N. 03288/2012 REG.PROV.COLL.

N. 01103/2012 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1103 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da: Italsocotec S.p.A., rappresentato e difeso dagli avv. Ulisse Corea, Francesco Saverio Marini, Filippo Martinez, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, corso di Porta Vittoria, 28;

contro

Autostrada Pedemontana Lombarda S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Angelini, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, via del Lauro, 7;

nei confronti di

Conteco S.p.A., Rina Check S.r.l, rappresentate e difese dagli avv. Roberto Damonte, Alessandro Sesana, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, corso Concordia 8;
No Gap Controls S.r.l.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

1) quanto al ricorso principale:

- del verbale del Consiglio di Amministrazione di Autostrada Pedemontana Lombarda 23.3.2012, avente ad oggetto "gara per l'affidamento del servizio di verifica ai fini della valutazione, ai sensi dell'art. 112 d.lgs n. 163/2006 e della sezione IV dell'allegato XXI al medesimo decreto, del progetto esecutivo relativo ai relativo ai lavori di realizzazione delle Tratte B1, B2,C,D, e delle opere di

compensazione del collegamento autostradale Dalmine - Como - Varese -Valico del Gaggiolo ed opere ad esso connesse; della nota prot. 1201437 del 28/3/2012; della relazione del RUP 15/3/2012; della nota prot. DT/cf16 n.1201821 del 23/472012, nonchè di tutti gli atti connessi.

2) quanto al primo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 11 luglio 2012:

- della nota di Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a. del 6.7.2012, prot. dg/ma16 n. 1202490 avente ad oggetto "comunicazione conferma aggiudicazione definiva";

- della deliberazione del consiglio di amministrazione di Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a. del 2.7.2012;

- di tutti gli atti connessi;

3) quanto al secondo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 19 luglio 2012:

-del giudizio di attendibilità e sostenibilità dell'offerta presentata dal raggruppamento controinteressato, formulato dalla stazione appaltante in ottemperanza della ordinanza cautelare n. 804/2012.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Autostrada Pedemontana Lombarda S.p.A. e di Conteco S.p.A. e di Rina Check S.r.l.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale Conteco S.p.A., Rina Check S.r.l., rappresentati e difesi dagli avv. Roberto Damonte, Alessandro Sesana, con domicilio eletto presso Alessandro Sesana in Milano, corso Concordia 8;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Designato relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2012 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La società Italsocotec s.p.a. impugna gli atti indicati in epigrafe deducendone l'illegittimità per violazione di legge ed eccesso di potere sotto diversi profili.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione resistente chiedendo il rigetto del ricorso principale e dei ricorsi per motivi aggiunti.

Si sono costituite in giudizio le controinteressate società Conteco S.p.A., Rina Check S.r.l., che con ricorso incidentale hanno contestato l'ammissione alla gara della ricorrente.

Con ordinanza n. 804/2012 depositata in data 7 giugno 2012, il Tribunale ha accolto la domanda cautelare contenuta nel ricorso principale ai fini del riesame della fattispecie, riservando al merito la valutazione del ricorso incidentale; con successive ordinanze, depositate rispettivamente in data 30 luglio 2012 e in data 24 agosto 2012, il Tribunale ha respinto le domande cautelari presentate con i ricorsi per motivi aggiunti.

All'udienza del 21 dicembre 2012 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1) Le impugnazioni proposte in via principale e in via incidentale hanno ad oggetto gli atti della gara indetta da Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a., con bando spedito alla G.U.U.E in data 09.08.2011 e pubblicato sulla G.U.R.I. in data 08.08.2011, avente ad oggetto l'affidamento del servizio di verifica ai fini della validazione, ai sensi del d.l.vo 2006 n. 163 e della Sezione IV dell'Allegato XXI al medesimo decreto, del progetto esecutivo relativo ai lavori di realizzazione delle tratte B1, B2, C, D e delle opere di compensazione del collegamento autostradale Dalmine – Como – Varese Valico del Gaggiolo ed opere ad esso connesse.

