

Publicato il 07/05/2018

N. 01224/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01544/2017 REG.RIC.

 logo

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 1544 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da

Società Cooperativa Consorzio Integra, rappresentata e difesa dagli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla e Paolo Bertacco, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via S. Damiano n. 9;

contro

Mm S.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Danilo Tassan Mazzocco, Federica Fischetti e Alfonso Polillo, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Via Amedei, 8;

Comune di Milano; non costituito in giudizio;

nei confronti

De Sanctis Costruzioni S.p.a, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianfrancesco Fidone, Emanuela Russiani, e Giorgio Prandelli, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Milano, via Antonio Kramer 22;

per l'annullamento

del provvedimento di aggiudicazione alla Società De Sanctis Costruzioni S.p.a. della “gara, con procedura aperta, per l'affidamento dell'appalto integrato per la progettazione esecutiva e per la realizzazione delle opere al rustico, dei sottoservizi, della viabilità e sistemazioni superficiali, delle finiture, dell'armamento e degli impianti del prolungamento della linea 1 della metropolitana di Milano – tratta Sesto FS – Cinisello – Monza (codice CIG 04455141C8)”, adottato da Metropolitana Milanese S.p.a., e di tutti i relativi documenti di gara, ivi compreso il Bando di gara, pubblicato in GUUE 2010/S 87-130057 del 5 maggio 2010, dello stralcio del verbale del Consiglio di Amministrazione di Metropolitana Milanese S.p.A., del 18 maggio 2017, con cui viene deliberato di “procedere alla stipulazione con l'impresa De Sanctis Costruzioni S.p.a. del contratto”, nonché di tutti gli atti ad esso presupposti e consequenziali, ivi incluso il verbale del C.T.I.A. e la nota del Responsabile del Procedimento del 16 maggio 2017 ivi richiamati, nonché le comunicazioni PG/36753 del 2 aprile 2015, PG/40094 del 16 aprile 2015, PG/27454 del 27 maggio 2016, PG/52647 del 28 ottobre 2016, PG/6587 del 9 febbraio 2017, inviate da Metropolitana Milanese S.p.a. a De Sanctis Costruzioni S.p.a., nonché la comunicazione con cui Metropolitana Milanese S.p.a. ha richiesto a De Sanctis Costruzioni S.p.a. di dichiarare l'accettazione tecnico-economica del progetto definitivo regolante la variante relativa all'innalzamento della falda, nonché, per quanto occorrer possa, il verbale di consegna anticipata delle aree n. 1 in data 29 maggio 2017 ed il verbale di consegna delle aree n. 2 in data 12

giugno 2017, nonché di ogni altro atto ad essi presupposto, consequenziale o comunque connesso, ancorché non conosciuto; ed altresì per la declaratoria di inefficacia e/o nullità o comunque per l'annullamento e/o la caducazione del contratto relativo alla “procedura di interpello ex art. 140 del D.lgs. 163/2006 per l'affidamento del completamento dell'appalto integrato afferente alla progettazione esecutiva e alla realizzazione delle opere al rustico, sottoservizi, viabilità e sistemazioni superficiali, finiture, armamento e impianti del prolungamento Sesto FS- Monza della Linea 1 della Metropolitana di Milano. CUP B61E04000030001 – CIG 04455141C8”, medio tempore stipulato da Metropolitana Milanese S.p.A. con De Sanctis Costruzioni S.p.a. in forma digitale in data 5 giugno 2017 e registrato il successivo 7 giugno con prot. 029795, e per il conseguente subentro nel contratto; nonché per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno; atti impugnati con il ricorso principale, nonché delle comunicazioni PG/ 36796 del 2.4.2015, PG/40092 del 16.4.2015, PG/101222 del 5.11.2015, PG/102577 del 10.11.2015, PG/106369 del 24.11.2015, PG/27453 del 27.5.2016, PG/52649 del 28.10.2016, PG/6588 del 9.2.2017, inviate da MM S.p.a. prima a Consorzio Cooperative Costruzioni S.p.a. e poi a Consorzio Integra, con le quali è stata proseguita la procedura di interpello ex art. 140 D.Lgs. 163/2006 anche nei confronti dell'odierno ricorrente, dei verbali e di tutti gli atti non noti, presupposti, connessi e conseguenti, con i quali MM S.p.a. ha ritenuto di potere proseguire nei confronti della costituenda associazione temporanea di imprese tra Società Cooperativa Consorzio Integra ed I.T.I. Impresa Generali

S.p.a. la “procedura di interpello ex art. 140 del D.lgs. 163/2006 per l'affidamento del completamento dell'appalto integrato afferente alla progettazione esecutiva e alla realizzazione delle opere al rustico, sottoservizi, viabilità e sistemazioni superficiali, finiture, armamento e impianti del prolungamento Sesto FS- Monza della Linea1 della Metropolitana di Milano. CUP B61E04000030001-CIG 04455141C3”, senza escludere detto costituendo raggruppamento; atti impugnati con il ricorso incidentale e con i relativi motivi aggiunti presentati da De Sanctis Costruzioni S.p.a.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti, ed i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Mm S.p.a. e di De Sanctis Costruzioni S.p.a;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2018 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato sulla GUUE in data 3.5.2010, Metropolitana Milanese S.p.a. (nel proseguo “MM”), ha indetto una procedura aperta per l'affidamento di un appalto integrato, avente ad oggetto la progettazione esecutiva e la realizzazione dei lavori per il prolungamento della Linea 1 della Metropolitana di Milano, da Sesto FS a Cinisello-Monza, per un importo complessivo di Euro 89.711.702,00 (di cui Euro 85.145.609,00 per l'esecuzione dei lavori, Euro 1.045.000,00 per la progettazione, ed Euro 3.521.093,00 per oneri della sicurezza).

