



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 740 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Salvatore Matarrese Spa e CO.EDI.SAL Consorzio Stabile Edilstrade Salento Scrl, rappresentate e difese dagli avv.ti Pietro Quinto, Luigi Quinto e Corrado Morrone, con domicilio eletto presso Pietro e Luigi Quinto in Lecce, via Garibaldi 43;

***contro***

Anas Spa, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Lecce, via F. Rubichi 23;

***nei confronti di***

- Uniland Scarl, in proprio e quale capogruppo del RTI con CCC (Consorzio Cooperative Costruzioni) Società Cooperativa, IGECO Costruzioni Spa e Aleandri Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Ernesto Sticchi Damiani e Angelo Piazza, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in Lecce, via 95° Rgt. Fanteria 9;

- Grandi Lavori Fincosit Spa, in proprio e quale mandataria dell'ATI con Socostramo (Technital – PF ing.), rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Pellegrino e Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso lo studio in Lecce, via Augusto Imperatore 16;

- Ing. Claudio Salini Grandi Lavori Spa e Ircop Spa, non costituite in giudizio;

- CCC (Consorzio Cooperative Costruzioni) Società Cooperativa, IGECO Costruzioni Spa e Aleandri Spa, non costituite in giudizio;

***e con l'intervento di***

ad opponendum:

Agi - Associazione Imprese Generali, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano De Marinis, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Lecce, via Augusto Imperatore 16;

***per l'annullamento/declaratoria di nullità ed inefficacia***

(quanto al ricorso, al primo e al secondo dei motivi aggiunti)

per l'annullamento della disposizione n. 49 del 19/04/2012 (comunicata alle ricorrenti con nota 20/04/2012 prot. n. CDG-0056365-P), con la quale l'Amministratore Unico dell'ANAS spa ha aggiudicato in via definitiva l'appalto Ba 23/09 all'ATI UNILAND-CCC; del verbale di aggiudicazione provvisoria del 06/04/2012; del provvedimento di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria, di tutti i verbali della Commissione di gara; di ogni altro atto collegato, connesso, antecedente e/o successivo; per il conseguente risarcimento dei danni;

(quanto al terzo dei motivi aggiunti)

per l'annullamento del provvedimento, di estremi ignoti, con il quale ANAS ha concluso positivamente il procedimento di verifica del possesso dei requisiti prescritti dalla vigente normativa in materia e della disposizione del provvedimento concorsuale; della nota del 2 agosto 2012, non inviata alla ricorrente, con la quale ANAS ha comunicato all'ATI Uniland ed all'ATI Fincosit "a seguito della positiva verifica della documentazione trasmessa da codesta impresa a comprova dei requisiti dichiarati in sede di gara - la piena efficacia - con decorrenza immediata - del provvedimento n. 49 in data 19.04.2012 relativo all'aggiudicazione definitiva in oggetto";

(quanto al quarto dei motivi aggiunti)

per l'annullamento e la declaratoria di nullità ed inefficacia:

a) del contratto pubblico di appalto per l'affidamento di progettazione ed esecuzione stipulato il 7 agosto 2012 per atto Notar dr. Paolo Cerasi, rep. n. 10669, Racc. 5718, registrato a Roma il 7.8.2012, tra ANAS spa e Uniland scarl Consorzio Stabile, quale mandataria dell'ATI Uniland s.c.a.r.l., Consorzio Cooperative Costruzioni CCC, Aleandri spa, Igeco S.p.a.;

b) del verbale in data 3.8.2012 sottoscritto ex art. 106, comma terzo, DPR 207/2010 tra Responsabile del Procedimento ed appaltatore attestante il permanere delle condizioni che consentono l'immediata esecuzione dei lavori oggetto dell'affidamento;

c) del provvedimento ANAS prot CDG-0108970-P del 2.8.2012 di approvazione e conferimento di efficacia all'aggiudicazione definitiva del 19.4.2012;

(quanto al quinto dei motivi aggiunti)

a) per l'annullamento della disposizione n. 113 del 28 settembre 2012, mai comunicata, con la quale l'Amministratore Unico di ANAS spa ha preso atto della modifica del raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario, consistente nel recesso della mandataria, ed ha disposto di procedere alla stipula di atto aggiuntivo all'originario contratto con il "nuovo" raggruppamento temporaneo;

b) per la declaratoria di nullità dei contratti stipulati rispettivamente il 7 agosto 2012 per atto Notar dr. Paolo Cerasi, rep. n.10669, Racc. 5718, registrato a Roma il 7.8.2012, tra Anas spa e Uniland scarl Consorzio Stabile, quale mandataria dell'A.T.I. Uniland s.c.arl., Consorzio Cooperative Costruzioni CCC, Aleandri spa, Igeco S.p.a., e il 18 ottobre 2012 per Notar dr. Paolo Cerasi, rep n. 10804, registrato in Roma il 23 ottobre 2012, tra Anas spa e Consorzio Cooperative Costruzioni, quale nuova mandataria dell'A.T.I. CCC, Aleandri spa e Igeco S.p.a.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa, Uniland Scarl e Grandi Lavori Fincosit Spa (in proprio e quali capogruppo dei RTI);

Visti i ricorsi incidentali proposti da Uniland Scarl e Grandi Lavori Fincosit Spa;

Visto l'atto di intervento ad opponendum di Agi - Associazione Imprese Generali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore per l'udienza pubblica del giorno 9 ottobre 2013 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti gli avvocati Pietro Quinto, Luigi Quinto e Corrado Morrone per le ricorrenti, l'avvocato dello Stato Giovanni Pedone per l'Anas, l'avvocato Ernesto Sticchi Damiani per la Uniland Scarl, l'avvocato Maria Grazia Marinosci, in sostituzione degli avvocati Giovanni Pellegrino e Gianluigi Pellegrino, per la Grandi Lavori Fincosit Spa;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1.- La Salvatore Matarrese Spa (mandataria) e il CO.EDI.SAL (mandante) hanno impugnato l'aggiudicazione definitiva della gara per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori di ammodernamento e adeguamento della S.S. 275 Maglie – S. Maria di Leuca.

