

N. 03974/2014REG.PROV.COLL.
N. 01165/2014 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 1165 del 2014, proposto dalla Prima Appalti S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Avilio Presutti, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, piazza S. Salvatore in Lauro 10;

contro

Metropolitana Milanese S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Guido Greco, Manuela Muscardini e Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso quest'ultima in Roma, corso Vittorio Emanuele 349;

nei confronti di

Fea S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Marco Feroci, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Paolo Emilio, 32;
Consorzio Stabile Terra Soc. cons. a r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, SEZIONE I, n. 354/2014, resa tra le parti, concernente affidamento del rifacimento della rete fognaria – mcp.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Metropolitana Milanese S.p.a. e della Fea S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 1° luglio 2014 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Avilio Presutti, Maria Alessandra Sandulli e Marco Feroci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso depositato al T.A.R. per la Lombardia in data 2 luglio 2013 la Prima Appalti S.r.l., classificatasi seconda nella graduatoria della gara indetta da Metropolitana Milanese S.p.a. in data 22 marzo 2013 per l'affidamento in appalto del rifacimento della rete fognaria lungo le vie Inverigo, De Gasperi e del Ghiasello, in Milano, impugnava il provvedimento di aggiudicazione definitiva della commessa emesso in favore dell'A.T.I. Fea S.r.l./Consorzio Stabile Terra.

A fondamento del gravame venivano dedotti motivi che il Giudice di primo grado avrebbe così sunteggiato :

- la FEA S.r.l. e il Consorzio Stabile Terra, aggiudicatarie della gara

con il modulo dell'associazione temporanea di tipo orizzontale, non avrebbero specificato le quote di partecipazione all'A.T.I. né la ripartizione delle lavorazioni scorporabili, in violazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006;

- la FEA S.r.l. non possederebbe i requisiti di qualificazione correlati alla percentuale del 65% assunta, in violazione dell'art. 92 del d.P.R. n. 207/2010;

- l'ATI controinteressata avrebbe dichiarato, con riferimento alle categorie scorporabili 0G3 e 0S21, solo genericamente di voler ricorrere al subappalto, senza indicare il soggetto subappaltatore;

- l'impresa ausiliaria dell'A.T.I. aggiudicataria (FAR S.r.l.) si sarebbe limitata a dichiarare il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, in violazione dell'art. 49 della stessa fonte.

Si costituivano in giudizio in resistenza al ricorso Metropolitana Milanese S.p.a. e la controinteressata.

La domanda cautelare proposta dalla ricorrente, respinta dal T.A.R., veniva accolta da questa Sezione, che apprezzava favorevolmente il *fumus bonis iuris* del gravame sulla base delle seguenti considerazioni:

“Ritenuto che la censura riguardante l'assenza di dichiarazione dell'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante ai sensi dell'art. 49 co. 2 lett. c) D. Lgs. 163/2006 appare ad un primo esame dotata di aspetti di fondatezza e che a tale punto viene a mancare il vincolo della stessa impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante, privando così l'impresa ausiliaria della responsabilità nei confronti della committente”;

Considerato che la dichiarazione ed il contratto di avalimento presentati non

possono essere ritenuti equipollenti ai fini del richiamato art. 49 co. 2 lett. c) ...”.

All'esito del giudizio di primo grado il Tribunale adito, con la sentenza n. 354/2014 in epigrafe, respingeva il ricorso.

Tale sentenza veniva impugnata dalla soccombente dinanzi a questa Sezione formulando il presente appello, con il quale venivano riproposte le doglianze già introdotte contro l'avversata aggiudicazione e sottoposti a critica gli argomenti con i quali il primo Giudice le aveva disattese.

Resistevano all'appello Metropolitana Milanese S.p.a. e FEA S.r.l., che con l'ausilio di più memorie controdeducevano alle censure avversarie ed instavano per la reiezione del nuovo gravame sul rilievo della sua infondatezza.

La ricorrente, per parte sua, insisteva nelle proprie doglianze, sviluppandole ulteriormente mediante più scritti.

Nelle more, la Sezione con ordinanza del 4 marzo 2014 accoglieva la domanda cautelare proposta dalla società appellante.

