

N. 05141 del 10 novembre 2010 REG.ORD.SOSP. (N. 09069/2010 REG.RIC.)

REPUBBLICA ITALIANA

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 9069 del 2010, proposto dall'Impresa Costruzioni G.M. S.p.A. in P. e Q. C. Mand. Ati, Ati – C. Soc. Coop., rappresentati e difesi dall'avv. A.B., con domicilio eletto presso lo stesso in ...

contro

l'INAIL - Istituto Nazionale per l'Assicurazione Contro gli Infortuni sul Lavoro, rappresentato e difeso dagli avv.ti V.P. e L.A.R.S., con domicilio eletto presso il primo in ...

per la riforma

dell' ordinanza sospensiva del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUATER n. 04649/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI RIQUALIFICAZIONE AMBIENTALE - MCP

Visto l'art. 62 cod. proc. amm;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Inail;

Vista la impugnata ordinanza cautelare del Tribunale amministrativo regionale di reiezione della domanda cautelare presentata dalla parte ricorrente in primo grado;

Viste le memorie difensive;

Relatore, nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2010, il Cons. Paolo Buonvino;

Uditi, per le parti, gli avv. ti B. e S.;

Ritenuto che (contrariamente a quanto dedotto dall'INAIL nelle note impuginate in primo grado, con le quali sono state esposte le specifiche ragioni poste a supporto della contestata esclusione) la disciplina di cui all'art. 37, comma 12, del d.lgs. n. 163/2006, non appare escludere la possibilità di presentare offerte in associazione - oltre che con imprese già prequalificate (situazione sulla quale si è, in fattispecie analoga, pronunciata la Sezione con decisione n. 588/2008 con la quale è stato superato il precedente, difforme orientamento di cui alla decisione n. 1267/2006) – anche con imprese terze, il controllo circa il possesso dei requisiti di partecipazione può avere corso anche a valle dell'acquisizione delle offerte stesse;

che la peculiarità della controversia giustifica la compensazione delle spese relative alla presente fase di giudizio;

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, (ricorso n. 9069/2010), lo accoglie e, per l'effetto, in riforma dell'ordinanza impugnata, accoglie l'istanza cautelare in primo grado.

Fermo restando il carattere “non conclusivo” della posizione espressa dalla Sesta Sezione, trattandosi di Ordinanza, si ritiene che l'orientamento sia condivisibile, seppure la questione sia stata oggetto di argomentazioni contrastanti in sede giurisdizionale.

Si tratta ovviamente di questione che interessa solo le procedure ristrette, nelle quali la fase di qualificazione (altrimenti detta fase di prequalifica o fase di selezione) avviene in un primo segmento del procedimento, dove i “candidati” (non ancora titolari di alcuna offerta) chiedono di essere invitati e la stazione appaltante ne accerta l'idoneità (intesa come possesso dei requisiti di qualificazione e assenza delle cause di esclusione) sulla base delle loro dichiarazioni; solo successivamente gli invitati assumono la veste di “offerenti” e, in un secondo tempo, presentano l'offerta.

Nelle procedure aperte, al contrario, la fase di prequalifica e di presentazione delle offerte è unificata per cui non sussiste alcuna possibilità di modificare il Raggruppamento temporaneo concorrente.

La tesi contraria alla modificabilità del Raggruppamento temporaneo muove dalla constatazione che il nuovo soggetto che si presenta per la prima volta in sede di offerta (necessariamente mandante in un raggruppamento gli altri componenti del quale sono già stati qualificati) è un operatore economico “sconosciuto” alla stazione appaltante la quale dovrebbe, con un procedimento eccezionale rispetto agli altri concorrenti (i cui requisiti sono già stati ritenuti idonei in sede di prequalifica), accertarsi se anche tale nuovo soggetto è a sua volta idoneo, rompendo l'ordinaria procedura, rallentando il procedimento di gara e vulnerando (in astratto) la par condicio tra i diversi offerenti.

Le norme di interesse sono i commi 8, 9 e 12 dell'articolo 37 del decreto legislativo n. 163 del 2006, che così recitano:

«8. E' consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutti gli operatori economici che costituiranno i raggruppamenti temporanei o i consorzi ordinari di concorrenti e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, gli stessi operatori conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, da indicare in sede di offerta e qualificata come mandatario, il quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e dei mandanti.

9. ... è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

12. In caso di procedure ristrette o negoziate ... l'operatore economico invitato individualmente ... ha la facoltà di presentare offerta ... per sé o quale mandatario di operatori riuniti.».

La tesi contraria alla modificabilità è sostenuta in relazione al comma 9 (già articolo 13, comma 5-bis, della legge n. 109 del 1994), con la necessità di consentire alla stazione appaltante di verificare il possesso dei requisiti in capo a tutti i soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari.

