



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 per il Lazio

(Sezione Seconda Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1016 del 2011, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

BAGLIONI Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

contro

Comune di Formello, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Leonida Carnevale, con domicilio eletto in Roma, via della Giuliana, 80;

nei confronti di

ENP Costruzioni Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Mario Ettore Verino, con domicilio eletto in Roma, via Lima, 15;

per l'annullamento

A) con il ricorso introduttivo del giudizio:

- del provvedimento di aggiudicazione definitiva alla società ENP dell'appalto dei lavori di progettazione esecutiva, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e di tutti i lavori e le forniture necessarie per la realizzazione della nuova scuola media in località Albereto (D.D. 23 dicembre 2010 n. 153);
- della comunicazione n. 20637 del 28 dicembre 2010 con cui il Comune di Formello ha comunicato alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva della gara alla società ENP;
- di tutti i verbali di gara del 19, 26, 27 e 30 novembre 2010;
- degli atti con cui si è proceduto al controllo del possesso dei requisiti a carico di ENP ai sensi dell'art. 48 del D.lgs n. 163 del 2006;
- ove occorra, del bando di gara e della lettera di invito;
- di tutti gli atti connessi,

B) con i motivi aggiunti depositati in giudizio in data 24 febbraio 2011:

- della nota del 1° febbraio 2011 di rigetto dell'istanza di autotutela presentata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 243 *bis* del D.lgs n. 163 del 2006,
- e per la declaratoria di inefficacia del contratto, con conseguente subentro nel contratto e per la condanna dell'amministrazione al risarcimento dei danni.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Formello e della

ENP Costruzioni Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 giugno 2011 il Primo Ref. Daniele Dongiovanni e uditi, ai preliminari, l'avv. Clarizia per la ricorrente, l'avv. Carnevale per il Comune resistente e l'avv. Verino per la controinteressata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara indetta il 13 ottobre 2010, avente ad oggetto l'affidamento della progettazione esecutiva e dei lavori per la realizzazione della nuova scuola media in località Albereto.

La gara è stata aggiudicata, in via definitiva, il 23 dicembre 2010 alla società ENP Costruzioni che ha conseguito il miglior punteggio di 73,96 mentre la ricorrente si è classificata al secondo posto con punti 72,76.

Avverso l'esito della gara, e tutti gli atti ad esso connessi, ha proposto impugnativa la società Baglioni chiedendone l'annullamento, la declaratoria di inefficacia del contratto con conseguente subentro e la condanna al risarcimento dei danni, per i seguenti motivi:

1) violazione e falsa applicazione della *lex specialis*; violazione e falsa applicazione dell'art. 90 del D.lgs n. 163 del 2006 e della normativa in materia di requisiti delle associazioni temporanee; violazione e falsa

applicazione dell'art. 48 del D.lgs n. 163 del 2006; violazione dei principi generali di regolarità, trasparenza, buon andamento e *par condicio*; eccesso di potere per difetto di istruttoria, erroneità e/o carenza dei presupposti, illogicità manifesta e carenza assoluta di motivazione.

Con riferimento ai progettisti, il disciplinare di gara prevede che, in caso di raggruppamenti temporanei, i requisiti finanziari e tecnici di cui alle lettere a) e b) del punto 14.A del disciplinare (ovvero fatturato globale degli ultimi cinque esercizi per un importo pari o superiore a tre volte l'importo a base d'asta e l'espletamento, negli ultimi 10 anni, di lavori analoghi per un importo globale pari o superiore a due volte l'importo dei lavori) dovevano essere posseduti dal capogruppo in misura non inferiore al 40%, mentre l'ulteriore requisito di natura tecnica di cui alla lettera c) (ovvero lo svolgimento negli ultimi 10 anni di due servizi analoghi di importo non inferiore a 0,40 dell'importo dei lavori), non essendo frazionabile, avrebbe dovuto essere posseduto da almeno uno dei componenti del raggruppamento.

Da ciò emerge che la somma dei primi due requisiti tecnici avrebbe dovuto essere in possesso dei mandanti nella misura del 60%.

Con riferimento all'offerta della controinteressata relativa alla progettazione esecutiva, va invero osservato che la società ENP ha proposto, ai sensi dell'art. 90, comma 1, lett. g), del D.lgs n. 163 del 2006, un raggruppamento temporaneo composto da quattro professionisti dove i tre mandanti hanno dichiarato di non possedere i requisiti previsti dalle lettere a) e b) del disciplinare di gara (in

particolare, due mandanti hanno dichiarato di non possederli entrambi mentre un terzo ha dichiarato di non possedere solo quello di cui alla lettera b).