L'appalto (Ba 23/09), a procedura ristretta e da aggiudicarsi con il metodo dell'offerta economica più vantaggiosa, è stato indetto con bando del 21/12/2009, seguito da lettera d'invito dell'1/10/2010.

All'esito delle operazioni di gara, l'aggiudicazione è stata disposta con atto dell'Amministratore Unico dell'Anas n. 49 del 19/4/2012, in favore dell'Ati formato dal Consorzio Stabile Uniland Scarl (mandatario) ed il Consorzio Cooperative Costruzioni (CCC), la Aleandri Spa e la IGECO Costruzioni Spa.

Nella graduatoria finale precedono l'Ati ricorrente, classificata al quarto posto:

- al secondo posto l'ATI Grandi Lavori Fincosit – Socostramo;
- al terzo posto l'ATI Salini – Ircop.

Con il ricorso principale sono dedotte censure avverso l'ammissione e la valutazione delle offerte dell'aggiudicataria e dei due concorrenti che precedono in graduatoria.

1.1- Con riguardo all'aggiudicataria, si deduce che:

- 1) la mandataria partecipa all'ATI con una quota (36,5%) inferiore al 40% stabilita dall'art. 95 del DPR n. 554/99;
- 2) la mandataria ha designato per l'esecuzione dei lavori la consorziata Intini, la quale non ha conservato il requisito della regolarità contributiva per l'intera durata della gara;
- 3) la polizza fideiussoria non risulta attivata, in quanto carente dell'attestazione del pagamento del premio;
- 4) per la categoria OS12 (subappaltabile a qualificazione obbligatoria), l'ATI non ha indicato il nominativo del subappaltatore, né provato il possesso dei requisiti di qualificazione dell'impresa designata.

1.2- Con riguardo all'ATI GLF-Socostramo, si osserva che:

- 1) la mandante del raggruppamento di professionisti per l'attività di progettazione non è in possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria; inoltre, il raggruppamento medesimo ha mutato tipologia tra la fase di prequalifica e la fase di gara (da ATI orizzontale ad ATI verticale o mista), senza comprovare la permanenza dei requisiti;
- 2) anche per essa, la polizza fideiussoria non risulta attivata, in quanto carente dell'attestazione del pagamento del premio;
- 3) pure in tal caso, l'ATI non è qualificata per più categorie di lavori subappaltabili a qualificazione obbligatoria ed ha dichiarato di ricorrere al subappalto, senza però l'indicazione del nominativo del subappaltatore né la prova del possesso dei requisiti di qualificazione dell'impresa designata..

1.3- Con riguardo all'ATI Salini – Ircop, si contesta che:

- 1) la polizza fideiussoria è a sua volta carente dell'attestazione di pagamento del premio;
- 2) anche quest'ATI non è qualificata per più categorie di lavori subappaltabili a qualificazione obbligatoria ed ha dichiarato di ricorrere al subappalto, senza l'indicazione del nominativo del subappaltatore né la prova del possesso dei requisiti di qualificazione dell'impresa designata;
- 3) mancano le dichiarazioni relative agli amministratori e direttori tecnici delle società incorporate o cedenti nell'ultimo triennio.

1.4- Con l'ultimo motivo si rileva (per tutti i concorrenti collocati ai primi tre posti della graduatoria) che, nel procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, sono mancate le giustificazioni su diversi elementi rilevanti e fondamentali delle stesse offerte e non sono stati prodotti nella fase del contraddittorio i documenti necessari.

1.5- Si sono costituiti in giudizio l'Anas nonché l'ATI Uniland e l'ATI Grandi Lavori Fincosit, spiegando ricorsi incidentali (integrato da motivi aggiunti quello dell'ATI GLF).

Con questi ultimi sono dedotte plurime ragioni di esclusione dell'ATI ricorrente.

In particolare, il ricorso incidentale dell'ATI Uniland è affidato a sei motivi, con cui è denunciata anche per l'ATI ricorrente la violazione delle regole del subappalto (dovendosi indicare il nominativo del subappaltatore sin dalla fase della prequalifica), il mutamento del subappaltatore in sede di giustificazioni dell'offerta, altri vizi attinenti al possesso dei requisiti di qualificazione, la mancanza di sottoscrizioni, l'azzeramento dei prezzi delle lavorazioni, l'incongruità dell'offerta.

Nel ricorso incidentale dell'ATI Grandi Lavori Fincosit (e nei motivi aggiunti che lo integrano) è dedotta la necessità di comprovare i requisiti di qualificazione per la progettazione (anche se eseguita dallo stesso concorrente), negli stessi termini è denunciata la violazione delle regole del subappalto anche per l'ATI Matarrese-Coedisal, è contestata l'idoneità delle dichiarazioni dei subappaltatori e dei loro requisiti di qualificazione, prospettando infine la necessità della ripetizione integrale della gara (tuttavia, non fatta valere autonomamente).

2.- L'ATI Matarrese-Coedisal ha proposto motivi aggiunti.