Alla pubblica udienza del 1° luglio 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

L'appello è fondato.

1 Il primo motivo dell'impugnazione, infatti, oltre che ammissibile (giacché, contrariamente a quanto eccepito dalla Stazione appaltante, è sorretto da una puntuale critica alla ricostruzione giuridica operata dal T.A.R.), merita favorevole considerazione anche nel merito.

1a La ricorrente ha dedotto in prime cure che il ricorso all'avvalimento da parte dell'A.T.I. avversaria doveva considerarsi

affetto da violazione dell'art. 49, comma 2, lett. c) del d.lgs. n. 163/2006, in quanto l'azienda ausiliaria FAR S.r.l. non avrebbe dichiarato nei confronti dell'Amministrazione, come prescritto dalla legge, di essere in possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento, ma si sarebbe limitata ad attestare il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 dello stesso d.lgs..

1b Il Tribunale ha respinto la critica, reputando legittima l'applicazione fatta in concreto dell'istituto dell'avvalimento sulla scorta dei seguenti argomenti.

La F.A.R. S.r.l. ha indirizzato la propria dichiarazione ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. c) direttamente a Metropolitana Milanese (documento n. 5.1 depositato dall'Amministrazione), affermando ivi espressamente, oltre al proprio possesso dei requisiti di ordine generale, che intendeva *“far avvalere l'impresa FEA S.r.l. dei requisiti della sottoscritta impresa F.A.R. S.r.l. per la categoria OG6IV”*.

Siffatta dichiarazione sarebbe stata sostanzialmente corrispondente a quanto richiesto dalla norma appena citata: quando un'impresa (nella specie, accreditata della categoria OG6IV), è stato detto, intende far avvalere un'altra dei requisiti mancanti alla seconda, ne riconoscerebbe così *“implicitamente, ma sicuramente, anche il possesso”*.

D'altra parte, il contratto di avvalimento, pur se dotato di efficacia diretta solo tra le parti private, è comunque uno dei documenti che devono essere presentati alla Stazione appaltante ai sensi della lettera f) dello stesso art. 49, comma 2, del Codice dei Contratti pubblici. E nel contratto presentato nella fattispecie si legge che *“l'impresa FEA*

S.r.l. ha richiesto all'impresa F.A.R. S.r.l. la partecipazione al suddetto appalto in avvalimento ai sensi degli artt. 48 e 49 del d.lgs. 163/2006 essendo quest'ultima in possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara”.

Sicché nel fascicolo presentato dalla concorrente alla Stazione appaltante vi sarebbero state ben due dichiarazioni, una implicita e l'altra esplicita, attestanti il possesso dei requisiti da parte dell'impresa ausiliaria. E con ciò sarebbe stato ampiamente raggiunto il risultato di assicurare il vincolo dell'ausiliaria nei confronti dell'Amministrazione.

Sempre secondo il T.A.R. una diversa conclusione, ossia *“una lettura formalistica della dichiarazione sul possesso dei requisiti e una scissione artificiosa tra la suddetta dichiarazione e il contratto stipulato in vista di essa”*, si porrebbe in contrasto con l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia nella sentenza della Sez. V del 10 ottobre 2013 in causa C-94/12, che ha ribadito il diritto di ogni operatore economico a fare affidamento, per un determinato appalto, sulle capacità di altri soggetti, purché dimostri all'Amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari per eseguire tale appalto.

Già l'art. 48, paragrafo 3, della direttiva n. 18/2004/CE prevedeva, del resto, la sufficienza, in caso di avvalimento, quale prova del possesso delle risorse necessarie ai fini dell'esecuzione dell'appalto, di una dichiarazione di impegno da parte della società ausiliaria a mettere a disposizione della concorrente le predette risorse. Dichiarazione che nella specie era stata puntualmente presentata dalla F.A.R. nell'atto indirizzato alla Stazione appaltante, recante la previsione che *“la scrivente impresa ausiliaria si obbliga nei confronti dell'impresa FEA S.r.l. e*

verso l'Amministrazione in epigrafe a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui FEA S.r.l. è carente?

