

REPUBBLICA ITALIANA N.1250/05 Reg. Sent.
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza, con l'intervento dei signori magistrati N.754 Reg. Gen.
ANNO 2005

- Nicolò Monteleone Presidente
- Calogero Ferlisi Consigliere-relatore,
- Mara Bertagnolli Referendario
ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 754/2005 proposto dall'Impresa *****COSTRUZIONI s.r.l., in persona del suo amministratore unico, ** Giuseppe, in nome proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese tra la stessa e l'Impresa ** Salvatore, rappresentato e difeso dagli Avv.ti Giovanni Immordino e Giuseppe Immordino, presso lo studio dei quali è elettivamente domiciliato, in Palermo, Viale Libertà n. 171;

CONTRO

il Comune di Agrigento, in persona del sindaco pro-tempore, non costituitosi in giudizio;

E NEI CONFRONTI

della ATI ** Isidoro s.r.l. - ** Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante della Capogruppo (** Isidoro s.r.l.), rappresentato e difeso dall'avv. Girolamo Rubino, presso il cui studio è elettivamente domiciliato, in Palermo, via Oberdan n. 5;

per l'annullamento, previa sospensione,

"del verbale di gara del 28-31 gennaio e 1 febbraio 2005, nonché del verbale di riapertura dei 3-14.2.2005, relativo alla aggiudicazione dell'appalto dei lavori di «manutenzione e pronto intervento del patrimonio viario comunale compresi i parcheggi e le pertinenze stradali della città di Agrigento e delle frazioni, ivi compresa la manutenzione semaforica», nella parte in cui la gara è stata aggiudicata all'ATI controinteressata a seguito della illegittima ammissione dell'ATI ** Costruzioni srl-** srl;
" nonché degli atti tutti presupposti, connessi e consequenziali".

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti l'atto di costituzione in giudizio dell'ATI controinteressata con le relative difese ed il ricorso incidentale;

Viste le memorie e gli altri scritti difensivi prodotti dalle parti;

Visti gli atti tutti della causa;

Designato relatore il Cons. Calogero Ferlisi;

Uditi, alla pubblica udienza del 22 giugno 2005, i difensori delle parti come da verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto:

FATTO

1. Con ricorso ritualmente notificato e depositato, l'Impresa Gen Costruzioni s.r.l., in nome proprio e nella qualità di capogruppo-mandataria dell'ATI tra la stessa e l'Impresa ** Salvatore impugna il provvedimento di cui in epigrafe chiedendone l'annullamento, vinte le spese, lamentando la illegittima ammissione alla gara della ATI ****.

In punto di diritto deduce:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 8, comma 1-quater L. n. 109/1994 in relazione all'art. 4 del D.P.R. n. 34/2000 e dell'allegato "B" al suddetto D.P.R. n. 34/2000.

L'ATI ** Costruzioni (capogruppo)-** (mandante) non poteva essere ammessa in quanto la ** C. non possedeva "... la certificazione di qualità necessaria in relazione all'importo dei lavori oggetto dell'appalto ed alle classifiche richieste per la relativa partecipazione.

La suddetta ATI, infatti, risulta in possesso della sola dichiarazione ai sensi dell'art. 2 comma 1 lett. r) del D.P.R. 34/2000, peraltro valida soltanto fino al 31.12.2004, di presenza degli elementi significativi correlati di sistema di qualità e non anche della necessaria certificazione ai sensi dell'art. 2 comma 1, lett. q), D.P.R. n. 34/2000 prescritta dall'art. 4 D.P.R. 34/2000, nonostante l'appalto rientrasse nella fascia di obbligo del possesso del sistema di qualità in forza di quanto specificato nell'allegato "B" al suddetto D.P.R. 34/2000.

Non rilevarebbe in contrario che "la mandante ** possedeva la suddetta certificazione, in quanto, "nel caso in cui a partecipare alla gara sia un'associazione temporanea di imprese di tipo orizzontale,....il possesso della certificazione UNI EN ISO 9000 del sistema di qualità deve essere dimostrato da tutte le imprese associate".

