

N. 00958/2010 REG.SEN.
N. 00307/2009 REG.RIC.



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 Piemonte
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale 307 del 2009, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Societa' Franco Barberis S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Pietro Ferraris, Enzo Robaldo, Francesco Caliandro, con domicilio eletto presso il T.A.R. Piemonte, Segreteria in Torino, corso Stati Uniti, 45;

contro

A.S.L. At, rappresentata e difesa dagli avv. Anna Casavecchia, Marco Casavecchia, con domicilio eletto presso il secondo in Torino, via Paolo Sacchi, 44;

nei confronti di

Societa' Ruscalla Renato S.p.A.+ 3 Altri, rappresentata e difesa dagli avv. Prof. Vittorio Barosio, Fabio Dell'Anna, con domicilio eletto presso il primo in Torino, corso G. Ferraris, 120;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- della determinazione prot. n. 1 del 5 gennaio 2009 (comunicata per

estremi alla ricorrente in data 9 gennaio 2009), con cui l'A.S.L. AT ha aggiudicato in via definitiva all'A.T.I. Ruscalla la "procedura ristretta per la progettazione esecutiva e la costruzione del nuovo presidio ospedaliero della Valle Belbo (Nizza Monferrato- AT)";

- ove occorrer possa, della nota, datata 8 gennaio 2009, prot. n. 296, e ricevuta dalla ricorrente in data 9 gennaio 2009, con cui l'A.S.L. AT ha comunicato all'A.T.I. Barberis di aver aggiudicato la gara all'A.T.I. Ruscalla;

- degli atti e verbali di gara, con particolare riferimento al provvedimento di mancata esclusione dalla gara dell'A.T.I. Ruscalla;

- ove occorrer possa, del bando, del disciplinare di gara e di tutti gli atti costituenti la lex specialis, ove la medesima dovesse essere interpretata nel senso di consentire la partecipazione alla gara a soggetti diversi ed ulteriori rispetto a quelli individuati negli articoli 34 e ss., e 90 e ss. del D. Lgs. n. 163/2006;

- di ogni altro atto antecedente, conseguente o, comunque, connesso con gli atti impugnati, ancorché non conosciuto, ivi compreso il contratto eventualmente stipulato dalla resistente con controinteressata nonché per la condanna ai sensi e per gli effetti della L. n. 1034/1971 e del D. Lgs. n. 80/1998, al risarcimento del danno ingiusto patito dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità dei provvedimenti impugnati, attraverso la reintegrazione in forma specifica ovvero per equivalente, con riserva di determinarne l'ammontare nel corso del giudizio..

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.S.L. At;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Societa' Ruscalla Renato S.p.A.+ 3

Altri;

Esaminate le memorie difensive;

Esaminato il ricorso incidentale depositato il 28.3.2009;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'Udienza pubblica del giorno 28/01/2010 il Referendario Avv. Alfonso Graziano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Vista la Camera di Consiglio riservata del 11.2.2010;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

1. La Società Franco Barberis s.p.a impugna il provvedimento di aggiudicazione in favore dell'ATI costituenda Ruscalla Renato s.p.a ed altre imprese tra cui il Consorzio Consit per l'affidamento dei lavori di realizzazione del nuovo Ospedale della Valle Belbo per un importo complessivo compreso Iva di circa 30.000.000 di euro.

La gara de qua è stata già portata all'attenzione del Tribunale che si è pronunciato sul ricorso interposto dalla Zoppoli & Pulcher S.p.A respingendolo.

Con il ricorso in epigrafe la Fracco Barberis impugna l'aggiudicazione pronunciata a beneficio dell'ATI Ruscalla assumendo che la mandante Consit ai quali le imprese mandanti hanno dichiarati di voler affidare tutte le attività di progettazione e per le quali lo stesso ha dichiarato di possedere i relativi requisiti- non sarebbe un consorzio stabile come invece espressamente il costituendo raggruppamento ha dichiarato con la dichiarazione di impegno a integrare la futura ATI.

Deduce la ricorrente un unico motivo composto di quattro censure tendenti a dimostrare che il Consit non è un consorzio stabile e quindi non può divenire affidatario dell'attività di progettazione. I motivi saranno singolarmente illustrati appresso in uno con il loro scrutinio.

2. Si costituivano in giudizio sia l'Amministrazione che la controinteressata depositando il 1.4.2009 le rispettive memorie difensive e produzioni documentali.

Il 15.4.2009 la ricorrente avviava alla notifica mediante il servizio postale

ex L. n. 53/1995 per poi depositarlo il 23.4.2004 un atto per motivi aggiunti meramente deduttivi con il quale non impugnava atti connessi ma implementava le censure del gravame introduttivo per avere asseritamente scoperto nuovi vizi a seguito del deposito in giudizio effettuato in sede di costituzione dell'Amministrazione.

Al che la controinteressata produceva ulteriore memoria il 4.5.2009 in replica ai suddetti motivi aggiunti ed ulteriore memoria pure di replica depositava il 5.5.2009 l'Amministrazione.

Pertanto la controinteressata aveva già depositato il 28.4.2009 un ricorso incidentale con coeva produzione documentale a supporto inteso a censurare la stessa ammissione alla gara della Franco Barberis s.p.a. ricorrente in parte pendendo le stesse argomentazioni che compongono il ricorso incidentale interposto nel parallelo ricorso proposto dalla Zoppoli & Pulcher s.p.a.

