



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 Terza Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7536 del 2011, proposto da:
Soc Esim Srl Elettrica Società Impianti Meridionali, in persona del
legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.
Nino Matassa e Rosa Volve, con domicilio eletto presso Alfredo
Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

R.F.I. – Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Stefano
Vinti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emilia,
88;

per l'annullamento

del provvedimento, di cui al verbale n. 3 del 27.5.2011 e comunicato
in data 1.9.2011, di esclusione dalla gara per la fornitura di portali
multifunzionali in sicurezza (riconoscimento incendio a bordo e

violazione della sagoma limite) bandita da RFI - denominazione dgq 1/2/2011, e , in via gradata, della clausola di bando che stabilisce i requisiti di capacità tecnica, ove interpretata nel senso prospettato dalla commissione di selezione.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di R.F.I. – Rete Ferroviaria Italiana, Gruppo Ferrovie dello Stato;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2011 il dott. Giampiero Lo Presti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente, premesso di avere partecipato alla fase di prequalifica della procedura di gara , bandita da RFI per la fornitura di n. 7 portali multifunzionali in sicurezza (del valore a base d'asta di circa due milioni d euro per ciascuno), impugna il provvedimento indicato in epigrafe con il quale è stata esclusa dalla procedura in quanto ritenuta dalla Commissione di selezione priva dei requisiti di capacità tecnica prescritti dal punto III.2.3 del bando.

In particolare la ricorrente, anche in esito alla produzione della documentazione integrativa richiesta dalla stazione appaltante, è stata considerata priva sia del requisito dell'esperienza richiesta nello

sviluppo e realizzazione di piattaforme HW e SW di sicurezza, sia dell'esperienza in materia di sensoristica termica.

Con il gravame ESIM assume l'illegittimità degli atti impugnati sotto diversi profili, facendo in particolare riferimento alla capacità tecnica maturata, e documentata, in relazione agli appalti svolti nell'ambito di un consorzio, costituito con la società MERMEC ed aventi ad oggetto attività perfettamente analoghe a quelle oggetto del bando di gara.

Ritiene la ricorrente che l'attività svolta come consorziata avrebbe dovuto essergli imputata pro quota (la sua partecipazione al consorzio era nella misura del 49%) in applicazione della disposizione di cui all'art. 276 del d.p.r. n. 207/2010 relativa ai contratti di fornitura; che, conseguentemente, in maniera illegittima la Commissione di selezione avrebbe preteso di differenziare la misura dell'effettivo apporto di ciascuna delle società consorziate alla attività esecutiva , peraltro in base ad una incompleta valutazione della documentazione fornita, per arrivare ad escludere la capacità tecnica di ESIM, ingiustamente considerata coinvolta soltanto in attività meramente esecutiva e non anche di studio e progettazione dei sistemi forniti.

In via gradata, la ricorrente richiama peraltro tutta la documentazione prodotta, dalla quale sarebbe evincibile che, in punto di fatto, la natura e l'entità del suo apporto nell'esecuzione delle prestazioni degli appalti conseguiti con il consorzio predetto, sarebbe stata ben diversa da quella indicata dalla stazione appaltante e tale da comprovare in

maniera pienamente soddisfattiva l'effettività del possesso del requisito di capacità tecnica oggetto di verifica nella fase di prequalifica.

Anche con riferimento, poi, alla presunta carenza della capacità tecnica in materia di sensoristica tecnica, la ricorrente ESIM rileva che il provvedimento di esclusione risulta essere del tutto immotivato, mentre la sussistenza del requisito richiesto avrebbe dovuto essere accertata in relazione proprio al sistema "Panover" proposto ed in linea con quanto richiesto dalla stazione appaltante.

Una diversa interpretazione della clausola del bando, così da pretendere il possesso, da parte dei partecipanti alla gara, non di una mera esperienza in attività analoghe a quelle oggetto di gara, quanto addirittura il possesso del medesimo specifico processo produttivo, o di un determinato brevetto, implicherebbe, a parere della ricorrente, un chiaro profilo di illegittimità della clausola stessa per contrasto con il principio di libera concorrenza e di *favor participationis* in materia di gare pubbliche.