Con il primo ed il secondo di essi (depositati il 15 e il 28 giugno 2012), sono articolate censure attinenti:

- a) in dettaglio, sotto plurimi profili, alla valutazione dell'offerta tecnica e alle giustificazioni dell'anomalia dell'aggiudicataria e delle altre due concorrenti;
  - b) alla mancanza del requisito della regolarità contributiva e previdenziale per la mandante dell'ATI GLF-Socostramo;
  - c) all'inammissibilità delle varianti al progetto dell'ATI Salini – Ircop che, non recependo l'addendum alla lettera d'invito, ha di fatto ripristinato la soluzione originaria, mantenendo il viadotto San Dana e le quattro corsie nel tratto terminale (nonostante che tale soluzione fosse stata sostituita dall'Anas per effetto dell'accordo con il CIPE e la Regione Puglia, al fine di ridurre l'impatto ambientale dell'opera);
  - d) all'appiattimento del punteggio per il merito tecnico, non giustificato da una reale equivalenza delle soluzioni proposte;
- (quanto al secondo dei motivi aggiunti):
- e) al difetto di sottoscrizione di elaborati, da parte delle ATI Uniland e Grandi Lavori Fincosit.

Le deduzioni sono state confutate dall'Anas e dalle controinteressate; in giudizio è intervenuta ad opponendum l'AGI - Associazione Imprese Generali.

La tutela cautelare è stata negata con ordinanza del 12 luglio 2012 n. 443; l'appello cautelare è stato respinto dal Consiglio di Stato con ordinanza della Sez. IV del 1° agosto 2012 n. 3042.

In data 7 agosto 2012 è stato sottoscritto il contratto di appalto.

3.- L'ATI Matarrese-Coedisal ha formulato ulteriori motivi aggiunti, dopo l'accesso agli atti, in seguito a nuova istanza.

Con il terzo (depositato il 6/11/2012) si deduce che la Intini Angelo (consorzata Uniland per il 60%) aveva perduto i requisiti di qualificazione (avendo ceduto in affitto il ramo d'azienda con atto del 6/7/2012); viene ribadita la mancanza in capo alla stessa del requisito della regolarità contributiva; è rinnovata e specificata la richiesta di risarcimento danni per equivalente monetario, non essendo più conseguibile il risarcimento in forma specifica, per effetto della sottoscrizione del contratto (trattandosi di opera relativa a infrastrutture strategiche).

4.- Con il quarto dei motivi aggiunti, depositato il 27/11/2012, è chiesta la declaratoria di nullità ed inefficacia del contratto di appalto del 7/8/2012 e del verbale del 3/8/2012 (attestante il permanere delle condizioni per l'immediata esecuzione dei lavori), affermando la contrarietà a norme imperative del contratto sottoscritto con l'ATI

che non era più in possesso dei requisiti, per effetto della cessione del ramo d'azienda operata dalla consorziata dell'impresa mandataria.

5.- Venuta a conoscenza del recesso della mandataria del RTI aggiudicatario e della sottoscrizione di un nuovo contratto, con il quinto dei motivi aggiunti, depositato l'1/2/2013, è contestato l'atto dell'Amministratore Unico dell'ANAS n. 113 del 28/9/2012 (di presa d'atto della modifica del RTI aggiudicatario), nonché il contratto del 18/10/2012 tra ANAS e CCC-Consortio Cooperative Costruzioni, quale nuova mandataria dell'ATI con Aleandri spa e Igeco spa.

Si sostiene che:

- l'art. 37 del d.lgs. n. 163/06 vieta qualsiasi modifica alla composizione del raggruppamento;
- è stata illegittimamente sostituita dalla nuova mandataria la consorziata originariamente designata (Mucafer) con altre tre Cooperative sociali ed è stata designata per la progettazione l'Impresa Grandi Progetti Infrastrutture;
- nella nuova configurazione del raggruppamento la mandante Aleandri ha assunto una quota di partecipazione del 25,70%, non coperta dai requisiti in suo possesso.

L'ATI Uniland ha sollevato eccezioni di irricevibilità dei motivi aggiunti per tardività e di difetto di giurisdizione.

In giudizio è stata esibita documentazione (anche all'esito delle richieste istruttorie) e le parti hanno prodotto scritti difensivi.

Le parti hanno illustrate le proprie difese nelle memorie depositate.

All'udienza pubblica del 9 ottobre 2013 la causa è stata assegnata in decisione.

#### DIRITTO

1.- Il Collegio ritiene di dover esaminare prioritariamente le censure articolate dalle ricorrenti principali.

Ciò in quanto, considerato che l'ATI Matarrese-Coedisal è al quarto posto nella graduatoria redatta dalla Commissione di gara, occorre che sia fondata almeno una delle censure rivolte nei confronti dei soggetti meglio classificati poiché, in mancanza, verrebbe meno l'interesse alla contestazione della posizione dell'aggiudicataria (cfr. Cons. Stato – Sez. V, 14 gennaio 2009 n. 101).

Pertanto, sussistono ad avviso del Collegio eccezionali ragioni di economia processuale che – come ritenuto nella decisione dell'Adunanza Plenaria del 7 aprile 2011 n. 4 (punto 53) – giustificano la previa trattazione del ricorso principale.

2.- Tanto premesso, il Collegio ravvisa l'infondatezza delle censure articolate nei confronti dell'ATI GLF-Socostramo (seconda classificata), sulla base delle seguenti argomentazioni.

2.1- Il primo motivo contenuto nel ricorso principale afferma che la mandante del raggruppamento di professionisti per l'attività di progettazione non è in possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria, non avendo conseguito un fatturato, come previsto dal bando (nei migliori cinque anni del decennio antecedente la gara), pari alla percentuale della quota dichiarata di partecipazione al raggruppamento (10%).

