



**REPUBBLICA ITALIANA**  
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**  
**Il Consiglio di Stato**  
**in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4793 del 2012, proposto dal Consorzio nazionale cooperative di produzione e lavoro “Ciro Menotti”, in proprio e in qualità di mandataria dell’associazione temporanea di imprese costituita unitamente ad Toriello Aniello s.r.l., in qualità di mandante, rappresentati e difesi dall’avvocato Ernesto Stajano, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo in Roma, via Sardegna, 14;

***contro***

Rete Ferroviaria Italiana s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall’avvocato Michele Roma, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo in Roma, piazza Cavour, 17;

***nei confronti di***

Iter Gestioni ed Appalti s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall’avvocato Enrico Soprano, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via degli Avignonesi, 5;

***per la riforma***

della sentenza 28 marzo 2012, n. 1509 del Tribunale amministrativo regionale della Campania, Napoli, I .

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. e di Iter Gestioni ed Appalti s.p.a.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell’udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2013 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Stajano, Roma e Soprano.

**FATTO**

1.– Rete Ferroviaria Italiana s.p.a. (d’ora innanzi RFI) ha indetto una procedura di gara per l’affidamento dei lavori di realizzazione ed adeguamento di sottovie, passerelle pedonali, viabilità ed altre opere ferroviarie.

Nella graduatoria finale sono risultate incluse le seguenti prime quattro imprese: 1) ATI Castaldo s.p.a. e So.ge.l. s.r.l., con un ribasso del 23,307%; 2) ATI Consorzio Ravennate delle Cooperative di Produzione e Lavoro, Rillo Costruzioni s.r.l. e Lavori Generali Contestabile s.r.l. (d'ora innanzi ATI Consorzio Ravennate), con un ribasso del 15,465%; 3) ATI Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" e Toriello Aniello s.r.l. (d'ora innanzi ATI Consorzio Menotti) con un ribasso del 10,382%; 4) Iter Gestioni Appalti s.p.a. (d'ora innanzi Iter Gestioni), con un ribasso dell'1,161%.

La prima classificata veniva esclusa per anomalia dell'offerta. La gara è stata, pertanto, aggiudicata all'ATI Consorzio Ravennate. La stazione appaltante ha, poi, revocato tale aggiudicazione per riscontrate irregolarità contributive poste in essere da una sua consorziata, Co.tre.co. s.r.l., ed ha aggiudicato la gara all'ATI Consorzio Menotti.

Il Consorzio Ravennate e la Co.tre.co. hanno impugnato, con due ricorsi, poi riuniti, tali atti.

Il Consiglio di Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8, confermando le decisioni del primo giudice, ha rigettato i predetti ricorsi.

Nelle more del processo la procedura è proseguita e la stazione appaltante ha escluso dalla gara l'ATI Consorzio Menotti, revocando la relativa aggiudicazione, in quanto la società Icona, designata dallo stesso quale impresa esecutrice dei lavori, è stata colpita da informativa antimafia emessa dalla Prefettura di Napoli. In particolare, si afferma nella predetta informativa, che «sussistono tentativi di infiltrazione mafiosa da parte della criminalità organizzata tendente a condizionare le scelte e gli indirizzi» della predetta consorziata.

1.1.– Il Consorzio Menotti (d'ora innanzi anche solo Consorzio) ha proposto ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale della Campania avverso l'atto di esclusione, la revoca dell'aggiudicazione e il provvedimento di rigetto del preavviso di ricorso, ritenendo che:

a) l'art. 12 del decreto del Presidente della Repubblica 3 giugno 1998, n. 252 (Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti relativi al rilascio delle comunicazioni e delle informazioni) consente al consorzio di estromettere dallo stesso la cooperativa destinataria dell'informativa al fine di mantenere ferma l'aggiudicazione;

b) non è stata data comunicazione dell'avvio del procedimento volta a consentire al consorzio di esternare la volontà di provvedere alla predetta estromissione.

Nello stesso giudizio sono stati proposti motivi aggiunti avverso la nuova aggiudicazione a favore della Iter Gestioni, rilevando, in particolare, che, in presenza di una sola offerta, la stazione appellante avrebbe dovuto indicare le ragioni della convenienza dell'unica offerta rimasta.

