

La priorità logica del ricorso incidentale di nuovo rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria in un complesso caso di social housing.

di Daniele Archilletti

Data di pubblicazione: 29-4-2013

Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione V, ordinanza 15 aprile 2013, n. 2059.
Presidente Volpe; Estensore Luttazi.

1. Il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, salvo, per ragioni di economia processuale, l'esame prioritario del ricorso principale qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità; il rapporto di priorità logica consente che siano decise, con precedenza su ogni altra questione sollevata con il ricorso principale, le questioni dedotte con il ricorso incidentale della parte controinteressata, qualora dalla definizione di queste ultime discendano soluzioni ostative o preclusive dell'esame delle ragioni dedotte col ricorso principale (Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, Sentenza 7 aprile 2011, n. 4).

2. Il rapporto di priorità logica dell'esame del ricorso incidentale rispetto all'esame del ricorso principale permane anche nell'ipotesi in cui il primo deduca che il ricorrente principale sia privo di legittimazione, per essere stato illegittimamente ammesso alla procedura "nonostante carenze oggettive dell'offerta", in violazione di un'apposita clausola del Bando, posto che, anche nel caso in cui l'atto di ammissione alla gara sia "viziato per ragioni oggettive", riguardanti l'offerta in sé considerata, resta fermo il difetto di legittimazione del ricorrente principale.

3. Qualora le censure avanzate con il ricorso incidentale riguardino il merito della controversia e comportino una non semplice attività interpretativa, che peraltro per taluni profili, attenendo a sindacato giurisdizionale su valutazioni di così detta discrezionalità tecnica, richiederebbe l'espletamento di consulenze tecniche d'ufficio, anche col contraddittorio tra le parti, una complessa delibazione di merito della sola istanza dell'aggiudicatario (anche se diretta a "paralizzare", con lo strumento del ricorso incidentale, l'istanza di chi – col ricorso introduttivo del giudizio – afferma l'illegittimità dell'aggiudicazione) appare concretare uno sbilanciamento e uno snaturamento del contenzioso, poiché privilegia, nella congerie delle questioni di merito portate dinanzi al giudice, solo quelle di chi resiste al ricorso introduttivo.

4. Nonostante la giustizia amministrativa non abbia il compito di ripristinare la legalità in senso assoluto, bensì quello di tutelare situazioni giuridiche soggettive qualificate, potendo ricorrere al giudice amministrativo solo chi abbia una posizione giuridica legittimante (cfr. Consiglio di Stato, Sezione III, 27 settembre 2012, n. 5111), per altro verso, nell'ipotesi in cui il ricorso incidentale porti preliminarmente in giudizio, con la verifica della legittimazione, una parte

cospicua del merito della controversia nonché il sindacato sui criteri di valutazione delle offerte da parte della stazione appaltante, l'esame delle sole prospettazioni dell'aggiudicatario sembrerebbe contrario al principio di parità delle parti.

5. In materia di gara per la realizzazione di un programma di housing sociale è dubbio il profilo concernente l'applicabilità, in forza del richiamato art. 27 del d. lgs. n. 163/2006, della disposizione del successivo art. 37, comma 13, la quale impone che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire la prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento; in particolare, la rimessione della questione allo scrutinio dell'Adunanza Plenaria è derivata dall'esigenza di un'adeguata comparazione tra il criterio della trasparenza e l'alternativo principio di certezza del diritto affinché se ne individui la prevalenza.

REPUBBLICA ITALIANA
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
ha pronunciato la presente

ORDINANZA DI RIMESIONE ALL'ADUNANZA PLENARIA

I) sul ricorso n. 5104 del 2012, proposto da: Società Stile Costruzioni edili di Rebecchini Ing. Luigi & C S.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale Capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese (RTI) costituito con Sarfo Appalti e Costruzioni S.r.l., Sette Costruzioni S.p.a., I.R.C.O.S. Impresa Romana Costruzioni Sociali S.p.a., Edilgamma S.r.l., Cosvim Società Cooperativa e Consorzio Cooperative di Abitazione Associazione Italiana Casa -Aic Soc. Coop. a r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Maria Stefania Masini, Piero D'Amelio e Marco Annoni, e con domicilio eletto presso Piero D'Amelio in Roma, via della Vite 7;

contro

Pessina Costruzioni S.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Clarizia, Pier Filippo Giuggioli e Claudio Guccione, e con domicilio eletto presso Pier Filippo Giuggioli in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina 4;

nei confronti di

Roma Capitale, in persona del sindaco in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Luigi D'Ottavi, e con domicilio eletto presso l'Avvocatura comunale in Roma, via del Tempio di Giove 21;

II) sul ricorso n. 5244 del 2012, proposto da Roma Capitale, in persona del sindaco in carica, come sopra rappresentata, difesa e domiciliata;

contro

Pessina Costruzioni S.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, come sopra rappresentata, difesa e domiciliata;

nei confronti di

Società Stile Costruzioni edili di Rebecchini Ing. Luigi & C S.p.a. in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e quale Capogruppo mandataria del RTI costituito con Sarfo Appalti e Costruzioni S.r.l., Sette Costruzioni S.p.a., I.R.C.O..S. Impresa Romana Costruzioni Sociali S.p.a., Edilgamma S.r.l., Cosvim Società Cooperativa e Consorzio Cooperative di Abitazione Associazione Italiana Casa -Aic Soc. Coop. a r.l., come sopra rappresentati, difesi e domiciliati;

per la riforma

I) quanto al ricorso n. 5104 del 2012:

della sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, Sezione II, n. 03891/2012, concernente realizzazione del programma di housingsociale nell'area F del Comprensorio direzionale di Pietralata con relative urbanizzazioni;

II) quanto al ricorso n. 5244 del 2012:

della medesima sentenza del T.a.r. Lazio – Roma, Sezione II, n. 03891/2012, resa tra le parti con rito abbreviato.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti sopra specificate;

Visti gli atti delle due cause;

Relatore nell'udienza pubblica del 19 febbraio 2013 il Cons. Giancarlo Luttazi;

Uditi per le parti gli avvocati Marco Annoni, Piero d'Amelio, Maria Stefania Masini, Nino Paolantonio, su delega dell'avv. Angelo Clarizia, Pier Filippo Giuggioli e Guglielmo Frigenti, su delega dell'avv. Luigi D'Ottavi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

1.1. – Il Comune di Roma - Dipartimento politiche per la riqualificazione delle periferie ha indetto, con Bando del 13 settembre 2010, una gara per la realizzazione del programma di housing sociale nell'area F del Comprensorio direzionale di Pietralata [progettazione ed esecuzione sull'area assegnata di un quartiere residenziale, per una portata edificatoria complessiva di 132.000 mc, calcolati secondo il vigente Piano particolareggiato di Pietralata e ripartita in 127.000 mc per un totale di almeno 555 alloggi (80 alloggi di edilizia residenziale pubblica (ERP) da retrocedere al Comune in regime di proprietà, con le aree fondiarie annesse; almeno 50 alloggi da mantenere in locazione per 25 anni al canone mensile sostenibile di euro 6,00 al mq di superficie complessiva, che al termine resteranno nella disponibilità dell'assegnatario per 99 anni fino alla scadenza del diritto di superficie; almeno 150 alloggi da destinare a locazione con patto di futura vendita con canone mensile sostenibile di euro 8,00 al mq di superficie complessiva e rata finale di saldo prezzo convenuto, da far

valere tra il 16° e il 25° anno, secondo e con i valori posti in offerta all'assegnatario; almeno 275 alloggi da cedere a prezzo convenzionato per un importo massimo di euro 2.400,00 mq di superficie complessiva, oltre oneri fiscali) nonché destinazioni commerciali per 5.000 mc, che restano nella disponibilità dell'assegnatario fino alla scadenza della durata del diritto di superficie, anche come eventualmente rinnovato. Il programma prevede inoltre: a) la realizzazione di tutte le opere di urbanizzazione primaria (infrastrutture a rete, viabilità, arredo urbano, parcheggi e verde pubblico); b) la costruzione di una scuola materna di 3 sezioni; c) la gestione e la vendita, in regime di proprietà superficiaria, dell'edilizia residenziale destinata alla locazione a canone sostenibile, a riscatto o alla vendita a prezzo convenzionato].

