

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



**CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - sentenza 3 luglio 2014 n. 3344** - Pres. Virgilio, Est. Realfonzo - Salvatore Matarrese S.p.A. in proprio e quale Capogruppo Mandataria Ati, Ati-Coedisaal-Consorzio Stabile Edilstrade Salento Scrl (Avv.ti Morrone e Quinto) c. Edilstrade Salento Scrl, Uniland Scrl in proprio e quale Mandataria Rti, Rti-Aleandri S.p.A., Rti-Igeco Costruzioni S.p.A. Salini Claudio Grandi Lavori Spa; Rti-Consorzio Cooperative Costruzioni di Produzione e Lavoro Soc. Coop. P.A. (Avv.ti Sticchi Damiani e Piazza) e Anas S.p.A. (Avv.ra Stato) e ATI Grandi Lavori Fincosit S.p.A.-Socostramo (Avv.ti Gianluigi Pellegrino e Giovanni Pellegrino) e ATI Grandi Lavori Fincosit S.p.A.-Socostramo di A.G.I. Associazione Imprese Generali (Avv. De Marinis) - (annulla T.A.R. Puglia - Lecce, Sez. I, sentenza n. 2135 del 2013).

**1. Contratti della P.A. - Aggiudicazione - In favore di una riunione temporanea d'impresa - Recesso della mandataria - Provvedimento con il quale la stazione appaltante ha preso atto della modifica del RTI e ha stipulato un nuovo contratto di appalto - Illegittimità.**

**2. Contratti della P.A. - Gara - Divieto di partecipazione a tutti i soggetti che si trovino in stato di fallimento, di liquidazione coatta amministrativa, di concordato preventivo - Limiti - Eccezione del c.d. "concordato in continuità aziendale" - Presentazione di una domanda a tal fine - Non preclude la partecipazione.**

**3. Contratti della P.A. - Gara - Fase di prequalifica - Mancata indicazione del ricorso al subappalto - In sede di domanda di partecipazione in sede di prequalifica - Non può comportare conseguenze.**

**4. Contratti della P.A. - Gara - Cooptazione della c.d. impresa minore - Dichiarazione espressa in tal senso del concorrente - Necessità - Sussiste.**

**1. E' illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto nel caso in cui la stazione appaltante, a seguito del recesso della mandataria della riunione temporanea d'impresa aggiudicataria, abbia "preso atto" della modifica della r.t.i. e disposto la stipula di un nuovo contratto, in luogo di annullare l'aggiudicazione e dichiarare la nullità del contratto già stipulato, in violazione dell'articolo 37, commi 9° e 10°, del D.Lgs. n. 163 del 2006. Infatti, il divieto di modificare la composizione dei raggruppamenti temporanei tra la fase procedurale della presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, è inequivocabilmente imposto dall'art. 37, co. 9, del D.Lgs n. 163 del 2006 (1).**

**2. L'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 (come modificato dal D.L. n. 83/2012) vieta la partecipazione alle gare pubbliche a tutti i soggetti che si trovino in stato di fallimento, di liquidazione coatta amministrativa, di concordato preventivo con l'unica espressa eccezione del c.d. "concordato in continuità aziendale" di cui all'art. 186-bis R.D. Legge Fallimentare 267/1942 (introdotto con l'articolo 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 e conv. in L. 7 agosto 2012, n. 134) che ricorre quando: a) nel piano di concordato ex art. 161, II co., lettera e della L.F. sia espressamente prevista la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore; b) ovvero la cessione dell'azienda in esercizio o ancora il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società anche di nuova costituzione. La norma consente la partecipazione alle procedure di**

**affidamento di contratti pubblici non solo alle imprese che sono già state ammesse al concordato "con continuità aziendale" e hanno già ottenuto il decreto di ammissione, ma anche a quelle che abbiano presentato domanda di ammissione al concordato preventivo previa autorizzazione del Tribunale. Pertanto la domanda in se non comporta né l'automatica decadenza dell'attestazione di qualificazione e né la risoluzione di diritto dei contratti in corso se l'impresa rispetta le condizioni e gli adempimenti imposti dal IV comma dell'art. 186-bis cit. in quanto l'istituto ha la finalità di incentivare le imprese a anticipare la denuncia la situazione di crisi comunque prima di essere assoggettate a misure di controllo esterno.**

**3. La mancata specifica indicazione del ricorso al subappalto in sede di domanda di partecipazione in sede di prequalifica non può comportare conseguenze, se si considera che la c.d. fase di prequalifica, costituisce una fase preliminare, prodromica alla gara vera e propria, mediante la quale la stazione appaltante si limita a verificare la disponibilità del mercato e, quindi, ad individuare la platea dei potenziali concorrenti da invitare alla procedura di affidamento in senso proprio mentre solo in fase di presentazione delle offerte è necessario provare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati (3). Ne consegue che in caso di "subappalto necessario" la dimostrazione della qualificazione del subappaltatore da parte del concorrente può (e deve) intervenire nella fase di presentazione delle offerte vere e proprie, quando il candidato è divenuto effettivamente un concorrente (4).**

**4. La scelta di associare una cooptata non può prescindere da una chiara, espressa ed inequivoca dichiarazione in tal senso del concorrente, in assenza della quale l'indicazione di un'altra impresa deve essere sempre ricondotta alla figura di carattere generale dell'associazione temporanea (5). Né la cooptazione può essere un mezzo per l'elusione dell'inderogabile disciplina in tema di qualificazione e di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica (6).**

-----  
(1) Cfr. in arg. di recente T.A.R. Veneto, Sez. I, sentenza 1° luglio 2014 n. 970, in *LexItalia.it*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/14/tarveneto\\_2014-07-01-1.htm](http://www.lexitalia.it/p/14/tarveneto_2014-07-01-1.htm) (sulla legittimità o meno del diniego di aggiudicazione di una gara di appalto in favore della sola mandataria, a seguito del recesso della mandante e della mancata costituzione della r.t.i. che aveva originariamente presentato l'offerta, ove la mandataria possieda tutti requisiti richiesti per l'espletamento dell'appalto).

Ha osservato la Sez. IV con la sentenza in rassegna che il divieto di modificare la composizione dei raggruppamenti temporanei tra la fase procedurale della presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, è inequivocabilmente imposto dall'art. 37, co. 9, del D.Lgs n. 163/2006.

Le eccezioni alla regola dell'immodificabilità del raggruppamento aggiudicatario di cui all'art. 37, commi 18 e 19, del D.Lgs n. 163/2006 - concernenti il fallimento del mandante del mandatario, la morte, l'interdizione o inabilitazione dell'imprenditore individuale, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia - riguardano tutti motivi indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara e sono giustificate dall'interesse della stazione appaltante alla continuazione del procedimento.

In ogni caso non vi sono dubbi che il divieto imposto dall'art. 37, co. 9, D.lgs. n. 163 del 2006, riguarda "qualsiasi modificazione", per cui se la mandataria del raggruppamento dichiara all'amministrazione aggiudicatrice di voler "rinunciare" - anche solo in proprio - agli effetti dell'aggiudicazione o del contratto, ovvero di non avere più intenzione di eseguire le prestazioni cui era obbligata ai sensi dell'offerta, si realizza un'inammissibile differente composizione del

raggruppamento rispetto a come si era presentato quale concorrente in sede di gara.

In conseguenza la stazione appaltante, in tali casi, deve procedere ai sensi dell'art. 37, comma 10, all'annullamento dell'aggiudicazione o alla declaratoria di nullità del contratto, fermo ogni ulteriore profilo di (eventuale) responsabilità dell'impresa nei confronti dell'amministrazione appaltante.

(2) Ha precisato la sentenza in rassegna che la domanda di ammissione al concordato con continuità aziendale non costituisce di per sé elemento ostativo né alla prosecuzione alla partecipazione alle pubbliche gare e né ai fini del conseguimento, o della verifica o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione.

Nelle more, tra il deposito della domanda e l'ammissione del concordato l'impresa che abbia fatto domanda di concordato preventivo "con continuità aziendale" conserva dunque la facoltà partecipare alle gare di affidamento dei pubblici contratti (cfr. Cons. Stato, Sez. V, n. 6272 del 27 dicembre 2013, in *LexItalia.it*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/14/cds\\_2013-12-27-2.htm](http://www.lexitalia.it/p/14/cds_2013-12-27-2.htm)).

(3) Cfr. infra *ex multis* Cons. Stato, Sez. VI, 08 febbraio 2008, n. 416, in *LexItalia.it*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/81/cds6\\_2008-02-08-6.htm](http://www.lexitalia.it/p/81/cds6_2008-02-08-6.htm); Consiglio Stato sez. V, 3 novembre 2000, n. 5906, *ivi*, pag. [http://www.lexitalia.it/cds1/cds5\\_2000-5906.htm](http://www.lexitalia.it/cds1/cds5_2000-5906.htm).

(4) Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224, in *LexItalia.it*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/14/cds\\_2014-03-13.htm](http://www.lexitalia.it/p/14/cds_2014-03-13.htm)

(5) Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 13 gennaio 2012, n. 115, in *LexItalia.it*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/12/cds6\\_2012-01-13-2.htm](http://www.lexitalia.it/p/12/cds6_2012-01-13-2.htm)

(6) Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27 agosto 2013 n. 4270, Cons. Stato, Sez. V, 13 maggio 2011, n. 2900; Cons. Stato, Sez. V, 16 settembre 2011, n. 5187, in *LexItalia.it*, pag. [http://www.lexitalia.it/p/11/cds5\\_2011-09-16-2.htm](http://www.lexitalia.it/p/11/cds5_2011-09-16-2.htm)

---

N. 03344/2014REG.PROV.COLL.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8202 del 2013, proposto da:

Salvatore Matarrese S.p.A. in proprio e quale Capogruppo Mandataria Ati, Ati-Coedisal-Consorzio Stabile Edilstrade Salento Scrl, rappresentati e difesi dagli avv.ti Corrado Morrone, Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Corrado Morrone in Roma, viale XXI Aprile, 11;

**contro**

Edilstrade Salento Scrl, Uniland Scarl in proprio e quale Mandataria Rti, Rti-Aleandri S.p.A., Rti-Igeco Costruzioni S.p.A. Salini Claudio Grandi Lavori Spa; Rti-Consorzio Cooperative Costruzioni

di Produzione e Lavoro Soc.Coop. P.A., rappresentato e difeso dagli avv. Ernesto Sticchi Damiani, Angelo Piazza, con domicilio eletto presso Ernesto Sticchi Damiani in Roma, via Bocca di Leone, 78;

Anas S.p.A., rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

ATI Grandi Lavori Fincosit S.p.A.-Socostramo, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianluigi Pellegrino, Giovanni Pellegrino, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, 11;

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

*ad adiuvandum:*

per ATI Grandi Lavori Fincosit S.p.A.-Socostramo di A.G.I. Associazione Imprese Generali, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano De Marinis, con domicilio eletto presso Stefano De Marinis in Roma, via Yser, 8;

### ***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. Puglia - Sez. Staccata di Lecce: Sezione I n. 02135/2013, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara per la progettazione esecutiva e l'esecuzione dei lavori dell'opera "itinerario Maglie-S. Maria di Leuca s.s.275" - ris.danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Rti-Consorzio Cooperative Costruzioni di Produzione e Lavoro Soc.Coop. P.A. e di Anas S.p.A. e di ATI Grandi Lavori Fincosit S.p.A.-Socostramo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 marzo 2014 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Corrado Morrone, Pietro Quinto, Angelo Piazza, Ernesto Sticchi Damiani, l'Avvocato dello Stato Alessia Urbani Neri, Stefania Vasta su delega dell'avvocato Gianluigi Pellegrino e Valeria Marsano su delega dell'avvocato Stefano De Marinis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### **FATTO**

Il RTI Salvatore Matarrese S.p.A. - CO.EDI.SAL si era classificato al quarto posto nella graduatoria finale della procedura ristretta, aggiudicata con il metodo dell'offerta economica più vantaggiosa, indetta dall'ANAS per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori di ammodernamento e adeguamento della S.S. 275 Maglie – S. Maria di Leuca (Ba 23/09).

