

SENTENZE DEL 15.11

N. 00009/2015REG.PROV.COLL.
N. 00006/2015 REG.RIC.A.P.

REPUBBLICA ITALIANA IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6 di A.P. del 2015, proposto da:

Mattioda Pierino & Figli S.p.A. in proprio e quale mandataria del costituendo R.T.I., Sogeco s.r.l. in proprio e quale mandante del costituendo R.T.I. con la Mattioda Pierino & Figli Spa, rappresentati e difesi dagli avv.ti Gianluigi Pellegrino e Claudio Piacentini, con domicilio eletto presso Gianluigi Pellegrino in Roma, corso del Rinascimento, n.11;

contro

Safital s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Claudio De Portu, con domicilio eletto presso Claudio De Portu in Roma, Via Flaminia, n.354;

nei confronti di

Sav - Societa' Autostrade Valdostane S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Umberto Giardini, Manuela Sanvido, Giovanni Corbyons e Claudio Guccione, con domicilio eletto presso Giovanni Corbyons in Roma, Via Cicerone n.44;

e con l'intervento di

ad adiuvandum:

Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori (Aiscat), rappresentata e difesa dall'avv. Federico Tedeschini, con domicilio eletto presso Federico Tedeschini in Roma, Largo Messico n.7;
Associazione Nazionale Costruttori Edili (Ance), rappresentata e difesa dall'avv. Pierluigi Piselli, con domicilio eletto presso Pierluigi Piselli in Roma, Via G. Mercalli n.13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VALLE D'AOSTA - AOSTA n. 00018/2015, resa tra le parti, concernente l'annullamento e/o la riforma della sentenza del T.A.R. della Valle d'Aosta nr. 18 pubblicata in data 13

febbraio 2015, con cui è stato accolto il ricorso promosso da Safital S.r.l. avverso l'aggiudicazione definitiva al (costituendo) r.t.i. tra le imprese Mattioda Pierino S.p.A. e Sogeco s.r.l.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Safital s.r.l. e di Sav - Società Autostrade Valdostane S.p.A., nonché l'appello incidentale proposto da quest'ultima;

Visti gli interventi in giudizio di Aiscat e di Ance;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 ottobre 2015 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Pellegrino, Piacentini, De Portu, Piselli, Tedeschini, Sanvido, Corbyons, e Guccione;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale della Valle d'Aosta ha accolto il ricorso proposto dalla Safital s.r.l. avverso l'aggiudicazione definitiva al (costituendo) r.t.i. composto dalla mandataria Mattioda Pierino & figli S.p.A. (d'ora innanzi Mattioda S.p.A.) e dalla mandante So.Ge.Co. s.r.l. dell'appalto avente ad oggetto l'esecuzione dei lavori di sostituzione delle barriere spartitraffico tra le progressive km. 78+816 e km 88+865 (tratto n.40) dell'autostrada A5, disposta dalla Società Autostrade Valdostane S.p.A. (d'ora innanzi SAV), in esito ad una procedura ristretta indetta con il criterio del prezzo più basso e giudicata illegittima dai giudici di prima istanza a causa della mancata (e, viceversa, doverosa) esclusione del r.t.i. aggiudicatario, per aver omesso l'indicazione dell'impresa a cui avrebbe affidato il subappalto delle opere per le quali era sprovvisto del requisito di qualificazione.

Avverso la predetta decisione proponevano appello la Mattioda S.p.A. e la So.Ge.Co. s.r.l., ribadendo l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per omessa impugnazione del bando di gara, nella parte che qui rileva, contestando, nel merito, la correttezza del gravato giudizio di illegittimità dell'aggiudicazione controversa, sulla base del rilievo che la disciplina di riferimento (sia quella speciale della procedura controversa, sia quella normativa generale) non imponevano (tantomeno a pena d'esclusione) l'indicazione del nominativo del subappaltatore nel caso di subappalto c.d. necessario, e concludendo per la riforma della decisione appellata e per la conseguente reiezione del ricorso di primo grado.

Resisteva la Safital s.r.l., contestando la fondatezza dell'appello, riproponendo la censura, rimasta assorbita nel giudizio di prima istanza, relativa all'erroneità della positiva verifica dell'anomalia dell'offerta aggiudicataria, sotto il profilo dell'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale, e concludendo per il rigetto dell'impugnazione e per la conferma della statuizione di annullamento, in ipotesi con diversa motivazione.

La sentenza veniva appellata in via incidentale anche dalla SAV, che aderiva alle conclusioni formulate con l'appello principale.

Intervenivano ad adiuvandum l'Associazione Nazionale Costruttori Edili (d'ora innanzi ANCE) e l'Associazione Italiana Società Concessionarie Autostrade e Trafori (d'ora innanzi AISCAT), formulando le medesime conclusioni delle parti appellanti (in via principale e incidentale).

