



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO

Sezione I

ha pronunciato la seguente

Sentenza

sul ricorso n. 8863 del 2008, proposto da PA.CO. Pacifico Costruzioni S.p.A., OR.M.E. Organizzazione Manutenzione Engeneering S.p.A., I.C.G. 2 Ingegneria e Costruzioni Generali S.p.A., CO.R.I.S. s.r.l. Impianti tecnologici, AR s.r.l., Guerrato S.p.A., nella persona dei rispettivi legali rappresentanti, in proprio e nella qualità di imprese componenti la costituenda ATI avente quale capogruppo designata PA.CO. Pacifico Costruzioni, rappresentate e difese dall'avv. Enrico Soprano, presso il cui studio sono elettivamente domiciliate, in Roma, via degli Avignonesi n. 5

contro

- la Presidenza del Consiglio dei Ministri, in persona del Presidente del Consiglio dei Ministri p.t.;

- la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Struttura di Missione per le celebrazioni del 150° anniversario dell'Unità Nazionale, in persona del legale rappresentante;

rappresentate e difese dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale sono elettivamente domiciliate, in Roma, alla via dei Portoghesi n. 12

e nei confronti di

Società Costruzioni Barozzi – COBAR s.r.l., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI con Rava e C. s.r.l., IMAC S.p.A., Eredi Maggi Impianti s.r.l., Impresa Francesco Di Croscio, Consorzio ITL Italiana Tecnologia e Lavori, rappresentata e difesa dagli avv.ti Patrizio Leozappa e Carlo Rella, presso lo studio del primo elettivamente domiciliata, in Roma, via Bocca di Leone n. 78

per l'annullamento

- del provvedimento con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva, in favore dell'ATI avente quale capogruppo COBAR s.r.l., dell'appalto avente ad oggetto la "progettazione ed esecuzione dei lavori di restauro, ristrutturazione architettonica ed impiantistica per incrementare la produttività del Teatro San Carlo di Napoli", di cui al bando pubblicato in GUCE del 6 giugno 2008;
- dei verbali di gara, redatti fra il 31 luglio e l'8 agosto 2008, nella parte in cui la commissione esaminatrice nominata

dalla stazione appaltante ha ammesso alla procedura l'ATI COBAR ed ha disposto l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto in favore della stessa;

- del contratto di appalto, ove già stipulato;
- in via subordinata, del provvedimento di indizione della gara, del bando del 6 giugno 2008 e della normativa concorsuale ad esso allegata, nonché di tutti i verbali di gara;
- in via subordinata, degli atti prodromici all'indizione della procedura selettiva in questione, e di costituzione e funzionamento della Struttura di Missione, ivi inclusi il D.P.C.M. del 24 luglio 2007 (recante istituzione del Comitato interministeriale per le celebrazioni del 150° anniversario dell'Unità d'Italia), il D.P.C.M. 15 giugno 2007 (recante istituzione della Struttura di Missione per le celebrazioni dei 150 anni dell'Unità d'Italia), del D.P.C.M. 23 novembre 2007 (recante la dichiarazione di "grande evento" nel territorio nazionale in occasione delle celebrazioni per il 150° anniversario dell'Unità d'Italia), l'O.P.C.M. 23 novembre 2007 n. 3632 (recante disposizioni per lo svolgimento del grande evento relativo al 150° anniversario dell'Unità d'Italia), il D.P.C.M. 22 gennaio 2008 (recante la nomina dell'On.le Francesco Rutelli a Commissario delegato per il "grande evento" di cui al D.P.C.M. 23 novembre 2007), l'O.P.C.M. 19 marzo 2008 n. 3663 (recante "ulteriori disposizioni per lo

svolgimento dei grandi eventi relativi alla Presidenza italiana del G8 ed al 150° anniversario dell'Unità d'Italia e per consentire lo svolgimento nel territorio della Regione Lazio dei Mondiali di nuoto "Roma 2009"), il D.P.C.M. 18 luglio 2008 (recante la nomina ed organizzazione del Comitato interministeriale per le celebrazioni del 150° anniversario dell'Unità d'Italia);

- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e consequenziale.

Visto il ricorso con la relativa documentazione;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata e della predetta parte controinteressata;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 17 dicembre 2008 il dr. Roberto POLITI; uditi altresì i procuratori delle parti come da verbale d'udienza.

