T.A.R. Lazio, Sez. I, 3 dicembre 2009, n.12455

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Prima)
ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale **7790/2009**, proposto da C. di C. Soc. Coop, in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda associazione temporanea di imprese con I.T.I. I. S.p.A. nella persona del legale rappresentante, rappresentate e difese dall'avv. S. C., presso il cui studio sono elettivamente domiciliate, in Roma;

contro

- il C. delegato per l'emergenza determinatasi nel settore del traffico e della mobilità nell'area interessata dalla realizzazione della terza corsia dell'Autostrada A4 tra Quarto d'Altino e Villesse, nonché dell'adeguamento a sezione autostradale del raccordo Villesse – Gorizia, nominato con O.P.C.M. 5 settembre 2008 n. 3702;
- la P. del C. dei M., in persona del P. del Consiglio p.t.;

rappresentati e difesi dall'A. G.dello S., presso la quale sono elettivamente domiciliati, in Roma;

nei confronti di

- I. Sp.A., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandataria dell'associazione temporanea di imprese costituita con F. B. S.p.A., I. T. S.p.A., V. C. s.r.l., S.I.O.SS. s.r.l., ciascuna in persona del proprio legale rappresentante, rappresentate e difese dagli avv.ti A. B. e N. M., presso lo studio del secondo elettivamente domiciliate, in Roma;
- A. V. S.p.A., in persona del legale rappresentante, non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

- del decreto n. 22 del 16 luglio 2009, con il quale il C. delegato, previa verifica ed approvazione dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'art. 12, comma 1, del D.Lgs. 163/2006, ha provveduto all'aggiudicazione definitiva dell'appalto integrato per la realizzazione dell'intervento "Raccordo Villesse – Gorizia: adeguamento a sezione autostradale" in favore del R.T.I. costituita fra I. Sp.A. (capogruppo mandataria) e F. B. S.p.A., I. T. S.p.A., V. C. s.r.l., S.I.O.SS s.r.l. (mandanti);
- della nota 17 luglio 2009, prot. n. U/2312,del responsabile unico del procedimento, trasmessa in pari data, con la quale è stata comunicata l'aggiudicazione dei predetti lavori, contestualmente riportando la graduatoria finale di aggiudicazione;
- di tutti gli atti e i verbali di gara formati dalla Commissione giudicatrice nella parte in cui l'offerta presentata dal suddetto raggruppamento avente I. quale mandataria è stata ammessa alla procedura selettiva e comunque dichiarata la migliore, e, più ampiamente, dei verbali delle sedute pubbliche dei giorni 27 febbraio, 11 marzo, 21 maggio, 25 maggio, 26 maggio, 27 maggio, 28 maggio, 9 giugno, 10 giugno, 11 giugno, 15 giugno, 16 giugno, 17 giugno, 18 giugno, 24 giugno 2009;
- per quanto occorrer possa, della nota del Presidente della Commissione giudicatrice 30 giugno 2009 (prot. U/1534), con la quale è stata individuata la graduatoria provvisoria;
- per quanto occorrer possa, del decreto del Commissario delegato 22 dicembre 2008 n. 8, di approvazione del progetto definitivo dell'opera, nonché del bando di gara e del disciplinare integrativo nella parte in cui le prescrizioni relative alla presentazione di varianti al progetto definitivo posto a base d'appalto per le

componenti strutturali e costitutive delle opere d'arte dovessero essere interpretate, per come formulate, in senso difforme dalla normativa regolamentare in materia di sicurezza delle costruzioni stradali e, più segnatamente, in relazioni alle disposizioni di cui al decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 21 giugno 2004, senza aver previsto la comminatoria di esclusione per il caso di loro inosservanza;
- nonché di ogni altro atto connesso, presupposto e conseguenziale, ivi compreso il contratto d'appalto, ove medio tempore stipulato.