La predetta graduatoria aveva visto rispettivamente: al primo posto l'ATI formata dal Consorzio Stabile Uniland Scarl (mandatario) e dal Consorzio Cooperative Costruzioni (C.C.C.), al secondo posto l'ATI Grandi Lavori Fincosit – Socostramo ed al terzo posto l'ATI Salini – Ircop.

Con il gravame principale la "Salvatore Matarrese S.p.A." impugna la sentenza con cui il T.A.R. Lecce:

-- ha dichiarato inammissibile il suo ricorso diretto rispettivamente: - all'annullamento dell'aggiudicazione definitiva e di tutti gli atti del procedimento; - alla declaratoria della nullità o dell'inefficacia del contratto pubblico di appalto con l'A.T.I. "Uniland s.c.arl., Consorzio Cooperative Costruzioni CCC, Aleandri spa, Igeco S.p.A."; -- ed all'annullamento della successiva "presa d'atto" della modifica del RTI aggiudicatario, a seguito del recesso della mandataria Uniland, e dell'atto aggiuntivo all'originario contratto con il "nuovo" RT.I. "CCC, Aleandri spa e Igeco S.p.a.";

-- ha respinto la sua domanda risarcitoria;

-- ha dichiarato improcedibili i ricorsi incidentali della Uniland e della Grandi Lavori Fincosit.

L'appello dell'ATI Matarrese è affidato alla deduzione dell'erroneità della decisione per violazione sotto vari profili degli artt. 37, 75 e 118 del Codice dei contratti di cui al d.lgs. n. 163/2006.

Si è costituita in giudizio l'Anas rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato che, con una prima diffusa memoria, ha analiticamente confutato le tesi di parte appellante concludendo per il rigetto del ricorso.

Si è costituito in giudizio il Consorzio Cooperative Costruzioni che a sua volta ha contestato la fondatezza in tutti i motivi di appello.

L'ATI Grandi Lavori Fincosit-Socostramo si è formalmente costituita in giudizio con nota del 26.11.2013 eccependo la inammissibilità dell'appello e comunque la sua infondatezza.

Con autonomo appello incidentale il Consorzio C.C.C. ha contestato l'ammissione alla gara dell'appellante Matarrese sotto diversi capi di censura.

Con memoria specifica sul ricorso incidentale la Matarrese S.p.A. ha replicato a tutte le affermazioni avversarie.

Con atto di intervento *ad opponendum* al ricorso principale l'Associazione Imprese Generali- AGI, a cui aderisce anche la resistente Grandi Lavori Fincosit s.p.a., ha confutato in particolar modo il motivo del ricorso principale relativo alla qualificazione nelle categorie specialistiche.

Con memoria per l'udienza pubblica il Consorzio Cooperative Costruzioni ha eccepito l'inammissibilità del ricorso per sopravvenuto difetto di interesse in quanto la Salvatore Matarrese S.p.A. capogruppo dell'omonimo RTI aveva depositato domanda di concordato preventivo con riserva ai sensi dell'articolo 161, comma 6° del r.d. n. 267/1942.

A sua volta la propria memoria di replica l'appellante principale RTI Matarrese:

--ha rilevato che l'originaria mandataria del raggruppamento aggiudicatario e cioè il Consorzio Uniland è stata interessata da ben più gravi procedure concorsuali: la consorziata Intini Angelo, che era stata designata per l'esecuzione dei lavori, in data 20 settembre 2012 aveva depositato presso il Tribunale di Bari domanda di concordato preventivo senza continuità. Inoltre il recesso della mandataria Uniland -- accettato da Anas solamente il 28 settembre 2012 -- sarebbe stato quindi successivo all'avvio della procedura di concordato ed era finalizzato ad eludere una causa di esclusione. Di qui il difetto di interesse dell'aggiudicataria la cui partecipazione sarebbe viziata in modo più ben grave;

--ha confutato nel merito l'eccezione;

--ha riepilogato le argomentazioni di cui al ricorso principale, ed ha concluso chiedendo l'accertamento della nullità del contratto ai sensi dell'articolo 37 comma 10 del d.lgs. n. 163/06 o, in subordine, il risarcimento per equivalente monetario, secondo i criteri di cui alla decisione del Consiglio di Stato, sezione V<sup>a</sup> n. 6161 del 3 dicembre 2012. In particolare l'impresa Matarrese a

causa della contrazione del lavoro e della mancata aggiudicazione *de quo* sarebbe stata costretta alla ristrutturazione del debito, mentre nell'ultimo biennio la COEDISAL avrebbe dovuto fare un massiccio ricorso alla cassa integrazione sia ordinaria che in deroga e nel 2014 sarebbe stata costretta a licenziare ben 55 unità lavorative per mancanza di commesse.

Con memoria per la discussione l'Avvocatura:

--ha replicato alle tesi del C.C.C. -- secondo cui il contratto stipulato da Anas non avrebbe potuto essere annullato in sede giurisdizionale ai sensi del richiamato articolo 125 del c.p.a. trattandosi di opera strategica -- in quanto la progettazione dell'opera *de qua* non sarebbe stata ancora approvata dalla committenza e quindi, non avendo il contratto avuto concreta esecuzione, non sarebbe ancora operante la disposizione di cui all'articolo 125 del c.p.a.;

--non vi sarebbe stata perciò nessuna ragione di perpetuare l'efficacia di un contratto che non ha prodotto alcun effetto a distanza di oltre un anno e mezzo dalla sua sottoscrizione.

Chiamata all'udienza pubblica, uditi i patrocinatori delle parti, la causa è stata ritenuta in decisione.

## DIRITTO

\_1.) Nell'ordine logico delle questioni deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di sopravvenuto difetto di interesse sull'appello principale sollevata dal R.T.I. C.C.C. il quale assume che, nelle more, il RTI Matarrese avrebbe perso i requisiti di partecipazione dichiarati in gara, e la capacità di stipulare contratti pubblici ai sensi dell'articolo 38, I comma lettera a) del d.lgs. n. 163/2006 in conseguenza del deposito del 10 febbraio 2014, da parte della capogruppo "Salvatore Matarrese S.p.A." della domanda di concordato preventivo con riserva (c.d. "concordato in bianco") ai sensi dell'articolo 161, comma 6° del r.d. n. 267/1942 presso la Cancelleria Fallimentare del Tribunale di Bari. L'apertura di tale procedura concorsuale sarebbe di per sé una condotta "che ben può ritenersi confessoria della consapevolezza del proprio stato di dissesto" (cfr. Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 15 aprile 2010 n. 2155) in quanto consentirebbe all'imprenditore in stato di dissesto "di congelare" temporaneamente (da 30 a 120 giorni) le istanze fallimentari avanzate dai creditori e al fine di rinviare all'esito di una rinegoziazione con la massa dei creditori, la scelta tra la presentazione di un piano di concordato *ex* articolo 161 L.F. ovvero di un accordo di ristrutturazione aziendale *ex* articolo 182 *bis* L.F..

Tale domanda avrebbe *ex se* determinato un'incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione per la pendenza del procedimento finalizzato alla declaratoria di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo.

L'articolo 38 (nel testo modificato dall'articolo 33, del Dl n. 83/2012) prevede come unica eccezione al suddetto divieto l'eventualità disciplinata dall'articolo 186-*bis* della legge fallimentare ovvero il cosiddetto "concordato con continuità aziendale".

Nel caso di specie invece la Matarrese non era stata ammessa al concordato preventivo per cui la presentazione dell'istanza sarebbe intervenuta successivamente alla partecipazione, con conseguente venir meno dei requisiti *ex* articolo 38 comma primo, lettera a) ultimo periodo.

Pertanto non si sarebbe realizzato il requisito soggettivo previsto dalla legge fallimentare ai fini dell'applicazione della deroga *de qua*, e quindi la Matarrese S.p.A., in qualità di mandataria del raggruppamento medesimo, non avrebbe potuto usufruire della normativa di favore dell'articolo 186 *bis*.

L'eccezione va respinta.

Sotto il profilo processuale, l'eccezione non ha pregio in quanto la Salvatore Matarrese S.P.A. - in caso di perdita della possibilità di addivenire alla futura aggiudicazione del contratto in

conseguenza di un evento sopravvenuto - avrebbe comunque conservato un interesse sostanziale, ai soli fini risarcitori di cui all'art. 34, comma 3, c.p.a., ad ottenere un accertamento dell'eventuale illegittimità dell'aggiudicazione della gara (cfr. C.G.A. R.S. 15 gennaio 2014 n.3).

Sotto il profilo sostanziale si deve poi osservare che, come è noto, l'art. 38 D. Lgs. 163/2006 (come modificato dal D.L. 83/2012) vieta la partecipazione alle gare pubbliche a tutti i soggetti che si trovino in stato di fallimento, di liquidazione coatta amministrativa, di concordato preventivo con l'unica espressa eccezione del c.d. "concordato in continuità aziendale" di cui all'art. 186-bis R.D. Legge Fallimentare 267/1942 (introdotto con l'articolo 33 del D.L. 22 giugno 2012, n. 83 e conv. in L. 7 agosto 2012, n. 134) che ricorre quando: -- nel piano di concordato ex art. 161, II co., lettera e) della L.F. sia espressamente prevista la prosecuzione dell'attività di impresa da parte del debitore; ovvero la cessione dell'azienda in esercizio o ancora il conferimento dell'azienda in esercizio in una o più società anche di nuova costituzione.

La norma, al fine del sostegno concreto alle imprese in crisi, concede vari benefici ed agevolazioni (moratoria annuale sui crediti muniti di diritti di prelazione, l'inefficacia delle clausole di risoluzione dei contratti in corso a motivo dell'apertura della procedura) tra cui, in particolare, la prosecuzione di detti contratti stipulati con pubbliche amministrazioni, a determinate condizioni, che, quindi, non si risolvono per effetto dell'apertura della procedura con l'espressa previsione di inefficacia di eventuali patti contrari. Di tale continuazione aziendale può beneficiare, in presenza dei requisiti di legge, anche la società cessionaria o conferitaria d'azienda o di rami d'azienda a cui i contratti siano trasferiti.

La norma consente la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici non solo alle imprese che sono già state ammesse al concordato "con continuità aziendale" e hanno già ottenuto il decreto di ammissione, ma anche a quelle che abbiano presentato domanda di ammissione al concordato preventivo previa autorizzazione del Tribunale.

Pertanto la domanda in se non comporta né l'automatica decadenza dell'attestazione di qualificazione e né la risoluzione di diritto dei contratti in corso se l'impresa rispetta le condizioni e gli adempimenti imposti dal IV comma dell'art. 186-bis cit. in quanto l'istituto ha la finalità di incentivare le imprese a anticipare la denuncia la situazione di crisi comunque prima di essere assoggettate a misure di controllo esterno.

