



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3228 del 2009, proposto da:  
Ponteggi Brindisi S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale  
mandataria del raggruppamento temporaneo con la Cogit Costruzioni Generali  
Italiane S.p.a., rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto  
presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria n. 2;

***contro***

l'Azienda Sanitaria Locale BR di Brindisi, in persona del legale rappresentante p.t.,  
rappresentato e difeso dall'avv. Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto  
presso lo Studio Bdl in Roma, via Bocca di Leone n. 78;  
la Orme S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso  
dall'avv. Ignazio Scuderi, con domicilio eletto in Roma, via Stoppani n. 1;

***nei confronti di***

la Sved S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso  
dall'avv. Luigi Nilo, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso  
Vittorio Emanuele II n. 18;

*per la riforma*

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - Sezione Staccata di Lecce, Sezione II, n. 484 del 16 marzo 2009, resa tra le parti, concernente la deliberazione dell'ASL BR n. 2214 del 18/7/2008, con la quale sono stati definitivamente aggiudicati alla Orme S.p.A. i lavori di completamento e sopraelevazione della piastra esistente e la realizzazione di n. 3 impianti elevatori e la fornitura di attrezzature elettromedicali al Presidio Ospedaliero "A. Perrino" di Brindisi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Sanitaria Locale BR di Brindisi;

Vista il ricorso incidentale in appello presentato dalla Orme S.p.A.;

Vista la costituzione in giudizio della Sved S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2011 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti l'avv. Notarnicola, su delega dell'avv. Quinto, l'avv. Lattanzi, su delega dell'avv. Sticchi Damiani e l'avv. Nilo;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con deliberazione n. 2294 del 4/8/2006, l'Azienda Sanitaria Locale BR di Brindisi aveva indetto una gara al maggior ribasso per l'affidamento dei lavori di completamento e sopraelevazione della piastra esistente, la realizzazione di n. 3 impianti elevatori e la fornitura di attrezzature elettromedicali per il Presidio Ospedaliero "A. Perrino" di Brindisi (con importo a base d'asta di € 7.883.379,71).

I lavori e la fornitura venivano aggiudicati, con deliberazione del 13/7/2007 n. 250, al raggruppamento Ponteggi Brindisi S.r.l. – Cogit Costruzioni Generali Italiane S.p.a.

L'Impresa Orme S.p.A., che era stata esclusa dalla gara per l'errata composizione dell'offerta relativa alla fornitura dell'impianto radiologico digitalizzato per angiografia diagnostica, ricorreva avverso l'esclusione davanti al TAR per la Puglia, Sezione di Lecce che con sentenza n. 2202 del 30 maggio 2007 accoglieva il suo ricorso.

La sentenza era confermata dal Consiglio di Stato con decisione della Sez. V n. 2090 del 7 maggio 2008.

2.- L'Azienda Sanitaria Locale BR di Brindisi rinnovava quindi le operazioni di gara e, dopo aver esaminato le giustificazioni fornite in ordine alla composizione dell'offerta, con determinazione n. 2214 del 18/7/2008, aggiudicava la gara alla società Orme stabilendo che la stipula del contratto doveva avvenire a seguito dell'accertamento positivo dei requisiti richiesti in sede di gara.

3.- Avverso l'aggiudicazione ricorrevano davanti al TAR di Lecce le Ditte Ponteggi Brindisi S.r.l., anche nella sua qualità di mandataria del raggruppamento temporaneo, e Cogit Costruzioni Generali Italiane S.p.A.

Al ricorso si opponevano l'Azienda Sanitaria Locale BR di Brindisi e la società Orme che presentava anche ricorso incidentale sostenendo che le ditte Ponteggi Brindisi e Cogit Costruzioni Generali Italiane avrebbero dovuto essere escluse dalla gara per la mancanza dei requisiti richiesti.

4.- Il TAR di Lecce, con la sentenza della Sezione II n. 484 del 16 marzo 2009, dopo aver respinto le eccezioni sollevate dalle ricorrenti, ha ritenuto fondato il ricorso incidentale presentato dalla Orme S.p.A. ed ha dichiarato quindi inammissibili per carenza di interesse il ricorso principale proposto dalle società Ponteggi Brindisi e Cogit Costruzioni Generali e i successivi motivi aggiunti.

