 2007, n. 496;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 21.5.2007, con designazione del Consigliere Antonio Amicuzzi relatore della causa, i procuratori delle parti costituite comparsi come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 24.3.2007, depositato il 2.4.2007, la DITTA ALFA Italia s.p.a., con sede in Vanzago, premesso di aver partecipato alla gara indetta con bando n. 16 del 2006 dall'A.T.A.C. s.p.a. (per l'affidamento della fornitura e della posa in opera, negli atri delle stazioni della metropolitana di Roma e delle ferrovie in concessione, di nuove linee per il controllo degli accessi e delle uscite, ecc.), all'esito della quale si è classificata al terzo posto, con punti 84,122, dopo la aggiudicataria A.T.I. DITTA BETA ed DITTA BETA BIS s.p.a., cui sono stati attribuiti punti 91,837, e l'A.T.I. DITTA GAMMA s.p.a. – DITTA GAMMA TER s.p.a. – DITTA GAMMA BIS s.p.a., cui sono stati attribuiti punti 84,300, ha impugnato gli atti e chiesto il risarcimento del danno in epigrafe indicati.

A sostegno del gravame sono stati dedotti i seguenti motivi:

I.- Con riguardo alla aggiudicazione all'A.T.I. DITTA BETA ed DITTA BETA BIS s.p.a.:

I.1.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della L. n. 241 del 1990. carenza di motivazione. Eccesso di potere. Erroneità dei presupposti. Omessa considerazione di elementi rilevanti. Difetto di motivazione.

I.2.- Violazione degli artt. 34 e seguenti del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163. Violazione del bando di gara n. 16 del 2006, indetto dall'A.T.A.C. s.p.a. in esecuzione della delibera del Consiglio di Amministrazione n. 38 del 31.7.2006.

I.3.- Violazione dell'art. 84 del D. Lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 51 del c.p.c. e dell'art. 97 della Costituzione, segnatamente dei principi di imparzialità e buon andamento. Eccesso di potere.

I.4.- Violazione dei principi in materia di ammissione delle società di diritto straniero alle gare pubbliche: violazione, errata e falsa applicazione degli artt. 41, 42, 48 e 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006. Violazione, omessa ed errata applicazione degli artt. 2508 e 2435 del c.c.. Violazione ed errata applicazione della L. n. 581 del 1995 e dell'art. 8 del D.M. 13 luglio 2004 del Ministero della Attività Produttive. Violazione dell'art. 97 della Costituzione. Eccesso di potere per omessa valutazione dei requisiti di ammissione, errata, falsa ed omessa valutazione di circostanze rilevanti, perplessità e contraddittorietà manifeste.

II.- Con riguardo alla seconda classificata, A.T.I. DITTA GAMMA s.p.a., DITTA GAMMA BIS s.p.a. e DITTA GAMMA TER s.p.a.:

II.5.- Violazione, errata e falsa applicazione dell'art. 37 del D. Lgs. n. 163 del 2006, nonché degli artt. 3 e 4 del Trattato C.E.. Violazione degli artt. 41 e 97 della Costituzione, nonché dell'art. 1, I c., della L. n. 287 del 1990. Eccesso di potere.

II.6.- Violazione, errata e falsa applicazione dei punti 5 e 7.4.6. del capitolato amministrativo; violazione del bando di gara n. 16 del 2006. Violazione, errata e falsa applicazione dell'art. 1333 del c.c., con riferimento all'art. 1936 del c.c.. Violazione dell'art. 97 della Costituzione, in particolare del principio di buon andamento. Eccesso di potere.

II.7.- Violazione del paragrafo 5 del capitolato speciale, Sezione I. Eccesso di potere per carente ed insufficiente istruttoria, erroneità dei presupposti, omessa considerazione di elementi rilevanti e difetto di motivazione.