In esito alle operazioni di gara, la procedura è stata aggiudicata al raggruppamento temporaneo di imprese avente quale capogruppo CO.E.STRA S.p.a., e come mandanti Bonciani e ACMAR S.c.p.a. (nel proseguo “r.t.i. CO.E.STRA”), con cui MM ha stipulato il relativo contratto, in data 6.5.2011.

Successivamente all’elaborazione della progettazione esecutiva, il r.t.i. CO.E.STRA diveniva tuttavia inadempiente, ciò che dava luogo alla risoluzione del predetto contratto, in data 11.3.2015, dopo che lo stesso aveva eseguito lavori pari ad Euro 23.425.153,01, ed ad Euro 1.992.659,46 per oneri di sicurezza.

Conseguentemente, in data 2.4.2015, MM ha avviato una procedura di interpello, ex art. 140 D.Lgs. n. 163/2006, a tal fine coinvolgendo il raggruppamento temporaneo di imprese composto da De Sanctis Costruzioni (capogruppo) e Cavalleri Ottavio (associata), secondo classificato, ed il consorzio ricorrente, quarto classificato (alla terza classificata non è stata inoltrata alcuna richiesta essendo incorsa, medio tempore, in una procedura di fallimento).

Con nota prot. n. 115 del 10.4.2015, l’impresa De Sanctis Costruzioni ha manifestato la propria disponibilità al subentro, come impresa singola, essendo la mandante sottoposta alla procedura di concordato preventivo con decreto di omologa del 11.3.2015.

Con nota del 13.4.2015, anche la ricorrente ha manifestato la propria disponibilità al subentro nell’appalto, subordinatamente alla facoltà di indicare nuove ed ulteriori consorziate quali esecutrici dei lavori, a tal fine individuando, con nota del 21.4.2015, la Cooperativa Muratori & Cementisti C.M.C. di Ravenna (nel proseguo, “CMC”).

In data 18.5.2017, MM ha deliberato di procedere all'affidamento dei lavori in favore di De Sanctis Costruzioni, stipulando il relativo contratto, in data 5.6.2017.

Con il presente ricorso, l'istante ha sollevato due distinti ordini di censure, volte rispettivamente, in via principale, ad ottenere l'esclusione della controinteressata dalla procedura di interpello, e la conseguente aggiudicazione in suo favore (v. successivi punti II.1-2), ed in subordine, l'annullamento dell'intera procedura di affidamento, e la sua riedizione (v. III.1-3).

MM e la controinteressata si sono costituite in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito; la seconda ha altresì proposto ricorso incidentale, deducendo che l'istante non avrebbe comunque potuto divenire affidataria dei lavori oggetto dell'interpello, in quanto priva dei requisiti richiesti.

Con ordinanza n. 1162/2017 il Tribunale ha respinto la domanda cautelare.

Nelle more del giudizio, MM ha proceduto alla consegna dei lavori alla controinteressata, che risultano attualmente in corso di esecuzione, sebbene in fase preliminare.

All'udienza pubblica del 18.4.2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

I) Il ricorso incidentale è fondato, come già evidenziato in sede cautelare, avuto riguardo alle censure sollevate nell'ultimo motivo aggiunto.

In sede di interpello, la ricorrente ha infatti indicato, quale consorziata esecutrice dei lavori, la ditta C.M.C., che aveva partecipato autonomamente alla gara, con un'offerta inizialmente

collocata al terzo posto, ma successivamente esclusa per anomalia, con provvedimento n. 4714 del 3.2.2011.

Al momento dell'interpello, la predetta C.M.C. non era pertanto inserita nella graduatoria, per aver presentato un'offerta che MM, con provvedimento inoppugnato, né peraltro contestato in occasione del presente giudizio, ha ritenuto inaffidabile.

Il giudizio di anomalia dell'offerta esprime infatti la complessiva inattendibilità della stessa (C.S., Sez. V, 23.1.2018 n. 430, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. IV, 9.2.2016 n. 678), in ragione dell'implausibilità dell'intera operazione economica, sulla base della sua insostenibilità, e della sua incapacità a garantire l'efficace perseguimento dell'interesse pubblico (T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 13.5.2011, n. 693), non potendo pertanto ritenere che CMC, a fronte della prognosi negativa formulata da MM nei suoi confronti, potesse subentrare, sic et simpliciter, nell'esecuzione del contratto.

Secondo la ricorrente principale, a seguito dell'interpello, CMC. sarebbe tuttavia stata chiamata a dare esecuzione all'offerta formulata dal r.t.i. CO.E.STRA, e non alla propria, ciò che, a suo dire, renderebbe irrilevante il pregresso giudizio di anomalia.

