

Accesso libero	Abbonamenti Standard	Abbonamenti Premium	Contatti	Abbonamenti
----------------	----------------------	---------------------	----------	-------------



TAR SICILIA - CATANIA, SEZ. I - sentenza 27 giugno 2014 n. 1860 - Pres. ff. ed Est. Boscarino - Sics S.p.A. (Avv.ti Stallone e Pinelli) e Si.C.E.S.I. S.r.l. (Avv.ti Pinelli e Stallone) c. Consorzio Autostrade Siciliane (Avv.ti Scuderi e Rotigliano), Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Avv.ra Stato), Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A. (Avv.ti Guarino, Polizzotto e Modica) e Tecnis Spa (Avv.ti Pellegrino e Peluso) - (dichiara inammissibile il ricorso principale e accoglie il ricorso incidentale).

1. Giustizia amministrativa - Sentenza - Sentenza in forma abbreviata - Emessa in occasione della camera di consiglio fissata per la domanda cautelare - Presupposti - Domanda concorde delle parti - Non occorre.

2. Contratti della P.A. - Gara - Possibilità dell'impresa singola o delle imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea, in possesso dei requisiti generali, di associare in cooptazione altre imprese qualificate anche per categorie e importi diversi da quelli richiesti nel bando - Presupposti e condizioni - Individuazione - Espressa ed inequivoca dichiarazione del concorrente risultante dalla domanda di partecipazione alla gara - Necessità - Sussiste.

1. Per ciò che concerne la possibilità di decidere la causa nel merito in sede cautelare, deve ritenersi - così come affermato in precedenza dalla Corte costituzionale (1) a proposito dell'art. 19, comma 3, del D.L. 25 marzo 1997 n. 67, conv. in L. 23 maggio 1997 n. 135 - che non vi è sul piano costituzionale l'esigenza che tale facoltà del giudice di decisione immediata del ricorso debba essere subordinata ad una specifica e concorde richiesta delle parti o ad una separata fissazione della discussione del ricorso (per l'esame delle questioni preliminari e del merito) (2).

2. Per il carattere eccezionale e derogatorio dell'istituto della "cooptazione" ex art. 92 del D.P.R. n. 207/2010, deve ritenersi che la possibilità dell'impresa singola o delle imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea, in possesso dei requisiti generali, di associare in cooptazione, nei modi previsti, altre imprese qualificate anche per categorie e importi diversi da quelli richiesti nel bando, sia subordinata ad una espressa ed inequivoca dichiarazione del concorrente risultante dalla domanda di partecipazione alla gara, in assenza della quale è da ritenere sussistente la figura (di carattere generale) dell'associazione temporanea (orizzontale o verticale) (3).

(1) Cfr. Corte Cost., 19 novembre 1999 n. 427, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/corte/ccost_1999-427.htm

(2) V. in senso conforme, *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 5 agosto 2003 n. 4464, la quale ha ribadito che "oltre che la completezza dell'istruttoria, presupposto ulteriore per la decisione del ricorso con sentenza in forma semplificata è quello che sia rispettato il principio della garanzia del contraddittorio, che postula solo il controllo della ritualità della notifica del ricorso ed il rispetto del termine concesso per la costituzione delle parti intime per la discussione sull'istanza incidentale".

Nel senso "che nelle ipotesi di sentenza in forma semplificata, non si verifica alcuna conversione del

giudizio cautelare in giudizio di merito, nel senso che i termini per la difesa e, più in generale, le garanzie per le parti in giudizio, sono solo quelli propri del rito cautelare, con la conseguenza che il giudice può decidere il ricorso anche se non siano decorsi i termini per la costituzione delle parti in sede di merito" (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2003 n. 3312). *A fortiori*, la decisione immediata in sede cautelate potrà essere emessa se le parti, regolarmente intimare, non si siano costituite, pur dopo il decorso dei termini fissati per la discussione dell'istanza cautelare (cfr., *ex multis*, T.A.R. Sicilia-Catania, sez. I, 16 gennaio 2009 n. 86).