Tuttavia il comma 12 appare preciso: si tratta di modificazione del concorrente mediante aggregazione di (nuove) imprese mandanti. L'interpretazione restrittiva renderebbe tamquam non esset tale comma 12 e ciò non è possibile. Inoltre a nulla rileva che il comma 12 preveda l'aggregazione ad un concorrente invitato singolarmente; se al concorrente singolo già qualificato possono essere aggiunte imprese mandanti (tecnicamente superflue in quanto ai requisiti, ai fini della qualificazione) certamente questo può avvenire anche per RTI già così qualificati in origine, per almeno due motivi:

- a) per il principio comunitario della non discriminazione dei concorrenti sulla base del loro modello organizzativo;
- b) perché le condizioni “ostative” poste da una parte della giurisprudenza all'allargamento di un RTI sarebbero applicabili in astratto anche al concorrente singolo, ignorando il comma 12.

Si deve anche considerare che il comma 9 citato vieta la modificazione del RTI rispetto all'impegno presentato in sede di

“offerta”. Se è vero che tale impegno deve essere chiesto anche in fase di prequalifica (per accertare l'ammissibilità del candidato e includerlo nell'elenco degli invitati) non pare esservi dubbio che il divieto scatta dal momento della presentazione della “offerta” (termine letterale che non lascia spazio a diverse interpretazioni). Si ritiene pertanto condivisibile la soluzione non restrittiva in commento secondo la quale il divieto di “aggiungere” imprese mandanti e la immodificabilità si applicano solo a partire dall'offerta (T.A.R. Umbria, sez. prima, 22 aprile 2008, n. 125); nello stesso senso Consiglio di Stato, sez. quinta, 20 febbraio 2008, n. 588, richiamata: «Da tali disposizioni emerge come il legislatore abbia inteso favorire il fenomeno del raggruppamento di imprese e individuare la presentazione dell'offerta come momento della procedura, da cui scatta il divieto di modificabilità soggettiva della composizione dei partecipanti. Tutte le citate disposizioni fanno riferimento all'offerta, che è cosa diversa dalla richiesta di invito, senza ricollegare in alcun modo il principio di immodificabilità soggettiva alla fase della prequalificazione in caso di procedura ristretta. In presenza di disposizioni espresse che non consentono la modifica della composizione dei partecipanti dopo l'offerta e in assenza di analogo divieto per la fase della prequalificazione, deve escludersi che si possa pervenire in via pretoria ad un divieto, non sancito dal legislatore».

Per completezza non si può sottacere che queste conclusioni devono essere manipolate con cautela (anche se nella realtà si verificano raramente), nel senso che in presenza di modifiche al RTI, fatte salve le successive fattispecie 1) e 2), le dichiarazioni devono essere opportunamente integrate dai nuovi entranti. Inoltre, a sommo avviso di chi scrive, qualunque sia la modificazione essa deve salvaguardare (e non riguardare) il “nucleo” del concorrente in possesso dei requisiti complessivi di qualificazione. Esemplificando, potrebbero essere proposte le seguenti linee applicative:

- se il RTI invitato è composto dalle imprese A (capogruppo), B e C (mandanti), l'impresa C può recedere se il RTI formato da A (da capogruppo a singolo) e B, resta “autosufficiente” (caso 1);
- se il RTI invitato è composto dalle imprese A (capogruppo), B e C (mandanti), le imprese B e C possono recedere se A (da capogruppo a singolo) è “autosufficiente” (caso 2);
- se il RTI invitato è composto dalle imprese A (capogruppo), B e C (mandanti), e viene successivamente aggregata l'impresa D mentre recede l'impresa C, ciò è possibile se il RTI formato da A (da capogruppo a singolo) e B è “autosufficiente” anche a prescindere dalla nuova mandante D che deve essere “superflua” (casi 4 e 5);

Sulla base delle considerazioni che precedono si può passare ai 5 casi che si possono verificare:

- 1) concorrente qualificatosi come capogruppo mandatario in RTI che si presenta come capogruppo mandatario di RTI “ristretto” (per recesso di una precedente impresa mandante); il concorrente già capogruppo e che tale rimane, deve confermare le dichiarazioni presentate in fase di qualificazione, individuare il mandante “estromesso” dal RTI e:
 - indicare i lavori che assume nell'ambito del RTI (quota di partecipazione al RTI), mutati in termini quantitativi nell'ambito del RTI;
 - dimostrare o rendere dimostrabile il possesso di requisiti sufficienti alla partecipazione anche dopo il recesso della mandante;
- 2) concorrente qualificatosi come capogruppo mandatario in RTI che si presenta come concorrente singolo (per recesso di tutte le precedenti imprese mandanti); non ha bisogno di dichiarare null'altro; ovviamente deve dimostrare o rendere dimostrabile il possesso in proprio di requisiti sufficienti alla partecipazione;
- 3) concorrente qualificatosi singolarmente che presenta offerta come capogruppo mandatario di RTI (con aggregazione di nuova impresa mandante);
il concorrente singolo divenuto capogruppo deve:
 - impegnarsi ad assumere il mandato di capogruppo;