Dunque, in base all'art. 186-bis la prosecuzione dei contratti in corso dell'esecuzione e la continuazione dei contratti pubblici, è condizionata -- alla presentazione di un'attestazione di un professionista designato dal debitore della "*conformità del piano*" e della "*ragionevole capacità di adempimento*" (lett.a). Invece per la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici nonostante l'ammissione al concordato preventivo l'impresa deve anche presentare la dichiarazione di un altro operatore in possesso dei requisiti generali, finanziari, tecnici ed economici richiesti per l'affidamento dell'appalto che si impegna a fornire le risorse necessarie e a subentrare all'impresa ausiliaria nel caso che questa fallisca nel corso dell'esecuzione del contratto.

Il concordato "con continuità aziendale" o "di risanamento", sul piano teleologico e sistematico essendo diretta al ritorno *in bonis* dell'impresa, è dunque una fattispecie ontologicamente differente dal concordato c.d. "liquidatorio" le cui finalità sono limitate esclusivamente alla maggior soddisfazione possibile dei creditori.

La domanda di ammissione al concordato con continuità aziendale non costituisce di per sé elemento ostativo né alla prosecuzione alla partecipazione alle pubbliche gare e né ai fini del conseguimento, o della verifica o del rinnovo dell'attestazione di qualificazione.

Nelle more, tra il deposito della domanda e l'ammissione del concordato l'impresa che abbia fatto domanda di concordato preventivo "con continuità aziendale" conserva dunque la facoltà partecipare alle gare di affidamento dei pubblici contratti (cfr. Consiglio di Stato, V<sup>a</sup> Sezione n.

6272 del 27 dicembre 2013).

Inoltre l'art. 186-bis L.F. non pone alcuna inibizione relativamente alla posizione di mandataria o di mandante dell'impresa interessata che partecipa ad un'associazione temporanea. Per cui, in difetto di un precetto espresso, introdurre in sede interpretativa, un limite in tal senso si porrebbe in diretto conflitto con la ricordata finalità della novella.

In conseguenza dunque, la presentazione da parte della "Salvatore Matarrese S.p.A." dell'istanza di concordato con continuità aziendale, non precludeva la prosecuzione della partecipazione alla gara, perché consentiva, nelle more, la permanenza del requisito di cui all'articolo 38 primo comma lettera a) del codice dei contratti.

Va inoltre osservato che la Salvatore Matarrese S.p.A., prima di depositare l'istanza di concordato "con continuità aziendale", aveva affittato l'intero complesso aziendale alla società "Matarrese S.r.l." come da contratto di affitto allegato. Pertanto, ai sensi dell'articolo 51 del d.lgs. n.163/2006 e s.m.i., la Società subentrante aveva comunque titolo ad essere ammessa alla prosecuzione della gara senza che le vicende della Società cedente avessero immediatamente rilievo nei confronti della stazione appaltante.

\_2.) Deve quindi essere esaminato (cfr. Consiglio di Stato Ad. Plen. 25/02/2014 n.9) il ricorso incidentale con cui il Consorzio C.C.C. -- subentrato all'ATI Uniland quale mandataria -- impugna la sentenza oggetto dell'appello principale nella parte in cui ha preliminarmente esaminato il ricorso della ATI Matarrese, ed ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale del Consorzio Uniland. I relativi motivi non esaminati dal T.A.R. e reiterati in questa sede devono quindi essere compiutamente esaminati.

\_2.1. Il primo motivo concerne due profili che appare utile affrontare separatamente.

\_2.1.1.) L'ATI Matarrese, al momento della domanda di partecipazione avrebbe dichiarato che taluni lavori relativi ad opere subappaltabili a qualificazione obbligatoria sarebbero stati affidati in subappalto ad imprese in possesso di adeguata qualificazione, senza però fornire le puntuali indicazioni dei nominativi delle imprese subappaltatrici, e dei relativi requisiti di qualificazione.

L'ATI Matarrese avrebbe cioè presentato una domanda dalla quale non sarebbe stato possibile effettuare alcun riscontro da parte della stazione appaltante relativamente al possesso dei requisiti di qualificazione dei subappaltatori e, nelle sue difese, dopo avere affermato la sussistenza di una differenza tra subappalto c.d. "facoltativo" e subappalto "obbligatorio o necessario" evidenziava che quest'ultimo finirebbe per avere una funzione tipica che è però è propria dell'istituto dell'avvalimento.

Tale supposta simmetria tra "subappalto necessario" ed "avvalimento" di conseguenza avrebbe dovuto riguardare tutti gli aspetti anche formali temporali e quindi la relativa dichiarazione specifica di subappalto necessario, anche nel caso delle procedure ristrette, avrebbe dovuto essere fatta già in fase di domanda di partecipazione.

Il profilo va disatteso.

La censura è in primo luogo inammissibile perché è incontestato che le prime tre classificate Consorzio C.C.C., l'ATI Fincosit e l'ATI Salini si trovassero nella medesima situazione che erroneamente imputano all'appellante principale.

Tutte e tre infatti, in sede di prequalifica non avevano reso alcuna dichiarazione di subappalto. In sede di offerta avevano poi genericamente indicato solo di voler ricorrere al subappalto senza però indicare i nominativi e le qualificazioni dei subappaltatori pur non possedendo le richieste qualificazioni e pur in presenza di lavorazioni "a qualificazione obbligatoria" (ma al riguardo ai rapporti tra qualificazione e subappalto, vedi *amplius* infra).

Al contrario l'ATI Matarrese già in sede di prequalifica aveva comunque reso una dichiarazione generica di subappalto ma successivamente in sede di offerta aveva ritualmente indicato la subappaltatrice e documentato le qualificazioni possedute dalle medesime per le dette opere specialistiche.

Il profilo è comunque infondato in quanto il bando di gara relativamente alla fase della pre-selezione delle domande di partecipazione, faceva cenno alla possibilità del subappalto, alla lett. c) del punto VI.3 con specifico riferimento al terzo comma dell'art.118 del D.Lgs. n.163/2006 e s.m.i. (relativo al profilo estraneo al presente contendere della corresponsione diretta al subappaltatore dei relativi pagamenti).

Tuttavia la mancata specifica indicazione del ricorso al subappalto in sede di domanda di partecipazione delle prime tre classificate era perciò inconferente se si considera che la c.d. fase di prequalifica, costituisce una fase preliminare, prodromica alla gara vera e propria, mediante la quale la stazione appaltante si limita a verificare la disponibilità del mercato e, quindi, ad individuare la platea dei potenziali concorrenti da invitare alla procedura di affidamento in senso proprio mentre solo in fase di presentazione delle offerte è necessario provare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati.

(cfr. *infra ex multis* Consiglio di Stato sez. VI 08 febbraio 2008 n. 416; Consiglio Stato sez. V, 3 novembre 2000, n. 5906). Ne consegue che in caso di "subappalto necessario" la dimostrazione della qualificazione del subappaltatore da parte del concorrente può (e deve) intervenire nella fase di presentazione delle offerte vere e proprie, quando il candidato è divenuto effettivamente un concorrente (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV 13/03/2014 n.1224).

In coerenza con il predetto quadro, il punto C della lettera di invito chiedeva ai concorrenti di rendere, puntualmente, una dichiarazione in ordine alle opere che intendevano subappaltare solo in sede di presentazione dell'offerta (cfr. lett. c) terzo alinea a pag. 9). Pertanto, legittimamente l'ATI Matarrese, in sede di offerta aveva reso dunque una dichiarazione di subappalto contenente l'indicazione dei nominativi delle ditte e la dimostrazione delle relative qualificazioni, relativamente alle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria, per le quali l'ATI non era direttamente qualificata.

\_2.1.2.) Con il secondo profilo del primo motivo e ripreso anche nel secondo profilo della terza doglianza l'appellante incidentale lamenta che la Matarrese avrebbe dovuto essere esclusa perché -- con riferimento alla categoria OS10 per cui era richiesta una qualificazione SOA per la classifica IV<sup>a</sup> (fino ad € 1.403.660,00) -- avrebbe dichiarato di subappaltare i relativi lavori alla società 2M segnaletica stradale S.r.l. in possesso di una classificazione III (fino ad € 1.032.913,00), che sommata alla classifica 3<sup>a</sup> posseduta in proprio dall'altra impresa ricorrente CO.EDI.SAL avrebbe consentito di raggiungere nel complesso la qualificazione richiesta dall'importo a base d'asta.

Al contrario, secondo l'appellante incidentale la 2M Segnaletica stradale al 4 febbraio 2010 (momento di presentazione della domanda di ammissione alla prequalifica), sarebbe stata priva di qualificazione SOA per la categoria III, in quanto la OS 10 sarebbe stata conseguita solo a partire dal 4 maggio 2010 e quindi non avrebbe potuto essere indicata quale subappaltatrice, come sarebbe stato affermato dalla Sezione in sede cautelare (cfr. con ordinanza n. 3042 dell'1 agosto 2012).

Nella medesima ottica, con il secondo profilo del terzo motivo si lamenta poi che, dalle giustificazioni prodotte dal RTI Matarrese si evincerebbe un ulteriore difetto di qualificazione, in capo alla società subappaltatrice 2M Segnaletica Stradale Srl, che non avrebbe la qualificazione SOA necessaria per eseguire la "Segnaletica orizzontale e verticale" (OS 10, per un importo pari ad € 2.236.593), mentre sarebbe in possesso della sola attestazione per la classifica III, cioè fino ad un importo di € 1.032.913.

Entrambi gli assunti non convincono.

Se, come visto, l'indicazione del subappaltatore deve avvenire solo al momento della presentazione dell'offerta, la censura è priva di pregio in quanto è incontestato che, alla data di presentazione dell'offerta, la 2M Segnaletica Stradale possedeva esattamente la qualificazione corrispondente agli importi esposti.

E' infondato anche il secondo profilo del terzo motivo in quanto ai fini della qualificazione si doveva computare la maggiorazione del quinto di cui all'art. 3, comma 2, del DPR 34/2000 (ed oggi di cui all'art. 61 primo co. del d.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207).

Pertanto l'ATI Matarrese, al momento dell'offerta, aveva dimostrato di coprire l'importo corrispondente alle opere della categoria OS 10 rispettivamente con la somma delle qualificazioni per la classifica III° posseduta dalla subappaltatrice 2M Segnaletica Stradale srl e della mandante Coedisal, pari a € 2.065.826 che, maggiorati del 20% di cui sopra assommano ad € 2.478.991 e quindi superavano il limite di € 2.236.593 indicati nell'offerta per tale voce.

Il motivo va dunque respinto.

\_2.2.) Con il secondo motivo, il C.C.C. afferma che l'ATI Matarrese avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura ristretta *de qua* in quanto -- essendo priva della qualificazione necessaria per la categoria subappaltabile a qualificazione obbligatoria OS12 classifica VIII ("opere di protezione") per l'importo a base d'asta pari ad € 33.749.612,45 -- aveva indicato la società "IMEVA Spa" per un importo offerto complessivamente pari ad € 14.154.519,25, mentre in sede di giustificativi prodotti unitamente all'offerta aveva allegato un preventivo dell'impresa FRACASSO che non era stato indicato dalle stesse appellanti nella dichiarazione di subappalto di cui al punto C.e) della lettera di invito. Tale elemento sarebbe rilevante in quanto il punto C.1) della predetta *lex specialis* puntualizzava che "... *le analisi, le giustificazioni e le dimostrazioni prodotte saranno considerate parte integrante...*" del contratto di affidamento". L'impresa Matarrese avrebbe quindi implicitamente ed illegittimamente sostituito il subappaltatore indicato in sede di offerta.