Ritenuto in fatto ed in diritto quanto segue:

Fatto

Premessi cenni illustrativi in ordine al quadro normativo di riferimento che ha assistito la proclamazione di "grande evento" delle celebrazioni relative al 150° anniversario dell'Unità d'Italia, espone parte ricorrente che le iniziative e gli interventi compresi

nel relativo programma sono stati dichiarati indifferibili, urgenti e di pubblica utilità, con conseguente derogabilità di un complesso di disposizioni analiticamente individuate.

Soggiunge, poi, di aver presentato domanda di partecipazione alla pubblica procedura di selezione indetta, in tale quadro di interventi, per la "progettazione ed esecuzione dei lavori di restauro, ristrutturazione architettonica ed impiantistica per incrementare la produttività del Teatro San Carlo di Napoli".

Nell'illustrare il complesso dei requisiti di carattere tecnico e finanziario indicati dal disciplinare allegato al bando di gara, evidenzia poi parte ricorrente di essersi classificata, in esito allo svolgimento delle procedure di selezione, al secondo posto (dietro l'ATI avente quale capogruppo COBAR).

Assume con il presente gravame l'illegittimità degli atti di gara e della conclusiva determinazione di aggiudicazione sulla base delle censure di seguito sintetizzate:

1) Violazione degli artt. 37 e 40 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Violazione dell'art. 3 del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34. Violazione degli artt. 93 e 95 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554. Violazione della lex specialis della gara. Eccesso di potere per falsità dei presupposti, travisamento dei fatti e difetto di istruttoria.

Viene in primo luogo evidenziato come il raggruppamento COBAR avrebbe dovuto essere escluso dalla gara in ragione

della irregolarità ed incompletezza delle dichiarazioni rese dalle componenti dell'ATI in ordine alla ripartizione delle relative quote di partecipazione.

In particolare, in luogo di indicare le quote di partecipazione alle singole categorie di lavori da eseguirsi a cura di ciascuna impresa associanda, queste ultime avrebbero indicato le quote di partecipazione in misura percentuale rispetto all'intero raggruppamento (e, quindi, in funzione dell'importo complessivo dei lavori, come ricavato dalla somma di tutte le categorie dell'appalto).

2) Violazione dell'art. 46 del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445.
Violazione dell'art. 66 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554.
Violazione della lex specialis della gara. Violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare. Eccesso di potere per falsità dei presupposti e difetto di istruttoria.

I progettisti dell'ATI COBAR si sarebbero, inoltre, limitati a dichiarare di essere in possesso dei requisiti di cui all'art. 66 del D.P.R. 554/1999 senza indicare la misura di effettivo possesso, da parte di ciascuno, dei predetti requisiti di capacità, prescritti a pena di esclusione dalla procedura.

3) Violazione dell'art. 90 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163.
Violazione dell'art. 51 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554.
Incompetenza. Violazione dell'art. 5 della legge 24 febbraio 1992 n. 225. Violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990 n.

241. Eccesso di potere per falsità dei presupposti e difetto di motivazione, difetto di istruttoria ed illogicità.

Ulteriore motivo di esclusione dalla procedura dell'ATI poi proclamata aggiudicataria viene individuato nella mancata previsione della presenza, fra i tecnici indicati per l'esecuzione delle attività di progettazione appaltate, di un giovane professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione.

Nel caso in cui si ritenga che la lex specialis abbia inteso derogare alle disposizioni – riguardanti la prescrizione anzidetta – di cui agli artt. 90 del D.Lgs. 163/2006 e 51 del D.P.R. 554/1999, assume parte ricorrente l'illegittimità del bando del 6 giugno 2008 e dei presupposti atti (fra i quali l'ordinanza presidenziale n. 3632/2007).

4) Violazione della lex specialis della gara. Violazione dell'art. 66 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554. Eccesso di potere per falsità dei presupposti e difetto di istruttoria.

Nel rilevare come il bando di gara prevedesse espressamente, per la partecipazione alla gara, il possesso di n. 18 unità di personale, di cui un restauratore, viene osservato come l'ATI COBAR non abbia documentato la presenza di tale professionalità nell'ambito del proprio personale.

5) Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 90 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Violazione dei principi generali in materia

di pubbliche gare. Violazione dell'art. 97 della Costituzione.
Eccesso di potere per falsità dei presupposti.

