



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 971 del 2011, proposto da:

Scoglio S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Sasso, con domicilio eletto presso Antonio Sasso in Napoli, via Toledo, 156;

contro

Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale "Santobono Pausillipon", rappresentato e difeso dall'avv. Gherardo Marone, con domicilio eletto presso Gherardo Marone in Napoli, via Cesario Console n. 3;

nei confronti di

Cytec S.r.l., Immobiliare Costruzioni Im.Co. S.r.l.;

per l'annullamento

DELIBERA N. 6 DEL 10/01/2011 RECANTE
L'AGGIUDICAZIONE DELLA GARA CONCERNENTE LA
PROGETTAZIONE ESECUTIVA ED I LAVORI EDILI,

STRUTTURALI ED IMPIANTISTICI, DELLA CABINA
ELETTTRICA DEL P.O. SANTOBONO.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera di
Rilievo Nazionale "Santobono Pausillipon";

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 6 aprile 2011 il dott.
Renata Emma Ianigro e uditi per le parti i difensori come specificato
nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

PREMESSO

che, con il presente ricorso, la Scoglio s.p.a., impugna, chiedendone
l'annullamento, la deliberazione n. 6 del 10.01.2011 con cui l'A.O.
Santobono Pausillipon aggiudicava al costituendo RTI Cytec-Imco la
gara indetta per l'appalto integrato avente ad oggetto la progettazione
esecutiva ed i lavori edilizi , strutturali ed impiantistici della cabina
elettrica del P.O. Santobono e di tutti gli atti ad essa connessi;

che tra i motivi posti a base del ricorso, parte ricorrente deduce
l'illegittimità della aggiudicazione per la mancata esclusione della
aggiudicataria Cytec in quanto dotata della qualificazione SOA per la
categoria OS30 classifica I e non della classifica II necessaria per
l'osservanza del principio di corrispondenza tra quote di
partecipazione e quote di qualificazione sancito dagli artt. 37 d.l.gs.

163/2006 e dall'art. 93 comma 4 del d.p.r. n. 554/1999;
che l'azienda ospedaliera intimata si è costituita per resistere al ricorso deducendo, quanto al motivo inerente la contestata qualificazione della impresa mandataria Cytes rispetto alla categoria OS30, che per la categoria OS20 la mandante Imco è titolare di certificazione S.O.A. classifica IV per cui l'A.t.i. nel suo complesso sarebbe senz'altro abilitata allo svolgimento delle lavorazioni messe a gara quanto alla categoria OS30 per un importo di euro 484.059,53;
che alla camera di consiglio del 9.04.2011 la causa è stata discussa ed introitata per la decisione dando avviso alle parti ex art. 60 c.p.a. della possibilità di definizione del giudizio alla udienza cautelare in forma semplificata;
che ai sensi dell'art. 120 c.p.a. la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'art. 74 c.p.a.;

CONSIDERATO

che nel presente giudizio si controverte in ordine alla legittimità della deliberazione n.6 del 10.01.2011 e degli atti ad essa connessi e presupposti con cui l'Azienda Ospedaliera di Rilievo Nazionale Santobono Pausillipon ha aggiudicato al costituendo RTI Cyttec – Imco la gara a procedura aperta indetta per l'appalto integrato avente ad oggetto la progettazione esecutiva ed i lavori edilizi , strutturali ed impiantistici della cabina elettrica del P.O. Santobono per un importo a base d'asta di complessivi euro 596.009,76;
che ai sensi dell'art. 3,3.2, II del disciplinare di gara, l'appalto aveva ad oggetto le seguenti categorie di lavorazione :

- Impianti Elettrici cat. OS30 classifica II, a qualificazione obbligatoria, per un importo di euro 484.059,53 categoria prevalente, subappaltabile nei limiti del 30%;

- Opere Edili cat. OG1, classifica I, a qualificazione obbligatoria, per un importo di euro 88.756,00 scorporabile e subappaltabile;

che come evincesi dalla istanza di partecipazione del 21.09.2010 in atti, il raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario doveva essere costituito tra la Cytec s.r.l. e la Imco Immobiliare s.r.l. e dalla medesima istanza di partecipazione si ricava che - quali quote di partecipazione al raggruppamento - la Cytec s.r.l. dichiarava di impegnarsi a partecipare al 90% per l'importo lavori cat.OS30, ed al 10% per l'importo lavori cat. OG10, mentre la Im.Co. s.r.l. dichiarava di impegnarsi a partecipare al 10% per l'importo lavori OS30 ed al 90% per l'importo lavori cat.OG1;