Visto il ricorso con i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di C. D. E. M.';
Visto l'atto di costituzione in giudizio di S. I. Spa;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 novembre 2009 il dott. Roberto Politi 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 in GURI n. 2 del 5 gennaio 2009 veniva dato avvio, a cura dell'intimato organo commissariale, ad una procedura aperta per l'affidamento in appalto integrato (progettazione esecutiva e realizzazione) dei lavori relativi all'adeguamento a sezione autostradale del raccordo Villesse – Gorizia, per l'importo complessivo a base d'asta di € 126.047.272,23 IVA esclusa.
Il bando indicava quale categoria prevalente la OG3 – classifica V (strade, ponti, viadotti, ecc.) e prevedeva altresì come scorporabili e subappaltabili le opere appartenenti alle categorie OG1 – classifica VII, OG13 – classifica V, OS10 – classifica IV, OS12 – classifica VII, OS21 – classifica V e OS34 – classifica II.
Nel sottolineare come le lex specialis abbia previsto che l'aggiudicazione dell'appalto sarebbe intervenuta a fronte dell'offerta economicamente più vantaggiosa, rappresenta l'odierna ricorrente che la conclusiva aggiudicazione – disposta in favore dell'ATI avente come capogruppo I. S.p.A. – sarebbe viziata in relazione ai profili di censura di seguito sintetizzati:
1) Illegittimità per violazione e falsa applicazione degli artt. 49 e 75 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e dell'art. 100 del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554. Illegittimità per violazione della lex specialis di gara e, più segnatamente, per inosservanza dei punti III.1.1) del bando e 8.3) del disciplinare integrativo che impongono la presentazione di una cauzione provvisoria, nonché dei principi in materia di requisiti di ammissione. Illegittimità per violazione delle norme e dei principi generali in materia di gare ad evidenza pubblica e, più in particolare, dei principi di par condicio fra i concorrenti, nonché di trasparenza e di buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per vizio del procedimento e, più in particolare, per carenza di istruttoria ed insufficienza della motivazione, irragionevolezza, erroneità dei presupposti di fatto, travisamento, illogicità e contraddittorietà. Eccesso di potere per disparità di trattamento, ingiustizia grave e manifesta.
L'offerta presentata dal raggruppamento risultato poi aggiudicatario non avrebbe dovuto essere ammessa alla gara, secondo quanto sostenuto dalla ricorrente, in quanto le imprese temporaneamente associate – che hanno presentato domanda di partecipazione facendo ricorso all'istituto dell'avvalimento, onde poter beneficiare del requisito di qualificazione inerente alla categoria OG di altro soggetto (C.

S.p.A.) – hanno presentato una cauzione provvisoria rappresentata da una polizza assicurativa intestata alla sola capogruppo mandataria I. e non anche all'ausiliaria C.
Tale omissione – assumendosi che la cauzione debba necessariamente "coprire" anche l'apporto offerto dall'impresa ausiliaria della quale il raggruppamento abbia inteso avvalersi – inficerebbe la domanda di partecipazione della suddetta ATI: la quale, ad avviso della ricorrente, non avrebbe pertanto dovuto essere ammessa alla gara.
2) Illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 76 del D.Lgs. 163/2006 e dell'art. 25 del D.P.R. 554/1999. Illegittimità per violazione del punto IV.2.1) del bando di gara e nonché per violazione e falsa applicazione del punto 9 del disciplinare integrativo e degli artt. 1, 5 e 6 del capitolato speciale d'appalto in relazione alle prescrizioni relative alle opere d'arte principali. Illegittimità per violazione delle norme di cui all'art. 4 del D.M. 5 novembre 2001, agli artt. 1, 2 e 6 del D.M. 21 giugno 2004 ed agli artt. 3 e 5 del D.M. 14 gennaio 2008. Illegittimità per violazione delle norme e dei principi generali in materia di gare ad evidenza pubblica e, più in particolare, dei principi di par condicio fra i concorrenti, nonché di buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per vizio del procedimento, travisamento, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, incongruenza, irragionevolezza, erroneità nei presupposti di fatto, travisamento, illogicità e contraddittorietà. Eccesso di potere per disparità di trattamento, ingiustizia grave e manifesta. Sviamento.
Il raggruppamento controinteressato, lungi dall'aver presentato una proposta migliorativa rispetto al progetto posto a base di gara, avrebbe invece prospettato variazioni suscettibili di alterare le scelte progettuali fondamentali effettuate dall'Amministrazione in sede di approvazione del progetto definitivo.
In particolare, l'offerta tecnica del raggruppamento avente I. come capogruppo avrebbe prospettato una proposta di variante per il Nuovo Ponte sul fiume Isonzo e per il Sovrappasso Ferroviario che parte ricorrente sostiene inammissibili, in quanto contrastanti con la normativa epigrafata e, comunque, suscettibili di stravolgere gli originari elaborati progettuali predisposti dalla Stazione appaltante.
La proposta migliorativa della controinteressata prevederebbe, inoltre, profili – dettagliatamente illustrati nel ricorso – che si assumono illogici ed irragionevoli e dei quali viene altresì sostenuta l'idoneità a compromettere le ragioni di sicurezza statica delle opere e della viabilità.
Per quanto concerne il sovrappasso ferroviario al km 3+800, a fronte del riutilizzo del ponte esistente in acciaio (previsto dal progetto definitivo posto a base di gara), l'ATI I. avrebbe invece previsto lo smantellamento di tale opera e l'integrale sostituzione di quest'ultima con una nuova struttura: per l'effetto assumendosi che tale soluzione proporrebbe un pratico "stravolgimento" dell'originario disegno progettuale non assimilabile ad una variante migliorativa.
3) Illegittimità per violazione e falsa applicazione dell'art. 49, comma 2, lett. f) e dell'art. 40 del D.Lgs. 163/2006. Illegittimità per violazione della lex specialis di gara e, più segnatamente, per inosservanza del punto 5 del disciplinare di gara. Illegittimità per violazione delle norme e dei principi generali in materia di gare ad evidenza pubblica e, più segnatamente, del principio di efficienza e di buon andamento dell'azione amministrativa. Eccesso di potere per vizio del procedimento, travisamento, carenza di istruttoria, difetto di motivazione, irragionevolezza, erroneità nei presupposti di fatto, travisamento, illogicità e contraddittorietà. Eccesso di potere per

