

N. 03966/2012REG.PROV.COLL.
N. 05384/2011 REG.RIC.
N. 05745/2011 REG.RIC.
N. 05908/2011 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5384 del 2011, proposto dalla Regione Lazio, rappresentata e difesa dall'avv. Rosa Maria Privitera, domiciliata in Roma alla via Marcantonio Colonna 27;

nei confronti di

Italconsult Srl, in proprio e quale mandataria dell'Ati da essa costituita, rappresentata e difesa dagli avv. Gianpaolo Ruggiero e Mario Sanino, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, viale Parioli, 180;

Aremol-Agenzia Regionale per la Mobilità, rappresentata e difesa dagli avv. Maria Cristina Lenociti e Francesco Marascio, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via G.B. Martini 2;

sul ricorso numero di registro generale 5745 del 2011, proposto

dalla Societa' C. Lotti & Ass.Ti Societa' di Ingegneria S.p.A., in proprio e quale mandataria del costituendo Rti con Techprogett Srl e Tecnosistem - Società di Engineering Spa, rappresentata e difesa dall'avv. Daniele Vagnozzi, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, viale Angelico 103;

contro

Regione Lazio, rappresentata e difeso dall'avv. Rosa Maria Privitera, con domicilio eletto presso l'Avvocatura Regionale del Lazio in Roma, via Marcantonio Colonna 27;

nei confronti di

Italconsult Srl, rappresentata, difesa e domiciliata come sopra;

sul ricorso numero di registro generale 5908 del 2011, proposto dalla Aremol - Agenzia Regionale per la Mobilita' del Lazio, rappresentata e difesa dagli avv. Maria Cristina Lenoci e Francesco Marascio, con domicilio eletto presso il secondo in Roma, via G.B. Martini 2;

contro

C. Lotti&Associati Societa' di Ingegneria P.A., rappresentata, difesa e domiciliata come sopra

nei confronti di

Regione Lazio; Erregi Srl; Italconsult Srl, rappresentata, difesa e domiciliata come sopra;

per la riforma

tutti e tre i ricorsi nn. 5384, 5745 e 5908 e del 2011:

della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, Sezione I Ter, n. 2580/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO APPALTO AMMODERNAMENTO E POTENZIAMENTO DELLA FERROVIA ROMA – VITERBO.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Italconsult Srl, di Aremol-Agenzia Regionale per la Mobilità e della Regione Lazio;

Visti gli appelli incidentali proposti dalla Aremol e dalla società Lotti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2012 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Rosa Maria Privitera, Daniele Vagnozzi, Mario Sanino e Maria Cristina Lenoci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con bando pubblicato sulla G.u.c.e. del 23.7.2009 la Regione Lazio indiceva una gara d'appalto, a procedura aperta, per l'affidamento della progettazione definitiva per appalto integrato e studio di impatto ambientale per l'ammodernamento e potenziamento del tratto ferroviario extraurbano Riano – Pian Paradiso della Ferrovia Roma-Viterbo.

Il servizio di progettazione aveva un importo a base d'asta di €

3.200.000,00, mentre le opere da progettare ammontavano ad € 216.077.687,00 ed erano suddivise nelle seguenti cinque classi e categorie : cat. 1b (stazioni): € 1.040.000,00; cat. VI b (strade, ferrovie e armamenti): € 102.055.627,00; cat IX (viadotti, opere d'arte e gallerie): 71.000.000,00; cat. IVc (impianto elettrico):€ 14.378.721,00; cat. IIIc (sistema di segnalamento): € 26.703.339,00.

La *lex specialis* della gara, fra l'altro, prevedeva:

- al punto 6 del disciplinare: che i concorrenti avrebbero dovuto produrre una dichiarazione sostitutiva, successivamente verificabile, attestante, tra l'altro (punto b): l'avvenuto l'espletamento negli ultimi 10 anni antecedenti la data di pubblicazione del presente bando nella G.U.C.E. di servizi di progettazione definitiva o esecutiva relativi a lavori appartenenti ad ognuna delle classi e categorie dei lavori cui si riferiscono i servizi di progettazione da affidare, che dovrà risultare, di importo globale per ogni classe e categoria di almeno 3 (tre) volte l'importo stimato dei lavori da progettare, ovvero pari o superiore a:
 - per la classe I cat. b: €5.820.000,00
 - per la classe VI cat. b: €306.166.881,00;
 - per la classe IX: €213.000.000,00;
 - per la classe IV cat. c: €43.136.163,00;
 - per la classe III cat. c: €80.110.017,00;
- al punto 12 del disciplinare: che, in caso di raggruppamenti, “i requisiti di cui al precedente punto 6, lett.a), b), c) e d) devono

essere posseduti dalla mandataria..... nella misura minima del 60%. I mandanti devono possedere cumulativamente la restante percentuale...”

- al punto 4 del disciplinare (dedicato all'avvalimento): che, “con riferimento al punto III.2 del bando di gara l'avvalimento è ammesso.....a) in relazione al solo requisito della capacità economica e finanziaria di cui alla lett. a) del precedente punto 3 (fatturato globale dei servizi di progettazione negli ultimi cinque esercizi, pari o superiore ad €16milioni: ndr) nella misura massima del 30% di quanto richiesto; pertanto il candidato deve comunque aver realizzato una cifra d'affari servizi non inferiore ad €11.200.000,00”.

Con nota del 24.9.2009 la Regione comunicava alla Lotti & Ass.ti Società di Ingegneria s.p.a., mandataria del costituendo R.t. con le socc. Techproject s.r.l. e Tecnosistem- Società di Engineering s.p.a., che con determinazione in pari data si era provveduto all'aggiudicazione in via definitiva della gara all'Ati Italconsult s.r.l - ERREGI s.r.l..

Da qui il ricorso giurisdizionale della prima (d'ora in avanti, la LOTTI), classificatasi con il proprio raggruppamento seconda, dinanzi al T.A.R. per il Lazio, con il quale venivano impugnati, in particolare:

- la determina del 24.9.2009 di aggiudicazione della gara all'Ati Italconsult s.r.l - ERREGI s.r.l. (di seguito, la ITALCONSULT);
- i verbali di gara e di quelli di valutazione dell'anomalia

dell'offerta aggiudicataria, ove esistenti;

- ove occorresse, il bando e il disciplinare di gara, nonché il d.d. dell'11.2.2009 con cui erano stati approvati gli atti della procedura.

Il gravame della LOTTI era affidato a cinque complessi motivi di diritto, che il Giudice di prime cure avrebbe così sintetizzato.

“ (1° MOTIVO) Nella disciplina della lex specialis il ricorso all'avvalimento era soggetto ad un duplice limite di ammissibilità, di ordine oggettivo e quantitativo, essendo consentito avvalersi di un'impresa ausiliaria esclusivamente con riferimento al requisito del fatturato globale per servizi di progettazione e, comunque, nella misura massima del 30% di quanto richiesto. Il raggruppamento aggiudicatario, invece, ha dichiaratamente fatto ricorso all'avvalimento per garantirsi il possesso dei diversi requisiti di capacità tecnica richiesti dal punto III.2.3.b) e III.2.3.c) del bando, consistenti nell'avvenuto espletamento negli ultimi 10 anni di servizi di progettazione nella classe IVc, per un importo pari ad almeno tre volte quello delle opere da progettare nella classe stessa. E' vero, osserva la ricorrente, che le disposizioni della lex specialis violate dall'aggiudicataria (pur conformi all'originaria previsione dell'art.49 del Codice appalti) erano difformi da quanto disciplinato da tale articolo (in seno al quale il comma 7, che consentiva alla Stazione appaltante di introdurre limitazioni all'avvalimento, era stato, già anteriormente alla pubblicazione del bando di gara, soppresso dall'art.1 del d.lgs n.152 del 2008); ma è, altresì, vero, prosegue la ricorrente, che

tale prescrizione della disciplina di gara non è stata impugnata e/o contestata dall'aggiudicataria. Ne consegue che l'amministrazione ha disapplicato una norma al cui rispetto si era autovincolata consentendo così all'aggiudicataria di raggiungere il requisito di capacità tecnica previsto dal bando ed ammettendola al prosieguo della gara nonostante fosse priva dei requisiti richiesti;