Coerentemente con tali premesse, l'art. 60 c.p.a. si limita a prevedere che "le parti costituite" debbano essere (soltanto) "sentite sul punto", ad esempio al fine di rappresentare esigenze istruttorie, eventuali incompletezze del contraddittorio, o l'esigenza di rinvio per la proposizione di motivi aggiunti o ricorso incidentale.

(3) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 settembre 2011 n. 5187 in *LexItalia.it*, pag.

http://www.lexitalia.it/p/11/cds5_2011-09-16-2.htm (sui presupposti necessari per la configurabilità dell'associazione per cooptazione e sulla legittimità o meno dell'aggiudicazione nel caso in cui la dichiarazione di cooptazione sia equivoca).

La sentenza in rassegna ha inoltre dichiaratamente ritenuto di aderire a quella giurisprudenza che, proprio dalle caratteristiche di specialità ed eccezionalità che denotano l'istituto della cooptazione, fa conseguire che il soggetto cooptato non può acquistare lo *status* di concorrente, non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto, non può rivestire la posizione di offerente, prima, e di contraente, poi, non può prestare garanzie, al pari di un concorrente o di un contraente e non può, in alcun modo, subappaltare o dichiarare di affidare a terzi una quota dei lavori, di cui non è titolare, essendo privo della prescritta SOA (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 settembre 2011, n. 5187, in *LexItalia.it*, pag. http://www.lexitalia.it/p/11/cds5_2011-09-16-2.htm; in termini identici id., sez. V, 27 agosto 2013, n. 4278, *ivi*, pag. http://www.lexitalia.it/p/13/cds_2013-08-27-2.htm; e, da ultimo, id., sez. V, 17 marzo 2014, n. 1327, *ivi*, pag. http://www.lexitalia.it/p/14/cds_2014-03-17-6.htm).

N. 01860/2014 REG.PROV.COLL.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1219 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Sics S.p.A. in pr e n.q., rappresentata e difesa dagli avv. Patrizia Stallone e Nunzio Pinelli, con domicilio eletto presso l'avv. Sandra Patane' in Catania, via Vincenzo Giuffrida, 2/B;

Si.C.E.S.I. S.r.l. in pr e n.q. e Consorzio Stabile C.F.C. S.r.l. in pr e n.q., rappresentati e difesi dagli avv. Nunzio Pinelli e Patrizia Stallone, con domicilio eletto presso l'avv. Sandra Patane' in Catania,

via Vincenzo Giuffrida, 2/B;

contro

Consorzio Autostrade Siciliane, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Scuderi e Riccardo Rotigliano, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Scuderi in Catania, via V. Giuffrida, 37; Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distr.le dello Stato di Catania, presso i cui Uffici è domiciliato in Catania, via Vecchia Ognina, 149;

nei confronti di

Società Italiana per Condotte d'Acqua S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv. Andrea Guarino, Stefano Polizzotto e Riccardo Modica, con domicilio eletto presso l'avv. Riccardo Modica in Catania, via Teramo, 21;

Cosedil S.p.A., nno costituita;

e con l'intervento di

ad opponendum:

Ati Tecnis Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Gianluigi Pellegrino e Gianluca Antonio Peluso, con domicilio eletto presso l'avv. Gianluca Antonio Peluso in Catania, via Gaetano Sanfilippo 17;

per l'annullamento

quanto al ricorso introduttivo

- della nota prot. n. 5155 del 16.04.2014 con la quale il responsabile Unico del procedimento del Consorzio Autostrade Siciliane ha comunicato che con provvedimento 3CD dell'11.04.2013 il RTI composto da Società Italiana per condotte d'acqua s.p.a. e Cosedil s.p.a. è stato dichiarato aggiudicatario definitivo dell'affidamento dei lavori di esecuzione opere e forniture necessarie per la costruzione del lotto unico funzionale 6 7 e 8 Ispica - Viadotti Scardina e salvia Modica II° tronco dell'autostrada Siracusa-Gela;