Ritiene in contrario il Collegio che, allo stato, CMC risulta essere stata esclusa dalla graduatoria, in conseguenza della formulazione di un giudizio di inidoneità all'esecuzione dell'appalto, come detto non contestato, né medio tempore superato da ulteriori provvedimenti o da un intervento di autotutela.

Se è certamente vero che MM avrebbe ben potuto, in astratto, adottare un nuovo provvedimento, che riconoscesse l'idoneità di CMC ad eseguire l'appalto, sulla base dell'offerta formulata dal r.t.i. CO.E.STRA, ciò non è tuttavia avvenuto, non potendosi pertanto in

alcun modo considerare tamquam non esset il giudizio di anomalia della sua offerta e la conseguente esclusione dalla graduatoria.

Va soggiunto, in ultimo, che non risulta in alcun modo provato, e nemmeno dedotto, che le ragioni che hanno condotto MM a formulare il visto giudizio di anomalia nei confronti dell'offerta di CMC siano automaticamente superate, in ragione dei maggiori importi alla stessa riconosciuti per l'esecuzione dell'offerta presentata dal r.t.i. CO.E.STRA.

II.1.1) Quanto al ricorso principale, con i primi tre motivi, sostanzialmente, la ricorrente deduce l'illegittima modifica del soggetto che ha presentato l'offerta in sede di gara, rispetto al concorrente che ha aderito all'interpello, ciò che risulterebbe aggravato, a suo dire, dalla perdita dei requisiti di moralità in capo alla società mandante.

Come infatti esposto nella parte in fatto, mentre alla procedura di evidenza pubblica ha partecipato il raggruppamento avente quale capogruppo De Sanctis, solo quest'ultima impresa ha aderito all'interpello, essendo la mandante Cavalleri sottoposta alla procedura di concordato preventivo, in forza del citato decreto di omologa del 11.3.2015.

Quanto precede, violerebbe pertanto l'art. 140 D. Lgs. n. 163/06, secondo cui, nei casi ivi menzionati, la stazione appaltante può rivolgere il proprio interpello, ai soli "soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria" (primo motivo).

Nel caso di specie, come detto, tra il momento della partecipazione alla procedura di evidenza pubblica, e l'interpello ex art. 140 D. Lgs. n. 163 cit., è infatti intervenuta una variazione nella compagine della

controinteressata, ciò che si assume ledere il principio di immodificabilità della composizione dei raggruppamenti temporanei, rispetto a quella risultante in sede di offerta, sancito dall'art. 37 c. 9 D. Lgs. n. 163/06 (secondo motivo).

Infine, la sottoposizione dell'impresa Cavalleri alla procedura di concordato, comporterebbe la perdita del requisito di moralità previsto dall'art. 38 c. 1 lett. a) D. Lgs. n. 163 cit., che risulterebbe quindi parimenti violato (terzo motivo).

II.1.2) Ciò premesso, osserva il Collegio che, nelle gare pubbliche, i requisiti di ammissione devono certamente essere posseduti, al momento della presentazione dell'offerta, da tutte le imprese partecipanti ad un r.t.i., non avendo rilievo per l'Amministrazione il recesso, avvenuto nel corso della procedura di gara, di un'impresa associata, che medio tempore li abbia persi, pur essendone in precedenza in possesso, non violando ciò il principio della par condicio tra i concorrenti (C.d.S., Sez. III, 21.11.2014, n. 5752).

Come infatti statuito dalla stessa Adunanza Plenaria n. 8/12 invocata dalla ricorrente, il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, riguarda i casi di aggiunta o sostituzione delle imprese partecipanti, e non anche quelli di semplice recesso di una delle imprese del raggruppamento, laddove l'Amministrazione abbia già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa, o delle altre imprese componenti il raggruppamento (C.d.S. n. 5752/2014 cit.).

Pertanto, come già riconosciuto da T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 6.2.2017 n. 167, e da TAR Lazio, Latina, Sez. I, 9.12.2015, n. 805, va ammesso alla stipula del contratto un raggruppamento temporaneo di imprese che, analogamente a quanto avvenuto nel

caso di specie, abbia espulso dallo stesso una delle mandanti, a causa della dichiarazione di fallimento, senza darsi luogo alla sua sostituzione, ma solo alla sua esclusione, non incidendo detta modifica sul possesso dei requisiti soggettivi in capo al raggruppamento stesso.

II.1.3) Quanto precede vale, a maggior ragione, nei casi di scorrimento della graduatoria in cui, tra l'evento terminale della procedura di evidenza pubblica, id est l'aggiudicazione, e la riapertura della procedura a seguito dell'interpello per lo scorrimento, è oggettivamente presente una netta cesura, come desumibile dalla limitata efficacia temporale delle offerte, stabilita dalla legge, dovendo infatti le stesse essere confermate? (C.d.S., Sez. III, 6.3.2017 n. 1050).

A fronte di una procedura di interpello, non può infatti essere considerato ragionevole pretendere la continuità del possesso dei requisiti di partecipazione per un periodo indefinito, durante il quale non vi è alcuna competizione, alcuna attività valutativa dell'amministrazione, e per giunta, alcun impegno vincolante nei confronti della stessa (C.d.S., Sez. III, n. 1050/17 cit., secondo cui, i principi affermati da Ad. Plen., n. 8/2015, per i quali il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione, e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, non vanno applicati in virtù di un astratto e vacuo formalismo procedimentale, quanto piuttosto a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile, presupponendo pertanto l'esistenza di un rapporto fra impresa ed amministrazione. Conseguentemente, qualora la gara sia aggiudicata ed il contratto stipulato, deve

differenziarsi la posizione dell'aggiudicatario da quella delle imprese concorrenti collocatesi in posizione non utile, per le quali, la procedura è da considerarsi terminata).

