

N. 05279/2011REG.PROV.COLL.

N. 02189/2009 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 Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 2189 del 2009, proposto dalla Metropolitana Milanese Spa, rappresentata e difesa dagli avv. Luca R. Perfetti, Francesco Scanzano, Alessandro Rosi e Tommaso Bossi, con domicilio eletto presso Studio Legale Chiomenti in Roma, via XXIV Maggio, 43;

contro

Sacaim Spa Cementi Armati Ing. Mantelli, Lis S.r.l., Busi Impianti S.p.A. ed Else Edilizia Lavori Sottosuolo Estrazioni Spa, rappresentate e difese dagli avv. Angelo Clarizia, Mario Cocco ed Elvira Poscio, con domicilio eletto presso Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde,

2; Ing. Claudio Salini Grandi Lavori Spa (già Salini Locatelli s.r.l.), in proprio e quale capogruppo mandataria dell'Ati costituita con Locatelli Geom. Gabriele S.p.a. e Castelli Lavori s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Guido Cerruti e Raffaella Di Tarsia Di Belmonte, con domicilio eletto presso la seconda in Roma, via Guido D'Arezzo, 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, SEZIONE I, n. 01243/2009, resa tra le parti, concernente APPALTO REALIZZAZIONE NUOVO ASSE DI VIABILITA' PRIMARIA

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio e gli appelli incidentali delle parti appellate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2011 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Scanzano, Clarizia e Di Tarsia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando per pubblico incanto del 17/11/2005 la Metropolitana Milanese s.p.a. (di seguito, semplicemente la M.M.) indiceva una gara per l'affidamento in appalto, con il criterio del prezzo più basso, della realizzazione di un nuovo asse di viabilità primaria in sotterraneo, per un importo complessivo stimato pari ad euro 83.900.000,00.

La gara era aggiudicata alla costituenda ATI Salini Locatelli s.r.l. - Locatelli geom. Gabriele s.p.a. - Castelli Lavori s.r.l., che aveva offerto il maggior ribasso, pari al 27,063 % .

Avverso l'aggiudicazione proponeva ricorso al T.A.R. per la Lombardia la SACAIM s.p.a., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con Lis s.r.l. – Busi Impianti s.p.a. – ELSE Edilizia Lavori Sottosuolo Estrazioni s.p.a., giunta seconda classificata con un ribasso pari al 26,690 % , che articolava due motivi di gravame.

Con il primo la ricorrente (d'ora innanzi, la SACAIM) deduceva il mancato possesso da parte della mandataria dell'ATI controinteressata, la Salini Locatelli

s.r.l., dei requisiti di partecipazione relativi alla valida certificazione SOA e alla cifra d'affari nel quinquennio antecedente la gara, assumendo, in proposito, l'insufficienza della cessione di ramo d'azienda disposta in favore di essa mandataria dalla Locatelli geom. Gabriele s.p.a. il 30/6/2005, e all'uopo richiamata.

Con il secondo motivo di ricorso, premessa la dichiarata natura di ATI orizzontale dell'aggiudicataria, si lamentava che la sua mandante, Locatelli geom. Gabriele s.p.a., impegnatasi a realizzare i lavori ricadenti nella categoria prevalente OG3 nella misura del 15 % , non possedesse i requisiti di classificazione all'uopo necessari: il che, stante anche il principio di immodificabilità della composizione dichiarata in sede di offerta, avrebbe dovuto determinare l'esclusione dalla gara dell'intera ATI (d'ora in poi, la SALINI).

Si costituivano in giudizio in resistenza all'impugnativa tanto la M.M. quanto la SALINI, con articolati scritti difensivi. La controinteressata proponeva anche ricorso incidentale, censurando la mancata esclusione della ricorrente nonostante la mancata produzione da parte sua, con l'offerta di gara, delle complete giustificazioni preventive richieste dalla lex specialis.

Con la sentenza n. 1243 del 2009 in epigrafe il Tribunale adito, respinto il ricorso incidentale della SALINI, accoglieva il ricorso di SACAIM sul rilievo della fondatezza del secondo motivo di ricorso, reputato assorbente, ed annullava l'aggiudicazione impugnata. Il TAR accoglieva altresì la domanda risarcitoria avanzata dalla SACAIM a carico della M.M..

Avverso tale decisione proponeva appello la M.M., avversandone i capi a sé sfavorevoli.

Resisteva a tale gravame la originaria ricorrente, che inoltre riproponeva il proprio motivo di ricorso di primo grado assorbito dal TAR, ed esperiva appello

incidentale in ordine alla quantificazione del danno risarcibile operata dallo stesso primo Giudice.

Si costituiva in giudizio, infine, anche la SALINI, pur'essa proponendo un appello incidentale, con il quale contestava l'avvenuta reiezione del proprio ricorso incidentale opposto in primo grado, nonché l'accoglimento del secondo motivo di ricorso dedotto dalla SACAIM.

Le parti ribadivano ed approfondivano le loro tesi ed argomentazioni di sostegno con molteplici scritti difensivi, anche di reciproca replica.

Alla pubblica udienza del 5 luglio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

La Sezione ritiene utile anticipare, per chiarezza, che la pronuncia appellata merita conferma nella parte in cui ha annullato l'aggiudicazione impugnata; sulla domanda risarcitoria proposta dalla SACAIM dovranno essere invece disposti incombenti istruttori.

1 La disamina della controversia deve essere avviata a partire dall'originario ricorso incidentale proposto dalla controinteressata per ottenere l'esclusione della SACAIM, respinto dal primo Giudice con capo di sentenza che in questa sede viene gravato di appello incidentale da parte della stessa SALINI.