Con ordinanza n.2707/2015 in data 3 giugno 2015 la Quarta Sezione rimetteva all'Adunanza Plenaria la soluzione delle questioni (meglio di seguito illustrate) relative alla necessità (o meno) dell'indicazione

nominativa, al momento della presentazione dell'offerta, dell'impresa subappaltatrice, nelle ipotesi in cui quella concorrente sia sprovvista del requisito di qualificazione per alcune categorie scorporabili e abbia manifestato l'intenzione di subappaltare le relative lavorazioni, e alla legittimità (o meno) del c.d. soccorso istruttorio al fine di consentire la predetta identificazione (nell'ipotesi in cui l'Adunanza Plenaria la dovesse giudicare necessaria e solo per le procedure nelle quali la fase di presentazione delle offerte si sia conclusa in data anteriore al relativo pronunciamento) e l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali (per le sole procedure nelle quali la fase di presentazione delle offerte si sia conclusa prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria n.3 del 2015, che ne ha affermato l'obbligatorietà anche per gli appalti di lavori).

Alla pubblica udienza del 7 ottobre 2015, dinanzi all'Adunanza Plenaria, il ricorso veniva trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.- Prima di esaminare, nel merito, i quesiti affidati all'Adunanza Plenaria, occorre verificare, d'ufficio, l'ammissibilità degli interventi svolti da ANCE e AISCAT, essendo state ritualmente informate le stesse della questione, nel corso dell'udienza pubblica del 7 ottobre 2015, ai sensi e per gli effetti dell'art.73, comma 3, c.p.a.

1.1- La legittimazione attiva (e, dunque, all'intervento in giudizio) di associazioni rappresentative di interessi collettivi obbedisce alle stringenti regole di seguito precisate (da reputarsi applicabili anche nell'ipotesi, quale quella in esame, in cui l'interventore ad adiuvandum in appello assuma la posizione sostanziale di interventore ad adiuvandum in primo grado e possa, quindi, limitarsi a far valere un interesse di mero fatto, come chiarito dalla recente decisione dell'Adunanza Plenaria 28 gennaio 2015, n.1).

E' necessario, innanzitutto, che la questione dibattuta attenga in via immediata al perimetro delle finalità statutarie dell'associazione e, cioè, che la produzione degli effetti del provvedimento controverso si risolva in una lesione diretta del suo scopo istituzionale, e non della mera sommatoria degli interessi imputabili ai singoli associati (Cons. St., sez. IV, 16 novembre 2011, n.6050).

E', inoltre, indispensabile che l'interesse tutelato con l'intervento sia comune a tutti gli associati, che non vengano tutelate le posizioni soggettive solo di una parte degli stessi e che non siano, in definitiva, configurabili conflitti interni all'associazione (anche con gli interessi di uno solo dei consociati), che implicherebbero automaticamente il difetto del carattere generale e rappresentativo della posizione azionata in giudizio (cfr. ex multis Cons. St., sez. III, 27 aprile 2015, n.2150).

Il Collegio non ignora che con la decisione dell'Adunanza Plenaria 3 giugno 2011, n.10 è stata riconosciuta la legittimazione ad agire in capo a un ordine professionale, anche nell'ipotesi in cui il provvedimento impugnato avvantaggi alcuni degli iscritti, ma reputa che tale sentenza non valga a smentire l'indirizzo dianzi citato, ma ne costituisca, al contrario, una chiara conferma.

Nella decisione in esame, infatti, l'Adunanza Plenaria ha ribadito che la legittimazione dell'ente esponenziale va riguardata con esclusivo riferimento all'interesse istituzionalizzato e alla portata lesiva di esso (rintracciabile nel provvedimento impugnato) e si è solo limitata a rilevare correttamente che non vale ad escludere la legittimazione a ricorrere, avverso un provvedimento lesivo degli interessi della collettività dei professionisti iscritti all'ordine, la circostanza che lo stesso ne avvantaggi alcuni, ma non come professionisti (nel ché va ravvisata la capacità rappresentativa dell'ordine professionale), ma nelle diverse e del tutto peculiari vesti di dipendenti o di docenti (e non, quindi, di liberi professionisti), potenzialmente configgenti (come si è verificato nella fattispecie ivi esaminata) con gli interessi, istituzionalmente rappresentati dall'ordine, della generalità della categoria dei professionisti iscritti ad esso.

Resta, infine, preclusa ogni iniziativa giurisdizionale sorretta dal solo interesse al corretto esercizio dei poteri amministrativi o per mere finalità di giustizia, occorrendo, si ripete, per autorizzare l'intervento di un'associazione esponenziale di interessi collettivi, un interesse concreto ed attuale (imputabile alla stessa

associazione) alla rimozione degli effetti pregiudizievoli prodotti dal provvedimento controverso (Cons. St., sez. III, 9 giugno 2014, n.2892).