1.2.– Nelle more della decisione la stazione appaltante, con deliberazione 1° dicembre 2011, n. 96, ha revocato la procedura di gara e, conseguentemente, anche l'aggiudicazione alla Iter Gestioni.

1.3.– Il Tribunale amministrativo, con sentenza 28 marzo 2012, n. 1509, ha respinto il ricorso.

In particolare, il primo giudice ha sottolineato che il richiamato art. 12 del d.p.r. n. 252 del 1998 prevede che – se l'informativa prefettizia antimafia «interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese» – le cause di divieto di partecipazione agli appalti «non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto o alla concessione dei lavori». Il secondo comma dell'art. 12 dispone che «le disposizioni del comma 1 si applicano anche nel caso di consorzi non obbligatori».

Ad avviso del primo giudice, avendo riguardo alla formulazione letterale della norma e ad una interpretazione rigorosa della stessa, «quando si è in presenza di un consorzio occorre interrogarsi se tale modulo organizzativo operi singolarmente o all'interno di una più vasta compagine associativa: nel primo caso il consorzio sarà riguardato dal comma 2 dell'art. 12, con conseguente possibilità di estromettere e sostituire l'impresa consorziata colpita da informativa antimafia, mentre

nel secondo caso soggiacerà alla disciplina propria delle associazioni temporanee di imprese delineata nel comma 2, essendo tale modalità organizzativa la veste giuridico-formale prescelta per la presentazione dell'offerta collettiva».

Il Tar ha ritenuto, inoltre, che non fosse necessario, in presenza di una informativa antimafia, consentire la partecipazione al procedimento in ragione della riservatezza e della urgenza che connota tale procedimento.

Infine, una volta accertata la legittimità della esclusione, sono stati ritenuti inammissibili, perché formulati da un parte priva di legittimazione, le censure proposte con il ricorso per motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione disposta a favore dell'Iter Gestioni.

1.4.– Successivamente lo stesso Tribunale, con sentenza 6 giugno 2012, n. 2670, su ricorso proposto da quest'ultima, ha annullato la revoca della aggiudicazione per violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento e difetto di motivazione.

2.– La ricorrente in primo grado ha proposto appello.

In primo luogo, si è rilevato che, contrariamente a quanto affermato dal Tar, il citato art. 12 non distinguerebbe a seconda che il consorzio partecipi ad una gara in forma singola ovvero in raggruppamento temporaneo di imprese, consentendo sempre che possa essere esclusa la consorziata divenuta incapace di stipulare un contratto di appalto per la presenza di una informativa antimafia. L'appellante ha dedotto, inoltre, che il Consiglio di Stato, Sez. III, con sentenza 9 maggio 2012, n. 2678, ha annullato l'informativa antimafia e le conseguenti revoche di alcune aggiudicazioni disposte a favore della Cooperativa Icona, in quanto, si è sottolineato, «fa difetto un idoneo quadro indiziario in ordine al paventato pericolo di inquinamento camorristico».

In secondo luogo, si è affermato che avrebbe dovuta essere assicurata la partecipazione al procedimento per consentire di operare la riduzione soggettiva del consorzio.

Infine, sono stati riproposti i motivi aggiunti avverso l'atto di aggiudicazione dell'Iter Gestioni, dichiarati inammissibili dal primo giudice.

L'appellante, sul presupposto che, al momento della proposizione dell'atto di appello, la stazione appaltante avesse revocato l'intera procedura di gara, ha chiesto la condanna al risarcimento dei danni a titolo di danno emergente (per i costi di partecipazione, pari ad euro 39.526, 90) e di lucro cessante (pari ad euro 2.190.353,53, corrispondente al 10% dell'importo dell'offerta, ovvero la metà della somma indicata, qualora si ritenga non fornita la prova dell'impossibilità di utilizzare maestranze e mezzi in altri appalti). In subordine, si è chiesta la condanna della stazione appaltante a corrispondere l'indennizzo di cui all'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990.

2.1.– Si è costituita in giudizio l'Iter Gestione, proponendo appello incidentale. In particolare, si è affermato che l'esclusione sarebbe legittima per una ragione diversa da quella contenuta nella sentenza impugnata.