II.1.4) In conclusione, per le ragioni sopra esposte, MM ha legittimamente accettato l'offerta di De Sanctis in sede di interpello, non avendo la stessa aggiunto o sostituito l'impresa Cavalleri con altre mandanti, né avendo pertanto perduto il possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*, dovendosi respingere i primi tre motivi di ricorso.

Anche infatti volendo aderire all'orientamento giurisprudenziale invocato dalla ricorrente, secondo cui, in caso di interpello, i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dai candidati per tutto il periodo di esecuzione del contratto (C.d.S., Sez. III, 13.1.2016 n. 76), nel caso di specie, in relazione a quanto evidenziato nel precedente punto II.1.2, la controinteressata non li ha in realtà mai persi.

II.2) Con il quarto motivo, l'istante deduce la mancanza, in capo a De Sanctis, della qualificazione S.O.A., con riferimento alla categoria OS21.

In particolare, secondo la ricorrente, ai fini della determinazione della relativa classe, dovrebbero computarsi, oltre agli importi previsti nell'interpello, anche quelli relativi ai lavori già eseguiti dal precedente aggiudicatario, oltreché quelli relativi alle varianti contrattuali.

Conseguentemente, quanto alla citata categoria OS 21, MM avrebbe dovuto richiedere, in sede di interpello, la classifica VIII, per importo "illimitato", tuttavia non posseduta da De Sanctis

II.2.1) Sul punto, il Collegio prende atto che il bando di gara indicava, quale categoria prevalente, la OG4, nella classifica VII,

consentendo espressamente il subappalto di quelle scorporabili, tra cui vi era anche la OS21, per un importo di Euro 15.743.786,00.

La controinteressata ha dichiarato, sia in sede di offerta, che di interpello, di voler affidare in subappalto i lavori afferenti alla citata categoria OS21, nei termini di cui all'art. 118 D.Lgs. n. 163/06.

Inoltre, nel corso dell'appalto affidato al r.t.i. CO.E.STRA, le parti hanno dato luogo alla stipula di tre atti di sottomissione (n. 1 del 19.11.2012, n. 2 del 22.11.2013 e n. 3 del 7.2.2013), in conseguenza dei quali, l'importo dei lavori è passato da 57.478.613,27 ad Euro 62.402.354,55.

Secondo quanto poi evidenziato nel "Progetto definitivo di variante / Relazione tecnico descrittiva degli interventi" del 31.8.2015 (doc. n. 2 di MM), a seguito dell'innalzamento del livello della falda acquifera sotterranea, si è resa necessaria la realizzazione di ulteriori scavi, non previsti nel progetto originario, oltreché l'impermeabilizzazione delle opere già realizzate, avendo MM conseguentemente aggiunto detti lavori all'interpello, in variante al contratto originario, per un importo di Euro 17.106.419,58 (nel proseguo "Variante").

II.2.2) Secondo la ricorrente, i lavori previsti dai citati atti di sottomissione, e quelli ulteriori indicati nella Variante, sarebbero ascrivibili principalmente alla categoria OS21, il cui ammontare complessivo avrebbe pertanto richiesto, come già detto, il possesso della classifica VIII, di importo illimitato, di cui la controinteressata è tuttavia priva.

Ritiene il Collegio che, come correttamente dedotto dalla difesa di MM, tali affermazioni siano effettivamente generiche, e totalmente indimostrate.

In base a quanto previsto nell'Allegato A del D.P.R. 5.10.2010 n. 207, la predetta categoria OS21 “riguarda la costruzione di opere destinate a trasferire i carichi di manufatti poggianti su terreni non idonei a reggere i carichi stessi, di opere destinate a conferire ai terreni caratteristiche di resistenza e di indeformabilità tali da rendere stabili l'imposta dei manufatti e da prevenire dissesti geologici, di opere per rendere antisismiche le strutture esistenti e funzionanti”.

A sua volta, la citata “Relazione tecnico descrittiva degli interventi” afferenti la Variante, evidenzia dettagliatamente la loro consistenza, distinguendo quelli “per la prosecuzione dei lavori in corrispondenza dei manufatti a cielo aperto” (par. 6), da quelli “per il ripristino ed il completamento degli scavi a foro cieco” (par. 7).

La ricorrente, anziché indicare, come avrebbe dovuto, tra le lavorazioni menzionate nella predetta Relazione, quelle ascrivibili alla categoria OS21, si è invece limitata a produrre in giudizio il doc. n. 28 in cui, senza minimamente illustrare i criteri seguiti, e gli elementi a tal fine rilevanti, ha rideterminato unilateralmente gli importi delle categorie di lavorazioni menzionate nel bando di gara, alla luce della varianti successive.