Orbene, entrambi gli interventi in esame difettano dei predetti, indispensabili, requisiti.

1.2- Quanto alla posizione di ANCE, è sufficiente osservare che la posizione assunta con l'intervento in merito alla questione principalmente dibattuta (e, cioè, la non obbligatorietà dell'indicazione nominativa del subappaltatore in sede di offerta), oltre a non afferire alle finalità istituzionali dell'associazione, non può in alcun modo ritenersi comune a tutti i suoi associati, tanto che, ad esempio, nella presente controversia un'impresa di costruzioni sostiene la tesi contraria (così come appare plausibile che accada in altre situazioni simili).

Si tratta, in altri termini, di una situazione in cui il provvedimento impugnato in primo grado (l'aggiudicazione di un appalto) ha concretato gli effetti di un conflitto di interessi tra gli appartenenti alla categoria istituzionalmente rappresentata dall'ANCE, di talché l'intervento finalizzato alla sua difesa non può ritenersi sorretto dall'esigenza di tutelare l'interesse collettivo statutariamente rappresentato dall'Associazione.

1.3- In merito alla posizione di AISCAT, a ben vedere, l'intervento non appare sorretto dall'esigenza di tutelare un interesse da essa protetto e perseguito in via statutaria (come potrebbe accadere, ad esempio, in una controversia concernente la legittimità delle tariffe autostradali), quanto da quella di sostenere una tesi di diritto (e, quindi, per mere ed astratte finalità di giustizia) la cui soluzione, tuttavia, non incide in via diretta ed immediata sugli interessi istituzionalmente rappresentati da AISCAT, ma produce effetti solo riflessi ed indiretti sulla sfera giuridica dei concessionari autostradali (ciò che non può ritenersi sufficiente a radicare la legittimazione all'intervento).

1.4- Alla stregua delle considerazioni che precedono, gli interventi in questione vanno giudicati inammissibili e le relative parti estromesse dal giudizio.

2.- Occorre, quindi, procedere all'analisi delle questioni devolute all'Adunanza Plenaria, principiando da quella formulata per prima (e meglio di seguito descritta).

2.1- Come già rilevato in fatto, la Quarta Sezione, registrando un contrasto giurisprudenziale sulla decisiva questione dell'obbligatorietà (o meno) dell'indicazione del subappaltatore già nella fase dell'offerta da parte dell'impresa concorrente sprovvista della qualificazione in una o più categorie scorporabili (e, quindi, a fronte di un c.d. subappalto necessario) e, quindi, sulla doverosità della sua esclusione, nell'ipotesi di inosservanza del predetto obbligo (ove giudicato tale), ne ha devoluto la risoluzione all'Adunanza Plenaria.

Al predetto problema, infatti, sono state offerte due diverse soluzioni.

Secondo una prima tesi, infatti, la necessità della dimostrazione, ai fini della partecipazione alla procedura, della qualificazione per tutte le lavorazioni per le quali la normativa di riferimento la esige implica, quale indefettibile corollario, la necessità dell'indicazione del nominativo del subappaltatore già nella fase dell'offerta, di guisa da permettere alla stazione appaltante il controllo circa il possesso, da parte della concorrente, di tutti i requisiti di capacità richiesti per l'esecuzione dell'appalto (Cons. St., sez. V, 25 febbraio 2015, n. 944; sez. V, 10 febbraio 2015, n. 676; sez. V, 28 agosto 2014, n. 4405; sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4299; sez. IV, 26 maggio 2014, n. 2675; sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224; sez. III 5 dicembre 2013, n. 5781); secondo una diversa, e minoritaria, lettura dell'istituto, viceversa, una corretta esegesi delle regole che presidiano i requisiti di qualificazione, e che escludono che, ai fini della partecipazione alla gara, sia necessario il possesso della qualificazione anche per le opere relative alle categorie scorporabili (esigendo il ricorso al subappalto solo per quelle a qualificazione necessaria e nella sola fase dell'esecuzione dell'appalto), impone la diversa soluzione dell'affermazione del solo obbligo di indicazione delle lavorazioni che il concorrente intende affidare in subappalto, ma non anche del nome dell'impresa subappaltatrice

(Cons. St., sez. IV, 4 maggio 2015, n. 2223; sez. V, 7 luglio 2014, n. 3449; sez. V, 19 giugno 2012, n. 3563).

Si tratta, come si vede, di ricostruzioni (entrambe) plausibili e ragionevoli, oltre che fondate sull'esigenza di tutelare l'interesse pubblico all'amministrazione imparziale e corretta delle procedure di affidamento dei contratti pubblici.