L'art. 12, secondo comma, del d.p.r. n. 252 del 1998, letto congiuntamente al primo comma, dovrebbe, infatti, essere interpretato nel senso che lo stesso si applica soltanto in presenza di consorzi non obbligatori previsti dall'art. 34, lettera e), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), in relazione ai quali è possibile distinguere tra mandante e mandataria. A tale proposito, si richiama l'art. 92 del d.p.r. n. 207 del 2010, che opererebbe una completa equiparazione tra associazioni temporanee di imprese e i consorzi di cui al citato art. 34, lettera e).

2.2.– Le parti hanno depositato memorie difensive. In particolare, l'appellante ha chiesto, una volta annullato, con sentenza passata in giudicato, l'atto di revoca dell'intera procedura di gara, di ottenere la tutela non più risarcitoria ma in forma specifica.

2.3.– La causa è stata decisa all'udienza del 12 febbraio 2013, con deposito del dispositivo il successivo giorno 18.

## DIRITTO

1.– La questione posta con l'appello principale attiene alla legittimità dell'esclusione dalla procedura di gara, descritta nella parte in fatto, e della revoca della aggiudicazione disposta a favore dell'ATI Consorzio Menotti in quanto una delle cooperative consorziate è stata destinataria di una informativa antimafia.

2.– In via preliminare deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità dell'appello per difetto di interesse, sollevata dalla difesa di Iter Gestioni, per non avere l'appellante impugnato l'atto di revoca dell'intera procedura di gara adottato dalla stazione appaltante con deliberazione 1° dicembre 2011, n. 96.

L'eccezione non è fondata.

L'Iter Gestioni, a seguito dell'annullamento, da parte dell'amministrazione, dell'aggiudicazione disposta a favore dell'odierna appellante, è stata scelta quale nuova aggiudicataria.

L'amministrazione aggiudicatrice ha poi deciso di annullare in autotutela, con atto incidente sulla posizione di tutti i partecipanti alla gara, l'intera procedura. Tale determinazione è stata impugnata esclusivamente dalla Iter Gestioni. Il Tribunale amministrativo regionale della Campania, con sentenza 6 giugno 2012, n. 2670, passata in giudicato, ha annullato il predetto atto di autotutela, ravvisando la violazione dell'obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento e difetto di motivazione.

Orbene, deve ritenersi che l'annullamento di un atto produttivo di effetti sfavorevoli inscindibili nei confronti della pluralità dei partecipanti alla gara determina la loro "ricollocazione" nella posizione in cui si trovavano prima dell'annullamento stesso.

Ne consegue che l'effetto favorevole diretto discendente dalla sentenza si è prodotto non solo nei confronti della Iter gestioni (risultata vittoriosa nel giudizio amministrativo che ha condotto all'annullamento dell'atto di rimozione di tutti gli atti della procedura, e che aveva l'interesse volto alla reviviscenza degli effetti della aggiudicazione in suo favore), ma anche nei confronti degli altri partecipanti alla gara, che – avendo riacquistato tale status – risultano legittimati ad impugnare l'aggiudicazione medesima, sulla base dei principi generali.

In altri termini, il particolare oggetto del giudicato, costituito dall'annullamento di un atto aventi effetti incidenti in maniera indistinta su una pluralità di soggetti, comporta che tutti i partecipanti alla gara vanno considerati tali (a seguito di annullamento dell'atto di rimozione degli effetti della aggiudicazione), anche se non sono stati parte del giudizio al termine del quale l'aggiudicazione ha ripreso i suoi effetti.

L'appellante ha, pertanto, interesse alla decisione del ricorso in appello, in quanto, se lo stesso risultasse fondato, potrebbe ottenere anche la tutela in forma specifica alla quale aspira.

3.– La decisione in ordine ai motivi posti con l'atto di appello principale passa attraverso la corretta interpretazione dell'art. 12 del d.p.r. n. 252 del 1998.

Tale norma prevede, al primo comma, che – se l'informativa prefettizia antimafia «interessa un'impresa diversa da quella mandataria che partecipa ad un'associazione o raggruppamento temporaneo di imprese» – le cause di divieto di partecipazione agli appalti «non operano nei confronti delle altre imprese partecipanti quando la predetta impresa sia estromessa o sostituita anteriormente alla stipulazione del contratto o alla concessione dei lavori». Il secondo comma dispone che «le disposizioni del comma 1 si applicano anche nel caso di consorzi non obbligatori».