-della deliberazione 3CD del Consiglio Direttivo del CAS dell'11 aprile 2014;

- di tutti gli atti presupposti che ne abbiano determinato la sua adozione;

- della nota prot. n. 5621 delo 3.04.2014;

. di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali.

quanto al ricorso per motivi aggiunti,

- della nota prot. n 5155 del 16.4.2014

- della deliberazione n 3 CD del consiglio direttivo del CAS del 11.4.2014

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Autostrade Siciliane e di Società Italiana Per Condotte D'Acqua S.p.A. e di Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Societa' Italiana Condotte Acqua S.p.A. in proprio e N.Q. + 1, rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Guarino, Riccardo Modica, Stefano Polizzotto, con domicilio eletto presso Riccardo Modica

in Catania, via Teramo, 21;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2014 la dott.ssa Maria Stella Boscarino e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1) L'art. 120, comma 10, c.p.a., dispone che nei giudizi relativi alle procedure di affidamento di pubblici lavori "i provvedimenti del giudice devono essere sintetici e la sentenza è redatta, ordinariamente, nelle forme di cui all'articolo 74".

Il citato art. 74 prevede che "nel caso in cui ravvisi la manifesta fondatezza ovvero la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza del ricorso, il giudice decide con sentenza in forma semplificata", e "la motivazione della sentenza può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo...".

Per l'art. 60 c.p.a., relativo alla "definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare", "in sede di decisione della domanda cautelare, purchè siano trascorsi almeno venti giorni dall'ultima notificazione del ricorso, il collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, può definire, in camera di consiglio, il giudizio con sentenza in forma semplificata...".

Già Corte Cost., 19 novembre 1999 n. 427 – nel dichiarare infondate le questioni di costituzionalità della norma di cui all'art. 19, comma 3, del D.L. 25 marzo 1997 n. 67, conv. in L. 23 maggio 1997 n. 135, che in determinate materie aveva previsto, già prima della L. n. 205/2000, la possibilità di decidere la causa nel merito in sede cautelare – aveva precisato che "non vi è sul piano costituzionale l'esigenza che tale facoltà del giudice di decisione immediata del ricorso debba essere subordinata ad una specifica e concorde richiesta delle parti o ad una separata fissazione della discussione del ricorso (per l'esame delle questioni preliminari e del merito). Infatti è la stessa norma di legge a prevedere preventivamente che, per determinate materie, la fissazione della camera di consiglio per l'esame della domanda di sospensiva comporti, di diritto, che il giudice possa chiudere il giudizio (naturalmente se sia maturo per la decisione), definendolo immediatamente con sentenza, in modo da rendere irrilevante la pronuncia sulla fase cautelare, trattandosi di sentenza provvista di esecutività".

Anche perchè, aveva precisato la Corte, "la pronuncia nella fase interinale e cautelare della sospensiva (...) viene resa superflua da una tutela ancora più piena ed immediata (senza ulteriore esigenza di ordinanza che valuti l'esistenza di periculum in mora)".

Di conseguenza, ha precisato la Corte, "non si può affatto configurare una limitazione o una soppressione del diritto delle parti di chiedere ed ottenere un provvedimento interinale e cautelare, ricevendo queste una immediata pronuncia che definisce la lite, rendendosi superflua ed irrilevante una specifica tutela cautelare. Né si può parlare di concentrazione del potere di impulso processuale nel giudice, sottratto alle parti, in quanto il ricorrente nel processo amministrativo non può avanzare una richiesta di sola decisione cautelare, dovendo la domanda di sospensione per il carattere incidentale, seguire o accompagnare un ricorso per una decisione definitiva della lite". E fermo restando che "l'istanza di rinvio della trattazione è priva di efficacia vincolante per il giudice, che può disattenderla, se irrilevante ai fini della decisione da adottare o se processualmente inammissibile la specifica attività difensiva annunciata dalla parte".