In particolare il TAR ha ritenuto illegittima la clausola del bando che consentiva, ai concorrenti non in possesso della qualificazione nelle categorie OS3, OS28 e OS30, di partecipare alla gara se in possesso della qualificazione nella categoria OG11 per classifica adeguata alla somma delle lavorazioni delle suddette categorie ed ha, in conseguenza, ritenuto che di tale clausola non potessero avvalersi le ditte Ponteggi Brindisi e Cogit Costruzioni Generali che non erano in possesso della qualificazione nella categoria OS30 che era richiesta per l'esecuzione dei lavori relativi agli impianti elettrici, telefonici e telematici, per un importo di € 1.316.973,80, pari al 18,619% dell'importo complessivo della gara.

5.- La società Ponteggi Brindisi, in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo con la Cogit Costruzioni Generali Italiane, ha appellato l'indicata sentenza sostenendone l'erroneità sotto diversi profili.

In particolare le società appellanti hanno sostenuto che il ricorso incidentale proposto dall'impresa Orme in primo grado doveva essere dichiarato inammissibile perché eventuali vizi riguardanti la loro partecipazione alla gara dovevano esser fatti valere quando l'impresa Orme aveva impugnato la sua esclusione dalla gara, tenuto conto che contestualmente era stata disposta l'aggiudicazione (in loro favore) della gara stessa (con il provvedimento poi annullato dal TAR di Lecce con la già citata sentenza n. 2202 del 30 maggio 2007).

Le appellanti hanno poi riproposto in appello i motivi sollevati avverso l'aggiudicazione della gara alla società Orme (che il TAR non ha esaminato), riguardanti, in particolare, la composizione dell'offerta delle attrezzature elettromedicali (la cui inidoneità risulterebbe accertata dalla stessa amministrazione) e l'evidente anomalia di numerose voci dell'offerta presentata dalla detta società.

6.- All'appello si sono opposti l'Azienda Sanitaria Locale BR di Brindisi e la società Orme che, anche in appello, ha proposto in via incidentale la questione (assorbita

in primo grado) riguardante la mancata indicazione nell'offerta delle modalità di distribuzione dei lavori fra le imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo (ripartizione necessaria in una ATI di tipo orizzontale) e la non adeguatezza della qualifica posseduta in OG11 dalla mandante Cogit Costruzioni.

L'Azienda Sanitaria Locale BR di Brindisi ha poi depositato copia del verbale della Commissione Tecnica che, in data 22 maggio 2009, ha ritenuto che il sistema offerto dalla società Orme sia rispondente alle prescrizioni tecniche di gara e in termini di capacità di raggiungere gli obiettivi sottesi all'appalto.

7.- In prossimità dell'udienza di discussione si è costituita in giudizio l'impresa Sved S.r.l. che, in data 29 luglio 2010, ha acquistato un ramo d'azienda della società Orme, con i suoi diritti ed interessi riguardanti la partecipazione alla gara in questione, ed ha sottoscritto, in data 8 novembre 2010, il contratto d'appalto con la A.S.L. BR di Brindisi per i lavori di completamento e sopraelevazione della piastra esistente, la realizzazione di n. 3 impianti elevatori e la fornitura di attrezzature elettromedicali per il Presidio Ospedaliero "A. Perrino" di Brindisi.

8.- Alla Pubblica Udienza del 4 febbraio 2011 il ricorso in appello, su richiesta delle parti, è passato in decisione.

## DIRITTO

9.- Ritiene questo Collegio di dover preliminarmente esaminare la questione, riproposta in appello dalle società Ponteggi Brindisi e Cogit Costruzioni Generali Italiane, riguardanti l'inammissibilità del ricorso incidentale proposto in primo grado dall'impresa Orme. Infatti se tale questione dovesse ritenersi fondata la sentenza del TAR di Lecce dovrebbe essere inevitabilmente annullata e non si potrebbe procedere nell'esame delle diverse questioni sollevate con l'appello principale e con l'appello incidentale.