2.2- La scelta dell'opzione ricostruttiva più coerente con la normativa di riferimento esige una preliminare disamina del sistema di regole alla stregua del quale dev'essere affermata la sussistenza (o meno) dell'obbligo dell'indicazione nominativa del subappaltatore ai fini della partecipazione alla gara.

L'art.92, commi 1 e 3, del d.P.R. 5 ottobre 2010, n.207, che disciplina i requisiti di partecipazione alla gara, stabilisce, innanzitutto, che, ai predetti fini, è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente (quando il concorrente, singolo o associato, non la possiede anche per le categorie scorporabili), purchè per l'importo totale dei lavori.

Il combinato disposto degli artt.92, comma 7 e 109, comma 2, d.P.R. cit. e 37, comma 11, d.lgs. 12 aprile 2006, n.163 chiarisce, poi, che il concorrente che non possiede la qualificazione per le opere scorporabili indicate all'art.107, comma 2 (c.d. opere a qualificazione necessaria) non può eseguire direttamente le relative lavorazioni ma le deve subappaltare a un'impresa provvista della relativa, indispensabile qualificazione.

L'art.118 d.lgs. cit. (collocato sistematicamente entro la Sezione V del codice, rubricata "principi relativi all'esecuzione del contratto") si occupa, invece, di definire le modalità e le condizioni per il valido affidamento delle lavorazioni in subappalto e prevede, per quanto qui rileva, che all'atto dell'offerta siano indicati (solo) i lavori che il concorrente intende subappaltare e che l'affidatario depositi, poi, il contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di inizio delle relative lavorazioni (unitamente a tutte le attestazioni e dichiarazioni prescritte).

2.3- Dall'analisi delle regole appena citate si ricavano, quindi, i seguenti principi: a) per la partecipazione alla gara è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente per l'importo totale dei lavori e non è, quindi, necessaria anche la qualificazione nelle categorie scorporabili (neanche in quelle indicate all'art.107, comma 2, d.P.R. cit.); b) le lavorazioni relative alle opere scorporabili nelle categorie individuate all'art.107, comma 2, d.P.R. cit. non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario, se sprovvisto della relativa qualificazione (trattandosi, appunto, di opere a qualificazione necessaria); c) nell'ipotesi sub b) il concorrente deve subappaltare l'esecuzione delle relative lavorazioni ad imprese provviste della pertinente qualificazione; d) la validità e l'efficacia del subappalto postula, quali condizioni indefettibili, che il concorrente abbia indicato nella fase dell'offerta le lavorazioni che intende subappaltare e che abbia, poi, trasmesso alla stazione appaltante il contratto di subappalto almeno venti giorni prima dell'inizio dei lavori subappaltati; e) il subappalto è un istituto che attiene alla fase di esecuzione dell'appalto (e che rileva nella gara solo negli stretti limiti della necessaria indicazione delle lavorazioni che ne formeranno oggetto), di talchè il suo mancato funzionamento (per qualsivoglia ragione) dev'essere trattato alla stregua di un inadempimento contrattuale, con tutte le conseguenze che ad esso ricollega il codice (tra le quali, ad esempio, l'incameramento della cauzione).

Si tratta come si vede di un apparato regolativo compiuto, coerente, logico e, soprattutto, privo di aporie, antinomie o lacune.

2.4- Ora, a fronte di un sistema di regole chiaro e univoco, quale quello appena esaminato, restano precluse opzioni ermeneutiche additive, analogiche, sistematiche o estensive, che si risolverebbero, a ben vedere, nell'enucleazione di una regola non scritta (la necessità dell'indicazione del nome del subappaltatore già nella fase dell'offerta) che (quella sì) configgerebbe con il dato testuale della disposizione legislativa dedicata alla definizione delle condizioni di validità del subappalto (art.118, comma 2, d.lgs. cit.) e che, nella catalogazione (esauriente e tassativa) delle stesse, non la contempla.

2.5- Secondo il canone interpretativo sintetizzato nel brocardo in claris non fit interpretatio (e codificato all'art.12 delle Preleggi), infatti, la prima regola di una corretta esegesi è quella che si fonda sul significato delle parole e che, quindi, là dove questo risulta chiaro ed univoco, quale deve intendersi il dato testuale della predetta disposizione, non è ammessa alcuna interpretazione che corregga la sua portata precettiva (per come desunta dal lessico ivi utilizzato, ove risulti privo di ambiguità semantiche).

2.6- Ma anche in ossequio al canone interpretativo espresso nel brocardo ubi lex voluit dixit ubi noluit tacuit si perviene alle medesime conclusioni.