Il 2 aprile e il 6 maggio 2009 la ricorrente depositava ulteriori memorie per la Camera di Consiglio ed anche la controinteressata depositava memoria il 6.5.2009.

La Sezione con Ordinanza n. 350 dell'8.5.2009 respingeva la domanda cautelare delibando l'infondatezza del ricorso principale e ravvisando nel Consit i requisiti normativamente prescritti per l'integrazione del modello del consorzio stabile.

L'Amministrazione depositava l'ultima memoria per l'Udienza pubblica il 15.1.2010.

DIRITTO

1.1. Deduce la ricorrente un unico motivo composto di quattro censure tendenti a dimostrare che il Consit non è un consorzio stabile e quindi non può divenire affidatario dell'attività di progettazione.

Rubrica quindi violazione degli artt. 34-38, 48, 90 del d.lgs. n. 13/2006, 46,47, 75 76 del D.P.R. n. 554/1999, violazione dei principi generali in

materia di gare, errore e falsa applicazione della relativa disciplina, difetto di istruttoria e di motivazione, irragionevolezza e illogicità manifesta.

Dopo aver illustrato la disciplina dei consorzi stabili, quale introdotta dagli artt. 12 e 17, lett. g-bis) della L. n. 109/1994 e poi migrata all'art. 36 del Codice dei contratti, la ricorrente ricorda che sono consorzi stabili quelli che, con decisione dei relativi organi deliberativi, abbiano deliberato di operare congiuntamente per non meno di cinque anni nel settore delle commesse pubbliche, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa, autonoma, che costituisce per la Determinazione n. 11/2004 dell'Autorità di Vigilanza l'elemento indispensabile della figura imprenditoriale de qua, al quale si aggiungerebbe, sempre per l'Autorità, anche la necessità dell'espressa menzione della locuzione stabile nella denominazione sociale e dell'indicazione nell'atto costitutivo o nello statuto, dell'essere stati costituiti ai sensi delle disposizioni della legge Merloni in materia.

La necessità dell'autonoma struttura di impresa che esegua direttamente i lavori affidati sarebbe richiesta anche da varia giurisprudenza invocata in ricorso.

1.2. Al motivo 1.2 la ricorrente lamenta la deviazione del Consit dal delineato modulo legale intanto per carenza di indicazione nell'oggetto sociale, dell'avvenuta costituzione ai sensi delle disposizioni della L. n. 109/1994, come richiesto dalla citata determinazione dell'Autorità.

Questa prima censura si appalesa all'evidenza destituita di fondamenti nella legge.

Nessuna disposizione, né dell'art. 36 del Codice, né dell'art. 12 della abrogata L. n. 109/94 richiede infatti indicazione del fondamento normativo ai sensi del quale il consorzio è stato costituito, nella sua ragione o denominazione sociale. Non può quindi il Collegio annettere valore neanche interpretativo alla pretoria imposizione di cui alla Determina n. 11/2004 dell'Autorità, chiaramente *praeter legem*.

Segnala la Sezione che il Giudice amministrativo si è già posto sulle delineate coordinate ermeneutiche delle norme in analisi, precisando che “dalla lettura combinata degli artt. 10, 12 e 13, l. 11 febbraio 1994 n. 109, dell'art. 97 d.P.R. n. 554 del 1999 e dell'art. 20 d.P.R. n. 34 del 2000, emerge che la mancanza delle parole "consorzio stabile" nella ragione sociale del ricorrente non costituisce, di per sé, motivo perché questo non sia assoggettato alla relativa disciplina, una volta accertato il possesso dei requisiti di legge”.(T.A.R. Sicilia - Catania, sez. III, 5 ottobre 2007, n. 1597)

1.2.2. Lamenta ancora la deducente che le società componenti il Consit non avrebbero assunto la decisione di operare congiuntamente nel settore dei contratti pubblici per almeno 5 anni istituendo all'uopo una comune struttura di impresa, poiché dalla visura camerale del medesimo, sub “oggetto sociale” non risulterebbe siffatta autonoma struttura di impresa, emergendo invece che il Consit non ha scopo di lucro ma svolge solo attività promozionali per incrementare l'attività delle singole consorziate.

1.2.3. La censura è all'evidenza contraddetta dalla documentazione versata in atti dalla controinteressata il 1.4.2009. La condizione, su cui il Collegio concorda, richiesta dall'Autorità con la Determina 11/2004, ovverosia che il Consorzio è stato costituito ai sensi degli artt. 12 e 17 della L. n. 109/994 è, invero, riscontrabile al doc.1 della controinteressata, ovverosia l'Atto di costituzione del consorzio assunto in data 11.4.2006.

A pag.2, punto 1 dell'atto costitutivo si legge che “tra le società IN.PRO S.r.l, PRODIM S.R.L. E HYDROTECH S.R.L. è costituito, anche e soprattutto ai sensi dell'art. 17 comma 1 lett. g-bis) della legge 109/94 e s.m.i., un consorzio stabile di ingegneria con attività esterna (...) fra società di ingegneria e/ o società di professionisti”.

Il chiaro richiamo dell'art. 17 (e per esso dell'art. 12 della L. n. 109/1994) prova che le indicate società erano intenzionate a dar vita ad un vero e proprio consorzio stabile, il che costituisce una prima confutazione delle

infondate affermazioni della ricorrente che vanno pertanto disattese.