1a Con il ricorso incidentale è stata dedotta la mancata allegazione all'offerta dell'originaria ricorrente delle schede di giustificazione "A" e "B" del documento di Pianificazione e Programmazione n. F4/00555, non prodotte né in formato cartaceo né in versione informatica. Ciò avrebbe concretizzato una violazione del bando di gara (punto 9), che prescriveva, per l'appunto, di corredare la lettera di offerta con le giustificazioni relative alle voci di prezzo più significative, richiedendo all'uopo la compilazione del documento "Schede giustificative dell'importo offerto", predisposto dalla Stazione appaltante. Questo infatti comprendeva, oltre alle schede di analisi dei prezzi, le due predette schede

mancanti, recanti un “Computo finale in bianco” che sarebbe stato onere dei concorrenti compilare.

Dall’omissione sarebbe dovuta scaturire l’esclusione della concorrente, laddove la Stazione appaltante aveva invece autorizzato, con la sua nota del 17 gennaio del 2006, ed ottenuto, l’integrazione documentale sul punto.

1b Siffatto ricorso incidentale è stato respinto dal T.A.R., in sintesi, sulla scorta delle seguenti motivazioni.

L’obbligo di produzione delle giustificazioni preventive assolve una funzione di semplificazione ed accelerazione della fase, peraltro solo eventuale, di verifica dell’anomalia dell’offerta, onde il relativo adempimento non integra un requisito che si imponga a pena di esclusione dalla gara (come confermano sia l’assenza nel –pur sopravvenuto- Codice degli Appalti di una esplicita previsione di esclusione per il caso dell’inadempimento dell’obbligo in questione, sia la collocazione sistematica delle norme del Codice che concernono quest’ultimo).

Nella fattispecie, inoltre, non può ritenersi che l’esclusione dalla gara per la causale indicata fosse disposta dalla *lex specialis*, per il che sarebbe occorso, oltre tutto, una previsione non solo univoca, ma anche necessariamente puntuale, in relazione alle precise giustificazioni che avrebbero dovuto intendersi specificamente prescritte a pena, appunto, di espulsione.

1c Avverso questa motivazione SALINI, con il proprio appello incidentale, ripropone il pregresso ricorso incidentale, tornando a chiamare in causa l’autovincolo creato dai punti 9 e 12 del bando di gara, il disposto dell’art. 21, comma 1-*bis*, della legge n. 109/1994, ed il principio della *parcondicio* tra i concorrenti.

In sostanza, la controinteressata deduce: che il TAR avrebbe omesso di applicare la specifica norma di legge riferibile *ratione temporis* alla materia del contendere, vale a dire l’art. 21, comma 1-*bis*, legge n. 109/1994, il quale avrebbe contenuto una

significativa differenza, trascurata dal Tribunale, a confronto con l'art. 86 del d.lgs. n. 163/2006; che la *lex specialis* aveva sancito l'essenzialità della documentazione invece omessa, ai fini dell'ammissibilità dell'offerta, dettando pure una comminatoria di esclusione al suo punto 12; che, infine, la carenza documentale determinatasi aveva una portata sostanziale ai fini della preliminare verifica di congruità del ribasso offerto.

1d Queste deduzioni non sono persuasive.

La Sezione ritiene opportuno ricordare subito come la giurisprudenza di questo Consiglio, puntualmente richiamata dalla difesa dell'originaria ricorrente, abbia più volte osservato che l'art. 21 comma 1-*bis*, l. n. 109 del 1994, laddove prescrive che le offerte devono essere corredate sin dalla presentazione di giustificazioni, impone alle imprese un onere di collaborazione in funzione di accelerazione della successiva fase di verifica delle offerte anomale; tuttavia, la presentazione delle giustificazioni a corredo dell'offerta non è imposta senz'altro a pena di esclusione delle offerte non documentate, venendo in rilievo tale mancata documentazione solo in via eventuale, nella fase successiva della verifica di anomalia, se ed in quanto l'offerta ne risulti sospetta (C.d.S., V, 21 novembre 2003, n. 7615; 29 novembre 2005, n. 6772; 20 aprile 2009, n. 2348; ancor prima v. peraltro VI, 11 dicembre 2001, n. 6217).

Questo indirizzo, che merita conferma, avvia già a reiezione la riproposizione del ricorso incidentale della SALINI.

Tale esito tanto più si impone alla luce delle seguenti ragioni.

Riguardo alla significativa differenza che l'art. 21, comma 1-*bis*, della legge 109/1994 avrebbe avuto rispetto all'art. 86 del d.lgs. n. 163/2006, la controinteressata insiste sul fatto che la prima norma prevede la possibilità, per la Stazione appaltante, di imporre la presentazione di giustificazioni preventive indicando, altresì, quelle “*eventualmente necessarie per l'ammissibilità delle offerte*”.

Il fatto è, però, che di tale possibilità nel caso specifico la *lex specialis* non si è avvalsa, tant'è che essa non reca alcuna comminatoria di esclusione. Quella che si legge al punto 12 del bando riguarda chiaramente, infatti, l'inosservanza del termine posto per l'arrivo dei plichi alla Stazione appaltante (e solo per completezza si soggiunge che anche rispetto all'art. 86, comma 5, del Codice degli Appalti, nel testo previgente, la giurisprudenza, rilevando che esso prevedeva che le offerte fossero corredate sin dalla loro presentazione da giustificazioni, e demandava al bando/lettera invito la possibilità di precisare le modalità di presentazione delle giustificazioni medesime, ha ritenuto che l'articolo autorizzasse i bandi a prevedere anche la sanzione dell'esclusione : Sez. VI, 2 aprile 2010, n. 1893; cfr. anche Sez. V, 17 febbraio 2010, n. 922).

