

Reg. Sentenze: /
Reg. Generale :
2289/2007



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

SEZIONE TERZA

composto dai Signori: STEFANO BACCARINI Presidente
DOMENICO LUNDINI Cons., rel. est.
GIUSEPPE SAPONE Consigliere

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso **2289/2007** proposto da:

*-Consorzio UNITER CONSORZIO STABILE aRL
in proprio e quale Capogruppo del costituendo RTI
con Ergon Engineering and Contracting Consorzio
Stabile-S. Cons. A r.l.;*

*-SOC ERGON ENGINEERING AND CONTRACTING CONSORZIO STABILE
SRL*

rappresentate e difese da:

*PISELLI AVV. PIERLUIGI
VAGNUCCI AVV. FRANCESCO*

con domicilio eletto in ROMA

*VIA G. MERCALLI, 13
presso
PISELLI AVV. PIERLUIGI*

contro

SOC ANAS SPA

rappresentato e difeso da:

*AVVOCATURA DELLO STATO
con domicilio eletto in ROMA
VIA DEI PORTOGHESI, 12
presso la sua sede*

e con l'intervento ad adiuvandum di
ANCE
rappresentato e difeso da:
GALLI AVV. DOMENICO
con domicilio eletto in ROMA
VIA DEL CONSOLATO, 6
presso la sua sede
per l'annullamento

- della nota prot. CDG-0028301-P del 2.3.2007, ricevuta il 5.3.2007, con cui l'ANAS spa ha comunicato all'ATI ricorrente "la non ammissione di codesto raggruppamento temporaneo di imprese al prosieguo della procedura di gara" per la realizzazione dell'adeguamento a quattro corsie della SS 640 "di Porto Empedocle" nel tratto dal km 9+800 al km 44+400 mediante affidamento a contraente generale;
- del non conosciuto provvedimento con cui l'ANAS spa ha disposto la non ammissione del RTI ricorrente alla gara;
- dei non conosciuti verbali della Commissione di prequalifica;
- delle clausole di cui al punto III.2) del bando di gara ("Condizioni di partecipazione"), ove interpretate nel senso di precludere la possibilità di conseguire la qualificazione richiesta dal bando di gara mediante la sommatoria della qualificazione dei contraenti generali che intendono associarsi in ATI;
- nonché di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, anche se attualmente non conosciuti;
- ove occorra, previa disapplicazione per incompatibilità con il diritto comunitario, dell'art. 191 D.Lgs. 163/2006;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione del giudizio di:

ANCE
SOC ANAS SPA

Vista l'ordinanza n. 1556 del 5.4.2007, di accoglimento dell'istanza cautelare;

Viste le memorie difensive delle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Uditi nella pubblica udienza del 4 luglio 2007, designato relatore il Consigliere Domenico LUNDINI, gli avvocati come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con bando di gara n. 63/06 pubblicato sulla G.U.R.I. del 20.9.2006, Anas spa ha indetto una procedura ristretta per l'affidamento unitario a contraente generale dell'esecuzione, con qualsiasi mezzo, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. f), della legge n. 443/2001, nonché dell'art. 176 del D.Lgs. n. 163/2006, sulla base del progetto definitivo posto a base di gara, dell'opera, rispondente alle esigenze specificate dalla Stazione appaltante, SS 640 di Porto Empedocle – Itinerario Agrigento–Caltanissetta – A19. Adeguamento a quattro corsie – Tratto dal km 9+800 al km 44+400. Il bando di gara richiedeva il possesso, a dimostrazione dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico organizzativa, della qualificazione di contraente generale, di cui all'art. 186 del D.Lgs. n. 163/2006, per la classifica II (opere di importo sino a 700 milioni di euro). In sede di prequalifica, la relativa Commissione ha tuttavia deciso di escludere dalla gara l'ATI costituenda fra il Consorzio Uniter ed il Consorzio Ergon, avendo prodotto, ciascuno dei soggetti associandi, il certificato di contraente generale qualificato per la I anziché per la II classifica. Avverso tale determinazione (comunicata agli istanti con nota del 2.3.2007) insorgono i Consorzi destinatari con ricorso a questo TAR, deducendone, con un solo articolato motivo di gravame, l'illegittimità (unitamente a quella del bando di gara, ove interpretato nel senso di precludere la richiesta qualificazione mediante sommatoria delle singole qualificazioni dei contraenti generali associandi in ATI) sia sotto il profilo dell'erronea interpretazione delle conferenti disposizioni della c.d. legge obiettivo (443/2001) e delle corrispondenti