In senso conforme, ex multis, Cons. St., sez. IV, 5 agosto 2003 n. 4464 ha ribadito che "oltre che la completezza dell'istruttoria, presupposto ulteriore per la decisione del ricorso con sentenza in forma

semplificata è quello che sia rispettato il principio della garanzia del contraddittorio, che postula solo il controllo della ritualità della notifica del ricorso ed il rispetto del termine concesso per la costituzione delle parti intimare per la discussione sull'istanza incidentale".

Nel senso "che nelle ipotesi di sentenza in forma semplificata, non si verifica alcuna conversione del giudizio cautelare in giudizio di merito, nel senso che i termini per la difesa e, più in generale, le garanzie per le parti in giudizio, sono solo quelli propri del rito cautelare, con la conseguenza che il giudice può decidere il ricorso anche se non siano decorsi i termini per la costituzione delle parti in sede di merito" (cfr., ex multis, Cons. St., sez. IV, 12 giugno 2003 n. 3312). A fortiori, la decisione immediata in sede cautelare potrà essere emessa se le parti, regolarmente intimare, non si siano costituite, pur dopo il decorso dei termini fissati per la discussione dell'istanza cautelare (cfr., ex multis, T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 16/01/2009 n. 86).

Coerentemente con tali premesse, il citato art. 60 si limita a prevedere che "le parti costituite" debbano essere (soltanto) "sentite sul punto", ad esempio al fine di rappresentare esigenze istruttorie, eventuali incompletezze del contraddittorio, o l'esigenza di rinvio per la proposizione di motivi aggiunti o ricorso incidentale.

Ed all'udienza camerale del 26 giugno 2014, appunto, le parti presenti sono state "sentite" sulla possibilità che il Collegio decidesse la causa con sentenza in forma abbreviata.

2) Oltretutto, come si desume dal bando di gara per l'affidamento dell'appalto de quo, le opere in questione si inseriscono, a livello nazionale, in un quadro di realizzazione del c.d. Piano di Azione Coesione – PAC, a sua volta volto ad individuare obiettivi, contenuti e modalità operative per la revisione ed attuazione dei programmi cofinanziati dai fondi strutturali europei nel ciclo 2007/2013, nell'ambito di una cooperazione rafforzata tra Stato italiano e Commissione europea.

In sostanza, le opere *de quibus* rientrano tra le "infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale" di cui agli artt. 161 ss. del D.Lgs. 163/2006, di approvazione del "Codice dei contratti pubblici", alle quali trova applicazione l'art. 125, comma 2, del D.Lgs. 104/2010, di approvazione del codice del processo amministrativo – c.p.a., ai sensi del quale "in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure".

In aggiunta, è appena il caso di ricordare che, comunque, il comma 3 dell'art. 119 del c.p.a. nella materia in esame ha previsto come misura cautelare ordinaria, pur quando venga rilevata "la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave e irreparabile", che il TAR si limiti a fissare "con ordinanza la data di discussione del merito alla prima udienza successiva alla scadenza del termine di trenta giorni dalla data di deposito dell'ordinanza", prevedendo, al comma 4, che con la medesima ordinanza il TAR possa disporre (anche) "le opportune misure cautelari" (solo) "in caso di estrema gravità ed urgenza".