Poiché si verte, inoltre, in un caso di omissione di giustificazioni preventive non totale, ma soltanto parziale, si rivela particolarmente pertinente l'osservazione del T.A.R. per cui la ipotetica previsione di esclusione comminata dalla *lex specialis* avrebbe dovuto essere, oltre che univoca, anche necessariamente specifica, nel senso della sua riferibilità ai precisi elementi in concreto omessi (cfr. infatti, per l'eventualità della semplice “insufficienza” delle giustificazioni preventive, C.d.S., VI, 8 marzo 2004 , n. 1072).

E' poi appena il caso di ricordare la precisazione di fonte giurisprudenziale per cui, a fronte di clausole del bando non univoche nel senso di prescrivere la presentazione delle giustificazioni già in sede di offerta a pena di esclusione, correttamente la Stazione appaltante seguirebbe un criterio non formalista (Sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3146; cfr. anche Sez. V, 17 febbraio 2010, n. 922).

La SACAIM ha fatto oltretutto notare sin dalla propria memoria di costituzione come la scheda da essa inizialmente omessa (il “Computo finale in bianco”) non aggiungesse particolari elementi all’offerta e alle giustificazioni da essa concorrente *ab origine* fornite attraverso le proprie schede di analisi dei prezzi, consistendo la sua

compilazione in una semplice trasposizione dei prezzi offerti, mediante moltiplicazione degli importi da essa già indicati e giustificati (nelle singole schede prezzi, fino alla richiesta percentuale del 75 %) con le quantità rispettivamente indicate dalla Stazione appaltante, ed infine nella sommatoria degli importi così ottenuti, per pervenire al prezzo finale. La compilazione delle schede “A” e “B” non atteneva, quindi, alla vera e propria giustificazione dei prezzi.

Queste puntuale obiezioni, che non hanno trovato adeguata confutazione, valgono a far escludere anche qualsiasi valenza essenziale nell’omissione ascritta alla originaria ricorrente.

Le ragioni esposte impongono pertanto ampiamente la reiezione di questo primo profilo dell’appello incidentale di SALINI.

2 Si può quindi procedere al vaglio della sentenza oggetto di appello nella parte in cui ha accolto il ricorso di SACAIM con riferimento al suo secondo motivo.

2a Con tale mezzo l’originaria ricorrente, dopo avere ricordato che l’aggiudicataria aveva partecipato alla procedura quale ATI orizzontale, ha posto in risalto come la sua mandante Locatelli geom. Gabriele s.p.a., pur impegnatasi ad eseguire una percentuale dei lavori ricadenti nella categoria prevalente OG3 identificata nel 15 % , pari ad euro 12.585.000,00, non possedesse, alla data prescritta di presentazione della domanda, l’attestazione SOA richiesta per la medesima categoria prevalente dei lavori oggetto di gara. La mandante era infatti provvista di attestazione SOA OG3 per la sola classe V, che consentiva di eseguire lavori sino ad un importo di euro 5.164.569,00.. Onde essa non solo non avrebbe potuto eseguire la percentuale di lavori dichiarata, ma neppure era legittimata a partecipare all’ATI aggiudicataria, non possedendo nemmeno la misura minima del 10 % dei requisiti relativi alla categoria prevalente, come prescritto dall’art. 95, comma 2, del d.P.R. n. 554 del 1999 per ciascuna delle imprese in ATI.

Il Tribunale, nel dare atto di tutto ciò, ha sottolineato come il fatto dell’insufficiente attestazione SOA in titolarità della mandante, limitata per la categoria OG3 alla classe V, fosse rimasto praticamente incontestato sia dalla M.M. che dalla SALINI.

2b Anche in questa sede di appello, le argomentazioni difensive delle originarie intime si muovono piuttosto su altri piani argomentativi: quello della possibilità di richiamare il principio comunitario dell’avvalimento; quello della possibilità di modificare la composizione dell’ATI.

In proposito la Sezione ritiene di accordare la precedenza al secondo tema; nel prossimo paragr. 3 sarà invece esaminata la tesi della ricorribilità all’istituto dell’avvalimento.

2c Il primo Giudice, a conferma della bontà della doglianza di SACAIM circa la mancata esclusione dell’ATI aggiudicataria, ha richiamato il principio del divieto di modificare la composizione dell’ATI in corso di gara rispetto a quella risultante dall’impegno presentato in sede di offerta, menzionando un precedente giurisprudenziale conforme (C.d.S., V, n. 19003 del 2006) e, soprattutto, la previsione dell’art. 13, comma 5-*bis*, legge n. 109 del 1994. Ciò con l’ulteriore precisazione che, anche ove il bando non imponga una specificazione delle quote di partecipazione di ciascuna impresa in ATI, la legge di gara deve intendersi integrata dalla prescrizione, sul punto, dell’art. 13, comma 5, della legge n. 109/1994.

2d Nell’appello di M.M. si rappresenta, peraltro, che l’ATI aggiudicataria si è costituita in concreto come ATI verticale, il 24 maggio del 2006, ed in tale veste ha sottoscritto, pochi giorni dopo, il contratto di appalto. E la medesima appellante, come pure la SALINI, contrastano il *decisum* del primo Giudice, osservando che dall’art. 13, comma 5-*bis*, legge n. 109/1994 non potrebbe dirsi preclusa una mera modifica di forma della composizione di un’ATI, e facendo notare come

l'aggiudicataria nel suo complesso deteneva tutti i necessari requisiti di partecipazione.