I progettisti indicati dall'ATI aggiudicataria si sarebbero limitati a dichiarare l'inesistenza delle cause di esclusione di cui agli artt. 38 e 90 del D.Lgs. 163/2006, senza menzionare le numerose ipotesi di esclusione e/o incompatibilità da queste ultime contemplate; denunciandosi, ove dovesse ritenersi che una siffatta generica dichiarazione fosse consentita dal disciplinare di gara, l'illegittimità di quest'ultimo.

6) In via subordinata. Incompetenza. Violazione delle disposizioni di cui al decreto legge 24 novembre 2000 n. 345, convertito in legge 26 gennaio 2001 n. 6 ed alla legge 14 agosto 1967 n. 800. Violazione dell'art. 97 della Costituzione.
Eccesso di potere per falsità dei presupposti e sviamento.

Assume poi parte ricorrente che il Presidente del Consiglio dei Ministri non fosse legittimato ad individuare il soggetto aggiudicatore dell'appalto, in quanto tale prerogativa sarebbe riservata alla Fondazione Teatro San Carlo.

7) Segue. Incompetenza. Violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 5 della legge 24 febbraio 1992 n. 225. Violazione e falsa applicazione degli artt. 5 e 5-bis del decreto legge 7 settembre 2001 n. 343, convertito in legge 9 novembre 2001 n. 401. Violazione dell'art. 3 della legge 7 agosto 1990 n. 241.

Eccesso di potere per falsità dei presupposti, difetto di istruttoria e sviamento.

Assume poi parte ricorrente che, nella fattispecie, sarebbero insussistenti i presupposti per la dichiarazione di grande evento delle celebrazioni per il 150° anniversario dell'Unità d'Italia, conseguentemente contestando la legittima applicabilità alla procedura de qua della disciplina di carattere derogatorio di cui alla legge 225/1992.

Né i lavori oggetto dell'appalto all'esame potrebbero ritenersi legittimamente sussumibili nel novero delle opere di carattere emergenziale per le quali trova applicazione la legislazione in materia di protezione civile.

8) Violazione degli art. 7 e 15 del D.P.R. 28 dicembre 1985 n. 1092. Violazione dell'art.97 della Costituzione. Eccesso di potere per falsità dei presupposti.

Nel rilevare come il D.P.C.M. 15 giugno 2007 – recante istituzione della Struttura di Missione per il 150° anniversario dell'Unità d'Italia – non sia stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale, argomenta parte ricorrente che gli atti che in esso trovano presupposto siano sforniti dei necessari requisiti di giuridica efficacia.

Con motivi aggiunti notificati alle controparti e depositati in giudizio il 16 ottobre 2008, l'ATI ricorrente ha esposto i seguenti ulteriori argomenti di censura:

9) Violazione degli artt. 37 e 40 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Violazione dell'art. 3 del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34. Violazione dell'art. 95 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554. Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per falsità dei presupposti e difetto di istruttoria.

Con riferimento al primo dei motivi esposti con l'atto introduttivo del giudizio, precisa parte ricorrente che – quand'anche le quote percentuali da indicare a cura delle partecipanti all'ATI andassero riferite non già all'intero raggruppamento (e, quindi, all'importo complessivo dell'appalto), ma all'importo delle singole categorie di lavori oggetto di affidamento, COBAR avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in quanto la somma delle quote percentuali da essa indicate nell'atto di impegno non risulta pari al 100% per ciascuna categoria di lavori.

10) Violazione degli artt. 37 e 40 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163. Violazione dell'art. 3 del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34. Violazione dell'art. 95 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554. Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per falsità dei presupposti e difetto di istruttoria.

L'ATI aggiudicataria avrebbe, poi, dovuto essere esclusa in ragione del mancato possesso, in capo al mandante Consorzio ITL, dei requisiti di partecipazione relativi alla categoria

scorporabile OG11, classifica VIII (ovvero, il 10% dell'importo a base d'asta dei corrispondenti lavori, pari a € 21.016.100,00).

11) Violazione dell'art. 3 del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34. Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per falsità dei presupposti e difetto di istruttoria.

Nell'evidenziare come il bando di gara imponesse, fra le condizioni di partecipazione, la dimostrazione di una cifra d'affari realizzata nel quinquennio precedente non inferiore a tre volte l'importo a base di gara, (nella fattispecie: € 54.750.249,56), rileva parte ricorrente che COBAR (partecipante all'ATI per il 64,5%) non ha documentato il possesso della cifra d'affari per una corrispondente percentuale (64.5% di € 150.000.000,00 = € 96.375.000,00), vantando tale titolo una cifra complessiva per € 72.420.352,50.

