

N. 02389/2014 REG.PROV.COLL.
N. 01055/2014 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 Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1055 del 2014, proposto da:
Oberosler Cav. Pietro S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti
Giuseppe Rusconi, Antonio Tita, Piero Costantini e Alessandra
Carlin, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Via
Vincenzo Monti, n. 8

contro

Metropolitana Milanese S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti
Danilo Tassan Mazzocco e Giorgio Lezzi, con domicilio eletto presso
lo studio del primo in Milano, Via Amedei, n. 8

nei confronti di

S.A.L.C. S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Musenga e
Davide Angelucci, con domicilio eletto presso l'Avv. Maurizio
Zoppolato in Milano, Via Dante, n. 16; Daf Costruzioni Stradali S.r.l.,
Agrideco S.r.l., E.Ma.Pri.Ce. S.p.A., Ecoltecnica S.r.l.

per l'annullamento:

- della nota prot. n. PG/18639 DLCO/428 del 18.2.2014, con la quale Metropolitana Milanese S.p.A. ha comunicato all'A.T.I. Oberosler di aver aggiudicato all'A.T.I. S.A.L.C. la gara d'appalto indetta per la “costruzione del lotto funzionale 1B della Strada di collegamento Zara-Expo, sita nel territorio del Comune di Milano (codice CUP B46G13001210000, codice CIG 5524944006)”;
 - della nota prot. n. PG/18635 DLCO/425 del 18.2.2014, con la quale Metropolitana Milanese S.p.A. ha formalizzato all'A.T.I. S.A.L.C. l'aggiudicazione della suddetta gara d'appalto;
 - di tutti i verbali di gara, tra cui, in particolare, il verbale della seduta di gara del 10.2.2014;
- di ogni altro provvedimento presupposto, successivo e comunque connesso e/o conseguente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Metropolitana Milanese S.p.A.;

Visto l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale proposto dal ricorrente incidentale S.A.L.C. S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 maggio 2014 il dott. Oscar Marongiu e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente ha partecipato alla gara d'appalto indetta da Metropolitana Milanese S.p.A., con procedura aperta, per l'affidamento dei lavori relativi alla "costruzione del lotto funzionale 1B della Strada di collegamento Zara-Expo, sita nel territorio del Comune di Milano", da aggiudicare con il criterio del massimo ribasso.

A seguito dell'individuazione della soglia di anomalia, l'offerta dell'interessata è stata esclusa automaticamente in quanto contenente un ribasso superiore a tale soglia; la gara è stata aggiudicata all'A.T.I. capeggiata da SALC S.p.A., odierna controinteressata.

2. La ricorrente ha quindi impugnato gli atti in epigrafe, deducendone l'illegittimità sulla base di un unico motivo (violazione dell'art. 49 del D.lgs. n. 163/2006 e degli artt. 79 e 88 del D.P.R. n. 207/2010; mancata e/o erronea applicazione della *lex specialis*), col dichiarato intento di conseguire, mediante l'esclusione di uno dei concorrenti ammessi (ossia l'A.T.I. avente capofila E.MA.PRI.CE. S.p.A.), la rideterminazione della soglia di anomalia, dalla quale scaturirebbe, a suo dire, l'aggiudicazione dell'appalto in suo favore.

3. Si sono costituite Metropolitana Milanese S.p.A. e SALC S.p.A., chiedendo il rigetto del ricorso.

4. Alla camera di consiglio del giorno 9 aprile 2014 la Sezione, con ordinanza n. 515/2014, ha accolto l'istanza cautelare, ritenendo *prima*

facie inapplicabile nella specie il disposto di cui all'art. 48 del D.lgs. n. 163/2006 (invocato dalla controinteressata) e viziato da genericità il contratto di avvalimento stipulato tra le imprese E.MA.PRI.CE S.p.A. ed Ecoltecnica S.r.l.

L'ordinanza n. 515/2014 è stata appellata innanzi al Consiglio di Stato, il quale ha accolto l'appello, ritenendo preminente, nel bilanciamento dei contrapposti interessi, quello pubblico sotteso alla sollecita realizzazione dell'opera, ai sensi dell'art. 125, comma 2, del c.p.a.

5. A seguito dell'ordinanza del Consiglio di Stato Metropolitana Milanese S.p.A. ha stipulato il contratto di appalto con l'A.T.I. SALC.