Sul piano dell'interpretazione funzionale, la norma persegue lo scopo «di contemperare il prosieguo dell'iniziativa economica delle imprese in forma associata con le esigenze afferenti alla sicurezza ed all'ordine pubblico connesse alla repressione dei fenomeni di stampo mafioso ogni volta che, a mezzo di pronte misure espulsive, si determini volontariamente l'allontanamento e la sterilizzazione delle imprese in periculum di condizionamento malavitoso» (Cons. Stato, VI, 7 ottobre 2010, n. 7345). Si sono voluti, così, salvaguardare il principio della personalità della responsabilità e quello

della libera iniziativa economica.

Sul piano dell'interpretazione letterale, il primo comma si applica quando vengono in rilievo le associazioni temporanee di imprese, che non costituiscono un autonomo soggetto giuridico ma rappresentano forme di collaborazione tra imprese finalizzate alla partecipazione ad una determinata gara. In questo caso, la chiara distinzione tra "individuali" imprese mandanti e "individuali" imprese mandatarie giustifica l'applicazione del sistema delle esclusioni con riduzione della compagine societaria in presenza di informative antimafia indirizzate alla mandante e non anche, per l'importanza del ruolo rivestito nell'appalto, alla mandataria.

Il secondo comma si applica quando vengono in rilievo consorzi non obbligatori. La norma, per il suo chiaro contenuto che non pone limitazioni soggettive, si applica in presenza di qualunque tipologia di consorzi volontari. In particolare, possono venire in rilievo tutti i seguenti consorzi indicati dall'art. 34 del d.lgs. n. 163 del 2006: consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro, che sono quelli che rilevano in questa sede (lettera b); consorzi stabili (lettera c); consorzi ordinari di concorrenti di cui all'art. 2602 cod. civ. (lettera e).

Né varrebbe obiettare, come si fa nell'atto di appello incidentale, che l'art. 12 si applicherebbe soltanto in presenza dei consorzi di cui alla lettera e), in quanto solo per essi è possibile distinguere la figura del mandante e del mandatario. La legge 25 giugno 1909, n. 422, prevede che il «consorzio di cooperative costituisce persona giuridica». La presenza di un soggetto giuridico unico non fa perdere la complessità soggettiva dell'ente che rimane composto da cooperative aventi la loro individualità. L'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la citata sentenza n. 8 del 2012, ha affermato, in relazione alla partecipazione alla stessa procedura di gara che viene in rilievo in questa sede, che in presenza di un consorzio di cooperative (nella specie Consorzio Ravennate), pur essendo esso un «soggetto con struttura ed identità autonoma rispetto a quella delle cooperative consorziate», il possesso dei requisiti generali e morali, di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, deve essere verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle consorziate.

Nella stessa decisione si è puntualizzato che «la diversa opzione ermeneutica condurrebbe invero a conseguenze paradossali, in quanto le stringenti garanzie di moralità professionale richieste inderogabilmente ai singoli imprenditori potrebbero essere eluse da cooperative che, attraverso la costituzione di un consorzio con autonoma identità, riuscirebbero di fatto ad eseguire lavori e servizi per le pubbliche amministrazioni alle cui gare non sarebbero state singolarmente ammesse».

La dimostrazione della possibile frammentazione soggettiva del consorzio, nonostante la sua unicità, se impone, come affermato nella sentenza riportata, che i requisiti morali siano posseduti da tutte le cooperative, evidenzia che – in presenza di una specifica norma che consente la non estensione degli effetti derivanti da una informativa antimafia a tutte le componenti la persona giuridica – sia possibile operare le esclusioni del soggetto destinatario dell'informativa stessa. Ne consegue che, ancorché non si possa distinguere tra mandanti e mandatarie, la pluralità dei soggetti che compongono il consorzio permette l'operatività del meccanismo delle esclusioni soggettive.

4.– Occorre, adesso, valutare quale è il regime giuridico applicabile nel caso in cui un consorzio di cooperative partecipa, in qualità di mandatario, ad una procedura di gara in associazione temporanea con un'altra impresa, in qualità di mandante.

La Sezione ritiene che trova applicazione esclusivamente il secondo comma dell'art. 12 del d.p.r. n. 252 del 1998.