Là dove, infatti, l'art.118, secondo comma, d.lgs. cit., ha catalogato (articolandoli in quattro lettere) i requisiti di validità del subappalto, ha evidentemente inteso circoscrivere, in maniera tassativa ed esaustiva, a quei presupposti (e solo a quelli) le condizioni di efficacia del subappalto, sicchè ogni opzione ermeneutica che si risolvesse nell'aggiunta di un diverso ed ulteriore adempimento (rispetto a quelli ivi classificati) dev'essere rifiutata in quanto finirebbe per far dire alla legge una cosa che la legge non dice (e che, si presume, secondo il suddetto canone interpretativo, non voleva dire).

2.7- Dall'esame della vigente normativa di riferimento può, in definitiva, identificarsi il paradigma (riferito all'azione amministrativa, ma anche al giudizio della sua legittimità) secondo cui l'indicazione del nome del subappaltatore non è obbligatoria all'atto dell'offerta, neanche nei casi in cui, ai fini dell'esecuzione delle lavorazioni relative a categorie scorporabili a qualificazione necessaria, risulta indispensabile il loro subappalto a un'impresa provvista delle relative qualificazioni (nella fattispecie che viene comunemente, e, per certi versi, impropriamente definita come "subappalto necessario").

2.8- La correttezza della soluzione appena enunciata (e che risponde al primo quesito nel senso di negare la doverosità dell'indicazione nominativa del subappaltatore) risulta, peraltro, avvalorata e corroborata dai convergenti argomenti di seguito (sinteticamente) dettagliati.

2.9- L'esegesi ut supra preferita risulta, innanzitutto, riscontrata dall'esame diacronico della legislazione in materia, che consegna all'Adunanza la preziosa informazione dell'originaria previsione (nella legge 11 febbraio 1994, n.109, c.d. Legge Merloni) dell'obbligo dell'indicazione, già nella fase dell'offerta, di una rosa di imprese subappaltatrici (fino al numero di sei) entro le quali avrebbe poi dovuto essere scelta quella affidataria delle lavorazioni subappaltate, e della successiva abrogazione di tale previsione (già nella legge 18 novembre 1998, n.415, c.d. Legge Merloni ter e poi, definitivamente, con il codice dei contratti pubblici), che costituisce il più valido indice della consapevole ed univoca volontà del legislatore del 2006 di escludere, tra le condizioni di validità del subappalto, l'obbligo dell'indicazione nominativa in discussione.

Non solo, ma anche nel disegno di legge di delega al Governo per il recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE (all'esame della Camera dei Deputati, in seconda lettura, al momento della redazione della presente decisione) può ricavarsi un ulteriore prezioso riscontro alla tesi scelta dall'Adunanza Plenaria, là dove si ripristina, ivi, l'obbligo dell'indicazione di una terna di subappaltatori, ad ulteriore conferma che il silenzio serbato sul punto dal codice dei contratti pubblici in vigore non può essere trattato alla stregua di una lacuna colmabile in esito ad una complessa ed incerta operazione ermeneutica, ma costituisce una scelta chiara e cosciente (tanto che la legislazione precedente e, forse, quella successiva hanno operato e, probabilmente, opereranno una scelta diversa).

2.10- La correttezza della scelta interpretativa sopra enunciata risulta, peraltro, avvalorata anche dalle determinazioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici (l'AVCP, prima, e l'ANAC, poi) che hanno ripetutamente affermato il principio dell'obbligatorietà della sola indicazione delle lavorazioni che si intendono affidare in subappalto e contestualmente escluso l'obbligatorietà dell'indicazione nominativa del subappaltatore (si vedano la determinazione ANAC nr. 1 dell'8 gennaio 2015; il parere ANAC nr. 11 del 30 gennaio 2014 e la determinazione AVCP nr. 4 del 10 ottobre 2012), approvando, in coerenza con tali enunciazioni, gli schemi dei bandi, con il valore vincolante ad essi assegnati dall'art. 64, comma 4-bis, d.lgs.

cit. (e previo parere conforme del Ministero delle infrastrutture).

Come si vede, dunque, le autorità istituzionalmente provviste di competenza in ordine alla vigilanza sulla corretta amministrazione delle procedure di affidamento degli appalti pubblici hanno costantemente espresso l'avviso della doverosità della sola indicazione delle lavorazioni da subappaltare (e non anche del nome dell'impresa subappaltatrice), validando gli schemi dei bandi confezionati in coerenza a tale regola ed ingenerando, perciò, un significativo affidamento circa la legittimità del relativo *modus procedendi*.

2.11- Lo scrutinio delle direttive europee non conduce ad esiti differenti, confermando, anzi, la correttezza dei principi prima affermati.