disparità di trattamento, ingiustizia grave e manifesta. Nullità del contratto di avvalimento prodotto dalla mandante impresa T. S.p.A.
Come in precedenza sottolineato, la mandante T. avrebbe deciso di avvalersi dell'attestazione SOA relativa alla categoria OG3 – classifica VIII, posseduta da C.
Il relativo contratto di avvalimento, secondo quanto sostenuto dalla ricorrente, sarebbe tuttavia nullo in quanto non previsti la corresponsione di un corrispettivo da parte di T., né l'individuazione del complesso di beni e risorse suscettibili di identificare il prestito del titolo SOA.
Conclude parte ricorrente insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura.
Sollecita ulteriormente parte ricorrente il risarcimento del danno in forma specifica o, in via subordinata, per equivalente, con riveniente accertamento del pregiudizio e condanna dell'A intimata alla liquidazione della somma a tale titolo spettante.
L'A. intimata, costituitasi in giudizio, ha eccepito l'infondatezza delle esposte doglianze, invocando la reiezione dell'impugnativa.
Omogenee considerazioni in termini di infondatezza delle esposte doglianze (di seguito, peraltro, al preliminare rilievo in ordine all'inammissibilità del gravame) sono state rassegnate dall'ATI A., parimenti costituitasi in giudizio, la quale ha conclusivamente sollecitato la reiezione dell'impugnativa.
Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 25 novembre 2009.

DIRITTO

1. Viene in primo luogo all'esame l'eccezione di inammissibilità del gravame – dedotta dal controinteressato raggruppamento avente I. come mandataria, con memoria depositata in giudizio il 27 ottobre 2009 – con riferimento all'affermata carenza di giurisdizione dell'adito giudice amministrativo relativamente alla cognizione della presente controversia.
Si sostiene, al riguardo, che – in ragione dell'intervenuta sottoscrizione del contratto avente ad oggetto l'esecuzione delle opere dedotte in appalto – sarebbe comunque preclusa all'organo di giustizia amministrativa ogni determinazione che, a fronte dell'eventuale illegittimità della determinazione aggiudicatoria, si pronunziasse anche sulla derivata caducazione dell'accessivo atto negoziale: in ogni caso la risarcibilità del pregiudizio potendo trovare soddisfacimento soltanto per equivalente.
Va in proposito preliminarmente rilevato che il comma 1 dell'art. 244 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ha devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di "tutte le controversie, ivi incluse quelle risarcitorie, relative a procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture, svolte da soggetti comunque tenuti, nella scelta del contraente o del socio, all'applicazione della normativa comunitaria ovvero al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica previsti dalla normativa statale o regionale".
Deve tuttavia osservarsi come, alla stregua della sussumibilità della vicenda all'esame nel novero di quelle comprese nell'ambito di applicazione della legge 443/2001 (infrastrutture strategiche di interesse nazionale), trovi nella fattispecie applicazione la disposizione dettata dal successivo art. 246, il cui comma 4 stabilisce che "la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente".
Nell'individuazione dell'esatta portata applicativa del sopra riportato art. 244, non può omettersi di rammentare che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con decisione 30 luglio 2008 n. 9

