

N. 00351/2011 REG.PROV.COLL.

N. 03321/2010 REG.RIC.

N. 04471/2010 REG.RIC.



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

1) sul ricorso numero di registro generale 3321 del 2010, proposto da Site s.p.a. in proprio e quale mandataria di a.t.i. con Ducati Sistemi s.p.a., Balfour Beatty Real s.p.a., Armafer s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Luigi Mariano e Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

***contro***

Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Ancora e Angelo R Schiano, con domicilio eletto presso Angelo R. Schiano, in Roma, via del Babuino, n. 107;

***nei confronti di***

Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a. in proprio e quale mandataria di a.t.i. con Sirti s.p.a., Consorzio Armatori Ferroviari s.c.p.a., rappresentata e

difesa dagli avvocati Benedetto Giovanni Carbone e Fulvio Mastroviti, con domicilio eletto presso Benedetto Giovanni Carbone, in Roma, via degli Scipioni n. 288;

G.E. Transportation System s.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Nino Matassa, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi, in Roma, via Cosseria, n. 2;

2) sul ricorso numero di registro generale 4471 del 2010, proposto da G.E. Transportation System s.p.a. in proprio e quale mandataria di a.t.i. con Sifel s.p.a., Costruzioni Linee Ferroviarie s.p.a., Tozzi Sud s.p.a., Valtellina s.p.a., Esim s.r.l., Consorzio Ravennate delle cooperative di produzione e lavoro s.c.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Nino Matassa, con domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

***contro***

Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Luciano Ancora e Angelo R. Schiano, con domicilio eletto presso Angelo R. Schiano, in Roma, via del Babuino, n. 107;

Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a. in proprio e quale mandataria di a.t.i., rappresentata e difesa dagli avvocati Benedetto Giovanni Carbone e Fulvio Mastroviti, con domicilio eletto presso Benedetto Giovanni Carbone, in Roma, via degli Scipioni n. 288;

Site s.p.a. in proprio e quale mandataria di a.t.i., rappresentata e difesa

dagli avvocati Luigi Mariano e Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

*per la riforma*

quanto al ricorso n. 3321 del 2010: della sentenza del T.a.r. Puglia – Bari, sezione I, n. 1131/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO DELLA PROGETTAZIONE E REALIZZAZIONE di LAVORI RELATIVI A INTERVENTI DI TRAZIONE ELETTRICA;

quanto al ricorso n. 4471 del 2010: della sentenza del T.a.r. Puglia – Bari, sezione I, n. 1334/2010, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO DELLA PROGETTAZIONE ESECUTIVA E DEI LAVORI RELATIVI AD INTERVENTI DI TRAZIONE ELETTRICA

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Ferrovie del Sud Est e Servizi Automobilistici s.r.l., di Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a., di GE Transportation System s.p.a., di Site s.p.a.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

visti gli artt. 36, co. 2 e 99, co. 1, 3 e 5 c.p.a.;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 dicembre 2010 il Cons. Rosanna De Nictolis e uditi per le parti gli avvocati Matassa, Ancora,

Schiano, Carbone, Mastroviti, Quinto per sé e per delega dell'avv. Mariano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

*ORDINANZA DI RIMESSIONE ALL'ADUNANZA  
PLENARIA*

*FATTO*

1. FSE indiceva gara per l'affidamento della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori relativi ad “interventi di trazione elettrica, segnalamento e armamento lungo la rete gestita dalla FSE” da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La gara veniva aggiudicata all'a.t.i. di cui era mandataria la Eredi Giuseppe Mercuri s.p.a., seconda classificata era l'a.t.i. con mandataria SITE s.p.a. (d'ora innanzi SITE), terza classificata era l'a.t.i. di cui era mandataria G.E. Transportation System s.p.a. (d'ora innanzi GETS).

2. SITE proponeva ricorso al Tar Puglia – Bari e successivi motivi aggiunti, con cui contestava dapprima l'eccessiva brevità dei termini di gara, e successivamente, con i motivi aggiunti, l'aggiudicazione in favore della prima classificata, deducendo motivi di esclusione di questa dalla gara.