12) Violazione dell'art. 66 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554. Violazione della lex specialis di gara. Eccesso di potere per falsità dei presupposti e difetto di istruttoria.

Tra i soggetti incaricati dall'ATI aggiudicataria delle attività di progettazione vi è la stessa capogruppo COBAR, la quale, tuttavia, avrebbe genericamente indicato il possesso, da parte della propria struttura aziendale, dei requisiti al riguardo previsti dal bando di gara.

13) Violazione dell'art. 75 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163.
Violazione del D.M. 2 marzo 2004 n. 123. Eccesso di potere per
falsità dei presupposti e difetto di istruttoria.

La polizza fidejussoria esibita dall'ATI aggiudicataria a garanzia del versamento della cauzione provvisoria è sottoscritta unicamente dal legale rappresentante di COBAR e non anche dai rappresentanti delle imprese componenti l'ATI: tale omissione implicando, ad avviso di parte ricorrente, l'esclusione del raggruppamento dalla procedura di gara.

Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.

L'Amministrazione intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.

Analoghe considerazioni sono state rassegnate dall'ATI COBAR, parimenti costituitasi in giudizio.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 17 dicembre 2008.

Diritto

1. Con il primo dei riportati argomenti di censura contesta parte ricorrente la legittimità dell'ammissione alla gara de qua del raggruppamento avente quale mandataria capogruppo la Società Costruzioni Barozzi – COBAR, atteso che quest'ultimo

avrebbe indicato, nella domanda di partecipazione alla procedura di selezione, esclusivamente la quota di partecipazione al raggruppamento di ciascuna impresa facente parte dell'ATI; e non anche la quota di lavori assunta da ciascuna di esse.

Tale argomento di doglianza trova ulteriore sviluppo nel primo dei motivi aggiunti successivamente proposti, con il quale parte ricorrente pone in evidenza che la sommatoria della percentuale di lavori che ciascuna delle raggruppate società si sarebbe impegnata ad eseguire – ove si ritenga che tale percentuale corrisponda alla quota di partecipazione di ciascuna di esse all'ATI – è comunque inferiore, per ciascuna delle categorie di opere considerate nell'appalto de quo (OG2 – OG11 – OS2), al 100%: per l'effetto assumendosi che nessuna delle indicate lavorazioni sarebbe eseguita per l'intero dal raggruppamento COBAR.

Va in proposito osservato che la lex specialis di gara imponeva (punto 12) la presentazione, ad opera dei soggetti di cui all'art. 37, comma 8, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, di una dichiarazione contenente, fra l'altro, l'indicazione del tipo di raggruppamento che vorrà essere utilizzato, nonché le relative quote di partecipazione.

La disposizione ora richiamata stabilisce che "è 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”.

Per quanto di interesse ai fini del decidere, va soggiunto come il successivo comma 13 preveda che “i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”.

Il controinteressato raggruppamento – che ha assunto l'impegno a costituirsi in associazione di tipo misto, con conferimento del mandato di capogruppo e funzioni di rappresentanza alla COBAR – ha reso, in data 28 luglio 2008, una dichiarazione nella quale viene indicato che:

- la mandataria COBAR avrebbe assunto una quota dell'intero raggruppamento pari al 64,25%;
- mentre le mandanti IMAC, CONSORZIO ITL, EREDI MAGGI IMPIANTI, RAVA e DI CRISCIO avrebbero assunto quote del

raggruppamento stesso pari, rispettivamente, al 10%, al 10%, al 5% al 5,75% ed al 5%.

2. Ciò posto in punto di fatto, va rammentato come il comma 3 del già citato art. 37 del D.Lgs. 163/2006 preveda che sono ammessi alle procedure concorsuali gli imprenditori partecipanti al raggruppamento che abbiano i requisiti indicati nel regolamento.

L'art. 95 del D.P.R. 554/1999, applicabile in via transitoria fino all'entrata in vigore delle nuove disposizioni regolamentari (art. 253, comma 3, del D.Lgs. 163/2006), indica quali siano i requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi che devono possedere i partecipanti alla gara.

È implicita, pertanto, la regola secondo cui soltanto se si impone alle imprese di dichiarare la quota di partecipazione sin dalla fase procedimentale, "formalizzando" i patti tra gli operatori raggruppati, è possibile per la stazione appaltante verificare, secondo le modalità prescritte dal Codice degli appalti, il rispetto da parte delle stesse imprese dei requisiti di carattere economico e organizzativo.