(2° MOTIVO) Ricorda la ricorrente che il bando prevedeva la progettazione di opere relative alle classi e categorie sopra indicate e stabiliva che i concorrenti avrebbero dovuto dichiarare l'avvenuto espletamento, negli ultimi 10 anni, di opere appartenenti a tali classi e categorie degli importi in precedenza ricordati. Il disciplinare, al riguardo, ammetteva la possibilità di dimostrare il possesso dei requisiti tecnici di partecipazione “anche ricorrendo, nell'ambito della stessa categoria a classi di lavoro superiori a quelle identificate dal bando di gara, in quanto di maggiore complessità”. Ora la ricorrente non appare dubitare dell'errore materiale che vizia tale previsione del bando osservando che “in realtà..... la previsione non ha senso perché non è la progressione delle classi ad identificare la maggiore complessità degli interventi, nell'ambito di una presunta omogeneità funzionale degli stessi, ma, al limite, quella delle categorie (entro la medesima classe). Le classi, infatti identificano nove tipologie di lavori, del tutto indipendenti l'una dall'altra.” Nondimeno, prosegue la ricorrente, anche attribuendo alla disposizione in questione un significato diverso da quello risultante

dalla sua formulazione (e cioè considerando validi, ai fini della qualificazione, lavori progettati in categorie superiori nell'ambito della stessa classe), non v'è dubbio che la facoltà riconosciuta ai concorrenti restava soggetta ad una specifica valutazione di affinità delle opere eseguite rispetto a quelle individuate dal bando. Tanto in sintonia con quanto chiarito, nel 1999, dall'Autorità di Vigilanza dei LL.PP. che ha puntualizzato che, nell'ambito delle opere appartenenti alla classe I, non vi è affinità tra quelle iscritte nelle categorie d), f) e g). Ora tale principio è stato violato dall'amministrazione perché è stato consentito all'aggiudicataria di cumulare, al fine della dimostrazione del possesso del requisito, con riguardo alle opere della classe I, non solo lavori sussumibili sotto le categorie b) e c) ma anche opere relative alle strutture di cui alla classe (recte: categoria f) che non sono in alcun modo riconducibili, per affinità, alle diverse lavorazioni di cui alle lettere b) e c).

In subordine, la ricorrente, - per il caso in cui la previsione del disciplinare di cui trattasi debba essere intesa nel senso di consentire ai concorrenti di ricorrere a lavori progettati in categorie sulla carta più complesse ma aventi nessuna affinità con le opere oggetto dell'appalto, - ne deduce l'illegittimità ed impugna, in parte qua, la stessa lex specialis.

(3° MOTIVO) Rammenta la ricorrente:

- che il (sopra riportato) punto 6 b) del bando prevedeva, quale requisito di partecipazione alla gara, che ogni concorrente doveva

produrre, in via sostitutiva, una dichiarazione attestante, fra l'altro, di aver eseguito, negli ultimi dieci anni dalla pubblicazione del bando sulla G.u.c.e., progettazioni, definitive o esecutive, di opere relative alle classi e categorie ivi indicati e per gli importi ivi specificati;

- che, in caso di Ati, tali requisiti dovevano essere posseduti dalla mandataria almeno per il 60% e per il resto dalle mandanti;

- che, essendo stato il bando pubblicato il 27/3/2009, risultavano dunque utili, per la dimostrazione del requisito, esclusivamente i servizi eseguiti dal 27/3/1999 al 27/3/2009 "ovvero la parte di essi ultimata nello stesso periodo per il caso di servizi iniziati in epoca precedente". A tale scopo doveva essere allegata una distinta dei servizi tecnici svolti dalla quale risultasse, tra l'altro, "il periodo di inizio e ultimazione" del servizio dichiarato.

Orbene, soggiunge la ricorrente, l'aggiudicataria ha sì presentato la citata distinta ma i documenti esibiti a comprova (essendo in buona parte incompleti) non sono idonei a consentire la verifica ed il possesso dei requisiti richiesti dalla lex specialis : e tanto dicasi sia per i requisiti della mandataria Italconsult, che per quelli della mandante Erregi s.r.l. che per quelli dell'impresa ausiliaria Italiana Sistemi s.r.l.

Non trascura la ricorrente di evidenziare che il disciplinare di gara, al punto 2.4 ("Comprova dei requisiti dichiarati"), consentiva, quanto ai requisiti di cui al citato punto 6b), di provarne il possesso tramite: "dichiarazioni dei committenti,

provvedimenti autorizzativi degli interventi, provvedimenti amministrativi o contrattuali di affidamento dell'incarico, fatture di liquidazione..... ovvero da qualunque altro atto facente fede fino a querela di falso che possa essere ritenuto utile e sufficiente per l'acquisizione degli elementi delle notizie già dichiarate in sede di gara; dalla documentazione devono comunque risultare direttamente, o, in assenza, mediante un'ulteriore dichiarazione in calce da parte del rappresentante del committente..... ovvero dello stesso tecnico: la descrizione del servizio.....; il periodo temporale di svolgimento del servizio; gli importi dei lavori con la suddivisione per classe categorie.....; i professionisti che hanno svolto il servizio.

Conseguentemente la ricorrente, in via subordinata, impugna la lex specialis della gara nella parte in cui prevede la possibilità di integrare gli elementi mancanti (e non risultanti dai certificati di esecuzione o dagli altri documenti esibiti a comprova dei requisiti) mediante una ulteriore autodichiarazione del concorrente, venendo detta facoltà a porsi in contrasto con l'esigenza di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa e pregiudicando, in sostanza, l'effettiva verifica dell'oggettivo possesso dei requisiti autodichiarati.

(4° MOTIVO) Col presente motivo di diritto la ricorrente – dopo aver ricordato che, a mente del disciplinare, anche l'impresa ausiliaria era tenuta a rendere la dichiarazione riguardante il possesso dei requisiti di cui all'art.38 del Codice appalti –

rappresenta che il l.r. dell'impresa ausiliaria dell'Ati aggiudicataria ha dichiarato "per quanto di propria conoscenza, l'insussistenza delle suddette condizioni anche per il direttore tecnico.....ing. Arrigo La Tessa". Tale condotta, ad avviso della ricorrente, viola la disposizione del disciplinare secondo la quale la dichiarazione sulle condanne passate in giudicato avrebbe dovuto essere sottoscritta sia dal legale rappresentante che dal direttore tecnico dell'impresa. Altresì impugna, in subordine, il disciplinare di gara nella parte in cui, in violazione dell'articolo 47 del d.P.R. nr. 445 del 2000, dovesse intendersi nel senso di consentire al l.r. di rendere dichiarazioni per conto di soggetti terzi anche riguardo a fatti o situazioni personali che non sono a sua necessaria "diretta conoscenza" in virtù del ruolo societario che ricopre. In ogni caso aggiunge la ricorrente la dichiarazione sopra estesa, così come formulata, va considerata giuridicamente inesistente come di recente affermato dal Giudice amministrativo (si cita Cons.St. n.375 del 2009).

(5° MOTIVO) Con la presente doglianza si contesta il procedimento di valutazione dell'anomalia dell'offerta dell'Ati aggiudicataria, per avere ritenuto l'amministrazione giustificata la congruità dell'offerta stessa sulla base delle giustificazioni preventive prodotte dall'aggiudicataria in sede di gara. La determinazione viene ritenuta priva di motivazione; si contesta, inoltre, l'assenza del verbale delle operazioni di verifica ed ancora la presunta genericità ed insufficienza delle giustificazioni stesse."

La ricorrente esperiva con l'impugnativa anche una domanda di risarcimento del danno, in forma specifica e/o per equivalente. Con riferimento a questa seconda forma riparatoria, essa chiedeva che il mancato utile fosse quantificato nella misura del 10 % dell'importo dell'appalto, o in subordine dell'offerta della aggiudicataria; domandava inoltre un'ulteriore percentuale del 5% per il ristoro del proprio danno curriculare.

Si costituivano in giudizio in resistenza all'impugnativa ITALCONSULT, la Regione Lazio e l'Aremol - Agenzia Regionale per la Mobilità.

La controinteressata, oltre a contestare le doglianze avversarie, proponeva un ricorso incidentale, con il quale impugnava le disposizioni del bando relative all'avvalimento ed alla possibilità di dimostrare il possesso dei requisiti tecnici di partecipazione anche ricorrendo, "nell'ambito della stessa categoria, a classi di lavoro superiori a quelle identificate dal bando di gara in quanto di maggiore complessità".

Sosteneva difatti ITALCONSULT che il bando era chiaro nel consentire il ricorso all'avvalimento sia per la capacità tecnica che per la capacità economica, con il solo limite (del 30%) relativo a quest'ultima capacità. Peraltro, per l'evenienza che dovesse ritenersi fondata la tesi della ricorrente appuntata sulla vincolatività di tale clausola e sul divieto per la Commissione di disapplicarla, essa ricorrente incidentale ne chiedeva l'annullamento, in quanto clausola contraria alla nuova configurazione dell'art. 49 del Codice

appalti, come modificato per effetto del d.lgs. n.152/2008.