abbia osservato che, se la giurisdizione del giudice civile sussiste in ordine all'accertamento delle conseguenze provocate dalla sopravvenuta mancanza delle condizioni di legalità del vincolo contrattuale, essa va affermata anche quando si tratti di individuare, con statuizioni idonee a passare in giudicato, le conseguenze prodotte sul contratto dalla sentenza amministrativa di annullamento della aggiudicazione della gara.
Nell'escludere di volersi discostare dall'orientamento in materia delineato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (secondo cui sussiste la giurisdizione civile sulla domanda volta ad ottenere, con efficacia di giudicato, l'accertamento dell'inefficacia del contratto, la cui aggiudicazione sia stata annullata dal giudice amministrativo), l'Adunanza Plenaria ha evidenziato come nel vigente sistema non sussista "una espressa previsione normativa di carattere generale sulla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo in ordine alle controversie riguardanti la fase dell'esecuzione del contratto d'appalto": con la conseguenza che, nel caso di una specifica domanda intentata da chi abbia chiesto ed ottenuto dal giudice amministrativo l'annullamento della aggiudicazione, "sussiste la giurisdizione civile quando si intendano far accertare – con efficacia di giudicato - le conseguenze che la medesima sentenza ha prodotto sul contratto".
Alla stregua del sopra riportato principio, "rimane estranea alla cognizione del giudice amministrativo la domanda di reintegrazione in forma specifica, pure prevista insieme al risarcimento per equivalente dall'articolo 35 del D.Lgs. n. 80 del 1998, come sostituito dall'articolo 7 della legge n. 205 del 2000": e ciò in quanto, "posto che nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo fissata dall'articolo 244 del D.Lgs. n. 163 del 2006 rientrano le sole controversie inerenti le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture, con esclusione di ogni domanda che concerna la fase dell'esecuzione dei relativi contratti, alla richiesta di annullamento dell'aggiudicazione può conseguire solo il risarcimento del danno per equivalente, ma non anche la reintegrazione in forma specifica che, incidendo necessariamente sul contratto e quindi sulla fase negoziale e sui diritti soggettivi, esula dai poteri giurisdizionali amministrativi".
Quanto sopra riportato induce il Collegio a ritenere sussistente la propria giurisdizione in merito alla formulata richiesta di annullamento del provvedimento con il quale la Stazione appaltante ha disposto l'aggiudicazione della procedura di selezione in favore del controinteressato raggruppamento avente quale capogruppo I.; rimanendo invece preclusa, laddove l'impugnativa dovesse dimostrarsi fondata, la cognizione in merito alla pure dedotta domanda di risarcimento in forma specifica (per la quale, alla stregua del condivisibile insegnamento giurisprudenziale sopra riportato, peraltro omogeneamente seguito dalla giurisprudenza amministrativa, va ribadita la cognizione del giudice ordinario), ma non anche la conoscibilità della pretesa risarcitoria per equivalente.
2. Come sopra delimitato l'ambito di cognizione dell'adito organo di giustizia amministrativa relativamente alla dedotta controversia, viene in primo luogo in considerazione la censura con la quale parte ricorrente assume che l'ATI poi risultata aggiudicataria della gara non avrebbe dovuto essere ammessa alla procedura di selezione, in ragione dell'irregolarità della cauzione provvisoria dalla medesima presentata.
Tale cauzione, infatti, non avrebbe preso in considerazione, nel novero dei soggetti garantiti per effetto della rilasciata fidejussione, anche l'impresa C., della quale una delle mandanti del raggruppamento (T.) ha dichiarato di volersi avvalere al fine di