1.2.4. L'ulteriore assunto della deducente, circa la presunta inesistenza della comune struttura di impresa, è poi contraddetto per tabulas dalle disposizioni del Regolamento interno del consorzio, in data 5.5.2006 (doc. 3 controinteressata), il quale al punto 2 precisa che "Il Consorzio e le società di ingegneria che ne fanno parte costituiscono una comune struttura di impresa, la quale potrà operare autonomamente, tutte le volte in cui si riterrà opportuno, per le commesse che di volta in volta verranno acquisite dal consorzio, di non avvalersi delle strutture operative delle singole società di ingegneria facenti parte del Consorzio".

L'atto regolamentare obbligatorio interno si spinge anche oltre, dettagliando gli apporti, nella predetta comune struttura imprenditoriale, conferiti dalle varie società componenti, precisando al fine che la Inpro mette a disposizione oltre che i locali in Corso RE Umberto 44, anche tre ingegneri per le progettazioni architettoniche e strutturali; mentre la Prodim mette a disposizione per la preparazione delle gare un'impiegata e per le progettazione impiantistica, elettrica e termofluidica (?) altri tre ingegneri. Inoltre la Hydrotech conferisce per lo svolgimento delle attività commerciali del consorzio un altro ingegnere

La censura in scrutinio si profila dunque infondata in fatto siccome smentita dalle riportate disposizioni dell'atto costitutivo e del regolamento in terno del Consit e va per l'effetto respinta.

1.2.5. Non può del resto, come la Sezione ha già evidenziato in sede cautelare, essere opposta l'indicazione di cui all'oggetto sociale emergente dalla visura camerale, secondo la quale il Consit non ha scopo di lucro e può stipulare contratti relativi ad attività che saranno poi svolti da uno o più consorziati designati dal consorzio.

1.2.6. Osserva al riguardo il Collegio che non è incompatibile né ontologicamente, né funzionalmente con la figura codicistica del consorzio

stabile, la possibilità che esso non persegua scopo di lucro, la cui presenza non è imposta dalla legge, né è stata mai richiesta dalla giurisprudenza, dovendosi precisare che il presupposto ineludibile non è il carattere lucrativo del consorzio ma l'esistenza della autonoma comune struttura di impresa.

Nel caso all'esame, inoltre, l'assunta inesistenza dello scopo di lucro nulla toglie alla destinazione del ricavato dell'esecuzione delle commesse pubbliche, il quale non fuoriesce dalla struttura soggettiva del consorzio, ma viene ripartito tra le società componenti. Dispone infatti il punto 7 del Regolamento consortile che "il Consorzio provvederà anche alla fatturazione dei relativi onorari e compensi professionali, che provvederà a ripartire tra i consorziati".

1.2.7. L'attitudine del consorzio in questione ad assegnare le attività afferenti ai vari contratti pubblici, a singoli consorziati, invocata dalla deducente a suffragio della pretesa difformità del Consit dal modello legale tipico in commento, non vulnera tuttavia a parere della Sezione il fondamentale rilievo da annettere all'esistenza della comune struttura di impresa.

1.2.8. Il Collegio al riguardo ritiene che le disposizioni di legge in disamina, nel delineare i fondamentali dei consorzi stabili, fanno riferimento alla mera esistenza ed idoneità astratta ad operare della predetta autonoma struttura di impresa, la quale non esclude, peraltro, che singulatim e occasionalmente, i contratti possano essere eseguiti dalle singole società componenti.

E' vero invece il contrario, ossia che ciò che il Legislatore ha inteso scongiurare è l'eventualità che le attività affidate dalla p.a. al consorzio stabile vengano necessariamente svolte dalle singole imprese consorziate sulla base delle c.d. lettere di assegnazione, il che si produrrebbe ove non esistesse o non fosse normativamente imposta la divisata autonoma

comune struttura di impresa.

Ciò che conta è, a parere del Tribunale, che il consorzio stabile sia in grado di eseguire i contratti di appalto mediante la comune struttura di impresa, senza dovere necessariamente utilizzare la struttura delle singole società componenti.

Ratio della norma già del resto evidenziata dal Giudice amministrativo, che ha avuto occasione di precisare che “a differenza degli ordinari consorzi per il coordinamento della produzione e gli scambi, che possono dotarsi di un'organizzazione più o meno complessa a seconda della finalità per cui sono costituiti, ma che possono operare con la sola struttura aziendale delle imprese consorziate, i Consorzi stabili devono, invece, dotarsi di un'autonoma struttura d'impresa, al fine di essere in grado di eseguire direttamente i lavori loro affidati, senza doversi necessariamente avvalere delle strutture aziendali delle imprese associate”.(T.A.R. Sicilia - Catania, Sez. IV, 10 gennaio 2007, n. 36).

1.2.9. Opina quindi sul punto la Sezione di dover fissare l'ulteriore principio di diritto secondo cui un consorzio stabile può legittimamente affidare a singole sue società componenti, la realizzazione di specifici segmenti di attività oggetto della conseguita commessa pubblica, non escludendo la presentazione all'amministrazione come compagine consortile, la possibilità che il consorzio partecipi alla gara nell'interesse solo di alcune soltanto delle imprese consorziate.

Depone in tal senso per il Collegio la disposizione di cui all'art. 36, comma 5, d.lgs. n. 163/2006, a mente del quale “i consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre”, precisazione che autorizza l'interprete ad affermare che il consorzio stabile può partecipare alle gare anche nell'interesse delle singole imprese consorziate, come testimonia d'altronde la storia della normativa sulla partecipazione alle gare d'appalto dei consorzi in genere.