Tuttavia, per giurisprudenza pacifica, nel processo amministrativo, vige il principio generale dell'onere della prova, stabilito in termini generali dall'art. 2697 c.c., secondo cui, chi avanza una pretesa, deve fornire la prova del fatto che la costituisce, con la conseguenza che i più ampi poteri istruttori riconosciuti al giudice amministrativo non possono essere esercitati allorquando non sia stato fornito nessun inizio di prova, circa la verosimile fondatezza delle proprie tesi difensive (C.d.S., Sez. V, 28.10.2015, n. 4943, C.d.S., Sez. V, 22.12.2014, n. 6222).

Quanto precede, vale soprattutto nei casi in cui le affermazioni del ricorrente, oltreché genericamente formulate, vengano puntualmente contestate dalle controparti, come avvenuto nel presente giudizio, in cui MM, richiamando dettagliatamente il contenuto della predetta Relazione, ha evidenziato come la Variante “è semplicemente consistita nella definizione di nuove modalità di scavo e impermeabilizzazione del terreno, non impattanti in alcun modo sulle strutture in c.a.”, senza che, come detto, l’istante abbia fornito elementi volti a far dubitare della correttezza di tali assunti.

In particolare, la ricorrente non ha sostanzialmente contestato il contenuto del doc. n. 15 di MM, dalla stessa utilizzato nel corso delle verifiche dei requisiti nella fase di interpello, in cui sono stati distintamente indicati, con riferimento ad ogni categoria di opere da realizzare, gli importi di quelle previste nel contratto con il r.t.i. CO.E.STRA, negli atti di sottomissione, e nella Variante.

In conclusione, qualora l’istante avesse allegato elementi tecnici che avessero consentito di dubitare dell’esattezza di tali valori, ad esempio indicando da quali passaggi della citata Relazione tecnico descrittiva degli interventi di Variante, fosse possibile desumere l’esistenza di lavorazioni non corrispondenti alla classificazione operata nel predetto doc. n. 15, o l’incongruenza degli importi ivi menzionati, il Collegio avrebbe potuto valutare la possibilità di esperire un’istruttoria sul punto. Al contrario, l’istante si è invece limitata a sollevare avverso detto documento rilievi di natura formale, lamentando che il medesimo non gli è stato comunicato nell’ambito del procedimento di interpello, che è privo di data e sottoscrizione, e che non sarebbe chiaro, senza invece, fornire elementi tecnici che possano condurre a dubitare dei suoi contenuti.

II.2.3) Solo nella propria memoria finale, la ricorrente muove una specifica contestazione al predetto doc. n. 15, affermando che “per la loro natura, le paratie devono essere ricondotte alla categoria OS21”, laddove il medesimo le ha invece ascritte alla OG4.

Ritiene il Collegio che, anche in questo caso, le affermazioni della ricorrente siano sostanzialmente generiche, e pertanto indimostrate.

Premesso che la qualificazione delle opere di cui si compone un appalto pubblico, rientra nell'autonomia riconosciuta alla stazione appaltante (C.S., Sez. III, 7.3.2011 n. 1422), diversamente da quanto pretenderebbe la ricorrente, non è sufficiente, al fine dell'illegittima riconduzione di una lavorazione all'ambito di un'opera specializzata, la sua menzione, nell'Allegato A del D.P.R. 5.10.2010 n. 207, tra quelle afferenti le OS.

Come infatti precisato anche dall'Autorità, l'insieme delle lavorazioni che costituiscono le categorie generali, ne comprende infatti spesso anche alcune afferenti a quelle specializzate, da considerarsi tuttavia autonomi lavori soltanto se, attraverso le stesse, si realizza un'opera, o parte di un intervento, capace di esplicare in via autonoma funzioni economiche o tecniche (Determinazione n. 8 del 07.05.2002).

Conseguentemente, la stazione appaltante deve procedere all'individuazione delle categorie da indicare nel bando, non soltanto in base ad una mera classificazione tipologica delle lavorazioni, come sembrerebbe sostenere la ricorrente, ma anche sul presupposto della riconosciuta rilevanza di specifici vincoli funzionali sussistenti tra queste (T.A.R. Campania, Napoli, 27.9.2004 n. 12590).

Quanto precede, si attaglia perfettamente al rapporto esistente tra le lavorazioni afferenti alla categoria OS21 e quelle menzionate nella OG4, dovendosi infatti ricomprendere tra queste ultime una casistica

particolarmente ampia, e quindi, in particolare, tutti gli interventi in sotterraneo, indipendentemente dal loro grado di importanza, necessari a consentire la mobilità su ferro, completi di ogni opera accessoria.

In conclusione, la ricorrente non ha comprovato, come invece avrebbe dovuto, che nell'ambito dell'appalto di che trattasi, i lavori afferenti alle paratie avrebbero dovuto essere ascritti alla categoria OS21, essendo gli stessi, in astratto, suscettibili di poter venire ricompresi anche nella citata categoria OG4, non avendo inoltre sviluppato alcuna considerazione sulla loro autonomia funzionale, che come sopra riportato, l'Autorità e la giurisprudenza, ritengono invece necessaria, al fine di riconoscerne il rilievo.