Più in particolare, osserva la M.M. (come pure, in termini più succinti, la SALINI) che, poiché la *ratio* del divieto legislativo di modifiche della composizione soggettiva dei raggruppamenti è quella di garantire alla Stazione appaltante una conoscenza piena dei soggetti che intendono contrarre con essa, al fine di consentire un controllo dei loro requisiti, il relativo divieto varrebbe unicamente per le modifiche che importino mutamenti dei soggetti partecipanti al raggruppamento. Dovrebbero ritenersi vietate, quindi, le modifiche consistenti nell'ingresso di un nuovo membro, oppure nella sostituzione di un membro originario dell'ATI (nel qual caso l'Amministrazione si troverebbe a dover contrarre con un soggetto non sottoposto alla procedura di verifica dei requisiti di partecipazione), ma non anche, ad esempio, quella implicata dal recesso di un componente.

Per tali ragioni, non potrebbe dirsi vietata una mera variazione di forma/organizzazione interna del raggruppamento, poiché resterebbero immutati i soggetti originari partecipanti ad esso, i cui requisiti sono già stati tempestivamente verificati dalla Stazione appaltante, e potrebbe semplicemente cambiare la quota parte di lavori che ciascuno andrà a svolgere.

Una simile conclusione, oltre a costituire applicazione del canone del *favor participationis*, non inciderebbe sulla regolarità del confronto concorrenziale, in quanto, sia pure con un diverso modulo organizzativo, le imprese interessate sarebbero le stesse già prequalificate.

Per tali ragioni, sostengono le originarie intime, la modifica di forma dell'ATI SALINI da orizzontale a verticale, in quanto mera modifica del modulo organizzativo interno del raggruppamento, fermi restando i componenti ed i ruoli di mandante e mandataria, non sarebbe suscettibile di rilievi.

Viene inoltre sottolineato che la sola SALINI, in se stessa, possedeva un'attestazione SOA per la categoria OG3 di classifica VIII illimitata, e quindi già di per sé soddisfaceva per intero il requisito tecnico richiesto dal bando. Sicché la Stazione appaltante aveva correttamente verificato la sussistenza dei requisiti con riferimento al complesso dell'ATI., affrancandosi da un criterio, quello previsto dall'art. 95, comma 2, del d.P.R. n. 554/1999, valido per i soli raggruppamenti orizzontali.

Si fa notare, infine, che il bando non imponeva per le ATI costituende l'indicazione delle quote di partecipazione all'ATI, né la tipologia del loro raggruppamento, per cui le indicazioni al riguardo fornite in sede di gara non potevano essere ritenute vincolanti.

2e La Sezione è però dell'avviso che le valutazioni del T.A.R. meritino conferma anche sotto questo profilo.

La difesa dell'originaria ricorrente ha giustamente richiamato la rigorosa interpretazione invalsa presso la prevalente giurisprudenza già nella lettura dell'art. 13 della legge n. 109/1994 e del d.P.R. n. 554/1999, artt. 93 e 95, e confermata sotto l'impero dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006, che ha condotto ad enunciare l'esistenza di un principio di corrispondenza sostanziale, già in sede di offerta, tra quote di qualificazione e quote di partecipazione al raggruppamento, e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione dei lavori. A tale principio si correla, anche nel silenzio della *lex specialis*, l'obbligo di indicare già appunto in fase di offerta (non potendo l'adempimento essere rinviato alla fase dell'esecuzione del contratto) le quote di partecipazione delle singole imprese al raggruppamento, oltre alle quote di esecuzione dei lavori, requisito essenziale di ammissione che ha la funzione di consentire alla Stazione appaltante di verificare subito l'esistenza dei requisiti alla stregua del preciso programma di collaborazione delineato in sede di offerta, con particolare riferimento al possesso da parte delle singole imprese dei requisiti di

qualificazione per l'effettiva parte dei lavori che ciascuna dovrà espletare (cfr., tra le tante, per limitarsi alle più recenti: C.d.S., V, 22 febbraio 2010, n. 1038; 22 dicembre 2008, n. 6493; IV, 27 gennaio 2011, n. 606; 27 novembre 2010, n. n. 8253; VI, 24 gennaio 2011, n. 472; 23 luglio 2009, n. 4627; ma vedi, già prima, ad es., : V, 12 ottobre 2004, n. 6586; CGA, 13 giugno 2005, n. 358; VI, 1° marzo 2007, n. 1001).

Ora, un naturale corollario di tale principio va appunto identificato nel divieto legislativo di modifiche della composizione dei raggruppamenti posto dall'art. 13, comma 5-bis, legge n. 109/1994.

Questo Consiglio ha avuto modo di osservare in materia, in termini generali, che “*La immodificabilità soggettiva costituisce il corollario di regole fondamentali delle pubbliche gare: la regola secondo cui i requisiti di partecipazione devono essere posseduti alla data di scadenza del bando; la regola della par condicio dei concorrenti.*

Ora, se un concorrente singolo, in corso di gara, risulta privo dei requisiti, la conseguenza è la esclusione, per la regola secondo cui i requisiti devono essere posseduti alla data di scadenza del bando.

Siffatta regola deve valere, per il principio della par condicio, anche per le A.T.I. Sicché, se taluno dei partecipanti all'A.T.I. è privo dei requisiti, ne consegue la esclusione del raggruppamento, e la esclusione non può essere aggirata eliminando dal raggruppamento il membro privo dei requisiti? (C.d.S., VI, 4 gennaio 2002, n. 35).