2.1. A sua volta la prima classificata proponeva ricorso incidentale, per contestare l'ammissione in gara della seconda classificata, deducendo motivi di esclusione.

2.2. A questo punto la seconda classificata, per fondare il proprio

interesse strumentale al ricorso, proponeva con motivi aggiunti censure anche contro l'ammissione in gara della terza classificata.

2.3. A sua volta la terza classificata proponeva un autonomo ricorso al medesimo Tar con cui contestava l'ammissione in gara sia della seconda che della terza classificata. Si costituivano queste ultime, proponendo a loro volta ciascuna ricorso incidentale con cui contestavano l'ammissione in gara della terza classificata, deducendo che avrebbe dovuto essere esclusa.

3. In relazione al ricorso principale e successivi motivi aggiunti della seconda classificata, il Tar adito, con la sentenza n. 1131/2010, dichiarava improcedibile per cessazione della materia del contendere il ricorso principale e il primo atto di motivi aggiunti proposti dalla seconda classificata, avendo l'Amministrazione prorogato il termine di presentazione delle offerte, mentre dichiarava irricevibile il secondo atto di motivi aggiunti (contenente le censure contro l'ammissione in gara della prima classificata), in base all'argomento che i motivi aggiunti avrebbero dovuto essere proposti entro 30 giorni, e non entro 60 giorni, dalla conoscenza degli atti. Per l'effetto, non venivano esaminate le censure di merito, e veniva anche assorbito il ricorso incidentale proposto dalla prima classificata.

4. In relazione al ricorso principale proposto dalla terza classificata, il Tar adito, con la sentenza n. 1334/2010 accoglieva una delle censure di cui ai ricorsi incidentali proposti dalla prima e dalla seconda classificata, e dichiarava improcedibile il ricorso principale.

In definitiva, in virtù delle due sentenze del Tar, restava in piedi l'aggiudicazione in favore della prima classificata.

5. Le due sentenze formano oggetto di appelli principali e incidentali incrociati.

6. La sentenza n. 1131/2010 è gravata in via principale dalla seconda classificata (SITE), che contesta la declaratoria di irricevibilità e ripropone tutti i motivi di cui ai motivi aggiunti di primo grado. A sua volta la prima classificata ripropone, con appello incidentale, tutti i motivi del proprio ricorso incidentale in primo grado, che il Tar ha assorbito.

6.1. La sentenza n. 1334/2010 è gravata dalla terza classificata (GETS), che contesta l'accoglimento dei ricorsi incidentali di primo grado, e ripropone i motivi del proprio ricorso principale di primo grado. A loro volta la prima e la seconda classificata con appelli incidentali ripropongono i motivi dei loro ricorsi incidentali di primo grado assorbiti dal Tar.

#### *DIRITTO*

7. In rito, va disposta la riunione dei due appelli, ancorché proposti contro diverse sentenze, perché i ricorsi principali e incidentali spiegati in primo grado sono stati articolati dalle tre concorrenti alla medesima gara di appalto e sono connessi in quanto ciascun concorrente mira a far escludere dalla gara le altre due concorrenti.

Orbene, sia pure con la riserva del doveroso esame delle eccezioni di ammissibilità e di ricevibilità (il cui eventuale accoglimento comunque

non precluderebbe la enunciazione dei principi di diritto, ai sensi del comma 5 dell'articolo 99, c.p.a.) si pongono nelle controversie in esame le seguenti questioni che hanno dato luogo o possono dar luogo a contrasti giurisprudenziali (art. 99, c. 1, c.p.a.), ovvero sulle quali ritiene il Collegio che vi siano ragionevoli argomenti per non condividere il principio di diritto già affermato dalla plenaria (art. 99, c. 3).

8. La prima questione attiene all'ordine di esame dei ricorsi principali e dei ricorsi incidentali, non già in termini generali, ma solo nel limitato caso di gare di appalto in cui i concorrenti ammessi tendono ad escludersi a vicenda al fine di pervenire alla rinnovazione della gara.

Come è noto, essa ha formato oggetto di pronuncia da parte della adunanza plenaria del Consiglio di Stato (Cons. St., ad. plen., 10 novembre 2008 n. 11) con riferimento al caso di due soli concorrenti, ma con principi che sono estensibili anche al caso, come è quello di specie, di gara con tre o più concorrenti ammessi.