II.8.- Violazione dell'art. 37 del D. Lgs. n. 163 del 2006, anche in relazione agli artt. 1387 e segg. del c.c.. Eccesso di potere per errata ed omessa valutazione di circostanze rilevanti e segnatamente, dei limiti di valore della procura rilasciata dalla DITTA GAMMA TER s.p.a. al sig. Roberto I..

Con atto depositato il 4.4.2007 si è costituita in giudizio l'A.T.A.C. s.p.a., che ha chiesto la declaratoria di irricevibilità, o di inammissibilità, ovvero di infondatezza del ricorso, concludendo per la reiezione.

Con atto depositato il 6.4.2007 si è costituita in giudizio l'DITTA BETA, anche nella sua qualità di società mandataria dell'A.T.I. costituita con la DITTA BETA BIS s.p.a., che ha chiesto la declaratoria di irricevibilità, o di inammissibilità, ovvero di infondatezza del ricorso, concludendo per la reiezione.

Con memoria depositata il 14.4.2007 la costituita A.T.A.C. s.p.a., fornite precisazioni in punto di fatto, ha eccepito la inammissibilità del ricorso per carenza di interesse (atteso che parte ricorrente si è classificata terza, sicché, essendo infondate le censure rivolte contro l'ammissione e l'attribuzione di punteggio alla seconda classificata, nessun vantaggio potrebbe conseguire in caso di fondatezza delle censure rivolte contro l'aggiudicazione alla prima classificata, dovendo in tal caso essere aggiudicata la gara alla seconda classificata); nel merito ha dedotto la infondatezza del ricorso e la impossibilità di accoglimento della richiesta di risarcimento danni, concludendo per la declaratoria di irricevibilità o di inammissibilità, ovvero per la reiezione.

Con memoria depositata il 16.4.2007 la l'DITTA BETA, anche nella sua qualità di società mandataria dell'A.T.I. costituita con la DITTA BETA BIS s.p.a., ha dedotto la infondatezza del ricorso, concludendo per la reiezione.

Con ordinanza 16/17 aprile 2007, n. 496 il Tribunale ha disposto adempimenti istruttori e fissato la udienza pubblica per la trattazione della causa.

Con memoria depositata il 15.5.2007 l'A.T.A.C. s.p.a. resistente ha sostanzialmente ribadito tesi e richieste.

Con memoria depositata il 15.5.2007 parte ricorrente ha contestato la fondatezza della avversa eccezione di inammissibilità del ricorso ed ha sostanzialmente ribadito tesi e richieste.

Con note di udienza depositate il 21.5.2007 l'A.T.A.C. s.p.a. resistente ha ribadito tesi e richieste.

Alla pubblica udienza del 21.5.2007 il ricorso è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in esame la società istante ha premesso di aver partecipato alla gara indetta con bando n. 16 del 2006 dall'A.T.A.C. s.p.a. (per l'affidamento della fornitura e della posa in opera, negli atri delle stazioni della metropolitana di Roma e delle ferrovie in concessione, di nuove linee per il controllo degli accessi e delle uscite, ecc.), all'esito della quale si è classificata al terzo posto, con punti 84,122, dopo la aggiudicataria A.T.I. DITTA BETA ed DITTA BETA BIS s.p.a., cui sono stati attribuiti punti 91,837, e l'A.T.I DITTA GAMMA s.p.a. – DITTA GAMMA TER s.p.a – DITTA GAMMA BIS s.p.a., cui sono stati attribuiti punti 84,300.