1.2.10. Siffatta norma abilitante deve anche indurre a ritenere che l'obiettivo ultimo che essa legittima, ovverosia il conseguimento di incarichi per singole società componenti, possa essere traguardato anche mercé non la diretta partecipazione del consorzio ad una gara espressamente nell'interesse di singole sue componenti, ma anche, in via mediata, attraverso la sua partecipazione come consorzio stabile e la successiva assegnazione di commesse a singole se consorziate. Viene in altri termini dal legislatore indirettamente sanzionata in norma la diffusa prassi dell'affidamento di attività sulla base delle c.d. lettere di assegnazione.

1.2.11. Ciò che rileva e, dunque, l'esistenza e l'astratta idoneità ad operare, della predetta struttura consortile di impresa, non essendo vietato che specifiche attività possano essere affidate alle singole società componenti il consorzio stabile.

Il che collima con quanto anche l'Autorità di vigilanza ha precisato, imponendo solo, al riguardo, che i consorzi devono "essere in grado di eseguire direttamente i lavori affidati, senza necessariamente doversi avvalere delle strutture aziendali delle imprese associate" (Determinazione Autorità di Vigilanza n. 11/2004, pag. 4).

Infondata è pertanto la tesi sostenuta a pag. 15 del ricorso introduttivo, là dove si lamenta che l'ATI Ruscalla avrebbe violato le norme sulle gare pubbliche dichiarando alla p.a. che "il Consorzio Consit eseguirà tutte le prestazioni afferenti la progettazione", là dove sarebbe al medesimo preclusa per oggetto sociale la possibilità di eseguire direttamente la progettazione, che potrebbe invece essere svolta solo dalle singole consorziate.

L'infondatezza di tale assunto è provata, da un lato, in fatto dagli illustrati conferimenti, alla struttura consortile, di specifici i ingegneri impiegandi per la realizzazione delle progettazioni strutturali, architettoniche,

impiantistiche, dall'altro, in diritto, dalla lumeggiata impossibilità di predicare un'assoluta incompatibilità con il modello legale tipizzato del consorzio stabile, dell'evenienza che singole specifiche attività siano svolte non dalla struttura imprenditoriale consortile ma dalle singole società componenti.

Per l'effetto, infondata è pure la dedotta violazione dell'art. 90 del codice dei contratti che consente ai consorzi stabili di progettazione di partecipare alle gare di costruzione e progettazione di opere pubbliche.

1.3. La medesima sorte e diagnosi di infondatezza riserva la Sezione al motivo sub 1.4, che lamenta l'illegittimità dell'ammissione alla gara di progettazione mista ad esecuzione di lavori pubblici dei consorzi ordinari, ai quali andrebbe ricondotto il Consit.

Si è già ampiamente illustrata ai paragrafi che precedono la qualificazione del Consit in termini di consorzio stabile, in virtù dell'espressa sua costituzione ai sensi delle norme della legge Merloni sui consorzi stabili, dell'avvenuta istituzione di una comune organizzazione di impresa e della compatibilità con il modello legale tipico del consorzio stabile, della possibile, facoltizzata dall'oggetto sociale, assegnazione dello svolgimento di alcune attività alle singole società componenti e non alla sola struttura imprenditoriale consortile.

La natura di consorzio stabile del Consit getta piena luce sull'infondatezza del presente motivo.

1.3.2. Del pari infondata è la penultima doglianza, svolta al motivo 1.5, che lamenta l'illegittimità dell'ammissione dell'ATI Ruscalla per aver annoverato al suo interno, quali possibili mandanti, un consorzio ordinario quale il Consit e non un consorzio stabile, unico tipo di consorzio ammesso come componente di un'ATI a norma dell'art. 34 del codice.

Oppone per contro il Collegio che il Consit, in quanto consorzio stabile, era pienamente legittimato a rivestire il ruolo di mandante di una

costituenda ATI, in forza dell'art.34, comma 1, lett. d) del d.lgs. n. 163/2006, che non appare allo stato essere stato violato.

1.3.3. Con l'ultimo motivo (1.6) rileva in subordine la ricorrente che l'ATI Ruscalla andava esclusa poiché anche a voler riconoscere al Consit la qualità di consorzio stabile, l'Amministrazione doveva verificare il possesso dei requisiti generali di affidabilità morale in capo alle singole società componenti il consorzio stesso.

1.3.3. La censura è inammissibile per genericità e infondata per assoluto difetto di prova.

Non specifica e chiarisce, infatti, la ricorrente, quali siano i profili di immoralità e in quali/quale delle società componenti il consorzio gli stessi siano da ravvisare. La deduzione in tal guisa generica della doglianza in scrutinio, sostanzialmente demanda al Tribunale l'assolvimento non solo dell'onere probatorio – assolutamente insoddisfatto – ma anche di quello allegatorio, così sopperendo ad un'attività deduttiva che incombe unicamente alla parte ricorrente.

Oltretutto, anche a voler prescindere dal rilevato difetto di allegazione, scolora in modo assolutamente evidente anche l'indicazione di un principio di prova in ordine al presunto dedotto mancato possesso dei requisiti morali in capo alle singole consorziate.