La soluzione accolta fa leva sulla nozione di interesse strumentale al ricorso e sul principio di imparzialità del giudice e parità delle parti, principi che prevarrebbero sulle regole ordinarie relative all'ordine di trattazione delle questioni. Si è pertanto ritenuto che quando entrambe le imprese ammesse alla gara abbiano impugnato l'atto di ammissione dell'altra, le scelte del giudice quanto all'ordine di trattazione dei ricorsi non possano avere rilievo decisivo sull'esito

della lite: non si può statuire che la fondatezza del ricorso incidentale – esaminato prima - precluda l'esame di quello principale, ovvero che la fondatezza del ricorso principale – esaminato prima – preclude l'esame di quello incidentale, poiché entrambe le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di un'ulteriore gara.

Quanto precede comporta che, nel rispetto dei principi processuali sull'interesse e sulla legittimazione a ricorrere, il giudice, qualunque sia il primo ricorso che esamini e ritenga fondato (principale o incidentale), deve pronunciarsi su tutti i ricorsi al fine di garantirne la tutela dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara.

Questa è appunto la logica che ispira il comportamento delle parti nel presente giudizio e in tal senso vi è un'espressa richiesta articolata con memoria dalla stazione appaltante, che evidenzia di non aver ancora proceduto alla stipulazione del contratto e di avere interesse a che tutte le censure siano esaminate.

8.1. Alla luce dei suesposti principi, si dovrebbero esaminare entrambi gli appelli e, per l'effetto, tutti i ricorsi, principali e incidentali, di primo grado.

Ritiene peraltro il Collegio e che il sistema elaborato dalla giurisprudenza in materia di contratti della p.a., oltre a favorire una litigiosità esasperata –e il caso in esame ne è un esempio illuminante – , da una parte, non garantisca la soddisfazione dell'interesse primario del concorrente - l'aggiudicazione dell'appalto - dall'altra, renda

estremamente difficoltosa e spesso impossibile (si pensi alla perdita di finanziamenti comunitari) l'esecuzione dell'opera pubblica.

8.2. Come già osservato, alla stregua dell'indirizzo della plenaria la fondatezza sia dei ricorsi principali che di quelli incidentali, comportando l'esclusione di tutti i concorrenti, permetterebbe il rinnovamento della gara, e ciò costituirebbe oggetto di un interesse giuridicamente rilevante.

Si assume dunque che sarebbe meritevole di tutela l'interesse di due (o più) soggetti – la cui domanda dall'esame incrociato dei ricorsi risulta priva dei requisiti richiesti – subordinato ai seguenti presupposti:

- a) che permangano le condizioni per l'esecuzione dell'opera e in primo luogo la disponibilità finanziaria;
- b) che la stazione appaltante abbia interesse a rinnovare il bando;
- c) che in sede di rinnovazione del bando non vengano inserite nuove clausole che potrebbero rivelarsi impeditive della partecipazione.

A fronte di questo interesse, a dir poco ipotetico, vengono invece sacrificati l'interesse pubblico, indubbio e attuale, all'esecuzione dell'opera (quantomeno all'esecuzione in tempi ragionevoli come auspicato e preteso in tutti i modi dal legislatore) e l'interesse del privato beneficiario dell'aggiudicazione sia pure illegittima; interesse quest'ultimo da riconoscere in base ad un principio di buon senso, prima ancora che giuridico (...*melior est condicio possidentis*), e che lo pone in una situazione obbiettivamente più forte non distante da

quella di chi abbia già stipulato il contratto (ed è inutile ricordare la “tutela” di cui gode tale posizione, anche in sede comunitaria).

La diversa consistenza degli interessi, come prospettata dalla Sezione, mette anzitutto in discussione il richiamo alla *par condicio* fatto dalla plenaria e che costituisce uno dei cardini del ragionamento; ma più radicalmente quello che occorre rimeditare è la configurazione dell'interesse al rinnovo della gara - il c.d. interesse strumentale - come interesse legittimo.

