



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**

sul ricorso numero di registro generale 7537 del 2006, proposto da:  
F.lli Miele s.r.l., in proprio e quale capogruppo della costituenda  
associazione temporanea di imprese, Ferraro Costruzioni s.a.s., MTL  
s.r.l., quali mandanti, in persona dei legali rappresentanti p.t.,  
rappresentati e difesi dall'avv. Donato Cicenìa, con domicilio eletto  
presso lo studio dell'avv. Enrico Angelone, in Napoli, Calata S.  
Marco, 4;

***contro***

Comune di Paduli, in persona del Sindaco p.t., rappresentato e difeso  
dall'avv. Andrea Verdicchio, con domicilio eletto presso lo studio  
dell'avv. Prisco, in Napoli, via Toledo, 156;

***nei confronti di***

MI.RO.RA. Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante  
p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Luigi Diego Perifano, con

domicilio eletto presso lo studio legale Soprano – studio legale Soprano, in Napoli, via Toledo, 156;

*per l'annullamento*

I) con il ricorso introduttivo:

- del provvedimento n. 9150 del 14 novembre 2006 di esclusione dalla gara indetta dal Comune di Paduli;
- del verbale con cui è stata disposta l'esclusione della costituenda a.t.i.;
- del bando, del disciplinare di gara e dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione provvisoria;
- di tutti i verbali della commissione tecnica aggiudicatrice, nonché di ogni atto preordinato, connesso e conseguente, ivi compresa la determina n. 302 del 21 settembre 2006;

II) con i motivi aggiunti:

- della determina n. 377 del 21 novembre 2006 di aggiudicazione definitiva della gara;
- del verbale di consegna dei lavori, dei verbali di gara, della determina n. 383 dell'8 novembre 2006 con cui è stata nominata la commissione tecnica giudicatrice;

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Paduli e della società MI.RO.RA. Costruzioni s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 luglio 2011 il dott. Gianluca Di Vita e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Visto il dispositivo di sentenza n. 3800 del 14 luglio 2011;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

Le società F.lli Miele s.r.l., Ferraro Costruzioni s.a.s. e MTL s.r.l. hanno partecipato in associazione temporanea di imprese (di seguito a.t.i.) alla procedura di gara indetta dal Comune di Paduli (BN) per l'esecuzione dei *“lavori di consolidamento del centro storico mediante messa in sicurezza della frana alla Via San Donato e razionalizzazione delle reti scolanti”* con importo complessivo di Euro 1.598.528,66, con categoria prevalente OG13 (Opere di ingegneria naturalistica), classifica III e categoria scorporabile e non subappaltabile OS21 (Opere strutturali speciali), classifica II.

Con ricorso ritualmente notificato e depositato nei termini di legge, le ricorrenti impugnano il provvedimento di esclusione meglio specificato in epigrafe adottato dalla stazione appaltante con la seguente motivazione: *“l'ATI capogruppo non possiede le caratteristiche di ATI verticale secondo la misura prevista dall'art. 37 D.Lgs. 163/2006 e dall'art. 95, comma 3, del DPR 554/99. Difatti la cat. OG13 richiesta dal punto 3 del bando è posseduta dalla capogruppo solo per la classifica II e non per quella III richiesta. Si precisa inoltre che lo stesso Bando di gara al punto 16, lett. H), non ammette la partecipazione alla gara della ATI di tipo misto come nella*

*sostanza si configura l'ATI di che trattasi".*

Deducono violazione degli artt. 3 e 97 della Costituzione, violazione del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, violazione del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, violazione del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, violazione del bando di gara, difetto dei presupposti, violazione del giusto procedimento, travisamento, difetto di motivazione e di istruttoria, perplessità ed illogicità, ingiustizia manifesta, sviamento di potere.

Con successivi motivi aggiunti le ricorrenti estendono la impugnazione al successivo provvedimento di aggiudicazione in favore della società controinteressata per incompetenza, violazione di legge ed eccesso di potere sotto distinti profili.

Resistono in giudizio il Comune di Paduli e la società MI.RO.RA. Costruzioni che replicano alle censure di parte ricorrente e concludono per la reiezione del gravame.