La regola della simmetria consente alla stazione appaltante di potere concretamente verificare la serietà ed affidabilità dell'offerta stessa: conseguentemente dovendosi ritenere necessario il rispetto del principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione all'A.T.I.

(cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. VI, 8 febbraio 2008 n. 416; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 22 marzo 2007 n. 249; T.A.R. Sicilia, Catania, sez. IV, 8 febbraio 2007 n. 222).

Se la riportata previsione di cui al comma 13 dell'art. 37 del D.Lgs. 163/2006 ha stabilito l'esigenza di un parallelismo tra quote di partecipazione vantate da ciascuna associata nell'ambito del raggruppamento e quote di esecuzione dei lavori di ciascuna di esse assunte, deve ritenersi, pertanto, implicito il principio secondo cui soltanto se l'impresa ha già indicato nell'offerta quale sia la quota di partecipazione ai lavori la stazione appaltante potrà verificare poi che tale indicazione venga concretamente rispettata nella fase di attuazione del programma contrattuale.

Ciò non significa, è bene puntualizzare, che la fase dell'esecuzione sia connotata da una rigida e meccanica applicazione di tale regola della corrispondenza: qualora, infatti, dopo la stipulazione del contratto si verificino eventi sopravvenuti idonei ad incidere sul contenuto del contratto, è possibile, nei limiti consentiti dal Codice degli appalti, adeguare il contenuto stesso, anche eventualmente in ordine alla distribuzione delle quote di esecuzione, alla nuova situazione fattuale.

Su un piano più generale, la regola della corrispondenza, come ha messo ben in evidenza il Consiglio di Stato, è imposta

dall'esigenza di rispettare «il principio di buon andamento e di trasparenza», che impone che «le imprese partecipanti ad un costituendo raggruppamento indichino le quote di lavori che ciascuna di loro eseguirà in modo da permettere subito la verifica dei requisiti richiesti dalla normativa di settore» (Cons. Stato, sez. VI, n. 416 del 2008 cit.).

In conclusione, deve ritenersi che, all'esito di una interpretazione letterale e sistematica delle norme contenute del Codice e nel regolamento, le imprese partecipanti hanno l'obbligo di indicare le quote di partecipazione (non soltanto al raggruppamento, costituendo o costituito, ma anche dei lavori) già nell'offerta di gara, atteso che una dichiarazione ex post in sede di esecuzione non potrebbe assolvere allo stesso modo alle esigenze sin qui sinteticamente indicate.

Quindi, è conclusivamente dato individuare la presenza di due distinti, ma convergenti, profili di corrispondenza che devono qualificare, nel caso di offerta presentata da un raggruppamento costituito o costituendo, l'individuabilità della composizione delle attività rimesse ai soggetti di esso facenti parte:

- in primo luogo, quello fra quota di partecipazione all'ATI e quota dei lavori assunti dalla mandataria e da ciascuna mandante;

- secondariamente, quello fra quota dei lavori e qualificazione quale risultante dalle attestazioni SOA.

La partecipazione alla procedura concorsuale delle associazioni temporanee è, infatti, subordinata alla condizione che (non solo) la mandataria (ma anche) le altre imprese del raggruppamento siano già in possesso dei requisiti di qualificazione per la rispettiva quota percentuale: in tal modo riaffermandosi la necessità della previa indicazione delle quote di partecipazione, quale requisito avente carattere di chiara strumentalità al rispetto delle regole di trasparenza e pubblicità cui l'attività della stazione appaltante deve essere informata, e in particolare all'esigenza di conoscere sin dalla fase iniziale se i costituendi raggruppamenti siano o meno in possesso dei prescritti requisiti di capacità tecnica e finanziaria (cfr. Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2007 n. 5260).

3. Contrariamente a quanto fin qui rilevato, gli atti di causa evidenziano che:

- non soltanto le imprese componenti del raggruppamento COBAR (aggiudicatario) hanno ricusato di esplicitare le quote da ciascuna di esse assunte quanto all'esecuzione dei lavori (indicando esclusivamente le quote di partecipazione da ciascuna di esse vantate nell'ambito del raggruppamento stesso);

- ma che, vieppiù, non è dato individuare, per taluna di esse, la necessaria corrispondenza fra quote di partecipazione all'ATI, quote dei lavori assunte rispetto all'appalto e qualificazioni SOA vantate rispetto alle corrispondenti categorie di lavori.