Che si tratti di un interesse privo di attualità e concretezza lo dimostra del resto il fatto che a seguito dell'annullamento della gara la stazione appaltante non è tenuta a pubblicare un nuovo bando, essendo tale scelta puramente discrezionale: la relativa pretesa dunque non sarebbe azionabile in sede di ottemperanza del giudicato, ciò che è proprio di ogni situazione soggettiva avente la consistenza di interesse legittimo.

Nel caso in cui l'impresa partecipi alla gara, così spendendo le proprie chance, l'interesse da riconoscere è quello alla vittoria nella specifica gara a cui ha partecipato, e non anche quello al rinnovo della gara previo nuovo bando, altrimenti si perviene di fatto a rimettere in corsa un concorrente di cui per tabulas è stato accertato il difetto dei requisiti di partecipazione.

Sul punto giova ricordare quella giurisprudenza, ancorché risalente, secondo cui, se è vero che ai fini della sussistenza dell'interesse a ricorrere contro gli atti di aggiudicazione di contratti pubblici è sufficiente dimostrare la sussistenza di un interesse «mediato»,

realizzabile attraverso il compimento di successivi atti dell'amministrazione, è tuttavia incontestabile che l'interesse a ricorrere deve essere escluso, quando, in relazione ai vizi dedotti dalla parte interessata, l'annullamento comporterebbe effetti conformativi, incompatibili con qualsiasi possibilità di realizzazione, anche meramente strumentale, dell'interesse fatto valere dal ricorrente (Cons. St., sez. V, 25 maggio 1998 n. 675).

8.3. Sembra dunque più corretto e più rispondente alla reale portata degli interessi in gioco affermare – nei limiti precisati sub 7. - la regola della necessaria precedenza dell'esame del ricorso incidentale e dedurne senz'altro, ove si accerti la sua fondatezza, l'inammissibilità per carenza di interesse di quello principale.

8.4. Né può addursi in senso contrario il riconoscimento della legittimazione a ricorrere in capo alle “imprese di settore” quando la stazione appaltante, in violazione delle regole sull'evidenza pubblica, non abbia indetto alcuna gara: qui, come dimostra ampiamente la normativa comunitaria, vi è un'indubbia lesione concreta e attuale dell'interesse al rispetto delle regole della concorrenza, lesione la cui eliminazione è di per sé meritevole di tutela a prescindere dall'avvio di una successiva e – anche in questo caso – eventuale corretta procedura di scelta del contraente.

Il richiamo pure in tale ipotesi alla strumentalità dell'interesse, di frequente riscontrabile nella giurisprudenza, è quindi improprio, trattandosi in realtà di un interesse legittimo tipico, ciò in quanto

all'impresa è stata negata la possibilità di aspirare ad un appalto per la cui esecuzione era in astratto idonea.

8.5. A quest'ultimo proposito sarebbe anche opportuno che l'adunanza plenaria, superando le oscillazioni della giurisprudenza al riguardo, affermasse che la legittimazione dell'impresa di settore al ricorso non possa prescindere dalla previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione in relazione alla procedura che attacca (nel senso della necessità del possesso dei requisiti: Cons. St., sez. VI, 15 novembre 1999 n. 1810; nel senso della non necessità della prova del possesso di tutti i requisiti di partecipazione v. Cons. St., sez. V, 16 giugno 2009 n. 3891; Cons. St., sez. V, 14 novembre 2008 n. 5693).

8.6. Ritiene infine la Sezione che sulla questione non sembra neanche influire la disciplina recata dal c.p.a. in tema di ricorso principale e incidentale. In particolare l'art. 42, co. 1, c.p.a., laddove afferma che il ricorso incidentale è lo strumento per proporre domande "il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale" non sembra possa essere inteso nel senso che la domanda "dipendente" debba essere sempre e necessariamente una domanda "subordinata" all'accoglimento del ricorso principale, con la conseguenza che vi sarebbe sempre un ordine vincolato di esame, prima il ricorso principale e poi quello incidentale. Infatti l'art. 42, co. 1, c.p.a., tenendo conto anche della pregressa elaborazione della giurisprudenza, ancora la dipendenza non già alla domanda e dunque al ricorso incidentale, ma all'interesse, sicché può continuare ad

ammettersi l'esame prioritario del ricorso incidentale rispetto a quello principale, se abbia pregiudizialità logica, perché si tratta pur sempre di un modo di soddisfazione dell'interesse a ricorrere sorto in dipendenza della proposizione del ricorso principale.