che parte ricorrente deduce la illegittimità della aggiudicazione in dipendenza della mancata esclusione del costituendo raggruppamento aggiudicatario che è stato ammesso a partecipare alla gara pur avendo la Cytec s.r.l. una qualificazione SOA per la categoria lavori OS30 di classifica non corrispondente alla percentuale di lavori che la stessa Cytec si impegnava ad eseguire in seno al raggruppamento;

che, dagli atti allegati al fascicolo di parte ricorrente, acquisiti presso la stazione appaltante in sede di accesso, e precisamente dalla attestazione di qualificazione Soa rilasciata alla Cytec s.r.l., si ricava che, rispetto alla categoria lavori OS30, la Cytec risulta titolare della classifica I che copre un importo fino ad euro 258.228, pur avendo

una quota di partecipazione all'Ati pari al 90% di lavori della categoria OS30 il cui importo è complessivamente pari ad euro 484.059,53; che il motivo deve ritenersi fondato dal momento che l'attestazione Soa cat.OS30 I classifica in possesso della Cyttec copre un importo sino ad euro 258.228 e quindi, nemmeno con l'incremento del quinto di cui al comma 2 articolo 3 del d.p.r. n. 34 del 25.01.2000 raggiunge il 90% della quota di partecipazione ai lavori della categoria OS30 dell'importo di euro 484.059,53, dichiarato in sede di gara; che, ai sensi dell'art. 37 comma 13, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nelle percentuali corrispondenti alla quota di partecipazione al raggruppamento ed analoghe previsioni sono contenute nell'articolo 93 comma 4 del regolamento di cui al d.p.r. n. 554/1999; che le predette disposizioni normative sono state interpretate dalla giurisprudenza amministrativa nel senso di desumerne l'operatività, sin dalla fase della presentazione delle offerte, di un principio di effettiva corrispondenza tra quota di qualificazione, quota di partecipazione all'ATI e quota di esecuzione dei lavori. Ciò in quanto nel funzionamento del sistema previgente all'entrata in vigore dell'art. 13 della l. n. 109/1994 (di cui al d.lgs. 19 dicembre 1991, n. 406 e d.P.C.M. 10 gennaio 1991, n. 55) , si erano riscontrate anomalie nel riscontro in sede di gara di partecipazioni fittizie o di comodo presentate al solo scopo di far aggiudicare contratti a soggetti privi delle necessarie qualificazioni. (C.d.S. sez.V 22.02.2010 n.1038; C.d.S. sez.IV 23.07.2009 n.3627; C.d.S. sez.VI 23.07.2009 n.4627; G.A.R.S.,

31 marzo 2006, n. 116);

che la normativa in esame assolve ad una essenziale funzione di garanzia antielusiva della normativa in tema di qualificazione obbligatoria, ossia è funzionale ad evitare che i raggruppamenti ammessi alle gare possano costituire dei vuoti simulacri formali così legittimando partecipazioni solo formali che, in assenza dei necessari requisiti di qualificazione, non siano idonee a garantire un corrispondente impegno in sede di esecuzione dei lavori.

che, come più di recente ribadito dal Consiglio di Stato, la predetta finalità “antilucrativa e antiparassitaria” trova rispondenza anche in altre disposizioni del codice : “come quella di cui al medesimo articolo 37, comma 9, del Codice, il quale vieta in modo assoluto l’associazione in partecipazione, la quale costituisce il tipo negoziale attraverso il quale si può realizzare un meccanismo partecipativo assenteista e irresponsabile, essendo riconosciuto alle parti del contratto la facoltà di determinare la partecipazione alle perdite in misura diversa da quella della partecipazione agli utili ovvero di escludere del tutto la partecipazione alle perdite, realizzandosi, così, una sorta di “ cointeressenza impropria “ (cfr., sul punto, Cass.. sez. I, 1 ottobre 2008 , n. 24376; v. anche Cass. n. 503/1996, n. 4473/1993, n. 5759/1985, n. 197/1982, n. 6750/1981).“ (C.d.S. sez.VI, 27.11.2010 n.8253);

che l’intento antielusivo cui è finalizzata la normativa in esame conferisce al principio in questione la connotazione di requisito di ammissione alla gara, attenendo esso alla fase ontologica dello