- *impegnarsi a perfezionare il mandato prima della stipula del contratto;*
- *indicare i lavori che assume nell'ambito del RTI (quota di partecipazione al RTI);*

il mandante di nuova introduzione deve:

- *dichiarare l'assenza di cause di esclusione e i requisiti morali ex articolo 38;*
- *dichiarare il possesso dei requisiti ex articolo 40 (per i lavori l'attestazione SOA), o articoli 41 e 42 (per servizi e forniture);*
- *impegnarsi a conferire mandato al capogruppo;*
- *impegnarsi a conferire mandato al capogruppo;*
- *impegnarsi a perfezionare il mandato prima della stipula del contratto;*
- *indicare i lavori che assume nell'ambito del RTI (quota di partecipazione al RTI);*

4) *concorrente qualificatosi come capogruppo mandatario in RTI che si presenta come capogruppo mandatario di RTI "allargato" (per aggregazione di nuova impresa mandante);*

il concorrente già capogruppo e che tale rimane, deve confermare le dichiarazioni presentate in fase di qualificazione e:

- *indicare i lavori che assume nell'ambito del RTI (quota di partecipazione al RTI), probabilmente mutati in termini quantitativi nell'ambito del RTI per effetto dell'intervento di una nuova mandante;*

il mandante di nuova introduzione deve:

- *dichiarare l'assenza di cause di esclusione e i requisiti morali ex punto III.3.1) del bando;*
- *dichiarare il possesso dei requisiti ex punto III.3.3), lettere a), a-bis) e c), del bando;*
- *impegnarsi a conferire mandato al capogruppo;*
- *impegnarsi a conferire mandato al capogruppo;*
- *impegnarsi a perfezionare il mandato prima della stipula del contratto;*
- *indicare i lavori che assume nell'ambito del RTI (quota di partecipazione al RTI);*

5) *concorrente qualificatosi come mandante in RTI che si presenta ancora come mandante in RTI ma il cui RTI si è modificato (per aggregazione di nuova impresa mandante o recesso di una precedente impresa mandante oppure per la presenza di ambedue le condizioni di aggregazione e recesso); il concorrente già mandante e che tale rimane, deve confermare le dichiarazioni presentate in fase di qualificazione e indicare i lavori che assume nell'ambito del RTI (quota di partecipazione al RTI), probabilmente mutati in termini quantitativi nell'ambito del RTI in seguito alla modificazione di quest'ultimo.*

I casi 1) e 4) possono coesistere dando luogo al caso 5).

Nei casi 3), 4) e 5) le nuove mandanti dovranno presentare le dichiarazioni complete come previste per i soggetti originari nella fase di qualificazione.

Tornando all'ordinanza sospensiva in discussione, l'affermazione « il controllo circa il possesso dei requisiti di partecipazione può avere corso anche a valle dell'acquisizione delle offerte stesse» deve essere intesa nel senso che le dichiarazioni dei requisiti delle mandanti di nuova introduzione può essere fatto dopo l'acquisizione delle offerte (ai sensi degli articoli 67, comma 2, lettera d), e 74, comma 4) ma sempre prima dell'apertura delle offerte vere e proprie (queste ultime di norma collocate in una apposita busta interna al plico, da aprire solo dopo che anche le nuove mandanti siano state ritenute ammissibili).

Per completezza si aggiunge che il Consiglio di Stato non si è più pronunciato nel merito in quanto l'impresa ricorrente esclusa, ha dichiarato a verbale in udienza al T.A.R. di non avere più interesse alla decisione di merito della causa atteso che, a seguito della riammissione in gara in esecuzione dell'ordinanza sopra commentata la sua offerta si è collocata nona in graduatoria.

Con sentenza 14 marzo 2011, n. 8380, il T.A.R. pertanto ha dichiarato la sopravvenuta carenza di interesse, tuttavia nel pronunciarsi sulle spese, a criticato l'ordinanza del Giudice d'appello e ha confermato, con motivazioni parzialmente non condivisibili, il proprio orientamento nel senso della immodificabilità della composizione del R.T.I. tra prequalifica e offerta, limitando la previsione dell'articolo 37, comma 12, del Codice di contratti, al caso in cui i soggetti "aggiunti" tra la prequalifica e l'offerta siano stati a loro volta invitati e prequalificati individualmente.