Si aggiunge che lo stesso raggruppamento di professionisti ha mutato tipologia tra la fase di prequalifica e la fase di gara (da ATI orizzontale ad ATI verticale o mista), senza comprovare la permanenza dei requisiti.

In particolare:

- il RTI Grandi Lavori Fincosit – Socostramo ha partecipato alla gara, indicando quale prestatore del servizio di progettazione il costituendo raggruppamento temporaneo di professionisti tra Technital e PF Ingegneria, ripartendo le quote tra questi ultimi nella percentuale, rispettivamente, del 90% e del 10%;
- il punto III.2.2 del bando prescrive il conseguimento di “un fatturato globale relativo ai migliori cinque anni (anche non consecutivi) del decennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, che dovrà essere non inferiore a quattro volte l'ammontare degli oneri di progettazione” (€ 2.561.180,78 e, quindi, di un fatturato pari a €

10.244.723,12);

- il 10% del suddetto importo (€ 1.024.472,31) non è posseduto dalla PF Ingegneria, che ha dichiarato di aver conseguito un fatturato inferiore (€ 888.996,00).

È dedotta la violazione dell'art. 37, tredicesimo comma, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e della pertinente disposizione del bando, per la mancata corrispondenza tra possesso dei requisiti, percentuale di partecipazione al raggruppamento e quota di esecuzione della prestazione.

La censura è contrastata dalle difese dell'ATI Grandi Lavori – Fincosit e dell'aggiudicataria, per le quali:

a) la disposizione invocata è applicabile unicamente all'imprenditore esecutore dell'opera e non al raggruppamento temporaneo di professionisti, incaricato della progettazione, per il quale il bando ha richiesto la presentazione di altre dichiarazioni, di cui ai punti III.2.2, lett. b), e III.2.3 lett. c), d), e) e f);

b) in ogni caso, il raggruppamento di professionisti possiede nel suo complesso i requisiti, avendo la Technital conseguito da sola il fatturato richiesto;

c) la PF Ingegneria si è impegnata ad eseguire esclusivamente la progettazione stradale, per cui la corrispondenza va misurata su questa parte degli oneri di progettazione;

d) il principio di corrispondenza non trova applicazione negli appalti (e nelle prestazioni) di servizi.

Dalla documentazione acquisita all'esito dell'ordinanza istruttoria del 10 maggio 2013 n. 1034 (prodotta dall'Anas il 22/5/2013) emerge quanto segue:

- nella domanda di partecipazione del 4/2/2010, l'ATI Grandi Lavori Fincosit – Socostramo ha designato, per la progettazione, le società Technital e PF Ingegneria;

- le stesse si sono impegnate a costituirsi in RTP con le percentuali, rispettivamente, del 90% e del 10% (dichiarazione dei progettisti del 4/2/2010); la Technital Spa ha dichiarato di avere conseguito, nei termini previsti dal bando, un fatturato "superiore a quattro volte l'ammontare degli oneri di progettazione e precisamente pari ad € 237.368.584,00" (dichiarazione del 2/2/2010);

- in gara è stata confermata la designazione del suddetto RTP, "congiuntamente in possesso dei requisiti previsti dal bando di gara" (dichiarazione del 22/9/2011);

- la Technital Spa ha confermato "il permanere del possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati in sede di domanda di partecipazione alla gara" (dichiarazione del 25/8/2011); i professionisti designati hanno ribadito l'impegno a costituire, in caso di aggiudicazione, un raggruppamento temporaneo di progettisti, ripartendo tra di essi le attività e specificando la quota di partecipazione (dichiarazione del 29/8/2011).

Risulta da quanto sopra che la mandataria Technital è da sola in possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria.

Tale circostanza soddisfa l'esigenza di garantire la stazione appaltante, per l'esecuzione delle prestazioni da parte di soggetto adeguatamente qualificato, in base alle pregresse esperienze di lavoro.

È infatti riconosciuta, all'impresa "autosufficiente", la facoltà di associare altre imprese, alle condizioni stabilite dall'art. 95, quarto comma, del DPR 21 dicembre 1999, n. 554 applicabile "ratione temporis" (e, ora, dall'art. 92, quinto comma, del DPR 5 ottobre 2010, n. 207), secondo cui:

"Se l'impresa singola o le imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati".

Nel caso di specie, la mandante PF Ingegneria è stata incaricata della progettazione stradale (cfr. la dichiarazione

del 29/8/2011), per la quale non è contestato che la capacità economica e finanziaria dichiarata corrisponda all'importo di questa prestazione (peraltro resa solo in parte, atteso che la medesima attività è svolta anche dalla mandataria, come risulta dalla stessa dichiarazione; il che esclude anche che vi sia stata mutazione del RTP).

2.2- In ordine alla difformità della polizza, nella garanzia fideiussoria della Atradius Credit Insurance N.V. – Agenzia di Genova n. PR0675631 del 21/9/2011 (doc. 17 della produzione di parte ricorrente) v'è la espressa precisazione che “la garanzia è prestata ai sensi dell'art. 75 del D.Lgs. 163/2006 n. 163 e delle condizioni previste nello schema tipo 1.1 del D.M. 123/2004 (v. l'appendice, punto 4).

Nel riportato schema-tipo v'è la disposizione secondo cui: “Il mancato pagamento del premio/commissione non può essere opposto alla Stazione appaltante” (art. 7).

Ciò comporta che la garanzia, sottoscritta in ogni sua parte dai contraenti, è operante indipendentemente dal pagamento del premio.

2.3- La censura relativa alla necessità di indicare il nominativo del subappaltatore nel c.d. “subappalto necessario” va disattesa.