In presenza della mera indicazione, ad opera del raggruppamento controinteressato, delle quote di partecipazione al medesimo assunte dalla mandataria e dalle mandanti, deve conseguentemente escludersi che univoci e concludenti elementi dimostrativi consentano di apprezzare (e verificare) la necessaria corrispondenza delle quote anzidette con le percentuali di lavori assunte dai soggetti partecipanti all'ATI.

Con l'ulteriore conseguenza che la rilevata carenza neppure consente di appurare, in ragione della quota parte di lavori assunta da ciascun partecipante al raggruppamento, il possesso della corrispondente qualificazione.

Non soccorre a tali fini, la produzione (ad opera delle partecipanti all'ATI poi proclamata aggiudicataria) delle attestazioni SOA, atteso che la verificabilità dell'idoneità del contenuto di esse ai fini dell'ammissione alla procedura di selezione imponeva l'acquisizione del *primum comparationis*, ovvero della quota percentuale di lavori che, in quanto assunta da ciascun soggetto facente parte del raggruppamento COBAR,

avrebbe dovuto trovare necessaria corrispondenza (e copertura) nella relativa qualificazione.

La fondatezza – invero assorbente, quanto alla valutazione dell'illegittimità dell'ammissione alla gara del raggruppamento controinteressato – della censura all'esame non incontra elementi di attenuato apprezzamento a fronte delle argomentazioni esposte dall'Avvocatura dello Stato con memoria depositata in data 21 ottobre 2008.

In essa, invero, vengono richiamati gli accertamenti condotti dalla Commissione giudicatrice in ordine alla verifica, in capo a ciascun soggetto facente parte dell'ATI COBAR, dei requisiti di capacità minima prescritti dall'art. 95 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554.

Tale previsione ha distinto – per le associazioni temporanee di imprese e per i consorzi di tipo orizzontale e di tipo verticale – la distribuzione fra i partecipanti a siffatti soggetti plurimi dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi per la partecipazione alle pubbliche gare.

Nel primo caso, tali requisiti devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nelle misure minime del 40%; mentre la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandatanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento di quanto richiesto all'intero raggruppamento; altresì stabilendosi

che l'impresa mandataria debba in ogni caso possedere i requisiti in misura maggioritaria (comma 2).

Diversamente, per la tipologia associativa a carattere verticale, il successivo comma 3. ha stabilito che i requisiti onde trattasi "sono posseduti dalla capogruppo nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte da imprese mandanti sono posseduti dalla impresa mandataria con riferimento alla categoria prevalente".

Ora, la verifica veicolata dalla (pur necessaria) osservanza delle prescrizioni ora riportate non si rivela idonea a consentire di appurare – in difetto della preventiva conoscenza, ad opera della Stazione appaltante, delle quote di partecipazione ai lavori assunte da ciascun soggetto partecipante all'ATI – la presenza di un rapporto di corrispondenza fra queste ultime e le qualificazioni possedute.

4. La dimostrazione della mancanza, nell'ambito dell'offerta presentata da ATI COBAR, del divisato rapporto di corrispondenza fra quota percentuale di partecipazione all'ATI stessa e quota parte di assunzione dei lavori è per tabulas evidenziata dal mancato raggiungimento, per ciascuna delle categorie di lavori indicate in appalto, della misura del 100% di

realizzazione ad opera delle imprese che hanno dichiarato di concorrere, sia pure in forma orizzontale, all'esecuzione di esse. Tale evidenza si dimostra apprezzabile – tenuto presente che, come sopra posto in luce, il raggruppamento COBAR assume che vi sia perfetta corrispondenza fra percentuale di partecipazione allo stesso (indicata nella colonna C) e quota dei lavori assunta da ciascuna partecipante – alla stregua delle indicazioni contenute nella tabella che segue.