Anche in sede di controllo dei requisiti di cui all'art. 48 del D.lgs n. 163 del 2006, i mandanti hanno dimostrato di non possedere i requisiti richiesti dal disciplinare e, pertanto, la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Deve, invero, escludersi che tutti i requisiti possano cumularsi in capo al capogruppo – mandatario, perché ciò costituirebbe una violazione dell'art. 37, comma 13, del D.lgs n. 163 del 2006 (ovvero del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione all'associazione temporanea), pure richiamato dall'art. 90, comma 1, lett. g), del citato decreto.

Altresì, uno dei mandanti non ha comprovato il possesso del requisito di regolarità contributiva, il che costituisce un ulteriore motivo di esclusione dalla gara della società ENP, con conseguente incameramento della cauzione e obbligo di segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici;

2) violazione e falsa applicazione della *lex specialis*; violazione e falsa applicazione degli artt. 23 e 24 del DPR 7 dicembre 1995 n. 581 e del DM 13 luglio 2004; violazione e falsa applicazione degli artt. 19, 47 e 38 del DPR n. 445 del 2000; eccesso di potere per difetto di istruttoria, erroneità e carenza dei presupposti, difetto assoluto di motivazione.

Il punto 14.3 del disciplinare prevede, a pena di esclusione,

l'allegazione del certificato di iscrizione alla CCIAA ovvero una dichiarazione sostitutiva ai sensi del DPR n. 445 del 2000. La controinteressata ha depositato una visura camerale, neanche autenticata, che non ha alcun valore di certificazione.

Il disciplinare, altresì, ha richiesto la produzione dell'attestato SOA in originale o in copia autentica.

La società ENP ha presentato una copia fotostatica con apposto il timbro "copia conforme all'originale" che non rispetta le prescrizioni della documentazione di gara.

Le predette carenze avrebbero dovuto portare il Comune resistente ad escludere dalla gara la controinteressata;

3) violazione ed erronea applicazione dell'art. 74 del D.lgs n. 163 del 2006; violazione del disciplinare di gara; violazione della *par condicio*; eccesso di potere per erroneità di presupposto, illogicità, travisamento, disparità di trattamento, carente ed erronea istruttoria; illegittimità diretta e derivata.

La società ENP non ha sottoscritto gli elaborati costituenti l'offerta tecnica. Ciò costituisce una violazione dell'art. 74 del D.lgs n. 163 del 2006 e del punto 14 del disciplinare con conseguente esclusione dalla gara della società ENP;

4) violazione e falsa applicazione della *lex specialis*; violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del D.lgs n. 163 del 2006; violazione dei principi generali di buon andamento, trasparenza, imparzialità, correttezza, proporzionalità e *par condicio*; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, irragionevolezza, erroneità e carenza

dei presupposti, disparità di trattamento, carenza assoluta di motivazione.

All'offerta presentata dalla società ENP, con riferimento al parametro "merito tecnico" (per il quale era previsto un punteggio massimo di 75 punti), sono stati attribuiti 52 punti.

Ora, i singoli punteggi assegnati alla controinteressata sono inficiati da difetto assoluto di motivazione. Anzi, la controinteressata ha proposto una serie di (asserite) "migliorie" che invece costituivano varianti progettuali, vietate dal bando di gara.

In particolare, la società ENP ha proposto la sistemazione, l'arredo e la recinzione dell'area esterna e la realizzazione di impianti, opere che non erano ricomprese nel progetto originario posto a base di gara.

Ciò costituisce una variante non ammessa dal bando di gara che avrebbe dovuto comportare l'esclusione dalla gara della controinteressata.

In ogni caso, le valutazioni della Commissione sono irragionevoli e le stesse motivazioni rese con riferimento alle proposte migliorative della ricorrente e della controinteressata sono del tutto illogiche.

Con motivi aggiunti depositati in data 24 febbraio 2011, la ricorrente ha, poi, impugnato la nota del 1° febbraio 2011 con cui il Comune di Formello ha rigettato l'istanza di autotutela presentata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 243 *bis* del D.lgs n. 163 del 2006, riproponendo le stesse richieste ed i medesimi motivi contenuti nel ricorso introduttivo del giudizio.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Formello e la società ENP

chiedendo il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti perché infondati nel merito.

In prossimità della trattazione del merito, la ricorrente e la controinteressata hanno depositato memorie, insistendo nelle loro rispettive conclusioni.

Alla pubblica udienza del 7 giugno 2011, la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

1. La prima censura, con cui la ricorrente deduce il mancato rispetto della ripartizione delle quote all'interno del raggruppamento temporaneo di professionisti, è infondata.