integrare una classificazione a quest'ultima mancante quanto ad una delle categorie di opere dedotte in appalto.
2.1 Come sopra sintetizzata la censura ora all'esame, va osservato che nell'atto costitutivo del raggruppamento temporaneo di imprese formato in data 17 febbraio 2009, T. S.p.A. (mandante) abbia dichiarato il proprio intendimento di eseguire le opere relative alla categoria OG3 (riguardante strade, autostrade, ponti, viadotti, ferrovie) per una quota del 27,08%, riservandosi, quindi, una quota complessiva dell'appalto ragguagliata al 18%.
Con dichiarazione resa ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. a) del D.Lgs. 163/2006, la stessa T. enunciava di volersi avvalere – in qualità di impresa ausiliaria – di C. S.p.A., al fine di utilizzarne l'attestazione SOA per la categoria OG3 classifica VIII.
Quest'ultima, con dichiarazione in pari data, si obbligava "a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie per cui è carente l'impresa T. S.p.A. e precisamente Attestazione SOA n. 2625/53/01 rilasciata il 08.03.2007 con scadenza 23.11.2011 per la categoria OG3 classifica VIII".
La garanzia fideiussoria per la cauzione provvisoria, nella fattispecie, veniva costituita da A. S.p.A. – Agenzia di Udine, con polizza n. 066338466 in data 19 febbraio 2009 (successivamente, quindi, alla costituzione del raggruppamento avente I. come capogruppo mandataria).
Nell'ambito delle "condizioni particolari", viene altresì specificato che "l'esatta intestazione della polizza è la seguente:
- A.T.I. I. S.p.A. (Capogruppo);
- F. B. s.r.l.
- I. T. S.p.A.
- V. C. s.r.l.
- S.I.O.S. s.r.l.";
mentre la sottoscrizione della polizza stessa è intervenuta, esclusivamente, ad opera dell'assicuratore e del rappresentante di I., nella qualità di "contraente".
2.2 Quanto sopra posto in punto di fatto, va rammentato come la fattispecie relativa all'utilizzabilità, da parte di una della mandanti, di altro soggetto in possesso dei requisiti di qualificazione necessari per partecipare alla gara, trovi disciplina nell'art. 49, comma 1, del D.Lgs. 163/2006, laddove viene consentito che "il concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, in relazione ad una specifica gara di lavori, servizi, forniture può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto".
Il comma 4 dello stesso articolo di legge puntualizza, poi, che "il concorrente e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del contratto".
Escluso, dunque, che l'apporto fornito dall'impresa ausiliaria, proprio in virtù del vincolo di solidarietà che ne ricongiunge la responsabilità per l'adempimento della prestazione rispetto all'impresa che abbia manifestato l'intendimento di ricorrere all'avvalimento, possa – in linea di principio – ritenersi escluso dall'obbligo di garanzia della prestazione (al soddisfacimento del quale è preordinata la prestazione della cauzione provvisoria), va tuttavia osservato come l'assolvimento dell'obbligo in questione si atteggi diversamente a seconda che lo schema associativo (relativo alla costituzione del raggruppamento temporaneo) sia perfezionato – o meno – al momento in cui la cauzione stessa venga presentata.

Il noto insegnamento dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 4 ottobre 2005 impone, infatti, di estendere l'obbligo di intestazione della cauzione provvisoria anche nei confronti delle mandanti (e non già limitatamente alla sola capogruppo designata) nel solo caso di partecipazione ad una gara di appalto di un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo.
In tale evenienza, infatti, l'intestazione della cauzione alla sola impresa designata quale capogruppo mandataria del raggruppamento in fieri, verrebbe a determinare una carenza di garanzia per la stazione appaltante, tutte le volte in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti.
Da ciò l'esigenza che il fidejussore, per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria), necessariamente richiami la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente; e dichiari, altresì, che la cauzione provvisoria è volta a garantire non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara, pena l'esclusione dal procedimento.
Se, quindi, nel caso di partecipazione di un raggruppamento temporaneo di imprese costituendo ad una gara di appalto, la polizza fidejussoria, mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere intestata non solo alla società capogruppo (mandataria), ma anche alle mandanti che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara (al fine di evitare il configurarsi di una carenza di garanzia per la stazione appaltante con riferimento a quei casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata ma dalle mandanti stesse: cfr. Cons. Stato, sez. VI, 26 luglio 2009 n. 4648 e sez. V, 21 aprile 2009 n. 2400), speculari considerazioni assistono le modalità di prestazione della garanzia di che trattasi laddove – diversamente – ci si trovi di fronte ad un raggruppamento già costituito.
In questo caso, come sopra accennato, la polizza fideiussoria con la quale venga costituita la cauzione provvisoria obbligatoria ai fini della partecipazione alla gara legittimamente può essere intestata alla sola capogruppo mandataria.
Se, conseguentemente, non viene in considerazione alcun obbligo di (complementare) intestazione della garanzia in discorso anche nei confronti delle mandanti, a fortiori deve escludersi che ricorra l'esigenza di estensione della garanzia stessa anche alle imprese ausiliarie, delle quali taluna abbia manifestato l'intendimento di avvalersi al fine di integrare i requisiti di qualificazione necessari per la partecipazione alla procedura di selezione.
Alla stregua di quanto rappresentato, esclude il Collegio di poter aderire all'orientamento di cui alla sentenza resa dalla Sezione I del T.A.R. della Lombardia, Milano (n. 4537 del 29 luglio 2009), la quale, nell'affermare che, al fine di "assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti (coperti dalla cauzione provvisoria) … il fidejussore deve … richiamare le modalità della partecipazione alla gara di più imprese – nella specie, in avvalimento – identificandole singolarmente e contestualmente e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara", ha ritenuto che le conclusioni alle quali è pervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la citata sentenza 8/2005 siano suscettibile di estensione anche alla fattispecie in esame.