Non precisa, in altri termini, la deducente, quale o quali requisiti morali non sono posseduti da taluna delle imprese consorziate.

Il motivo in scrutinio è pertanto da dichiararsi inammissibile per genericità e di sicuro infondato per difetto di principio di prova.

In definitiva, il gravame principale si prospetta infondato e va pertanto respinto, il che esimerebbe il Collegio dallo scrutinare il ricorso incidentale, la cui rapida soluzione peraltro, ne suggerisce comunque l'esame, sia pure limitato ai profili che sono stati già oggetto di approfondita disamina dalla Sezione nel ricorso proposto dalla impresa Zoppoli & Pulcher.

3.1. Debbono, tuttavia, essere prima scrutinati i motivi aggiunti avviati alla notifica il 15.4.2009 e depositati il 23.4.2009. Tale atto si profila di tipo meramente deduttivo e non estensivo, recando solo l'arricchimento delle censure già svolte con il gravame principale ma non è inteso ad estendere l'impugnazione ad altri provvedimenti connessi con quello oggetto del ricorso introduttivo.

Le censure implementate afferiscono comunque alle medesime doglianze componenti il gravame principale e con esse la ricorrente mira a suffragare le sue tesi in ordine alla non qualificabilità del Consit come consorzio stabile.

Ciò ulteriormente deduce la ricorrente sull'assunto che avrebbe scoperto nuove circostanze a seguito del deposito documentale effettuato dall'Amministrazione in occasione della sua costituzione in giudizio.

3.2. Ritiene il Collegio di poter affrontare solo il primo dei motivi aggiunti in questione, l'unico che effettivamente fonda su una produzione documentale effettuata dalla controinteressata in uno con la sua costituzione in giudizio.

Gli altri motivi sono invece all'evidenza tardivi per le ragioni che si illustreranno.

Quanto al primo motivo aggiunto la ricorrente si duole che le delibere assunte dalla società componenti il Consit in data 26.3.2009, di ratifica dell'intento di costituire un consorzio stabile ai sensi delle dedicate disposizioni della L. n. 109/1994 e scoperte solo dopo la notifica del ricorso introduttivo, non valgano a integrare ex post un requisito di partecipazione alla gara carente ex ante, ossia al momento della presentazione della domanda di ammissione alla competizione. Che, anzi, tali delibere, assunte in tutta fretta, costituirebbero controprova del fatto che nel 2006 le società interessate non avrebbero inteso costituire un consorzio stabile.

3.3.1. La censura non si presta a positiva considerazione e va disattesa. Richiama al riguardo il Collegio le argomentazioni svolte in occasione della disamina dei motivi di ricorso, là dove ha rimarcato che già nell'atto costitutivo e poi ancor più nello statuto del 2006 del Consorzio de quo è chiaramente esplicitata l'intenzione di dar vita "anche e soprattutto ai sensi art. 17 comma 1 lett. g-bis) della legge 109/94 c s.m.i., a un consorzio stabile di ingegneria con attività esterna di cui all'art. 2612 del codice civile" (art. 2 Statuto Consit. Doc. 2 controinteressata).

Il Regolamento interno del 2006 ribadendo l'istituzione di una comune struttura di impresa, dettagliava poi anche la quantità e la tipologia dei conferimenti delle varie società componenti nella neonata comune struttura imprenditoriale consortile, dedicandoli partitamente alle varie attività di progettazione architettonica, strutturale, impiantistica.

Nessun dubbio può quindi seriamente prospettarsi in ordine alla funzionalizzazione della costituzione e della futura attività del consorzio al settore delle commesse pubbliche e in particolare degli appalti di progettazione.

Ma la censura in disamina è anche infondata in fatto, posto che nell'atto notarile di ratifica e precisazione del 26.3.2009 rep.127321 (doc. 4 controinteressata) si legge chiaramente che le deliberazioni del CDA delle società componenti il Consorzio "hanno ratificato nella forma più ampia e con effetto retroattivo (...) la costituzione del consorzio Consit (...) ai sensi dell'art. 12 della Legge 109/94 finalizzato ad operare per esse società, in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici per un periodo non inferiore a 5 anni". Seguono in allegato al predetto rogito le delibere delle società componenti, che statuiscono nei sensi appena riportati, chiaramente ratificando con effetti retroattivi la volontà di costituire un consorzio stabile, peraltro esplicitata già nel 2006 negli atti societari fondamentali sopra ricordati.

3.3.2. Ulteriore profilo di infondatezza della linea difensiva della ricorrente ravvisa inoltre il Collegio in punto di diritto posto che per principio generale la ratifica di un atto ha effetti retroattivi. Tanto ha statuito anche nella materia degli atti amministrativi la giurisprudenza, anche recente, del Giudice di secondo grado, chiarendo che “la ratifica è una ipotesi di specie della categoria più ampia degli atti di convalida, caratterizzata dalla retroattività dei suoi effetti sananti” (Consiglio di Stato, Sez. VI, 07 maggio 2009, n. 2840; in terminis già Consiglio di Stato, Sez. V, 30 agosto 2005, n. 4419).

Nel settore dei negozi di diritto civile, quale quello che governa gli atti societari, rammenta la Sezione che impera l'art. 1399 c.c. che conferisce agli atti di ratifica indiscussa efficacia retroattiva.

Il primo motivo del ricorso per motivi aggiunti è pertanto infondato e va respinto.