Con determinazione dirigenziale n. 778 del 4 ottobre 2011 la gara è stata aggiudicata al raggruppamento temporaneo di imprese tra la Stile costruzioni edili di Rebecchini ing. Luigi & C. S.p.a., Sarfo appalti e costruzioni S.r.l., Sette costruzioni S.p.a., I.R.C.O.S. impresa romana costruzioni sociali S.p.a., Edilgamma S.r.l., Cosvim società cooperativa e Consorzio cooperative di abitazione associazione italiana casa-AIC a r.l. (in prosieguo, per brevità, RTI Stile).

1.2.1 - L'aggiudicazione è stata impugnata dinanzi al Tar del Lazio da Pessina Costruzioni S.p.a. (in prosieguo, per brevità, PESSINA) con il ricorso n. 9510 del 2011, integrato da motivi aggiunti.

Il gravame PESSINA recava le censure seguenti.

1) In ragione delle risultanze della documentazione relativa alla domanda di partecipazione RTI Stile, sussiste la violazione della disposizione dell'art. 37, comma 13, del Codice dei contratti pubblici (che in caso di lavori impone la corrispondenza tra le quote di partecipazione e quelle di effettuazione dei lavori) per la riscontrata non corrispondenza tra i due elementi sopra indicati con riferimento a molte delle società facenti parte del raggruppamento, tenuto anche conto che una di esse, segnatamente il Consorzio cooperativo AIC, non ha addirittura realizzato lavori.

2) Vi è un ulteriore deficit nella partecipazione alla gara da parte di RTI Stile, atteso che la capogruppo, per espressa indicazione ai punti 1.1.5. 1.1.6 del Disciplinare, avrebbe dovuto dimostrare di possedere, in misura minima del 40% rispetto alle altre ditte raggruppate e comunque maggioritaria, i due requisiti di cui agli indicati punti del Disciplinare, vale a dire una cifra di affari non inferiore a 150 milioni di euro (punto 1.1.5.) e la realizzazione di un certo numero di alloggi nel decennio (punto 1.1.6.), mentre la restante percentuale doveva essere posseduta nella misura minima del 10% da ciascuno dei soggetti mandanti fino al 100% dei requisiti richiesti. Appare evidente, ad avviso della parte ricorrente, che la capogruppo Stile, dichiarando di partecipare con una quota pari al 19,50%, non ha soddisfatto nella domanda tale requisito, come del resto tutte quelle società mandanti che, secondo il quadro riepilogativo più sopra riportato, hanno partecipato con misura inferiore al 10%.

3) Il legale rappresentante della mandataria Stile ha certificato la propria regolarità contributiva riportando le iscrizioni all'INPS, all'INAIL e alla Cassa edile, e rappresentando la correttezza dei versamenti contributivi. Tuttavia, in relazione alla posizione presso la Sei, il legale rappresentante della Stile ha autocertificato che, nell'ultimo biennio, la società è stata oggetto di accertamento con verbale del Ministero del lavoro del 12 maggio 2010, che ha rilevato la violazione dell'articolo 93, comma 2, del decreto legislativo n. 81/2008 (omessa verifica dell'attività del coordinatore della sicurezza). Pertanto RTI Stile doveva essere escluso sia perché sussisteva una causa di esclusione per carenza di requisito di ordine generale sia perché aveva espresso una dichiarazione non veritiera in ordine al possesso dei requisiti di cui

all'articolo 38 del codice appalti.

4) Il soggetto deputato da Stile alla progettazione dell'intervento è stata la Società di ingegneria Studio Amati, avente come legale rappresentante l'architetto Alfredo Amati. Quest'ultimo ha reso le varie dichiarazioni previste dalla lexspecialis ma non le dichiarazioni attestanti l'insussistenza delle cause di esclusione previste dall'articolo 38 del codice appalti.

5) Il Disciplinare di gara al punto 1.3 prescriveva tassativamente che "il progetto dovrà essere sottoscritto da un unico professionista, responsabile del team di progettazione e come tale titolato alla firma degli elaborati"; però nella offerta di Stile si riscontra la duplice indicazione dell'architetto Alfredo Amati quale "progettista incaricato-responsabile del team di progettazione" e del professor Paolo Portoghesi quale "supervisore generale-capoprogetto". Pertanto non corrisponde al vero quanto dichiarato dai membri di Stile, ossia che l'architetto Amati è titolare unico incaricato anche per direzione artistica di lavori del coordinamento di supervisione degli eventuali diversi uffici di direzione lavori, e che ciò concreta inammissibilità dell'offerta sotto vari altri profili.

6) L'offerta RTI Stile doveva essere esclusa anche per molteplici criticità inerenti le soluzioni tecniche proposte.

7) In via subordinata:

7.1) L'ATI UGI, originario terzo concorrente, era in un primo tempo esclusa dalla gara. Conseguentemente la Commissione in data 8 giugno 2011, rilevato che le offerte in gara erano soltanto due, a buste aperte e senza che tale facoltà fosse prevista dal Bando o dal Disciplinare, riteneva non più applicabile il metodo aggregativo compensatore per la valutazione delle offerte tecniche (punto 3.2.3 del Disciplinare) e procedeva a utilizzare direttamente la formula prevista dal successivo punto 3.2.4 dello stesso Disciplinare, procedendo alla valutazione delle offerte tecnico qualitative ed economico costruttive e attribuendo i relativi punteggi. Nonostante la definizione di queste operazioni la Commissione, in data 26 luglio 2011, disponeva la riammissione con riserva dell'ATI UGI in ottemperanza all'ordinanza cautelare del Tar del Lazio n. 2593/2011 del 14 luglio 2011 (resa nel ricorso n. 5531/2011) e procedeva a nuova valutazione delle offerte, a buste aperte e con applicazione di metodo aggregativo compensatore, e calcolando quindi tutti i punteggi quando però ormai le buste erano state già aperte da tempo; la qual cosa è pacificamente non consentita quando, come nel caso di specie, l'aggiudicazione è fatta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

7.2) La Commissione ha proceduto ad aprire le buste contenenti le offerte tecniche in seduta riservata piuttosto che in seduta pubblica, così violando i principi indicati dall'Adunanza plenaria 28 luglio 2011, n. 13. E in proposito anche le giustificazioni successivamente intervenute in proposito con determinazione dirigenziale n. 771 del 23 settembre 2011, mai comunicata ai concorrenti, appaiono generiche e illegittime.

1.2.2 – Nello stesso giudizio dinanzi al Tar ha proposto ricorso incidentale RTI Stile, sostenendo che PESSINA avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per aver presentato una offerta difforme dalle prescrizioni del Bando e del Disciplinare.

In particolare:

1) Il progetto e l'offerta non rispetterebbero quanto stabilito dal Disciplinare di gara e dalle Linee guida architettonico-funzionali ad esso allegate, cui l'offerente avrebbe dovuto attenersi nella redazione dell'offerta tecnico qualitativa ai sensi del punto 2.3 e 2.3.2 del Disciplinare, nonché della normativa in materia di calcolo della superficie complessiva (Sc) per interventi di edilizia residenziale sovvenzionata e agevolata, a cui il Disciplinare e le Linee guida fanno

riferimento.