Aggiunge parte ricorrente che:

- "... la dichiarazione di elementi significativi contenuta nell'attestato SOA risultava scaduta alla data del 31.12.2004 e, quindi, priva di efficacia al momento della celebrazione della gara avvenuta in data 26 gennaio 2005;

- non "... vale rilevare che la suddetta impresa ha anche prodotto, con evidente intento sanatorio, una autonoma dichiarazione di presenza di elementi di qualità, con documento a parte, rilasciata da altro organismo di certificazione", dato che "anche la suddetta è una «dichiarazione di presenza di elementi significativi» e non anche una certificazione di qualità così come invece richiesto dall'art. 4 comma terzo del D.P.R. n. 34/2000, nonché dal chiaro disposto dell'art. 12 del bando di gara";

- in ogni caso, spetterebbe "... soltanto agli organismi di qualificazione attestare l'esistenza nei soggetti che essi hanno qualificato del possesso della certificazione di sistema di qualità oppure della dichiarazione della presenza di elementi significativi e correlati del sistema di qualità (T.A.R. Palermo, Sez. 11. 6.12.2003, n. 3965)";

- la ** non ha nemmeno "...dichiarato di avere in itinere il procedimento di adeguamento della SOA".

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 9 della legge n. 415/1998 e dell'art. 13, comma 1, della legge n.109/1994, in relazione anche all'art. 15, lett. i) del bando.

"Nell'atto di impegno a costituire il R.T.I. tra le Imprese ** -**, le imprese della costituenda ATI hanno solo dichiarato di essere in possesso dei requisiti senza indicare le quote di partecipazione al raggruppamento delle singole imprese non consentendo, quindi, all'Amministrazione di verificare l'effettivo possesso dei requisiti da parte dell'ATI".

2. Il Comune di Agrigento, ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.

3. Si è costituita, invece, l'intimata impresa ** (mandataria DELL'ati ** - **) chiedendo il rigetto del ricorso con vittoria di spese, proponendo altresì ricorso incidentale col quale si assume la illegittima ammissione alla gara dell'ATI **-**, stante che:

- l'associata ** avrebbe omesso di dichiarare la sussistenza o meno di soci cessati dalla carica nel triennio precedente;

- anche l'ATI **-** ha omesso di dichiarare preventivamente le singole quote di partecipazione al raggruppamento, sicché se questa dovesse essere esclusa verrebbe meno anche l'interesse della ricorrente principale come da conteggi allegati.

4. All'udienza camerale del 10 maggio 2005, fissata per l'esame dell'istanza di sospensione del provvedimento impugnato col ricorso introduttivo, è stata adottata ordinanza collegiale n. 198/2005 di fissazione dell'udienza per la trattazione nel merito del ricorso, ai sensi dell'art. 23-bis, comma 3°, della L. n. 1034/1971, introdotto dall'art. 4 della L. n. 205/2000.

5. Con memoria depositata in data 16 giugno 2005, l'Impresa ricorrente principale ha insistito per l'accoglimento del gravame, soffermandosi in particolare sul carattere non-pregiudiziale del ricorso incidentale e comunque sulla irrilevanza dello stesso ai fini dell'interesse della medesima ricorrente alla decisione, nel merito, del ricorso principale.

6. Alla pubblica udienza del 22 giugno 2005, presenti i Difensori delle parti - che si sono riportati agli scritti difensivi insistendo nelle relative conclusioni - la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. La ATI ***** Costruzioni/ **, già aggiudicataria, per sorteggio, dell'appalto di cui in epigrafe, ha perso l'aggiudicazione a seguito della riapertura della gara sotto le date del 3.2.2005 e del 14.2.2005 (cfr. verbali in atti) e nuova aggiudicazione alla ATI **/**, odierna controinteressata.