In definitiva il ricorso incidentale resta proponibile anche su parti del provvedimento amministrativo che non hanno già formato oggetto del ricorso principale, alla stessa stregua in cui la c.d. impugnazione incidentale tardiva di cui all'art. 334 c.p.c. può essere rivolta anche contro capi autonomi di sentenza, come ora afferma espressamente l'art. 96, co. 4, c.p.a. E come l'impugnazione incidentale tardiva su capi autonomi può essere anche esaminata prima di quella principale, se ve ne sono i presupposti logici (atteso che l'unico limite alla perdita di efficacia dell'impugnazione incidentale tardiva è la declaratoria di inammissibilità di quella principale, e non anche il suo rigetto, ai sensi del citato art. 96, co. 4, c.p.a.), alla stessa stregua il ricorso incidentale può essere esaminato prima del ricorso principale se ve ne sono, come nella specie, i presupposti logici e giuridici.

9. Un temperamento alla soluzione proposta, di ritenere sempre prioritario l'esame del ricorso incidentale rispetto a quello del ricorso principale nel caso di contenzioso su gare di appalto, in cui tutti i concorrenti nella gara sono ricorrenti principali o incidentali in giudizio, potrebbe aversi quando l'impugnazione principale mira ad attaccare il bando di gara.

Tuttavia in siffatta evenienza, si pone l'ulteriore questione, che si

sottopone alla meditazione della plenaria, in ordine all'ammissibilità o meno della legittimazione ad impugnare il bando in capo ad un'impresa che abbia scelto di partecipare alla gara.

La questione non ha diretta rilevanza nel caso in esame, - nel quale non vi è impugnazione del bando di gara - tuttavia, per la sua connessione con la precedente, si ritiene opportuno che sia sottoposta all'attenzione dell'adunanza plenaria ai fini dell'enunciazione del principio di diritto nell'interesse della legge ai sensi dell'art. 99, co. 5, c.p.a., sia pure alla stregua di una sua interpretazione estensiva.

Vengono in rilievo in tal caso due questioni fra loro connesse: quella dell'impugnazione di questo atto e quella della legittimazione soggettiva.

9.1. Sotto il primo aspetto è noto che la giurisprudenza della plenaria (Cons. St., ad. plen., 23 gennaio 2003 n. 1) è nel senso dell'impugnabilità immediata - e quindi della necessità di impugnazione - delle sole clausole escludenti, con la conseguenza dell'impugnabilità degli altri profili del bando a procedimento concluso.

All'origine dell'orientamento vi è una volontà deflattiva del contenzioso (solo il non aggiudicatario avrà interesse ad impugnare), che si è dimostrata nei fatti del tutto fallace, a fronte di incontestabili costi aggiuntivi per la p.a. costretta a impegnativi e lunghi rinnovi procedurali.

E' comunque sul piano dei principi del processo amministrativo che la tesi lascia perplessi: se le clausole, escludenti o meno che siano, sono ritenute illegittime, non vi è giustificazione per superare i limiti temporali dell'azione di impugnazione, attesa comunque la loro lesività.

9.2. In termini più radicali è da chiedersi se sia corretto riconoscere la legittimazione ad impugnare il bando in capo a chi abbia partecipato alla gara, pervenendo la giurisprudenza addirittura ad affermare la necessità, di regola e salvo limitate eccezioni, di presentare domanda di partecipazione alla gara per poterne impugnare il bando (Cons. St., ad. plen., 23 gennaio 2003 n. 1).

La risposta negativa che qui si propone, in difformità dell'indirizzo consolidato, non è espressione di una logica sanzionatoria e formalistica, ma al contrario è ispirata al rispetto del principio di buona fede, di ovvia applicazione nelle trattative contrattuali fra privati e stranamente disatteso in rapporti che più degli altri lo esigerebbero.