In ogni caso, anche ammettendo la fondatezza delle censure mosse dalla ricorrente, e pertanto, che le lavorazioni afferenti le paratie andrebbero effettivamente ricondotte alla categoria OS21, anziché alla OG4, la stessa non ha tuttavia quantificato, neppure presuntivamente, la loro incidenza in termini economici, non avendo pertanto dimostrato, che i lavori della categoria OS21, sarebbero di importo tale da richiedere la classifica VIII, ciò che, come detto, costituiva il presupposto per l'accoglimento del motivo, dovendosi pertanto respingere lo stesso.

II.2.4) Sotto altro profilo, la ricorrente lamenta che, in occasione della partecipazione alla procedura di evidenza pubblica, relativamente alla predetta categoria OS21, la controinteressata aveva dichiarato il possesso della classifica VI, avendo solo successivamente ottenuto la VII.

Ritiene il Collegio che detti argomenti siano irrilevanti, in relazione a quanto evidenziato nel precedente punto II.2.1, in relazione alle previsioni del bando.

Per giurisprudenza pacifica, i partecipanti ad una gara per l'affidamento di un pubblico appalto, per l'esecuzione delle lavorazioni afferenti alle categorie scorporabili, ove non si tratti di opere o lavori speciali a qualificazione necessaria, possono infatti limitarsi a dichiarare di voler ricorrere al subappalto, come avvenuto nel caso di specie, ove venga dimostrato il possesso della qualificazione nella categoria prevalente, con classifica idonea a ricomprendere anche l'importo dei lavori delle scorporabili (T.A.R. Sardegna, Sez. I, 3.3.2014, n. 196, T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 6.7.2009, n. 1370), la cui sufficienza, non è stata tuttavia contestata dall'istante.

II.2.5) Infine, la ricorrente deduce la mancanza di qualificazione in capo a De Sanctis, con riferimento alle prestazioni di progettazione esecutiva.

Il motivo è infondato anche in parte qua, atteso che, come consentito dall'art. 53 c. 3 del D.Lgs. n. 163/03 in materia di appalto integrato, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti richiesti per la redazione del progetto esecutivo, la controinteressata ha fatto ricorso ad un raggruppamento temporaneo di progettisti esterni.

III.1) Con il quinto motivo, l'istante deduce la violazione dell'art. 140 D. Lgs. n. 163/06, per essere le prestazioni oggetto dell'interpello, a suo dire, radicalmente diverse, quantitativamente e qualitativamente, da quelle affidate in esito alla procedura di evidenza pubblica,

richiedendo invece detta norma che “l’affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall’originario affidatario”.

In particolare, poiché MM non si sarebbe limitata ad affidare alla controinteressata le lavorazioni residue, non eseguite dal r.t.i. CO.E.STRA, aggiungendone infatti ulteriori, in variante al contratto originario, per un importo di Euro 17.106.419,58, nel caso di specie, mediante l’interpello, si sarebbe surrettiziamente dato luogo ad un nuovo affidamento, al di fuori delle regole dell’evidenza pubblica.

III.1.1) In via preliminare, osserva il Collegio che, come già evidenziato, nel corso di esecuzione dei lavori affidati al r.t.i. CO.E.STRA, si è verificato un innalzamento del livello della falda acquifera sotterranea, ciò che ha reso necessaria la realizzazione di ulteriori scavi, non previsti nel progetto originario, oltreché l’impermeabilizzazione delle opere già realizzate.

Il Collegio dà atto che la ricorrente non ha contestato la sussistenza dei presupposti richiesti dall’art. 132 D. Lgs. n. 163/06 per poter dar corso ad una variante del contratto originario, quanto invece, la legittimità dell’interpello avviato da MM, che a suo dire, avrebbe un oggetto differente da quello indicato nella procedura di evidenza pubblica.

In altre parole, le doglianze articolate dalla ricorrente, riguardano unicamente il contenuto dell’interpello, che non avrebbe dovuto avere luogo in quanto ricomprensivo anche l’esecuzione di lavorazioni diverse ed ulteriori rispetto a quelle che hanno formato oggetto dell’originario affidamento.

In applicazione del principio della corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato, il Collegio deve pertanto prendere atto che, alla luce delle doglianze articolate dall’istante, nel presente giudizio, non sono

in contestazione i presupposti per il ricorso ad una variante, dovendosi invece accertare se l'impugnato provvedimento di interpello, ex art. 140 D. Lgs. n. 163/06, sia o meno legittimo, per aver ricompreso nel suo oggetto anche detta Variante.

Anche da un punto di vista meramente formale, la ricorrente ha infatti impugnato l'atto con cui MM "ha richiesto a De Sanctis Costruzioni S.p.a. di dichiarare l'accettazione tecnico-economica del progetto definitivo regolante la variante relativa all'innalzamento della falda", e non la stessa Variante, od il relativo progetto.

In conclusione, il Collegio deve pertanto presupporre la legittimità della Variante con cui MM ha modificato l'oggetto del contratto, a suo tempo stipulato con il r.t.i. CO.E.STRA., in quanto rientrante nelle previsioni di cui agli artt. 132 D.Lgs. n. 163/06 e 161 D.P.R. 5.10.2010 n. 207.

III.1.2) Premesso quanto precede, evidenzia il Collegio che, in linea generale, il ricorso all'interpello è ammissibile anche quando la stazione appaltante abbia adottato varianti contrattuali che abbiano integrato l'oggetto del contratto stipulato in esito alla procedura di evidenza pubblica.