Il profilo va respinto.

Premesso che non si possa "interpretare" *ex post* l'offerta in maniera difforme dal suo contenuto formale, si deve escludere che vi fosse stata una sostituzione implicita del subappaltatore. L'allegazione del preventivo più vantaggioso della FRACASSO (la quale avrebbe dichiarato di poter praticare sconti oltremodo elevati disponendo di notevoli scorte di invenduto) non costituiva comunque un fatto di per sé idoneo a modificare il profilo soggettivo dell'offerta relativamente all'impresa formalmente designata in sede di offerta come subappaltatrice di opere a "subappalto necessario".

Il preventivo Fracasso restava del tutto estraneo al piano procedimentale della qualificazione. La sua produzione era un elemento comunque rilevante sul piano contrattuale per la dimostrazione della credibilità della componente economica interessata e per il vincolo alle relative poste o, comunque, *vitiatur sed non vitiat*, poteva al limite implicare la necessità che l'ATI producesse ulteriori elementi a sostegno della disponibilità e degli oneri contrattuali della subappaltatrice designata.

In definitiva, il RTI Matarrese è stato legittimamente ammesso dalla commissione di gara in quanto, ai fini della qualificazione, non poteva ritenersi sussistente alcuna modificazione "per implicito" nell'indicazione del subappaltatore fornita in sede di offerta, e in quanto la "FRACASSO", in difetto di una formale designazione, non poteva essere definito come subappaltatore e quindi - come osservato - il motivo va in ogni caso respinto.

\_2.3.) Con il terzo motivo l'appellante incidentale sostiene che il RTI Matarrese avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura di gara di che trattasi perché nell'offerta avrebbe dichiarato di voler subappaltare alla società "INTERGEOS" i lavori, di cui alla categoria OG13 classifica VI

(subappaltabile a qualificazione obbligatoria), che erano previsti per un importo a base d'asta pari ad € 8.759.262,32 e per la quale la Matarrese avrebbe posseduto la qualificazione per la sola classifica II, e cioè fino ad € 516.000,00.

Nelle giustificazioni prodotte in sede di gara unitamente alla offerta, invece i lavori relativi alla categoria OG13 di competenza del predetto subappaltatore INTERGEOS sarebbero stati indicati in € 2.543.332,52. In conseguenza il RTI Matarrese avrebbe svolto una rilevantissima percentuale di lavori appartenenti alla categoria OG13 senza essere in possesso della necessaria qualificazione per il corrispondente importo.

L'assunto va disatteso.

L'ATI Matarrese, avvalendosi della relativa clausola della *lex specialis* relativa alla possibilità di variare l'"Offerta Economica - Lista delle lavorazioni e forniture per l'esecuzione dei lavori", aveva portato in diminuzione l'importo delle opere di ingegneria naturalistica, indicandolo nell'importo di € 2.724.018,77, vale a dire ad una cifra comunque inferiore alla somma dell'importo di € 2.543.332,52 subappaltato ad INTERGEOS e di € 516.000,00 per cui era qualificata la Matarrese.

2.4.) Nel quarto motivo incidentale si sostiene che, il RTI Matarrese avrebbe poi dovuto essere escluso anche per la violazione del punto E.2. della lettera di invito (pag. 21), recante: "Sottoscrizione dell'offerta tecnica e dell'offerta tempo", che obbligava i concorrenti, a pena di esclusione dalla gara, ad apporre la firma su ogni pagina costituente gli elaborati facenti parte dell'offerta tecnica.

Su diversi elaborati dell'offerta tecnica del RTI Matarrese mancherebbero alcune sottoscrizioni: a titolo esemplificativo e non esaustivo: - l'appellante incidentale sottolinea che nell'elaborato codice Too CM00 CMS EC10 "Documentazione tecnico-economica Stima Lavori Computo metrico di raffronto: Progetto Definitivo base gara — Progetto offerta (lavori a misura) " dell'offerta tecnica, risulterebbe priva di sottoscrizione la pag. 1 del capitolo "WBS nr. 32 — Sottopasso Svinc. Montesano F.A."

La censura va disattesa.

A parte la genericità della deduzione, in linea di principio deve escludersi che, qualora il concorrente abbia puntualmente apposto la propria firma in calce e nella quasi totalità delle pagine, la mancata sottoscrizione di un qualche foglio isolato -- tra i tanti materialmente congiunti -- dell'offerta tecnica o dell'offerta tempo possa determinare l'esclusione per l'incertezza assoluta sul suo contenuto o sulla sua provenienza.

Infatti, specie in presenza di un gran numero e volume di allegati, tale omissione di norma attiene ad una semplice svista materiale e quindi afferisce al novero delle mere irregolarità.

Nei casi in cui poi ciò si appalesasse realmente necessario, in relazione alla peculiare rilevanza negoziale proprio della pagina omessa, è in ogni caso possibile procedere eventualmente alla regolarizzazione in sede di stipula del contratto.

Nel caso poi, il Punto E.2 della lettera d'invito "Sottoscrizione dell'Offerta tecnica e dell'Offerta tempo" prevedeva che: "L'offerta Tecnica e tutti i documenti ed elaborati di cui la stessa si compone, nonché l'offerta relativa ai tempi di esecuzione di cui al punto d) della presente lettera di invito, dovranno essere sottoscritti, con firma per esteso e timbrati, a pena di esclusione ... da soggetto munito di idonei poteri.... ".

Dato che, la *lex specialis* non richiedeva espressamente a pena di esclusione la sottoscrizione di tutti i singoli fogli di tutti i documenti e di tutte le pagine degli elaborati di gara non v'erano spazi per l'esclusione dell'ATI Matarrese per la mancata sottoscrizione di un solo foglio.

\_2.5.) L'appellante incidentale nel quinto motivo lamenta ancora la violazione dell'art. 90, co. 5°, del D.P.R. n. 554/1999, applicabile "*ratione temporis*", e il punto F. della lettera di invito in base ai quali ciascun concorrente, in esito alla verifica delle singole voci, avrebbe potuto modificare le quantità esposte nella lista delle lavorazioni, ma non i relativi prezzi che erano intangibili.

Il RTI Matarrese invece relativamente ad alcuni degli articoli offerti, dopo aver azzerato alcune delle quantità esposte, aveva annullato anche il corrispondente prezzo. La censura non avrebbe carattere meramente formale. Potrebbero infatti insorgere conseguenze patologiche per effetto di tale erronea modalità di compilazione della lista. E invero possibile ipotizzare l'insorgenza di varianti che implicino per la loro realizzazione le stesse lavorazioni oggetto dell'erroneo annullamento anche del prezzo espresso in offerta.

Tali lavorazioni risulterebbero del tutto sprovviste di un prezzo offerto, determinando la necessità di provvedere alla definizione - posteriormente rispetto allo svolgimento della procedura di gara - dei prezzi delle lavorazioni da espletare, anche in violazione della *par condicio* rispetto agli altri concorrenti che si siano attenuti alle prescrizioni normative e di *lex specialis*.

L'assunto non merita adesione.

La lettera d'invito, al punto F), si prescriveva che: "... la Lista Prezzi, sottoscritta in ogni suo foglio dal Responsabile del Procedimento, dovrà essere completata dal Concorrente con indicazione: dei prezzi unitari, espressi in Euro, che il Concorrente offre per ogni voce relativa alle varie categorie di lavoro e fornitura da indicare in cifre nella quinta colonna ed in lettere nella sesta colonna". E' dunque evidente che spettava al concorrente la precisa indicazione solo dei singoli prezzi unitari delle lavorazioni ricomprese nella sua offerta, ed in ogni caso le voci per le quali il concorrente indica una quantità pari a 0 non contribuiscono a determinare l'importo complessivo offerto.

Al riguardo l'azzeramento delle voci di prezzo per le lavorazioni non comprese nella sua offerta costituiva un fattore comunque negozialmente neutro perché tale cancellazione non eliminava la rilevanza del prezzo cancellato perché in caso di una variante che ripristinava tali lavorazioni, in applicazione dell'art. 34, primo co. del D.P.R. n.554/1999 (ed oggi dell'art. 32 e 163 del D.P.R. n.207/2010) si doveva necessariamente pretendere a base l'importo inserito nell'elenco dei prezzi unitari, ricompresi nell'omonimo allegato al computo metrico estimativo.

\_2.6.) Deve essere infine respinta anche la sesta censura con cui si lamenta che l'offerta del RTI Matarrese risulterebbe incongrua ed ingiustificata sotto numerosi profili ed avrebbe perciò dovuto essere esclusa dalla gara a causa della mancanza delle analisi dei semilavorati; della sottostima di diverse voci e di molte altre irregolarità formali e sostanziali.

L'assunto non convince né in linea di principio e né nello specifico.

In base agli artt. 86 e segg. del d.lgs. n. 163/2006, la verifica circa la possibile anomalia di un'offerta ha natura unitaria e globale e, come tale, attiene alle discipline dell'estimo e della scienza delle costruzioni deve essere valutata tenendo anche conto dell'andamento del mercato.

Chi intende affermare l'incongruità di un'offerta deve in sostanza dimostrare che, nel computo degli oneri connessi all'esecuzione del "business plan", l'imprenditore non ha tenuto conto del necessario rapporto tra i costi complessivi (secondo le scienze economiche costi totali, medi e marginali di produzione) e l'entità dei ricavi ed in conseguenza non raggiunge il punto di equilibrio economico dell'affare. In altre parole va dimostrato che il prezzo complessivamente offerto in gara non vale a supportare la somma dei fattori della produzione che l'impresa dovrà in concreto sostenere, (es.: manodopera, materiali da impiegare, noli macchinari, trasporti, assicurazioni, spese generali ed utile) oneri che sono essenziali e contrattualmente rilevanti.

La congruità dell'offerta, sotto questo profilo che è espressione paradigmatica di valutazioni compiutamente tecniche, è peraltro suscettibile di un sindacato esterno da parte del giudice

amministrativo qualora l'impresa ricorrente introduca in giudizio elementi di irragionevolezza o incongruità dell'offerta di altro partecipante tali da evidenziare, in modo pregnante e decisivo, che si sia in presenza di una significativa anomalia dell'offerta (arg. ex Consiglio di Stato Ad. Plen. 03/02/2014 n. 8).

Il giudice amministrativo da parte sua non può verificare autonomamente la congruità delle singole voci dell'offerta presentata, alla luce dei parametri tecnici ed aziendalistici di cui sopra perché in tal caso, facendo luogo ad un'autonoma idea tecnico - economica al giudizio, invaderebbe una sfera propria dell'Amministrazione (cfr. Consiglio di Stato sez. IV 30 maggio 2013 n. 2956; Consiglio di Stato sez. V 17 gennaio 2014 n. 162).

Per questo la mera contestazione avulsa dal complesso dell'offerta della non-rimuneratività di alcune voci singole, di per sé, non appare sufficiente quando non è accompagnata dalla puntuale prova della rilevanza di tali componenti allo sbilancio della offerta proposta. In tali casi chi contesta l'anomalia deve cioè dimostrare anche sintomaticamente l'incidenza e la rilevanza essenziale che le partite contestate assumono nell'insieme dell'offerta economica (cfr. Consiglio di Stato sez. V 17 gennaio 2014 n. 162; Consiglio di Stato sez. V, 16 agosto 2011, n. 4785).