Un simile *iter* logico veniva seguito dalla ricorrente incidentale anche con riguardo alla distinta previsione del bando concernente la dimostrazione del possesso dei requisiti tecnici. La ITALCONSULT segnalava il manifesto errore materiale dal quale era inficiata la previsione del bando relativa alla possibilità di ricorrere “nell'ambito della stessa categoria a classi di lavoro superiori”, piuttosto che “nell'ambito della stessa classe, a categorie di lavoro superiori”. Pertanto, e per la sola eventualità in cui tale disposizione non dovesse essere ritenuta affetta dal predetto errore materiale, se ne chiedeva l'annullamento per manifesta illogicità.

La Regione Lazio e l'Aremol, dal canto loro, opponevano l'esistenza di più profili di inammissibilità del gravame della LOTTI.

La Regione riferiva che l'aggiudicataria aveva proceduto già il 14.12.2009 alla consegna di tutti gli elaborati progettuali oggetto dell'incarico, ed il giorno successivo era stato stipulato il contratto relativo al servizio di progettazione in questione.

Ne conseguiva, ad avviso della resistente Regione:

- che il ricorso avversario avrebbe dovuto ritenersi inammissibile per sopravvenuta carenza di interesse a ricorrere;
- che la ricorrente non avrebbe potuto essere risarcita in forma specifica mediante l'aggiudicazione della commessa, poiché, ai sensi dell'articolo 2058, comma 2, del codice civile, tale forma di ristoro sarebbe risultata ingiustamente onerosa per

l'Amministrazione.

La Regione, inoltre, dopo aver ricordato che, a mente del disciplinare, l'offerta di gara doveva essere presentata entro il 25 maggio 2009 e restava valida per 180 giorni (e cioè fino al 21 novembre 2009), rappresentava che la Techproject s.r.l (una delle mandanti della costituenda Ati ricorrente), con nota del 25/11/2009 indirizzata alla mandataria Lotti s.p.a., all'altra mandante Tecnosistem, ad essa Regione Lazio ed all'Aremol, aveva diffidato la mandataria Lotti dall'intraprendere, nella qualità di mandataria del raggruppamento, qualsiasi azione legale in riferimento alla gara di cui trattasi, *“in quanto lo stesso non è stato formalmente costituito e con la presente si conferma alla nostra intenzione a non esperire azioni giudiziarie nei confronti della stazione appaltante né nei confronti delle società prime classificate”*.

Ad avviso della resistente Amministrazione tale manifestazione era incompatibile con una volontà della stessa società di garantire la propria offerta oltre il limite imposto dalla *lex specialis*. E poiché, ai sensi dell'articolo 37, c. 9, del Codice appalti, *“è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta”*, un ipotetico accoglimento del gravame non avrebbe comunque mai potuto consentire alla ricorrente di aggiudicarsi l'appalto, stante l'intervenuta modifica della composizione della relativa Ati.

Tanto la Regione quanto l'Aremol contestavano, poi, la

legittimazione della ricorrente Lotti s.p.a. a rappresentare la -solo costituenda- Ati.

La sola Aremol, infine, eccepiva, oltre che il difetto di giurisdizione del Giudice adito in ordine alla richiesta di declaratoria di nullità e/o di inefficacia del contratto stipulato con l'aggiudicataria, il proprio difetto di legittimazione a resistere.

All'esito del giudizio di primo grado il Tribunale adito, con la sentenza n. 2580/2011 in epigrafe, decideva quanto segue:

- riconosceva la legittimazione dell'Aremol a resistere al ricorso;
- accoglieva l'eccezione della difesa regionale sulla carenza di interesse della ricorrente all'annullamento dell'aggiudicazione;
- riteneva non esaminabili per carenza di interesse, anche ai limitati fini dello scrutinio sulla domanda risarcitoria, le doglianze articolate dalla LOTTI in via subordinata contro la *lex specialis*, e comunque tutte quelle per loro natura inidonee a far conseguire l'aggiudicazione alla ricorrente (motivi terzo e quinto);
- reputava infondati i motivi di ricorso primo e secondo;
- riteneva fondato, ai limitati fini risarcitori, il quarto motivo;
- di conseguenza, ritenuto che la LOTTI avrebbe avuto diritto all'aggiudicazione, ne riconosceva il diritto al risarcimento del danno per equivalente, nei limiti della quota che la società Lotti presuntivamente deteneva nell'ambito della propria Ati (33 %).

La sentenza formava oggetto di separati atti di appello, da parte della Regione Lazio, dell'Aremol e della stessa LOTTI.

La Regione contestava la fondatezza del motivo accolto dal primo

Giudice, e comunque il fatto che esso potesse essere assunto a base di una condanna risarcitoria.

La Aremol, a sua volta, si doleva del riconoscimento della propria legittimazione passiva, ed altresì della propria condanna in solido con la Regione. Inoltre, essa: insisteva sulla inammissibilità del ricorso di prime cure della LOTTI; deduceva l'infondatezza del quarto motivo di tale gravame; opponeva, infine, la non spettanza all'avversaria del risarcimento del danno.

La originaria ricorrente, dal canto suo, oltre a costituirsi in giudizio in resistenza ai due appelli avversari, deducendo la tardività del deposito di quello di Aremol e l'infondatezza di entrambi, dei quali chiedeva il rigetto, proponeva anche un appello principale ed un appello incidentale condizionato.

La LOTTI con il proprio appello principale lamentava che il Tribunale avesse accolto l'eccezione di carenza di interesse opposta dalla difesa regionale, e che la propria pretesa risarcitoria fosse stata accolta solo entro il limite (33 %) della quota da essa rivestita all'interno della costituenda ATI con la quale aveva partecipato alla gara. Parimenti infondatamente sarebbe stata rigettata dal T.A.R. la sua richiesta di un risarcimento sotto il profilo del danno curricolare. La LOTTI lamentava, infine, che fosse stato dichiarato il suo difetto di interesse a coltivare i motivi intesi ad ottenere anche una semplice ripetizione della gara.

Con il proprio appello incidentale condizionato, invece, la stessa LOTTI, a seguito della notifica dei due appelli avversari, e per

l'eventualità che gli stessi venissero reputati fondati, contestava la sentenza in epigrafe nelle parti in cui aveva respinto o dichiarato inammissibili i motivi a base del suo originario ricorso (ad eccezione del quarto, finito invece accolto).

La Regione Lazio controdeduceva all'appello principale e all'appello incidentale condizionato della LOTTI, deducendo l'infondatezza di entrambi.

Nello stesso senso argomentava anche ITALCONSULT. Questa, inoltre, dinanzi all'appello incidentale della LOTTI, riproponeva il proprio ricorso incidentale di prime cure, non esaminato dal T.A.R.. L'aggiudicataria argomentava poi nel senso della fondatezza dell'appello regionale. Essa concludeva, dunque, per l'accoglimento degli appelli di Regione ed Aremol e per la reiezione di quelli (principale ed incidentale) della LOTTI.

Aremol, infine, si costituiva anche nei giudizi instaurati dagli altrui appelli, ribadendovi le proprie tesi e doglianze, e contrastando anch'essa l'appello incidentale di LOTTI.

Aremol notificava, inoltre, nell'ambito del giudizio promosso da quest'ultima, un appello incidentale dal contenuto analogo a quello del proprio precedente appello principale.

I rispettivi punti di vista delle parti trovavano ulteriore illustrazione in molteplici scritti difensivi, anche di replica.

Alla pubblica udienza del 4 maggio 2012 le cause sono state congiuntamente chiamate, discusse e trattenute in decisione.

Osserva in via preliminare la Sezione che occorre disporre la

riunione degli appelli in esame, siccome proposti avverso la stessa sentenza di primo grado, ai sensi dell'art. 96, comma 1, CPA.

1a Tra questi occorre prendere preventivamente in esame l'appello principale di Aremol, avverso il quale la LOTTI ha sollevato un'eccezione di inammissibilità per tardività del relativo deposito.

L'eccezione, contro la quale nulla è stato controdedotto, è fondata.

Dalla previsione combinata degli artt. 94 e 119 commi 2 e 7 CPA si desume che il deposito dell'appello avrebbe dovuto essere effettuato entro quindi giorni dall'ultima notificazione dello stesso gravame. Ora, tale notifica è stata eseguita il 22 giugno 2011, mentre il successivo deposito è stato effettuato solo il giorno 11 del mese successivo, e quindi, appunto, tardivamente.