(A) CATEGORIA DI LAVORI	(B) IMPRESE DELL'ATI COBAR CHE HANNO DICHIARATO DI CONCORRERE ALL'ESECUZIONE DEI LAVORI CORRISPONDENTI ALLE CATEGORIE DI CUI ALLA COLONNA (A)	(C) PERCENTUALE DI PARTECIPAZIONE ALL'ATI COBAR DELLE IMPRESE INDICATE IN COLONNA (B)	(D) SOMMATORIA DELLE QUOTE DI CUI ALLA COLONNA (C)
OG2	COBAR s.r.l. (mandataria) IMAC S.p.A. (mandante) Consorzio ITL (mandante) Di Criscio Francesco impr. ind. (cooptata)	64,25% 10,00% 10,00% 05,00%	89,25%
OG11	COBAR s.r.l. (mandataria) IMAC S.p.A. (mandante) Consorzio ITL (mandante) Eredi Maggi Impianti s.r.l. (mandante)	64,25% 10,00% 10,00% 05,00%	89,25%
OS2	COBAR s.r.l. (mandataria) RAVA s.r.l. (mandante)	64,25% 05,75%	70,00%

Invero sintomatica si presenta, rispetto alle considerazioni in precedenza svolte, la posizione del Consorzio I.T.L., avente (giusta quanto esposto nella dichiarazione atto di impegno a costituirsi in associazione temporanea di imprese in data 28 luglio 2008) la qualità di associata mandante per le categorie OG2 e OG11.

Nel rammentare come la quota di partecipazione al raggruppamento assunta dal Consorzio fosse, per quanto indicato nella citata dichiarazione, pari al 10%, la verifica condotta dalla Commissione di gara in ordine al possesso dei (corrispondenti) requisiti di qualificazione:

- premesso il concorso di ITL alla realizzazione delle opere di cui alla categoria OG11 insieme alle altre associate Eredi Maggi, IMAC e COBAR, in orizzontale;
- preso atto che, in ragione della modalità attuativa del raggruppamento, il comma 2 dell'art. 95 del D.P.R. 554/1999 impone il possesso del requisito di qualificazione nella misura del 10%;
- stimata la commisurazione dell'importo percentuale da ultimo indicato, quanto alla categoria in questione, in € 2.119.002;
- e valutata, da ultimo, la qualificazione per la categoria OG11, classifica III, posseduta dal Consorzio ITL (€ 1.032.913, aumentata di un quinto ai sensi del comma 2 dell'art. 3 del D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34, per un riveniente importo pari ad € 1.239,495)

ha indotto tale organismo, come del resto ammesso anche dall'Avvocatura di Stato nella memoria difensiva del 20 ottobre 2008 (pag. 10) a considerare ITL non già quale mandante, ma quale "impresa cooptata".

Tale valutazione costituisce una evidente alterazione del contenuto della dichiarazione presentata dall'ATI COBAR ai fini della partecipazione alla selezione de qua (nella quale, come dianzi rappresentato, ITL ha assunto la veste di "mandante"): ed il conseguente – quanto inammissibile – "adattamento" posto in essere dalla Commissione di gara, ove veicolato dall'esigenza di consentire (comunque) l'ammissione alla procedura della predetta ATI, non rivela profili di condivisibile legittimità.

5. L'apprezzata fondatezza delle censure in precedenza esaminate consente al Collegio – con inevitabile assorbimento dei rimanenti argomenti di doglianza, atteso il carattere pienamente soddisfacente assunto per la posizione sostanziale della quale è portatrice parte ricorrente dall'accoglimento dei motivi come sopra analizzati – di disporre l'accoglimento del presente mezzo di tutela.

Ad esso accede (nei limiti di cui sopra; e, quindi, con riferimento all'illegittima ammissione alla procedura di selezione dell'ATI COBAR, poi proclamata aggiudicataria) l'annullamento degli impugnati atti della procedura di gara.

Rimane, ovviamente, riservato alla competente Amministrazione il rinnovato esercizio dei poteri inerenti allo svolgimento della procedura, segnatamente per quanto concerne l'aggiudicazione dell'appalto in questione in favore dell'odierna ricorrente,

classificatasi al secondo posto della conclusiva graduatoria recante valutazione delle presentate offerte.

6. Quanto alla domanda risarcitoria pure proposta dalla parte ricorrente, la relativa pretesa:

- se, principaliter, è volta a sollecitare la reintegrazione in forma specifica della posizione lesa in conseguenza della disposta aggiudicazione dell'appalto in favore di ATI COBAR (con conseguente possibilità, per il ricorrente raggruppamento PA.CO. di eseguire, esso stesso, i lavori);
- in subordine, laddove le opere dedotte in appalto fossero già state (in tutto o in parte) eseguite, è preordinata al conseguimento dell'equivalente monetario dei lavori posti in essere;

ulteriormente insistendosi per il riconoscimento del danno da perdita di chance e del danno emergente conseguente agli oneri sostenuti dalle imprese facenti parte del ricorrente raggruppamento ai fini della partecipazione alla gara.