Come sarà meglio evidente nelle considerazioni che seguono in proposito, la considerazione complessiva ed unitaria di tutti i capi di doglianza dedotti, comunque non consente di ritenere sussistenti elementi realmente sintomatici di sostanziali incongruità e di palesi contraddizioni dell'offerta tali in grado di fondare logicamente il ragionevole dubbio su una possibile anomalia dell'offerta della Salvatore Matarrese S.p.A..

Nel particolare caso in esame, sulle singole contestazioni si osserva in particolare quanto segue.

Pur in mancanza di analisi particolari dei prezzi dei "semilavorati" (calcestruzzi e conglomerati bituminosi) l'ATI Matarrese aveva comunque fornito l'offerta commerciale della ditta Leadri S.R.L., che comunque supportava sul piano sostanziale il prezzo offerto e come previsto dalla lettera di invito.

Le sottostime delle analisi dei "mezzi d'opera" pretese dall'appellante incidentale relative ai consumi carburante ed i costi di funzionamento, appaiono deduzioni del tutto generiche.

A tal proposito, appare singolare che l'appellante incidentale non abbia puntualmente replicato alle affermazioni dell'ATI Matarrese per il quale i prezzi indicati nella offerta del predetto raggruppamento, per le medesime voci, erano superiori (in qualche caso anche di molto) di quelli indicati dall'ATI UNILAND (cfr. prospetto a pag.20 della memoria Matarrese del 17.1.2014).

Il C.C.C. assume poi che le offerte allegate dei fornitori del RTI Matarrese non sarebbero state fisse ed invariabili: il prezzo della "loppa di altoforno" della SIM di Taranto, sarebbe soggetto a revisione annuale per cui, essendo stato acquisito ben un anno prima della data di presentazione delle offerte, non sarebbe stato più valido al momento della verifica dell'anomalia.

Al contrario l'offerta per la loppa d'altoforno prevedeva che il prezzo di €/ton 25,00 avesse una validità annuale dal 01/01/2011 al 31/12/2011 per cui il suddetto prezzo era valido alla data di presentazione dell'offerta 26/09/2011. Inoltre non solo è tutto da dimostrare che il suo aumento fosse sufficiente ad alterare l'equilibrio economico dell'offerta ma, in un periodo di deflazione e di stasi dell'economia, tale circostanza è comunque del tutto eventuale.

Inconsistente appare anche l'affermata incongruità delle "spese generali" indicate, nel 5% pari ad € 5.774.954,29, perché queste erano state indicate in misura comunque superiore di ben € 1.018.554,29 a quelle dell'offerta indicate in importo di € 4.756.400,00 nell'ATI Uniland. Tale importo era stato oggetto di specifica e condivisibile motivazione nella "Relazione sulle giustificazioni delle voci delle spese generali di cui alla Tabella B".

Né appare convincente il rilievo per cui sarebbero state prospettate "metodologie tecnologiche diverse" da quelle indicate da A.N.A.S. S.p.A., senza tuttavia fornire alcuna giustificazione in proposito e senza allegare la prescritta relazione: a tal proposito appaiono del tutto convincente le controdeduzioni dell'ATI Matarrese per cui, nei casi indicati, non vi era alcuna necessità di particolari analisi o di specifica relazione tecnica:

-- ad es. per la voce PA.07 posa (autogrù e manodopera) di cunetta in cls prefabbricata); era già implicita nella voce la descrizione della metodologia da adottare.

-- per la trivellazione di pozzi artesiani(la PA.43) sussisteva la descrizione dell'attività e, comunque si tratta di una lavorazione abbastanza comune e priva di particolari peculiarità e difficoltà tecniche.

Né appare rilevanti l'asserita irregolarità di alcune delle schede di analisi compilate dai subappaltatori del RTI Matarrese che:

--non sarebbero risultate invece redatte, firmate e timbrate dal concorrente come prescritto dalla lettera di invito al punto G.1;

--sarebbero incomplete dato che i giustificativi e le analisi riporterebbero solo il prezzo finale.

La censura, in assenza dell'indicazione delle schede cui si riferisco, appare del tutto generica e che, non essendo stata meglio circostanziata e specificata, va dichiarata inammissibile.

Irrilevante appare poi la pretesa mancata prova, in sede di verifica dell'anomalia, dell'effettiva esistenza e consistenza delle giacenze di materiali inerti e della capacità estrattiva annua nonché della capacità produttiva degli impianti, di recupero si osserva comunque che all'offerta Matarrese erano stati allegati, per le cave, le dichiarazioni degli esercenti e le relative autorizzazioni regionali; a dimostrazione della disponibilità delle cave e della loro capacità estrattiva mentre per gli impianti di recupero, erano state allegate le autorizzazioni provinciali riportanti la capacità operativa di recupero.

L'appellante incidentale assume la violazione della nota Anas prot. CDG-0014829-P del 1.2.2012 con cui era stato richiesto ai concorrenti di fornire una relazione giustificativa riportante con la disaggregazione degli importi offerti suddivisi per macrovoci come materiali, nolo e mezzi d'opera, trasporti, manodopera. Il RTI Matarrese avrebbe fornito una relazione recante indicazione di tutti gli importi subappaltati per un ammontare di € 26.000.000,00, mentre la tabella degli importi offerti disaggregati secondo le medesime macrovoci assommerebbero al diverso importo di € 29.400.000,00.

La supposta violazione non appare sussistente.

Al riguardo è evidente che la differenza tra le somme relative alle analisi delle voci di costo disaggregate è dovuta ad un errore di sommatoria che resta irrilevante perché, sotto il profilo sostanziale, non incide sull'importo complessivo offerto. Infatti il costo totale dei lavori a corpo e misura, comprensivo anche dei subappalti, riportato a pag. 15 della Relazione (pari a € 112.668.562,68) in ogni caso coincide con quello indicato nella tabella riportante gli importi scomposti.

Inammissibile, per la genericità della sua deduzione, e in assenza delle necessarie specificazioni in punto di fatto appare la doglianza per cui "alcuni dei preventivi presentati nell'ambito della documentazione giustificativa" risulterebbero privi di sottoscrizione e, dunque, non vincolanti.

Infine, si osserva, con riferimento alle offerte dei subappaltatori che gli importi in esse contenuti rappresentano dei "prezzi" e non dei "costi" e, in quanto tali, sono già comprensivi delle spese generali e dell'utile del subappaltatore. Inoltre il Collegio non ha elementi per affermare che questi

risulterebbero sottostimati e coinciderebbero con gli stessi costi espressi dal RT1 Matarrese.

\_2.7.) In definitiva il ricorso incidentale è infondato in tutti i suoi motivi e deve essere respinto.

\_3.) Deve perciò essere ora esaminato l'appello principale dell'ATI Matarrese S.p.A. che è diretto all'annullamento della sentenza del Tar Lecce nella parte in cui ha respinto tutte le censure dirette alla declaratoria dell'illegittimità dell'ammissione delle imprese che la precedevano in graduatoria.

\_3.1.) Avverso il RTI Fincosit-Socostramo, classificatosi al 2° posto la Matarrese deduce diversi articolati motivi che possono così essere esaminati.

\_3.1.1.) Con un primo motivo si premette che l'ATI Fincosit-Socostramo ha partecipato alla gara dichiarando di avvalersi di un costituendo raggruppamento di professionisti per l'attività di progettazione e cioè il raggruppamento costituito dalla capogruppo Technital e dalla mandante PF ingegneria. Ciò premesso si denuncia che, in violazione dell'art. 37 del d.lgs. n.163/2006 e s.m.i., in sede di offerta la mandante Pf ingegneria avrebbe dichiarato -- con riferimento al punto III.2.2. della lettera di invito -- di partecipare al raggruppamento della misura del 10% per la progettazione pari ad un importo di € 1.024.472,31, ma non avrebbe dimostrato di avere il corrispondente requisito, in quanto il suo fatturato globale dei migliori 5 anni nel decennio antecedente, sarebbe stato pari a € 888.996,00, e quindi inferiore alla dichiarata cifra di partecipazione.

Il T.A.R. Lecce erroneamente avrebbe ritenuto che la mandataria Technical, da sola, sarebbe stata in possesso dei requisiti di capacità economica e finanziaria e che quindi ai sensi dell'articolo 95, 4° comma del d.p.r. n. 554/1999 (cosiddetta cooptazione) avrebbe potuto associare la mandante Pf ingegneria di cui sarebbe incontestato il possesso dei requisiti di capacità economica per la progettazione stradale. Contraddittoriamente il T.A.R. -- pur riconoscendo il principio della necessaria corrispondenza, rispettivamente, tra quote di partecipazione, quote di qualificazione e quote di esecuzione -- avrebbe autonomamente qualificato la posizione della PF Ingegneria come "impresa cooptata" e non come "mandante" senza che vi fosse stata alcuna dichiarazione in tal senso né in sede di prequalifica, né in sede di gara e neppure negli scritti difesivi di primo grado del raggruppamento.

L'offerta doveva rispettare il principio di corrispondenza tra qualificazione e quota di esecuzione del contratto per cui i requisiti di capacità economiche e finanziarie avrebbe dovuto essere dimostrato in misura corrispondente al 10% del totale come dichiarato. Al riguardo, mentre in sede di prequalifica il raggruppamento si era presentato come raggruppamento orizzontale con una ripartizione meramente percentuale di lavori, in sede di gara la tipologia era mutata in ATI verticale mista, con le stesse quote di partecipazione del 90% e del 10%. del totale per la progettazione generale di ciascuna associata. Ciò posto:

- la quota del 10% della P.F. Ingegneria non sarebbe stata affatto relativa solo alla progettazione stradale in quanto tale circostanza sarebbe stata introdotta in primo grado come affermazione difensiva al solo fine di cercare di ridurre la quota di qualificazione necessaria dal raggruppamento Technical;

- comunque anche se la dichiarazione del 10% delle progettazioni fosse stata riferita alle sole progettazioni stradali, e non al totale delle progettazioni, le altre tipologie di prestazioni (es. project management, integrazioni prestazioni specialistiche, controllo di qualità, progettazione strutturale, eccetera) non essendo più coperte dall'esecuzione della mandataria PF Ingegneria del 10% del totale, avrebbero dovuto essere integrate da una maggiore quota della Technical, la quale però aveva dichiarato di voler eseguire solo il 90% del totale delle progettazioni.

Il T.A.R., ritenendo di poter richiamare l'istituto della cooptazione, non aveva considerato che l'impresa Matarrese aveva, in sostanza, contestato la mancanza dei requisiti di capacità tecnica che il raggruppamento Technital Spa - Pf Ingegneria non si era neanche preoccupata di dimostrare.

L'assunto merita adesione nei sensi che seguono.

Contrariamente a quanto vorrebbe il RTI C.C.C., la censura non è inammissibile in quanto motivo nuovo, poiché era stata puntualmente introdotta in primo grado (a pag. 27 del ricorso introduttivo).

In proposito si osserva che l'indicazione di un'impresa partecipante ad un RTI non può -- in sede interpretativa -- essere successivamente qualificata in termini di "associazione per cooptazione" in quanto la formulazione dell'offerta negoziale di un'ATI ha ragioni organizzative ed economiche che attengono a scelte di natura esclusivamente imprenditoriale (arg. ex Consiglio di Stato sez. VI 14/11/2012 n.5749).