Con aderenza più specifica al divieto di cui si tratta, poi, la giurisprudenza, oltre a precisare che ogni eccezione al principio dell'immodificabilità dell'offerta e della composizione dei partecipanti dopo l'offerta non può che essere applicata restrittivamente alle sole ipotesi espressamente disciplinate dal legislatore (C.d.S., VI, 5 dicembre 2008, n. 6038), si è espressa, altresì, nei termini seguenti.

Le Ati non possono in alcun modo variare la loro composizione rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta, nel quale, quindi, devono

essere preciseate tutte le circostanze che legittimano le singole imprese alla partecipazione alla gara, risolvendosi in una modifica non consentita anche solo la diversa configurazione dell'Ati quanto ai requisiti di partecipazione richiesti al raggruppamento e alle singole partecipanti, mandataria e mandanti. L'art. 13 comma 5 *bis* l. n. 109 del 1994, che fissa un principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, tende a garantire una conoscenza piena, da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, dei soggetti che intendono contrarre con loro, consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere (così C.d.S., V, 7 aprile 2006, n. 1903; 30 agosto 2006, n. 5081).

La *ratio* del divieto legislativo di modifiche della composizione soggettiva dei raggruppamenti posto dall'art. 13, comma 5-*bis*, legge n. 109/1994 (oggi art. 37, comma 9, del Codice degli Appalti) è dunque quella di consentire non un controllo preliminare qualsivoglia dei requisiti di idoneità dei concorrenti, ma una verifica che sia “compiuta”, al riguardo, e non possa essere resa vana.

E non si può non vedere, per converso, come anche il mero mutamento dello schema di un'ATI da raggruppamento orizzontale a verticale, pur senza un contestuale ingresso di nuove imprese nella compagine, già per il fatto di comportare il passaggio ad uno schema in cui i requisiti di partecipazione sono ben diversamente regolati (cfr. anche la pag. 7 del bando) rispetto al differente schema indicato in sede di offerta, conduca a vanificare la verifica dei requisiti già operata sul presupposto che sarebbe stato dato vita ad un'ATI orizzontale, ed esiga una nuova verifica *ex post*.

L'orientamento giurisprudenziale richiamato, quindi, non a caso non permette “*modificazioni di alcun genere*” della fisionomia del raggruppamento, potendo solo

ammettersi, al limite variazioni non incidenti sul grado di partecipazione e di responsabilità di ciascuna sua originaria componente.

3 Restano da esaminare i richiami che M.M. e SALINI hanno operato, anche in questo grado di giudizio, all'istituto dell'avvalimento.

3a Nella sentenza appellata si è dato atto di come le originarie intime abbiano invocato la possibilità, per la mandante Locatelli geom. Gabriele s.p.a., di avvalersi delle attestazioni SOA della mandataria Salini, munita di titolo per la categoria OG3 con classifica VIII.

Il Tribunale, al riguardo, ha escluso l'applicabilità alla controversia, *ratione temporis*, dell'art. 49 d.lgs. n. 163/2006, reputando applicabile unicamente la disciplina comunitaria dell'avvalimento. Ed ha riconosciuto la valenza generale del relativo principio, applicabile anche nel silenzio del bando di gara, quali che siano i rapporti tra le imprese interessate, ed anche con riguardo alle attestazioni SOA.

Il Giudice locale ha però condivisibilmente ritenuto che il principio dell'avvalimento presupponga pur sempre che in sede di gara venga presentata all'uopo una precisa dichiarazione, indicando i soggetti ed i requisiti di cui il concorrente si intende in concreto avvalere, e nella stessa sede l'impresa avvalente dia la prova che disporrà degli elementi necessari, ad es. presentando il formale impegno dell'impresa ausiliaria. Tutto ciò da presentare in occasione della gara, rispettando così l'elementare esigenza di cristallizzare le caratteristiche dell'offerta a garanzia della sua serietà e a tutela della *par condicio* tra i concorrenti.

Nel caso di specie, invece, il Tribunale ha rimarcato che, in assenza di alcuna dichiarazione formale resa al riguardo nel corso della gara, si è fatto richiamo all'istituto dell'avvalimento (da parte tanto dell'aggiudicataria quanto della stazione appaltante) soltanto a seguito del ricorso di SACAIM, a fronte delle sue censure sulla carenza da parte della mandante della necessaria qualificazione.

Il TAR ha infine osservato che anche elementi quali il rapporto di collegamento esistente tra impresa ausiliaria ed ausiliata, ed il fatto della loro partecipazione in ATI alla stessa gara, non avrebbero potuto prescindere, per un'evidente esigenza di certezza, dall'esistenza di una dichiarazione manifesta di avvalimento.

3b Le obiezioni opposte dal TAR all'applicabilità nel caso concreto dell'istituto dell'avvalimento non possono dirsi superate.

Le difese di M.M. e SALINI, con argomentazioni convergenti, espongono qui in sintesi:

- che il c.d. principio di avvalimento consente ad un'impresa di fare riferimento alle capacità di altri soggetti qualunque sia la natura dei vincoli che abbia con essi, a condizione che sia in grado di provare di poter disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto;
- che nessuna formula rituale è prevista per la dichiarazione di avvalimento, e che con qualsiasi mezzo può essere data la prova di poter effettivamente disporre dei requisiti in questione;
- che la legislazione comunitaria, in caso di raggruppamento, dà per implicita la possibilità delle imprese che ne facciano parte di avvalersi reciprocamente dei rispettivi requisiti (art. 47, par. 3, direttiva 18/2004/CE);
- che in giurisprudenza è stato ritenuto che l'esistenza di vincoli di gruppo tra le imprese integri un principio di prova, verso l'Amministrazione, della disponibilità dei mezzi dell'impresa di cui ci si intende avvalere (C.d.S., V, 28 settembre 2005, n. 5194);
- che la documentazione versata in primo grado dalle stesse difese deducenti, e segnatamente l'atto aggiuntivo al patto parasociale stipulato in data 30 settembre 2005, dimostrava essere stato prestato un consenso preventivo e reciproco all'avvalimento tra i soggetti Locatelli e Salini-Locatelli, nelle gare per lavori, per

ogni caso di mancanza di qualsivoglia requisito (tecnico, economico e finanziario) necessario;