Con l'atto introduttivo del giudizio ha quindi chiesto l'annullamento della delibera n. 12 del 30.1.2007 dell'Amministratore delegato dell'A.T.A.C. s.p.a., di aggiudicazione a favore dell'A.T.I. DITTA BETA – DITTA BETA BIS s.p.a., dell'appalto suddetto, nonché dell'atto di proposta di aggiudicazione, formulato dalla Commissione di valutazione e del verbale di aggiudicazione provvisoria del 20.12.2006; inoltre ha chiesto l'annullamento degli atti preordinati, connessi e consequenziali, in particolare, in parte qua, delle determinazioni assunte dalla Commissione di gara, dei giudizi e valutazioni espressi (con particolare riferimento alla fase di determinazione dei criteri di valutazione delle offerte e della formulazione dei giudizi nei confronti delle società concorrenti e relative attribuzioni di punteggi), dei verbali della Commissione giudicatrice (in specie del verbale di congruità del 10.1.2007) e della graduatoria formulata da detta Commissione nella riunione del 20.12.2006. Ha poi chiesto l'annullamento, se necessario e per quanto di ragione, degli atti di designazione e nomina dei componenti della citata Commissione, in parte qua, del bando e del disciplinare di gara in partibus quibus. Ha infine chiesto il risarcimento dei danni in forma specifica, mediante aggiudicazione della gara alla ricorrente, ovvero, in subordine, per equivalente monetario (nella misura del prezzo offerto dalla ricorrente, ovvero nella maggiore o minore misura ritenuta di giustizia, eventualmente liquidata secondo equità) anche per perdita di chances.

2.- Innanzi tutto il Collegio deve verificare la fondatezza della eccezione, formulata dalla resistente A.T.A.C. s.p.a., di inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, atteso che parte ricorrente si è classificata terza, sicché, essendo infondate censure rivolte contro l'ammissione e l'attribuzione di punteggio alla seconda classificata, nessun vantaggio potrebbe conseguire essa parte in caso di fondatezza delle censure rivolte contro l'aggiudicazione alla prima classificata, dovendo in tal caso essere aggiudicata la gara alla seconda classificata.

Al riguardo la difesa della ricorrente afferma che la eccezione sarebbe inaccoglibile, stante la sicura fondatezza del sesto e settimo motivo di ricorso, che comporterebbero la illegittimità della ammissione e della attribuzione di punteggio alla seconda classificata, con interesse della ricorrente ad impugnare la aggiudicazione della gara de qua alla prima classificata, atteso che, a seguito della declaratoria di illegittimità anche di tale aggiudicazione, la ricorrente potrebbe ottenere essa stessa detta aggiudicazione.

Deve quindi il Collegio, per motivi di logica processuale, esaminare con priorità la fondatezza delle censure rivolte contro l'ammissione e l'attribuzione di punteggio alla seconda classificata, perché, in caso negativo, il ricorso diretto contro l'aggiudicazione alla prima classificata diverrebbe inammissibile, non potendo parte ricorrente trarre alcuna utilità, nemmeno strumentale,

dall'eventuale annullamento della aggiudicazione stessa, avendo titolo in tal caso la seconda classificata alla aggiudicazione della gara de qua e non la ricorrente.

Va tuttavia considerato al riguardo che il principio secondo il quale è inammissibile per carenza d'interesse il ricorso proposto da parte del terzo graduato avverso l'aggiudicazione di una gara, che non contenga valide censure concernenti la posizione del secondo graduato, non si applica allorquando le censure del ricorso coinvolgono momenti procedurali anteriori a quelli inerenti alla valutazione delle offerte progettuali.

Può invero, in tal caso, l'accoglimento del ricorso comportare una nuova valutazione delle dette offerte e la conseguente nuova compilazione della graduatoria finale, nella quale non si esclude a priori che il ricorrente possa collocarsi al primo posto, e può sussistere l'utilità strumentale legittimante il ricorso (T.A.R. Calabria Reggio Calabria, 9 aprile 1998, n. 424).

Nel caso che occupa il ricorso non contiene, quanto alla ammissione della prima classificata, censure contro momenti procedurali anteriori inerenti alla valutazione delle offerte progettuali idonee a comportare nuova valutazione delle offerte.

Ciò in primo luogo perché il primo motivo di gravame è diretto contro la attribuzione di punteggio alla prima classificata.