6. Quest'ultima ha spiegato ricorso incidentale, subordinato all'accoglimento del ricorso principale, lamentando l'illegittima ammissione alla gara dell'A.T.I. guidata da Cosedil S.p.A., stante la genericità del contratto di avvalimento stipulato tra la mandante De Cristofaro S.r.l. (ausiliata) e il Consorzio stabile Agoraa S.r.l. (ausiliario). L'accoglimento del ricorso incidentale, nella prospettiva della controinteressata, determinerebbe un ricalcolo della soglia di anomalia favorevole al mantenimento dell'aggiudicazione a proprio favore.

7. Con memoria depositata in data 12 maggio 2014 Oberosler Cav. Pietro S.p.A. ha controdedotto al ricorso incidentale, eccepandone l'inammissibilità. In particolare, secondo la ricorrente principale, anche l'avvalimento posto in essere dalla DAF Costruzioni Stradali S.r.l. (mandante dell'A.T.I. SALC) con la Tecnosuolo S.r.l. sarebbe

affetto da genericità. E tale circostanza renderebbe inammissibile il ricorso incidentale in quanto una simile impugnativa, diretta a denunciare vizi che affliggono l'offerta della stessa ricorrente incidentale, sarebbe priva di legittimazione, oltre a tradursi in una forma di abuso del diritto in sede processuale.

Alla pubblica udienza del giorno 28 maggio 2014 la causa è stata trattenuta in decisione.

8. Il ricorso è improcedibile, per le ragioni che di seguito si espongono.

8.1. In primo luogo, il Collegio rileva che, contrariamente a quanto dedotto dalla controinteressata e da Metropolitana Milanese S.p.A., non può trovare applicazione, nel caso di specie, la norma di cui all'art. 48, comma 2, del D.lgs. n. 163/2006.

8.1.1. Al riguardo è utile riportare di seguito il testo della citata previsione, unitamente al primo comma, da quella richiamato:

“1. Le stazioni appaltanti prima di procedere all'apertura delle buste delle offerte presentate, richiedono ad un numero di offerenti non inferiore al 10 per cento delle offerte presentate, arrotondato all'unità superiore, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito. Le stazioni appaltanti, in sede di controllo, verificano il possesso del requisito ... (*omissis*) ... Quando tale prova non sia fornita, ovvero

non confermi le dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente dalla gara, all'escussione della relativa cauzione provvisoria e alla segnalazione del fatto all'Autorità per i provvedimenti di cui all'articolo 6 comma 11. L'Autorità dispone altresì la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

2. La richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione”.

8.1.2. Secondo la prospettazione di SALC S.p.A. e di Metropolitana Milanese S.p.A., il richiamato comma 2 consentirebbe la rideterminazione della soglia di anomalia esclusivamente nell'ipotesi in cui vengano eliminate le offerte dell'aggiudicatario e del secondo classificato, ciò che non potrebbe quindi accadere nella fattispecie in esame, venendo in rilievo l'esclusione dell'A.T.I. E.MA.PRI.CE., posizionatasi al 9° posto.

8.1.3. Tale assunto non può essere condiviso.

Invero, la disposizione citata, inserita nell'art. 48 (rubricato “Controlli sul possesso dei requisiti”), si limita a disporre che le prime due

imprese classificate comprovino il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, stabilendo, nel caso in cui non venga fornita la dimostrazione richiesta, che le stesse siano escluse dalla gara.

Orbene, posto che la norma in questione si occupa esclusivamente della posizione dell'aggiudicataria e dell'impresa seconda classificata, è ovvio che solo ad esse, e non anche agli altri concorrenti, si faccia riferimento nel disciplinare gli effetti conseguenti alla loro eventuale esclusione e in particolare prevedendo la necessità di determinare una nuova soglia di anomalia.

Alcuna limitazione o divieto, pertanto, può desumersi, relativamente agli altri partecipanti alla gara, dalla circostanza che l'art. 48, comma 2, preveda il ricalcolo della soglia di anomalia nei sensi sopra indicati.

8.1.4. In tal senso milita anche la modifica recentemente apportata all'art. 38 del D.lgs. n. 163/2006, con l'aggiunta del comma 2-*bis*, dall'art. 39 del D.L. 24.6.2014, n. 90, convertito con modificazioni dalla L. 11 agosto 2014 n. 114, nell'ambito della disciplina riguardante le dichiarazioni e la documentazione richiesta ai concorrenti ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione alle gare d'appalto.