Non è certo necessario ricordare l'espresso richiamo fatto, a proposito delle trattative precontrattuali, a tale principio dall'art. 1337 c.c. e quello ancora più significativo contenuto nell'art. 1338 alla responsabilità di chi, "conoscendo o dovendo conoscere l'esistenza di una causa di invalidità del contratto, non ne ha dato notizia all'altra parte".

In effetti, anche a non voler ricorrere a presunzioni di acquiescenza,

sembra ovvio ritenere che quell' "affidamento", così spesso invocato a danno della p.a., debba valere anche a favore di quest'ultima, nel momento in cui un soggetto chiede e sia ammesso a partecipare ad un procedimento sulla cui onerosità e complessità non è necessario ricordare.

9.3. Di questi principi di buona fede e affidamento appena menzionati è da ritenere espressione l'istituto dell'informativa preventiva in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale (art. 243-bis del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006, introdotto dal d.lgs. n. 53/2010).

Peraltro, l'assolvimento di detto obbligo non libera la parte, in caso di mancata risposta o risposta negativa dell'amministrazione, dall'onere di impugnare subito il bando, e comunque non costituisce un argomento contrario alla tesi fin qui sostenuta della inammissibilità dell'impugnazione da parte di chi partecipa alla gara pur ritenendo che il bando sia illegittimo.

9.4. Naturalmente il risvolto doveroso della tesi che qui si propone sarebbe il riconoscimento della legittimazione al ricorso contro il bando delle "imprese di settore" (il che è già ampiamente ammesso dalla giurisprudenza) alla condizione, come sopra indicato, che abbiano i necessari requisiti di partecipazione.

10. Viene anche in rilievo nel giudizio, in relazione al motivo dei ricorsi di SITE e GETS contro l'aggiudicataria relativo al difetto dei requisiti di qualificazione dell'impresa ausiliaria, un'ulteriore questione

di diritto, che si sottopone all'esame della plenaria ai sensi dell'art. 99, co. 1, c.p.a., delineandosi un contrasto di giurisprudenza in parte attuale e in parte potenziale: quella dell'ammissibilità di modifiche della figura soggettiva concorrente nel corso della gara o addirittura del giudizio.

10.1. In particolare, con il primo motivo dell'appello principale di SITE si lamenta che l'a.t.i. aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa, perché per dimostrare il possesso dei requisiti di qualificazione per taluni lavori, aveva dichiarato di volersi avvalere dell'impresa ausiliaria Di Lieto, la quale però era poi risultata priva di alcuni dei requisiti di cui all'art. 38, codice appalti.

Posto che la dedotta causa di esclusione riguarda, nella specie, non la concorrente in via diretta, ma l'impresa ausiliaria, occorre valutare quali sono le conseguenze della eventuale declaratoria di inammissibilità dell'avvalimento.

Infatti nelle sue difese in giudizio l'aggiudicataria invoca la giurisprudenza che ammette deroghe al principio di immodificabilità soggettiva del concorrente, in caso di venir meno di un componente del raggruppamento o del consorzio, e tale giurisprudenza sarebbe estensibile al caso di venir meno dell'impresa ausiliaria. Sicché l'aggiudicataria sostiene di poter modificare la propria compagine organizzativa – per riduzione – offrendo mediante le restanti componenti dell'a.t.i. i requisiti che la Di Lieto non può più prestare. Tanto anche in virtù dell'acquisto di requisiti di qualificazione da

parte delle componenti dell'a.t.i., in epoca successiva alla presentazione della domanda di partecipazione e dell'offerta.

10.2. In effetti la giurisprudenza di questo Consesso al riguardo è orientata ad un'interpretazione restrittiva del divieto di modificazione previsto dall'art. 37, co. 9, del codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163/2006 (Cons. St., sez. IV, 23 luglio 2007 n. 4101).

Si è ritenuto infatti che il rigore di detta disposizione andrebbe temperato in ragione dello scopo che persegue, che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di porre nel nulla le suddette verifiche. Le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo sarebbero dunque quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, in tal caso, infatti, le esigenze succitate non sarebbero frustrate poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi (Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2009 n. 2964).