4.1. I residui motivi appaiono all'evidenza infondati e in parte tardivi.

I motivi 1.2.a e 1.2.b tendono a contestare nella società Hydrotech la qualità di società di ingegneria poiché dalla visura camerale prodotta in giudizio emergerebbe che l'oggetto sociale della stessa concerne la costruzione e realizzazione di impianti di produzione di energia elettrica e che l'attività di progettazione è affatto secondaria e strumentale alla cennata realizzazione.

La doglianza non persuade il Collegio e va disattesa. La ricorrente stessa riconosce che nell'oggetto sociale della Hydrotech compare l'attività di progettazione, solo che ne lamenta la portata accessoria e strumentale rispetto a quella costruttiva.

4.2. Osserva peraltro al riguardo il Collegio che nessuna norma del codice dei contratti o del D.P.R. n. 554/99 impone che affinché una società possa qualificarsi come società di ingegneria, l'attività di progettazione debba essere di rilievo pari o superiore a quella di realizzazione.

Lo stesso art. 53 del D.P.R. n. 554/1999, dedicato ai requisiti delle società di ingegneria, al comma 3 precisa infatti che “se la società svolge anche attività diverse dalla prestazione di servizi di cui all’art. 90, nell’organigramma sono indicate la struttura organizzativa e le capacità professionali”. I servizi di cui all’art. 90, notoriamente sono quelli di architettura ed ingegneria.

Non è dunque predicabile, allo stato della normativa, un’assoluta incompatibilità tra la qualifica di società di ingegneria e lo svolgimento anche di attività diverse, concernenti la realizzazione di impianti od opere.

Ma in punto di fatto rileva il Collegio la presenza delle attività di “progettazione di impianti di produzione di energia elettrica” nell’atto di “costituzione” della società in questione in data 6.4.1995 (doc. 12 controinteressata), il quale a pag. 2 riporta chiaramente che la stessa ha per oggetto “il progetto (...) di impianti di produzione di energia elettrica”.

I due motivi aggiunti in scrutinio si prospettano pertanto infondati in fatto e in diritto e vanno respinti

5.1. Con il motivo 1.2.c per la ricorrente l’indicata qualità sarebbe comunque da escludere in capo alla Hydrotech in quanto essa non risulta iscritta nel casellario istituito dall’Autorità di Vigilanza e a tal fine produce al doc. 12 una visura del sito dell’Autorità relativa alle altre due società componenti il Consit che invece sono iscritte nel casellario dedicato.

Il motivo è all’evidenza tardivo, posto che, come ammette la stessa ricorrente depositando la visura del sito dell’Autorità, non è venuta a conoscenza della ragione della censura dalla produzione effettuata in giudizio dalla P.A., ma direttamente dalla consultazione del sito dell’Autorità, che poteva essere effettuata anche all’epoca di notifica del ricorso introduttivo.

5.2. Merita peraltro a parere della Sezione di essere precisato che l’iscrizione nel casellario delle società di ingegneria, tenuto dall’Autorità di

Vigilanza, non ha natura costitutiva e non vale quindi a conferire alle società ivi iscritte una qualità sostanziale che esse non possiedano già intrinsecamente.

Opina infatti il Collegio che la mera iscrizione nel suddetto casellario ha il valore di pubblicità notizia e natura chiaramente dichiarativa di qualità che debbono appurarsi esistere nella struttura e nell'oggetto sociale della società, conseguendone che la mancata iscrizione nel predetto casellario potrà eventualmente essere foriera di conseguenze di carattere amministrativo ma giammai importare la perdita nella società non iscritta, della qualità di società di ingegneria.

Il motivo è pertanto anche infondato in diritto.

6.1. Con il motivo 1.2.d la ricorrente principale si duole che dalla visura camerale della Hydrotech emergerebbe che essa è priva della figura del direttore tecnico che a norma del citato art. 53, comma 1 del D.P.R. n. 554/1999 deve collaborare a definire gli indirizzi strategici della società e controllare le prestazioni svolte dai tecnici incaricati della progettazione.

La doglianza è smentita per tabulas e va quindi disattesa, al lume del doc. 16 della controinteressata recante il Verbale del CdA della Hydrotech del 21.7.1999, che sancì che "Il C.d.A. all'unanimità approvò la nomina dell'Ing. Montagnese alla carica di Direttore Tecnico della società".

6.2. Con il motivo 1.3. la ricorrente lamenta che né negli atti costitutivi del Consit né nell'atto di precisazione e ratifica del marzo 2009 risulta che i membri del consorzio "abbiano operato nel settore dei servizi di ingegneria ed architettura per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni" come previsto dall'art. 90 del Regolamento sui lavori pubblici e dall'art. 17, comma 1, lett. g-bis della L. n. 109/94.

La doglianza è contraddetta dalla produzione documentale della controinteressata, che al doc. 18 contempla la "Scheda C" che comprova che le società In.Pro e Prodim s.r.l. hanno svolto servizi di ingegneria fin

dal 1998.

Relativamente alla vituperata Hydrotech, il doc. 14 della controinteressata dimostra, dall'insieme delle fatture in cui l'allegato consiste, che la stessa è certamente operativa nei cinque anni richiesti dall'art. 90, comma 1, lett. h) del d.p.r. n. 554/1999.

Il motivo è pertanto infondato in fatto e va respinto.

6.3. Il motivo di cui al punto 1.4. ripropone invece la medesima doglianza di cui al motivo 1.2.c ma riferita al Consit, del quale si lamenta la mancata iscrizione nel casellario dell'Autorità di vigilanza.