Ne consegue che l'appello principale di Aremol risulta effettivamente inammissibile per tardività del deposito.

1b I contenuti di tale gravame sono stati peraltro traslati dalla Aremol, a seguito dell'eccezione appena detta, in un atto di appello incidentale da essa subito spiegato nell'ambito del giudizio promosso dalla stessa LOTTI.

1c Quest'ultima ha eccepito, allora, l'inammissibilità anche di questo secondo appello dell'Agenzia, in quanto proposto dopo la scadenza del termine c.d. lungo.

Questa eccezione è però priva di pregio, basandosi su un orientamento giurisprudenziale ormai superato dal vigente codice del processo amministrativo.

L'art. 96, comma 4, CPA ammette invero espressamente l'appello

incidentale tardivo proposto ai sensi dell'art. 334 cod. proc. civ. anche su capi di sentenza autonomi rispetto a quelli investiti dal relativo appello principale (pur soggiungendo che l'impugnazione incidentale tardiva perde ogni efficacia in caso di inefficacia dell'impugnazione principale).

E l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio in materia ha recentemente puntualizzato (decisione 16 dicembre 2011, n. 24):

- che l'art. 96 CPA disciplina in modo compiuto i termini di proposizione dell'appello incidentale *ex* artt. 333 e 334 c.p.c., ed ha inteso superare, sul punto, la pregressa giurisprudenza;
- che sia l'impugnazione di cui all'art. 333 che quella di cui all'art. 334 c.p.c. possono essere rivolte contro capi autonomi della sentenza, ossia capi che non hanno formato oggetto dell'impugnazione principale;
- che, mentre l'impugnazione incidentale di cui all'art. 333 c.p.c. non è condizionata all'esito di quella principale, nel senso che resta efficace anche se la principale è dichiarata inammissibile, quella di cui all'art. 334 c.p.c., invece, perde in tal caso "*ogni efficacia*";
- che l'impugnazione incidentale di cui all'art. 333 c.p.c. deve essere "*tempestiva*", ossia va proposta entro un termine breve decorrente dalla notificazione della sentenza o, se anteriore, dalla notificazione di altra impugnazione, ovvero entro il termine lungo;
- che, per contro, l'impugnazione incidentale di cui all'art. 334 c.p.c. è per definizione "*tardiva*", nel senso che essa è proponibile entro sessanta giorni dalla notificazione di altra impugnazione,

anche se a tale data è decorso il termine breve decorrente dalla notificazione della sentenza o, si noti, anche quello lungo decorrente dalla pubblicazione della stessa sentenza.

In definitiva, ha concluso l'Adunanza Plenaria, la notificazione di altra impugnazione sortisce l'effetto di rimettere in termini la parte che era decaduta dal termine di impugnazione breve o lungo.

Nella presente vicenda si conferma, dunque, che il fatto che l'appello incidentale di Aremol sia stato proposto oltre la scadenza del termine lungo non ne comporta l'inammissibilità.

Id Né quest'ultima potrebbe essere fatta risalire –osserva il Collegio- alla circostanza che la stessa Agenzia regionale aveva in precedenza proposto, contro la medesima sentenza, un appello principale poi tardivamente depositato, chiamando in causa quale possibile fattore preclusivo il principio della consumazione del potere di impugnazione.

La consumazione del potere di impugnare, infatti, giusta l'art. 358 c.p.c., applicabile anche al processo amministrativo, presuppone necessariamente l'intervenuta declaratoria di inammissibilità del primo gravame, declaratoria in assenza della quale l'impugnazione viziata è invece riproponibile. Ne deriva che il mancato rispetto del termine di deposito del ricorso, se comporta la irritualità dell'appello, non ne impedisce però la reiterazione nelle more della declaratoria di irritualità, sia pure nel rispetto del termine di legge (C.d.S., IV, 15 settembre 2009, n. 5523; nello stesso senso IV, 11 ottobre 2006, n. 6060; 7 giugno 2005, n. 2904).

Nello stesso senso è orientata anche la giurisprudenza civile, secondo la quale il principio di consumazione dell'impugnazione non osta a che la parte che abbia già proposto ricorso per cassazione ne proponga un altro, in pendenza del termine per impugnare, quando il primo ricorso sia viziato ed il successivo miri a sostituire il precedente (Cass. civ., sez. III, 12 aprile 2011, n. 8306; cfr. anche Cass. civ., sez. III, 18 luglio 2011, n. 15721, secondo la quale il principio di consumazione dell'impugnazione, secondo un'interpretazione conforme ai principi costituzionali del giusto processo, che sono diretti a rimuovere anche nel campo dei gravami gli ostacoli alla compiuta realizzazione del diritto di difesa rifuggendo formalismi rigoristici, impone di ritenere che fino a quando non intervenga una declaratoria di improcedibilità possa essere proposto un secondo atto di appello, sempre che la seconda impugnazione risulti tempestiva e si sia svolto regolare contraddittorio tra le parti).

Per le ragioni esposte, in presenza di un appello principale inammissibile per tardività del deposito, la cui inammissibilità non sia stata però ancora dichiarata, deve ritenersi dunque consentita anche la proposizione di un appello incidentale tardivo (che, per parte sua, già per definizione presuppone, appunto, che il proponente sia incorso in una decadenza), con i più limitati effetti che contraddistinguono tale rimedio (cfr. Cass. civ., sez. III, 7 luglio 2009, n. 15895).

Le L'appello incidentale di Aremol è quindi rituale.

2 Nel merito, tale appello merita di essere accolto con riguardo alla riproposta eccezione di difetto di legittimazione passiva della stessa Aremol, e alla conseguenziale doglianza espressa dall'Agenzia avverso la propria condanna a risarcire (con la Regione) i danni patiti dalla LOTTI.

Non vi è invece luogo ad esaminare le altre critiche recate da tale appello incidentale, in quanto dedotte solo in via subordinata rispetto alla suddetta eccezione preliminare (cfr. le memorie della stessa Agenzia del 26 agosto 2011, pag. 3, e 18 aprile 2012, pag. 4).

2a Giova subito ricordare le considerazioni con cui l'eccezione di difetto di legittimazione passiva dell'Agenzia è stata disattesa in prime cure.

In proposito il T.A.R. ha osservato che il contributo fornito dall'Aremol all'espletamento della procedura non era stato limitato all'approntamento della regolamentazione di gara (bando, disciplinare e Capitolato d'oneri), poi approvata con determinazione regionale.

Dal primo Giudicante sono stati difatti valorizzati i seguenti elementi ulteriori:

- un dipendente dell'Agenzia (ing. T. Picano) ha svolto le funzioni di responsabile del procedimento di gara;
- la stessa Aremol è stata deputata ed ha provveduto all'attività di verifica del possesso dei requisiti generali dell'Ati aggiudicataria e della seconda posizionata (poi ricorrente), dichiarando "che nulla

osta...all'adozione del verbale di efficacia della gara" (d.d.le 24.9.2009, pag. 3, ultimo periodo);

- l'Aremol ha provveduto al pagamento e alla liquidazione dell'importo a base d'asta "sino alla concorrenza di € 2.056.320,00....." (d.d.le cit., penultima pagina).

Da tutto ciò il Tribunale ha desunto che, nel complesso, l'Aremol aveva svolto un ruolo di parte attiva nel procedimento di gara "*che, certamente, le conferisce interesse a contraddire, in particolare, rispetto a quelle doglianze che parte ricorrente non ha mancato di indirizzare (anche) sull'inadeguatezza dell'attività di verifica dianzi ricordata.*"

2b La critica di fondo mossa dall'appellante incidentale avverso questa decisione è che l'apporto da essa dato alla procedura regionale mediante attività di supporto, assistenza tecnica e consulenza si era comunque esaurito in mere operazioni prodromiche all'adozione di atti con rilevanza esterna promananti dalla sola Regione Lazio, la quale costituiva, pertanto, il solo ente a poter essere qualificato Amministrazione resistente ai sensi dell'art. 27 CPA.

2c La critica dell'Aremol coglie nel segno.

L'art. 41 CPA stabilisce che il ricorso giurisdizionale debba essere notificato all'Amministrazione "*che ha emesso l'atto impugnato*", regola sostanzialmente riproduttiva delle precedenti previsioni dell'art. 21 della legge n. 1034/1971 e dell'art. 36, comma 2, del T.U. Cons. Stato.

Il giudizio impugnatorio vede, quindi, quale parte pubblica resistente l'Amministrazione che ha emanato l'atto della cui impugnativa si tratta.