Aspira, ora, ad essere nuovamente aggiudicataria, previa esclusione dalla gara della ATI ****, come da conteggi allegati in atti da cui risulta che l'offerta della ricorrente si collocherebbe nuovamente in parità con altre offerte e sarebbe automaticamente aggiudicataria, non dovendosi ripetere alcun sorteggio (v. ric. pagg. 4-5).

Sul punto, il Collegio osserva che, in effetti, la prospettazione (la quale rileva sull'interesse della ricorrente all'aggiudicazione e quindi al ricorso) appare condivisibile alla stregua della decisione del C.g.a. 11 febbraio 2005, n. 56 (da cui il Collegio non ha motivo per discostarsi), nella quale è stato ritenuto che una volta che la lex specialis della gara preveda il sorteggio in caso di parità e la sorte abbia, come nella specie, già deciso una volta, il rimettere nuovamente all'alea l'esito della gara significherebbe negare valore normativo alla lex specialis, per la ragione che - si legge nella citata decisione del C.g.a. - «la sorte decide» una volta sola, perché - dando luogo essa ad un risultato assolutamente casuale - ogni nuovo esito si risolve necessariamente nella negazione del valore di quello precedente" (cfr. anche Consiglio di Stato, Sez.V, 15/3/2004 n.1272).

2. Nel merito, il ricorso introduttivo è fondato.

L'art. 12 del bando di gara rubricato "condizioni minime di carattere economico e tecnico necessarie per la partecipazione" stabiliva che "i concorrenti all'atto dell'offerta devono possedere attestazione rilasciata da società di attestazione (SOA) di cui al DPR 34/2000 regolarmente autorizzata, in corso validità, che documenti il possesso della qualificazione in categorie e classifiche adeguate ai lavori da assumere ed essere in possesso o della certificazione relativa all'intero sistema di qualità o della dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità rilasciata dai soggetti accreditati ai sensi delle norme europee della serie UNI EN ISO 45000, riportata nell'attestazione rilasciata dalla suddetta SOA, ai sensi del combinato disposto dell'art. 8. comma 3, lett. a) e b) della L. n. 109/94 e successive modifiche ed integrazioni e dell'art. 4 del DPR n. 34/2000 con le esenzioni e le scadenze di cui alla tabella requisito qualità, allegato B al DPR 34/2000".

Il successivo art. 15 lett. j) prevedeva che "nel caso di concorrenti costituiti ai sensi dell'art. 10, comma 1, lett. d) e) ed e-bis), della L. 104/94 e successive modificazioni, i requisiti di cui al punto 11. del presente bando devono essere posseduti, nella misura di cui all'art. 95, comma 2, del DPR 554/99 qualora associazioni di tipo orizzontale e nella misura di cui all'art. 95, comma 3, del medesimo DPR qualora associazioni di tipo verticale".

In particolare occorre considerare che l'art. 4 ("Sistema di qualità aziendale ed elementi significativi e correlati del sistema di qualità aziendale) del D.P.R. n. 34/2000 dispone come segue:

"1. Ai fini della qualificazione, ai sensi dell'articolo 8, comma 3, lettere a) e b), della legge, le imprese devono possedere il sistema di qualità aziendale UNI EN ISO 9000 ovvero elementi significativi e correlati del suddetto sistema, nella misura prevista dall'allegato C, secondo la cadenza temporale prevista dall'allegato B.

"2. La certificazione del sistema di qualità aziendale e la dichiarazione della presenza degli elementi significativi e tra loro correlati del sistema di qualità aziendale si intendono riferite agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso, con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche.

"3. Il possesso della certificazione di qualità aziendale ovvero il possesso della dichiarazione della presenza di requisiti del sistema di qualità aziendale, rilasciate da soggetti accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, al rilascio della certificazione nel settore delle imprese di costruzione, è attestato dalle SOA".