Le ricorrenti osservano che l'ATI Grandi Lavori Fincosit – Socostramo è carente della qualificazione SOA per le categorie OS12, OG13, OG11, OS10 e OS11 (subappaltabili a qualificazione obbligatoria), deducendo – sulla scorta della giurisprudenza richiamata (in particolare, Cons. Stato - Sez. VI, 2 maggio 2012 n. 2508) – che in tal caso la dichiarazione di subappalto deve contenere, a pena d'esclusione, l'indicazione dell'impresa subappaltatrice e deve essere accompagnata dalla dimostrazione del possesso dei requisiti in capo all'impresa designata.

Il Collegio condivide il diverso indirizzo giurisprudenziale, con cui è stato stabilito che non v'è l'esigenza di conoscere il nominativo del subappaltatore, né di comprovare i requisiti posseduti, già al momento della presentazione dell'offerta, in quanto la verifica sull'idoneità dell'esecutore a realizzare i lavori subappaltati è demandata alla fase esecutiva.

Con sentenza del Consiglio di Stato – Sez. V, 19 giugno 2012 n. 3563, è stato infatti considerato che “è del tutto conforme a legge la dichiarazione del concorrente il quale si limiti genericamente ad affermare di voler subappaltare talune lavorazioni nel massimo consentito dalla legge, senza la necessità di riportare immediatamente nella dichiarazione stessa i dati identificativi del subappaltatore”, essendo “rimandata al momento della costituzione del rapporto contrattuale l'individuazione dei subappaltatori, nonché la specificazione della loro qualificazione e del possesso dei requisiti generali di partecipazione”, aggiungendo che: “Il legislatore, dunque, nell'ambito del predetto articolo ha individuato tempi e modalità per lo svolgimento dei doverosi controlli sul subappaltatore, controlli che per espressa previsione sono affidati alla fase di esecuzione del contratto e non alla fase precedente di selezione dell'offerente”.

Tale regola mira ad assicurare la massima speditezza alla fase di gara, evitando che la S.A. debba verificare il possesso dei requisiti in capo a tutti i subappaltatori (e, quindi, anche di quelli indicati dai concorrenti non aggiudicatari), con inutile dispendio di energia in una fase che richiede, invece, la concentrazione dell'attività.

A ciò si aggiunga che l'imposizione al concorrente di indicare nell'offerta i nominativi dei subappaltatori, con la formulazione delle dichiarazioni relative ai requisiti generali e speciali, comporta da un lato la integrazione del disposto legislativo in una materia in cui l'ordinamento persegue l'obiettivo della estrema chiarezza affidandosi a norme che disegnano una casistica completa (al fine di evitare conflitti determinati dalla pluralità delle interpretazioni), nonché l'appesantimento dell'iter burocratico (con il controllo dei requisiti dei subappaltatori nella fase della gara), dall'altro non aggiunge alcuna garanzia a favore della stazione appaltante, poiché l'esecuzione del subappalto da parte di soggetti in possesso dei necessari requisiti generali e speciali è garantito dalle disposizioni dell'art. 118 del codice degli appalti, e la conoscenza del nome del subappaltatore fin dal

momento dell'esame dell'offerta non impedirà certo al subappaltatore indicato di rifiutare le proprie prestazioni, se la sua indicazione – da parte del concorrente – non è accompagnata da una assunzione dello specifico obbligo da parte dello stesso subappaltatore designato (la richiesta di quest'ulteriore adempimento porterebbe, però, ad assimilare il subappalto all'avvalimento e il giudice al legislatore).

Per queste ragioni la censura va respinta.

2.4- Quanto al procedimento di verifica dell'anomalia delle offerte, le ricorrenti rilevano (nel ricorso e nel primo dei motivi aggiunti) che sono mancate le giustificazioni su diversi elementi rilevanti e fondamentali e non sono stati prodotti nella fase del contraddittorio i documenti giustificativi.

Per ciò che attiene all'ATI Grandi Lavori Fincosit – Socostramo, si adduce la mancanza in alcune offerte commerciali del costo del trasporto e dei semilavorati e della sottoscrizione della relativa scheda di analisi (pagg. 45-46 del ricorso, con riferimento al verbale della Commissione n. 33 del 15/3/2012).

Nel primo dei motivi aggiunti (pagg. 29-40), sono specificati i rilievi, considerando che:

- nelle offerte delle ditte subappaltatrici (CAR Segnaletica Stradale, Alga, Fip Industriale, Verde Ambiente), presentate in sede di giustificazioni, sono quotati mezzi, attrezzature e manodopera, benché la fornitura e posa in opera sia eseguita dalla stessa ATI;
- mancano le sottoanalisi sottoscritte dai subappaltatori;
- non sono stati considerati costi (come per il trasporto a discarica); mancano le informazioni richieste dalla lettera d'invito; sono sottostimati alcuni prezzi (inerti e barriere metalliche di sicurezza);
- alcuni subappaltatori non possiedono l'iscrizione SOA per la categoria corrispondente alle lavorazioni da eseguire, oppure possiedono classifiche per importi inferiori.

Quest'ultima deduzione va disattesa, alla stregua di quanto ritenuto al precedente punto 2.3 (essendo rimandata alla costituzione del rapporto contrattuale, per i subappaltatori, "la specificazione della loro qualificazione e del possesso dei requisiti generali di partecipazione": Cons. Stato, cit.).

Gli altri rilievi vanno respinti.