Orbene, la regola generale è appunto quella che il ricorso giurisdizionale debba essere notificato all'Amministrazione che ha emanato l'atto conclusivo del procedimento, e non anche agli organi o enti che ai più diversi titoli abbiano potuto partecipare alla procedura. Anche nei procedimenti cui prendano parte più enti pubblici, perciò, il contraddittorio deve essere instaurato nei confronti dell'Amministrazione che ha la giuridica paternità dell'atto finale.

Corollario di tale regola è che solo allorché l'atto finale sia imputabile alla volontà di più Amministrazioni, come ad es. tipicamente accade per gli atti di concerto (C.d.S., VI, 23 gennaio 2006, n. 183), oppure può verificarsi per gli accordi di programma (C.d.S., IV, 17 giugno 2003, n. 3403), la relativa legittimazione processuale passiva diventi plurima.

Di contro, anche le partecipazioni al procedimento giuridicamente qualificate, come quella che si esprime nella paternità dell'iniziativa mediante la proposta (C.d.S., IV, 28 marzo 1990, n. 213), nella partecipazione alla formale intesa che abbia preceduto l'adozione del provvedimento finale (C.d.S., VI, 7 marzo 1990, n. 347), o nel compimento di altro atto preparatorio (C.d.S., V, 19 febbraio 1996, n. 216), non valgono ad estendere la veste di parte necessaria a soggetti ulteriori rispetto all'Autorità emanante.

Per estendere la legittimazione passiva ad altri enti occorre, difatti, che le norme imputino il provvedimento finale ad una pluralità di Amministrazioni; sicché, al di fuori di questa ipotesi, la partecipazione di altri enti al procedimento non ha rilievo ai fini dell'instaurazione del contraddittorio relativo all'impugnativa del provvedimento finale (cfr. C.d.S., VI, 14 luglio 1981, n. 433).

Alla luce dei tradizionali principi così ricordati, la Sezione rileva che gli elementi valorizzati dal primo Giudice (attinenti essenzialmente ad una collaborazione tecnica prestata dall'Agenzia nelle fasi preparatoria ed istruttoria) non possono valere a fondare l'attribuzione all'Aremol della veste di parte necessaria dell'impugnativa di cui si tratta, la quale ha pur sempre investito atti assunti dalla Regione Lazio in nome proprio e nella propria piena responsabilità (cfr. C.G.A.R.S. 19 maggio 2011, n. 372, pervenuta in un caso analogo alla stessa conclusione).

Ne consegue la fondatezza dell'eccezione di difetto di legittimazione passiva dell'Aremol, che per l'effetto va estromessa dal giudizio di impugnazione.

2d Questa conclusione si riflette inevitabilmente sulla problematica della legittimazione riguardante l'azione risarcitoria pure introdotta dall'originaria ricorrente.

Vertendosi in tema di danni da illegittimo esercizio di attività amministrativa (cfr. l'art. 30, comma 2, CPA), sembra logico che la relativa legittimazione passiva debba costituire una fedele proiezione della legittimazione a contraddire rispetto all'azione

impugnatoria provvedimento che sta a monte. Non a caso, la domanda risarcitoria della LOTTI è stata introdotta proprio per i danni cagionati dai provvedimenti che erano stati investiti dalla sua contestuale impugnativa.

Anche su questo piano emerge, pertanto, il difetto di legittimazione passiva dell'Aremol. La conferente statuizione di condanna potrà perciò fare carico alla sola Regione.

3 Dopo la disamina degli appelli dell'Aremol si passa a trattare quello della Regione Lazio.

L'appello regionale ha investito la decisione in epigrafe nella parte in cui questa ha accolto il quarto motivo di ricorso della LOTTI, ed emesso la correlativa condanna risarcitoria.

3a L'originaria ricorrente, con tale mezzo, dopo avere ricordato che anche l'impresa ausiliaria era tenuta a rendere la dichiarazione riguardante il possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del Codice degli appalti, rammentava che il legale rappresentante dell'impresa ausiliaria dell'Ati aggiudicataria aveva irregolarmente dichiarato, solo *“per quanto di propria conoscenza, l'insussistenza delle suddette condizioni anche per il direttore tecnico... ing. Arrigo La Tessa”*.

Orbene, una simile dichiarazione, secondo l'avviso della ricorrente convalidato dal T.A.R., aveva contravvenuto alla disposizione dell'art. 47 del d.P.R. n. 445 del 2000 (richiamato dall'art. 38 c. 2 del Codice appalti, nonché dai punti A2, pagg. 3, 6, e 21 del disciplinare), norma che consente al legale rappresentante di

rendere dichiarazioni anche sul conto di soggetti terzi, purché riguardo a fatti o situazioni personali che siano di “*diretta conoscenza*” del dichiarante.

La dichiarazione appena trascritta, così come formulata, andava quindi considerata giuridicamente inesistente, come del resto recentemente affermato da questa Sezione in un’ipotesi simile con la decisione n. 375 del 2009. Quest’ultima pronuncia, infatti, proprio con riferimento ad un caso in cui il legale rappresentante di una ditta aveva dichiarato che, “*per quanto di sua conoscenza*”, non sussistevano nei confronti dell’amministratore precedente le condizioni ostative previste dall’art. 38 Cod. Appalti, ha testualmente affermato: “*Tale puntualizzazione, come giustamente osservato dal giudice di prime cure, rende del tutto priva di valore e tamquam non esset la dichiarazione rilasciata, ponendosi in contrasto con le norme in materia di dichiarazioni sostitutive di atto di notorietà di cui al DPR 28.12.2000 n. 445 venendo a mancare una vera e propria assunzione di responsabilità insita invece in tale tipo di dichiarazione ed alla base dell'affidamento che è chiamata a riporvi la Amministrazione*”.

3b La decisione del Tribunale di accoglimento del mezzo, pur sottoposta a critica dall’appellante -come dalle restanti parti originariamente intime- sotto ciascuno dei suoi profili e snodi logici, risulta meritevole di conferma.

3c La formulazione impiegata dal vertice dell’impresa ausiliaria dell’aggiudicataria solo ad una prima approssimazione potrebbe

apparire conforme alle regole dell'art. 47, comma 2, d.P.R. n. 445/2000 e della *lex specialis*.

In realtà, esiste una precisa differenza a seconda che venga dichiarato che un *quid* costituisca oggetto di “*diretta conoscenza*” del dichiarante, o, invece, che una certa condizione sussista “*perquanto di propria conoscenza*”.

Con una dichiarazione quale la prima, invero, si attesta la verità di un fatto, ancorché relativo ad un terzo soggetto, grazie alla circostanza che di esso anche il dichiarante possiede una conoscenza diretta. Si tratta, quindi, di una dichiarazione che implica una precisa assunzione di responsabilità, e che come tale è meritevole di fede.

Per converso, una dichiarazione del secondo genere, connotata da una riserva del tipo “*per quanto amia conoscenza*”, stante il proprio tenore, lascia oggettivamente aperta la possibilità che l'assetto delle cose non sia nel senso dichiarato, bensì le cose stiano diversamente. Sicché essa non importa una effettiva assunzione di responsabilità da parte del dichiarante.

Di conseguenza, deve escludersi che i due concetti coincidano. Così come va escluso che una dichiarazione del secondo genere possa soddisfare le esigenze probatorie sottese all'art. 47 comma 2 d.P.R. n. 445/2000 (in tal senso v. la decisione della Sezione n. 375/2009, già richiamata dal primo Giudice, nonché C.G.A.R.S. 6 settembre 2010, n. 1153).

3d Le originarie parti intimare invocano in senso contrario la più

tollerante giurisprudenza dell'ultimo periodo, e segnatamente le sentenze di questo Consiglio nn. 3862 e 3686 del 2011 (rispettivamente delle Sezioni IV e V).

Questa non è però pertinente al *thema decidendum*. Essa riguarda la peculiare posizione dei soggetti già cessati dalle loro cariche, e nei soli loro confronti ha reputato sufficiente una formula dichiarativa del tipo “per quanto di propria conoscenza” (come hanno fatto anche i recenti pronunziamenti dell’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici richiamati dalle stesse difese).

E’ solo rispetto alla condizione di un soggetto che sia ormai cessato dalla carica, invero, che l’impresa potrebbe versare in una condizione di sostanziale impossibilità di ottenere una dichiarazione resa dall’interessato, e, nello stesso tempo, potrebbe non disporre essa (più) delle conoscenze necessarie a rendere una dichiarazione riflettente la posizione individuale dell’ex collaboratore. Sicché unicamente per casi del genere può apparire giustificata una lettura attenuatrice dell’onere di legge, in ragione della sostanziale inesigibilità di una dichiarazione rigorosamente impegnativa dell’impresa sul conto del suo ex collaboratore.