Il legislatore ha posto due precetti inderogabili:

- non consentire la riduzione soggettiva del partecipante alla gara quando, in presenza di una ATI, l'interdizione colpisce l'impresa mandataria;
- consentire la riduzione in presenza di un consorzio.

Coordinando le due regole ne consegue la possibilità della riduzione anche quando il consorzio partecipa alla procedura in associazione temporanea con un'altra impresa. Infatti:

- non viene violato il primo precetto, in quanto il consorzio mandatario, diversamente dalla “singola” impresa mandataria, può ridurre la propria struttura organizzativa ed evitare che continui a fare parte di essa la cooperativa destinataria dell’informativa antimafia;
- viene rispettato il secondo precetto, in quanto si consente al consorzio di usufruire del sistema delle esclusioni.

Diversamente argomentando, si perverrebbe ad una interpretazione non conforme al principio di ragionevolezza.

Se, infatti, il consorzio partecipa ad una gara “singolarmente” e la causa impeditiva colpisce, come nel caso in esame, la cooperativa incaricata di eseguire i lavori, sarebbe possibile applicare il sistema delle esclusioni.

Se, invece, lo stesso consorzio partecipa unitamente ad un’altra impresa ad una associazione temporanea – nell’ambito della quale tale impresa assume la veste, “ininfluente”, di mandante – non potrebbe operare il predetto sistema anche se la causa impeditiva colpisce la medesima cooperativa.

Le conclusioni cui si è pervenuti, alla luce del dato letterale, sono anche coerenti con la ragione giustificativa della normativa in esame: rispettare il principio della personalità della responsabilità, salvaguardando, così, la libera iniziativa economica.

In definitiva, deve ritenersi, all’esito di una interpretazione conforme alla lettera e alla ratio della disciplina della materia, che il secondo comma dell’art. 12 del d.p.r. n. 252 del 1998, rinviando al primo comma, ha voluto consentire l’estensione del sistema delle esclusioni previsto per le associazioni temporanee di impresa anche ai consorzi qualunque siano le modalità attraverso le quali essi partecipano ad una procedura di gara.

4.1.– Applicando questi principi al caso di specie, ne consegue l’illegittimità degli atti impugnati in primo grado (e la conseguente erroneità della sentenza appellata) nella parte in cui è stata disposta l’esclusione dell’appellante ed è stata revocata l’aggiudicazione in precedenza disposta in suo favore, senza valutare che l’appellante stessa, in applicazione dell’art. 12, aveva escluso la cooperativa destinataria dell’informativa antimafia.

Contrariamente a quanto affermato dalla stazione appellante, non occorre che l’appellante impugnasse anche detta informativa, in quanto l’operatività del meccanismo prefigurato dall’art. 12 si fonda proprio sull’esistenza dell’informativa stessa e sul fatto che il consorzio provveda alla riduzione della propria struttura organizzativa.

5.– L’accoglimento dell’appello, per i motivi indicati, non impone la trattazione degli altre censure e, in particolare, di quelle relative all’illegittimità della ulteriore e conseguente aggiudicazione disposta a favore della società resistente in questo giudizio.

L’annullamento, infatti, dell’atto di esclusione dell’appellante e della revoca del ‘precedente’ atto di aggiudicazione della gara disposto in suo favore determina, comunque, l’illegittimità derivata del successivo atto di aggiudicazione disposto a favore della società resistente.

6.– In definitiva, per le ragioni sin qui esposte, l’appello è fondato.

Ne consegue che deve essere riconosciuta – avendo riguardo all’incidenza dei fatti sopravvenuti sull’oggetto del processo e alla dichiarazione del difensore della stazione appaltante nel corso dell’udienza pubblica di volere realizzare l’oggetto dell’appalto – la fondatezza della pretesa dell’appellante ad ottenere la tutela in forma specifica, con l’aggiudicazione da disporre in sede amministrativa.

7.– La novità della questione interpretativa esaminata giustifica l’integrale compensazione tra le parti delle spese del presente grado di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

a) accoglie l'appello principale proposto con il ricorso indicato in epigrafe n. 4793 del 2012 e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie, nei sensi di cui in motivazione, il ricorso di primo grado;

b) respinge l'appello incidentale proposto da Iter Gestioni ed Appalti s.p.a.

Le spese dei due gradi del processo sono integralmente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Aldo Scola, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 31/05/2013

IL SEGRETARIO

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