È sufficiente osservare che la clausola del disciplinare di gara (ovvero quella secondo cui alcuni requisiti di natura tecnica devono essere posseduti dal capogruppo in misura non inferiore al 40%) non può essere interpretata nel senso che i mandanti devono, di conseguenza, possedere il 60% dei requisiti tecnici all'interno del raggruppamento temporaneo.

La clausola del bando, invero, con riferimento al possesso dei requisiti tecnici nell'ambito dell'ATI tra progettisti (*ex art. 90, comma 1, lettera g, D.lgs n. 163 del 2006*), pone un limite minimo a carico del solo mandatario, dal che deriva che nulla esclude che quest'ultimo possa essere in possesso di una percentuale superiore rispetto alla percentuale indicata nel disciplinare.

La predetta clausola non può essere, altresì, interpretata nel senso che, a fronte del possesso di una percentuale maggiore del 40% dei

requisiti tecnici da parte del mandatario, i mandanti debbano possedere comunque una percentuale non inferiore al 60% dei predetti requisiti.

Ciò non corrisponde, invero, alla logica sottesa alla partecipazione nelle gare di appalto dei raggruppamenti temporanei che consentono alle imprese ovvero a singoli professionisti di accorparsi, in un soggetto autonomo (ATI), requisiti frammentati che sarebbero stati insufficienti per partecipare *uti singuli* a tali procedure selettive.

Ed invero, ciò che conta è che la somma dei requisiti dei partecipanti al raggruppamento non sia inferiore al 100% di quelli previsti nel bando di gara, a prescindere dalla percentuale di possesso tra i singoli partecipanti (tranne i casi in cui, come nel caso di specie, il disciplinare preveda una percentuale minima in capo ad uno dei soggetti facenti parte dell'ATI).

Nel caso di specie, non risulta smentito che il mandatario Ing. Pietropoli fosse da solo in possesso del 100% dei requisiti tecnici richiesti dal disciplinare di gara e ciò è sufficiente per ritenere che l'ammissione alla gara della controinteressata sia immune dal vizio dedotto con la censura in esame.

Del resto, sebbene due dei tre mandanti dell'associazione temporanea (sui quattro professionisti che compongono il raggruppamento temporaneo, unitamente al mandatario Ing. Pietropoli) abbiano dichiarato, nel modello allegato al disciplinare di gara, di non possedere i requisiti tecnici di cui alle lettere a) e b) nella misura ivi indicata, ciò non costituisce motivo di esclusione dalla gara della

società ENP in quanto, come detto, il 100% dei requisiti tecnici era comunque posseduto dal mandatario ed il (terzo) mandante (Ing. Deidda) ha comunque dichiarato di possedere quelli di cui alla lettera a) del disciplinare.

Ora, in disparte il fatto che il modello allegato al disciplinare richiamava i requisiti di cui alle lettere a) e b) del disciplinare in misura integrale (ovvero senza possibilità di dichiarare percentuali inferiori di possesso) tanto che non è stato smentito che comunque i primi due mandanti fossero comunque in possesso di parte di quei requisiti (ovvero il fatturato globale degli ultimi cinque esercizi per un importo pari o superiore tre volte l'importo a base d'asta e l'espletamento, negli ultimi 10 anni, di lavori analoghi per un importo globale pari o superiore a due volte l'importo dei lavori), ciò che tuttavia non può essere revocato in dubbio è che, nel caso in esame, si è in presenza di un raggruppamento temporaneo c.d. "sovradimensionato" dove uno dei componenti è in possesso dei requisiti per poter partecipare singolarmente alla gara di che trattasi.

Ciò, seppure non costituisca oggetto di specifica censura da parte della ricorrente, non può essere ritenuta causa di esclusione automatica dalla gara in quanto, oltre a non essere previsto espressamente dal bando di gara, la giurisprudenza amministrativa - a cui si aderisce - ritiene che la partecipazione alla gara di un'ATI "sovradimensionata" non costituisca una condotta illecita (cfr Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 588, nonostante l'avviso contrario dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato espresso nella

segnalazione AS 251 del 7 febbraio 2003).

Né in questa sede, come prima accennato, si pone il problema della mancata corrispondenza tra le quote di partecipazione al raggruppamento temporaneo e quelle di ripartizione del servizio in quanto il richiamo all'art. 37 del D.lgs n. 163 del 2006, contenuto nell'art. 90, comma 1, lett. g) dello stesso decreto, è effettuato nei limiti della "compatibilità" ovvero, ad avviso del Collegio, con riferimento, in particolare, alle incompatibilità ivi previste ed ai limiti di partecipazione alla gara come singoli professionisti e, contestualmente, come componenti di un raggruppamento temporaneo.