Sostengono le appellanti che il ricorso incidentale proposto in primo grado dall'impresa Orme doveva essere dichiarato inammissibile perché gli eventuali vizi

di partecipazione alla gara delle ricorrenti (oggi appellanti) dovevano esser fatti valere nel momento in cui l'impresa Orme aveva impugnato la sua esclusione dalla gara. Infatti, con la deliberazione dell'Azienda Sanitaria Locale BR di Brindisi del 13/2/2007 n. 250 (annullata dal TAR di Lecce con la citata sentenza n. 2202 del 30 maggio 2007) era stata disposta non solo l'esclusione dalla gara della società Orme ma anche l'aggiudicazione della gara in loro favore.

10.- Il TAR di Lecce ha respinto l'eccezione sostenendo che, essendo l'offerta della società Orme più vantaggiosa di quella dell'A.T.I. ricorrente, "la domanda di annullamento dell'esclusione, ove accolta, avrebbe comportato il conseguimento della utilità pretesa dalla Ditta allora ricorrente, ovverossia quella di rendersi aggiudicataria della gara, per aver formulato la migliore offerta", con la conseguenza che "non era rinvenibile alcun interesse a censurare l'ammissione dell'A.T.I., bastando l'accoglimento del ricorso avverso l'esclusione a soddisfare pienamente la Ditta ricorrente", mentre solo "nel momento in cui l'aggiudicazione (successivamente disposta in suo favore) è contestata dall'Impresa concorrente, la difesa dell'utilità oramai conseguita passa necessariamente attraverso la proposizione del rimedio del ricorso incidentale, mirante a paralizzare l'altrui domanda ed a cui è sotteso l'interesse alla conservazione degli atti della procedura, in questa fase autonomamente apprezzabile e per la prima volta rinvenibile".

10.1- Questa Sezione ritiene condivisibile, sul punto, quanto affermato dal TAR di Lecce.

La società Orme risultava infatti aver presentato l'offerta con il maggior ribasso (33,33% a fronte del 27,20% offerto dal raggruppamento costituito dalle società Ponteggi Brindisi e Cogit Costruzioni) e sarebbe risultata aggiudicataria della gara, fatta salva la verifica del possesso dei requisiti richiesti, se non fosse stata esclusa dalla stessa con il provvedimento della A.S.L. di Brindisi poi annullato dal TAR perché ritenuta illegittimo. La società Orme non aveva pertanto alcuna necessità di

far valere nel ricorso proposto avverso la sua esclusione dalla gara anche eventuali vizi riguardanti l'offerta dell'A.T.I. che era poi risultata aggiudicataria a seguito della sua esclusione.

11.- E quindi ora possibile passare all'esame del motivo proposto dalle appellanti avverso le ragioni che hanno indotto il TAR ad accogliere il ricorso incidentale proposto in primo grado dalla società Orme

Come già anticipato, nella parte in fatto, il TAR ha ritenuto illegittima la clausola del bando che consentiva, ai concorrenti non in possesso della qualificazione nelle categorie OS3, OS28 e OS30, di partecipare alla gara se in possesso della qualificazione nella categoria OG11 per classifica adeguata alla somma delle lavorazioni delle suddette categorie, ed ha, in conseguenza, ritenuto che di tale clausola non potessero avvalersi le ditte Ponteggi Brindisi e Cogit Costruzioni Generali che non erano in possesso della qualificazione nella categoria OS30, richiesta per l'esecuzione dei lavori relativi agli impianti elettrici, telefonici e telematici, per un importo di € 1.316.973,80, pari al 18,619% dell'importo complessivo della gara.

In conseguenza il TAR, come si è già detto, ha dichiarato improcedibile per carenza di interesse il ricorso proposto dalle società Ponteggi Brindisi e Cogit Costruzioni Generali Italiane avverso l'aggiudicazione in favore della società Orme della gara in questione.

11.1- Sostengono le appellanti che erroneamente il TAR ha ritenuto illegittima la clausola del bando che invece deve ritenersi perfettamente logica considerato che la qualificazione OG11 comprende esattamente in sé quelle di cui alle lettere OS3 e OS30 con la conseguenza che il possesso della qualificazione in OG11 determina automaticamente la capacità di eseguire i lavori per le citate altre qualifiche.