Il richiamato comma 2-*bis* (non applicabile *ratione temporis* alla vicenda in esame) distingue le ipotesi di irregolarità (o mancanza o incompletezza) essenziali dai casi di irregolarità non essenziali (o mancanza o incompletezza di dichiarazioni non indispensabili), stabilendo, nel primo caso, l'applicazione di sanzioni pecuniarie e

L'obbligo di regolarizzazione entro un certo termine a pena di esclusione dalla gara; nell'ultima parte, inoltre, aggiunge che "Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte".

Orbene, ritiene il Collegio che l'espressione utilizzata dal legislatore ("ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale") sia talmente ampia da includere ogni ipotesi di esclusione di uno o più concorrenti che consegua a pronunce del giudice.

La norma citata, quindi (salvo comunque un necessario coordinamento - per i casi in cui venga in rilievo la posizione delle prime due imprese classificate - con la previsione di cui all'art. 48, comma 2, del D.lgs. n. 163/2006, rimasta in vigore immutata), escludendo che in futuro (ossia per le procedure di affidamento indette successivamente alla data di entrata in vigore della nuova disciplina) possa farsi luogo al ricalcolo della soglia di anomalia in conseguenza dell'esclusione dalla gara, ad opera del giudice, di una o più imprese, indirettamente conferma che tale ricalcolo è ben possibile per le fattispecie regolate dalla normativa previgente, come quella all'esame del Collegio.

8.2. Ciò premesso, il ricorso principale, come già rilevato nella fase cautelare, con motivazioni che il Collegio integralmente condivide e fa

proprie, sarebbe fondato perché il contratto di avvalimento stipulato tra le imprese E.MA.PRI.CE. S.p.A. ed Ecoltecnica S.r.l. non è in linea con i dettami di cui agli artt. 49 del D.lgs. n. 163/2006 e 88 del D.P.R. n. 207/2010. E ciò in quanto il contratto in questione - contenente solo generiche dichiarazioni - e l'Allegato A - consistente in un elenco di attrezzature e mezzi d'opera - non individuano con precisione quali e quanti dei mezzi e delle risorse organizzative posseduti dall'ausiliaria, e giustificanti l'attribuzione della qualifica nelle categorie e classifiche oggetto dell'attestazione "prestata", siano effettivamente messi a disposizione dell'impresa ausiliata (cfr. T.A.R. Toscana - Firenze, Sez. I, n. 1173/2013). Tale contratto, in altri termini, non consente di verificare, già in sede di procedura di affidamento, se al requisito di capacità che si dichiara di prestare alla concorrente corrisponda un'effettiva - e voluta - messa a disposizione di mezzi aziendali, con la conseguenza che sarebbe oltremodo difficile rendere coercibile l'impegno formalmente assunto dall'ausiliaria, in aperto contrasto con il complessivo sistema dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici, fondato sulla necessità delle stazioni appaltanti di accertare la capacità tecnica delle imprese di eseguire i contratti.

8.3. È fondato, per analoghe ragioni, anche il ricorso incidentale, risultando parimenti viziato da genericità il contratto di avvalimento stipulato tra l'impresa De Cristofaro S.r.l. (mandante dell'A.T.I. Cosedil S.p.A., ausiliata) e il Consorzio stabile Agoraa S.r.l., atteso che:

- il contratto *de quo* prevede l'impegno, a carico del Consorzio, di "mettere a disposizione dell'impresa, ai fini della partecipazione alla gara per l'affidamento di detto appalto, nonché per l'esecuzione dei relativi lavori, la propria capacità tecnica operativa come attestata e documentata dalla propria attestazione SOA, nonché certificazione di qualità ISO 9001 che prevede in particolare il possesso di requisiti di cui al D.P.R. n. 207/2010 tali da poter attribuire per la categoria OS21 cl. V, nonché tutte le risorse relative, nessuna esclusa, tali da consentire la regolare e completa esecuzione dell'appalto attraverso l'organizzazione aziendale della concorrente con il contributo dell'organizzazione operativa dell'impresa ausiliaria"; aggiunge che "l'impresa ausiliaria ... dà all'impresa concorrente avvalente piena assicurazione circa il proprio possesso di capacità tecniche e di tutti i requisiti necessari, ed in particolare:

- attestazione SOA categoria OS21 cl. V e certificazione di qualità ISO 9001;
- risorse prestate in modo determinato e specifico: n. 1 Direttore tecnico Ing. Urso Giuseppe ... e relativo *know how*;
- mezzi prestati per tutta la durata dell'appalto ... (vedi allegato 2);
- numero degli addetti messi a disposizione, facenti parte dell'organico dell'ausiliaria, i cui nominativi dovranno essere comunicati prima dell'inizio dei lavori con le specifiche del relativo contratto: n. 10 addetti";

- l'Allegato 2 al contratto contiene un elenco di mezzi e attrezzature (autocarri, furgoni, rulli vibranti, autogru, autobetoniere, escavatori,

ecc.), con l'indicazione dei rispettivi numeri di targa o di telaio o di matricola.

Il ricorso incidentale, pertanto, va accolto per le medesime considerazioni già espresse *sub* 8.1.

8.4. Orbene, l'accoglimento dell'impugnativa incidentale paralizza l'impianto argomentativo del ricorrente principale, rendendo inutile il ricalcolo della soglia di anomalia da quello invocato, giacché occorrerebbe tener conto, a tal fine, dell'illegittima ammissione alla gara non solo dell'A.T.I. EMAPRICE, ma anche dell'A.T.I. Cosedil. Ciò comporta il venir meno dell'interesse al ricorso principale, risultando neutralizzata la prova di resistenza (incombente in capo alla ricorrente) e, conseguentemente, indimostrato il vantaggio che potrebbe derivare dall'eventuale accoglimento del ricorso.

8.5. Né può ritenersi ammissibile l'eccezione da ultimo proposta da Oberosler Cav. Pietro S.p.A., diretta a paralizzare il ricorso incidentale.

8.5.1. Invero, con tale eccezione si deduce la genericità e indeterminatezza del contratto di avvalimento stipulato dalla DAF Costruzioni Stradali S.r.l. (mandante dell'A.T.I. controinteressata SALC) con l'impresa Tecnosuolo S.r.l.; in altri termini, si introduce in giudizio un vizio dell'offerta presentata dalla stessa controinteressata.

8.5.2. La ricorrente, tuttavia, non intende con ciò ottenere l'esclusione dalla gara dell'A.T.I. SALC (come dalla stessa richiesto, invece, nei confronti dell'A.T.I. EMAPRICE per analogo vizio) bensì, sul presupposto che la concorrente, al contrario, sia mantenuta in gara,

mira soltanto a scongiurare – mercé la dichiarazione d'inammissibilità dell'impugnativa incidentale - la rideterminazione della soglia di anomalia a sé sfavorevole, sulla base dell'assunto che non possa ritenersi ammissibile un ricorso incidentale volto a far valere il medesimo vizio nel quale incorre lo stesso ricorrente incidentale.

8.5.3. Orbene, ritiene il Collegio che il vizio da ultimo denunciato dalla ricorrente sarebbe dovuto essere dedotto non già tramite lo strumento dell'eccezione, bensì con un autonomo motivo di ricorso (eventualmente, sussistendone i presupposti, anche con motivi aggiunti). Ammettere il contrario, infatti, equivarrebbe a consentire alla parte – in contrasto con i principi generali del processo amministrativo - di denunciare un vizio di legittimità di un atto amministrativo (nella specie l'ammissione alla gara dell'A.T.I. SALC) senza tuttavia che a ciò consegua l'annullamento dello stesso, con l'ulteriore, inaccettabile conseguenza che alla ricorrente verrebbe in tal modo riconosciuta la facoltà di decidere (*secundum eventum litis*), a fronte di vizi identici riguardanti più imprese partecipanti alla medesima gara e tutti dedotti in giudizio (seppure mediante strumenti processuali diversi), quale debba essere esclusa e quale, invece, debba restare in gara.

L'eccezione, pertanto, va respinta.

9. In ragione delle suesposte considerazioni il ricorso deve essere dichiarato improcedibile.

10. Le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti costituite, tenuto conto che la ricorrente era risultata vittoriosa nella

fase cautelare in primo grado.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara improcedibile.

Spese compensate tra le parti costituite.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 28 maggio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Roberto Lombardi, Referendario

Oscar Marongiu, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/09/2014

IL SEGRETARIO

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