L'infondatezza in diritto – stante la natura non costitutiva dell'iscrizione in argomento – e la tardività della censura in analisi sono illustrate ai precedenti punti della presente decisione a cui si rinvia.

6.4. Il motivo 1.5 ripropone le doglianze incentrate sulla pretesa inesistenza nel Consit di un'autonoma struttura di impresa e sulla necessità di contare sulle strutture delle singole associate.

Il motivo è tardivo poiché la censura era già stata svolta in ricorso e non può essere riproposta con motivi aggiunti poiché non origina dalla conoscenza di nuovi elementi acquisita in corso di causa.

E' anche infondata per le ragioni illustrate nella disamina delle identiche iniziali censure di svolte in ricorso, ragioni alle quali si rinvia in toto.

6.5. Identica motivazione di infondatezza per rinvio il Collegio enuncia riguardo all'ulteriore sub censura spesa con il motivo in disamina, appuntata sull'assenza dello scopo di lucro nel Consit.

6.6.1. In chiusura del motivo 1.5. la ricorrente lamenta poi che il Consit nell'allegato C predisposto dalla s.a, indicante i servizi analoghi, abbia invocato unicamente servizi ingegneristici svolti dalle società componenti ma non da esso stesso autonomamente.

La doglianza è infondata in diritto posto che oblitera proprio un argomento giuridico che è invece correttamente svolto – ma infondato in

fatto – al motivo 1.3. nel quale si lamentava che le società componenti il consorzio stabile non avessero operato nel settore dei servizi di ingegneria per almeno 5 anni, contravvenendosi al disposto dell'art. 90, comma 1, lett. H) del d. lg.s. n. 163/2006.

6.6.2. Sul punto rammenta in punto di diritto la Sezione che a norma del predetto art. 90, lett. h) del Codice dei contratti, per poter divenire affidatari di incarichi di progettazione, sono le singole società componenti il consorzio di ingegneria e non il consorzio stesso a dover dimostrare di aver svolto servizi inerenti l'architettura e l'ingegneria per almeno cinque anni.

Infondata è pertanto la censura che lamenta che il Consorzio non abbia provato di aver svolto i delineati servizi per cinque anni, tale obbligo incombendo solo in capo alle singole sue componenti ed essendo stato correttamente documentato come assolto, giusta quanto illustrato nella disamina del motivo 1.3.

Anche la ricostruita ultima censura va quindi respinta siccome infondata in diritto.

In definitiva, tutti i motivi aggiunti si prospettano, al lume delle illustrate considerazioni, infondati in diritto e in parte irricevibili per tardività.

7.1. Può ora il Collegio approdare allo scrutinio del ricorso incidentale interposto dalla controinteressata ATI Ruscalla Renato S.p.A.

Malgrado l'infondatezza del gravame principale e dei motivi aggiunti non renda non doveroso l'esame del mezzo incidentale, ritiene tuttavia la Sezione di doverlo valutare in quanto denuncia censure in parte coincidenti con quelle ritenute fondate nel ricorso parallelo proposto dall'ATI Zopoli & Pulcher nel quadro della medesima procedura concorsuale.

Orbene, il mezzo incidentale è affidato a tre motivi. Con il primo la controinteressata deduce la violazione dei paragrafi F.3 – E.4 del Disciplinare di gara (Plico F), quali risultanti anche a seguito del

chiarimento del 13.8.2008 della s.a. Lamenta che il primo paragrafo citato richiedeva per le integrazioni tecniche la produzione da parte dei concorrenti dell'elenco dei prezzi unitari con le relative analisi, elenco che sarebbe stato utilizzato solo in caso di varianti in corso d'opera e per il calcolo degli oneri della sicurezza afferenti alle predette integrazioni tecniche. Il Par. E.4 imponeva invece, per l'intera offerta, di produrre l'elenco dei prezzi unitari con le relative analisi, precisando peraltro che detti documenti sarebbero stati utilizzati solo ai fini della verifica di congruità dell'offerta.

Il chiarimento invocato, diramato il 13.8.08 dalla s.a, ribadiva al riguardo che le analisi in parola erano richieste solo relativamente alle prestazioni che non trovassero corrispondenza, neanche analogica, né nel prezzario regionale né nell'elenco prezzi unitari (doc. 2 ricorr. Inc.).

Lamenta la Ruscalla che il plico E dell'offerta della Barberis non contiene le analisi di tutti i nuovi prezzi (NP), inerenti impianti ed opere edili, i quali, per essere appunto nuovi prezzi, non trovano corrispondenza nel computo metrico estimativo allestito dalla s.a., né nel prezzario regionale.

Non avrebbe inoltre allegato le analisi relative a tutti quei numerosi prezzi componenti il computo metrico allegato agli atti di gara, per i quali ha offerto consistenti ribassi e relativamente ai quali, quindi non v'è corrispondenza neanche analogica con le voci del prezzario regionale e dell'elenco prezzi unitari messo a disposizione dall'Amministrazione.

7.2. Riscontra il Collegio la fondatezza in fatto della censura, posto che nell'offerta della ricorrente, versata in atti al doc. 4 del ricorso incidentale nella produzione del 28.4.2009, a fronte di numerosissime voci di prezzo inerenti solo la componente impiantistica e anche quella strutturale, difettano le analisi di considerevoli prestazioni che non trovano corrispondenza nel prezzario regionale e nell'elenco prezzi unitari predisposto dall'Amministrazione.