Alla pubblica udienza del 13 luglio 2011 la causa è stata spedita in decisione, anticipata con dispositivo di sentenza n. 3800/2011.

E' infondata la prima censura con la quale le ricorrenti lamentano l'illegittimità della disposta esclusione in quanto, secondo la prospettazione difensiva, il raggruppamento ricorrente sarebbe in possesso di tutti i requisiti previsti dal bando per partecipare alla gara.

Con riguardo agli appalti di lavori pubblici, l'art. 37 D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 introduce la distinzione tra a.t.i. verticali, orizzontali e miste che poggia sul contenuto delle competenze di ciascuna impresa riunita.

In particolare, la disposizione prevede che: a) è in forma verticale il

raggruppamento nel cui ambito vi è una distinzione qualitativa delle competenze, nel senso che la capogruppo esegue le opere nella categoria prevalente, mentre le società mandanti realizzano le opere delle altre categorie indicate dal bando come scorporabili (primo comma); b) è in forma orizzontale il raggruppamento nel cui ambito vi è una distinzione quantitativa dell'opera e nel quale le imprese svolgono i "lavori della stessa categoria" (primo comma); c) è in forma mista il raggruppamento nel cui ambito "i lavori riconducibili alla categoria prevalente, ovvero alle categorie scorporate possono essere assunti anche da imprenditori riuniti in raggruppamento temporaneo di tipo orizzontale" (sesto comma).

Orbene, applicando tale disposizione alla fattispecie in scrutinio, ne discende la correttezza delle valutazioni svolte dalla stazione appaltante in ordine all'inquadramento giuridico dell'a.t.i..

Difatti, nella domanda di partecipazione (versata agli atti di causa dal Comune resistente) è specificato che le lavorazioni di cui si compone l'appalto sarebbero state eseguite dalle imprese associate secondo le seguenti quote di partecipazione:

- Categoria prevalente OG13: F.lli Miele s.r.l. per il 50%; Ferraro Costruzioni s.a.s. per il residuo 50%;
- Categoria OS21: M.T.L. s.r.l. per il 100%.

Ne consegue che, come esattamente rilevato dal seggio di gara, il raggruppamento non rispetta le prescrizioni previste per l'a.t.i. verticale ai sensi dell'art. 37, primo comma, del codice degli appalti giacché vi è una suddivisione dei lavori della categoria prevalente ed

inoltre la capogruppo è qualificata nella categoria OG13 per la classifica II (e non per la classifica III prevista dal bando), con conseguente violazione dell'art. 95 D.P.R. 554/1999 secondo cui *“Per le associazioni temporanee di imprese (...) di tipo verticale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla capogruppo nella categoria prevalente”*.

Quindi, nel caso in esame, si rientra nella ipotesi di a.t.i. mista contemplata dal sesto comma dell'art. 37 D.Lgs. 163/2006 in quanto, in caso di aggiudicazione dell'appalto, i lavori relativi alla categoria prevalente sarebbero stati assunti da una sub-associazione di tipo orizzontale composta dalle associate F.lli Miele e Ferraro Costruzioni s.r.l.

Tuttavia, nel caso in esame la lex specialis vietava espressamente la partecipazione alle a.t.i. di tipo misto, con la conseguenza che l'avversato atto di esclusione è stato legittimamente disposto alla luce delle prescrizioni contenute nel bando di gara alle quali la stazione appaltante si era vincolata.

La previsione contenuta nel bando si sottrae peraltro alla censura di illegittimità articolata dalle ricorrenti, trattandosi di espressione tipica della discrezionalità della stazione appaltante che, impingendo nel merito dell'azione amministrativa, è sottratta al sindacato di legittimità del giudice amministrativo, tranne che nei casi di manifesta illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità, così che il giudice amministrativo non può sostituire con proprie scelte quelle operate dall'amministrazione (Consiglio di Stato, Sez. V, 16 febbraio 2009, n.

837 e Sez. IV, 8 giugno 2007 n. 3103).

Peraltro, giova incidentalmente rilevare che la estromissione del raggruppamento ricorrente si imponeva anche sotto altro e distinto profilo, puntualmente rilevato dalla difesa della amministrazione comunale, per il quale la Sezione richiama il proprio orientamento espresso con sentenza n. 826 del 10 febbraio 2011.