La Commissione di gara, nel verbale del 15/3/2012 n. 33, si è così espressa:

<<Dall'analisi della documentazione prodotta la Commissione ha potuto apprezzare come l'offerta presentata dal concorrente risulti nel suo complesso affidabile, nonostante alcuni dei documenti prodotti non risultino completi sotto il profilo formale (nella specie la Commissione ha rilevato che in alcune offerte commerciali non è stato esposto il costo del trasporto ed il costo dei semilavorati e le offerte di fornitura e posa in opera erano prive della sottoscrizione da parte dell'offerente della scheda di analisi relativa). Ciò per i motivi che seguono.

Infatti, anche qualora si volesse ritenere non giustificati (per mancanza di elementi formali, senz'altro, acquisibili a posteriori mediante richiesta di ulteriori chiarimenti) [per] alcuni dei prezzi offerti le sottostime conseguenti risultano di entità tale da non inficiare l'affidabilità complessiva dell'offerta con la conseguenza di rendere incompatibile con le esigenze di economicità e buon andamento del procedimento un'ulteriore verifica istruttoria. È noto, infatti, che i documenti prodotti a giustificazione dell'offerta sono modificabili nel corso della verifica di congruità, mentre è immodificabile l'offerta.

D'altra parte, la lettera d'invito non sanziona con l'esclusione, né avrebbe potuto farlo, la mancanza di tali profili formali rendendo possibile l'acquisizione a posteriori. Pertanto, la Commissione, all'unanimità, delibera di non procedere ad ulteriori approfondimenti in relazione a profili di congruità inidonei per la loro scarsa entità ad incidere sulla complessiva affidabilità dell'offerta>>.

La Commissione è pervenuta al giudizio di affidabilità dell'offerta, sulla base di un'adeguata rappresentazione dei fatti (avendo esaminato i punti controversi) e di un'articolata motivazione.

Il giudizio è esente dalle censure sollevate, bastando che l'offerta sia considerata congrua nel suo complesso dall'organo tecnico, il cui operato è censurabile solo ove sia ravvisabile una palese illogicità o irragionevolezza della valutazione (giurisprudenza pacifica; cfr., da ultimo, Cons. Stato – Sez. V, 26 settembre 2013 n. 4761: <<In tema di verifica dell'anomalia dell'offerta costituisce jus receptum che: a) il giudizio della stazione appaltante costituisce esplicitazione paradigmatica di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta (C.d.S., sez. V, 26 giugno 2012, n. 3737; 22 febbraio 2011, n. 1090; 8 luglio 2008, n. 3406; 29 gennaio 2009, n. 497); b) il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, cosa che rappresenterebbe invece un'inammissibile invasione della sfera propria della pubblica amministrazione (C.d.S., sez. V, 18 febbraio 2013, n. 974; 19 novembre 2012, n. 5846; 23 luglio 2012, n. 4206; 11 maggio 2012, n. 2732); c) anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti a dimostrazione della non anomalia della propria offerta rientra nella discrezionalità tecnica dell'amministrazione, con la conseguenza che soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali errori di valutazione gravi ed evidenti oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, il giudice di legittimità può intervenire, fermo restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello dell'amministrazione (C.d.S., sez. V, 6 giugno 2012, n. 3340; 29 febbraio 2012, n. 1183); d) sebbene, poi, la valutazione di congruità debba essere globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che lo compongono (C.d.S., sez. V, 27 agosto 2012, n. 4600; sez. V, 16 agosto 2011, n. 4785; sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2070; sez. VI, 2 aprile 2010, n. 1893; sez. V, 18 marzo 2010, n. 1589; 12 giugno 2009, n. 3762), non può considerarsi viziato il procedimento di verifica per il fatto che l'amministrazione appaltante ovvero la commissione di gara si sia limitata a chiedere le giustificazioni per le sole voci sospette di anomalia e non per le altre, giacché il concorrente, per illustrare la propria offerta e dimostrare la congruità, può fornire, ex art. 87, comma 1, D. Lgs. n. 163 del 2006, spiegazioni e giustificazioni su qualsiasi elemento dell'offerta e quindi anche su voci non direttamente indicate dall'amministrazione come incongrue, così che se un concorrente non è in grado di dimostrare l'equilibrio complessivo della propria offerta attraverso il richiamo di voci ed elementi diversi da quelli individuati nella richiesta di giustificazioni, in via di principio ciò non può essere ascritto a responsabilità della stazione appaltante per erronea o inadeguata formulazione della richiesta di giustificazioni (C.d.S., A.P., 29 novembre 2012, n. 36)>>.

2.5- Con il primo dei motivi aggiunti si afferma che l'ATI doveva essere esclusa dalla gara, poiché la mandante Socostramo non è in regola con la posizione contributiva e previdenziale; è richiamata la giurisprudenza che ha ritenuto che il requisito ex art. 38, lett. i), d.lgs. n. 163/06 va mantenuto per tutta la durata della procedura, osservando che la S.A. ha formulato un'imprecisa richiesta agli enti previdenziali.

Dagli atti risulta che:

a) la stazione appaltante ha ricevuto, conformemente alla previsione del bando (cfr. produzione ANAS 10/7/2012), l'autodichiarazione del 2/2/2010 della Socostramo “di non rientrare in nessuna delle condizioni previste dall'art. 38, comma 1, lettere da a) ad m-quater) del D.Lgs. 163/06 e s.m.i.”, nonché la conferma il 16/9/2011 del “permanere del possesso dei requisiti di partecipazione dichiarati in sede di domanda di invito alla gara”;

b) il 7/6/2012 (in sede di verifica dei requisiti) è stato acquisito DURC regolare (cfr. la stessa produzione ANAS).

La deduzione è quindi infondata.