Si è costituita in giudizio la stazione appaltante per resistere al gravame, ritenendo l'infondatezza delle censure in considerazione della effettiva esperienza pregressa maturata da ESIM in seno al consorzio VM, da ritenersi manifestamente insufficiente a dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnica prescritti dal bando di gara.

Con ordinanza del 29 settembre 2011 il Tribunale, ritenendo il ricorso assistito da elementi di *fumus* con riferimento agli argomenti prospettati rispetto all'incompletezza della valutazione della documentazione prodotta dalla ricorrente, accoglieva la domanda di

tutela cautelare ed ammetteva la ESIM con riserva alle ulteriori fasi della procedura di gara.

Alla pubblica udienza del giorno 15 dicembre 2011 la causa veniva trattenuta dal Collegio per la decisione nel merito.

DIRITTO

La questione introdotta con il primo motivo di censura riguarda la valutazione dei requisiti di capacità tecnica maturati in relazione a servizi o forniture pubbliche rese da società consorziate, le quali intendano successivamente partecipare a ulteriori gare in forma individuale, a seguito dello scioglimento del consorzio.

La società ricorrente infatti, nella fase di prequalificazione della procedura concorsuale sopra menzionata, ha inteso comprovare il possesso dei requisiti tecnici prescritti dal bando di gara proprio facendo riferimento ad appalti pregressi, ed aventi oggetto analogo a quello in questione, eseguiti insieme ad altra società nella forma del consorzio ordinario di concorrenti di cui all'art. 2602 del codice civile, ritenendo che, a seguito dello scioglimento del consorzio, in base alla disposizione di cui all'art. 276 del d.p.r. n. 207/2010 (che ripete in materia di forniture la stessa disposizione di cui all'art. 93 del d.p.r. 207/2010 in materia di appalti di lavori) secondo la quale per le società consortili “ ai soli fini del possesso dei requisiti tecnico-professionali di partecipazione, le prestazioni di servizi e forniture eseguite dalla società sono riferiti ai singoli concorrenti riuniti o consorziati secondo le rispettive quote di partecipazione”, anche per i consorzi ordinari i requisiti tecnici andrebbero riferiti pro quota a

ciascuno dei soggetti consorziati.

In base al superiore assunto la ricorrente contesta quindi la legittimità della determinazione della stazione appaltante di valutare il possesso dei prescritti requisiti tecnici tenendo conto non già della quota di partecipazione al consorzio, quanto piuttosto della natura e della misura della effettiva partecipazione di ciascuna consorziata all'attività di esecuzione del contratto; e di escludere quindi la ricorrente dalla gara in quanto impegnata prevalentemente in attività esecutiva e marginale e non anche di progettazione e sviluppo dei sistemi HW e SW, alla stregua di quanto risulterebbe dai regolamenti interni del consorzio e dalla documentazione contabile.

La tesi è priva di pregio.

Osserva in primo luogo il Collegio che la norma richiamata da parte ricorrente, e di cui all'art. 276 del d.p.r. 207/2010, la quale ripete in materia di appalti di servizi e forniture l'analoga disposizione di cui all'art. 93 in materia di appalti di lavori, non può essere letta nel senso proposto con il ricorso e non si presta a fondare l'assunto ermeneutico per cui i lavori o le forniture rese da soggetti consorziati siano poi imputabili a ciascuno dei consorziati, ai fini del possesso dei requisiti tecnici prescritti per la partecipazione in forma individuale a gare successive, in ragione della quota di partecipazione al consorzio e a prescindere dalla considerazione dell'effettiva natura e portata dell'attività esecutiva espletata.

La norma riguarda infatti non già l'ipotesi del consorzio ordinario, quanto piuttosto la diversa fattispecie in cui concorrenti riuniti nella

forma del raggruppamento temporaneo o del consorzio, dopo l'aggiudicazione, per l'esecuzione del contratto, costituiscano fra loro una società, anche consortile, per l'esecuzione unitaria, totale o parziale, delle prestazioni affidate.