Vale a dire che, in ogni caso, non sarebbe stata possibile nel caso in esame la concessione di alcuna misura cautelare:

- sia perché trattasi di lavori la cui durata si protrarrà per circa quattro anni, con la possibilità quindi di ottenere comunque, molto prima della fine dei lavori, un pronunciamento di merito da parte di questo Tribunale;

- sia perché la ricorrente avrebbe comunque potuto conseguire, nell'eventualità di un postumo accoglimento nel merito del ricorso, un risarcimento per equivalente, ormai, dopo quanto stabilito dalla Corte di Giustizia con sentenza del 30.09.2010, anche indipendentemente dalla sussistenza di

una colpa dell'Amministrazione;

- e sia infine perché, come espressamente previsto dal citato art. 125, questo Tribunale avrebbe avuto comunque il preciso dovere di tenere conto, tra l'altro, e anzi in via prioritaria, del "preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera" (nel caso specifico reso palese sia dalla stessa tipologia delle opere e dalle modalità della loro previsione, che dalla circostanza che nello stesso bando di gara è stato previsto un "tratto prioritario", da ultimare entro il 31.12.2015), nonché dell'interesse "del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure", in questo caso da considerare prevalente nella effettuata comparazione con il "possibile" pregiudizio per il ricorrente.

3) In ogni caso, non vi sarebbero stati comunque gli estremi per la concessione di una misura cautelare, se non nella forma della fissazione dell'udienza di merito a breve, atteso che le censure fatte valere con il ricorso non sono adeguatamente apprezzabili se non all'esito di una consulenza tecnica d'ufficio, che il Collegio non ritiene comunque necessario disporre, anche in relazione a quanto emerso dal ricorso incidentale proposto dalla Società Italiana Condotte d'Acqua.

4) Infatti, di quest'ultimo il Collegio ritiene fondato (almeno) il 2° motivo di ricorso, relativo alla mancata esclusione dell'ATI ricorrente, a causa della partecipazione della SI.CE.SI. all'ATI ricorrente principale come cooptata ma anche come mandante, anzi precisamente come "mandante cooptata".

L'art. 92 del DPR 207/2010, relativo ai "requisiti del concorrente singolo e di quelli riuniti", al comma 5, nel disciplinare la c.d. "associazione per cooptazione", prevede che "se il singolo concorrente o i concorrenti che intendano riunirsi in raggruppamento temporaneo hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono raggruppare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il venti per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati".

In sostanza, l'associazione per cooptazione, già contemplata dall'art. 23 D.Lgs. n. 406/99, è caratterizzata dalla possibilità da parte delle imprese, che intendano riunirsi in associazione temporanea e con i requisiti di partecipazione, di associare altre imprese – (iscritte all'ex albo nazionale dei costruttori) anche di modeste dimensioni, non suscettibili di raggrupparsi nelle forme di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 92 – anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti dal bando di gara pubblica, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20% dell'importo complessivo dei lavori oggetto dell'appalto, e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna di tali imprese sia almeno pari all'importo dei lavori che sarebbero stati ad essa affidati.

Ora, per il carattere eccezionale e derogatorio dell'istituto, la possibilità dell'impresa singola o delle imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea, in possesso dei requisiti generali, di associare in cooptazione, nei modi previsti, altre imprese qualificate anche per categorie e importi diversi da quelli richiesti nel bando, è subordinata ad una espressa ed inequivoca dichiarazione del concorrente risultante dalla domanda di partecipazione alla gara, in assenza della quale è da ritenere sussistente la figura (di carattere generale) dell'associazione temporanea (orizzontale o verticale) prevista dai commi 2 e 3 (cfr., ex multis, Cons. St., sez. V, 16/09/2011 n. 5187).

Ed in effetti, dalla domanda di partecipazione alla gara presentata dalla suddetta ATI risulta che "l'impresa SI.CE.SI. srl partecipa ai sensi dell'art. 92, comma 5, del suddetto DPR 207/2010, e quindi la stessa eseguirà una quota di lavori non superiore al 20% (venti per cento) dell'importo complessivo dell'appalto e comunque non superiore all'ammontare complessivo delle iscrizioni possedute".

Solo che, contestualmente, la stessa SI.CE.SI. ha sottoscritto, insieme alle altre imprese del raggruppamento, la domanda di partecipazione alla gara, ha sottoscritto ed è intestataria della cauzione provvisoria prodotta dall'ATI, ed ha sottoscritto anche la dichiarazione con la quale l'ATI ha indicato alla stazione appaltante quali lavori oggetto di appalto ed in quale misura intende subappaltare, in caso di aggiudicazione.