Né può accordarsi rilievo alla richiesta di verificare che la regolarità contributiva sia stata conservata fino alla data

di sottoscrizione del contratto, poiché l'ATI Grandi lavori Fincosit-Socostramo non è aggiudicataria della gara e, come chiarito dall'Adunanza Plenaria, occorre distinguere “tra la regolarità contributiva richiesta al partecipante alla gara, e la regolarità contributiva richiesta all'aggiudicatario al fine della stipula del contratto”, essendo solo per quest'ultimo un “requisito che accompagna l'intera fase di esecuzione del contratto, essendo necessario al fine del pagamento secondo gli stati di avanzamento e al fine del pagamento della rata di saldo dopo il collaudo” (sentenza n. 8/2012).

2.6- Negli stessi primi motivi aggiunti, l'ultima censura delle ricorrenti investe la valutazione dei progetti dei concorrenti, lamentando l'appiattimento dei punteggi.

Si osserva che è stato attribuito un punteggio inferiore di solo un punto al progetto dell'ATI Salini – Ircop (che non ha recepito l'addendum alla lettera d'invito), senza per altro verso tener conto delle varianti migliorative, rilevanti anche in termini economici, proposte dall'ATI Matarrese-Coedisal (sistema di telecontrollo della viabilità, sistemazione idraulica, pavimentazione stradale, opere a verde, segnaletica orizzontale e verticale, barriere metalliche, zona attrezzata a parcheggio e punto ristoro, illuminazione degli svincoli).

Le deduzioni non possono essere accolte.

Fatta eccezione per il progetto dell'ATI Salini – Ircop (nei cui riguardi è addotta una sostanziale diversità della soluzione proposta, non avendo la stessa recepito l'addendum alla lettera d'invito, mantenendo il viadotto San Dana e le quattro corsie terminali), verso le altre concorrenti non sono formulati specifici vizi inerenti alla valutazione compiuta dalla Commissione di gara, limitandosi le ricorrenti a sostenere una migliore qualità e pregio delle varianti migliorative da esse proposte rispetto a quelle delle altre concorrenti.

Al contrario, la Commissione (cfr. il verbale del 16/12/2011 n. 21) ha verificato che i concorrenti hanno presentato “integrazioni, tutte tra di loro simili, volte al recepimento delle prescrizioni ove queste non fossero già recepite”, accertando poi “una sostanziale omogeneità” delle soluzioni proposte per l'efficientamento energetico e “soluzioni simili” per l'impatto ambientale del cantiere e la gestione del traffico in corso d'opera; rinvenendo, in relazione al pregio tecnico, “l'assenza di complessità del tema progettuale che i concorrenti sono stati chiamati a sviluppare in sede di predisposizione dell'offerta tecnica”, che “ha causato la presenza di offerte progettuali e soluzioni molto simili tra loro ed ha avuto come effetto l'attribuzione di punteggi tra loro allineati”.

Ne consegue che, in disparte la genericità delle deduzioni espresse dalle ricorrenti in proposito, in assenza di specifici profili in chiave comparativa delle singole offerte e migliorie proposte, il giudizio così formulato sfugge alle censure sollevate, mostrandosi adeguatamente sorretto dall'esame compiuto e dovendosi, anche in tal caso, ribadire il pacifico indirizzo giurisprudenziale, per il quale l'indagine del Giudice amministrativo non può sindacare l'operato dell'organo tecnico, se non nei casi di puntuali critiche ai criteri adottati e alla loro applicazione (cfr. Cons. Stato – Sez. III, 24 settembre 2013 n. 4711: <<Va infatti ricordato che, in sede di valutazione comparativa delle offerte tecniche presentate nelle gare d'appalto, le valutazioni tecniche, caratterizzate dalla complessità delle discipline specialistiche di riferimento e dall'opinabilità dell'esito della valutazione, sfuggono al sindacato intrinseco del giudice amministrativo, se non vengono in rilievo specifiche censure circa la plausibilità dei criteri valutativi o la loro applicazione (cfr., ex plurimis, Cons. Stato, III, 19 gennaio 2012, n. 249; V, 8 marzo 2011, n. 1464)>>).

Nella specie non vi sono ragioni per dubitare dei criteri valutativi seguiti dalla commissione, tanto più che l'elemento economico delle migliorie proposte dalle ricorrenti (per un importo di Euro 40.149.247,95) non risulta da solo in grado di sovvertire il giudizio di sostanziale parità delle offerte espresso dalla Commissione, in assenza di elementi comparativi che evidenzino il differente “peso” che andava attribuito alle migliorie proposte dalle concorrenti; né a tal fine può sopperire la richiesta di CTU, in quanto tale mezzo istruttorio non può incidere

sull'onere del ricorrente di specificazione della domanda proposta in giudizio e non lo solleva dall'onere di allegare i fatti primari e secondari costituenti il thema decidendum, dovendo pur sempre essere assolto l'onere probatorio gravante in capo alle parti ex art. 2967 c.c., quanto meno nella forma più sfumata del principio di prova.

2.7- Con l'unica censura del secondo dei motivi aggiunti, si deduce la violazione del punto E.2 della lettera d'invito (pag. 21), che ha richiesto a pena di esclusione la sottoscrizione di tutti i documenti ed elaborati dell'offerta tecnica, timbrati e con firma per esteso, "dal legale rappresentante del Concorrente o comunque da soggetto munito di idonei poteri, nonché dal Responsabile della Progettazione" e, in caso di RTI non ancora costituiti, "per ciascuno dei soggetti che parteciperanno al futuro Raggruppamento temporaneo di imprese".

Per ciò che concerne l'ATI Grandi Lavori Fincosit – Socostramo, si rileva che gli elaborati dell'offerta tecnica sono stati sottoscritti (con sigla e non con firma per esteso) dalla sola mandataria del raggruppamento di progettazione e non anche dalla mandante PF Ingegneria, e che l'elaborato denominato "Inquadramento dell'intervento – Relazione tecnica" non è sottoscritto (neanche con sigla) né dalla mandataria del RTP né dal responsabile della progettazione.