Come infatti affermato dalla stessa giurisprudenza invocata dalla ricorrente, "il contratto dev'essere stipulato alle stesse condizioni contenute in quello inizialmente concluso e poi risolto" (C.S., Sez. III, 13.1.2016 n. 76), dovendo necessariamente ricomprendersi nel suo oggetto, anche le legittime integrazioni apportate in sede di variante.

La ratio dell'art. 140 c. 2 D. Lgs. n. 163/06, nella parte in cui impone che l'affidamento oggetto di interpello avvenga "alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di

offerta”, intende infatti evitare che il ricorso alla speciale procedura ivi disciplinata si traduca nell'aggiramento dei principi che presiedono all'aggiudicazione degli appalti, secondo cui gli stessi possono essere affidati solo in esito ad una procedura comparativa svolta secondo i principi dell'evidenza pubblica (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 8.1.2016, n. 26), precludendo pertanto alla stazione appaltante la possibilità di esercitare uno *jus variandi* rispetto alle condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede di offerta (C.S. n. 76/2016 cit.).

Detta norma, è stata infatti introdotta dall'art. 1, c. 1, lett. dd), n. 2), del D. Lgs. 11.9.2008, n. 152, al fine di evitare una procedura in infrazione comunitaria avviata nei confronti dell'Italia, in relazione alla precedente formulazione dell'art. 140 c. 2 D. Lgs. cit. che, diversamente da quella applicata da MM, consentiva l'affidamento dell'appalto oggetto di interpello alle condizioni indicate dall'offerente.

Nella successiva versione dell'art. 140 cit., posta a fondamento dei provvedimenti oggetto del presente giudizio, l'interpello non costituisce invece una nuova gara, essendo un ulteriore segmento dell'originaria procedura di scelta del contraente, di cui assorbe tutti gli atti e gli adempimenti presupposti, dovendo conseguentemente applicarsi allo stesso le disposizioni previste per l'affidamento originario (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 8.8.2013, n. 1239), tra cui rientra anche l'eventuale integrazione del contratto, a seguito di variante.

Come infatti già statuito dal Tribunale, laddove, “il contratto originariamente stipulato attribuisca uno *jus variandi* in capo all'Amministrazione, consentendole variazioni quantitative e

qualitative delle prestazioni, l'identità tra il vecchio ed il nuovo contratto deve essere apprezzata tenendo conto delle variazioni effettivamente disposte dall'Amministrazione durante la fase di esecuzione del contratto medesimo" (T.A.R. Lombardia, Milano, n. 26/2016 cit., confermata in sede di appello da C.d.S., Sez. V, 10.8.2016 n. 3573. Analogamente, anche A.N.A.C., nel parere n. 4/2013, ha implicitamente riconosciuto la compatibilità tra l'approvazione di varianti nel contratto originario e la procedura di interpello).

III.1.3) Chiarito quanto precede, il Collegio deve interrogarsi se le predette conclusioni, secondo cui, in linea generale, il ricorso all'interpello ex art. 140 D. Lgs. n. 163/06, è ammissibile anche quando il contratto originario sia stato integrato da varianti, possano essere estese alla fattispecie per cui è causa, tenuto conto delle peculiarità ivi presenti.

In particolare, nel caso oggetto del presente giudizio, la variante è stata redatta successivamente alla risoluzione del contratto stipulato con l'originario aggiudicatario, non confluendo pertanto nel medesimo, ma prima dell'indizione dell'interpello.

Secondo la ricorrente, la Variante in questione non potrebbe perciò essere considerata "in corso d'opera", non essendovi infatti, al momento della sua predisposizione, alcun contratto. Conseguentemente, i relativi lavori, non integrando in realtà l'oggetto dell'aggiudicazione precedente, risulterebbero affidati ex novo alla controinteressata, mediante l'interpello impugnato, che sarebbe quindi illegittimo.

III.1.4) Ritiene il Collegio che la risposta al quesito sopra prospettato, e pertanto se nel caso di specie, fosse o meno

ammissibile il ricorso all'interpello, a fronte di una variante elaborata precedentemente alla sua indizione, ma non confluita nel contratto stipulato con l'originario aggiudicatario, debba essere ricercata nella ratio posta a fondamento dell'orientamento giurisprudenziale evidenziato nel precedente punto III.1.2, che come detto, in linea generale, ammette il ricorso all'interpello, anche nel caso in cui il contratto originario sia stato integrato da varianti.

In particolare, le massime riportate, si reggono su una correlazione, tra il legittimo ricorso ad una variante, non lesivo in quanto tale dei principi dell'evidenza pubblica, ed il successivo interpello, con cui la stazione appaltante si limita in sostanza a prendere atto dell'integrazione dell'originario oggetto contrattuale, ciò che, in via derivata, parimenti, non pregiudica detti principi.

Ciò che è quindi determinante, è la sussistenza dei presupposti per poter legittimamente integrare il contenuto del contratto di appalto, indicati negli artt. 132 D. Lgs. n. 163/06 e 161 D.P.R. 5.10.2010 n. 207, e non invece il momento cronologico in cui la variante confluisce in un rapporto negoziale.