Ciò:

- quanto alla cubatura massima realizzabile [punto 3.2.2 delle Linee guida architettonico-funzionali, secondo comma ("ai fini degli indici, dei calcoli e delle regole edilizie vale la normativa del precedente Piano regolatore generale approvato con d.p.r. n. 1645/1965 e successive varianti"), nella cui vigenza è stato approvato il Piano particolareggiato del Comprensorio Pietralata]; invece il progetto PESSINA sarebbe elaborato prevedendo una cubatura ben superiore a quella prevista e per di più calcolata in base ai criteri dettati dal nuovo Piano regolatore generale di Roma e non, come avrebbe dovuto, dal vecchio Piano regolatore. Infatti la superficie progettata da PESSINA risulterebbe pari a circa 130.000 m³ e quindi ben superiore ai 119.000 m³ previsti dal Bando. Inoltre il denunciato esubero di cubatura non terrebbe conto della circostanza (facilmente verificabile dal progetto) che alcune cantine sono state progettate al piano interrato fuori dalla sagoma di massimo ingombro del fabbricato, e che quindi anche il volume delle suddette cantine avrebbe dovuto essere computato all'interno della cubatura sensibile, come previsto dalle norme tecniche di attuazione del vecchio Piano regolatore generale cui le Linee guida si richiamano;

- quanto al calcolo delle superfici (Sn_r: superficie non residenziale; Su: superficie utile; Sp: superficie parcheggi; Sc: superficie complessiva) di cui al punto 2.1.4 del Disciplinare ("ai fini del calcolo delle superfici, con riferimento sia alla determinazione dei canoni di locazione che delle rate del riscatto e dei prezzi di vendita, si fa riferimento alla superficie complessiva degli alloggi di cui all'articolo 6 del decreto del Ministero dei lavori pubblici 5 agosto 1994"); e lo stesso criterio sarebbe ribadito al punto 1.3 delle Linee guida architettonico-funzionali: in proposito la superficie utile nella offerta economico-costruttiva presentata dalla PESSINA è pari a 17.243 m². Altresì PESSINA, in base alla previsione dell'articolo 6 del citato decreto del Ministero dei lavori pubblici 5 agosto 1994, avrebbe potuto dichiarare una superficie convenzionale massima pari a 26.554 m², cioè un valore inferiore a quello di 26.992 m² indicato nell'offerta economico-costruttiva della ricorrente incidentale Stile.

La situazione sopra descritta avrebbe alterato la formula di calcolo applicata, ai sensi del punto 3 del Disciplinare di gara, per la valutazione dell'offerta economico costruttiva e per la conseguente attribuzione del relativo punteggio da parte della Commissione di gara.

2) L'offerta presentata da PESSINA indica come progettisti due distinti professionisti: l'architetto Marco Ottaviani, quale responsabile del team ai sensi del punto 1.3.1 del Disciplinare e l'architetto Stefano Possati, di 3TI, quale professionista incaricato dell'integrazione delle prestazioni specialistiche. Questa doppia indicazione violerebbe il Disciplinare di gara, che al punto 1.3 prescriveva: "il progetto dovrà essere sottoscritto da un unico professionista, responsabile del team di progettazione e come tale titolato alla firma degli elaborati".

3) Infine il progetto presentato da PESSINA violerebbe gli standard previsti dall'articolo 2 della legge n. 122/1989, il quale prevede che "nelle nuove costruzioni ed anche nelle aree di pertinenza delle costruzioni stesse debbono essere riservati appositi spazi per parcheggi in misura non inferiore ad 1 m² per ogni 10 m³ di costruzione". In difformità da questi standard il progetto elaborato da PESSINA prevede, a fronte di una cubatura nei comparti R1 e R2.1, rispettivamente di metri cubi 27.738,05 e metri cubi 28.151,42, rispettivamente destinati a parcheggio metri quadrati 1802 e metri quadrati 2457, dunque una superficie di gran lunga inferiore a quella imposta dalla legge, che non poteva essere inferiore rispettivamente a metri quadrati 2773,81 e 2815,14.

1.3. - L'appellata sentenza del T.a.r. Lazio n. 3891/2012:

- fattasi carico della decisione dell'Adunanza plenaria 7 aprile 2011, n. 4 (che ha affermato il principio di diritto che il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, debba essere sempre esaminato prioritariamente), ha ritenuto che le prime due censure del ricorso introduttivo di PESSINA meritassero di essere esaminate in via principale, posto che la loro eventuale fondatezza avrebbe dimostrato l'inadeguatezza della domanda di partecipazione alla selezione da parte di RTI Stile, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione disposta in suo favore; e che il ricorso incidentale, per i contenuti impugnatori recati, fosse inammissibile perché inidoneo ad escludere dalla graduatoria la ricorrente principale;

- ha accolto quelle prime due censure del ricorso introduttivo PESSINA con assorbimento delle ulteriori, rilevando che con riguardo alla ridetta procedura trovano sicuramente applicazione le disposizioni contenute nell'art. 27 del Codice dei contratti pubblici ed i principi da esse richiamati;

- per l'effetto, ha annullato l'atto di aggiudicazione e dichiarato l'inefficacia del contratto, ove medio tempore stipulato, ordinando conseguentemente la sostituzione del contraente ivi indicato con la Società ricorrente.

1.4.0 - La sentenza è impugnata da RTI Stile con l'appello n. 5104 del 2012 sub I) in epigrafe e da Roma Capitale con l'appello n. 5244 del 2012 sub II) in epigrafe.

1.4.1 - L'appello di RTI Stile n. 5104 del 2012 reca i motivi di seguito indicati.

I. Sul ricorso incidentale.

1) Violazione delle norme e dei principi in materia di efficacia paralizzante del ricorso incidentale, come stabiliti dalla sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, n. 4/2001. Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto; motivazione insufficiente e contraddittoria.

La sentenza appellata ha ribaltato il procedimento indicato dalla citata decisione dell'Adunanza plenaria, il quale impone il preventivo esame delle censure sollevate nel ricorso incidentale rispetto a quelle contenute nel ricorso principale qualora, come nel caso in esame, il ricorrente sollevi vizi di legittimità sulla stessa ammissione alla gara dell'offerta del ricorrente principale.

2) Riproposizione dei motivi del ricorso incidentale di primo grado.

II. Nel merito.

Violazione, per errata applicazione, dell'articolo 37 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 in relazione alla disciplina di gara. Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto; motivazione illogica e contraddittoria.

L'appellata sentenza, pur esponendo corrette premesse in tema di social housing, non ha fatto seguire a queste premesse il logico corollario, ed erroneamente afferma, accogliendo il primo motivo di ricorso, la pretesa illegittimità della partecipazione di Stile per violazione dell'articolo 37, comma 13, del codice dei contratti, cioè per violazione di una norma non solo non applicabile alla procedura perché non espressamente richiamata dalla lex specialis, ma anzi del tutto incompatibile con essa.

Comunque, in concreto, i requisiti economico-finanziari dei singoli componenti di RTI Stile soddisfano pienamente i presupposti di legge ed anzi si collocano ampiamente al di sopra dei requisiti richiesti.

Si sono costituite Roma Capitale e PESSINA.

La prima ha aderito alle tesi in appello e ha successivamente depositato una memoria.

La seconda ha resistito, e ha successivamente depositato 2 memorie, riproponendo, ai sensi dell'art. 101 del codice del processo amministrativo le censure del proprio ricorso di primo grado.