11.2- Al riguardo si deve ricordare che l'allegato A al D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, recante l'istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori

pubblici (all'epoca vigente ed in vigore fino al 7 giugno 2011, per effetto di quanto disposto dalla lettera d) del comma 1 dell'art. 358 e dal comma 1 dell'art. 359, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 recante il Regolamento di esecuzione del Codice dei contratti), definisce l'ambito di qualificazione delle tre categorie nel modo seguente:

OG11: "riguarda la fornitura, il montaggio e la manutenzione o la ristrutturazione di un insieme coordinato di impianti di riscaldamento, di ventilazione e condizionamento del clima, di impianti idrico sanitari, di cucine, di lavanderie, del gas ed antincendio, di impianti pneumatici, di impianti antintrusione, di impianti elettrici, telefonici, radiotelefonici, televisivi nonché di reti di trasmissioni dati e simili, completi di ogni connessa opera muraria, complementare o accessoria, da realizzarsi congiuntamente in interventi appartenenti alle categorie generali che siano stati già realizzati o siano in corso di costruzione":

OS3: " riguarda la fornitura, il montaggio e la manutenzione e ristrutturazione di impianti idrosanitari, di cucine, di lavanderie, del gas ed antincendio, qualsiasi sia il loro grado di importanza, completi di ogni connessa opera muraria, complementare o accessoria, da realizzarsi in opere generali che siano state già realizzate o in corso di realizzazione";

OS30: " riguarda la fornitura, il montaggio e la manutenzione o la ristrutturazione di impianti elettrici, telefonici, radiotelefonici, televisivi nonché di reti di trasmissione dati e simili, completi di ogni connessa opera muraria, complementare o accessoria, da realizzarsi in interventi appartenenti alle categorie generali che siano stati già realizzati o siano in corso di costruzione".

Questo Consiglio ha quindi affermato che, come emerge dalla lettura del contenuto delle indicate qualificazioni, la qualificazione in OG11 comprende esattamente in sé quelle di cui alle lettere OS3 e OS30 per cui il possesso della

qualifica OG11 può determinare la capacità di eseguire i lavori nelle suindicate altre categorie (Consiglio Stato, sez. IV, 19 ottobre 2006, n. 6232).

11.3- Ciò non esclude che, considerata l'autonomia riconosciuta alle stazioni appaltanti, le stesse possano chiedere il possesso di una determinata categoria specialistica senza ammettere equivalenti. Infatti la specifica richiesta della categoria speciale può costituire una sottolineatura dell'importanza di quelle lavorazioni nella logica complessiva dell'appalto e tiene conto anche della circostanza che per ottenere la qualificazione in OG11 non era necessario aver eseguito opere corrispondenti in tutte le categorie dei lavori inclusi nella qualifica. Si è quindi affermato che la qualificazione nella categoria OG11 non ricomprende ed assorbe necessariamente anche le qualificazioni singolarmente previste nelle suindicate categorie specialistiche e che il bando di gara può legittimamente richiedere la qualificazione in una delle predette categorie specialistiche e che, in tal caso, il difetto della qualificazione in tali categorie, per effetto di quanto previsto dal bando, non può essere sanato con il possesso della qualificazione nella sola categoria OG11 (Consiglio di Stato, sez. V, n. 6760 del 30 ottobre 2003).

11.4- Secondo una diversa interpretazione (fatta propria dal TAR di Lecce) il meccanismo dell'equipollenza può ritenersi tuttavia operante solo entro i limiti stabiliti dal comma 3 dell'art. 73 del D.P.R. n. 554 del 1999 (il regolamento della legge Merloni) e quindi entro il limite del 10% dell'importo complessivo dell'opera. Ma tale interpretazione non può condividersi perché non tiene conto della particolare natura della qualificazione in OG11 che è una qualifica generale ma nello stesso tempo è anche una qualifica che include lavorazioni contenute in diverse qualifiche speciali e che può essere ottenuta proprio avendo eseguito lavori in quelle qualifiche speciali (anche se non in tutte nella stessa misura).