Il Collegio ritiene di aderire a quella giurisprudenza che, proprio dalle caratteristiche di specialità ed eccezionalità che denotano l'istituto della cooptazione, fa conseguire che il soggetto cooptato non può acquistare lo status di concorrente, non può acquistare alcuna quota di partecipazione all'appalto, non può rivestire la posizione di offerente, prima, e di contraente, poi, non può prestare garanzie, al pari di un concorrente o di un contraente e non può, in alcun modo, subappaltare o dichiarare di affidare a terzi una quota dei lavori, di cui non è titolare, essendo privo della prescritta SOA (cfr. Cons. St., sez. V, 16/09/2011 n. 5187; in termini identici Id., sez. V, 27.08.2013 n. 4278; e, da ultimo, Id., sez. V, 17/03/2014, n. 1327).

Non a caso, in giurisprudenza si è anche precisato che il principio secondo cui la garanzia fideiussoria, nel caso di Ati costituite, deve essere intestata a tutte le associate, nonché il principio secondo cui il fideiussore deve richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente, e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara, si riferisce all'ipotesi di una costituenda associazione temporanea ordinaria (di tipo verticale od orizzontale), mentre non si applica al caso della c.d. associazione per cooptazione (cfr. Cons. St., sez. V, 25/07/2006 n. 4655).

Non hanno pregio le deduzioni difensive contenute nella memoria dell'ATI ricorrente di replica al ricorso incidentale, laddove si precisa che la veste di cooptata assunta dalla SI.CE.SI. sarebbe "inequivoca", alla luce di quanto espressamente dichiarato nella domanda di partecipazione alla gara, perché proprio gli oggettivi elementi sopra evidenziati creano invece una ambiguità e confusione sul reale ruolo assunto da quell'impresa, che non può essere "mandante cooptata" (come definita nella stessa domanda di partecipazione), tale da identificarla invece come mandante tout court.

In altri termini, nell'ambito della presentazione della domanda, ed ai fini degli obblighi assunti nei confronti dell'Ente appaltante, il ruolo della cooptata è del tutto marginale, perché l'impresa cooptata non è una delle mandanti dell'ATI, che sono le uniche concorrenti, e quindi non è a sua volta una concorrente.

Invece nell'atto di impegno a costituire l'ATI è rilevabile sia il conferimento, da parte della SI.CE.SI., del mandato collettivo alla mandataria CCC, e sia l'indicazione delle quote di partecipazione, tanto alla costituenda ATI che ai lavori.

Come correttamente rilevato dalla controinteressata, se è vero che l'assunzione del ruolo di mandante, anziché di mera cooptata, non comporta di per sé l'esclusione dell'offerta, è anche vero, però, che, una volta assunto tale diverso ruolo, l'impresa debba dimostrare di possedere i requisiti di partecipazione previsti per quella gara, con riferimento al fatturato ed alla attestazione SOA.

Dimostrazione non fornita dalla SI.CE.SI.

Né vale a risolvere il problema la circostanza che, nel caso di specie, le altre tre imprese che hanno partecipato alla gara in vista della costituzione dell'ATI possiedono requisiti idonei a coprire anche il 100% dei lavori, perché comunque resta il fatto che hanno speso requisiti pari non al 100%, bensì al 94,5% (cfr. Cons. St., sez. V, 17/03/2014 n. 1327, che, nel ritenere che l'offerta della controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa, a causa del mancato impegno da parte della mandataria rispetto alle quote di lavori che dovevano essere eseguite dalle imprese cooptate, ha ribadito che l'istituto della c.d. cooptazione è preordinato a consentire che imprese minori siano

associate ad imprese maggiori e che, in questo modo, le prime maturino capacità tecniche diverse rispetto a quelle già possedute, facendo comunque salvo l'interesse della Stazione appaltante attraverso l'imposizione della qualificazione dell'intero valore dell'appalto da parte delle seconde, e cioè delle imprese che associano).