I rilievi sono infondati e in parte erronei.

Si osserva che la prescrizione della lettera d'invito è da ritenersi assoluta, con la sottoscrizione del concorrente e del responsabile della progettazione (nella specie, l'ing. Massimo Raccosta, Amministratore delegato e Direttore tecnico della Technital); gli atti esibiti sono firmati da questi ultimi (compreso l'elaborato sopra detto, con timbro e firma dell'ing. Raccosta, in alto a destra della pag. 100; per la Grandi Lavori Fincosit, con timbro e firma del procuratore; per la Socostramo, con una sigla, in corrispondenza del logo della Società, nel frontespizio).

Essi sono senz'altro riferibili al concorrente partecipante alla gara e ai soggetti sottoscrittori, la cui qualità è rinvenibile dal timbro; né la censura investe l'apposizione della sigla della Socostramo, posta in corrispondenza del logo della Società).

Il Collegio considera che le cause di esclusione vanno confinate ai "casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali", secondo la regola recepita dal legislatore con l'introduzione del comma 1-bis all'art. 46 del d.lgs. n. 163/06, ricognitivo di principi già espressi in giurisprudenza (cfr. TAR Lombardia – Sez. IV, 20 giugno 2013 n. 1590: "Come, infatti, affermato più volte dalla giurisprudenza amministrativa, nelle procedure ad evidenza pubblica l'esclusione è configurabile quando risultino violate prescrizioni rispondenti ad un particolare interesse sostanziale della stazione appaltante e, quindi, sottese ad un fine essenziale perseguito con la gara, ovvero quando dal contesto della lex specialis emerga con palese evidenza che l'inosservanza di alcune sue previsioni comporterebbe, comunque ed inevitabilmente, in ragione del loro contenuto, l'esclusione. Tale orientamento giurisprudenziale è stato recepito dal legislatore con la modifica dell'art. 46 del d. lgs. 163/2006 mediante l'introduzione del comma 1 bis, che così recita: "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle").

Conclusivamente, sono infondate le censure svolte contro l'ammissione e la valutazione dell'offerta della Grandi Lavori Fincosit – Socostramo (seconda classificata).

3.- Il Collegio ritiene a questo punto di dover esaminare le domande di nullità del contratto d'appalto del 7/8/2012,

per contrasto con norme imperative ed illiceità della causa e dell'oggetto (avendo il Consorzio Uniland perduto i requisiti di qualificazione, per effetto della cessione d'azienda operata dalla consorziata Intini), nonché anche del successivo contratto del 18/10/2012, stipulato con il RTI nella sua nuova configurazione, a seguito del recesso della mandataria (per violazione del divieto di modificazione del raggruppamento aggiudicatario, di cui all'art. 37, decimo comma, del d.lgs. n. 163/2006).

Le domande proposte, rispettivamente, con il quarto e il quinto dei motivi aggiunti sono inammissibili.

Posto che l'azione di nullità può essere proposta da chiunque vi abbia interesse, va rilevato, nella specie, il difetto dell'interesse ad agire ex art. 100 cpc, che è correlato nella specie alla domanda di annullamento dell'aggiudicazione ed all'effetto che ne consegue; effetto che non può prodursi in quanto, alla stregua di quanto sin qui ritenuto, le ricorrenti non vantano un interesse a contestare la posizione dell'aggiudicataria, per infondatezza delle censure rivolte alla seconda classificata.

Il Collegio ritiene, difatti, che l'assenza di una delle condizioni per agire in relazione alla domanda di annullamento, in ordine alla quale le ricorrenti difettano di interesse ad agire non superando la prova di resistenza, si ripercuote anche su quella di nullità del contratto, non potendo derivarne alcuna utilità.

In altri termini, l'ATI Matarrese-Coedisal non potrebbe aspirare a conseguire l'aggiudicazione, neppure qualora fossero fondate le censure rivolte nei confronti dell'aggiudicataria e della terza classificata (che, pertanto, non occorre esaminare) e, in ragione di ciò, dovendo essere dichiarati inammissibili per carenza di interesse il ricorso principale e i motivi aggiunti successivamente proposti, nonché le domande di nullità e inefficacia del contratto che al loro accoglimento indissolubilmente si collegano.

4.- L'azione risarcitoria va conseguentemente respinta, in quanto il soggetto privo di interesse a contestare gli esiti della gara non è titolare di una posizione giuridica tutelata e quindi non può lamentare un danno ingiusto.

5.- I ricorsi incidentali proposti da Uniland Scarl e Grandi Lavori Fincosit Spa vanno dichiarati improcedibili, per mancanza di interesse alla loro decisione, una volta stabilito che i gravami principali non possono produrre alcun effetto lesivo delle rispettive posizioni.

6.- Sussistono valide ragioni per compensare interamente tra tutte le parti le spese del giudizio, stante la novità, molteplicità e complessità delle questioni sollevate e registrandosi, su alcune di esse, divergenti interpretazioni giurisprudenziali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti, nonché sui ricorsi incidentali:

- 1) dichiara inammissibile il ricorso principale e i motivi aggiunti;
- 2) respinge la domanda risarcitoria;
- 3) dichiara improcedibili i ricorsi incidentali;
- 4) compensa interamente tra tutte le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 9 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Patrizia Moro, Presidente FF

Giuseppe Esposito, Primo Referendario, Estensore

Roberto Michele Palmieri, Referendario

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 17/10/2013

IL SEGRETARIO

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