Alla procedura hanno partecipato la ricorrente e il costituendo raggruppamento composto Conteco S.p.A. (mandataria), Rina Check s.r.l. e No Gap Controls s.r.l. (mandanti); all'esito delle operazioni di gara il raggruppamento ora indicato si è collocato al primo posto della graduatoria, ottenendo l'aggiudicazione dell'appalto.

Dalla documentazione versata in atti risulta che il contratto è stato stipulato in data 28 agosto 2012.

2) Va esaminato con precedenza, perché di carattere escludente, il ricorso incidentale proposto dalle società Conteco S.p.A. e Rina Check S.r.l..

E' fondato e presenta carattere assorbente il motivo di ricorso incidentale con il quale si deduce il difetto in capo alla ricorrente del requisito di capacità tecnica previsto dal punto III.2.3, lett. b) del bando e dal punto 6.1.2, lett. x, n. 3 del disciplinare di gara.

Il punto III.2.3, lett. b), del bando pone, quale requisito di capacità tecnica, l'avvenuto svolgimento negli ultimi tre anni antecedenti la pubblicazione del bando, di almeno due appalti di servizi di verifica di progetti relativi a lavori di importo complessivo almeno pari a quello dell'appalto da affidare e di natura analoga allo stesso e pertanto almeno pari ad Euro 2.260.638.546,26 I.V.A. esclusa.

Lo stesso requisito è prescritto dal punto 6.1.2, lett. x, n. 3 del disciplinare di gara, che al successivo art. 12.2, c), specifica che il requisito di cui si tratta dovrà essere dimostrato mediante la "produzione di certificati di buona e regolare esecuzione, o equipollenti, rilasciati dalla committenza, dai quali si desumano le attività espletate e i corrispondenti importi, o, in alternativa, mediante produzione di fatture, accompagnate da copia dei relativi contratti o, in alternativa mediante idonea documentazione equipollente".

Ai fini della dimostrazione del possesso del requisito indicato, la società Italsocotec ha prodotto due certificati di regolare esecuzione dei servizi svolti negli ultimi tre anni antecedenti la data di pubblicazione del bando di gara: il primo rilasciato da Metro Engineering per un importo rilevante ai fini del possesso del requisito pari a Euro 748.974.540,60 (cfr. doc. 8 di Conteco). Il secondo

certificato è stato rilasciato in data 29.07.2009 dalla stessa Autostrada Pedemontana Lombarda e riguarda di un servizio di verifica e validazione di un progetto definitivo svolto da Italsocotec (in ATI con altre due società) per un a quota pari al 64% (quota di partecipazione di Italsocotec all'Ati) dell'80% (quantità della prestazione già svolta nel complesso dall'Ati alla data di emissione del certificato) dell'importo complessivo dei lavori e, quindi, per un importo pari ad Euro 1.453.375.293,11 (cfr. doc. 9 di Conteco).

I dati ora indicati non sono oggetto di contestazione tra le parti.

Vale precisare che la dichiarazione resa da Italsocotec in sede di gara, in ordine ai requisiti posseduti, fa espresso riferimento ai due appalti di servizi appena citati e, con riferimento all'appalto svolto in favore di Autostrada Pedemontana Lombarda s.p.a., riporta l'importo complessivo delle opere, riferendo a sé la percentuale del 64% del valore complessivo e indicando come data di conclusione del servizio il mese di dicembre 2010 (cfr. doc. 10 di Conteco).

Sempre in relazione al servizio da ultimo indicato, la società Italsocotec ha prodotto il rapporto di ispezione finale redatto dalla stessa Italsocotec e datato 03.08.2010 nel quale si riferisce che la società ha effettuato la verifica di seconda fase, con la precisazione che "i controlli sono stati eseguiti sul 100% di quegli elaborati progettuali che nella prima fase della verifica non erano stati istruiti perché ancora in redazione e per questi sono state redatte schede di ispezione" (cfr. doc. 22 e 23 di Italsocotec).