Con la cooptazione di cui all'art. 95 del d.P.R. n. 554/1999 (ma in origine ex art. 23 d.lg. n. 406/1991 di attuazione della direttiva 89/440/CEE ed oggi dell'art. 93 VI co del D.P.R. n.207/2010) un'impresa -- priva dei prescritti requisiti di qualificazione e, quindi, di partecipazione -- può in via eccezionale e derogatoria -- essere indicata come esecutrice di lavori nel limite del 20% dell'appalto, in deroga alla disciplina vigente in tema di qualificazione S.O.A. sempreché abbia la categoria e la classifica corrispondente alla propria quota di lavori. Il soggetto cooptato non acquista lo *status* di concorrente, né assume quote di partecipazione all'appalto, non è contraente e non presta garanzie; ed infine non può né subappaltare né comunque affidare a terzi la propria quota dei lavori. Pertanto, la scelta di associare una cooptata non può prescindere da una chiara, espressa ed inequivoca dichiarazione in tal senso del concorrente, in assenza della quale l'indicazione di un'altra impresa deve essere sempre ricondotta alla figura di carattere generale dell'associazione temporanea (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI 13/01/2012 n. 115).

Va infine sottolineato che i soggetti titolari delle attività di progettazione, in quanto mandanti dell'ATI, sono "concorrenti" in senso tecnico e quindi erano pienamente soggetti alle relative regole. Né la cooptazione può essere un mezzo per l'elusione dell'inderogabile disciplina in tema di qualificazione e di partecipazione alle procedure di evidenza pubblica (cfr. Consiglio di Stato sez. V 27/08/2013 n.4270 Consiglio di Stato sez. V 13/05/2011 n. 2900; Consiglio di Stato sez. V 16/09/2011 n 5187).

Ciò premesso, e venendo all'esame della fattispecie, anche se la mandataria Technital da sola era in possesso dei requisiti di capacità tecnico-economica, ciò non toglie che una volta che l'ATI Grandi Lavori Fincosit – Socostramo aveva designato, per la progettazione un RTI composto per il 90% dalla Technital S.p.A. e per il 10 % dalla PF Ingegneria, innanzitutto non si poteva qualificare in maniera differente tale partecipazione.

In ogni caso non si poteva poi far luogo *ex post* ad un mutamento del titolo di partecipazione dell'impresa *de qua*. Per cui se per il suo 90%, la Technital S.p.A. aveva dichiarato di avere conseguito un fatturato "superiore a quattro volte l'ammontare degli oneri di progettazione per € 237.368.584,00"; la PF Ingegneria non risulta avesse realizzato il fatturato in misura pari al restante 10%, e corrispondente all'importo di € 1.024.472,31, in quanto il suo fatturato globale dei migliori 5 anni nel decennio antecedente, pari ad € 888.996,00. Risulta così evidente che la quota di esecuzione della PF Ingegneria del 10 % del totale indicata in sede di prequalifica non era coperta da sufficienti requisiti di qualificazione, e che la successiva modifica delle quote di partecipazione innanzitutto non poteva sortire alcuna influenza su quanto dichiarato in prequalifica e, qualsiasi conclusione contraria nel senso di una differente ripartizione qualitativa delle lavorazioni non poteva essere ammessa in quanto palesemente diretta a sopperire una carenza di requisiti che dovevano essere posseduti *ab origine* (cfr. Consiglio di Stato sez. III 5/03/2013 n. 1328).

\_\_3.1.2.) Nel secondo motivo l'appellante principale contesta l'ammissione del RTI FINCOSIT-Socostramo il quale avrebbe altresì violato le regole sul subappalto.

Il RTI FINCOSIT in sede di offerta, avrebbe dichiarato il possesso della qualificazione SOA per la

sola categoria prevalente OG3 e per la categoria OS 21, e quindi sarebbe stato carente della qualificazione SOA per le categorie a qualificazione obbligatoria OS 12- OG13-OG11 OS10 e OS 11. Il T.A.R. Lecce, richiamando una decisione della V Sezione n. 3563 del 19 giugno 2012 -- peraltro non conferente nel caso di specie -- avrebbe ritenuto legittimo che l'indicazione dei subappaltatori debba avvenire solo in fase esecutiva al momento della costituzione del relativo rapporto contrattuale.

Al contrario - prosegue l'appellante - una corretta interpretazione dell'articolo 118 del Codice dei Contratti implica che, ove il concorrente difetti dei requisiti richiesti per la partecipazione, possa coprire requisiti di cui è carente, fornendo nell'offerta l'indicazione nominativa del subappaltatore e delle relative qualificazioni onde consentire il possesso integrale del requisito. Del resto la stessa V sezione del Consiglio di Stato, con la successiva n. 5900 del 21 novembre 2012, aveva specificato che la mera indicazione della volontà di concludere subappalto concerne solo le ipotesi in cui il concorrente sia qualificato e quindi di subappalto sia una facoltà e non una condizione necessitata.

L'assunto merita complessivamente adesione.

Alla luce del principio ricavabile dall'art. 37 del codice degli appalti pubblici, nonché dall'art. 74, del d.P.R. n. 554/1999 non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni, indicate come "categorie a qualificazione obbligatoria subappaltabili" (vedi oggi conforme l'art. 109 secondo comma del d.p.r. n.207/2010), i concorrenti ad una gara per l'affidamento di un pubblico appalto, a prescindere dalla forma che rivestano (impresa singola, R.T.I. orizzontale o R.T.I. verticale) possono dimostrare in sede di offerta il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara per le categorie di opere "scorporabili a qualificazione obbligatoria" con le seguenti modalità:

-- o associando imprese specificamente qualificate in tal senso;

-- o con l'avvalimento ex art. 49 d.lgs .n.163 cit.;

-- ovvero accompagnando la dichiarazione di voler ricorrere al subappalto con l'indicazione specifica delle imprese e della loro qualificazione.

A tal proposito, proprio in quanto si tratta di opere "scorporabili a qualificazione obbligatoria", non può farsi riferimento alla possibilità della mandataria di fare riferimento -- per i requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti -- alla cifra posseduta nella categoria prevalente di cui all'art. art. 95, d.P.R. n. 554/1999 (ed oggi dell'art. 92 del D.P.R. n.207 cit.).

Né per le categorie di opere "scorporabili a qualificazione obbligatoria" può essere invocato l'art. 118 comma 2, d.lgs. n. 163 cit., laddove dispone che l'affidamento in subappalto è sottoposto alla condizione "che i concorrenti all'atto dell'offerta o l'affidatario, nel caso di varianti in corso di esecuzione, all'atto dell'affidamento, abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo".

La dichiarazione generica dianzi ricordata e relativa all'eventuale ricorso al subappalto e che deve essere resa in sede di offerta presuppone infatti che il concorrente abbia comunque compiutamente dimostrato i propri requisiti e dunque superato la fase della qualificazione. Il suo ambito concerne quindi le sole ipotesi in cui il concorrente sia in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, e quindi che il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, e non la via necessaria per partecipare alla gara.

Al contrario, nell'ipotesi in cui il ricorso al subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione, la dichiarazione in sede di offerta deve contenere anche la precisa indicazione del subappaltatore e la dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione (Consiglio di

Stato sez. III 05 dicembre 2013 n. 5781).

E' l'offerente perciò che -- in mancanza di alcuno dei requisiti di qualificazione per partecipare ad una gara di appalto -- nel dichiarare di volersi avvalere del subappalto deve completare la sua dichiarazione con il nominativo ed i necessari requisiti di qualificazione del subappaltatore in quanto la stazione appaltante, in sede di ammissione, deve essere posta in condizione di valutare fin dall'inizio l'idoneità dell'offerente all'aggiudicazione del contratto e al rispetto del limite generale fissato dall'art. 118 del d.lgs. n. 163 del 2006 (cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV 13/03/2014 n.1224).

In definitiva dunque, un RTI può far riferimento alla categoria prevalente per la qualificazione delle "lavorazioni scorporabili" non assunte dalle mandanti, mentre nel caso di "subappalto necessario" concernente "categorie di opere specializzate ...a qualificazione obbligatoria" il mancato autonomo possesso, da parte della mandataria e delle mandanti, dei necessari requisiti di qualificazione, comporta necessariamente che la dichiarazione da presentare in sede di offerta debba obbligatoriamente essere accompagnata dall'indicazione del nominativo del subappaltatore e dalla dimostrazione del possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione (cfr. Consiglio di Stato sez. III 04 settembre 2013 n. 4431; Consiglio di Stato sez. V 21 novembre 2012 n. 5900; Consiglio di Stato sez. V 19 giugno 2012 n. 3563; Consiglio di Stato sez. VI 02 maggio 2012 n. 2508).

Se così non fosse infatti la stessa obbligatorietà della qualificazione verrebbe del tutto vanificata in via di fatto.

Per questo non può condividersi l'avviso dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (cfr. vedi Det. n. 4 del 10 ottobre 2012; n. 165 del 10 ottobre 2012; n. 187 del 7 novembre 2012 e n. 70 del 9 maggio 2013) secondo cui l'affidatario che sia in possesso della qualificazione per la categoria prevalente potrebbe subappaltare senza alcun limite le lavorazioni e le opere specializzate soggette a qualificazione obbligatoria perché mancherebbe un'espressa causa di esclusione ai sensi all'art. 46, comma 1 *bis*, D.Lgs. 163/2006.

Al contrario la possibilità che, in caso di ricorso al c.d. "subappalto necessario", il concorrente possa acquisirli a gara conclusa in sede di esecuzione, costituisce una precisa violazione delle norme sulla qualificazione che sono previste a pena di esclusione e della parità di trattamento in danno dei concorrenti più diligenti. In base ai canoni dell'imparzialità e della *par condicio* non si può infatti consentire che vengano ammesse alla gara offerte provenienti da soggetti sprovvisti dei requisiti che, in ragione della loro peculiare rilevanza sul piano economico e tecnico, la legge prevede debbano essere "a qualificazione obbligatoria" (cfr. Consiglio di Stato sez. VI 2/05/2012 n.2508; Consiglio di Stato sez. V 26/03/2012 n.1726; Consiglio di Stato Sez. III 05/12/2013 n. 5781).

Né appare rilevante il rilievo secondo cui, la richiesta in fase di offerta dei nominativi e delle qualificazioni dell'impresa subappaltatrice consentirebbe l'aggiramento delle norme in materia di avvalimento ex art. 49 del codice dei contratti.

Al contrario, come visto, si tratta di due differenti modalità di partecipazione che, se pure ontologicamente e proceduralmente assimilabili, possono essere facoltativamente ed indifferentemente scelti dall'offerente senza alcun documento per la stazione appaltante. Ciò non toglie tuttavia che una volta effettuata la scelta tra avvalimento o subappalto debbano essere rispettate le regole formali e sostanziali tipiche di ciascun istituto.

In definitiva, nel caso di specie la dichiarazione dell'ATI Fincosit in sede di offerta di voler ricorrere al subappalto, non era a questi fini sufficiente in assenza dell'indicazione delle imprese subappaltatrici e del relativo possesso dei prescritti requisiti di qualificazione per le numerose categorie di opere "a qualificazione obbligatoria".

Il motivo è dunque fondato.