previsioni del Codice dei Contratti Pubblici -artt. 161 e segg. del D.Lgs. n. 163/2006- (che consentirebbero in realtà, anche alla luce dei principi comunitari di libertà di stabilimento, di libera circolazione dei capitali e di libera concorrenza, ai soggetti di una costituenda ATI, il cumulo dei requisiti di qualificazione), sia sotto il profilo della prevalenza dell'ordinamento comunitario che non ammetterebbe comunque deroghe ai precetti comunitari, espressioni dei principi suddetti, di piena utilizzabilità dello strumento del RTI per l'ampliamento della platea di soggetti concorrenti ai fini dell'affidamento di lavori pubblici, con necessità di disapplicazione della contrastante normativa nazionale e conseguente invalidità degli atti applicativi.

2.L'Amministrazione, costituita in giudizio, si oppone motivatamente e diffusamente alla ricostruzione e alle conclusioni degli istanti (a cui favore è intervenuta invece, illustrando la fondatezza della richiesta di annullamento degli atti impugnati, l'Associazione Nazionale dei Costruttori Edili), assumendo che in ogni caso l'esame del merito sarebbe nella specie precluso dalla tardiva impugnativa del bando di gara, dalle cui disposizioni deriverebbe l'inevitabile esclusione dalla gara dei ricorrenti, e che pertanto questi ultimi avrebbero dovuto subito impugnare, essendone venuti a conoscenza quanto meno al momento della presentazione della domanda di partecipazione.

L'eccezione di tardività ed inammissibilità come sopra proposta dev'essere disattesa. E' ben vero, in effetti, ad avviso del Collegio, che la normativa di cui alla *lex specialis* va infine interpretata, per quanto attiene ai requisiti richiesti di capacità economica, finanziaria e tecnica (punti III.2.1.2 e III.2.1.3), in caso di riunioni d'impresa, conformemente alle relative disposizioni primarie (vedi artt. 186 e 191 comma 9) del D.Lgs. n. 163/2006, e quindi (per le ragioni che appresso verranno specificate) proprio nel senso recepito dall'Amministrazione nell'atto di esclusione

dalla gara. E tuttavia non può sottacersi che il predetto bando, pur prescrivendo la necessità del possesso, per le imprese riunite, della qualificazione di Contraente Generale di Classifica II, rinviava comunque all'applicazione dell'art. 191 del D.Lgs. 163/2006. Si trattava quindi d'interpretare in ogni caso, per intendere il bando, disposizioni legislative non particolarmente perspicue ed immediatamente convincenti, sia perché derogatorie rispetto ai requisiti qualificativi normalmente richiesti per le ATI (anche alla luce di principi di derivazione comunitaria), sia perché in buona fede suscettibili di letture diverse nel senso più favorevole alla posizione dei ricorrenti (la cui prospettazione al riguardo formulata in ricorso, infatti, sebbene certamente non condivisibile, non può obiettivamente ritenersi temeraria). D'altra parte, a dimostrazione del fatto che nel caso in esame l'esclusione dei ricorrenti dalla gara in applicazione dei precetti contenuti nel bando in tema di requisiti di qualificazione dei contraenti generali costituiti in ATI, non fosse poi così chiara ed immediatamente percepibile a prescindere dall'esplicitazione contenuta nell'atto applicativo, stanno le seguenti circostanze: anzitutto, l'Amministrazione stessa, nell'atto impugnato, richiama non tanto le clausole del bando, quanto direttamente le disposizioni legislative di riferimento (la cui interpretazione viene infatti ritenuta ostativa all'ammissione); in secondo luogo, l'Amministrazione medesima propone in sede difensiva, a supporto della necessità di esclusione dell'ATI ricorrente, una motivazione diversa da quella contenuta nell'atto impugnato, assumendo infatti che, alla stregua del bando, ciascuna impresa associata avrebbe dovuto possedere da sola la classifica richiesta; in terzo luogo anche il Ministero delle Infrastrutture, espressamente interpellato, proprio dal Consorzio Uniter, circa la possibilità per due Contraenti Generali attestati in I Classifica di associarsi in ATI al fine di concorrere ad una gara di importo relativo a Classifica superiore, si è pronunciato