Tale tesi è stata di recente condivisa dalla sezione, ma con alcune puntualizzazioni che già comportano un contrasto di giurisprudenza.

Si è osservato che la soluzione abbracciata da Cons. St. n. 4101/2007 e da Cons. St. n. 2964/2009 può essere seguita solo a condizione che la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. o consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva (Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2010 n. 842).

E' evidente che se nel caso di specie si seguisse il principio affermato dalle decisioni n. 4101/2007 e n. 2964/2009, ne deriverebbe che si dovrebbe ammettere, in astratto, la possibilità, per l'aggiudicataria, di modificare la propria compagine organizzativa, dimostrando il possesso dei requisiti anche senza l'impresa ausiliaria.

Invece, applicando il principio affermato dalla decisione n. 842/2010, si perverrebbe ad opposta conclusione.

10.3. Orbene il Collegio ritiene opportuno rimettere in discussione in radice il principio dell'ammissibilità di modifiche della compagine organizzativa del concorrente in corso di gara, affermato, sia pure con diverse sfumature, da tutte e tre le decisioni citate.

Invero, di fronte al chiaro ed esplicito testo normativo appare difficile contestarne la portata in base ad una presunta *ratio legis*.

Anzitutto non si vede perché la preoccupazione di evitare un appesantimento procedimentale e di garantire la unitarietà e la celerità del procedimento amministrativo non debba sussistere anche nel caso

delle eccezioni proposte, che impongono pur sempre di riverificare la permanenza dei requisiti.

Ma più in generale, se proprio non ci si accontenti del dato letterale, la ratio sembra essere piuttosto quella di imporre il rispetto dell'impegno assunto da colui che manifesta la volontà di partecipare alla gara: la configurazione con cui si è presentato non è un dato solo formale, dovendosi presumere che sia dovuta non ad alchimie concorrenziali ma alla oggettiva indispensabilità di tutti gli apporti.

Pertanto sembrerebbe preferibile la più rigorosa soluzione secondo cui:

- a) il principio di par condicio dei concorrenti e il principio di celerità della gara esigono che il concorrente indichi, sin dal momento di presentazione della domanda di partecipazione e dell'offerta, i propri requisiti, e, in caso di raggruppamenti, consorzi, o ricorso all'avvalimento, la distribuzione dei requisiti tra i vari componenti;
- b) una volta indicata la distribuzione dei requisiti tra i vari componenti o tra concorrente e impresa ausiliaria, tale distribuzione resta cristallizzata e su di essa verte la verifica da parte della stazione appaltante;
- c) non sono ammissibili successivi aggiustamenti o redistribuzioni dei requisiti, modificativi rispetto alla originaria indicazione fatta in sede di domanda di partecipazione, perché si tratta di elementi essenziali per i quali una geometria variabile nuocerebbe sia alla par condicio dei concorrenti, sia alle esigenze di celerità della gara.

10.4. Peraltro, se tutto ciò è vero, dovrebbe valere anche nel caso dell'avvalimento, che, per la complicazione organizzativa che comporta e l'aggravio di oneri di verifica per la stazione appaltante, deve essere utilizzato dal concorrente con consapevole rigore e impegno.

10.5. Va soggiunto che, alla stregua delle considerazioni che precedono, non potrebbe neanche ammettersi una modifica riduttiva della compagine organizzativa dell'a.t.i. o del consorzio, o una rinuncia all'avvalimento, in corso di gara, nel caso di a.t.i. *ab origine* sovrabbondante e dichiaratamente tale, ossia di concorrente che dall'inizio dichiara, per ciascun componente dell'a.t.i. o consorzio, requisiti in misura superiore ai necessari tali che l'a.t.i. o consorzio raggiunge i requisiti anche senza l'apporto di taluno dei suoi componenti.

11. Si aggiungerebbe in tal caso un ulteriore elemento di perplessità sul piano della tutela della concorrenza.

Vero è che la giurisprudenza ha affermato che la vigente disciplina degli appalti pubblici non vieta ad imprese già selezionate nella fase di prequalificazione, e dunque già di per sé in possesso dei requisiti di partecipazione, di associarsi temporaneamente in vista della gara, e che pertanto un'a.t.i. sovradimensionata non è di per sé illecita (Cons. St., sez. VI, 20 febbraio 2008 n. 588).