Anche l'appellante RTI Stile ha depositato n. 2 memorie.

1.4.2 - L'appello di Roma Capitale n. 5244 del 2012 formula censure analoghe a quelle dell'appello n. 5104 del 2012 di RTI Stile. Ed in esso si sono costituiti PESSINA e RTI Stile.

La prima ha resistito e successivamente depositato 2 memorie, riproponendo, ai sensi dell'art. 101 del codice del processo amministrativo, le censure del proprio ricorso di primo grado.

La seconda ha aderito alle tesi in appello.

Anche l'appellante Roma Capitale ha depositato n. 2 memorie.

1.5 - I due appelli sono, da ultimo, passati in decisione alla udienza pubblica del 19 febbraio 2013.

2.0 – I due gravami vengono riuniti per connessione.

Ciò premesso la Sezione, ravvisando il possibile insorgere di contrasti giurisprudenziali su due profili della relativa controversia, ritiene che i due appelli debbano deferirsi dell'Adunanza plenaria ai sensi dell'art. 99, comma 1, del codice del processo amministrativo.

I due profili oggetto di deferimento concernono:

- la applicabilità o meno, a una fattispecie quale quella qui oggetto di controversia, dei principi enucleati dalla citata pronuncia dell'Adunanza plenaria 7 aprile 2011, n. 4 in tema di gravame incidentale con natura escludente;

- l'applicabilità alla specifica fattispecie (che non vede un ordinario appalto pubblico di lavori ma una gara per la realizzazione di un programma di housing sociale: v. il precedente capo 1.1) - in forza del richiamo di cui all'art. 27 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (nel testo vigente alla data del Bando: v. infra il capo 2.2.1) - della disposizione del successivo art. 37, comma 13, la quale, pure nel testo vigente alla data del Bando (v. infra il capo 2.2.1), prevedeva: "I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento".

2.1 – Relativamente al primo dei due profili (in merito al quale la Sezione condivide quanto affermato dalla Adunanza plenaria con la citata sentenza n. 4/2011, ma relativamente al quale deve rilevarsi che la sentenza della Cassazione civile - Sezioni unite - 21 giugno 2012, n. 10294 ha adombrato, sia pure obiter, dubbi di fondatezza; e in merito alla quale, altresì, pende - perché sollevata dal Tar per il Piemonte, sezione seconda, con ordinanza n. 208/2012, questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di giustizia delle Comunità europee ai sensi dell'art. 267 del Trattato CE) si rileva quanto segue.

L'Adunanza plenaria con la sentenza n. 4/2011 – rimeditando le conclusioni cui era pervenuta con la precedente pronuncia n. 11/2008 - ha affermato il principio di diritto secondo cui il ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente, salvo, per ragioni di economia processuale, l'esame prioritario del ricorso principale qualora sia evidente la sua infondatezza, inammissibilità, irricevibilità o improcedibilità.

Ciò:

- anche nel caso in cui il ricorrente principale allegghi l'interesse strumentale alla rinnovazione dell'intera procedura;

- indipendentemente dal numero dei partecipanti alla procedura selettiva;

- indipendentemente dalle richieste formulate dall'Amministrazione resistente;

- indipendentemente dal tipo di censura prospettata dal ricorrente incidentale.

Con riferimento a quest'ultimo profilo, l'Adunanza plenaria ha precisato che il rapporto di priorità logica, nell'ordine di decisione della controversia, delle questioni prospettate dalle parti consente che siano decise, con precedenza su ogni altra questione sollevata con il ricorso principale, le questioni dedotte con il ricorso incidentale della parte controinteressata, qualora dalla definizione di queste ultime discendano soluzioni ostative o preclusive dell'esame delle ragioni dedotte col ricorso principale.

Ciò anche nell'ipotesi in cui il ricorso incidentale deduca che il ricorrente principale sia privo di legittimazione, per essere stato illegittimamente ammesso alla procedura "nonostante carenze oggettive dell'offerta", in violazione di una apposita clausola del Bando, posto che anche nel caso in cui l'atto di ammissione alla gara sia "viziato per ragioni oggettive", riguardanti l'offerta in sé considerata, resta fermo il difetto di legittimazione del ricorrente principale.

L'appellata sentenza n. 3891/2012 ha invece escluso che il ricorso incidentale RTI Stile dovesse essere esaminato prioritariamente, nella considerazione che "la natura delle censure dedotte nel ricorso incidentale, per il loro contenuto spiccatamente indirizzato a contestare aspetti dell'offerta presentata dalla PESSINA già valutati dall'Amministrazione procedente nel corso della selezione, tanto che ad essi è stata attribuita una valutazione non utile al fine della prevalenza nella selezione, senza però porre mai in discussione l'ammissibilità dell'offerta rispetto alle prescrizioni imposte dalla lex specialis di gara ai fini dell'ammissibilità delle partecipanti, determina la qualificazione dello stesso quale ricorso incidentale non paralizzante".

L'assunto del Tar non appare condivisibile e soggiace alla prima censura dell'appello ATI Stile, giacché – diversamente da quanto affermato dal primo giudice - le prospettazioni del ricorso incidentale (sopra riassunte nel capo 1.2.2) ponevano espressamente in discussione l'ammissibilità dell'offerta PESSINA rispetto alle prescrizioni imposte dalla lex specialis.

Però, quanto alla tematica della priorità di delibazione fra ricorso principale e ricorso incidentale RTI Stile, la natura delle specifiche censure di quest'ultimo induce dubbi sulla applicabilità, nella presente fattispecie, dei principi indicati dalla Adunanza plenaria.

È utile ricordare le censure del ricorso incidentale in argomento.

Esso ha denunciato quanto segue.

1) Il progetto e l'offerta non rispetterebbero quanto stabilito dal Disciplinare di gara e dalle Linee guida architettonico-funzionali ad esso allegate, cui l'offerente avrebbe dovuto attenersi nella redazione dell'offerta tecnico qualitativa ai sensi del punto 2.3 e 2.3.2 del Disciplinare, nonché della normativa in materia di calcolo della superficie complessiva (Sc) per interventi di edilizia residenziale sovvenzionata e agevolata, a cui il Disciplinare e le Linee guida fanno riferimento.

Ciò:

- quanto alla cubatura massima realizzabile [punto 3.2.2 delle Linee guida architettonico-funzionali, secondo comma ("ai fini degli indici, dei calcoli e delle regole edilizie vale la normativa del precedente Piano regolatore generale approvato con d.p.r. n. 1645/1965 e successive varianti"), nella cui vigenza è stato approvato il Piano particolareggiato del Comprensorio Pietralata]; invece il progetto PESSINA sarebbe elaborato prevedendo una cubatura ben superiore a quella prevista e per di più calcolata in base ai criteri dettati dal nuovo Piano regolatore generale di Roma e non, come avrebbe dovuto, dal vecchio Piano regolatore. Infatti la superficie progettata da PESSINA risulterebbe pari a circa 130.000 m³ e quindi ben superiore ai 119.000 m³ previsti dal Bando. Inoltre, il denunciato esubero di

cubatura non terrebbe conto della circostanza (facilmente verificabile dal progetto) che alcune cantine sono state progettate al piano interrato fuori dalla sagoma di massimo ingombro del fabbricato, e che quindi anche il volume delle suddette cantine avrebbe dovuto essere computato all'interno della cubatura sensibile, come previsto dalle norme tecniche di attuazione del vecchio Piano regolatore generale cui le Linee guida si richiamano;

- quanto al calcolo delle superfici (Snr: superficie non residenziale; Su: superficie utile; Sp: superficie parcheggi; Sc: superficie complessiva) di cui al punto 2.1.4 del Disciplinare ("ai fini del calcolo delle superfici, con riferimento sia alla determinazione dei canoni di locazione che delle rate del riscatto e dei prezzi di vendita, si fa riferimento alla superficie complessiva degli alloggi di cui all'articolo 6 del decreto del Ministero dei lavori pubblici 5 agosto 1994"); e lo stesso criterio sarebbe ribadito al punto 1.3 delle Linee guida architettonico-funzionali: in proposito la superficie utile nella offerta economico-costruttiva presentata dalla PESSINA è pari a 17.243 m². Altresì PESSINA, in base alla previsione dell'articolo 6 del citato decreto del Ministero dei lavori pubblici 5 agosto 1994, avrebbe potuto dichiarare una superficie convenzionale massima pari a 26.554 m² cioè un valore inferiore a quello di 26.992 m² indicato nell'offerta economico-costruttiva della ricorrente incidentale Stile.