- che, in sintesi, gli elementi costituiti dal rapporto di “controllo” (sic) intercorrente tra le due imprese, ausiliata (Locatelli) e ausiliante (Salini); dal fatto dell'avvenuta sottoscrizione congiunta da parte loro dell'offerta di gara; dal fatto, infine, che nella loro domanda fosse stato dichiarato che l'ATI “possiede, nel suo complesso, tutti i requisiti di ordine speciale nella stessa misura richiesta per l'impresa singola”, tutto ciò sarebbe valso a far desumere l'effetto sostanziale della dichiarazione di ricorrere all'avvalimento.

3c Queste argomentazioni non sono persuasive. In particolare, esse non riescono a confutare l'osservazione del primo Giudice per cui, mentre il funzionamento dell'istituto non può prescindere, appunto, dalla presentazione nel contesto della gara di una univoca dichiarazione di avvalimento, nella specie, invece, nel corso della gara non risulta essere stata resa alcuna dichiarazione in tal senso dalla SALINI né dalla Locatelli, essendo stato fatto richiamo all'istituto solo a seguito delle censure in giudizio di SACAIM sulla carenza da parte della mandante della necessaria qualificazione.

Anche se si prescinde dalle previsioni che il vigente Codice degli appalti dedica all'istituto, e ci si limita alla considerazione della sua disciplina comunitaria, non si può fare a meno di notare, infatti, quanto segue.

L'avvalimento si traduce in una facoltà: e chi vi abbia interesse ha il naturale onere di diligenza di far constare con la necessaria chiarezza che nello specifico intende avvalersene (“*per undeterminato appalto*”, si legge negli artt. 47 e 48 della direttiva comunitaria 31/03/2004 n. 18), all'atto in cui manifesta la volontà di prendere parte alla specifica gara.

All'uopo occorrerà quindi indicare il soggetto sulla cui capacità si intende fare affidamento, come pure specificare i requisiti che di siffatto affidamento

formeranno oggetto, e, soprattutto, si dovrà rendere di tutto ciò necessariamente edotta l'Amministrazione interessata al singolo appalto.

Quest'ultimo aspetto è imprescindibile, perché la Stazione appaltante, (soltanto) una volta informata di ciò, dovrà accertare i requisiti di capacità cui l'avvalimento si riferisce non più in capo al concorrente cui altrimenti farebbe carico il relativo onere, bensì presso l'operatore da lui indicato come ausiliario. E dovrà altresì verificare se il primo abbia dimostrato che potrà effettivamente –e con la necessaria sicurezza– disporre dei mezzi necessari, e, inoltre, ove l'ausiliario partecipi anch'esso alla gara, se questi, nonostante l'avvalimento, rimanga nella disponibilità dei requisiti per lui specificamente occorrenti.

Fermo quanto precede, ai più specifici rilievi svolti da M.M. e SALINI è agevole obiettare, in forma schematica, quanto segue:

- l'art. 47, par. 3, della direttiva 18/2004/CE non stabilisce per i raggruppamenti alcuna presunzione o altro speciale statuto ai fini dell'avvalimento, ma dispone che l'istituto possa trovare applicazione “*alle stesse condizioni*” che il precedente comma 2 detta per l'operatore economico singolo;
- il precedente giurisprudenziale costituito da C.d.S., V, 28 settembre 2005, n. 5194 (per cui l'esistenza di vincoli di gruppo tra le imprese integrerebbe già un principio di prova della disponibilità dei mezzi dell'impresa di cui ci si intende avvalere) nulla toglie alla necessità che a tempo debito sia stato rappresentato alla Stazione appaltante che si intendeva fruire dell'istituto;
- non consta che l'atto aggiuntivo al patto parasociale stipulato in data 30 settembre 2005, recante un consenso preventivo e reciproco all'avvalimento tra i soggetti Locatelli e Salini-Locatelli, nelle gare per lavori, per il caso di mancanza di qualsiasi requisito (tecnico, economico e finanziario) necessario, sia stato sottoposto all'attenzione della Stazione appaltante a tempo debito e con data certa;

- il necessario vincolo giuridico obbligante il soggetto terzo a fornire al concorrente i requisiti di cui non dispone direttamente deve preesistere alla data di aggiudicazione della gara, in funzione della necessità di garantire, oltre che la *par condicio* tra i concorrenti, -si noti- il corretto esercizio delle potestà di controllo spettanti all'Amministrazione in ordine alla sussistenza, in capo alla aggiudicataria, dei requisiti soggettivi abilitanti; né la effettiva possibilità giuridica di avvalimento può essere legittimamente posposta ad un momento successivo, posto che una siffatta eventualità rimetterebbe alla fase dell'adempimento del contratto la necessaria presenza di tutti i requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti ai partecipanti alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, riservata invece dal sistema al momento competitivo (C.d.S., IV, 20 novembre 2008, n. 5742);
- la direttiva comunitaria n. 92/50 (ma lo stesso ragionamento è stato reputato pacificamente riferibile anche alle direttive nn. 17/2004 e 18/2004) non permette "*di presumere che il prestatore disponga dei mezzi di terzi basandosi sulla sola circostanza che esso fa parte di uno stesso gruppo di imprese*" (C.G.C.E. 2 dicembre 1999, in causa C-176/1998) (così C.d.S., IV, n. 5742/2008 ult.cit.);
- la circostanza, infine, che nella domanda della controinteressata fosse stato dichiarato che l'ATI "*possiede, nel suo complesso, tutti i requisiti di ordine speciale nella stessa misura richiesta per l'impresa singola*" non è rilevante, e questo già per l'assorbente ragione che era stato il bando, con prescrizione alla sua pag. 7, a richiedere siffatta dichiarazione.