Inoltre, sempre con riferimento al servizio svolto in favore di Pedemontana e addotto a dimostrazione del possesso del requisito di capacità, la ricorrente ha prodotto la trascrizione di una comunicazione trasmessa per posta elettronica da Italsocotec a Pedemontana nella quale si attesta alla data del 7 febbraio 2011 che "abbiamo praticamente portato a termine le nostre attività di verifica" e quindi si chiede l'emanazione del certificato di buona esecuzione (cfr. doc. 25 di Italsocotec).

Tale certificato non è stato emesso da Pedemontana, che, nella memoria depositata in data 26.11.2012, dichiara che la società non era "nelle condizioni di produrre il relativo certificato attestante l'avvenuta esecuzione del servizio di validazione relativamente al residuo 20% dell'importo complessivo dei lavori" perché Pedemontana "non ha ancora emesso l'ulteriore certificato di regolare esecuzione del servizio di validazione relativo proprio a tale 20% dell'importo complessivo dei lavori cui si riferisce la prestazione".

Tanto la ricorrente quanto la stazione appaltante sostengono che dalla documentazione ora indicata emergerebbe che il servizio è stato svolto da Italsocotec per il 100% dell'importo complessivo dei lavori e non solo per l'80%, sicché la valorizzazione del residuo 20% consente alla società di raggiungere il requisito di capacità tecnica prescritto dal bando.

Pedemontana afferma che lo svolgimento del servizio per il 100% emerge dai rapporti di validazione in suo possesso.

La tesi prospettata da Italsocotec e da Pedemontana non può essere condivisa.

In primo luogo, dalla documentazione in atti emerge che il servizio cui la ricorrente si riferisce per la dimostrazione del requisito è stato aggiudicato ad Italsocotec per determinate percentuali di svolgimento, ossia per il 64% dell'80% dell'importo complessivo dei lavori.

La ricorrente e l'amministrazione resistente sostengono che nei fatti il servizio sarebbe stato svolto al 100% da Italsocotec, ma tale circostanza già rende di per incompatibile il servizio in questione con la

dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica, che afferiscono a quanto aggiudicato in sede di gara e non a quanto poi concretamente svolto, fermo restando che tale risultato non riflette i contenuti del certificato di regolare esecuzione del servizio rilasciato in data 29.07.2009 dalla stessa Autostrada Pedemontana Lombarda.

In ogni caso, anche assumendo che Italsocotec abbia svolto il servizio al 100%, dalla documentazione versata in atti non emerge alcuna certezza sulla data di completamento del servizio medesimo.

Invero, nella dichiarazione resa da Italsocotec in sede di gara (cfr. doc. 10 di Conteco) in ordine ai requisiti posseduti, si indica come data di conclusione del servizio il mese di dicembre 2010, mentre il rapporto di ispezione finale già richiamato (cfr. doc. 23 Italsocotec) è datato 03.08.2010.

Infine, la nota trasmessa per posta elettronica da Italsocotec in data 7 febbraio 2011 (cfr. doc. 25 Italsocotec) attesta che "abbiamo praticamente ultimato il servizio" e tale locuzione lascia intendere, per il suo oggettivo tenore letterale, che alla data ora indicata il servizio era in procinto di essere completato.

E' evidente, quindi, che da tale documentazione non emerge alcuna certezza in ordine alla data di effettiva conclusione del servizio.

Inoltre, come già evidenziato, la stazione appaltante con la memoria del 26.11.2012, ossia in data di molto posteriore al momento di asserita ultimazione del servizio valorizzato ai fini della capacità tecnica, ha espressamente dichiarato di non avere ancora emesso l'ulteriore certificato di regolare esecuzione del servizio di validazione relativo al 20% residuo, ma non ha indicato le ragioni del ritardo, sicché non vi sono elementi per ritenere che il servizio sia stato regolarmente eseguito entro la data di pubblicazione del bando e possa, quindi, valere ai fini della dimostrazione del requisito di capacità tecnica.