1c La Sezione non ritiene che gli argomenti appena esposti resistano alle critiche mosse dall'appellante.

1d Occorre invero subito evidenziare che le dichiarazioni presentate in funzione dell'avvalimento dall'A.T.I. aggiudicataria non erano parametrize sul testo dell'art. 49, comma 2, del Codice dei contratti pubblici vigente a seguito della modificazione operata con l'art. 4, comma 2, lett. e-bis) del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, bensì modellate in dettaglio sulla (sola) formulazione normativa precedente.

Quest'ultima, per quel che in questa sede rileva, richiedeva per l'avvalimento il deposito di quanto segue:

“c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38;

d) una dichiarazione sottoscritta dall'impresa ausiliaria con cui quest'ultima si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente?” (oltre ad esigere, naturalmente, anche il deposito, previsto dalla successiva lett. f), del “contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto”).

La previsione della lett. c) testé trascritta è stata però riformulata con il D.L. 13 maggio 2011, n. 70, che l'ha sostituita con la seguente: *“c) una dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, nonché il*

possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avalimento”.

1e Ciò premesso, non è particolarmente difficile cogliere il senso all'intervento del legislatore nazionale del 2011.

Questi ha ritenuto che il quadro degli adempimenti dichiarativi già previsti a carico delle imprese ausiliarie dal testo allora vigente dell'art. 49 (testo cui l'A.T.I. appellata si è per quanto qui interessa attenuta) non fosse sufficiente a garantire l'effettività del possesso dei requisiti e risorse occorrenti ai fini della singola gara, ma andasse all'uopo irrobustito mediante una dichiarazione delle stesse ausiliarie estesa anche al *“possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avalimento”*.

La tesi di fondo seguita dal Tribunale che una dichiarazione su questi ultimi punti fosse già *“implicita”* nel corredo documentale complessivo sottoposto alla Stazione appaltante a termini della precedente normativa non può quindi essere condivisa. E questo già per il semplice fatto che essa si presenta come una sorta di *interpretatio abrogans* del nuovo intervento legislativo, che ha avuto proprio la funzione di imporre una dichiarazione, da parte delle ausiliarie, univocamente attestativa del *“possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avalimento”*.

Il legislatore con la propria iniziativa ha espresso, difatti, proprio l'insufficienza di qualsivoglia assegnamento eventualmente fatto riposare su contenuti più o meno chiaramente impliciti nelle dichiarazioni già prescritte dalla legge, ed ha preteso, invece, attraverso il rilascio di un'ulteriore attestazione, una precisa quanto inequivocabile ed impegnativa assunzione di responsabilità giuridica

da parte dell'ausiliaria in ordine al possesso, da parte sua, dei requisiti e delle risorse occorrenti per l'appalto.

Per scoraggiare eccessive disinvolture nell'applicazione dell'avvalimento si è ritenuto, cioè, avvertendosi l'insufficienza dell'assunzione di impegni sul semplice terreno civilistico, che la funzionalità dell'istituto esigesse di potenziare –come si vedrà meglio più avanti- l'aspetto dell'assunzione di responsabilità dell'ausiliaria verso l'Amministrazione.

Tutto questo non deve però indurre ad obliterare che la dichiarazione impegnativa richiesta dalla legge all'impresa ausiliaria corrisponde, ad ogni buon conto, a quelle richieste nella normalità dei casi ai concorrenti autosufficienti quanto al possesso dei requisiti.

1f Venendo a considerare più da vicino il contenuto dei documenti presentati dall'A.T.I., non può allora giudicarsi appagante osservare che, quando un'impresa dichiara che “*intende*” far avvalere un'altra dei requisiti mancanti alla seconda, ne riconoscerebbe con ciò, “*implicitamente, ma sicuramente, anche il possesso*”.

Anche ammesso, infatti, che il “*possesso*” del requisito sia il più logico presupposto della “*intenzione*” appena indicata, ciò non toglie che tale “*possesso*” non abbia comunque formato oggetto, in concreto, dell'attestazione pur prescritta con chiarezza dalla legge (non è un caso che la stessa dichiarazione della FEA alla Stazione appaltante, nel riferirsi all'allegata dichiarazione della propria ausiliaria, descrivendola, ne avesse circoscritto il contenuto attestativo al possesso da parte della seconda dei requisiti di ordine generale).