In secondo luogo poiché la censura di cui al terzo motivo di ricorso (secondo la quale illegittimamente sarebbe stato chiamato far parte della commissione tecnica l'ing. Gianluigi Di Lorenzo, che sarebbe stato fino al 2005 alle dipendenze della DITTA BETA, per violazione dell'art. 84 del D.Lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 51 c.p.c., richiamato dal VII comma di detto art. 84) pur essendo attinente ad una fase anteriore alla valutazione delle offerte, non può essere condivisa dal Collegio.

Ciò in quanto l'art. 84, IV c., del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 prevede che "I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta", il che nel caso di specie non è stato dimostrato.

Inoltre in quanto l'art. 51 del c.p.c. (le cause di astensione previste nel quale, secondo il settimo comma di detto art. 84, si applicano ai commissari suddetti) stabilisce, in particolare al quinto comma, che sussiste l'obbligo di astensione del giudice "se è tutore, curatore, amministratore di sostegno, procuratore, agente o datore di lavoro di una delle parti; se, inoltre, è amministratore o gerente di un ente, di un'associazione anche non riconosciuta, di un comitato, di una società o stabilimento che ha interesse nella causa. ..". Orbene nel caso che occupa di nessuna delle cause di astensione elencate in detto art. 51 è stata dimostrata l'esistenza, in particolare essendo evidente che allo stato il suddetto ingegnere non è amministratore o gerente della DITTA BETA.

In terzo luogo perché non sono idonee a comportare nuova valutazione di tutte le offerte le censure di cui al secondo motivo di ricorso (in cui è asserito che la mandante DITTA BETA BIS s.p.a. non possedeva il requisito richiesto dall'art. 12. lett. a2), del bando di gara, cioè del previsto fatturato specifico, sicché l'A.T.I. orizzontale con la DITTA BETA, di cui faceva parte, non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara) e di cui al quarto motivo di gravame (in cui è affermato che l'offerta dell'A.T.I. aggiudicataria non era assistita da idonee referenze bancarie, che l'DITTA BETA è società di diritto australiano, che la certificazione da questa prodotta non reca l'indicazione dell'oggetto e del capitale sociale, nonché che non sarebbe stato documentato il requisito del fatturato specifico).

Quanto dedotto, infatti, potrebbe, invero, comportare la esclusione dell'A.T.I. aggiudicataria, senza conseguenze sulla posizione della seconda classificata.

In conclusione, per le considerazioni in precedenza svolte, in caso di riconosciuta infondatezza delle censure contro la ammissione e la valutazione della seconda classificata, il gravame dovrà, in tale parte, essere respinto e, per la restante parte, dichiarato inammissibile.

Viceversa, in caso di fondatezza delle censure in questione, dovrà essere annullata la ammissione o la attribuzione di punteggio alla seconda classificata ed esaminata la fondatezza delle censure rivolte contro la ammissione ed il punteggio della prima classificata.

3.- Con il quinto motivo di ricorso sono stati dedotti violazione, errata e falsa applicazione dell'art. 37 del D. Lgs. n. 163 del 2006, nonché degli artt. 3 e 4 del Trattato C.E.; inoltre violazione degli artt. 41 e 97 della Costituzione, nonché dell'art. 1, I c., della L. n. 287 del 1990. Infine eccesso di potere.

Ciò in quanto sia la DITTA GAMMA BIS s.p.a. che la DITTA GAMMA s.p.a. hanno dichiarato di possedere i requisiti tecnici e finanziari (giro di affari complessivo e fatturato specifico) richiesti per la esecuzione dell'appalto, sicché, (poiché avrebbero potuto rendersi singolarmente aggiudicatarie dell'appalto), la costituenda A.T.I. tra di esse avrebbe dovuto essere esclusa; ciò al fine di evitare che lo strumento associativo, invece di essere utilizzato in chiave antimonopolistica per ampliare la concorrenza, divenga uno strumento per la creazione di cartelli.