Ne consegue che il ricorso principale va dichiarato inammissibile, per carenza di interesse e/o di legittimazione.

Per mero scrupolo, vale appena la pena di precisare che non può trovare applicazione al caso di specie il principio formulato da Corte di Giustizia UE, sez. X, 04/07/2013 n. 100, che ha precisato che "qualora per mezzo di un ricorso incidentale l'aggiudicatario di una procedura di assegnazione di un appalto deduca che l'offerta del ricorrente principale sarebbe stata da escludere dalla gara a causa del mancato rispetto delle specifiche tecniche prescritte dalla stazione appaltante, sì da rendere inammissibile l'impugnazione proposta dallo stesso, il diritto dei partecipanti a una gara a una tutela giurisdizionale effettiva delle rispettive ragioni esige che entrambe le domande siano esaminate nel merito da parte del giudice investito della controversia.

Infatti, come precisato in tale sentenza, tale principio vale solo qualora il ricorso principale sia a sua volta incentrato "sulla non conformità dell'offerta dell'aggiudicatario alle medesime specifiche tecniche", e non, come nel caso di specie, su aspetti diversi.

5.1) Pur nella ritenuta fondatezza del descritto motivo di ricorso incidentale, il Collegio ritiene ugualmente di dover investire delle questioni in esame anche le Procure della Repubblica competenti, affinché valutino se sussistono profili di reato.

Infatti, appare strano che, in relazione ad un profilo così delicato, come quello sollevato dalla ricorrente principale già nella fase precedente alla proposizione del ricorso dinanzi a questo Tribunale, e relativo alla asserita circostanza dell'avvenuta apposizione al progetto originario, da parte della controinteressata, di modifiche così rilevanti da richiedere una nuova approvazione del progetto stesso, con specifico riferimento alla variazione dei c.d. "conci", la sub commissione di gara, da una parte, nella seduta del 27.02.2014, abbia ritenuto necessario, proprio in considerazione della delicatezza degli aspetti rilevati dalla attuale ricorrente principale, "dover acquisire da parte del costituendo RTI la certezza che tale metodologia costruttiva non interferisca con nuova approvazione in linea tecnica da parte dell'Ufficio del Genio Civile competente, in conformità a quanto prescritto dal disciplinare di gara"; e, dall'altra, dopo aver sentito, il 06.03.2014, il rappresentante dell'RTI, la commissione abbia ritenuto esaustivi i chiarimenti forniti, però limitati laconicamente alla "conferma che tale metodologia costruttiva non interferisce", e senza quindi acquisire ulteriori (seri) elementi di valutazione.

5.2) D'altra parte, pur nella sommaria valutazione propria della fase cautelare, e della emissione di una sentenza "in forma abbreviata", il Collegio ritiene meritevole di attenzione (ma in sede penale) anche la mancata rilevazione, da parte della commissione di gara, delle irregolarità, evidenziate nel ricorso incidentale, riscontrabili nell'offerta dell'ATI ricorrente principale.

In considerazione della complessità delle questioni giuridiche trattate, e delle irregolarità nelle fasi di gara rilevabili a carico di ciascuna delle parti, sussistono le eccezionali ragioni che consentono la compensazione integrale delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in accoglimento del ricorso incidentale dichiara inammissibile, nei termini di cui in motivazione, il ricorso principale.

Spese compensate.

Incarica la Segreteria di trasmettere copia della presente ordinanza e degli atti di causa alle Procure della Repubblica di Messina e Siracusa.

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

Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 26 giugno 2014 con l'intervento dei magistrati:

Maria Stella Boscarino, Presidente FF, Estensore

Dauno Trebastoni, Consigliere

Giuseppa Leggio, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 27/06/2014.



* Inizio pagina