Le suddette peculiari ragioni giustificative non ricorrono però, per contro, nei confronti di un direttore tecnico che al momento della dichiarazione figuri pienamente in carica (quale l’ing. La Tessa per la Italiana Sistemi s.r.l., dove il primo risulta dalla stessa dichiarazione in atti essere finanche socio della seconda, nonché “amministratore munito di potere di rappresentanza”). Senza dire

che nella dichiarazione in concreto resa non è stato nemmeno dato atto di circostanze che, in ipotesi, avrebbero potuto precludere la presentazione di una dichiarazione sorretta da una piena assunzione di responsabilità.

Nella fattispecie era quindi ineludibilmente dovuto un pieno rispetto della normativa vigente, e perciò una dichiarazione sostitutiva resa con i crismi di legge e l'assunzione della correlativa responsabilità giuridica.

3e Né vale, in contrario, opporre l'ambiguità o genericità delle previsioni della *lex specialis* sul punto in rilievo.

Il Disciplinare, pur esigendo come regola generale che la dichiarazione in discorso venisse resa, per le imprese societarie, direttamente dagli amministratori muniti di poteri di rappresentanza e dai direttori tecnici interessati, ammetteva anche, sulla scia della previsione dell'art. 47 comma 2 del d.P.R. n. 445 del 2000, la possibilità alternativa che venissero rese all'uopo dichiarazioni altrui, rispetto a fatti/situazioni, però, pur sempre di "*diretta conoscenza*" del dichiarante.

E se è vero che la medesima *lex specialis* si limitava a stabilire, alla pag. 6, che le dichiarazioni ai sensi dell'art. 47 cit. potevano essere rese anche dai legali rappresentanti delle imprese concorrenti, vale però soprattutto rimarcare: da un lato, che alla successiva pag. 19 il punto veniva specificato riportando il testo dello stesso articolo 47, e pertanto il requisito della "*diretta conoscenza*"; dall'altro, che, alla pag. 10, per le dichiarazioni che avrebbero dovuto essere

presentate dalle imprese ausiliarie, erano state inequivocabilmente richiamate, con il rinvio al punto 2, le regole generali appena illustrate.

La *lex specialis*, diversamente da quanto sostenuto dalla difesa regionale, era dunque sufficientemente specifica.

Anche la comminatoria di esclusione da essa contemplata era, inoltre, idonea allo scopo (cfr. la pag. 3 del disciplinare, ma soprattutto le informazioni complementari recate dal bando). Non può difatti condividersi la lettura esasperatamente letterale che ne ha proposto la difesa regionale, che la vorrebbe destinata a funzionare nel solo caso della mancata presentazione di un documento, ed invece illogicamente indifferente ad ogni lacuna di questo, dal momento che il bando stabiliva univocamente che *“ai fini della partecipazione alla gara gli offerenti dovranno attenersi, a pena d’esclusione, a tutte le disposizioni in essi (n.d.r.: disciplinare e capitolato) indicate”*.

3f L’includibilità dell’esclusione dell’ATI ITALCONSULT così emersa comporta l’infondatezza anche dell’ulteriore rilievo regionale basato sull’istituto del c.d. soccorso istruttorio.

Secondo la Regione si sarebbe dovuto comunque consentire all’aggiudicataria di dimostrare il proprio possesso dei requisiti di cui all’art. 38 cit., ammettendola ad integrare/chiarire la dichiarazione della propria ausiliaria ai sensi dell’art. 46 Codice Appalti.

E’, però, noto quanto consolidato l’insegnamento giurisprudenziale

in ordine all'istituto del c.d. dovere di soccorso codificato dall'art. 46 cit. per cui l'omessa allegazione di un documento o di una dichiarazione previsti a pena di esclusione non può considerarsi alla stregua di un'irregolarità sanabile, e, quindi, non ne è permessa l'integrazione o la regolarizzazione postuma, non trattandosi di rimediare a vizi puramente formali. E ciò tanto più quando non sussistano equivoci o incertezze generati dall'ambiguità di clausole della legge di gara (cfr., tra le più recenti: C.d.S., V, 2 agosto 2010, n. 5084; 2 febbraio 2010, n. 428; 15 gennaio 2008, n. 36). In presenza di una prescrizione chiara, un'ammissione alla regolarizzazione costituirebbe violazione della par condicio fra i concorrenti. La richiesta di regolarizzazione, pertanto, non può essere formulata per permettere l'integrazione di documenti che, in base a previsioni univoche del bando o della lettera di invito, avrebbero dovuto essere prodotti a pena di esclusione (C.G.A., n. 802 del 2006; C.d.S., IV, n. 4560 del 2005 e n. 2254 del 2007).

3g Per quanto precede, stante la fondatezza del quarto motivo del ricorso di prime cure della LOTTI, l'appello della Regione Lazio va respinto, e la sentenza appellata, per questa parte, confermata.

Ne discende la carenza di interesse alla base tanto dell'appello incidentale condizionato della LOTTI, che era stato proposto solo in via subordinata, quanto del connesso, riproposto ricorso incidentale di primo grado di ITALCONSULT.

4 Restano da esaminare, a questo punto, i soli contenuti dell'appello principale spiegato dalla LOTTI.

Tale gravame deve essere respinto, con la sola eccezione del motivo, meritevole invece di un parziale accoglimento, con il quale la società si è doluta del mancato riconoscimento di un risarcimento a titolo di danno curricolare.

4a Il primo motivo dell'impugnativa verte sull'avvenuto accoglimento, da parte del T.A.R., dell'eccezione di inammissibilità che era stata sollevata dalla difesa regionale.

4a1 In prime cure la Regione, dopo aver ricordato che l'offerta di gara doveva essere presentata entro il 25 maggio 2009 e restava valida per 180 giorni (vale a dire fino al 21 novembre 2009), rimarcava che la Techproject s.r.l (una delle mandanti della costituenda Ati ricorrente), con una nota del 25/11/2009 indirizzata alla mandataria Lotti, all'altra mandante Tecnosistem, ad essa Regione Lazio e all'Aremol, aveva diffidato la mandataria dall'intraprendere, in tale sua qualità, qualsiasi azione legale in riferimento alla gara, *“in quanto lo stesso (ndr: raggruppamento) non è stato formalmente costituito e con la presente si conferma alla nostra intenzione a non esperire azioni giudiziarie nei confronti della stazione appaltante né nei confronti delle società prime classificate”*.

Ad avviso della Regione, tale manifestazione era incompatibile con una volontà della stessa Techproject di garantire la propria offerta oltre il limite temporale imposto dalla *lex specialis*. E poiché, ai sensi dell'articolo 37, c. 9, del Codice appalti, *“è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei*

..... rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta", un ipotetico accoglimento del gravame non avrebbe comunque mai potuto consentire alla ricorrente di aggiudicarsi l'appalto, stante l'intervenuta alterazione della composizione della sua Ati.

4a2 Il Tribunale con la propria sentenza ha sostanzialmente accolto l'eccezione, convenendo che la volontà manifestata dalla mandante Techproject fosse incompatibile sia con il mantenimento di tale *qualitas* all'interno della compagine associativa, sia con qualsivoglia implicita volontà di prorogare la vincolatività dell'offerta di gara oltre il termine di giorni 180 (già scaduto alla data di inoltro della diffida).

Il tenore letterale della diffida è stato ritenuto, infatti, prevalente sull'obiezione della ricorrente che la Techproject non si era formalmente mai dissociata dal ricorso, né aveva mai "inequivocabilmente" affermato di non aver più interesse a conseguire l'aggiudicazione .

Per il primo Giudice, la dichiarazione della Techproject che era propria intenzione non aprire contenziosi nei confronti della Regione e delle prime classificate non avrebbe potuto convivere in alcun modo con una (implicita) volontà di conseguire l'aggiudicazione ed eseguire la progettazione.

Né la Techproject era tenuta a far seguire la propria diffida, già di per sé conclusiva, da alcun atto di formale dissociazione dal ricorso. Questo anche perché nessun mandato irrevocabile era stato

mai conferito alla Lotti s.p.a., che era capogruppo di un raggruppamento mai costituito.

Il Tribunale ha quindi rilevato, da un lato, che l'art. 37 comma 9 Cod. Appalti vieta "*qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta*"; dall'altro, che la ricorrente non aveva offerto alcun argomento, né in alcun modo sostenuto, che essa, da sola o in raggruppamento con l'altra società mandante (che non si era dissociata dall'iniziativa processuale), avrebbe comunque conservato la titolarità dei requisiti di partecipazione e qualificazione richiesti dalla *lex specialis*.