Ebbene, la rilevanza a fini escludenti di siffatte omissioni allegatorie è stata dal Collegio già deliberata in sede di disamina della domanda cautelare di cui al ricorso R.G. 253/2009, esitato con l'Ordinanza n. 272/2009 ritenuta corretta dal Consiglio di Stato in sede monocratica.

7.3. Rileva in punto di analisi documentale il Collegio, esemplificativamente, che la voce n. 01.A04.B42-010 (calcestruzzo per uso strutturale preconfezionato in centrale di betonaggio), offerta dalla Barberis in 75,580/mc., è prezzata nel prezzario regionale (doc. 18 del 6.5.2009 della controinteressata) in € 122,00 con una corposa differenza in diminuzione pari a circa il 38%. Né trova corrispondenza nell'elenco prezzi unitari a base di gara. Occorreva quindi a norma della lex specialis comprensiva del citato chiarimento, che la partecipante fornisse la relativa analisi, posto che manca la richiesta corrispondenza con il prezzario regionale o con l'elenco prezzi a base di gara.

Lo stesso è a dirsi per la voce di prezzo n. 01.A04.B55-010 "calcestruzzo a prestazione garantita", indicata in € 119/mc. nel prezzario regionale e viceversa offerta dalla Ati Barberis ad un prezzo nettamente inferiore, pari ad € 91,390 a mc., ossia con il 23% circa di ribasso. Difetta anche in tal caso la specifica richiesta analisi del ribasso proposto, necessaria stante la rilevata non corrispondenza con il prezzario regionale o con l'elenco prezzi unitari in gara (78,10 mc.).

Idem in riferimento alla voce di prezzo n. 01.A04.H10-005, "casseforme per strutture in conglomerato cementizio" rispetto alla quale si registra un vistoso scollamento, pari ad un ribasso di 70 euro al mq tra il prezzo indicato nel prezzario regionale (€ 89,176/mq.) e il prezzo offerto in ribasso dalla ricorrente principale e indicato in € 19,630 mq.. Scollamento esistente anche rispetto all'indicazione in € 25,80 mq. di cui all'elenco prezzi in gara.

Orbene, la delineata non corrispondenza tra i due valori di prezzo

richiedeva l'apposita prescritta analisi che non risulta, invece, essere stata prodotta dalla ATI Barberis.

Ulteriore macroscopica differenza di prezzo in ribasso il Collegio rinviene quanto alla voce 01.A09.F30.005, impermeabilizzazione di tetti piani con manto impermeabile, indicata nell'elenco prezzi unitari a base d'asta (pag. 3) in € 50,40 mq. e invece nel Plico E, offerta economica della Barberis (doc. 4 controinteressata, pag. 3) in soli € 18,980 mq., ossia in molto meno della metà.

Stante la illustrata non corrispondenza, neanche con il prezzario regionale, la Barberis avrebbe dovuto a norma della legge di gara, produrre una dettagliata analisi di prezzo atta a giustificare la vistosa rilevata differenza di prezzo in diminuzione.

7.4. Tutte le analisi in questione non sono state invece prodotte né in gara né nel presente giudizio.

Invero, al doc. 18 della produzione della ricorrente principale del 6.5.2009 figurano unicamente le giustificazioni dei NP, nuovi prezzi, ma non le analisi di prezzo relativamente a tutte le voci suindicate e alle numerose altre che fanno registrare una notevole differenza in diminuzione tra quanto offerto dalla controinteressata e i valori fissati nel prezzario regionale o nell'elenco prezzi unitari posto in gara dall'Amministrazione.

Gli esempi finora illustrati, che certamente non esauriscono il novero delle discrasie di prezzo presenti nell'offerta della ricorrente principale, fanno luce sulla fondatezza del primo motivo di ricorso incidentale che va dunque accolto.

La sicura fondatezza dello scrutinato primo motivo di ricorso incidentale, il cui accoglimento importa che l'ATI Barberis doveva essere esclusa dalla gara, consente al Collegio di assorbire gli altri due motivi del gravame, stante la portata tranciante delle censure inerenti la mancata produzione delle prescritte analisi di prezzo a fronte degli illustrati scollamenti

investenti numerose voci dell'offerta economica della ricorrente principale. In definitiva, il ricorso incidentale si prospetta fondato e va accolto, conseguendone la decisione di annullamento dell'ammissione alla gara dell'offerta della ricorrente principale.

Le spese di lite possono essere integralmente compensate tra tutte le costituite parti stante la novità e la difficoltà delle questioni di diritto e di fatto affrontate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Piemonte – Prima Sezione – definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, sui motivi aggiunti e sul ricorso incidentale così provvede:

Respinge il ricorso principale.

Respinge e in parte dichiara irricevibili per tardività della notifica i motivi aggiunti di ricorso.

Accoglie il ricorso incidentale e, per l'effetto, Annulla l'ammissione alla gara della ricorrente principale.

Compensa integralmente le spese di lite tra le costituite parti.

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

Così deciso in Torino nelle Camere di Consiglio del giorno 28/01/2010 e 12.2.2010 con l'intervento dei Magistrati:

Franco Bianchi, Presidente

Richard Goso, Primo Referendario

Alfonso Graziano, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/02/2010

(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

IL SEGRETARIO