11.5- Di tale particolarità ha tenuto conto il legislatore che ha ora dettato, con l'art. 79 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, recante il Regolamento di esecuzione ed

attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti), una specifica disciplina sulla questione ed ha stabilito, al comma 16, le percentuali di lavori nelle diverse categorie speciali che consentono l'iscrizione nella categoria generale OG11 ed i limiti entro i quali il possesso della qualificazione nella categoria generale OG11 può consentire di eseguire lavori anche nelle categorie specializzate OS 3, OS 28 e OS 30.

11.6- Considerato che, nella fattispecie in esame, è stata la stessa stazione appaltante a prevedere con la clausola (che il TAR ha ritenuto illegittima) l'equivalenza fra il possesso della qualifica nella categoria OG11 e il possesso della qualifica in OS30 (purché per classifica adeguata), tale previsione deve ritenersi legittima proprio perché coerente con il principio generale, che si è sopra affermato, secondo il quale il possesso della qualificazione nella categoria OG11 includeva (normalmente) il possesso della qualifica anche nella categoria OS30 che era richiesta per la partecipazione alla gara.

11.7- Né si può giungere a diversa conclusione sulla base della lettura delle diverse disposizioni contenute nel bando.

E' infatti vero che la stazione appaltante, nelle lavorazioni indicate nel disciplinare di gara, aveva richiesto, per gli impianti idro-sanitari, gas medicali e antincendio, il possesso della qualifica in OG11, mentre per gli impianti elettrici, telefonici e telematici aveva richiesto il possesso della qualifica in OS30 (quasi a voler sottolineare per tali lavori il necessario possesso di tale qualifica). Ma, come si è detto, è stata poi la stessa amministrazione nello stesso disciplinare di gara, a pag. 3 (nella parte riguardante la documentazione di gara che i partecipanti dovevano inserire nella busta A), a ritenere sufficiente la qualifica nella categoria OG11 (anche dove era richiesta la qualifica in OS30) e tale disposizione che, come si è detto, risulta coerente con i principi generale in materia, non può ritenersi illegittima.

12.- Per quanto esposto la sentenza appellata sul punto non può essere confermata non potendo ritenersi illegittima l'ammissione alla gara del raggruppamento temporaneo costituito dalle società appellanti che non erano in possesso della qualificazione in OS 30 ma solo della qualificazione in OG11.

13.- Prima di esaminare le censure sollevate dalle appellanti avverso l'aggiudicazione disposta in favore della società Orme, occorre peraltro, a questo punto, esaminare l'ulteriore questione che era stata sollevata dalla stessa società in primo grado con il suo ricorso incidentale. Questione che il TAR aveva assorbito e che ora viene riproposta con l'appello incidentale.

Sostiene, al riguardo, la società Orme che non solo il bando non consentiva la partecipazione alla gara di imprese prive della qualificazione in OS30 ma che il Raggruppamento Ponteggi Brindisi – Cogit Costruzioni Generali Italiane non aveva nemmeno il requisito della (sostitutiva) qualificazione in OG11, avendo la mandante Cogit dichiarato un'iscrizione in detta qualifica nella classifica II (quindi per € 516.457) a fronte di lavori per quella categoria di importo molto maggiore. I lavori previsti per la categoria OS30 non erano del resto neanche subappaltabili, come precisato nel disciplinare di gara, perché eccedenti il 15% dell'importo dei lavori.

In particolare il disciplinare di gara aveva previsto lavori per la categoria OG11 di € 787.100,48 (richiedendo la classifica III) e lavori per la categoria OS30 di € 1.316.973,80 (richiedendo la classifica IV) con un importo complessivo (per la categoria OG11) di € 2.104.074, 28.

Considerato che le società Ponteggi Brindisi e Cogit Costruzioni Generali hanno partecipato alla gara in A.T.I. orizzontale (con una quota rispettivamente del 50,1% e del 49,9%), secondo la società Orme, la Cogit Costruzioni avrebbe dovuto dimostrare il possesso della qualifica OG11 almeno per il 49,9% di € 2.104.074, 28

e quindi per circa 1.000.000,00 di euro, cifra ampiamente superiore alla categoria effettivamente posseduta in OG11.