Da tutto ciò la conclusione del T.A.R. che nessun interesse residuava in capo alla ricorrente ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione, e dunque a conseguire l'aggiudicazione a vantaggio dell'Ati di cui era mandataria, "*in quanto quest'ultima Ati non esiste più e non può più, nella stessa composizione, né aggiudicarsi la gara né eseguire la progettazione, con accessiva improcedibilità ... della domanda impugnatoria*".

4a3 La LOTTI con il proprio primo mezzo d'appello, approfondito con la memoria del 17 aprile 2012, sviluppa molteplici critiche avverso il ragionamento che si è appena delineato, tornando ad argomentare sul significato ed il valore giuridico da attribuire alla diffida in discussione.

In particolare, viene sostenuto: che la portata della diffida fosse circoscritta al versante processuale dei rapporti con la mandataria e

l'Amministrazione, laddove quello sostanziale non ne sarebbe stato inciso; che tale atto non avrebbe potuto far venire meno l'impegno formalmente assunto da Techproject di eseguire l'appalto; che la stessa diffida era, infine, tardiva, in quanto intimata solo dopo che il ricorso era stato notificato.

4a4 La Sezione non ritiene che tali critiche possano essere condivise.

L'atto della Techproject recava, unitamente alla diffida alla mandataria dall'intraprendere qualsiasi azione legale rispetto alla gara, anche la conferma dell'intenzione di essa mandante di "*non esperire azioni giudiziarie nei confronti della stazione appaltante né nei confronti delle società prime classificate*". L'atto esprimeva quindi un complessivo significato di acquiescenza della mandante all'aggiudicazione (che dichiarava, appunto, di non voler mettere in discussione).

Da qui la correttezza della valutazione che esso fosse incompatibile con una ulteriore permanenza della diffidante nell'Ati antagonista dei controinteressati, come pure con una sua ipotetica volontà di tenere ferma (nei limiti del proprio potere di disposizione) l'offerta di gara in precedenza presentata ma ormai scaduta.

In definitiva, la Techproject con la propria diffida aveva dunque dimostrato una volontà di recesso dalla propria Ati.

Benché poi la LOTTI invochi, da ultimo, anche il recente indirizzo giurisprudenziale incline a ritenere compatibile con il disposto dell'art. 37 comma 9 del Codice la possibilità del recesso di una

mandante prima dell'aggiudicazione, al riguardo è sufficiente l'immediata obiezione (già anticipata, d'altro canto, in primo grado) che sarebbe stato onere della LOTTI, per poter fruire di una simile interpretazione, quello di allegare e dimostrare, già a tempo debito, di conservare intatti, malgrado il recesso, tutti i necessari requisiti di partecipazione. Il che neppure in occasione del presente atto di appello è stato tuttavia compiuto (il tema è stato affrontato solo con la memoria dello scorso 17 aprile, alla pag. 6: e oltretutto con un'affermazione che per la sua vaghezza ed apoditticità non possiederebbe alcuna attitudine dimostrativa).

Vero è poi che al momento della diffida era stato già notificato il ricorso giurisdizionale proposto dalla LOTTI nella sua duplice veste. Non sembra però dubbio che tale impugnativa, nella parte in cui era stata proposta per la costituenda Ati, e quindi anche per conto della suddetta mandante, rimanesse soggetta alle vicende del relativo raggruppamento e al potere di disposizione delle sue componenti.

In conseguenza di quanto esposto, pertanto, attesa l'impossibilità di garantire l'originaria composizione dell'Ati della LOTTI, e non essendo stato dimostrato che l'Ati avrebbe potuto essere modificata senza metterne in discussione la titolarità dei requisiti di partecipazione alla procedura, questo primo mezzo risulta infondato.

4b Con il secondo motivo dell'appello principale della LOTTI si appunta l'attenzione sulla quantificazione del risarcimento a questa

riconosciuto dal Giudice di prime cure.

4b1 Richiamando le considerazioni esposte con il precedente mezzo, l'appellante sostiene che la prestazione risarcitoria avrebbe dovuto essere commisurata alla lesione patita dal raggruppamento LOTTI nella sua interezza, e che quindi erroneamente il TAR aveva avuto riguardo al diritto della sola mandataria, riducendo l'ammontare del risarcimento accordato entro la misura del 33 % del pregiudizio totale.

Le ragioni con le quali il primo motivo è stato testé superato comportano, però, per ciò stesso l'infondatezza anche di questa pretesa, in quanto prospettata in termini di mera consequenzialità rispetto alle tesi espresse con il precedente mezzo.

4b2 In via subordinata, la LOTTI contesta la suddetta liquidazione risarcitoria per il fatto di non essersi tenuto conto delle ragioni dell'altra mandante, la Tecnosistem, che -diversamente dalla Techproject- mai aveva dichiarato la propria contrarietà al ricorso, intimato diffide, né tanto meno manifestato la volontà di rinunciare all'utile dell'appalto.

Il primo Giudice avrebbe ommesso di prendere in considerazione ai fini risarcitori la posizione della Tecnosistem, senza neppure spiegare le ragioni per cui non avrebbe potuto tenersi conto del suo mancato utile.

La LOTTI su queste premesse domanda, quindi, che, tenuto conto anche della quota di pertinenza della Tecnosistem, la prestazione risarcitoria, in riforma della sentenza appellata, venga elevata al 66

% del complessivo pregiudizio patito dalla propria Ati.

4b3 Nemmeno questa doglianza è fondata.

Giova chiarire in punto di fatto che nella sentenza appellata l'osservazione che non fossero state documentate le parti di progettazione di pertinenza individuale valeva semplicemente a giustificare il riconoscimento in favore della LOTTI di una quota determinata in misura forfetaria (33 %), senza che ciò implicasse alcuna posizione incline all'affermazione di un diritto risarcitorio anche a favore della seconda mandante.

Ciò posto, è immediata la considerazione che il Tribunale ha liquidato il danno risarcibile traendo le coerenti conseguenze della propria premessa di partenza per cui la LOTTI aveva agito in giudizio validamente soltanto in proprio (v. le pagg. 22 e 43 della sentenza), premessa corrispondente ad un capo di decisione che non ha formato oggetto di rituale e specifica contestazione in questa sede.

La LOTTI nella veste indicata non poteva pertanto spendere alcuna forma di legittimazione all'esercizio di diritti altrui.

4b4 La LOTTI lamenta, inoltre, che non le sia stato riconosciuto alcun risarcimento a titolo di danno curricolare: e per questa parte le sue doglianze meritano adesione.

Nella sentenza in epigrafe, invero, pur partendosi dall'esatto presupposto che *“l'impresa ingiustamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare, a titolo di lucro cessante, anche la perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il*

proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare (Cfr., Cons.St., 27.11.2010, nr. 8253, 11 gennaio 2010, n. 20; sez. VI, 21 maggio 2009, n. 3144; sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751)", si è concluso, però, nel senso della non spettanza in concreto di alcun risarcimento sotto il profilo indicato.

Il Tribunale ha infatti osservato che anche di tale danno occorre dimostrare "*rigorosamente e diligentemente gli elementi diminutivi o accrescitivi ed il relativo nesso di causalità con la mancata aggiudicazione*", mentre la ricorrente non aveva fornito una simile prova, ma si era limitata ad invocare la relativa voce.

4b5 Ora, con l'appello in esame la LOTTI oppone la considerazione di fondo che la natura stessa della figura di danno in discussione fa sì che questo non si presti ad essere rigorosamente provato, come preteso dal T.A.R.. D'altra parte, il fatto stesso di non poter annoverare un ulteriore lavoro nel proprio curriculum è di per sé produttivo di un pregiudizio. Sicché le considerazioni della sentenza di prime cure potrebbero esplicitare la loro rilevanza non nella valutazione dell'*an* del riconoscimento del danno curricolare, precludendolo *in toto*, ma solo in occasione della sua quantificazione concreta.

4b6 La Sezione è dell'avviso che queste deduzioni siano entro certi limiti condivisibili.

L'esistenza della componente di danno in discussione può essere pragmaticamente ritenuta *in re ipsa*, in una certa contenuta misura, per il fatto stesso dell'impossibilità di utilizzare le referenze derivanti dall'esecuzione dell'appalto in controversia nell'ambito di futuri procedimenti simili di gara cui la stessa ricorrente potrebbe partecipare. Entro i limiti di un tale riconoscimento l'impresa non può dirsi quindi gravata, al riguardo, da alcuno specifico onere probatorio, il quale condizionerebbe soltanto l'ottenimento di un risarcimento ulteriore.