Estendere alla fattispecie dell'art. 90, comma 1, lett. g) del D.lgs n. 163 del 2006 l'intera disciplina dell'art. 37 (ovvero anche i limiti di carattere oggettivo come la corrispondenza tra quote di partecipazione, quote di possesso dei requisiti tecnici e quote di ripartizione delle attività) non rispetterebbe la *ratio* contenuta nella clausola di compatibilità la cui applicabilità, riferendosi a servizi di carattere intellettuale e quindi di natura inscindibile (nel senso di un'attività che si presta ad essere considerata come *unicum*), deve essere limitata, seppure avendo come riferimento il caso concreto, ai limiti di carattere soggettivo sopra indicati.

Ne deriva, quindi, il rigetto della doglianza.

2. La censura (sempre contenuta nel primo motivo) secondo cui uno dei mandanti del raggruppamento (Arch. Ceneviva) non avrebbe comprovato il possesso del requisito della regolarità contributiva è

invece smentita in punto di fatto, come risulta dalla dichiarazione di INARCASSA del 4 dicembre 2010 (depositata in giudizio) che attesta il possesso del predetto requisito da parte del suddetto professionista.

3. Con il secondo motivo, la ricorrente deduce poi il mancato rispetto delle formalità previste dal disciplinare di gara con riferimento alla presentazione da parte della controinteressata del certificato di iscrizione alla CCIAA e dell'attestato di qualificazione SOA.

3.1 Con riferimento al certificato di iscrizione alla CCIAA, non risulta smentito che la società ENP abbia prodotto una dichiarazione sostitutiva redatta sulla base del modello predisposto dal Comune resistente in cui attesta l'iscrizione presso la CCIAA quale impresa di costruzioni.

Ciò è sufficiente per ritenere infondata la censura che non ha ad oggetto la verifica del contenuto della dichiarazione di parte bensì la correttezza della modalità di presentazione della documentazione attestante l'iscrizione alla CCIAA.

3.2 Allo stesso modo infondata è la censura relativa alla mancata presentazione in sede di gara dell'attestato di qualificazione SOA.

Ora, non risulta smentito che la controinteressata abbia presentato una dichiarazione sostitutiva *ex* D.P.R. n. 445 del 2000 con cui attesta il possesso della qualificazione SOA necessaria per lo svolgimento dei lavori oggetto della gara.

È sufficiente osservare che lo stesso punto 14.2, terzo capoverso, del disciplinare di gara prevede, come modalità alternativa, anche la facoltà di presentare una dichiarazione sostitutiva di cui agli artt. 47 e

48 del D.P.R. n. 445 del 2000, modalità alla quale la controinteressata si è conformata.

Ora, il fatto che la dichiarazione sostitutiva non contenga alcuni dati, pure richiesti dalla documentazione di gara, non costituisce causa di esclusione automatica dalla gara in quanto, in disparte il dovere di soccorso previsto dall'art. 46 del D.lgs n. 163 del 2006, la ricorrente non ha comunque apportato elementi tali da far dubitare che, in sede di verifica dei requisiti di gara prima di procedere alla stipula del contratto, la società ENP non abbia dimostrato il possesso di una attestazione SOA valida ovvero in corso di rinnovo e comunque idonea per poter partecipare alla gara di che trattasi.

4. Con il terzo motivo, la ricorrente lamenta che la società ENP non avrebbe sottoscritto gli elaborati costituenti l'offerta tecnica.

La censura è infondata.

Risulta, invero, che gli elaborati tecnici dell'offerta siano stati sottoscritti sulla prima pagina da tutti i professionisti facenti parte del raggruppamento temporaneo.

Ciò è sufficiente per ritenere rispettato l'art. 74 del D.lgs n. 163 del 2006 in quanto, come si è già avuto modo di affermare in altre occasioni (cfr TAR Lazio, sez. II *Ter*, 14 marzo 2011, n. 2311 in cui viene richiamata anche Cons. di St., sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513), è da escludere la violazione della norma citata quando non è revocabile in dubbio che il progetto tecnico sia riferibile, come nel caso di specie, alla impresa concorrente (nel caso di specie, la società controinteressata).

5. Con il quarto motivo, la ricorrente deduce l'illegittimità del punteggio attribuito alla controinteressata con riferimento al "merito tecnico". In particolare, la società Baglioni deduce che alcune proposte della società ENP vanno intese non come semplici migliorie bensì come varianti al progetto posto a base di gara (non ammesse dal disciplinare), con conseguente esclusione dalla gara.