positivamente (nota n. 67 del 27.2.2007); ed infine (considerazione che al Collegio pare decisiva nel senso di escludere l'onere d'immediata impugnativa del bando) non può non rimarcarsi che la stessa Commissione di gara, prima di assumere la decisione di esclusione dei ricorrenti, ha ritenuto di dover preliminarmente acquisire, sul punto specifico, un apposito "parere legale" (vedi verbale del 27.11.2006), e soltanto in base a tale parere, una volta acquisito, si è poi determinata nei sensi di cui all'atto in impugnativa (vedi verbali del 21 e 28.2.2007). Ora, se le previsioni del bando non sono parse all'Amministrazione stessa così immediatamente chiare e vincolanti ai fini dell'esclusione dei ricorrenti, non si vede perché costoro, invece, avrebbero subito dovuto procedere all'impugnativa del bando stesso senza attendere l'esito del relativo atto applicativo.

3. Quanto alla questione, su cui è incentrato il ricorso, dell'interpretazione della normativa statale di riferimento, ritiene il Collegio che da questo punto di vista l'atto impugnato non possa essere censurato, poichè la corretta analisi esegetica del combinato disposto degli artt. 186 comma 2 e 191 comma 9 del D.Lgs. n. 163/2006 (a prescindere, per il momento dalla conformità o meno ai principi comunitari), non può essere effettivamente diversa, per ratio sottesa e senso letterale delle disposizioni, da quella operata dall'Amministrazione nella determinazione in impugnativa. Ed in effetti le disposizioni suddette, congiuntamente ed attentamente prese in considerazione, vanno appunto lette nel senso reso palese dalla P.A., e cioè che in base a detta disciplina la partecipazione dei Contraenti generali in forma associata è consentita soltanto quando già vi sia nell'ATI costituita o costituenda almeno uno dei contraenti generali da solo in possesso di classifica di qualificazione adeguata alla gara cui si intende partecipare, non essendo invece possibile, ai fini della necessaria qualificazione, la sommatoria della qualificazione posseduta dai vari soggetti associati o associandi, dovendo tale qualificazione essere per intero posseduta da

almeno una delle imprese riunite. Da parte dei ricorrenti (e dell'interventore ad adiuvandum) viene proposta un'interpretazione diversa, in linea con le finalità pro-concorrenziali normalmente insite nell'istituto dell'ATI e con i principi dell'ordinamento comunitario. Da questo punto di vista tale interpretazione è sicuramente apprezzabile, poiché coglie bene le connotazioni ontologiche normalmente proprie dell'ATI, ma nello specifico essa non può essere condivisa a fronte del particolare disposto normativo che ne occupa. In esso effettivamente l'intenzione del legislatore, evidentemente basata sulla specialità della disciplina e sulla particolare rilevanza e complessità dei lavori di cui essa si occupa, traspare esplicita dalla sequela delle disposizioni, in coordinata lettura. L'art. 186 comma 2 del D.Lgs. n. 163/2006 stabilisce che il contraente generale non può concorrere ad affidamenti di importo superiore a quello della classifica di iscrizione, "salva la facoltà di associarsi ad altro contraente generale ai sensi dell'art. 191 comma 9". E dunque, la deroga ai limiti di partecipazione derivanti dalla classifica di ciascuno, non vale tout court in caso di associazione in ATI, ma solo nei limiti in cui vengano rispettate le modalità associative di cui all'art. 191 comma 9. E tale disposizione stabilisce appunto che l'associazione in ATI è possibile anche con imprese comunque ammesse, con qualsiasi classificazione (anche in ipotesi inferiore a quella richiesta per la gara cui si intende partecipare), al sistema di qualificazione ex art. 186 del D.Lgs. n. 163/06, purchè vi sia però nell'ATI un contraente generale da solo dotato di classifica adeguata per la partecipazione alla gara stessa. Diverse interpretazioni, ad avviso del Collegio, non sono possibili, tra l'altro perchè lo stesso comma 9, ultima parte, chiarisce espressamente i limiti in cui le imprese associate concorrono alla dimostrazione dei requisiti (tali requisiti infatti sono soltanto quelli aggiuntivi di cui al comma 1 dello stesso art. 191).