La situazione sopra descritta avrebbe alterato la formula di calcolo applicata, ai sensi del punto 3 del Disciplinare di gara, per la valutazione dell'offerta economico costruttiva e per la conseguente attribuzione del relativo punteggio da parte della Commissione di gara.

2) L'offerta presentata da PESSINA indica come progettisti due distinti professionisti: l'architetto Marco Ottaviani, quale responsabile del team ai sensi del punto 1.3.1 del Disciplinare e l'architetto Stefano Possati, di 3TI, quale professionista incaricato dell'integrazione delle prestazioni specialistiche. Questa doppia indicazione violerebbe il Disciplinare di gara, che al punto 1.3 prescriveva: "il progetto dovrà essere sottoscritto da un unico professionista, responsabile del team di progettazione e come tale titolato alla firma degli elaborati".

3) Infine il progetto presentato da PESSINA violerebbe gli standard previsti dall'articolo 2 della legge n. 122/1989, il quale prevede che "nelle nuove costruzioni ed anche nelle aree di pertinenza delle costruzioni stesse debbono essere riservati appositi spazi per parcheggi in misura non inferiore ad 1 m² per ogni 10 m³ di costruzione". In difformità da questi standard il progetto elaborato da PESSINA prevede, a fronte di una cubatura nei comparti R1 e R2.1, rispettivamente di metri cubi 27.738,05 e metri cubi 28.151,42, rispettivamente destinati a parcheggio metri quadrati 1802 e metri quadrati 2457, dunque una superficie di gran lunga inferiore a quella imposta dalla legge, che non poteva essere inferiore rispettivamente a metri quadrati 2773,81 e 2815,14.

Queste censure del ricorso incidentale RTI Stile sono certamente finalizzate a escludere la ricorrente principale PESSINA, allegando in proposito carenze dell'offerta, in violazione di clausole del Bando, tali da concretare vizi della ammissione alla gara dell'offerta PESSINA, e da escludere per quella impresa la legittimazione a ricorrere.

Esse però riguardano il merito della controversia e comportano - relativamente alla lex specialis di gara e alla stessa offerta della ricorrente principale PESSINA - una non semplice attività interpretativa, che peraltro per taluni profili, attenendo a sindacato giurisdizionale su valutazioni di così detta discrezionalità tecnica (si pensi alla valutazione di conformità ai criteri per il calcolo delle cubature e delle superfici, anche con riferimento agli standard relativi alle aree destinate a parcheggio), richiederebbe l'espletamento di consulenze tecniche d'ufficio, anche col contraddittorio tra le parti.

In simili casi - tenuto conto del numero e della complessità delle questioni spesso portate nelle controversie in materia di appalti, del pubblico interesse alla migliore aggiudicazione, del principio del contraddittorio (v. la citata pronuncia della Cassazione civile - Sezioni unite - 21 giugno 2012, n. 10294) - una complessa delibazione di merito della sola istanza dell'aggiudicatario (anche se diretta a "paralizzare", con lo strumento del ricorso incidentale, l'istanza di chi - col ricorso introduttivo del giudizio - afferma l'illegittimità dell'aggiudicazione) appare concretare uno sbilanciamento e uno snaturamento del contenzioso, poiché privilegia, nella congerie delle questioni di merito portate dinanzi al giudice, solo quelle di chi resiste al ricorso introduttivo.

Anche se per un verso la Sezione condivide l'orientamento secondo il quale la giustizia amministrativa non ha il compito di ripristinare la legalità in senso assoluto, ma quello di tutelare situazioni giuridiche soggettive qualificate, e può ricorrere al giudice amministrativo solo chi abbia una posizione giuridica legittimante (sicché qualora il ricorso incidentale abbia lo scopo di promuovere la verifica della legittimazione del ricorrente principale, correttamente è il ricorso incidentale a dover essere esaminato per primo: v. anche C.d.S., Sez. III, 27 settembre 2012, n. 5111), per altro verso questa stessa Sezione osserva che in fattispecie come quella in esame il ricorso incidentale porta preliminarmente in giudizio, con la verifica della legittimazione, una parte cospicua del merito della controversia, nonché il sindacato sui criteri di valutazione delle offerte da parte della stazione appaltante. Sicché l'esame delle sole prospettazioni dell'aggiudicatario sembrerebbe contrario al principio di parità delle parti.

Pertanto appare necessario che l'Adunanza plenaria si pronunci sulla applicabilità del principio di diritto da essa affermato nella pronuncia n. 4/2011 anche a una fattispecie come quella in esame.

2.2.0 – Relativamente al secondo dei due profili oggetto di deferimento (il profilo concernente l'applicabilità, in forza del richiamo di cui all'art. 27 del decreto legislativo n. 163/2006, alla presente gara per la realizzazione di un programma di housing sociale, della disposizione del successivo art. 37, comma 13, la quale impone che i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento) la sentenza appellata, assorbendo le ulteriori censure della ricorrente principale PESSINA, ne ha accolto la tesi della applicabilità del citato art. 37, comma 13.

In proposito il Tar - premessa una disamina delle caratteristiche dell'housing sociale, nonché di quelle del Bando di gara del 13 settembre 2010 per la realizzazione dello specifico programma di housing sociale nell'area F del Comprensorio direzionale di Pietralata - ha tratto, per la parte che qui rileva, le seguenti conclusioni:

"1) la previsione contenuta nell'art. 37, comma 13, del Codice dei contratti pubblici, a mente del quale "I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento", costituisce espressione di un principio generale che prescinde dall'assoggettamento della gara alla disciplina comunitaria e non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (verticale o orizzontale), o alla tipologia delle prestazioni principali o secondarie, scorporabili o unitarie, tanto da ritenersi applicabile anche al settore delle forniture e dei servizi (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 16 novembre 2011 n. 6048; Sez. V, 8 novembre 2011 n. 5892, 27 ottobre 2011 n. 5736 e 12 febbraio 2010 n. 744; Sez. VI, 4 maggio 2009 n. 2783 nonché T.A.R. Umbria, Sez. I, 30 gennaio 2012 n. 22 e T.A.R. Sardegna, Sez. I, 18 ottobre 2011 n. 982);

2) più puntualmente può affermarsi che, dal compendio delle norme enucleabili dall'art. 37 del Codice si desume che, quale che sia il settore dell'appalto (lavori, servizi, forniture), l'A.T.I. offerente deve indicare sia le quote di partecipazione di ciascun componente, sia le quote di esecuzione dell'appalto, e vi deve essere corrispondenza tra quota di partecipazione e quota di esecuzione (cfr., anche, Cons. Stato, Sez. IV, 27 novembre 2010 n. 8253): tale obbligo di duplice indicazione è espressione di un principio generale che prescinde dall'assoggettamento della gara alla disciplina comunitaria e non consente distinzioni legate alla morfologia del raggruppamento (verticale o orizzontale), o alla tipologia delle prestazioni, principali o secondarie, scorporabili o unitarie (cfr. pure Cons. Stato, Sez. III, 15 luglio 2011 n. 4323 che ha dato conto del consolidarsi dell'indirizzo giurisprudenziale ed ha disatteso la richiesta di rimessione dell'affare all'Adunanza plenaria);