Il Collegio non può condividere detta censura innanzi tutto perché la partecipazione a detta A.T.I., oltre che delle due società sopra indicate, anche della DITTA GAMMA TER s.p.a. (priva dei richiesti requisiti tecnici e finanziari), costituisce comunque apertura al mercato di una società altrimenti esclusa dalla partecipazione alla gara de qua.

In secondo luogo poiché il parere dell'A.G.C.M. del 30.1.2003 n. AS251 (che consente la esclusione dalle A.T.I. delle imprese che singolarmente siano in possesso di requisiti tecnici finanziari di partecipazione alle gare), richiamato da parte ricorrente non impone un vero e proprio dovere di esclusione di dette A.T.I., che può quindi non essere disposta quando tanto (in assenza di palesi elementi che dimostrino la sussistenza di un cartello, costituendo comunque un diritto delle società costituire delle A.T.I.) contribuisca a rendere più sicura l'esecuzione dell'appalto.

Ciò considerato anche che è stata ritenuta legittima la norma del bando di gara che in relazione alla natura dell'appalto preveda la non frazionabilità all'interno di un'associazione di imprese dei requisiti di capacità tecnica e/o economica richiesti dal bando medesimo, all'evidente scopo di evitare l'esecuzione di quote rilevanti dell'appalto a soggetti del tutto sprovvisti delle qualità all'uopo occorrenti (Consiglio Stato, sez. V, 24 agosto 2006, n. 4969).

3.1.- Con il sesto motivo di gravame sono stati dedotti violazione, errata e falsa applicazione dei punti 5 e 7.4.6. del capitolato amministrativo; violazione del bando di gara n. 16 del 2006, nonché violazione, errata e falsa applicazione dell'art. 1333 del c.c., con riferimento all'art. 1936 del c.c.; inoltre violazione dell'art. 97 della Costituzione, in particolare del principio di buon andamento, ed eccesso di potere.

Ciò in quanto il bando di gara prevedeva l'obbligo per i concorrenti di costituire un deposito cauzionale provvisorio ai sensi del punto 5 del capitolato amministrativo, mentre il punto 7.4.6 di

detto capitolato prevedeva che solo in caso di A.T.I già costituite l'impresa capogruppo doveva costituire il deposito cauzionale provvisorio.

Nel caso che occupa la DITTA GAMMA s.p.a., la DITTA GAMMA BIS s.p.a. e la DITTA GAMMA TER s.p.a. avevano conferito mandato alla prima dichiarando che in esito alla eventuale aggiudicazione dell'appalto si sarebbero costituite in A.T.I.; nonostante si trattasse quindi di una A.T.I. non ancora costituita, il deposito cauzionale provvisorio (fideiussione della Banca Passadore & C.) è stato tuttavia costituito esclusivamente nell'interesse della DITTA GAMMA s.p.a., sicché le rimanenti due associande imprese non risultano intestatarie di fideiussione e non sarebbero quindi garantite, in violazione dei principi formulati al riguardo dalla A.P. del Consiglio di Stato n. 8 del 2005 (che ha asserito che nel caso di A.T.I. costituente la garanzia deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara).

Al riguardo ritiene il Collegio che giovi riportare in maniera più completa quanto affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato 4 ottobre 2005, n. 8, al fine di stabilire quale soggetto e quale obbligazione debbano essere garantiti dalla cauzione provvisoria da depositare nelle gare d'appalto di lavori pubblici e debbano quindi essere indicati nella intestazione della polizza fideiussoria.

Al riguardo detta A.P. ha iniziato con l'osservare che "...in presenza di una ATI costituenda, il soggetto garantito non è la ATI nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata. Garantite sono tutte le imprese associande, che durante la gara operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, quello (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo alla impresa designata capogruppo, che stipulerà il contratto con l'Amministrazione".