Le direttive in materia di appalti pubblici hanno, infatti, rimesso alla discrezionale scelta degli Stati membri o, comunque, delle stazioni appaltanti l'opzione regolatoria attinente alla doverosità dell'indicazione del nome del subappaltatore, ai fini della partecipazione alla gara, astenendosi, quindi, dall'imporre una qualsivoglia soluzione alla pertinente questione.

Orbene, in difetto di un vincolo europeo all'introduzione (in via legislativa o amministrativa) dell'obbligo in discussione, la sua positiva affermazione esige una chiara, univoca ed esplicita sua previsione (con una specifica disposizione di legge), in mancanza della quale resta precluso all'interprete (che eserciterebbe inammissibilmente, in tal modo, in luogo del legislatore o della stazione appaltante, la potestà discrezionale assegnata allo Stato membro dalle direttive) il suo riconoscimento (in esito, peraltro, a un percorso ermeneutico di dubbio fondamento positivo).

2.12- Non solo, ma la tesi contraria dev'essere rifiutata anche perché produrrebbe effetti distorsivi (rispetto al sistema) o, comunque, inutili (rispetto agli interessi che con la stessa si intendono tutelare).

2.13- In primo luogo, l'affermazione dell'obbligo di indicare il nominativo del subappaltatore all'atto dell'offerta si risolverebbe in una eterointegrazione del bando (che non lo prevedeva), mediante l'inammissibile inserzione automatica nella *lex specialis* di un obbligo non previsto da alcuna disposizione normativa cogente pretermessa nell'avviso (da valersi quale unica condizione legittimante della sua eterointegrazione).

Mentre, infatti, l'eterointegrazione della *lex specialis* postula logicamente l'omessa ripetizione, in essa, di un adempimento viceversa sancito chiaramente da una disposizione normativa imperativa (cfr. ex multis Cons. St., sez. VI, 11 marzo 2015, n.1250), nella fattispecie in esame verrebbe, al contrario, automaticamente inserita nel bando una clausola non rinvenibile nel diritto positivo e di mera creazione giurisprudenziale.

2.14- La statuizione dell'adempimento in questione finirebbe, inoltre, per costituire una clausola espulsiva atipica, in palese spregio del principio di tassatività delle cause di esclusione (codificato all'art.46, comma 1-bis, d.lgs. cit.).

Se è vero, infatti, che la latitudine applicativa della predetta disposizione è stata decifrata come comprensiva anche dell'inosservanza di adempimenti doverosi prescritti dal codice, ancorchè non assistiti dalla sanzione espulsiva (cfr. Ad. Plen. n.9 e n. 16 del 2014), è anche vero che l'applicazione di tale principio esige, in ogni caso, l'esistenza di una prescrizione legislativa espressa, chiara e cogente (nella fattispecie non rintracciabile nel codice dei contratti pubblici).

2.15- La tesi favorevole all'affermazione dell'obbligo in questione comporterebbe, peraltro, una confusione tra avvalimento e subappalto, nella misura in cui attrae il rapporto con l'impresa subappaltatrice nella fase della gara, anziché in quella dell'esecuzione dell'appalto, con ciò assimilando due istituti che presentano presupposti, finalità e regolazioni diverse, ma senza creare il medesimo vincolo dell'avvalimento e senza assicurare, quindi, alla stazione appaltante le stesse garanzie contrattuali da esso offerte.

Non solo, ma il relativo assunto si rivela distortivo del mercato dei lavori pubblici, nella misura in cui costringe le imprese concorrenti a scegliere una (sola) impresa subappaltatrice, già nella fase della partecipazione alla gara, mediante l'imposizione di un onere partecipativo del tutto sproporzionato e gravoso.

2.16- La prospettazione qui disattesa finirebbe, infine, per introdurrebbe un requisito di qualificazione diverso ed ulteriore rispetto a quelli stabiliti, con disciplina completa ed autosufficiente, dall'art.92 d.P.R. cit. (che, come si è già rilevato, esclude l'obbligo del possesso delle attestazioni nelle categorie scorporabili, ancorchè a qualificazione necessaria, ai fini della partecipazione alla gara), implicando, di conseguenza, la sua inammissibile disapplicazione, che, tuttavia, postula l'indefettibile presupposto, nella specie inconfigurabile, dell'illegittimità della norma secondaria in quanto confliggente con la disposizione legislativa primaria (come chiarito, ex multis, da Cons. St., sez. VI, 14 luglio 2014, n.3623).