3) ne deriva che, ogni qualvolta l'operazione contrattuale concerne la realizzazione dei lavori, pur se la vicenda non sia direttamente sussumibile nell'alveo degli appalti pubblici, ma presenta elementi idonei a configurare ipotesi miste di appalto e concessione, nondimeno i principi degli artt. 27 e 30 del Codice debbono essere rispettati e tra questi il principio di trasparenza rispetto al quale si pone, come meccanismo applicativo, la previsione recata dall'art. 37, comma 13, del Codice in forza della quale deve essere chiaro, fin dal momento della partecipazione alla selezione, nel caso di concorrenti riuniti in raggruppamenti, non solo la quota di partecipazione al raggruppamento ma anche la "quota" di attività (lavori, servizi o forniture) che ciascuna impresa partecipante concretamente eseguirà nell'ambito della operazione contrattuale da realizzarsi, di modo che i concorrenti riuniti in ATI dovranno eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, per cui è evidente che deve sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori (o, nel caso di forniture o servizi, di parti di esse) eseguita dal singolo operatore economico e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento, e che vi è la necessità che sia l'una che l'altra siano specificate dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara;

4) posto che l'obbligo di specificazione in esame trova la sua ratio nella necessità di assicurare alle Amministrazioni aggiudicatrici la conoscenza preventiva del soggetto che in concreto eseguirà la fornitura, non solo per consentire una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, ma anche per rendere edotta l'Amministrazione procedente dell'impresa che eseguirà le varie parti dell'appalto e dei requisiti per realizzarle a regola d'arte (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 8 settembre 2010 n. 6490), così da permettere la previa verifica sulla competenza tecnica dell'esecutore ed evitare che le imprese si avvalgano del raggruppamento non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme d'ammissione alle gare e quindi si riflette sul principio di trasparenza enunciato negli artt. 27 e 30 del Codice;

5) inoltre, trattandosi di norma di rilievo pubblicistico di chiara natura imperativa, che è volta a porre la stazione appaltante nelle migliori condizioni per verificare i requisiti di tutti i soggetti partecipanti alle procedure di evidenza pubblica, la sua cogenza è piena a prescindere da un necessario richiamo negli atti di gara e dall'esistenza di una sanzione espressa di esclusione posta a presidio del rispetto della norma (cfr., ancora, Cons. Stato, Sez. III, n. 4323 del 2011);”.

La RTI Stile, ribadendo e integrando i rilievi già espressi in primo grado, ha così contestato la sentenza:

- non rileva la valutazione circa l'eventuale rilievo pubblicistico dell'art. 37 del Codice dei

contratti pubblici nell'ambito delle procedure cui la norma trova applicazione, posto che la procedura in argomento è estranea all'ambito applicativo della norma, non riguardando né l'affidamento di lavori pubblici né - come afferma la sentenza impugnata - l'affidamento di una concessione-contratto; e trattandosi invece di lavori di interesse sociale assimilabili piuttosto agli interventi di edilizia residenziale così detta agevolata o convenzionata realizzati da soggetti privati in regime di proprietà piena o superficaria, non aventi natura di opera pubblica (Cons. Stato, Ad. Plen., 25 gennaio 2000, n. 9); ed è stato riconosciuto che questo tipo di interventi non rientra fra quelli disciplinati dal decreto legislativo n. 163/2006;

- Roma Capitale ha bandito la procedura in argomento nel pieno rispetto dei principi generali per l'affidamento di tutti i contratti pubblici (in primis i principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento), ed anzi nel Bando ha espressamente richiamato alcuni istituti del Codice dei contratti;

- affermare, come fa la sentenza impugnata, che alla procedura sarebbero applicabili anche le norme del Codice dei contratti non espressamente richiamate dal Bando significa oltretutto violare la non impugnata *lex specialis*, che, accanto alla partecipazione di imprese di costruzione, prevedeva espressamente la partecipazione associata di soci di solo capitale: cooperative di abitazione ed i loro consorzi (punto III.I.I. del Bando), gestori immobiliari (punto 1.2. del Disciplinare), fondi immobiliari (punto 6.7. del Disciplinare);

- come risulta anche da due risposte date dall'Amministrazione ad altrettante richieste di chiarimenti, anche soggetti, dichiaratamente "non costruttori", potevano legittimamente concorrere alla procedura in raggruppamento con imprese di costruzione, sicché è del tutto evidente che la loro quota di partecipazione al raggruppamento (e - quindi - all'iniziativa nel suo complesso) determinava ex se una divergenza rispetto alle quote di esecuzione dei lavori in capo alle imprese di costruzione aderenti al medesimo raggruppamento;

- e ciò è del tutto coerente con le caratteristiche dell'iniziativa, poiché proprio la peculiarità del Progetto di social housing prevede il coinvolgimento di soci di solo capitale, sicché legittimamente e nel pieno rispetto della *lex specialis* l'ATI Stile è stata costituita anche con un soggetto (il Consorzio cooperative di abitazione - Associazione italiana casa) non deputato alla materiale esecuzione dell'intervento;

- né può dirsi che una simile interpretazione comporti un danno per l'interesse pubblico. Infatti, nel dettare le modalità di partecipazione alla gara in forma associata, il Disciplinare (punto 1.4.1.) si fa proprio carico di garantire il rispetto delle sopra esposte esigenze pubbliche in materia di partecipazione associata, spostando "a monte" il controllo dei requisiti di ciascun partecipante al RTI mediante una speciale ed attenta elencazione dei requisiti che ciascun partecipante doveva possedere.

2.2.1 - Ciò premesso, il Collegio ritiene che la questione di diritto (la quale - non essendo l'affidamento di contratti di social housing disciplinato da precise disposizioni - appare richiedere, ex art. 12 delle Preleggi, un'interpretazione analogica, o anche l'applicazione di principi generali dell'ordinamento), abbia caratteristiche tali da poter dar luogo a contrasti giurisprudenziali; e che pertanto sia codesto superiore Consesso che, per esigenze di certezza del diritto, debba pronunciarsi su di essa ai sensi dell'art. 99, comma 1, del codice del processo amministrativo.

Sul tema la Sezione osserva quanto segue.

Il Tar ha ritenuto che secondo il generale principio di trasparenza - espresso, con altri principi, anche relativamente ai contratti esclusi di cui agli artt. 16 e seguenti del decreto legislativo n. 163/2006, nell'art. 27, comma 1, del medesimo Codice dei contratti pubblici - la piena

corrispondenza tra quote di partecipazione al RTI e quote di esecuzione espressamente sancita dall'art. 37, comma 13, del Codice, parrebbe effettivamente applicabile, a pena di esclusione, anche alla presente gara per realizzazione di housing sociale.

L'assunto per un verso potrebbe risultare condivisibile.