Non può essere trascurato, invero, il fatto che l'impegno obbligatorio che viene assunto con formulazioni del genere in discussione non necessariamente è destinato ad essere confermato ed onorato nei fatti. Da qui l'esigenza, avvertita dal legislatore, di introdurre un'adequata remora per condotte devianti, rafforzando la semplice prospettiva di una futura responsabilità da inadempimento sul piano civilistico mediante il più gravoso vincolo deterrente di una precisa responsabilità da falsa dichiarazione.

Pertanto il "supplemento" di dichiarazione preteso dal legislatore del 2011 attiene ad una dichiarazione sostitutiva ai sensi di legge, che in caso di mendacio espone a conseguenze afflittive di diritto amministrativo (cfr. il chiaro disposto recato dal comma 3 dell'art. 49 del Codice per tutte le "*dichiarazioni mendaci*") e, se del caso, anche penale.

Per converso, il contenuto dichiarativo meramente "*implicito*" sul quale ha fatto leva il primo Giudice non ha valore di attestazione, ma potrebbe unicamente rilevare quale indice di una garanzia dovuta *iure civili*.

Né vale invocare in contrario, nel tentativo di accreditare la possibilità di un presidio penalistico a garanzia della veridicità anche di "dichiarazioni implicite" siffatte, le enunciazioni di Cass. pen., sez. V, 25/01/2012, n. 14359. Questa, nel confermare il principio che "*la dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà è destinata, per espressa disposizione di legge, a provare la veridicità delle asseverazioni in essa contenute*", ha semplicemente aggiunto il riconoscimento che "*il falso ideologico del*

privato si configura dal momento che esso può investire le attestazioni, anche implicite, contenute nell'atto pubblico conclusivo della procedura". Il contenuto implicito così valorizzato, cioè, è solo quello dell'atto pubblico finale. Se è vero, inoltre, che la giurisprudenza della medesima Sezione penale (12/04/2005, n. 34333; 13/01/2009, n. 7718) ammette che, in tema di falsità ideologica, l'ambito attestativo di un atto pubblico non sia circoscritto alla sola sua formulazione espressa, ma si estenda anche ai suoi presupposti necessari (cosiddette attestazioni implicite), non va però dimenticato che tale apertura non riguarda se non il contenuto delle manifestazioni aventi un'autentica destinazione probatoria, non concernendo quindi le comuni dichiarazioni di intento (senza dire, infine, che la stessa giurisprudenza circonda di particolare rigore la configurabilità di simili "attestazioni implicite", ravvisando la relativa possibilità solo ove "una determinata attività del pubblico ufficiale, non menzionata nell'atto, costituisce indefettibile presupposto di fatto o condizione normativa della attestazione, poiché in tal caso occorre legalmente fare riferimento al contenuto o tenore implicito necessario dell'atto stesso").

Ad ulteriore riprova, infine, dell'inidoneità delle dichiarazioni presentate nella specie dall'A.T.I. a soddisfare le condizioni poste dall'art. 49, comma 2, lett. c) del Codice dei contratti pubblici, deve essere tenuto presente che la legge esige che la dichiarazione impegnativa da rendere attenga al possesso tanto dei "requisiti" quanto delle "risorse", laddove le formulazioni valorizzate dal T.A.R., sulle quali le appellate fanno leva, riguarderebbero solo i primi, senza

scendere al più concreto livello proprio delle seconde.

1g Nemmeno vale l'osservazione che il contratto di avvalimento recava una dichiarazione di parte perfino "*esplicita*" circa il possesso da parte dell'impresa ausiliaria "*dei requisiti richiesti dal bando di gara*".