Se, infatti, il fondamento logico e sistematico della tesi ricostruttiva che afferma l'obbligatorietà dell'indicazione del nominativo del subappaltatore all'atto dell'offerta dev'essere rinvenuto nell'esigenza di garantire alla stazione appaltante il controllo del possesso da parte del concorrente di tutti i requisiti di qualificazione necessari, la sua condivisione postula l'affermazione della necessità, ai fini della partecipazione alla procedura, della dimostrazione della titolarità delle attestazioni riferite anche alle opere scorporabili (ciò che, invece, risulta chiaramente escluso dalla citata disposizione regolamentare dedicata alla disciplina delle qualificazioni e che andrebbe, quindi, logicamente disapplicata, ma in difetto della indispensabile condizione, sopra ricordata, della sua illegittimità).

3.- La soluzione del primo quesito implica la decadenza del secondo, in quanto fondato sull'unico presupposto dell'affermazione della necessità dell'indicazione nominativa del subappaltatore (viceversa negata con la risposta al primo quesito).

4.- Con il terzo quesito si chiede all'Adunanza Plenaria di chiarire la legittimità (rectius: la doverosità) dell'uso dei poteri di soccorso istruttorio nei casi in cui la fase procedurale di presentazione delle offerte si sia perfezionata prima della pubblicazione della decisione dell'Adunanza Plenaria 20 marzo 2015 n.3 (con la quale è stato chiarito che l'obbligo, codificato all'art.87, comma 4, d.lgs. cit., di indicazione degli oneri di sicurezza aziendale si applica anche agli appalti di lavori).

A tale problema occorre offrire una risposta negativa, in quanto con la medesima decisione dell'Adunanza Plenaria è stata espressamente esclusa la sanabilità con il soccorso istruttorio dell'omissione dell'indicazione degli oneri di sicurezza aziendale, che si risolverebbe in un'inammissibile integrazione postuma di un elemento essenziale dell'offerta (cfr. Ad. Plen. n. 3 del 2015, punto 2.10).

Non si ravvisano, peraltro, ragioni per rimeditare tale (condivisibile e recente) avviso, nella misura in cui si rivela coerente con la lettura della funzione e dei limiti di operatività dell'istituto del soccorso istruttorio, per come enunciati da questa stessa Adunanza Plenaria (Ad. Plen. n.9 del 2014).

A questo proposito non può accedersi alla tesi propugnata dalla difesa delle appellanti secondo cui, in applicazione del principio di cui alla A.P. n. 21 del 2012, dovrebbe affermarsi che la esclusione dalla gara per non avere indicato gli oneri di sicurezza aziendale potrebbe essere comminata solo per le procedure bandite successivamente alla pubblicazione della decisione della A.P. n. 3 del 2015.

L'Adunanza al riguardo approfondendo la questione, ritiene di dover riaffermare il tradizionale insegnamento in tema di esegesi giurisprudenziale, anche monofilattica, che attribuisce ad essa valore esclusivamente dichiarativo.

La diversa opinione finisce per attribuire alla esegesi valore ed efficacia normativa in contrasto con la logica intrinseca della interpretazione e con il principio costituzionale della separazione dei poteri venendosi a

porre in sostanza come una fonte di produzione.

In proposito è stato perspicuamente osservato: “Ad una diversa conclusione potrebbe invero giungersi solo ove si ritenga che la precedente interpretazione, ancorché poi corretta, costituisca il parametro normativo immanente per la verifica di validità dell’atto compiuto in correlazione temporale con essa (ut lex temporis acti). Ma con ciò, all’evidenza, si trasformerebbe una sequenza di interventi accertativi del contenuto della norma in una operazione di creazione di un novum ius, in sequenza ad un vetus ius, con sostanziale attribuzione, ai singoli arresti, del valore di atti fonte del diritto, di provenienza dal giudice; soluzione non certo coniugabile con il precetto costituzionale dell’art. 101 Cost.” (Cassazione SS.UU. n. 15144 del 2011).

E’ significativo che anche le recenti aperture del giudice di legittimità in tema di prospective overruling siano rimaste confinate in ambito strettamente delimitato.

A far tempo dalla già citata pronuncia delle Sezioni unite n. 15144 del 2011 si è costantemente affermato che per attribuire carattere innovativo all’intervento nomofilattico occorre la concomitanza di tre precisi presupposti e cioè che l’esegesi incida su una regola del processo; che si tratti di esegesi imprevedibile susseguente ad altra consolidata nel tempo e quindi tale da indurre un ragionevole affidamento, e che infine - presupposto decisivo – comporti un effetto preclusivo del diritto di azione o di difesa (v. anche Cass. 28967/11; 12704/12 e, da ultimo, 19700/15; 20007/15).

Nel caso di specie nessuno degli anzidetti presupposti può ritenersi sussistente non trattandosi di norma attinente ad un procedimento di carattere giurisdizionale, non preesistendo un indirizzo lungamente consolidato nel tempo e non risultando precluso il diritto di azione o di difesa per alcuna delle parti in causa.