Un'ipotesi, dunque, in cui, i soggetti riuniti o consorziati, dopo l'aggiudicazione, decidano di costituire una società per l'esecuzione unitaria delle prestazioni affidate, pur mantenendo nel nuovo soggetto societario una quota corrispondente alla percentuale originaria di partecipazione al raggruppamento o al consorzio; una società che subentra nell'esecuzione totale o parziale dell'appalto, senza che ciò dia luogo in alcun modo a subappalto o cessione del contratto e senza necessità di autorizzazione o approvazione da parte della stazione appaltante.

La finalità sostanziale perseguita dalla costituzione di siffatte società, anche consortili, è quella di consentire proprio una esecuzione unitaria delle prestazioni, che possa quindi prescindere dall'assetto originario del raggruppamento o del consorzio e dalle forme e dalla misura della partecipazione all'esecuzione di ciascuno dei concorrenti riuniti o consorziati, come originariamente previste (nell'atto costitutivo, nel regolamento interno, nella stessa offerta per la partecipazione alla gara), pur conservando ciascuno dei concorrenti, nell'assetto del nuovo soggetto societario, una quota coincidente con la percentuale di appartenenza al raggruppamento e un corrispondente grado di responsabilità.

In siffatta fattispecie si comprende allora il significato della

disposizione per la quale, ai soli fini del possesso dei requisiti tecnico-professionali di partecipazione, le prestazioni dei servizi e delle forniture (come anche dei lavori) eseguite in maniera unitaria dalla società a questo scopo costituita sono riferite ai singoli secondo le rispettive quote di partecipazione alla società stessa. Essendo, infatti, l'esecuzione del contratto, proprio a seguito e grazie alla costituzione della società, rimessa unitariamente al nuovo soggetto societario, non è in alcun modo possibile una concreta imputazione dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali a ciascuno dei concorrenti riuniti nel raggruppamento o nel consorzio; cosicché, al fine dell'attribuzione del requisito tecnico professionale connesso alla partecipazione all'appalto, attesa l'esecuzione unitaria, non rimane che fare riferimento al criterio del riconoscimento pro quota.

Ne consegue che, al di fuori dell'ipotesi predetta, la disciplina del riconoscimento dei requisiti tecnici e professionali maturati per l'esecuzione dell'appalto aggiudicato a un consorzio ordinario segue la stessa regola prevista per i raggruppamenti temporanei di imprese (il codice degli appalti sottopone ad una disciplina unitaria in genere i raggruppamenti di imprese e i consorzi: cfr. artt. 34 e 37) e rimane direttamente legata all'attività effettivamente espletata nell'esecuzione del contratto da parte di ciascuno dei soggetti riuniti o consorziati.

Il possesso dei requisiti tecnici e professionali, infatti, rimane ancorato, anche in una logica sostanzialistica, all'effettivo espletamento da parte dell'impresa dell'attività qualificante e va verificato dalle stazioni appaltanti in una logica di effettività a

salvaguardia delle sottese esigenze di garanzia del conseguimento del risultato e, quindi, della buona attuazione dell'obiettivo pubblicistico perseguito con la procedura di gara .

Tanto è vero che il codice degli appalti prevede specifici istituti per l'allargamento della possibilità di partecipazione alle gare da parte di soggetti privi dei requisiti tecnici di partecipazione (a partire dall'avvalimento la cui finalità non è certo quella di arricchire la capacità , tecnica o economica che sia, del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti) i quali, attraverso la partecipazione all'esecuzione, sono posti nelle condizioni di acquisire in proprio nuovi elementi di capacità tecnica e professionale; il tutto in un sistema normativo complessivo e razionale al quale è estranea la possibilità di attribuzione di requisiti individuali, tecnici e professionali, sganciati dalla effettiva attuazione di corrispondenti attività qualificanti.