Il principio che i giudici milanesi hanno ritenuto di enunciare si dimostra suscettibili di indurre conseguenze la cui contraddittorietà non rivela agevoli linee di soluzione.
Se, infatti, nel caso di ATI già costituita la cauzione provvisoria ben può essere intestata alla sola capogruppo mandataria (l'obbligo di intestazione anche nei confronti delle mandanti venendo in considerazione per le sole ipotesi in cui il raggruppamento non sia stato costituito, secondo il riportato insegnamento dell'Adunanza Plenaria), non è dato allora comprendere perché, nel caso in cui la forma associativa sia già stata perfezionata (come appunto nella fattispecie all'esame) l'obbligo di intestazione della polizza fideiussoria dovrebbe estendersi (non già alle mandanti, ma) alle imprese ausiliarie, la cui partecipazione alla gara ripete titolo dalla evocazione in avvalimento formulata, nei limiti consentiti dalla legge, da una delle mandanti.
Tale onere, oltre che trovare fondamento normativo (né riferimento espresso, quanto alla vicenda in esame, nella lex specialis di gara), si dimostra logicamente incomprensibile laddove si consideri che la ratio di obbligatoria intestazione della cauzione in capo alle mandanti – si ripete, nel solo caso di raggruppamento costituendo – è espressione dell'esigenza che, in assenza di un'impresa pleno jure investita delle funzioni (e delle connesse responsabilità) di capogruppo mandataria del raggruppamento, verrebbe, altrimenti, a determinarsi un vulnus di garanzia per la stazione appaltante, tutte le volte in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo (solo designata), ma dalle mandanti.
Se questo è vero – e non dubita il Collegio che la corretta decifrazione dell'interpretazione fornita dall'Adunanza Plenaria induca siffatto ordine di conclusioni – si dimostra carente di fondamento giustificativo la pretesa di intestazione della cauzione, nel caso di raggruppamento già formalmente costituito, non già nei confronti delle mandanti (per le quali siffatto obbligo non è, alla stregua di quanto esposto, in tale evenienza richiesto), ma delle ausiliarie di queste ultime.
3. Se, alla stregua di quanto esposto al precedente punto, la prima delle censure dedotte con il presente mezzo di tutela non si rivela suscettibile di accoglimento, parimenti infondata si dimostra la censura con la quale parte ricorrente assume l'invalidità del contratto di avvalimento stipulato da Tomat e Cogeis, osservando – in proposito – che sarebbe mancata la specifica individuazione degli strumenti operativi ricompresi nell'organizzazione aziendale messi a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria e che, inoltre, non sarebbe individuabile alcun corrispettivo in favore di quest'ultima.
3.1 Con riferimento alla configurazione del contratto di in questione, è opportuno rammentare come l'ordinamento non preveda uno schema o un tipo specifico di contratto di avvalimento tra imprese.
Come osservato da T.A.R. Lazio, sez. II-ter, 30 aprile 2008 n. 3637, tale modulo negoziale (peraltro richiesto dalla lettera f) del comma 2 dell'art. 49 del D.Lgs. 163/2006 tra gli atti da presentare a cura dell'impresa concorrente a gara pubblica d'appalto), "può rivestire qualunque forma, anche non esattamente documentale, e la sua esistenza può essere provata in qualunque modo idoneo, … così come può essere considerata idonea a provare l'esistenza di un contratto di avvalimento la compresenza delle dichiarazioni d'impegno dell'impresa ausiliaria … nella busta contenente i documenti dell'impresa concorrente di partecipazione alla gara".
Più in generale, deve convenirsi con quanto in argomento osservato da T.A.R. Veneto (sez. I, 6 novembre 2008 n. 3451) circa il carattere atipico individuabile nel contratto di avvilimento, per mezzo del