Si aggiunga che, alla stregua dell'Allegato B del D.P.R. 34/2000, a partire dall'anno 2005 per l'attestazione di qualità delle imprese con classifica III[^] è cessata la fase transitoria prevista dallo stesso Allegato (fase nella quale era sufficiente il possesso degli "elementi significativi del sistema di qualità"), ed è entrato a regime il sistema basato sul terzo comma dell'art. 4 del D.P.R. 34/2000, come sopra riportato con conseguente onere, per le imprese, di comprovare il possesso del "sistema di qualità" esclusivamente a mezzo attestato delle SOA.

Nella specie tale regola non appare rispettata in quanto:

- la categoria unica dei lavori nell'appalto per cui è causa era la OG3, classifica IV, stante l'importo complessivo dei lavori pari ad Euro 1.689.069,40;
- la ** e la ** hanno costituito una ATI orizzontale;
- la **, quale capogruppo di tale ATI, deve possedere, a norma dell'art. 95 D.P.R. 554/1999, come richiamato dal punto j) del bando di gara, la quota maggioritaria dei requisiti richiesti, ossia una classifica rapportata al 50%+1 dell'importo lavori (ossia, Euro 844,196,88), che ricade nella classifica III[^] ;
- tale classifica, a partire dal 2005 non è tra quelle esentate dalla certificazione SOA del "sistema di qualità";
- la **, pertanto, avrebbe dovuto comprovare il possesso della certificazione di qualità nell'ambito dell'attestazione SOA e non poteva essere legittimamente ammessa alla gara sulla base di mere dichiarazioni relative al possesso di "elementi significativi di qualità" ex art. 2, co. 1, lett. r) D.P.R. 34/2000.

Sul punto, peraltro, si è già espresso questo Tribunale (cfr. Sez. II, 6.12.2003, n. 3965) osservando che il comma 3 dell'art. 4 D.P.R. 34/2000 sancisce espressamente che spetta alle SOA attestare "il possesso della certificazione di qualità aziendale ovvero il possesso della dichiarazione della presenza di requisiti del sistema di qualità aziendale, rilasciate da soggetti accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000, al rilascio della certificazione nel settore delle imprese di costruzione; sicché una impresa certificata SOA non può documentare in altro modo il proprio sistema di qualità".

La superiore conclusione rende, altresì, irrilevante, ai fini del decidere, la cir** che l'impresa ** abbia prodotto anche una ulteriore dichiarazione rilasciata da altro organismo di certificazione, dato che - pure in questo caso - trattasi di una dichiarazione di presenza di "elementi significativi di qualità" e non di una certificazione SOA del "sistema di qualità" come richiesto, a regime, dall'art. 4, comma 3, del D.P.R. n. 34/2000 (richiamato dall'art.12 del bando di gara) in combinato disposto con l'allegato B dello stesso D.P.R. .

Va osservato, infine, che trattandosi di un requisito soggettivo di ammissione, la certificazione in argomento doveva essere posseduta da tutte le componenti dell'ATI (Cons. St., Sez. V, 30.5.2005, n. 2576; cfr. sez. IV, 14.2.2005, n. 435), sicché alcun rilievo può assumere il fatto che la mandante ** abbia prodotto una propria certificazione SOA del sistema di qualità.

3. Parimenti fondato è il secondo motivo di ricorso, in quanto le imprese ** ed **, riunite in ATI, non hanno fornito, in sede di domanda di ammissione alla gara, alcuna indicazione circa le rispettive quote di partecipazione al raggruppamento.

Sul punto il Collegio osserva solamente che tale indicazione, discende dall'art. 13, comma 1, della L. n. 109/1994 (e succ. modif. ed integ.) ed è essenziale ai fini della verifica, in concreto, della congruità dei requisiti percentuali richiesti dall'art. 95 D.P.R. n. 554/1999 alle singole imprese associate.