Né, a diverse conclusioni, è lecito pervenire, come invece affermato da parte ricorrente, prendendo le mosse dalla disciplina prevista dagli artt. 94 e 277 del d.p.r. 207/2010 con riguardo ai consorzi stabili.

Al contrario, in detta disciplina è agevole trovare conferma a quanto fin qui esposto.

I consorzi stabili, infatti, costituiscono già per definizione soggetti che, a seguito dell'aggiudicazione dell'appalto, sono chiamati all'attività esecutiva del contratto in maniera unitaria, con la propria

struttura, ovvero tramite i consorziati (cfr. art. 94 cit. primo comma e art. 277 cit. primo comma) senza che quest'ultima ipotesi costituisca subappalto.

Si tratta di una fattispecie all'evidenza opposta a quella disciplinata dagli art. 93 e 276 prima esaminata: il soggetto aggiudicatario è fin dall'origine costituito in una forma collettiva finalizzata all'esecuzione unitaria dell'appalto, salva la possibilità di assegnazione di singole prestazioni contrattuali ai consorziati, senza che ricorrano gli estremi del subappalto.

In una logica però perfettamente coerente con quella di cui alle disposizioni sopra richiamate, la norma prevede che, in caso di scioglimento del consorzio stabile (finchè il soggetto consortile rimane in vita la qualificazione del consorzio stabile si estende ai singoli consorziati), i requisiti tecnici ed economici maturati con l'esecuzione unitaria sono attribuiti ai consorziati pro quota, mentre per le prestazioni eseguite singolarmente (e quando quindi è possibile identificare l'apporto effettivo di ciascuno all'esecuzione), l'attribuzione avviene in ragione della misura di effettiva partecipazione all'esecuzione dell'appalto.

Risulta dunque evidente che, nel caso di specie, correttamente la stazione appaltante, ai fini della verifica dei requisiti tecnici maturati dalla ricorrente nell'esecuzione di appalti conseguiti insieme ad altra società, nella forma del consorzio ordinario, ha inteso prendere in considerazione non già la quota della partecipazione al consorzio prevista dall'atto costitutivo, quanto invece la natura e la

misura della partecipazione all'esecuzione delle relative prestazioni contrattuali da parte di ciascuno dei consorziati.

La ricorrente assume poi l'illegittimità anche della valutazione, da parte della Commissione, dell'apporto concreto reso nell'esecuzione degli appalti espletati insieme alla società MERMEC in seno al consorzio VM, in quanto non sarebbe stata adeguatamente considerata tutta la documentazione, anche contabile, prodotta: in particolare, in maniera ingiustificata, la commissione avrebbe ommesso di considerare gli elementi emergenti dalle WBS allegata al regolamento interno, dalle quali emerge la ripartizione dei pagamenti tra i due consorziati, e la fattura pure prodotta a riprova dell'effettività dei pagamenti conseguiti.

Ora, da un attento e più approfondito esame di tutta la documentazione prodotta in giudizio e fornita da ESIM alla stazione appaltante in esito alla richiesta di chiarimenti e integrazione documentale (esame proprio della fase di merito del giudizio), emerge l'infondatezza dell'assunto di parte ricorrente e l'adeguatezza della motivazione posta a sostegno del provvedimento di esclusione oggetto di impugnazione.

Diversamente da quanto sostenuto dall'odierna ricorrente, infatti, dalla richiamata documentazione emerge soltanto la misura della ripartizione dei compensi complessivamente conseguiti dal consorzio per l'esecuzione dell'appalto e, in particolare, il fatto che ESIM conseguì compensi complessivi per un importo percentuale anche superiore alla misura della partecipazione al consorzio. Detta

circostanza, però, non è di per sé significativa ai fini del giudizio di verifica del requisito di capacità tecnica maturato grazie all'esecuzione dell'appalto, per il quale assume invece rilievo preponderante, rispetto all'entità dei compensi conseguiti da ciascuno, la considerazione della natura e della tipologia delle prestazioni espletate, in quanto indicative o meno del consolidarsi di una esperienza tecnica e professionale del tipo di quella richiesta nella procedura di prequalifica.