13.1- Al riguardo, si deve ricordare che, ai sensi dell'art. 37 del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici, e dell'art. 95 del regolamento n. 554 del 1999 (ed oggi dell'art. 92 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, recante il regolamento di esecuzione del Codice dei Contratti), le imprese partecipanti a un costituendo raggruppamento (sia di natura orizzontale che di natura verticale) devono indicare nell'offerta di gara, oltre alle quote di partecipazione, le quote di lavori che ciascuna di esse eseguirà, in modo da consentire l'immediata verifica dei requisiti richiesti dalla normativa di settore, ciò in quanto una dichiarazione successiva, in sede di esecuzione del contratto, non potrebbe assolvere allo stesso modo alle esigenze di trasparenza ed affidabilità che caratterizzano la gara (Consiglio di Stato Sez. IV, n. 8253 del 27 novembre 2010).

L'art. 37 del Codice dei contratti pubblici, nel disciplinare le modalità partecipative alle gare per l'aggiudicazione dei contratti dei raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di concorrenti, stabilisce infatti, al comma 3, che “nel caso di lavori, i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari di concorrenti sono ammessi se gli imprenditori partecipanti al raggruppamento ovvero gli imprenditori consorziati abbiano i requisiti indicati nel regolamento”.

Il comma 13 dello stesso art. 37 stabilisce poi che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo “devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”.

La norma regolamentare contenuta nell'art. 95 del D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (operante all'epoca, per effetto del richiamo contenuto nel citato art. 37 sino all'entrata in vigore del nuovo regolamento sui contratti pubblici), nel disciplinare i requisiti dell'impresa singola e di quelle riunite, stabilisce poi, al comma 2, che “per le associazioni temporanee di imprese e per i consorzi ... di tipo orizzontale, i

requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nelle misure minime del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento. L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria”.

13.2- Dalle riportate disposizioni emerge, dunque, come già affermato da questo Consiglio, il principio secondo il quale, poiché l'art. 37 comma 13, stabilisce che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, deve sussistere una perfetta corrispondenza tra la quota di lavori e la quota di effettiva partecipazione al raggruppamento.

L'indicazione delle quote di partecipazione - e, quindi dei lavori - si rivela dunque requisito di ammissione alla gara e deve provvedersi a tale incumbente nella domanda di partecipazione alla gara e non in sede di esecuzione del contratto (Consiglio di Stato, Sez. V, 28 settembre 2009 n. 5817).

13.3- Il comma 13 dell'art. 37 del Codice dei contratti pubblici ha stabilito quindi un parallelismo tra le quote di partecipazione vantate da ciascuna associata nell'ambito del raggruppamento e le quote di esecuzione dei lavori che ciascuna di esse è tenuta obbligatoriamente ad eseguire (Consiglio di Stato Sez. IV, n. 8253 del 27 novembre 2010 cit.). E sulla base delle predette indicazioni preventive e formali deve essere operata la verifica della sussistenza delle richieste qualificazioni per le imprese.

D'altronde la funzione della disposizione sta nell'evidente finalità di escludere, fin dalla fase di svolgimento della gara, partecipazioni fittizie o di comodo. La disposizione ha infatti il fine di evitare che nella A.T.I. vi siano partecipazioni solo

apparenti, effettuate allo scopo di far aggiudicare contratti a soggetti privi delle necessarie qualificazioni.

Con la conseguenza che l'indicazione delle quote di partecipazione al raggruppamento temporaneo fa sorgere il vincolo all'esecuzione dell'appalto con un assetto non modificabile.

13.4- E tale disposizione si applica sicuramente ai raggruppamenti di tipo orizzontale (come quello costituito dalle società Ponteggi Brindisi e Cogit Costruzioni Generali Italiane) perché essendo il riparto delle quote di partecipazione all'A.T.I., e quindi il riparto dei lavori, di tipo quantitativo (e non qualitativo come nelle A.T.I. verticali), è necessaria la chiara indicazione della quota di partecipazione e quindi la preventiva specificazione della quota parte delle lavorazioni che saranno eseguite dalle imprese partecipanti al raggruppamento.

14.- Applicando tali principi al caso di specie il motivo proposto nel suo appello incidentale dalla società Orme risulta fondato.

Infatti la qualificazione nella categoria OG11 posseduta dalla società Cogit Costruzioni è nella classifica II (quindi per € 516.457) e, pur aumentata di un quinto ai sensi del comma 2 dell'art. 3 del DPR n. 34 del 2000, non consentiva alla stessa società di poter eseguire i lavori per la somma richiesta.