Il citato Consesso aggiunge, al riguardo, che "Il fidejussore deve quindi garantire la stazione appaltante non solo per l'inadempimento del soggetto divenuto mandatario, e cioè in caso di mancata stipulazione per fatto ad esso imputabile, ma deve anche garantire l'eventuale inadempimento propedeutico delle offerenti - mandanti e cioè deve garantire l'Amministrazione anche nel caso in cui, per fatto imputabile a tutti, o anche soltanto a taluno degli offerenti, il mandato non venga rilasciato e, di conseguenza, non emerga un mandatario comune e, quindi, il contratto non possa essere stipulato.

Le obbligazioni, ad attuazione congiunta, da garantire con la cauzione provvisoria, quanto alle ATI costituente sono dunque quella finale della capogruppo (la sottoscrizione del contratto) e quella propedeutica delle mandanti di conferire il mandato..."

Conclude pertanto l'Adunanza plenaria nel senso che "...soprattutto nel caso di ATI costituente, la garanzia debba essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara. Diversamente verrebbe a configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante, quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti.

Per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria), in conclusione, il fidejussore deve dunque richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara".

La suddetta decisione della A.P. del Consiglio di Stato è volta quindi, in sostanza ad evidenziare la necessità di garantire l'Amministrazione anche nel caso in cui in presenza di una A.T.I. costituenda, per fatto imputabile a tutti, o anche soltanto a taluno degli offerenti, il mandato non venga rilasciato e, di conseguenza, non emerga un mandatario comune, con impossibilità di stipulare il contratto.

Nel caso di specie risulta dalla dichiarazione di suddivisione A.T.I. (all. 20 al ricorso) che la DITTA GAMMA s.p.a., la DITTA GAMMA BIS s.p.a. e la DITTA GAMMA TER s.p.a hanno dichiarato che "...in caso di aggiudicazione si costituiranno in Associazione temporanea di Imprese con DITTA GAMMA S.P.A. (mandataria) e che la percentuale di appalto che sarà eseguita dalle singole imprese è la seguente...". In esecuzione della Ordinanza interlocutoria emessa da questa Sezione l'A.T.A.C. ha depositato ulteriore documentazione (nn. 2-14) da cui risulta che le tre associate in questione hanno firmato i documenti costituendi l'offerta indicando come mandataria l'DITTA GAMMA s.p.a..

Va rilevato che l'art. 13, V c., della L. n. 109 del 1994 consente la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 10, comma 1, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti in raggruppamento. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutte le imprese che costituiranno i raggruppamenti o i consorzi e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, da indicare in sede di offerta e qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti.

Ritiene quindi il Collegio che detto formale atto di conferimento del mandato non coincida con la indicazione della DITTA GAMMA s.p.a come mandataria contenuta nella documentazione sopra indicata, sicché non può essere esclusa l'applicabilità del principio fissato dalla citata decisione della A.P. al caso che occupa nell'assunto che la DITTA GAMMA s.p.a. sarebbe già mandataria, non essendo ancora formalmente stato conferito il mandato alla società stessa.

Deve quindi essere esaminata la fideiussione rilasciata dalla banca Passadore & C. alla DITTA GAMMA s.p.a., al fine di verificare se essa sia comunque idonea a garantire l'Amministrazione anche nel caso in cui, per fatto imputabile a tutti, o anche soltanto a taluno degli offerenti, detto formale mandato non venga poi rilasciato a detta società.

Con il citato atto del 28.9.2006 la sopraindicata banca ha costituito la fideiussione n. 8.655 "nell'interesse della DITTA GAMMA S.p.a." a favore dell'A.T.A.C. s.p.a., fino alla concorrenza di €390.000.000,00 (corrispondente all'intero deposito cauzionale provvisorio richiesto dal punto 5 del capitolato amministrativo della gara de qua), su semplice richiesta della società da ultimo citata, "qualora abbia constatato eventuali inadempienze dell'Impresa".