Tuttavia la circostanza che a.t.i. e consorzi siano frutto di negozi giuridici tipizzati non esclude la loro contrarietà al diritto antitrust,

allorché risulti che la causa concreta degli stessi, intesa come concreta funzione socio-economica dell'affare, sia illecita in quanto volta a contrassegnare un assetto contrario a norme imperative.

Molteplici istituti civilistici sono infatti “neutri” ai fini antitrust dovendo essere verificato in concreto il loro utilizzo a fini anticoncorrenziali.

Con peculiare riguardo al corretto utilizzo degli strumenti associativi in sede di gara, nella segnalazione AS 251 del 7 febbraio 2003, l'Autorità garante della concorrenza e del mercato ha auspicato che le stazioni appaltanti, pur nel silenzio della legge, limitino la possibilità di associarsi in a.t.i. da parte di due o più imprese che singolarmente sarebbero in grado di soddisfare i requisiti finanziari e tecnici per poter partecipare alla gara. Ciò perché l'a.t.i., proprio in quanto strumento di collaborazione tra le imprese, può facilmente prestarsi ad un uso restrittivo della concorrenza, attuale o potenziale, tra le imprese stesse.

In taluni casi concreti l'Autorità garante e la giurisprudenza ha ritenuto illecita, sul piano del diritto di concorrenza, la costituzione ex ante di a.t.i. a prescindere da ogni esigenza reale rispetto ai requisiti previsti dai bandi di gara, si inserisca in un più complesso contesto collusivo caratterizzato dall'esistenza di intese a monte rappresentate da accordi puntuali e “macroaggregazioni” aventi quale loro oggetto esplicito la disciplina del comportamento delle imprese per fini anticoncorrenziali più che per la finalità sinergica volta al

miglioramento dell'offerta (Cons. St., sez. VI, 9 aprile 2009 n. 2203).

Anche tale questione merita, ad avviso della Sezione, un approfondimento per valutare se sia il caso di pervenire ad un divieto generalizzato, pur in difetto di espressa previsione nell'art. 38 codice appalti, ovvero di riconoscere in capo alla stazione appaltante il potere di escludere dalla gara un'a.t.i. sovrabbondante che costituisca un palese artificio in danno della concorrenza eventualmente previa espressa previsione in tal senso nel bando di gara.

12. Alla luce delle suesposte argomentazioni, l'esame dei due appelli riuniti viene deferito all'adunanza plenaria:

a) ai sensi dell'art. 99, co. 3, c.p.a., quanto alla questione di ordine di esame di ricorso principale e incidentale in caso di contenzioso su gare di appalto quando tutti i concorrenti siano in giudizio ricorrenti principali (i concorrenti diversi dall'aggiudicatario) o incidentale (l'aggiudicatario);

b) ai sensi dell'art. 99, co. 5, c.p.a., quanto alla questione dell'ambito dell'onere di impugnazione immediata del bando di gara e della legittimazione all'impugnazione del medesimo e a quella dei limiti di ammissibilità di un'a.t.i. sovrabbondante;

c) ai sensi dell'art. 99, co. 1, c.p.a., quanto alle altre questioni sollevate (modificabilità o meno "per riduzione" della compagine organizzativa di a.t.i. e consorzi in corso di gara; necessità o meno che le imprese del settore che impugnino gli atti di una procedura senza bando cui non hanno partecipato, dimostrino il possesso dei requisiti di

partecipazione a quella gara).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), previa riunione, rimette l'esame degli appelli principali e incidentali (e conseguentemente dei ricorsi principali e incidentali di primo grado) all'esame dell'adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99, co. 1, 3, e 5 c.p.a., per le ragioni di cui in motivazione.

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio del giorno 10 dicembre 2010 e del giorno 11 gennaio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Coraggio, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere, Estensore

Maurizio Meschino, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 18/01/2011

IL SEGRETARIO

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