Si è infatti già ricordato che il disciplinare di gara aveva previsto lavori per la categoria OG11 di € 787.100,48 (richiedendo la classifica III) e lavori per la categoria OS30 di € 1.316.973,80 (richiedendo la classifica IV). Sommando le due categorie di lavori si raggiunge un importo complessivo di € 2.104.074, 28 e la Cogit Costruzioni avrebbe dovuto dimostrare il possesso della qualifica OG11 almeno per il 49,9% di 2.104.074, 28 (e quindi per circa € 1.000.000,00), cifra ampiamente superiore alla categoria posseduta in OG11.

14.1- E per tutte le ragioni che si sono prima espone non può aver alcun rilievo la circostanza che la mandataria Ponteggi Brindisi possedeva in OG 11 la classifica

IV (€ 2.582.284) che le avrebbe consentito di eseguire tutti i lavori appartenenti a tale categoria (per € 2.104.074, 28) lasciando alla società Cogit Costruzioni l'esecuzione dei lavori (nel rispetto della complessiva percentuale di partecipazione all'ATI) nella categoria OG1 (prevalente) nella quale la stessa società Cogit Costruzioni aveva i necessari requisiti di qualificazione essendo iscritta in categoria VIII.

Quel che conta è infatti la capacità di ogni componente del raggruppamento di poter effettuare i lavori per la quota che, con la domanda di partecipazione alla gara, si è impegnata a voler eseguire. E nel caso di specie, non avendo le due imprese associate in A.T.I. (orizzontale) indicato in che modo avrebbero fra loro diviso l'esecuzione dei lavori, si deve ritenere che la percentuale di lavori da eseguirsi in ogni categoria fosse esattamente corrispondente alla quota della partecipazione delle stesse società all'A.T.I., con la conseguenza che la Cogit Costruzioni doveva essere capace di eseguire tutti i lavori previsti nella percentuale del 49%, corrispondente alla sua quota di partecipazione al raggruppamento con la società Ponteggi Brindisi (mandataria).

Correndosi altrimenti il rischio, che le indicate norme vogliono evitare, dell'esecuzione di lavori in categorie per le quali le imprese non hanno la necessaria qualificazione.

15.- Né si può giungere a conclusioni diverse facendo riferimento al diverso istituto dell'associazione per cooptazione -che si caratterizza per la possibilità, da parte delle imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea e con i requisiti di partecipazione, di associare altre imprese 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 oggetto dell'appalto e che l'ammontare complessivo delle iscrizioni possedute da ciascuna di tali imprese sia pari all'importo dei lavori che sarebbero stati ad essa affidati

(comma 4 dell'art. 5 del DPR 544 del 1999)- tenuto conto che, a prescindere da ogni altra questione riguardante le indicate percentuali di lavori, il possibile ricorso a tale istituto, per giurisprudenza costante, è subordinato ad una espressa dichiarazione nella domanda di partecipazione alla gara, in assenza della quale non può non farsi riferimento alla figura generale dell'associazione temporanea (orizzontale o verticale).

16.- Per tutte queste ragioni deve essere accolto il motivo sollevato, con ricorso incidentale, dalla società Orme.

Con la conseguenza che, come già affermato dal giudice di primo grado (sebbene per un motivo diverso), il ricorso proposto dalla Ponteggi Brindisi S.r.l., in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo con la Cogit Costruzioni Generali Italiane Spa, deve essere dichiarato inammissibile per carenza di interesse.

17.- In conclusione l'appello deve essere respinto e la sentenza appellata, seppur con diversa motivazione, deve essere confermata.

In considerazione della complessità delle questione trattate si ritiene di dover disporre la compensazione integrale fra le parti delle spese dei due gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello (n. 3228 del 2009), come in epigrafe proposto,

respinge l'appello e conferma, con diversa motivazione, la sentenza del TAR per la Puglia, Sezione Staccata di Lecce, Sezione II n. 484 del 16 marzo 2009.

Dispone l'integrale compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Pier Luigi Lodi, Presidente

Marco Lipari, Consigliere

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2011

IL SEGRETARIO

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