Ritiene il Collegio che in detta ampia formula possano essere compresi comportamenti, cui consegue il mancato rilascio del mandato alla DITTA GAMMA s.p.a., sia imputabili a tutte e tre le società che facevano parte della costituenda A.T.I. (perché in tal caso verrebbe ad essere posto in essere un sicuro inadempimento anche della DITTA GAMMA s.p.a.), sia imputabili alle altre due offerenti (poiché detta s.p.a. aveva dichiarato espressamente, come dalla sopra citata dichiarazione di suddivisione A.T.I., che le altre due società si sarebbero costituite in A.T.I. con essa, mandataria, ed ha pure partecipato alla presentazione della offerta per conto della costituenda A.T.I., sicché, in caso di mancato conferimento di formale mandato e conseguente mancata stipula del contratto, si sarebbe comunque configurato un inadempimento anche della DITTA GAMMA s.p.a. e la stazione appaltante sarebbe stata, anche in tal caso, garantita da detta fideiussione).

La censura in esame non può quindi essere favorevolmente apprezzata dal Collegio.

3.2.- Con il settimo motivo di ricorso sono stati dedotti violazione del paragrafo 5 del capitolato speciale, Sezione I; inoltre eccesso di potere per carente ed insufficiente istruttoria, erroneità dei presupposti, omessa considerazione di elementi rilevanti e difetto di motivazione.

Ciò in quanto (pur prevedendo il paragrafo 5.3. del capitolato speciale, Sezione I, norme generali, che l'offerta economica doveva contenere, oltre alla indicazione dello sconto unico da applicare ai prezzi unitari, la lista dei prezzi elementari dei componenti di scorta) l'offerta economica presentata dalla costituenda A.T.I. DITTA GAMMA s.p.a., DITTA GAMMA BIS s.p.a. e DITTA GAMMA TER s.p.a. era priva della indicazione dei prezzi elementari di due componenti di scorta, cioè del modulo antipanico dal 1,20 m., completo, e del modulo antipanico da 1,80 m., completo. Inoltre la Commissione, invece di far conseguire alla incompletezza di detta offerta la esclusione della offerente A.T.I., ha attribuito a questa, sulla base della più elevata percentuale di ribasso, il punteggio massimo.

Osserva in proposito il Collegio che il bando della gara de qua prevede, al punto 12. la presentazione, a pena di esclusione, di quanto previsto all'art. 7 del capitolato amministrativo.

Detto articolo 7 stabilisce che debbano essere prodotti, oltre a vari documenti, certificazioni e dichiarazioni, per quel che qui interessa, in base al punto 7.2, la busta contenente l'offerta tecnica (completa di tutti gli elementi di cui all'art. 5.2. Capitolato speciale - Sezione I) e, in base al punto 7.3, la busta contenente l'offerta economica, redatta come indicato al precedente punto 4 (cioè in conformità ai modelli d'offerta forniti, regolarmente firmati, con prezzi e ribassi percentuali espressi in cifre e lettere, considerati fino alla terza cifra decimale, in lingua italiana e con IVA che si intende a carico della stazione appaltante).

Inoltre, sempre a pena di esclusione, detto art. 12 prevede la necessità della presentazione delle dichiarazioni e referenze di cui alle lettere a1), a2) e a3), nonché b).

Va posto in rilievo che tra tutte dette produzioni da effettuare a pena di esclusione non sono comprese quelle dei prezzi elementari dei componenti di scorta.

Va altresì rilevato che clausole del bando vanno interpretate con una certa elasticità, senza alcun rigore formalistico, e sono idonee a determinare l'esclusione dei concorrenti solo quando siano tali da alterare il normale svolgimento delle operazioni ovvero la par condicio tra i concorrenti o anche quando l' esclusione sia espressamente sancita, purché risponda ad una finalità logica e razionale (T.A.R. Campania Salerno, sez. I, 16 marzo 2005, n. 253), potendo la Commissione ricorrere, in tali ipotesi, alla procedura di regolarizzazione e di ulteriore chiarificazione, ex art. 15, del D. Lgs. n. 358 del 1992.