Infatti:

- ciò che è oggetto di gara [progettazione ed esecuzione sull'area assegnata di un quartiere residenziale, per una portata edificatoria complessiva di 132.000 mc, calcolati secondo il vigente Piano particolareggiato di Pietralata e ripartita in 127.000 mc per un totale di almeno 555 alloggi (80 alloggi ERP da retrocedere al Comune in regime di proprietà, con le aree fondiarie annesse; almeno 50 alloggi da mantenere in locazione per 25 anni al canone mensile sostenibile di euro 6,00 al mq di superficie complessiva, che al termine resteranno nella disponibilità dell'assegnatario per 99 anni fino alla scadenza del diritto di superficie; almeno 150 alloggi da destinare a locazione con patto di futura vendita con canone mensile sostenibile di euro 8,00 al mq di superficie complessiva e rata finale di saldo prezzo convenuto, da far valere tra il 16° e il 25° anno, secondo e con i valori posti in offerta all'assegnatario; almeno 275 alloggi da cedere a prezzo convenzionato per un importo massimo di euro 2.400,00 mq di superficie complessiva, oltre oneri fiscali), nonché destinazioni commerciali per 5.000 mc, che restano nella disponibilità dell'assegnatario fino alla scadenza della durata del diritto di superficie, anche come eventualmente rinnovato. Il programma prevede inoltre: a) la realizzazione di tutte le opere di urbanizzazione primaria (infrastrutture a rete, viabilità, arredo urbano, parcheggi e verde pubblico; b) la costruzione di una scuola materna di 3 sezioni; c) la gestione e la vendita, in regime di proprietà superficiaria, dell'edilizia residenziale destinata alla locazione a canone sostenibile, a riscatto o alla vendita a prezzo convenzionato] presenta comunque una assoluta prevalenza di lavori (pressoché totale nella prima fase) e, a prescindere dalla qualificazione giuridica, attiene per modalità d'aggiudicazione all'evidenza pubblica (essendo comunque scelta procedimentalizzata del contraente da parte di un soggetto pubblico);

- il richiamo, fatto da RTI Stile, alle non impugnate previsioni della lex specialis, che, accanto alla partecipazione di imprese di costruzione, avrebbero previsto espressamente la partecipazione associata di soci di solo capitale [cooperative di abitazione ed i loro consorzi (punto III.I.I. del Bando), gestori immobiliari (punto 1.2. del Disciplinare), fondi immobiliari (punto 6.7. del Disciplinare)], non rileva sulla presente ordinanza di rimessione; sia perché la circostanza non incide sulla deferibilità della questione di diritto all'Adunanza plenaria (v. art. 99, commi 1 e 5, del codice del processo amministrativo), sia perché non risulta che le richiamate disposizioni della lex specialis consentissero di per sé stesse di prescindere dalla corrispondenza – ex artt. 27 e 37, comma 13, d. lgs. n. 163/2006 - tra quote di partecipazione e quote di effettuazione dei lavori (infatti: il punto III.I.I. del Bando atteneva ai "Requisiti per la partecipazione"; il punto 1.2. del Disciplinare riguardava caratteristiche ed obblighi del gestore; il punto 6.7. del Disciplinare concerneva l'eventuale affiancamento di fondi immobiliari per lo sviluppo della edilizia sociale privata);

- Stile è RTI orizzontale.

Sicché nella fattispecie:

- sotto un profilo generale, appare dovuto il rispetto del principio di trasparenza indicato nel citato articolo 27, nel testo vigente alla data del Bando, e dunque anteriore alle modifiche introdotte prima dall'art. 4, comma 2, lettera a), del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 12 luglio 2011, n. 106 e

poi dall'art. 20, comma 1, lettera c), del decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 4 aprile 2012, n. 35: "1. L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. 2. Il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti dal Bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile. 3. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni e integrazioni. 4. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile.";

- conseguentemente, sotto un profilo di specie, appare applicabile a una gara che, come quella in esame, vede l'aspetto dei lavori così preminente, la normativa generale a tutela della trasparenza, che impone ai RTI orizzontali di lavori ("riunione di concorrenti finalizzata a realizzare i lavori della stessa categoria": v. l'art. 37 citato, comma 1) l'esecuzione delle prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento [art. 37, comma 13, citato, nel testo vigente alla data del Bando, e dunque anteriore alle modifiche introdotte dalla lettera a) del comma 2-bis dell'art. 1 del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, nel testo integrato dalla legge di conversione 7 agosto 2012, n. 135]: "13. I concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento.". Si noti che il testo attuale è invece il seguente: "Nel caso di lavori i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento"; così recando oggi un espresso riferimento agli appalti di lavori].

In proposito la circostanza, rilevata in sentenza su censura di PESSINA, della non corrispondenza in RTI Stile tra quote di partecipazione e quote di effettuazione dei lavori (anche con "riparametrazione" delle quote in modo da garantire in ogni caso rapporto di proporzionalità tra la quota di partecipazione e la quota di esecuzione dei lavori: vedi la memoria PESSINA depositata il 3 dicembre 2012), con riferimento ad alcune delle associate RTI Stile; e altresì la circostanza che una delle suddette associate (il Consorzio cooperative di abitazione Associazione italiana casa - AIC a r.l.), pur partecipando alla associazione orizzontale con una quota del 16,50%, non realizza lavori (né risultano le specifiche modalità della sua partecipazione al progetto), palesano una criticità di trasparenza, poiché - data anche la natura complessa della prestazione - non è dato di evincere la serietà e affidabilità dell'offerta e di consentire l'individuazione dell'oggetto e dell'entità delle prestazioni (in questo senso, con riferimento ad appalti di servizi o forniture: Adunanza plenaria, sentenza 5 luglio 2012, n. 26).

Inoltre, la non corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di effettuazione dei lavori, e altresì la mancata specificazione, da parte di RTI Stile, della quota di esecuzione dei lavori di una impresa associata, potrebbero concretare, data anche la particolare e complessa natura della prestazione oggetto di gara, mancanza di elementi essenziali dell'offerta (v. C.d.S., Sez.

V, 11 dicembre 2007, n. 6410); e dunque imporre l'esclusione del Raggruppamento.

Per altro verso, però, l'assunto del Tar potrebbe ritenersi in contrasto con altra normativa sui contratti pubblici.

In proposito appare rilevante la circostanza che la norma ritenuta dal Tar precetto sanzionato da esclusione non è espressamente richiamata dalla lex specialis di gara; e che avvalendosi sul punto, come fatto dal primo giudice, di una interpretazione estensiva della normativa di riferimento, o applicativa di principi generali, potrebbe ritenersi violato il noto principio di tassatività delle ipotesi di esclusione (v. C.d.S., Sez. V, 27 maggio 2011, n. 3193), principio che ha avuto da ultimo una puntuale traduzione normativa attraverso il nuovo comma 1 bis dell'articolo 46 del decreto legislativo n. 163/2006, come aggiunto dal n. 2) della lettera d) del citato art. 4, comma 2, del decreto-legge n. 70/2011; ma che vigeva nell'ordinamento anche prima, in quanto desumibile dall'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE (v. C.d.S., Sez. V, 13 dicembre 2012, n. 6393).

Tra l'altro, il ritenere che quanto prescritto dall'art. 37, comma 13, del codice dei contratti pubblici sia espressione di uno dei principi – nella specie quello di trasparenza – applicabili anche ai contratti così detti esclusi, come disposto dall'art. 27, comma 1, del medesimo codice, potrebbe far venire meno la certezza del diritto nel relativo settore, a maggior ragione non trattandosi di prescrizione fissata dalla lex specialis di gara; esigenza - quella della certezza del diritto - particolarmente sentita in un settore estremamente delicato per l'economia del Paese e soggetto a continui e alluvionali cambiamenti normativi.