4. Posto quanto sopra, è ora da vedere la conformità o meno di tali

disposizioni ai principi ed alle regole comunitari. Ebbene, sotto questo profilo ritiene il Collegio che il ricorso debba essere accolto, alla stregua delle seguenti considerazioni. L'ordinamento comunitario nella materia che ne occupa è ispirato al principio essenziale della libera concorrenza, sancito espressamente dagli artt. 81 e 82 del Trattato CE. Ne costituiscono applicazione, nello specifico settore delle gare per l'affidamento degli appalti di lavori e servizi pubblici, il principio di massima partecipazione possibile, di non discriminazione tra imprese, di proporzionalità ed adeguatezza nella determinazione dei requisiti di ammissione (vedi CdS, V, n. 2294/2002). In quest'ottica, detto ordinamento manifesta quindi uno spiccato apprezzamento per i raggruppamenti temporanei di imprese e di professionisti, costituiti per ottenere l'affidamento di contratti e di servizi pubblici. Tali aggregazioni svolgono, infatti, sul piano economico, una obiettiva funzione antimonopolistica, consentendo un ampliamento della dinamica concorrenziale e favorendo l'ingresso sul mercato di imprese di minori dimensioni, o specializzate in particolari settori produttivi e tecnologici, fisiologicamente selezionate attraverso il confronto negoziale tra i prezzi offerti (vedi CdS, V, n. 3188/2001). Per realizzare adeguatamente gli scopi perseguiti, la normativa comunitaria impone di assoggettare le ATI ad un trattamento tendenzialmente uguale a quello previsto, in generale, per gli altri soggetti ammessi alle gare, definendo omogenei requisiti soggettivi di partecipazione. Nella specie, invece, proprio in un settore sicuramente rientrante per importanza anche economica dei lavori interessati, nell'ambito di applicazione dei principi comunitari, la normale funzionalità del RTI viene distolta dalle sue ontologiche connotazioni di ampliamento della platea dei concorrenti mediante abbattimento delle barriere costituite dai requisiti dimensionali e tecnico finanziari fissati dalle stazioni appaltanti. Ed invero, il combinato disposto degli artt. 186 comma 2 e 191 comma 9 del D.Lgs. n. 163/2006

consente l'aggregazione tra contraenti generali in associazione temporanea soltanto se nell'ATI già vi sia almeno un soggetto da solo in possesso della competente classifica di qualificazione per la gara. In questo modo, viene impedito a contraenti generali di minori dimensioni (e con correlati requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi) di allearsi, unendo tali requisiti, per concorrere all'affidamento di contratti di rilevanti dimensioni e dai quali altrimenti sarebbero inesorabilmente esclusi. La predetta normativa nazionale vanifica dunque la ratio stessa dell'istituto dell'ATI ed anzi, poiché non impedisce che tutte le imprese associate siano in possesso anche da sole delle competenti classifiche di partecipazione, rende addirittura possibile l'utilizzo della veste esteriore dell'ATI per il perseguimento di scopi anticoncorrenziali ed oligopolistici. Si tratta di un risultato paradossale, particolarmente rilevante in gare di più elevato importo in cui già non sono numerose le imprese singolarmente in possesso della relativa classifica di qualificazione. Inoltre, il combinato disposto dei suddetti articoli appare al Collegio anche in contrasto con i principi di proporzionalità e non discriminazione, dal momento che per i contraenti generali partecipanti alla gara in ATI viene sostanzialmente richiesto un requisito di qualificazione (determinato dalla sommatoria delle classifiche dei singoli associati) che per le ragioni predette viene comunque a risultare superiore a quello dei partecipanti a titolo individuale. Gli articoli in questione conducono dunque alla restrizione della concorrenza, in totale distonia con le finalità perseguite dal legislatore comunitario. Né potrebbe ritenersi che l'affidamento di lavori a contraente generale sia esentato dal rispetto, in parte qua, delle regole comunitarie in tema di gare ed appalti pubblici di lavori. Ed infatti, mentre la stessa normativa statale disciplinante l'affidamento di infrastrutture a contraente generale predica espressamente il rispetto della direttiva 2004/18 (vedi art.176 del D.Lgs. n. 163/2006) e della direttiva 93/37/CEE (vedi art. 1, comma 2, lett. f, della legge n.