5.1 La prospettazione non può essere condivisa.

5.2 Va, anzitutto, precisato che il disciplinare di gara ha previsto la possibilità di presentare soluzioni migliorative rispetto alla progettazione definitiva posta a base di gara, avente ad oggetto la realizzazione, completa di forniture, della nuova scuola media in località Albereto.

In quest'ottica, la società controinteressata ha previsto, in particolare:

- la sistemazione e l'arredo dell'arredo esterno, compresa la recinzione dei varchi e dei parcheggi;
- la predisposizione degli ambienti per la successiva (eventuale) installazione di impianti di irrigazione all'esterno della scuola, di illuminazione e di condizionamento aria della sala convegni.

Ciò posto, non è revocabile in dubbio che gli interventi proposti costituiscano utili soluzioni migliorative del progetto di costruzione della scuola media.

Si tratta infatti di soluzioni che integrano e completano le opere oggetto di gara senza comportare alcuna modifica sostanziale al progetto originario.

In quest'ottica, i predetti interventi sono stati oggetto di positiva

valutazione da parte della Commissione di gara con giudizi che non risultano inficiati dai vizi dedotti.

5.3 La ricorrente lamenta, altresì, l'irragionevolezza dei punteggi assegnati dalla Commissione di gara alla controinteressata, alla quale sono stati assegnati 52 punti su un massimo di 75.

La doglianza è infondata.

Due elementi depongono a favore della tesi della infondatezza; anzitutto che la ricorrente, con riferimento allo stesso parametro, ha ottenuto un punteggio superiore di sei punti (58) rispetto a quello assegnato alla controinteressata (52 punti) e, poi, che la società Baglioni, per dimostrare l'irragionevolezza dei punteggi assegnati, ha manifestato una serie di giudizi personali che, in assenza di elementi concreti, non sono in grado di inficiare le valutazioni tecniche effettuate dalla Commissione sulla base degli indirizzi stabiliti nella seduta del 26 novembre 2010.

In quella sede, invero, tra i predetti indirizzi, la Commissione ha ritenuto di valorizzare gli aspetti relativi alle migliori proposte dai concorrenti.

Ora, alla luce di quanto sopra dedotto (punto 5.2), non può affermarsi che la valutazione della Commissione sia affetta da manifesta irragionevolezza o illogicità.

Ed invero, a fronte delle riferite risultanze, non può non osservarsi come una valutazione del giudice che non si limitasse a verificare se il potere amministrativo sia stato esercitato con un utilizzo delle regole tecniche conforme a criteri di logicità, congruità, ragionevolezza e

corretto apprezzamento dei fatti costituirebbe una indebita sostituzione dell'opinione del giudice a quella espressa dall'organo amministrativo nell'esercizio del potere (Cons. St., sez. IV, 12 dicembre 2005 , n. 7035).

6. La ricorrente, infine, lamenta il mancato rispetto del termine dilatorio previsto dall'art. 11, comma 10, del D.lgs n. 163 del 2006 per la stipula del contratto e, pertanto, ne chiede la declaratoria di inefficacia, ai sensi dell'art. 121 del D.lgs n. 104 del 2010.

Alla luce di quanto dedotto nei punti precedenti e del rigetto delle censure dedotte con l'impugnativa in esame, la doglianza non può essere accolta in quanto l'art. 121, comma 1, lettera c) del D.lgs n. 104 del 2010 prevede che l'inefficacia del contratto possa essere dichiarata nella misura in cui la violazione del c.d. "standstill" abbia influito sulle possibilità della parte ricorrente di ottenere l'affidamento.

Nel caso di specie, il rigetto delle censure proposte con il ricorso in esame preclude alla ricorrente la possibilità di ottenere l'affidamento della gara di che trattasi.

La richiesta non può essere, quindi, accolta.

7. In conclusione, il ricorso introduttivo del giudizio va respinto, come del resto i motivi aggiunti che ripropongono le medesime censure, seppure dedotte avverso la nota del 1° febbraio 2011 di rigetto dell'istanza di autotutela presentata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 243 *bis* del D.lgs n. 163 del 2006.

8. Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda *Ter*), definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, li respinge.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese processuali che si liquidano in euro 1.500,00 (millecinquecento/00) oltre IVA e CPA, di cui euro 1.000,00 in favore della società ENP ed euro 500,00 in favore del Comune di Formello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Maddalena Filippi, Presidente

Maria Cristina Quiligotti, Consigliere

Daniele Dongiovanni, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/06/2011

IL SEGRETARIO

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