quale – e nell'ambito dell'autonomia contrattuale che il nostro ordinamento garantisce alle parti ex art. 1322 c.c. – l'impresa ausiliaria pone a disposizione dell'impresa partecipante alla gara la propria azienda (intesa quale complesso di beni organizzato per l'esercizio delle attività di impresa ex art. 2555 c.c.).
Il contratto concluso in tal senso dalle parti ben può quindi essere configurato quale contratto unilaterale con obbligazioni assunte da una sola delle parti e nel quale la presunzione di onerosità può essere superata da una prova contraria, ovvero dalla prassi; alla divisata atipicità del contratto in esame accedendo l'assenza di alcun limite o vincolo in ordine alla causa del negozio e alla previsione di un corrispettivo, dimostrandosi e irrilevante (ai fini della validità del vincolo inter partes) l'avvenuta assunzione, da parte del mandante, dell'obbligo di corrispondere un compenso al mandatario per l'attività da lui svolta (peraltro assistito da presunzione ex art. 1709 c.c.).
3.2 Quanto sopra posto, se è vero che l'art. 49, comma 2, lett. d) del D.Lgs. 163/2006 prevede unicamente che il concorrente alleghi un contratto con il quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti di quest'ultimo a fornire i requisiti ed a mettere a disposizione le risorse necessarie (gli obblighi interni tra l'avvalente e l'avvalso rivelandosi del tutto irrilevanti ai fini della partecipazione e dell'aggiudicazione della gara, come argomentabile dall'art. 47 della direttiva 2004/18/CE, che espressamente consente all' "operatore economico [di] fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi"), viene allora in considerazione – ai fini della corretta configurazione della fattispecie – unicamente l'esigenza che la Stazione appaltante sia posta in condizione di acquisire piena certezza in ordine alla disponibilità dei requisiti tecnici e organizzativi ed economico-finanziari apportati al concorrente mediante l'avvalimento.
Nel caso di specie, tale contezza è con ogni evidenza integrata dal contenuto del contratto di avvalimento stipulato il 19 febbraio 2009, con il quale C. si è obbligata, nei confronti di T., a "mettere a disposizione … le risorse necessarie di cui essa è carente e segnatamente … l'attestazione di qualificazione alla esecuzione di lavori pubblici (SOA) nella categoria OG3 classifica VIII", altresì garantendo tali risorse "per tutta la durata dell'appalto".
Nell'osservare come entrambe le anzidette società si siano date reciprocamente atto "del fatto di essere responsabili in solido nei confronti della Stazione appaltante, ai sensi dell'art. 49, comma 4, del D.Lgs. 163/2006, in relazione alle prestazioni oggetto del contratto" e che, ulteriormente, "i rapporti fra la società avvalente e la società avvalsa vengono regolati da separata scrittura, sottoscritta contestualmente al presente atto", va escluso che il contratto di avvalimento in questione presenti le carenze e/o inadeguatezze alle quali parte ricorrente ascrive l'invalidità del negozio medesimo: per l'effetto dovendosi disattendere la relativa censura.
4. Viene, da ultimo, in considerazione il secondo degli argomenti di doglianza dedotti con la presente impugnativa, a mezzo del quale parte ricorrente ha – come illustrato in narrativa – analiticatamente contestato i contenuti del progetto presentato dall'ATI aggiudicataria, sostenendone la sostanziale difformità rispetto a quello posto a base di gara; ed ulteriormente denunciando la violazione, ad opera di tale elaborato, delle norme disciplinanti le realizzazione di talune delle opere infrastrutturali dedotte in appalto.

Sostiene, in altri termini, la ricorrente che – in luogo di apportare consentite varianti alla soluzione progettuale posta a base di gara – il progetto di I. avrebbe introdotto precluse immutazioni a talune delle opere programmate, determinando un pratico "stravolgimento" della configurazione di esse e, complessivamente, dell'intero progetto.
L'impossibilità di sottoporre ad immediata delibazione tale articolato complesso di censure (in ragione della ineludibile esigenza di vagliarne i contenuti a mezzo di specifiche competenze tecniche), impone di disporre una consulenza tecnica d'ufficio, a mezzo della quale venga accertato, con riferimento alle argomentazioni esposte nel secondo motivo di cui all'atto introduttivo del presente giudizio, se il progetto presentato dal raggruppamento temporaneo di imprese proclamato poi aggiudicatario della gara in questione – ed avente quale capogruppo mandataria I. S.p.A. – rechi (o meno) le irregolarità enunciate nell'atto di ricorso.
In particolare, il disposto mezzo istruttorio dovrà appurare:
- se l'A.T.I. avente quale capogruppo mandataria I. abbia presentato, in luogo di proposte tecniche migliorative rispetto al progetto posto a base di gara, elaborati progettuali recanti alterazione modificativa rispetto alla scelta progettuale effettuata dalla Stazione appaltante, con riferimento alla Proposta di variante per il Nuovo Ponte sul Fiume Isonzo (opera 22) ed alla Proposta di variante per il Sovrappasso ferroviario (km 3+880; opera 7);
- se la predetta A.T.I., con particolare riferimento alla prima Proposta di Variante sopra indicata (Nuovo Ponte sul Fiume Isonzo: opera 22), abbia introdotto elementi progettuali in violazione delle prescrizioni dettate dal D.M. 5 novembre 2001 (giusta quanto esposto nel ricorso alle pagg. 23-25) e dal D.M. 21 giugno 2004 (secondo quanto nel ricorso medesimo illustrato alle pagg. 25-36);
- se la predetta A.T.I., con riguardo alla seconda delle indicate Proposte di variante (Sovrappasso ferroviario km 3+880: opera 7), abbia proposto la realizzazione di un'opera in parziale o totale difformità rispetto alle elaborazioni progettuali a base di gara: evidenziando, al riguardo, il contenuto e la portata degli interventi in variante prospettati rispetto a quanto risultante dalla documentazione predisposta al riguardo dalla Stazione appaltante.
Dispone conseguentemente il Collegio di invitare il Preside della Facoltà di Ingegneria dell'Università degli Studi di Roma – La Sapienza, a designare – entro giorni 5 (cinque) dalla notificazione o comunicazione in via amministrativa della presente decisione – un docente della predetta Facoltà al fine dello svolgimento delle attribuzioni di consulente tecnico d'ufficio.
Quest'ultimo, nel contraddittorio delle parti costituite (alle quali sarà comunicata la data dell'inizio e di ultimazione delle operazioni peritali, nonché di eventuali sopralluoghi, da comunicare almeno 5 giorni prima dello svolgimento; e le quali potranno addurre all'attenzione dello stesso consulente argomentazioni e rilievi documentali aventi diretta pertinenza con le demandate operazioni peritali) – provvederà:
- ad un'esaustiva disamina dei profili controversi sopra illustrati (per come esposti nel motivo di ricorso rubricato sub II)
- ed alla redazione di una dettagliata e motivata relazione volta ad illustrare le conclusioni che il medesimo consulente assumerà di rassegnare a fronte della condotta ricognizione in ordine agli aspetti di cui sopra.
La prestazione del giuramento, da parte del consulente d'ufficio, avrà luogo giusta quanto indicato in dispositivo.