svolgimento della gara preliminare all'aggiudicazione, e non alla fase di esecuzione, in quanto, solo attraverso la verifica delle quote di partecipazione del raggruppamento, la stazione appaltante è posta in grado di accertare, secondo le modalità prescritte dall'ordinamento, il possesso in capo alle imprese partecipanti dei necessari requisiti di capacità tecnica ed organizzativa, e della serietà e dell'affidabilità dell'offerta (Cons. St., sez. V, 28 settembre 2009 , n. 5817 ; Sez. V, 7.5.2008, n. 2079; T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 27 febbraio 2010 n. 3118; TAR Calabria, Reggio C., 28 marzo 2008, n. 127 ; e ed ultimo Ta.r. Campania Napoli sez. VIII n.826 del 10.02.2011 che ha osservato come il principio di corrispondenza sostanziale tra quote del raggruppamento e quote di esecuzione dei lavori sia stato anche recepito dal D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 che all'art. 92, secondo comma, recita *"I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo nella percentuale corrispondente alle quote di partecipazione, nel rispetto delle percentuali minime di cui al presente comma"*).

che, alla luce di quanto sopra esposto, le disposizioni che si assumono violate rivestono il carattere cogente di norme imperative e inderogabile, destinate ad operare senza necessità di alcuna espressa previsione nella lex specialis di gara di un obbligo puntuale di indicazione delle quote di partecipazione (cfr C.d.S. sez.V 20 agosto 2008 n.3973);

che stante l'indefettibilità e non alternatività del principio di necessaria corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di qualificazione di un'impresa in raggruppamento temporaneo deve pervenirsi

all'accoglimento del ricorso in oggetto poiché fondato sotto tale ed assorbente profilo atteso che, come si è innanzi chiarito, la qualificazione della Cyttec s.r.l. per la I classifica cat. OS 30 non copriva l'intero importo dei lavori e per tale ragione illegittimamente il raggruppamento Cyttec s.r.l. Imco s.r.l. è stato ammesso alla gara conseguendo l'aggiudicazione;

che non può condividersi l'impostazione fatta propria dalla stazione appaltante e tesa a dimostrare il possesso del requisito di qualificazione in capo al raggruppamento aggiudicatario sul presupposto che l'A.t.i. Cyttec s.r.l. Imco s.r.l. sarebbe nel suo complesso abilitata allo svolgimento delle lavorazioni della categoria OS30 poiché la mandante Imco è titolare di certificazione S.o.a. per la categoria OS30 classifica IV che copre un importo fino ad euro 2.582.284 di gran lunga superiore all'importo dei lavori posti a base di gara;

che accedendo ad una siffatta impostazione verrebbe sostanzialmente vanificato il principio di necessaria corrispondenza come innanzi esplicitato, proprio in quanto esso tende ad evitare che nella fase della esecuzione i lavori oggetto di gara siano eseguiti da imprese prive dei necessari requisiti di qualificazione;

che non può comunque ritenersi ammissibile una imputazione alla impresa mandataria della qualificazione Soa appartenente alla impresa mandante al di fuori dei casi e modi tassativi, nonché delle garanzie e dei limiti previsti dall'ordinamento per le fattispecie di " possesso indiretto" dei requisiti di qualificazione, tra cui non rientra senza

dubbio il modulo del raggruppamento temporaneo che, ove utilizzato nel modo prospettato dalla asl intimata, costituirebbe un sistema di facile elusione della normativa obbligatoria sulla qualificazione come si è innanzi ampiamente specificato ;

che pertanto il ricorso merita accoglimento stante l'illegittimità della impugnata aggiudicazione e degli atti ad essa connessi per essere stato ammesso a partecipare alla gara il raggruppamento Cytec Imco risultato aggiudicatario pur essendo esso privo dei requisiti di qualificazione.

che all'accoglimento del ricorso sotto tale pregiudiziale profilo consegue l'assorbimento degli ulteriori profili di illegittimità denunciati in ricorso;

che alla presente pronuncia consegue la condanna dell'amministrazione intimata al pagamento delle spese processuali nella misura di cui al dispositivo, mentre ricorrono giusti motivi per compensare le spese processuali con la controinteressata non costituitasi in giudizio.

P.Q.M.

accoglie il ricorso, come in epigrafe proposto indicato e, per l'effetto, annulla gli atti impugnati nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Condanna l'amministrazione ospedaliera costituita al pagamento in favore di parte ricorrente delle spese processuali nella misura di euro 1500,00. Compensa le spese nei confronti di parte controinteressata.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 6 aprile
2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Alessandro Pagano, Consigliere

Renata Emma Ianigro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/05/2011

IL SEGRETARIO

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