In definitiva, dunque, poiché le dichiarazioni rese in sede di offerta dall'aggiudicataria non davano in alcun modo ad intendere che ci si sarebbe voluti giovare dell'istituto dell'avvalimento, ma lasciavano sulla mandante dell'ATI l'onere della titolarità dell'attestazione SOA riflettente la sua quota, e, d'altra parte, non si può attribuire all'istituto dell'avvalimento valore di rimedio *ex post* a guisa di fonte di sanatoria di illegittimità, anche i motivi in esame devono essere respinti.

Soluzione che a più forte ragione si impone alla luce dei principi che sono stati ricordati nel precedente paragr. 2e.

4 Le considerazioni fin qui svolte valgono a confermare la sentenza appellata nella parte in cui ha riscontrato l'illegittimità dedotta dalla SACAIM con il suo secondo motivo di ricorso, e di riflesso ha annullato l'aggiudicazione impugnata in prime cure. Può rimanere perciò assorbito il primo originario mezzo articolato dalla stessa ricorrente, dal cui ipotetico accoglimento effettivamente non verrebbe conseguito alcun vantaggio ulteriore.

5 Rimangono, a questo punto, le problematiche connesse alla pretesa **risarcitoria** azionata da SACAIM.

5a Con la sentenza in epigrafe la relativa domanda è stata accolta.

Avverso il relativo capo di decisione vengono però svolte in questo grado di giudizio le seguenti contestazioni:

la M.M. censura la sentenza, oltre che sotto il profilo della propria presunta assenza di colpa, per avere la pronuncia erroneamente dato per sicuro che l'avversaria avrebbe ottenuto l'aggiudicazione, laddove la verifica di congruità della sua offerta, a suo tempo avviata, non era stata poi mai conclusa, e perciò era rimasta *sub judice*; la stessa appellante, infine, obietta che il mancato utile potrebbe essere riconosciuto all'avversaria in sede **risarcitoria** solo con una progressione temporale simile a quella con cui l'aggiudicataria lo avrebbe conseguito;

per contro, SACAIM con il proprio appello incidentale si duole che la misura del risarcimento concessole dal TAR non sia stata rapportata alla soglia forfetaria del 10 % , bensì liquidata a livello inferiore; essa lamenta, inoltre, il mancato riconoscimento del proprio danno curricolare.

5b L'appello di M.M. non merita favorevole scrutinio per il profilo attinente all'elemento della colpa della Stazione appaltante.

L'appellante allega di avere posto in essere un'abbondante attività istruttoria ai fini del migliore perseguitamento dell'interesse pubblico, e rammenta che le pronunce cautelari inizialmente rese avevano respinto la domanda di SACAIM.

Questi argomenti non sono però decisivi.

La giurisprudenza ha in più occasioni sottolineato (cfr. ad es. C.d.S., VI, sentenze 9 marzo 2007 n. 1114 e 9 giugno 2008 n. 2751) che al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo non è richiesto un particolare impegno probatorio per dimostrare la colpa dell'Amministrazione. Questi può limitarsi ad invocare l'illegittimità dell'atto, potendosi ben fare applicazione, al fine della prova della sussistenza dell'elemento soggettivo, delle regole di comune esperienza e della presunzione semplice di cui all'art. 2727 del codice civile.

Spetta a quel punto all'Amministrazione dimostrare che si è trattato di un errore scusabile, che è configurabile, in particolare, in caso di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, di formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, di rilevante complessità del fatto, di influenza determinante di comportamenti di altri soggetti, o di illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata (cfr., tra le tante, C.d.S., IV, 12 febbraio 2010, n. 785; V, 20 luglio 2009, n. 4527).

Nel caso di specie, peraltro, nessuno dei predetti fattori giustificativi è dato riscontrare.

Può ritenersi quindi integrata la prova dell'elemento soggettivo.

E' poi comunque decisivo, quanto doveroso, aggiungere che la Corte di Giustizia dell'U.E. ha recentemente chiarito che la direttiva 89/665 deve essere interpretata nel senso che essa osta ad una normativa nazionale la quale subordini il diritto ad ottenere un risarcimento a motivo di una violazione della disciplina sugli appalti pubblici da parte di un'amministrazione aggiudicatrice al carattere colpevole di tale violazione: e questo anche nel caso in cui l'applicazione della normativa in

questione sia incentrata su una presunzione di colpevolezza in capo all'amministrazione suddetta, nonché sull'impossibilità per quest'ultima di far valere la mancanza di proprie capacità individuali e, dunque, un difetto di imputabilità soggettiva della violazione lamentata (Corte giustizia CE, sez. III, 30 settembre 2010, proc. C-314/09).

5c Non resta, allora, che passare all'esame della dogianza dell'appellante concernente l'assunto del primo Giudice circa l'automaticità della spettanza dell'aggiudicazione a SACAIM.