\_3.1.3. In conclusione l'ATI Grandi Lavori Fincosit – Socostramo anche soltanto per il motivo da ultimo esaminato avrebbe dovuto comunque essere esclusa dalla Gara.

\_3.2.) Con una seconda rubrica l'appellante ripropone le censure di primo grado dirette avverso l'ammissione della prima classificata "A.T.I. Uniland Scarl Consorzio Stabile - Consorzio Cooperative Costruzioni CCC Societa' Cooperativa (Già Consorzio Ravennate) - Aleandri S.P.A - Igeco Costruzioni S.p.A" e che non sono state esaminate dal Tar in conseguenza della ritenuta legittimità della partecipazione dell'ATI Fincosit.

\_3.2.1.) In primo luogo, per il medesimo identico ordine di considerazioni di cui al punto \_ 2.1.2.) che precede, deve essere accolto il sesto motivo con cui si lamenta che, anche l'ATI Uniland, avrebbe violato la disciplina del subappalto necessario.

Illegittimamente l'ATI Uniland si sarebbe infatti limitata solamente a dichiarare la volontà di subappaltare senza fornire anch'essa alcuna indicazioni sul nominativo e sui requisiti di qualificazione dell'impresa subappaltatrice in violazione del combinato disposto di cui all'art. 37 e 118 del d.lgs. n. 163/06, nonché degli artt. 92 e 109 del D.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010 e ciò in quanto carente della qualificazione SOA per la categoria OS 12 classifica VIII "a qualificazione obbligatoria" richiesta per € 33.749.612,45.

\_ 3.2.2) Per ragioni di economia processuale devono poi essere esaminati congiuntamente il primo, il quarto ed il quinto motivo dell'appello dell'ATI Matarrese tutti diretti avverso l'Uniland.

\_ 3.2.2.1. Con il primo motivo si assume che illegittimamente l'amministrazione avrebbe "preso atto" della modifica del RTI e disposto la stipula di un nuovo contratto, in luogo di annullare l'aggiudicazione e dichiarare la nullità del contratto già stipulato, in violazione dell'articolo 37, commi 9° e 10°, del d.lgs. n. 163/2006, a seguito del recesso della società Uniland, mandataria del raggruppamento aggiudicatario.

\_ 3.2.2.2. Con il quarto motivo si lamenta poi che l'originaria capogruppo Uniland avrebbe dovuto essere esclusa perché, partecipando come mandataria di una associazione temporanea d'impresе tipo orizzontale aveva in dichiarato di partecipare per la quota del 36,5% e ciò in violazione delle norme del bando di gara secondo le quali, in conformità a quanto disposto dall'articolo 95 del regolamento di cui al d.p.r. 554/1999, in caso di consorzi tipo orizzontale la mandataria avrebbe dovuto coprire non solo i requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi nella misura minima del 40%, ma anche nella stessa percentuale la quota di partecipazione al raggruppamento.

\_3.2.2.3. Nel quinto motivo si deduce che il Consorzio Stabile Uniland aveva partecipato alla gara indicando quale impresa designata per l'esecuzione la consorziata Intini Angelo. Tale impresa, per la quale, per il periodo che va dal 16 maggio 2011 data di scadenza in cui doveva essere fatto un versamento di € 191.364,38 di contributi Inps, alla data del 19 maggio 2011 di accoglimento della domanda di rateizzazione, non avrebbe avuto per quel periodo il requisito della regolarità fiscale.

Pertanto l'uscita dalla compagine della mandante Uniland sarebbe stata finalizzata dall'intento elusivo di occultare il difetto del requisito di regolarità contributiva come accertato *inter partes* in altra causa (cfr. Consiglio di Stato III<sup>a</sup> Sez. ordinanza n. 1342 del 13 aprile 2013). Inoltre, l'Anas avrebbe formulato la richiesta di verifica di regolarità contributiva solo con riferimento alla data dell'aggiudicazione e non all'intero arco temporale della gara ed in tal modo l'irregolarità non sarebbe emersa (quinto motivo).

\_3.2.2.4. I predetti motivi devono essere accolti nei sensi che seguono.

Quanto al primo motivo, il divieto di modificare la composizione dei raggruppamenti temporanei tra la fase procedurale della presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione, è inequivocabilmente imposto dall'art. 37, co. 9, del D.Lgs n. 163/2006.

Anche le eccezioni alla detta regola di cui ai commi 18 e 19, concernenti il fallimento del mandante del mandatario, la morte, l'interdizione o inabilitazione dell'imprenditore individuale, nonché le ipotesi previste dalla normativa antimafia riguardano tutti motivi indipendenti dalla volontà del soggetto partecipante alla gara e sono giustificate dall'interesse della stazione appaltante alla continuazione del procedimento.

E' quindi assolutamente inconferente il richiamo fatto al riguardo dalla difesa del C.C.C. alla decisione n. 8 del 4.5.2012 dell'Adunanza Plenaria Consiglio di Stato, con cui al contrario tra l'altro è stato affermato:

-- che un consorzio non possa "sostituire il soggetto indicato come esecutore dell'appalto" in quanto, il codice appalti ha indicato i "casi tassativi in cui è possibile la modifica soggettiva dell'a.t.i. già aggiudicataria, sempre in caso di vicende patologiche che colpiscono il mandante o il mandatario (art. 37, comma 18 e 19)";

-- che il "...principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, mira a garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le amministrazioni stesse consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere (Cons. St., sez. V, 7 aprile 2006, n. 1903; Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5081)";

-- che possono essere fatte salve le "modifiche soggettive che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, in tal caso, infatti, non si verifica una violazione della *par condicio* dei concorrenti .. "perché non si tratta di introdurre nuovi soggetti in corsa, ma solo di consentire a taluno degli associati o consorziati il recesso, mediante utilizzo dei requisiti dei soggetti residui, già comunque posseduti.

In ogni caso non vi sono dubbi che il divieto imposto dall'art. 37, co. 9, d.lgs. n. 163 del 2006, riguarda "qualsiasi modificazione", per cui se la mandataria del raggruppamento dichiara all'amministrazione aggiudicatrice di voler "rinunciare" - anche solo in proprio - agli effetti dell'aggiudicazione o del contratto, ovvero di non avere più intenzione di eseguire le prestazioni cui era obbligata ai sensi dell'offerta, si realizza un'inammissibile differente composizione del raggruppamento rispetto a come si era presentato quale concorrente in sede di gara.

In conseguenza la stazione appaltante, in tali casi, deve procedersi ai sensi dell'art. 37, comma 10, all'annullamento dell'aggiudicazione o alla declaratoria di nullità del contratto, fermo ogni ulteriore profilo di (eventuale) responsabilità dell'impresa nei confronti dell'amministrazione appaltante.

Quanto alla quarta doglianza esattamente la Matarrese lamenta che la partecipazione dell' Uniland al RTI orizzontale per la quota del 36,5% e non del prescritto 40 % dell'importo complessivo dei lavori costituiva una diretta violazione della norma del bando di gara e dell'obbligo di cui all'articolo 95 del regolamento di cui al d.p.r. 554/1999.

Contrariamente a quanto vorrebbero le resistenti, l'articolo 95 del regolamento di cui al d.p.r. 554/1999 (e il corrispondente successivo art. 92 secondo comma del d.p.r. n. 207/2010) laddove impone alla mandataria di assumere la misura minima del quaranta per cento dell'importo dei lavori mentre la restante percentuale deve essere assunta nella misura minima del dieci per cento dell'importo dei lavori, pone anche indirettamente il limite massimo di 7 imprese per la costituzione di un raggruppamento. In questo senso la norma è palesemente diretta ad evitare che la compresenza di una miriade indeterminata di piccoli soggetti che in sede di esecuzione finirebbe per compromettere il buon esito dei lavori e, sotto questo profilo non appare né illogica né illegittima.

Quanto alla quinta rubrica si deve osservare che, in ogni caso, qualsiasi modifica della compagine soggettiva non può esser diretta ad eludere la legge di gara ed ad evitare una sanzione di esclusione

dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'A.T.I. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva (cfr. Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842). Nel caso di specie, l'uscita dal raggruppamento della mandante Uniland appare invece finalizzata dall'intento di eludere la perdita del requisito di regolarità contributiva come del resto rilevato dall'ordinanza *inter partes* n. 1342 del 13 aprile 2013 della III<sup>a</sup> sezione del Consiglio di Stato pronunciata in altra causa.

Anche la sostituzione della consorziata Intini Angelo poteva essere in realtà stata originata dal fatto che la stessa, che per un certo periodo avrebbe perso il requisito della regolarità fiscale. Sono al riguardo del tutto inconferenti le considerazioni generali -- in astratto condivisibili ma in concreto irrilevanti - sulla natura dei consorzi essendo pacifico che la regolarità contributiva deve essere posseduta durante tutto l'arco temporale del procedimento di gara.

In definitiva, essendo al di fuori delle ipotesi normativamente previste, non era ammissibile alcuna "presa d'atto del recesso" della Uniland, mandataria del raggruppamento aggiudicatario ed illegittimamente l'ANAS avrebbe "preso atto" della modifica della composizione del raggruppamento affidatario.

\_ 3.2.3.) Parimenti meritevoli di unitaria favorevole considerazione sono i motivi di cui alla seconda doglianza con cui si lamenta che illegittimamente il C.C.C. -- in precedenza mandante poi subentrato alla Uniland come mandatario -- aveva comunicato la sostituzione della consorziata designata MUCAFER -- l'unica che aveva comprovati requisiti di carattere generale -- con altre 3 cooperative sociali e altresì ha designato per la progettazione l'impresa Grandi Progetti Infrastrutture in violazione dell'articolo 37, comma 7 del d.lgs. n. 163 il quale prescrive che in sede di offerta i consorzi di cui all'articolo 34, comma primo lettera b) sono tenuti a indicare le imprese e consorziare per le quali il consorzio concorre.

Si deve annotare al riguardo che il Codice dei contratti impone l'obbligo di ".. indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre" (art. 36 V co) sia per i consorzi stabili, sia per quelli fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 (art. 37,VII co.).

L'attenzione del legislatore a tal proposito rende evidente come, in assenza di una differente e specifica indicazione, in sede esecutiva il Consorzio aggiudicatario debba avvalersi solo ed esclusivamente delle prestazioni dell'impresa specificamente designata in sede di gara.

Una volta fatta la designazione in sede di offerta, il Consorzio non può individuare *ad libitum* un'ulteriore impresa anche se questa è una sua associata, dovendo ritenersi del tutto preclusa -- fatti salvi gli altri casi specificamente individuati dal Codice -- ogni possibilità di far luogo ad un meccanismo di ulteriori designazioni di soggetti, non previamente indicati in sede di gara dal Consorzio. Sono al riguardo del tutto inconferenti le considerazioni generali -- in astratto condivisibili ma in concreto irrilevanti - sulla natura dei consorzi.

Nel caso di specie inoltre il C.C.C. non smentisce nemmeno la circostanza, riferita nella memoria di replica di Matarrese del 10 marzo 2014 pag. 34 per cui la reale ragione della sostituzione della Mucafer sarebbe stato un debito di oltre 4 milioni di euro nei riguardi dell'Erario e che quindi la sua sostituzione avrebbe avuto la finalità di eludere una causa di esclusione.