Peraltro, dopo qualche incertezza iniziale, la giurisprudenza amministrativa sembra essersi consolidata in tale senso e da ultimo il C.g.a., con dec. 8.3.2005, n. 97, ha ritenuto che le imprese che partecipano alle pubbliche gare d'appalto in associazione temporanea abbiano l'onere, a pena di esclusione, di specificare le rispettive quote di partecipazione al fine di rendere possibile la puntuale verifica, da parte della stazione appaltante, del possesso dei requisiti di qualificazione richiesti (vedasi anche, nello stesso senso, T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II 4.12.2004 n. 2726, nonché Cons. St., Sez. V dec. n. 6586/2004).

E' pur vero che - secondo quanto dedotto dalla parte resistente - la testuale formulazione del bando rinvia all'art. 95 del D.P.R. 554/1999, senza ulteriori precisazioni, ma una volta acclarato che la verifica della congruità dei requisiti percentuali richiesti dall'art. 95 D.P.R. n. 554/1999 alle singole imprese associate implica il preliminare rispetto di quanto disposto dall'art. 13, comma 1, della L. n. 109/1994, il testuale richiamo dell'art. 95 cit. non può assumere valore dirimente ai fini del decidere.

4. Quanto al ricorso incidentale proposto dalle intime imprese ** ed ** (col quale si assume la illegittima ammissione in gara di un soggetto terzo, precisamente l'ATI **-*), il Collegio ne rileva la fondatezza, relativamente all'assunto secondo il quale l'associata **, pur in mancanza di soci cessati dalla carica, avrebbe avuto l'obbligo di rendere la relativa dichiarazione.

Ciò discende chiaramente dal disciplinare di gara che al punto 3, pag. 6, (cfr. copia in atti) richiedeva espressamente la dichiarazione negativa: "dichiarare, a pena di esclusione, che non vi sono soggetti cessati dalla carica nel triennio antecedente la pubblicazione del bando".

5. Fondato appare, anche, l'assunto delle ricorrenti incidentali secondo il quale l'ATI **-* avrebbe dovuto essere esclusa per avere omesso di dichiarare preventivamente le singole quote di partecipazione al raggruppamento. Valgono, a tal proposito, le stesse considerazioni prima svolte relativamente all'analogo motivo di censura dedotto dalla ricorrente principale circa l'illegittima ammissione dell'ATI **-*.

6. Ciò posto, osserva, tuttavia, il Collegio che la riscontrata fondatezza tanto del ricorso principale, che del ricorso incidentale, non implica (anche alla stregua della deduzione della ricorrente principale - cfr. produzione documentale della stessa in data 20.05.2005 - secondo cui molte altre imprese si troverebbero nella stessa situazione dell'ATI **-*) il sopravvenuto difetto di interesse della ricorrente principale alla decisione nel merito del ricorso, bensì l'annullamento degli atti impugnati per quanto di ragione ed il conseguente onere dell'Amministrazione (cfr. C.g.a. dec. n. 205/2001) di riaprire il procedimento di gara al fine di adottare un unico metro valutativo per tutte le imprese (e ciò a prescindere dalla cir** adottata dalla ricorrente principale secondo la quale anche la ricorrente incidentale si troverebbe, sotto il profilo considerato, nella stessa situazione dell'ATI **-*).

6. In conclusione, il ricorso introduttivo dev'essere accolto e per l'effetto annullati, per quanto di ragione, i provvedimenti impugnati. Il ricorso incidentale dev'essere anch'esso accolto, con conseguente annullamento in parte qua e nei sensi di cui in motivazione dei provvedimenti impugnati. Restano salvi ed impregiudicati gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione all'esito della riapertura delle operazioni di gara.

Sussistono giusti motivi, in relazione agli specifici profili della controversia, per compensare tra le parti le spese e gli onorari del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Sicilia, Sezione Terza, definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso introduttivo di cui in epigrafe ed accoglie il ricorso incidentale e per l'effetto annulla, per quanto di ragione, i provvedimenti impugnati, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione all'esito della riapertura delle operazioni di gara.

Spese compensate.

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

Così deciso in Palermo nella Camera di consiglio del 22 giugno 2005.

Depositata in Segreteria il 19 luglio 2005