Nel caso che occupa, considerato che rivestiva valenza fondamentale, ai fini della valutazione della differenza tra le varie proposte, la entità dello sconto percentuale sul prezzo a base d'asta (regolarmente indicato dall'A.T.I DITTA GAMMA s.p.a., DITTA GAMMA BIS s.p.a. ed DITTA GAMMA TER s.p.a.), la carenza della indicazione dei due prezzi elementari di cui trattasi mai avrebbe potuto determinare la esclusione della offerta di detta A.T.I., ma al più la richiesta di chiarimenti al riguardo, essendo comunque inidonea la circostanza a violare la par condicio o il normale svolgimento delle operazioni di gara.

La censura in esame non può quindi essere oggetto di favorevole apprezzamento.

3.3.- Con l'ottavo motivo di gravame sono stati dedotti violazione dell'art. 37 del D. Lgs. n. 163 del 2006, anche in relazione agli artt. 1387 e segg. del c.c., nonché eccesso di potere per errata ed omessa valutazione di circostanze rilevanti e, segnatamente, dei limiti di valore della procura rilasciata dalla DITTA GAMMA TER s.p.a. al sig. Roberto I..

Ciò in quanto la dichiarazione di suddivisione effettuata dal raggruppamento di imprese classificatosi al secondo posto, con cui è stata manifestata l'intenzione di costituire una A.T.I. in caso di aggiudicazione dell'appalto, è stata resa, per conto della DITTA GAMMA TER s.p.a., dal suddetto sig. Roberto I., che ha dichiarato che la società stessa avrebbe eseguito il 13,64 % dell'appalto di cui trattasi, corrispondente, in base all'importo a base d'asta, ad un valore di € 1.332.218,80.

Il punto 1 della procura a concorrere a gare pubbliche rilasciata a detto sig. I. prevedeva però che i suoi poteri erano contenuti entro il limite di € 1.000.000,00 per ciascuna operazione, anche suddivisa in più atti, sicché, dovendo essere inteso come generale limite economico ai poteri del rappresentante, non avrebbe potuto impegnare detta società per un limite superiore e sottoscrivere quindi detto atto di suddivisione.

Osserva in proposito il Collegio che la procura ad negotia (all. 20b al ricorso) rilasciata al suddetto sig. I. prevede, al paragrafo 1), il sopra evidenziato limite di spesa per qualsiasi operazione di vendita, di stipula e di variazione di contratti, mentre consente, al paragrafo 4), che il rappresentante possa concorrere a gare pubbliche con delega ampia ed onnicomprensiva, con piena autonomia di spesa.

Tanto esclude che la dichiarazione di suddivisione effettuata dal rappresentante suddetto esorbitasse dai limiti della procura conferitagli, che, invece, gli conferiva ampia autonomia di spesa per la partecipazione alle gare pubbliche.

La censura in esame non può essere quindi positivamente valutata.

4.- Alla infondatezza dei motivi di ricorso consegue la inaccogliabilità della domanda di risarcimento danni, non essendo stato dimostrato il nesso di causalità tra i danni lamentati dal ricorrente e l'attività illegittima dell'A.T.A.C. s.p.a..

5.- Il ricorso pertanto (in base alle considerazioni in precedenza svolte circa la inammissibilità per carenza d'interesse il ricorso proposto da parte del terzo graduato avverso l'aggiudicazione di una gara, che non contenga valide censure concernenti la posizione del secondo graduato), deve essere, in parte respinto ed in parte dichiarato inammissibile, nei termini di cui in motivazione.

6.- Le spese del giudizio, stante la particolarità della fattispecie, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione seconda ter – in parte respinge e in parte dichiara inammissibile il ricorso in epigrafe indicato, nei termini di cui in motivazione.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla pubblica amministrazione.

Così deciso in Roma, dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione II ter -, nella camera di consiglio del 21.5.2007, con l'intervento dei signori Magistrati elencati in epigrafe.

Consigliere Michele PERRELLI

Presidente

Consigliere Antonio AMICUZZI

Estensore

--