Come ha obiettato la difesa dell'appellante, le clausole del contratto di avvalimento (richiesto dall'art. 49 cit. in aggiunta, e non in sostituzione, delle dichiarazioni più volte ricordate) non possiedono valenza di attestazione nei confronti della Stazione appaltante (quali *res inter alios*); e le stesse clausole, d'altra parte, non integrando i crismi formali di dichiarazioni sostitutive *ex* d.P.R. n. 445/2000, non implicano alcuna specifica assunzione di responsabilità.

Anche da questa angolazione si conferma, pertanto, la sussistenza dell'omissione in cui è incorsa l'A.T.I. aggiudicataria.

1h Quanto alla supposta incompatibilità con la disciplina comunitaria che, secondo l'avviso del primo Giudice, inficerebbe ogni interpretazione diversa da quella a base della sentenza appellata, va subito ricordato il disposto dell'art. 47, comma 2, della Direttiva 2004/18/CE (analogo al comma 3 dell'articolo immediatamente successivo).

Questo prevede che "*Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti*".

L'articolo lascia evidentemente al singolo Stato la possibilità di una

più puntuale disciplina del modo in cui possa avvenire la dimostrazione che il concorrente, pur di per sé carente di requisiti, effettivamente “*disporrà dei mezzi necessari*”.

In tale prospettiva, la previsione del legislatore nazionale che l'impresa ausiliaria debba (*in primis*) attestare di possedere i requisiti tecnici e le risorse oggetto di avvalimento si manifesta, da una parte, di adempimento del tutto agevole (almeno per chi i detti elementi davvero possedeva), e, dall'altra, pienamente coerente con la riportata norma comunitaria.

Sotto questo secondo profilo, è di tutta evidenza che l'impegno di un terzo a mettere a disposizione di un concorrente i mezzi necessari ai fini dell'integrazione di un requisito partecipativo, in tanto può essere reputato pienamente sufficiente a dimostrare che il concorrente, alla prova dei fatti, “*disporrà dei mezzi necessari*”, in quanto sia suffragato da un'attestazione dell'effettività del possesso dei suddetti mezzi da parte del terzo che dovrebbe conferirli.

A conferma di ciò, merita sottolineare che la previsione della direttiva valorizza esemplificativamente agli indicati scopi dimostrativi, sì, anche l'impegno assunto dal terzo, ma pur sempre sul presupposto che il terzo medesimo sia titolare di un'appropriata “*capacità*” (economica e finanziaria o tecnica e professionale che sia).

Né vale in senso contrario il richiamo del primo Giudice alla sentenza della Corte di giustizia dell'U.E. Sez. V del 10 ottobre 2013, n. 94.

Questa, infatti, nel confermare (nei suoi paragr. 29 e 33) il diritto di ogni operatore economico di fare affidamento, per un determinato

appalto, sulle capacità di altri soggetti, ribadisce pur sempre la condizione che all'Amministrazione venga all'uopo dimostrato *“che il candidato o l'offerente che si avvale delle capacità di uno o di svariati altri soggetti disporrà effettivamente dei mezzi di questi ultimi che sono necessari all'esecuzione dell'appalto”*.

Orbene, la norma nazionale del 2011 che chiede al terzo ausiliario di attestare, sotto pena di responsabilità per il caso di mendacio, di possedere i requisiti tecnici e le risorse destinate a diventare oggetto di avvalimento, è chiaramente funzionale proprio alla condizione testé indicata.

Ne consegue che l'interpretazione proposta dall'appellante, oltre ad essere imposta dal diritto interno, non presenta alcun elemento di conflitto con il diritto comunitario, non ravvisandosi, al riguardo, nemmeno un dubbio interpretativo in ordine al contenuto normativo dell'art. 47 della Direttiva citata, tale da rendere necessaria una richiesta di interpretazione alla Corte di giustizia dell'U.E..

1i Le osservazioni fin qui svolte conducono, pertanto, alla conclusione della fondatezza di questa prima censura dedotta da Prima Appalti S.r.l..

2 Fondato, peraltro, è anche il secondo motivo di appello, con il quale tale società ha riproposto il rilievo che la FEA S.r.l. ed il Consorzio Stabile Terra, aggiudicatari con il modulo dell'associazione temporanea di tipo orizzontale, non avevano specificato le quote di partecipazione all'A.T.I. né la ripartizione delle lavorazioni scorporabili, in violazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006.