E in una gara, quale quella di cui trattasi, che non prevede alcun finanziamento pubblico e consente la partecipazione associata di soci di solo capitale, sembra conseguente che nel RTI possano esservi soci finanziatori, altri soci che eseguano le opere nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al RTI; e altresì soci che (ferma restando la trasparenza nei rapporti all'interno del raggruppamento) eseguano opere per percentuali superiori a quelle di cui alla quota di partecipazione.

Con l'ulteriore ipotizzabilità che, nella specie, il RTI assuma peculiarità tali da discostarsi dalla tipologia prevista dal codice dei contratti pubblici; con la conseguente non assoggettabilità alla disciplina del codice stesso.

3. – Per quanto sopra esposto, visto l'art. 99, comma 1, del codice del processo amministrativo, l'esame dei due appelli riuniti viene deferito all'Adunanza plenaria.

Spese al definitivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), riuniti gli appelli in epigrafe e non definitivamente pronunciando su di essi, ne dispone il deferimento all'Adunanza plenaria.

Spese al definitivo.

Ordina alla Segreteria della Sezione gli adempimenti di competenza.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 19 febbraio 2013.

Carmine Volpe, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere

Giancarlo Luttazi, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 15/04/2013

IL SEGRETARIO

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

BREVI ANNOTAZIONI

• L'OGGETTO DELLA PRONUNCIA

L'Ordinanza del Consiglio di Stato prende in esame due argomenti inerenti le procedure di gara:

(i) in primo luogo, se la priorità logica dell'esame del ricorso incidentale sul ricorso principale permane anche qualora si adducano censure incidenti – pesantemente - sul merito della controversia (nella fattispecie carenze dell'offerta);

(ii) in secondo luogo, se le prestazioni, nel caso di concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo, debbano essere eseguite nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento anche nell'ipotesi in cui la gara, diretta alla realizzazione di un programma di housing sociale, non preveda alcun finanziamento pubblico e consenta la partecipazione associata di soci di solo capitale (c.d. "conferimento patrimoniale" all'interno del RTI).

• IL PERCORSO ARGOMENTATIVO

Relativamente al primo ordine di questioni il Consiglio di Stato, ritenendo non pienamente applicabile al caso di specie la nota pronuncia del 7 aprile 2011, n. 4, con la quale l'Adunanza Plenaria ha affermato il noto principio secondo cui la priorità dello scrutinio spetta sempre al ricorso incidentale, procede con il deferimento della controversia al Supremo Collegio. In altri termini, l'ipotesi nella quale il ricorso incidentale postuli la disamina, unitamente alla verifica della legittimazione in capo al ricorrente principale, di una parte cospicua del merito della controversia (id est: sui requisiti di ammissibilità di alcuni contenuti dell'offerta rispetto alle prescrizioni del bando) nonché del corretto sindacato da parte della stazione appaltante sui criteri di valutazione delle proposte a contrarre, sembrerebbe determinare, paralizzando di fatto tali ultimi apprezzamenti, non soltanto uno squilibrio del principio di parità delle parti, ma un vero e proprio snaturamento del contenzioso (id est del "giusto processo" amministrativo in ottica costituzionalmente orientata).

In ordine alla seconda questione, il Consiglio di Stato ritiene che l'applicabilità o meno della regola di cui all'art. 37, comma 13, del Codice degli Appalti (c.d. principio di equipollenza sostanziale tra partecipazione ed esecuzione delle prestazioni), concernente espressamente gli appalti di lavori secondo il testo attualmente vigente, debba essere valutata alla stregua di

un previo contemperamento circa la prevalenza tra due opposti e generali capisaldi a tutela dei contratti pubblici: la prevalenza della trasparenza, applicabile anche ai contratti esclusi, rispetto alla certezza del diritto a tutela degli operatori economici nell'ambito di previsioni non richiamate dal bando di gara ed anche in omaggio alla tassatività delle cause di esclusione.

• CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'Ordinanza in esame suscita particolare interesse e matura legittime aspettative per la risoluzione di tematiche sia di diritto processuale che sostanziale.

In relazione al tema processuale, come noto, è da tempo all'attenzione della giurisprudenza "l'ordine delle precedenze" in relazione all'individuazione esatta del criterio preferenziale di trattazione del ricorso incidentale rispetto al gravame principale nonché sulla qualificazione del primo come avente effetto "paralizzante" o meno sul secondo; questione sicuramente strategica quando le censure mosse avverso l'aggiudicatario non concernano specificamente requisiti di ammissibilità del concorrente ma si attestino, viceversa, sui criteri di possibile valutazione preliminare sulla rispondenza dell'offerta rispetto ai parametri, anche tecnici, di formulazione dell'invito a proporre richiesti dal bando.

Quanto al secondo profilo, le motivazioni addotte dal Consiglio di Stato assumono particolare interesse soprattutto in riferimento, per utilizzare un'espressione utilizzata in semiotica dal Prof. Umberto Eco, al "problema dell'ornitorinco", ossia dell'esigenza di classificare correttamente alcune nuove figure non immediatamente collocabili nelle categorie proprie delle concessioni o degli appalti di lavori quanto all'applicabilità di principi espressamente dettati per questi ultimi.

In particolare la V Sezione, relativamente al problema del rapporto di proporzionalità tra la quota di partecipazione e la quota di esecuzione delle prestazioni, evidenzia l'alternatività di due possibili opzioni ermeneutiche: da una parte, in linea con il criterio di trasparenza, sancito, tra l'altro, dal succitato art. 27, d.lgs. 163/2006, propende per l'estensibilità della fattispecie di cui al successivo art. 37, comma 13, relativa esplicitamente agli appalti di lavori, anche alle gare per la realizzazione di housing sociale; in tale contesto la stessa "complessità" delle prestazioni propenderebbe ad optare per l'estensione analogica delle suesposte norme a casi come quello in esame, facilitando le decisioni della stazione appaltante.

Al contrario, una scelta "estensiva" anche in ambiti propriamente non riconducibili alla categoria "lavori pubblici" violerebbe, sotto un altro ma forse più decisivo profilo, come evidenziato successivamente dal Collegio, "il noto principio di tassatività delle ipotesi di esclusione (v. C.d.S., Sez. V, 27 maggio 2011, n. 3193), principio che ha avuto da ultimo una puntuale traduzione normativa attraverso il nuovo comma 1-bis dell'art. 46 del decreto legislativo 163/2006". La conseguente lesione del più generale principio, ovvero della vera e propria esigenza della certezza del diritto, "in un settore così estremamente delicato per l'economia del Paese e soggetto a continui e alluvionali cambiamenti normativi", non farebbe che accelerare infatti, quel processo patologico di incertezza del diritto molte volte stigmatizzato dalla stessa Unione Europea come ostativo rispetto all'effettività della tutela

giurisdizionale e, in ultima analisi, ostativo alla promozione della concorrenza.

In definitiva, alla luce del carattere complesso e volubile della materia in esame, e tenendo conto della criticità e delle potenziali ripercussioni sugli operatori pubblici e privati, la decisione attesa suscita diverse legittime aspettative anche, avuto riguardo all'atterraggio pratico della decisione sugli aspetti sostanziali della vicenda, "metagiuridiche": si pensi, a titolo esemplificativo, al "destino" di un importante progetto di riqualificazione dell'Area F del quartiere di "Pietralata" volto a dotare Roma Capitale di importanti interventi di edilizia abitativa agevolata con apporto finanziario privato secondo un modello già positivamente collaudato nel Comune di Milano. In tale contesto si auspica che la decisione finale sul "bene della vita" invocato dalle parti del giudizio (siano esse il ricorrente principale, quello incidentale ovvero anche l'amministrazione) intervenga tempestivamente, non arrivando a realizzare il noto brocardo "giustizia ritardata, giustizia negata".