Nella sentenza in esame, al paragr. 7.3, si legge che “*prevedendo il bando il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, ... non vi possono essere dubbi sul fatto che, in assenza dell'illegittimità commessa dalla stazione appaltante, la gara sarebbe stata aggiudicata all'odierna ricorrente in quanto seconda classificata in graduatoria*”.

Obietta tuttavia l'appellante che, poiché la verifica di congruità dell'offerta dell'originaria ricorrente, a suo tempo avviata, non era stata poi conclusa, ma era rimasta *sub judice*, il TAR aveva erroneamente dato per sicuro che l'avversaria avrebbe ottenuto l'aggiudicazione. In realtà, molte sue voci di prezzo non erano apparse giustificate in maniera satisfattiva, e le successive comunicazioni giustificative dell'appellata non erano state fatte più oggetto di valutazione a causa dell'intervenuta stipula del contratto con la controinteressata.

Da ciò la conclusione di M.M. che l'annullamento dell'aggiudicazione non avrebbe potuto prescindere da una condanna dell'Amministrazione a concludere il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta di SACAIM.

5d L'originaria ricorrente, dal canto suo, espone che il procedimento di verifica della congruità della propria offerta si era sostanzialmente già compiuto, in quanto solo per poche voci di prezzo la Stazione appaltante aveva chiesto spiegazioni, le quali le erano state fornite.

Ancor prima, però, SACAIM oppone che la contestazione avversaria testé esposta integrerebbe un'eccezione tardiva, in quanto espressa per la prima volta nel giudizio di appello.

Ex adverso non senza ragione viene peraltro obiettato che con il motivo di appello in esame non viene formulata un'eccezione (tardiva), bensì viene criticata la sentenza di primo grado nella parte in cui il TAR non ha correttamente verificato la sussistenza del nesso di causalità tra condotta antigiuridica dell'Amministrazione e danno allegato dall'originaria ricorrente, rapporto causale che era onere dell'attore dimostrare.

D'altra parte, la giurisprudenza ha chiarito che non costituisce un'eccezione in senso stretto - soggetta, come tale, al regime decadenziale sancito dal sistema processuale, bensì una mera difesa, quella mediante la quale una parte sollecita l'esercizio di poteri officiosi del giudice (C.d.S., IV, 9 ottobre 2002, n. 5363), in particolare allorché tale iniziativa non introduca nel giudizio un fatto ulteriore, limitandosi alla contestazione di un fatto constitutivo del diritto azionato dall'attore (Cassazione civile, sez. II, 02 febbraio 2011, n. 2420; sez. III, 05 agosto 2010 , n. 18207), non facendo altro che richiamare la fattispecie legale sotto la quale i fatti dedotti dall'attore devono essere ricondotti (Cassazione civile , sez. I, 26 maggio 2010 , n. 12882).

Il motivo è quindi ammissibile.

Se Osserva però la Sezione che la questione in trattazione, che riveste carattere prioritario rispetto alle problematiche residue pure attinenti alla pretesa risarcitoria azionata in giudizio, richiede incombenti istruttori.

La valutazione di congruità dell'offerta dell'originaria ricorrente, che a questo punto rileva esclusivamente ai fini della decisione sulla domanda risarcitoria in esame, non può infatti essere rimessa alla Stazione appaltante, che,,quale soggetto onerato del relativo risarcimento, per definizione non potrebbe operare con la

necessaria imparzialità. D'altra parte, la caratterizzazione tecnica del relativo apprezzamento non permette al Giudice di sostituirsi *sic et simpliciter* all'Amministrazione.

La Sezione ritiene quindi di dover disporre al riguardo una verificazione in contraddittorio, al fine di acquisire dal verificatore le sue valutazioni tecniche sull'appropriata conclusione della verifica di anomalia dell'offerta di gara dell'ATI SACAIM.

L'incombente viene affidato al responsabile p.t. del Provveditorato interregionale per le Opere Pubbliche Lazio-Abruzzo-Sardegna, che è comunque autorizzato a delegare, se del caso, altro dirigente dello stesso Provveditorato.

Il verificatore dovrà procedere in contraddittorio con le parti.

Queste gli forniranno la pertinente documentazione già agli atti della Stazione appaltante e potranno essere da lui richieste di ogni chiarimento o documento ritenuto utile per l'espletamento del mandato.

Si assegna per l'esecuzione dell'incombente il termine di 90 giorni decorrenti dalla ricezione della comunicazione della presente decisione, che la Segreteria della Sezione trasmetterà senza ritardo al verificatore.

6 In conclusione, la pronuncia appellata risulta meritevole di conferma nella parte in cui ha annullato l'aggiudicazione impugnata; sulla domanda risarcitoria proposta dalla SACAIM occorre invece disporre la verificazione indicata.

Le spese processuali restano riservate alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), non definitivamente pronunziando sull'appello in epigrafe, così provvede:

- respinge l'appello incidentale dell'ATI Salini Locatelli s.r.l. - Locatelli geom. Gabriele s.p.a. - Castelli Lavori s.r.l.;

- respinge l'appello di Metropolitana Milanese s.p.a. con riferimento ai motivi sub A) (A1 e A2) e C);
- riservata ogni ulteriore decisione in rito, nel merito e sulle spese, dispone la verificaione di cui in motivazione, che dovrà seguire con le modalità ivi indicate;
- manda alla Segreteria per la comunicazione della presente decisione al verificatore incaricato.

Fissa per la prosecuzione del giudizio alla prima udienza pubblica del marzo 2012
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 5 luglio 2011 con
l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Eugenio Mele, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 19/09/2011

IL SEGRETARIO

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