Sono ormai diverse, del resto, le recenti decisioni di questo Consiglio secondo le quali non sarebbe indispensabile uno specifico supporto probatorio per l'ottenimento di qualsiasi forma di riconoscimento a titolo di danno curricolare: cfr. la decisione della Sezione n. 661 del 7 febbraio 2012, in tema di lavori pubblici, che ha riconosciuto, senza che fossero state fornite particolari prove, un danno curricolare nella misura del 10 % dell'utile economico; la n. 2546 del 3 maggio 2012, anch'essa di questa Sezione; ed infine la stessa n. 8253 del 27 novembre 2010 della Sez. IV, richiamata dal Tribunale, che finiva pur essa con il riconoscere un certo ammontare di danno (1,50 %) allo stesso titolo, pur in assenza di specifici elementi di prova.

Nella fattispecie può pertanto equitativamente riconoscersi un pregiudizio a titolo di danno curricolare commisurato all'1 % del valore dell'appalto, determinato alla stregua del ribasso offerto dall'Ati della LOTTI, da attribuire all'appellante anche in questo

caso, per le ragioni sopra esposte, nella ridotta misura del 33 % .

4c Il terzo ed ultimo dei motivi dell'appello principale della LOTTI investe la declaratoria di difetto di interesse emessa dal Tribunale rispetto alle doglianze che erano state da essa articolate contro la *lex specialis*, con il suo terzo motivo di ricorso, e circa il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta dell'aggiudicataria, con il suo quinto motivo.

4c1 Il Tribunale ha in proposito affermato, in sostanza, che, risultando eseguito l'appalto in controversia, l'originaria ricorrente aveva perduto l'interesse a coltivare i motivi idonei a determinare, in astratto, nulla più che una rinnovazione –ormai preclusa- della gara, conservandolo per i soli mezzi che avrebbero potuto permettere di far accertare il suo titolo ad ottenere l'aggiudicazione. Tanto anche in considerazione del fatto che essa ricorrente aveva introdotto in giudizio un'azione risarcitoria tesa ad ottenere un ristoro per il mancato utile derivante dalla perdita della commessa alla cui esecuzione avrebbe avuto titolo, e non anche una pretesa risarcitoria diretta al ristoro della lesione del mero interesse contrattuale negativo.

4c2 Obietta l'appellante in questa sede che il T.A.R. avrebbe mancato di considerare che, anche in caso di avvenuta esecuzione dell'appalto, residuava in capo ad essa un interesse all'accertamento dell'illegittimità della *lex specialis*, ai fini del conseguimento di un risarcimento da quantificarsi (al limite) in termini di perdita di *chances*; e parimenti sarebbe residuo un

interesse strumentale a censurare il procedimento di valutazione della congruità dell'offerta aggiudicataria in vista della sua rinnovazione.

4c3 Questi rilievi, non più coltivati dall'appellante nelle sue successive memorie, sono privi di consistenza.

Secondo la tesi dell'appellante, il profilo di interesse a ricorrere che avrebbe dovuto indurre il primo Giudice ad una decisione di rito opposta a quella assunta si sarebbe appuntato sulle prospettive di tutela risarcitoria conseguibile in futuro dalla LOTTI. Ciò in relazione alla ventilata possibilità di ottenere un ristoro per la lesione dell'interesse negativo, e cioè l'interesse a non venire coinvolta in attività inutili, con riferimento ad eventuali spese vive e alla perdita delle pertinenti *chances* alternative.

Occorre tuttavia rammentare che il Tribunale, nella vicenda, con decisione rivelatasi meritevole di conferma ha riscontrato la fondatezza del quarto motivo di ricorso, con il conseguente riconoscimento della spettanza della commessa alla ricorrente in luogo dell'aggiudicataria. Va altresì ricordato come, in dipendenza di tanto, alla stessa ricorrente sia stata riconosciuta –con capo di decisione anche in questo caso da confermare- la conseguente spettanza del risarcimento dei danni (nei limiti della quota di sua pertinenza) da mancata aggiudicazione dell'appalto.

Orbene, una volta che la LOTTI abbia ottenuto il risarcimento per la mancata aggiudicazione, che presuppone da parte sua la partecipazione alla gara e, sia pure per *fictio*, la prestazione

dell'appalto, sembra ragionevole che per la medesima società diventi con ciò stesso preclusa la possibilità alternativa, incompatibile con la prima, del risarcimento del danno da lesione del semplice interesse contrattuale negativo, che viene tipicamente in rilievo allorché si sia stati coinvolti in trattative senza costrutto.

L'alternatività tra le due tecniche di tutela è frequentemente affermata dalla giurisprudenza rispetto alla spese di partecipazione alle gare, con riferimento alle quali è stato, ad esempio, recentemente osservato quanto segue. *“Nel riconoscimento del danno da mancata aggiudicazione, se viene attribuito il ristoro del danno da mancato utile, viene escluso il danno relativo alle spese subite, in quanto nelle pubbliche gare di appalto all'aggiudicatario non viene riconosciuto il rimborso delle spese sostenute per la gara, implicitamente assorbite dal compenso per l'esecuzione dell'appalto. E, invero, nella somma liquidata a titolo di ristoro dell'utile di impresa perduto, è già ricompresa la remunerazione del capitale impiegato per la partecipazione alla gara; si evitano in tal modo ingiustificate locupletazioni derivanti dalla medesima partita di danno (Cons. giust. sic., 22 giugno 2006 n. 315; Cons. St., sez. V, 13 giugno 2008 n. 2967). Sicché, se in luogo dell'aggiudicazione si consegue il danno da mancato utile, parallelamente non spetta il danno per le spese di gara”* (VI, 11 gennaio 2010, n. 20; nello stesso senso v. anche, ad es., la n. 5168 del 16 settembre 2011).

La stessa incompatibilità con il risarcimento del mancato utile

implicato dalla gara d'appalto va registrata, peraltro, anche rispetto alla perdita di *chances* potenzialmente correlabile al risarcimento della lesione dell'interesse contrattuale negativo, dal momento che le dette *chances* riguardano le favorevoli occasioni contrattuali di segno alternativo alla partecipazione alla procedura di appalto della quale si tratti. Sembra evidente, invero, che il soggetto che debba essere risarcito per il mancato conseguimento dell'utile offerto da una determinata procedura non possa, in seguito, cumulare un ulteriore risarcimento inteso a tenerlo indenne dalla perdita, nel contempo, di occasioni alternative alla procedura stessa.

Se ne desume che la LOTTI non avrebbe potuto ottenere gli ulteriori riconoscimenti risarcitori da essa ipotizzati. Donde la conferma della statuizione di carenza di interesse formante oggetto di quest'ultimo motivo.

5 In conclusione, dei tre appelli principali in epigrafe quello di Aremol risulta inammissibile, quello della Regione infondato, mentre quello della LOTTI si rivela accoglibile limitatamente al riconoscimento alla medesima di un risarcimento anche per il danno curricolare, essendo per il resto privo di fondamento.

Sicché la sentenza appellata deve essere riformata ai soli fini della estromissione della Aremol, con la conseguente limitazione a carico della Regione della pronunciata condanna risarcitoria, e per quanto attiene alla necessità di estendere il risarcimento anche, nei limiti sopra indicati, al danno curricolare.

Si ravvisano ragioni tali da giustificare una equitativa

compensazione delle spese processuali del doppio grado tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), riuniti gli appelli in epigrafe, definitivamente pronunciando sui medesimi così provvede:

- dichiara inammissibile l'appello principale di Aremol;
- accoglie nei termini di cui in motivazione l'appello incidentale della stessa Aremol, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, ne dichiara il difetto di legittimazione passiva e la estromette dal giudizio;
- respinge l'appello della Regione Lazio;
- in riforma della sentenza appellata, pone la condanna risarcitoria emessa a favore dell'originaria ricorrente ad esclusivo carico della Regione Lazio;
- dichiara improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse l'appello incidentale condizionato proposto dalla società Lotti;
- accoglie per quanto di ragione l'appello principale proposto dalla medesima società, e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza appellata, condanna la Regione Lazio alla ulteriore prestazione risarcitoria indicata in motivazione a titolo di danno curricolare; respinge lo stesso appello sotto i rimanenti profili.

Compensa interamente tra le parti le spese processuali del doppio grado di giudizio.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità

amministrativa.

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 4 maggio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Marco Buricelli, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/07/2012

IL SEGRETARIO

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