Del resto, proprio sul piano probatorio, il disciplinare di gara già richiamato richiede che la dimostrazione del requisito, se non effettuata con la produzione di certificati di buona e regolare esecuzione, avvenga con degli equipollenti rilasciati dalla committenza, dai quali si desumano le attività espletate e i corrispondenti importi, ovvero mediante la produzione di fatture, accompagnate da copia dei relativi contratti o, in alternativa, mediante idonea documentazione equipollente.

La norma, pur lasciando al concorrente ampia libertà nella scelta del mezzo dimostrativo, richiede, comunque, l'utilizzazione di documenti in grado di palesare l'effettiva ultimazione del servizio in data anteriore alla pubblicazione del bando.

Nulla di ciò emerge nel caso concreto, perché come già evidenziato, la documentazione offerta dalla ricorrente non offre alcuna certezza sull'effettiva data di ultimazione del servizio, né sulla corrispondenza tra il servizio reso e quello aggiudicato, in termini di corretta esecuzione, tanto che, nonostante il decorso di oltre un anno dalla pubblicazione del bando di gara (anteriormente al quale deve essere dimostrata l'ultimazione del servizio), Pedemontana non ha ancora emesso il certificato di regolare esecuzione del servizio, senza offrire alcuna concreta spiegazione al riguardo.

Né in senso contrario rileva la circostanza che il RUP nel corso del giudizio abbia dichiarato che Italsocotec ha effettivamente svolto il servizio di validazione anche in relazione al residuo 20% dell'importo complessivo dei lavori, atteso che si tratta, da un lato, di una dichiarazione non riconducibile agli strumenti probatori indicati nel disciplinare di gara e formata ad hoc in funzione del giudizio in corso, dall'altro, di una dichiarazione che nulla dice sulla situazione esistente, in termini di data di conclusione del servizio e di sua regolarità al momento della pubblicazione del bando, che segna il momento entro il quale doveva essere maturato il possesso del requisito.

In definitiva, la documentazione versata in atti non consente di ritenere che Italsocotec s.p.a. abbia dimostrato in sede di partecipazione alla gara che, alla data di pubblicazione del bando, era in possesso del requisito di capacità tecnica previsto dal punto III.2.3 lett. b) del bando medesimo, sicché la concorrente doveva essere esclusa dalla procedura per difetto dello specifico requisito, con conseguente fondatezza, in parte qua, del ricorso incidentale.

Si tratta di una censura di carattere assorbente, che consente di prescindere dall'esame delle ulteriori censure articolate nel ricorso incidentale.

3) In definitiva, il ricorso incidentale è fondato nei termini dianzi esposti e deve essere accolto.

La fondatezza del ricorso incidentale rende inammissibile il ricorso principale e i successivi ricorsi per motivi aggiunti, atteso che in relazione a questi ultimi non è configurabile neppure un interesse strumentale della ricorrente ad ottenere la decisione di merito, poiché con essi non sono state avanzate censure di portata escludente nei confronti dell'aggiudicataria, con la conseguenza che anche in caso di ripetizione delle operazioni di valutazione la ricorrente Italsocotec non potrebbe partecipare alla procedura, stante la sussistenza della causa di esclusione evidenziata mediante il ricorso incidentale.

La particolare complessità delle questioni fattuali e giuridiche sottese alla controversia in esame consente di ravvisare giusti motivi per compensare tra le parti le spese della lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Terza) definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso incidentale, nei limiti di quanto esposto in motivazione e per l'effetto dichiara inammissibile il ricorso principale e i successivi ricorsi per motivi aggiunti indicati in epigrafe.

Compensa tra le parti le spese della lite.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Domenico Giordano, Presidente

Silvana Bini, Primo Referendario

Fabrizio Fornataro, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/12/2012

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)