443/2001), la stessa direttiva sopra citata n. 18/2004/CE ricomprende, all'art. 1, comma 2, lettera b), nel suo ambito di applicazione, tra gli «appalti pubblici di lavori», non solo quelli aventi per oggetto “l'esecuzione o, congiuntamente, la progettazione e l'esecuzione di lavori relativi a una delle attività di cui all'allegato I o di un'opera”, ma anche quelli (come nel caso appunto del “contraente generale”, definito dall'art. 176 del D.Lgs. n. 163/06) aventi ad oggetto “l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dall'amministrazione aggiudicatrice”.

Posta dunque l'applicabilità di tale direttiva alle gare per l'affidamento di lavori a contraente generale, ne consegue il chiaro contrasto della normativa portata dai ripetuti artt. 186, co. 2 e 191, co. 9 (nella parte in cui non consentono l'associazione di imprese da sole aventi classifiche di qualificazione insufficienti per la partecipazione ad una determinata gara richiedente classifica superiore) con gli articoli (concreta espressione dei principi concorrenziali di cui s'è detto) 47 e 48 della ripetuta Direttiva del 2004. Questi ultimi articoli, infatti, trattando proprio dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali degli operatori economici concorrenti in pubbliche gare d'appalto, stabiliscono, in primo luogo, che tali operatori possono, “se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei” loro “legami con questi ultimi”, in tal caso dovendo peraltro dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporranno “dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti”; e soprattutto, per quanto interessa in questa sede, sanciscono che “alle stesse condizioni un raggruppamento di operatori economici di cui all'articolo 4 può fare affidamento sulle capacità dei partecipanti al raggruppamento o di altri soggetti”. La normativa comunitaria stabilisce quindi espressamente la possibilità per i soggetti riuniti in ATI di concorrere ai fini della dimostrazione dei requisiti tecnico,

economico-finanziari necessari per la partecipazione alla gara. Il combinato disposto dei predetti articoli del D.Lgs. n. 163/2006 dev'essere quindi nella specie disapplicato, stante la prevalenza della normativa comunitaria sulla contrastante normativa nazionale (preesistente o sopravvenuta che sia) e l'obbligo di diretta applicazione della direttiva predetta. Né potrebbe ritenersi che in questo modo vi sia nella specie pericolo di eccessivo frazionamento dei requisiti tra i vari componenti del raggruppamento, poiché quest'ultimo risulta costituito da due soli componenti. Conseguentemente, al quadro normativo come sopra applicabile ed in accoglimento del proposto ricorso, l'invalidità degli atti lesivi impugnati ed in epigrafe specificati (bando di gara ed atto di esclusione), nei limiti dell'interesse.

5. La novità e particolarità della questione trattata induce tuttavia il Collegio a disporre l'integrale compensazione, tra tutte le parti costituite, delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione III, accoglie il ricorso in epigrafe ed annulla, per l'effetto, gli atti impugnati.

Compensa le spese.

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

Così deciso nella Camera di Consiglio del 4 luglio 2007.

Il Presidente: Stefano Baccarini _____

L'Estensore: Domenico Lundini _____