Analogamente, anche i certificati di idoneità tecnica e di esecuzione dei lavori, rilasciati unitariamente in favore del consorzio, non contengono alcun elemento atto ad indicare in maniera specifica quali delle prestazioni contrattuali siano state effettivamente eseguite da ESIM.

Gli unici documenti, fra quelli prodotti alla stazione appaltante e nel giudizio, alla stregua dei quali è possibile enucleare la ripartizione delle prestazioni fra le società consorziate sono costituiti proprio dai regolamenti interni al consorzio sui quali, non a caso, è prevalentemente risultata fondata la valutazione rimessa alla commissione di selezione.

Da detti regolamenti, come ritenuto dalla competente commissione tecnica, in base ad un giudizio tecnico che non appare al Collegio inficiato da profili di manifesta irragionevolezza o travisamento dei fatti, emerge che le attività affidate alla ESIM erano per lo più di natura esecutiva e relative all'installazione di materiali o di impianti di segnalamento standard, mentre la partecipazione all'attività di progettazione e sviluppo delle componenti HW e SW di sicurezza

risulta nulla o fortemente limitata.

Né la ESIM è stata in grado di produrre altro tipo di documentazione tecnica (relazioni tecniche e/o certificazioni conseguite) a riprova di una conseguita competenza nella progettazione e realizzazione di sistemi di sicurezza analoghi a quelli oggetto della gara.

Per tale assorbente motivo l'esclusione della ricorrente dalla procedura di prequalifica, per difetto del requisito di capacità tecnica prescritto dal bando, risulta adeguata e logicamente riferita agli elementi documentali prodotti, anche in esito alla richiesta di chiarimenti ed integrazioni documentali disposta correttamente dalla stazione appaltante proprio in ossequio al principio di *favor participationis* che la ricorrente assume invece essere stato ingiustamente violato.

Quanto sopra esposto in ordine alla fondatezza e al carattere assorbente della causa di esclusione fin qui considerata esime il Collegio dal prendere in esame la censura di difetto di motivazione, rivolta dalla ricorrente al provvedimento impugnato nella parte relativa all'ulteriore causa di esclusione ravvisata nella mancata dimostrazione di capacità tecnica nel settore della sensoristica termica (punto 2 dei requisiti di capacità tecnica previsti dal bando).

Infatti, per espressa previsione del bando di gara (sezione III.2), anche il mancato possesso di uno solo dei requisiti prescritti doveva comportare l'esclusione dalla gara.

Con l'ultimo motivo di ricorso, infine, ESIM contesta la stessa legittimità del bando, e delle cause di esclusione ivi previste, ove

intese con il rigore adottato dalla commissione di selezione, ritenendole contrarie ai principi di concorrenza e di *favor participationis*.

Anche detta censura non può essere condivisa dal Collegio.

La ricorrente assume che la impugnata esclusione sarebbe illegittima (e lo stesso bando, ove interpretato nel senso fatto proprio dalla commissione procedente) in quanto disposta sul presupposto che le attività svolte da ESIM all'interno del Consorzio VM fossero soltanto analoghe, e non pienamente coincidenti, a quelle oggetto di gara, con conseguente inammissibile restrizione della concorrenza.

In realtà, come visto, l'esclusione della ESIM è stata disposta solo perchè l'attività comprovata era di carattere meramente esecutivo - non riguardando profili di progettazione e realizzazione di sistemi di sicurezza del tipo di quelli previsti dal bando di gara - e non per presunte diversità della tipologia dei sistemi già forniti rispetto a quelli oggetto della nuova gara.

Conclusivamente il ricorso deve essere rigettato perché infondato.

Le spese di giudizio possono essere interamente compensate fra le parti, anche in ragione del diverso apprezzamento effettuato dal Collegio in sede cautelare.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre
2011 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Daniele, Presidente

Carlo Taglienti, Consigliere

Giampiero Lo Presti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/01/2012

IL SEGRETARIO

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