Nel caso di specie, come detto, la ricorrente non ha tuttavia dedotto la violazione dei predetti articoli, dovendosi pertanto dare per acquisito che la Variante introdotta da MM non abbia illegittimamente sottratto al mercato l'affidamento dei lavori che ne hanno formato oggetto, essendo quindi irrilevante che la stessa sia stata predisposta dopo la risoluzione del contratto stipulato con il r.t.i. CO.E.STRA., e che non abbia pertanto potuto confluire nello stesso.

La correttezza di tale approccio pare al Collegio trovare conferma nel fatto che, anche qualora la Variante fosse effettivamente stata

predisposta “in corso d’opera”, venendo recepita nel contratto d’appalto, a fronte della mancanza dei presupposti previsti nei citati artt. 132 D. Lgs. n. 163/06 e 161 D.P.R. 5.10.2010 n. 207, anche il successivo interpello, non avrebbe potuto che risentirne, avendo infatti ad oggetto lavorazioni illegittimamente sottratte all’evidenza pubblica.

In conclusione, la controinteressata è subentrata nell’esecuzione dell’appalto affidato al r.t.i. CO.E.STRA nella medesima posizione in cui quest’ultimo si sarebbe trovato qualora non si fosse addivenuto alla risoluzione del contratto. In sede di interpello, la stazione appaltante non ha infatti modificato od integrato detto contratto a causa del subentro. Conseguentemente, l’art. 140 cit., non è stato violato, dovendosi pertanto respingere il presente motivo.

III.2) Con il sesto motivo, l’istante lamenta la mancata indicazione, da parte di MM, delle categorie SOA necessarie all’esecuzione dei lavori oggetto dell’interpello impugnato, come invece richiesto, per ogni procedura, dall’art. 108 c. 2 e 3 del D.P.R. n. 207/2010, ed il conseguente mancato accertamento del loro possesso in capo a De Sanctis.

Il motivo è infondato, dovendosi richiamare, in linea generale, quanto già affermato nel precedente punto III.1.2, con riferimento all’unitarietà tra la procedura di interpello e quella di affidamento (v. T.A.R. Puglia, Bari, n. 1239/2013 cit. e T.A.R. Lombardia, Milano, n. 26/2016 cit.), in cui sono state dettagliatamente indicate le categorie e le classifiche delle opere da eseguirsi (come detto, il bando di gara ha richiesto, quale categoria prevalente, la OG4, nella classifica VIII, consentendo il subappalto, per quelle scorporabili).

In particolare, come già evidenziato nel punto II.2.2, a cui si rimanda, la ricorrente non ha minimamente provato che le lavorazioni oggetto dell'interpello fossero riconducibili a categorie differenti, od a classifiche ulteriori rispetto a quelle indicate nella procedura originaria (con riferimento ai requisiti di qualificazione concretamente posseduti dall'impresa De Sanctis v. precedente punto II.2.1).

III.3.1) Con l'ultimo motivo, la ricorrente deduce la violazione dell'art. 11 del D.Lgs. n. 163/06, per non avere MM adottato un provvedimento di aggiudicazione definitiva, né avendo dato luogo alla verifica del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale in capo a De Sanctis.

Il motivo è infondato, avendo in realtà il Consiglio di Amministrazione di MM deliberato, in data 18.5.2017, dopo aver richiamato gli atti pregressi, di procedere alla stipulazione del contratto con l'impresa De Sanctis, ed avendo altresì dato atto che i controlli espletati "hanno dato esito positivo con riferimento al possesso dei requisiti generali e speciali di natura tecnico-economica per l'esecuzione dell'appalto" (v. lett. m delle premesse al contratto stipulato in data 5.6.2017).

L'eventuale omessa comunicazione di detto provvedimento di aggiudicazione, ed il mancato rispetto della c.d. clausola di stand still, invocati dalla ricorrente ai fini del travolgimento dell'intera procedura, di per sé, non possono tuttavia dare luogo a tale conseguenza, atteso che, per giurisprudenza costante, l'eventuale violazione di detta clausola, ossia l'avvenuta stipula del contratto senza rispettare il termine di sospensione obbligatoria fissato dal legislatore per consentire la pronta proposizione del ricorso

giurisdizionale, non si traduce ex se in un vizio dell'aggiudicazione, con la conseguenza che, anche ove effettivamente riscontrabile, non varrebbe in alcun modo a comportarne l'annullamento (T.A.R. Lazio, Sez. II, 14.2.2017, n. 2388), potendo rilevare, ai soli fini della valutazione di responsabilità risarcitorie, solo nel caso in cui l'aggiudicazione sia illegittima per vizi propri (T.A.R. Sardegna, Sez. I, 7.11.2016, n. 839, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 29.4.2015, n. 2435).

III.3.2) Infine, il Collegio dà atto della genericità, e pertanto dell'inammissibilità, della censura di incompetenza sollevata dalla ricorrente, avverso il Consiglio di Amministrazione di MM, dovendosi in conclusione respingere il ricorso principale.

IV) Quanto alle spese di giudizio, sussistono tuttavia giusti motivi per compensare le stesse tra le parti, in considerazione delle oggettive peculiarità della fattispecie, e della novità delle questioni sollevate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso incidentale, e respinge quello principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Mauro Gatti, Consigliere, Estensore

Silvia Cattaneo, Consigliere

L'ESTENSORE
Mauro Gatti

IL PRESIDENTE
Angelo De Zotti

IL SEGRETARIO