L'art. 37, comma 13, d.lgs. cit., nel testo entrato in vigore con decorrenza dal 15 agosto 2012 (che, benché in seguito abrogato dall'art. 12, comma 8, del D.L. 28 marzo 2014, n. 47, convertito, con modificazioni, dalla Legge 23 maggio 2014, n. 80, continua a governare la materia del contendere) recitava: *“Nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento”* (la stessa regola prima del 15 agosto 2012 aveva un campo di applicazione più ampio, comprensivo anche dei pubblici servizi e delle forniture).

Nella presente vicenda, è stato denunciato, le imprese componenti l'aggiudicataria non hanno indicato le rispettive quote di partecipazione all'A.T.I., e si sono limitate ad esplicitare la ripartizione dei lavori ricadenti nella sola categoria prevalente (OG6), tacendo sulla ripartizione delle opere scorporabili (OG3 e OS21).

La dichiarazione da loro espressa era stata, infatti, in questi termini: *“FEA s.r.l. quota di partecipazione per la categoria prevalente OG6 – 65 % ... Consorzio Stabile Terra quota di partecipazione per la categoria prevalente OG6 – 35 %”*.

Il Giudice di primo grado ha disatteso la censura con la secca osservazione che *“ai sensi dell'art. 37, comma, 13 del D.lgs. n. 163/2006, le quote di partecipazione devono essere corrispondenti alle quote di esecuzione, per cui risulta sufficiente l'indicazione, come nel caso di specie, delle percentuali di partecipazione”*.

L'appellante, ripresentando la propria doglianza, a tanto ha però

opposto: che il Tribunale aveva di fatto invertito quote di partecipazione e quote di esecuzione, poiché le prime dall'A.T.I. erano state in verità totalmente omesse; che, inoltre, le quote di esecuzione erano state indicate solo con riferimento alla categoria prevalente; che, ove le imprese potessero limitarsi all'indicazione delle sole quote di esecuzione dei lavori, la norma ricordata si presterebbe ad agevoli elusioni; che la norma stessa impone alle imprese riunite di indicare sia le quote di partecipazione che quelle di esecuzione, che devono rivelarsi corrispondenti.

In merito a tutto ciò la Sezione deve preliminarmente osservare, in punto di fatto, che non trova riscontro testuale l'argomento difensivo della Stazione appaltante per cui le percentuali indicate dall'A.T.I. aggiudicataria (e riferite alle sole opere della categoria prevalente) sarebbero state destinate a valere, al tempo stesso, sia come quote di partecipazione che come quote di esecuzione. La stessa difesa della mandataria FEA S.r.l. ha dissentito da tale assunto, avendo affermato con chiarezza che la propria A.T.I. aveva indicato unicamente delle percentuali di esecuzione delle opere, e avendo soggiunto che l'indicazione delle quote di partecipazione non sarebbe stata invece dovuta (memoria di costituzione, pag. 13).

Ciò posto, la Sezione non può non rilevare che le critiche di parte ricorrente trovano il sostanziale conforto dell'interpretazione espressa dalla giurisprudenza in materia.

L'Adunanza Plenaria di questo Consiglio (Ad. Pl. 30 gennaio 2014, n. 7) ha recentemente ricordato e confermato con particolare nitidezza

le coordinate della giurisprudenza formatasi nella lettura della norma.

“7.2. Prima della novella del 2012, la giurisprudenza amministrativa (cfr. da ultimo Cons. St., sez. V, 29 settembre 2013, n. 4753; sez. VI, 20 settembre 2013, n. 4676), per alcuni aspetti corroborata da recenti pronunce dell'Adunanza plenaria (cfr. 13 giugno 2012, n. 22 e 5 luglio 2012, n. 26 in tema di appalti di servizi), si era consolidata - sulla scorta di una lettura unitaria della norma sancita dal comma 13 cit. con quella di cui al comma 4 del medesimo articolo 37, secondo cui: "4. Nel caso di forniture o servizi nell'offerta devono essere specificate le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati" - nell'affermazione dei seguenti principi, da cui questa Adunanza non intende decampare:

a) corrispondenza sostanziale, già nella fase dell'offerta, tra le quote di partecipazione all'a.t.i. e le quote di esecuzione delle prestazioni, costituendo la relativa dichiarazione requisito di ammissione alla gara, e non contenuto di obbligazione da far valere solo in sede di esecuzione del contratto;

b) funzione dell'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione ed esecuzione ravvisata nelle seguenti esigenze: I) conoscenza preventiva, da parte della stazione appaltante, del soggetto incaricato di eseguire le prestazioni e della misura percentuale, al fine di rendere più spedita l'esecuzione del rapporto individuando ciascun responsabile; II) agevolare la verifica della competenza dell'esecutore in relazione alla documentazione di gara; III) prevenire la partecipazione alla gara di imprese non qualificate;

c) trattandosi di un precetto imperativo che introduce un requisito di ammissione, quand'anche non esplicitato dalla lex specialis, la eterointegra ai sensi dell'art. 1339 c.c. sicché la sua inosservanza determina l'esclusione dalla gara (sulla non

necessità, ai sensi dell'art. 46, co. 1 bis, codice dei contratti pubblici, che la sanzione della esclusione sia espressamente prevista dalla norma di legge allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato adempimento ai partecipanti ad una gara, cfr. Adunanza plenaria 16 ottobre 2013, n. 23; 7 giugno 2012, n. 21);

d) tale obbligo di dichiarazione in sede di offerta si impone per tutte le tipologie di a.t.i. (costituite, costituende, verticali, orizzontali), per tutte le tipologie di prestazioni (scorporabili o unitarie, principali o secondarie), e per tutti i tipi di appalti (lavori, servizi e forniture), indipendentemente dall'assoggettamento della gara alla disciplina comunitaria;

e) poiché l'obbligo di simmetria tra quota di esecuzione e quota di effettiva partecipazione all'a.t.i. scaturisce e si impone ex lege, è necessaria e sufficiente, in sede di formulazione dell'offerta, la dichiarazione delle quote di partecipazione a cui la legge attribuisce un valore predeterminato che è quello della assunzione dell'impegno da parte delle imprese di eseguire le prestazioni in misura corrispondente.”

La stessa pronuncia dell'Adunanza Plenaria ha confermato l'attualità del quadro appena tratteggiato anche a seguito della novella introdotta dal d.l. n. 95 del 2012, compendiandolo nella sintesi per cui “*Deve ritenersi ... che:*

a) giusta il tenore letterale della nuova disposizione e la sua finalità di semplificare gli oneri di dichiarazione incombenti sulle imprese raggruppate che operano nel mercato dei contratti pubblici, l'obbligo di corrispondenza fra quote di partecipazione e quote di esecuzione sancito dal più volte menzionato comma 13, sia rimasto circoscritto ai soli appalti di lavori; ...

c) ... le norme in questione continuano ad esprimere un precetto imperativo da rispettarsi a pena di esclusione e sono dunque capaci di eterointegrare i bandi silenti.”

Alla stregua di tanto anche il secondo mezzo d'appello merita, dunque, di trovare adesione, dal momento che l'indicazione delle quote di partecipazione all'A.T.I., omessa nella vicenda, deve indispensabilmente avvenire in sede di gara, e non può essere desunta dalla diversa indicazione delle quote di ripartizione delle prestazioni oggetto d'appalto (cfr. in termini, da ultimo, C.d.S., IV, 17 febbraio 2014, n. 744), nella specie fornita, d'altra parte, senza tener conto delle opere scorporabili.

3 Per le ragioni esposte, potendo rimanere assorbite le residue censure articolate dalla ricorrente, l'appello deve trovare accoglimento, e conseguentemente deve essere accolto il ricorso di primo grado ed annullata l'aggiudicazione con esso impugnata.

Si ravvisano, tuttavia, ragioni tali da giustificare la compensazione delle spese processuali del doppio grado di giudizio tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo accoglie, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado ed annulla l'aggiudicazione con esso impugnata.

Compensa 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 1° luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/07/2014

IL SEGRETARIO

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