Posto che, in caso di a.t.i. miste si vengono a costituire delle sub-associazioni di tipo orizzontale (con riferimento alle categorie scorporabili o alla categoria prevalente), a queste ultime si applicano le regole dettate per il modello associativo orizzontale dall'art. 95, secondo comma, del D.P.R. n. 554/1999 (cfr. parere dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, parere n. 203 del 18 novembre 2010). Tale norma prevede, per quanto interessa la presente controversia, che la capogruppo debba possedere i requisiti in misura maggioritaria e tale requisito deve essere individuato in rapporto alla misura in cui le imprese spendono in concreto la rispettiva qualifica all'interno del raggruppamento.

Secondo l'indirizzo espresso dalla Sezione, la misura per essere maggioritaria non può che superare il 50 per cento in capo alla capogruppo in quanto, altrimenti opinando, sarebbe paritaria o inferiore. Tale opzione ermeneutica, oltre che fondarsi sul tenore letterale della norma, appare peraltro coerente con la ratio sottesa alla disposizione che, con l'imposizione del carattere maggioritario della qualificazione spesa dalla capogruppo, ne intende sottolineare l'assoluta prevalenza sotto il profilo non solo formale, ma anche

sostanziale, a garanzia di una maggiore affidabilità nei confronti della Stazione appaltante.

Si aggiunga che tale interpretazione è stata infine recepita nel D.P.R. 207/2010 che all'art. 92, secondo comma, ultimo periodo, dispone *“La mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti”*.

Dalle considerazioni illustrate discende, quindi, che la suddivisione nella misura del 50% tra le sub-associate nella categoria prevalente OG13 si pone anche in contrasto con l'art. 95 D.P.R. 554/1999 con la conseguenza che, anche sotto tale profilo, l'amministrazione non avrebbe potuto ammettere il raggruppamento alle operazioni di gara.

Non può trovare accoglimento l'ultimo motivo di illegittimità dedotto con il ricorso introduttivo che attiene alla mancata pubblicazione del bando, per estratto, su almeno due quotidiani a diffusione nazionale ai sensi dell'art. 80 D.P.R. 554/1999. In disparte il difetto di interesse all'articolazione della censura (in quanto la dedotta violazione procedurale non ha impedito alle ricorrenti di partecipare alla gara con domanda ritualmente depositata), deve comunque rilevarsi che la difesa dell'amministrazione ha esibito l'estratto di pubblicazione del bando di gara sulla Gazzetta Ufficiale e su un quotidiano di rilievo nazionale.

Le deduzioni svolte conducono al rigetto del ricorso introduttivo proposto avverso la esclusione del raggruppamento ricorrente.

Deve infine essere dichiarata l'improcedibilità per carenza di interesse dei motivi aggiunti articolati avverso l'aggiudicazione dell'appalto



disposto in favore della MI.RO.RA. non potendo il concorrente escluso vantare alcun interesse apprezzabile a perseguire l'annullamento di un'aggiudicazione alla quale non può più aspirare.

Conclusivamente, ribadite le svolte considerazioni, il ricorso deve essere in parte respinto ed in parte dichiarato improcedibile.

Spese ed onorari di giudizio seguono la soccombenza e vengono liquidati in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), in parte rigetta ed in parte dichiara improcedibile il ricorso in epigrafe indicato.

Condanna le società F.lli Miele s.r.l., Ferraro Costruzioni s.a.s. e MTL s.r.l., in solido tra loro, al pagamento delle spese ed onorari di giudizio in favore del Comune di Paduli che liquida complessivamente in Euro 1.500,00 (millecinquecento/00).

Condanna altresì le società F.lli Miele s.r.l., Ferraro Costruzioni s.a.s. e MTL s.r.l., in solido tra loro, al pagamento delle spese ed onorari di giudizio in favore della società MI.RO.RA. Costruzioni s.r.l. che liquida complessivamente in Euro 1.500,00 (millecinquecento/00).

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 13 luglio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Alessandro Pagano, Consigliere

Gianluca Di Vita, Referendario, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/08/2011

IL SEGRETARIO

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