La relazione consulenziale sopra indicata sarà depositata entro il termine di giorni 90 (novanta) dalla data di prestazione dell'anzidetto giuramento.
Nel porre a carico della parte ricorrente, provvisoriamente, il riconoscimento, in favore del consulente, dell'importo indicato in dispositivo a titolo di acconto sugli oneri al medesimo spettanti in ragione dell'espletamento dell'incarico, differisce il Collegio ogni decisione in rito, nel merito, sulle spese di lite ed in ordine alla definitiva liquidazione degli oneri consulenziali alla conclusiva delibazione della controversia.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio – Sezione I – parzialmente ed interlocutoriamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe, così dispone:
- respinge i motivi di ricorso rubricati nell'atto introduttivo del presente giudizio sub I) e III);
- dispone procedersi, con riferimento al motivo di ricorso indicato nell'atto anzidetto al n. II), agli incombenti istruttori indicati in motivazione;
- invita, al riguardo, il P. della Facoltà di Ingegneria dell'Università degli Studi di Roma – La Sapienza, a designare – entro giorni 5 (cinque) dalla notificazione o comunicazione in via amministrativa della presente decisione – un docente della predetta Facoltà al fine dello svolgimento delle attribuzioni di consulente tecnico d'ufficio, il quale svolgerà l'incarico peritale giusta quanto indicato in motivazione e provvederà al deposito della relazione pure ivi indicata (nonché dell'eventuale documentazione di corredo), presso la Segreteria di questa Sezione, nel termine di giorni 90 (novanta) dalla data di prestazione del giuramento;
- delega il Consigliere dott. R. P. per l'espletamento della formalità di giuramento del consulente d'ufficio, per la quale viene fissato il giorno 18 dicembre 2009, alle ore 9.00, presso questo la Sezione I di questo Tribunale;
- dispone di porre le spese relative all'incarico peritale di cui sopra, provvisoriamente, a carico della parte ricorrente, la quale verserà al consulente tecnico, a titolo di acconto, la somma di € 2.500,00 (euro duemilacinquecento/00) anteriormente all'inizio delle operazioni peritali;
- fissa per il prosieguo della trattazione del presente giudizio la pubblica udienza del 16 giugno 2010;
- riserva alla conclusiva delibazione della controversia ogni statuizione in rito, nel merito, in ordine alle spese di lite, nonché in ordine alla definitiva liquidazione degli oneri spettanti al consulente tecnico d'ufficio;
- demanda alla Segreteria gli incombenti di competenza, ivi compresa la comunicazione della presente decisione anche nei confronti del Preside della Facoltà di Ingegneria dell'Università degli Studi di Roma – La Sapienza.
Spese al definitivo.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 novembre 2009 con l'intervento dei Magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente
Roberto Politi, Consigliere, Estensore
Roberto Caponigro, Consigliere