\_3.2.4.) Deve invece essere disatteso il terzo capo di doglianza, con cui si assume che, a seguito del subentro del CC.C. la mandante ALEANDRI avrebbe poi assunto una quota di partecipazione, pari al 25,70%, che non sarebbe coperta da requisiti posseduti ed in particolare relativamente alla cifra d'affari non inferiore a 3 volte l'importo a base di gara (di cui al III.2.2, lettera a) del bando) e quindi pari a € 154.741.385,00.

Al contrario l'impresa ALEANDRI aveva un fatturato dichiarato di € 154.703.767,00 e quindi possedeva esattamente il 25,70% di € 602.106.559,00 cioè della cifra d'affari non inferiore a 3 volte

dell'importo a base di gara.

\_\_3.2.7.) Infine infondata è anche la censura secondo cui la polizza presentata dal consorzio Uniland non avrebbe rispettato l'articolo 75 del codice dei contratti in quanto non risulterebbe l'attestazione del pagamento del premio e quindi l'attivazione della garanzia.

Nel caso di polizza stipulata a titolo di cauzione ai fini della partecipazione alle gare pubbliche, il garante, istituto di credito o di assicurazione, ai sensi dell'art. 1936 c.c. assume l'obbligo direttamente nei confronti del beneficiario (Stazione appaltante) e il contratto si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo.

In conseguenza, la mancanza di attestazione circa l'avvenuto pagamento del prezzo, afferendo ai rapporti tra garante e partecipante alla gara è prestata per cui si presta la cauzione, è del tutto irrilevante ai fini della validità e dell'opponibilità della polizza presentata in allegato ad un'offerta.

\_\_3.2.8) Matarrese con ulteriore motivo sostiene che il consorzio Uniland avrebbe perso il possesso dei requisiti richiesti per la partecipazione ben prima che fosse completato l'*iter* della verifica dei requisiti e quindi prima della sottoscrizione del contratto di appalto del 7 agosto 2012 e ciò in quanto l'Angelo Intini S.r.l. consorziata del consorzio Uniland, aveva ceduto in affitto un ramo d'azienda con l'esclusione di tutte le partecipazioni detenute da Intini in Società e/o consorzi "... *fatta eccezione per la partecipazione all'ATI titolare di uno dei contratti di appalto oggetto del presente contratto...*" tra i quali non comparirebbe l'appalto della statale 275 in questione.

Tuttavia per effetto dell'affitto del ramo d'azienda la società Intini Angelo Srl avrebbe perso i requisiti afferenti al ramo d'azienda ceduto come peraltro confermato dall'Autorità di Vigilanza Contratti Pubblici- AVCP. Di conseguenza, dalla data del 6 luglio 2012 anche il consorzio Uniland a cui Intini Angelo srl partecipava con una quota del 60%, con i medesimi requisiti aveva perso la capacità tecnica ed economica per poter risultare aggiudicatario della gara.

L'assunto non merita adesione in punto di fatto.

La cessione di ramo d'azienda si distingue dal trasferimento di singoli cespiti aziendali poiché nella prima viene ceduto un complesso di beni che oggettivamente si presenta quale entità dotata di una propria autonomia organizzativa ed economica funzionalizzata allo svolgimento di un'attività volta alla produzione di beni o servizi.

Le imprese cedenti a qualunque titolo, dalla data di stipula dell'atto con l'impresa cessionaria, non possono partecipare agli appalti di lavori pubblici per le categorie cedute. Con la cessione di un ramo di azienda si determina di norma il subingresso del cessionario nel complesso dei rapporti attivi e passivi del cedente, compresi anche il possesso di titoli, referenze o requisiti specifici maturati nello svolgimento dell'attività ed anche dei contratti connessi con il ramo ceduto.

Nel caso in esame invece, dalla cessione dei requisiti era stata esclusa la categoria OG3- Classifica VIII (che il consorzio Uniland aveva dichiarato avrebbe eseguito direttamente), per cui a tal proposito non si era verificata alcuna scissione tra qualificazione SOA del Consorzio e requisiti sostanziali dell'impresa conferente, e quindi restava salva la partecipazione al contratto in questione.

Il motivo va dunque respinto.

\_\_3.2.9.) Rimangono tuttavia salve le doglianze proposte dalla Matarrese precedentemente esaminate e ritenute fondate, in virtù delle quali, in conclusione, per le ragioni di cui sopra, anche il primo classificato R.T.I. "A.T.I. Uniland Scarl Consorzio Stabile - Consorzio Cooperative Costruzioni CCC Società Cooperativa (Già Consorzio Ravennate) - Aleandri S.P.A - Igeco Costruzioni S.p.A" avrebbe dovuto comunque essere escluso.

\_3.3.) Con la 3<sup>a</sup> rubrica si contesta infine la posizione della terza classificata RTI Salini-IRCOP.

\_3.3.1.) In primo luogo, con riferimento alle considerazioni a tal proposito che precedono, deve essere accolto il secondo capo di doglianza con cui si lamenta che anche l'ATI Salini, al pari delle altre, l'ATI appellante, aveva violato la disciplina del subappalto necessario.

Pur essendo carente della qualificazione SOA per le categorie OS 12-OG 13-OG 11- OS 10 e OS11, non aveva specificato i nomi e la qualificazione delle imprese subappaltatrici delle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria ai sensi dell'art. 37 del codice degli appalti pubblici, nonché degli artt. 92 e 109 del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207.

In sede di ammissione alla gara dell'ATI Salini, la carenza della qualificazione relativa alle categorie scorporabili "a qualificazione obbligatoria" delle parti che si sarebbero subappaltate avrebbe imposto la sua esclusione dalla gara.

\_3.3.2.) Con un secondo motivo si lamenta che l'ATI Salini meritava l'esclusione anche per inidoneità tecnica dell'offerta perché avrebbe presentato la propria offerta senza tenere in nessun conto l'*addendum* con le modifiche progettuali, di cui alla lettera di invito del 27.6.2011 seguito ad un accordo con l'Anas, la regione Puglia, e la provincia di Lecce.

Nello strutturare l'offerta seguendo le soluzioni progettuali espressamente stralciate dall'ANAS il Raggruppamento Salini avrebbe offerto un "*aliud pro alio*". Inespugnabilmente l'ATI Salini avrebbe avuto il massimo (15 punti) relativamente al criterio concernente la "verifica del recepimento le caratteristiche ambientali, con particolare riferimento alle prescrizioni espresse dai soggetti interessati". Tale elemento sarebbe stato decisivo in quanto la differenza fra l'offerta della Matarrese e quella della Salini era di soli 4,5 punti.

L'assunto merita comunque adesione.

Al riguardo ha dunque ragione l'appellante quando afferma che del tutto singolarmente l'ANAS non aveva tenuto conto del fatto l'offerta della Salini aveva ignorato la sostituzione di un viadotto - - originariamente previsto per circa 500 m comprensivo di galleria di pari lunghezza -- con un tracciato in rilievo e con la riduzione del tratto terminale della strada SS 275 da 4 a 2 corsie.

Non poteva essere ammissibile una proposta non aggiornata alle modifiche progettuali richieste della stazione appaltante.

Né la stessa poteva essere assimilata ad una variante progettuale (peraltro consentita) in quanto era incompatibile con l'*addendum* successivamente adottato.

Sotto il profilo funzionale appare poi del tutto singolare che, invece di penalizzarla nel punteggio per effetto del vizio sostanziale di un'offerta non appropriata, l'ANAS aveva attribuito al R.T.I. Salini Grandi Lavori S.p.a. il massimo punteggio previsto per la componente tecnica.

\_3.3.3.) Deve invece farsi riferimento alle considerazioni di cui al punto 2.1.2.) per disattendere della censura relativa alla violazione dell'articolo 75 del d.lgs. n. 163/2006 per la mancanza dell'attestazione del pagamento del premio per la cauzione provvisoria dell'ATI Salini che sarebbe rimasto in bianco, inconferente appare poi anche il fatto che la sigla non consentirebbe di risalire al sottoscrittore.

\_3.3.4.) In conclusione anche il terzo classificato R.T.I. Salini Grandi Lavori S.p.a. avrebbe dovuto comunque essere esclusa.

\_4.) Infine deve essere dichiarato inammissibile il ricorso *ad resistendum* dell'AGI (e non *ad adiuvandum* come erroneamente intestato) diretto ed a sostegno dell'ATI "Grandi Lavori-Fincosit S.P.A."

Ai sensi dell'art. 3 dello Statuto associativo allegato all'intervento non vi è infatti alcun esplicito riferimento alla possibilità di impugnativa in sede giurisdizionale sia pure a dichiarato sostegno di una partecipante ad una gara. Anche la riferita generica finalità della tutela delle imprese generali di costruzione di cui al n. 4 del detto art. 3 resta circoscritta alla "elaborazione .... di normative e provvedimenti di interesse della categoria". Peraltro, anche a voler ritenere il contrario, le tesi dell'Associazione sono state in radice sostanzialmente smentite e disattese dal Collegio nelle precedenti considerazioni che precedono

\_5. In conclusione l'appello principale del R.T.I. Salvatore Matarrese S.p.A., deve essere accolto.

Il ricorso incidentale del R.T.I. C.C.C. deve invece essere respinto.

L'intervento dell'A.G.I. Associazione Imprese Generali deve invece essere dichiarato inammissibile, oltre che comunque infondato.

Tuttavia va respinta la richiesta dell'ATI Matarrese di far luogo alla declaratoria della nullità del contratto per il mutamento della compagine associativa ai sensi dell'articolo 37 comma 10 del d.lgs. n. 163/06, in relazione al carattere prevalente della norma di carattere speciale dell'art. 125, III co. del c.p.a..

Ciò nonostante, resta comunque salva la possibilità che l'ANAS nella sua esclusiva e responsabile competenza, in relazione alla macroscopicità delle illegittimità rilevate, faccia luogo all'eventuale autoannullamento in autotutela dell'aggiudicazione ed alla conseguente risoluzione del contratto.

Allo stato invece deve essere pronunciata la condanna dell'ANAS al risarcimento del danno per equivalente nella misura del 5% e del danno curriculare e di chance nella misura di 1,5% del prezzo offerto in gara dal RTI Matarrese.

Restano in ogni caso assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Infine le spese, in ragione della natura controversa e della complessità delle questioni possono tuttavia essere integralmente compensate tra le parti.

### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando:

\_1. accoglie l'appello principale del R.T.I. Salvatore Matarrese Spa, come in epigrafe proposto, e per l'effetto ai sensi dell'art. 125, IV comma del c.p.a. condanna l'ANAS al pagamento in favore della predetta Salvatore Matarrese S.p.A. che viene liquidato, in proporzione alle quote di partecipazione rispettivamente:

a) del risarcimento del danno nella misura del 5% del prezzo offerto in gara dal predetto raggruppamento temporaneo;

b) del danno curriculare e di chance nella misura di 1,5% del prezzo offerto in gara dal predetto R.T.I.;

Il tutto con rivalutazione monetaria ed interessi dalla data del ricorso di primo grado alla pubblicazione della presente decisione.

Successivamente sono dovuti gli interessi legali sino al soddisfo.

\_2. Respinge il ricorso incidentale del R.T.I. con mandatario il C.C.C.;

\_3. Dichiaro inammissibile l'intervento *ad resistendum* dell'A.G.I. Associazione Imprese Generali.

\_4. Compensa integralmente le spese di giudizio nei confronti di tutte le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Riccardo Virgilio, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA Il 03/07/2014.



\* Inizio pagina