Tale domanda risarcitoria, per come articolata, è suscettibile di accoglimento nei limiti di seguito indicati.

Se, infatti, il completamento della prima fase degli interventi programmati (il cui importo ammonta ad € 23.640.973,76) risulta fissato, secondo quanto esposto dall'Avvocatura dello Stato con memoria del 20 ottobre 2008, alla data del 10 gennaio 2009, un subingresso della ricorrente nella relativa

esecuzione riveste, in ragione dell'arco temporale intercorrente fra la data da ultimo indicata e la data di pubblicazione della presente pronuncia, carattere di evidente impraticabilità.

Se, conseguentemente, quanto all'esecuzione dei lavori concernente la seconda fase dei programmati interventi di restauro, ristrutturazione architettonica ed impiantistica del Teatro San Carlo in Napoli va dato atto che la valenza conformativa inerente alla presente decisione (ed accessiva alla portata demolitoria direttamente indotta dalla stessa) implica un ristoro in forma specifica della posizione giuridica dedotta in giudizio dalla ricorrente (la cui posizione nella conclusiva graduatoria di gara ne comporta l'aggiudicazione, a fronte dell'annullamento delle determinazioni con le quali è stata ammessa alla procedura la controinteressata ATI COBAR), per le opere inerenti alla prima fase non può darsi luogo al ristoro del pregiudizio dalla ricorrente stessa risentito in ragione della mancata attuazione dei lavori se non mediante risarcimento per equivalente.

Il prevalente orientamento giurisprudenziale in materia ha ripetutamente avuto modo di affermare che il danno derivante ad una impresa dal mancato affidamento di un appalto è quantificabile nella misura dell'utile non conseguito, pari al 10 %, solo se e in quanto l'impresa possa documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili,

per l'espletamento di altri servizi; mentre, laddove tale dimostrazione non sia stata offerta (come nel caso di specie) è da ritenere che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri, analoghi servizi, così vedendo in parte ridotta la propria perdita di utilità, con conseguente riduzione in via equitativa del danno risarcibile (cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2002 n. 5860; sez. VI, 9 marzo 2007 n. 1114 e 9 novembre 2006 n. 6607).

In applicazione di detto principio, se il danno astrattamente risarcibile a titolo di lucro cessante per gli interventi corrispondenti alla prima fase di realizzazione dei lavori oggetto di appalto (nella misura del 10% dell'offerta economica presentata dalla ricorrente ATI) risulta pari, giusta quanto dalla stessa parte ricorrente indicato nella memoria difensiva depositata in giudizio l'11 dicembre 2008, ad € 2.179.417,89, la riduzione in via equitativa della percentuale sopra indicata al 5% dell'importo offerto conduce alla quantificazione del pregiudizio ristorabile nella somma di € 1.089.708,95.

Se, per l'effetto, dispone la Sezione di porre a carico della soccombente Amministrazione la liquidazione dell'importo da ultimo indicato in favore del ricorrente raggruppamento, non possono, da ultimo, trovare accoglimento le ulteriori pretese risarcitorie dedotte dalla parte ricorrente con riferimento al danno da perdita di chance ed al danno emergente

conseguente alle spese incontrate dalle imprese facenti parte del ricorrente raggruppamento ai fini della partecipazione alla gara, in ragione della valutata ristorabilità in forma specifica del pregiudizio lamentato dalla ricorrente a fronte della mancata aggiudicazione della procedura di gara (sia pure limitatamente alle fasi di esecuzione dei lavori diverse ed ulteriori rispetto alla prima).

7. Come sopra delimitata l'accogliibilità del gravame, dispone conclusivamente il Collegio di compensare integralmente fra le parti costituite le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione I – accoglie, nei limiti indicati in motivazione, il ricorso indicato in epigrafe e, per l'effetto, così dispone:

- annulla gli impugnati atti di gara, nei limiti dianzi precisati;
- condanna la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Struttura di Missione per le celebrazioni del 150° anniversario dell'Unità Nazionale, in persona del legale rappresentante, al risarcimento del danno in favore della parte ricorrente per € 1.089.708,95 (euro un milione ottantanove mila settecentootto/95).

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di Consiglio del 17 dicembre
2008, con l'intervento dei seguenti magistrati:

Giorgio GIOVANNINI – Presidente

Roberto POLITI – Consigliere, relatore, estensore

Roberto CAPONIGRO – Consigliere

IL PRESIDENTE

IL MAGISTRATO ESTENSORE