In conclusione, se da un lato non sembra possibile elevare la precedente esegesi al rango di legge per il periodo antecedente al suo mutamento, dall’altro non possono essere sottotaciute le aspirazioni del cittadino alla sempre maggiore certezza del diritto ed alla stabilità della nomofiliachia, ma trattasi di esigenze che, ancorché comprensibili e condivisibili de jure condendo, nell’attuale assetto costituzionale possono essere affrontate e risolte esclusivamente dal legislatore.

5.- Alla stregua delle considerazioni che precedono, si devono, quindi, affermare i principi di diritto che seguono:

a) l’indicazione del nominativo del subappaltatore già in sede di presentazione dell’offerta non è obbligatoria, neanche nell’ipotesi in cui il concorrente non possieda la qualificazione nelle categorie scorporabili previste all’art.72, comma 2, d.P.R. cit.;

b) non sono legittimamente esercitabili i poteri attinenti al soccorso istruttorio, nel caso di omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendali, anche per le procedure nelle quali la fase della presentazione delle offerte si è conclusa prima della pubblicazione della decisione dell’Adunanza Plenaria n.3 del 2015.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto:

a) dichiara inammissibili gli interventi in giudizio di ANCE e di AISCAT;

b) formula i principi di diritto di cui in motivazione;

c) restituisce gli atti alla IV Sezione del Consiglio di Stato per ogni ulteriore statuizione, in rito, nel merito nonché sulle spese del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:
Riccardo Virgilio, Presidente

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Stefano Baccharini, Presidente

Paolo Numerico, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Nicola Russo, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere
IL PRESIDENTE
L'ESTENSORE IL SEGRETARIO
DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/11/2015

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

Il Dirigente della Sezione

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8046 del 2012, proposto dalla s.r.l. Data Medical Service, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppe Locati e Ludovica Franzin, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Ludovica Franzin in Roma, via Cosseria, n. 5;

contro

la Regione Lombardia, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Catia Gatto e Pio Dario Vivone, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Emanuela Quici in Roma, via Nicolò Porpora, n. 16;

la Presidenza del Consiglio dei Ministri - Conferenza permanente per i rapporti Stato Regioni Province Autonome, in persona del Presidente in carica, rappresentata e difesa per legge dall'avvocatura di Stato, presso il cui ufficio è domiciliata per legge, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lombardia - Milano Sezione I n. 1667/2012, resa tra le parti, concernente revoca della procedura d'appalto del servizio di elaborazione dati per la valutazione esterna della qualità dei servizi di medicina di laboratorio – risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lombardia e della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Conferenza Permanente per i Rapporti Stato – Regioni - Province Autonome;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2015 il Consigliere Doris Durante;

Uditi per le parti l'avvocato Ludovica Franzin, l'avvocato Marcello Molé su delega dell'avvocato Pio Dario Vivone e l'avvocato dello Stato Angelo Venturini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La Regione Lombardia con decreto del 14 giugno 2007 indiceva una gara divisa in sei lotti per l'affidamento di servizi di diagnostica di laboratorio.

Con il decreto n. 8868 del 3 ottobre 2011 la Regione disponeva la revoca dell'intera procedura d'appalto quanto ai lotti numeri 3 e 6: il lotto n. 3, relativo alle determinazioni emocromocitometriche e il lotto n. 6, relativo alle determinazioni di coagulazione.

Nel provvedimento di revoca la Regione riferiva delle difficoltà incontrate nel dare esecuzione alle sentenze del gennaio 2009 che avevano annullato l'iniziale aggiudicazione di questi due lotti e della intervenuta sottoscrizione di un "accordo di collaborazione con la Regione Toscana in materia di implementazione della qualità dei Servizi di Medicina di Laboratorio" che aveva determinato "un radicale mutamento dell'approccio alla qualità dei Servizi di Medicina di Laboratorio" in ragione del quale era stato ritenuto opportuno "non continuare nella modalità di affidamento di programmi di VEQ a Ditte Commerciali" bensì di organizzare e garantire programmi VEQ di valenza preferibilmente sovregionale, nazionale o internazionale che avrebbero dovuto essere gestiti "da soggetti terzi e non da aziende produttrici o distributrici di prodotti del settore e servizi della diagnostica di laboratorio".

2.- Alla procedura di gara per i lotti numeri 3 e 6 aveva partecipato la s.r.l. Data Medical Service (d'ora innanzi DMS) che si era collocata al secondo posto in graduatoria con lo scarto di 1,02 punti rispetto all'aggiudicataria ed aveva impugnato davanti al TAR per la Lombardia gli atti di gara e l'aggiudicazione in favore della Biodevelopment s.p.a., lamentando l'introduzione da parte della commissione di gara di sub criteri non previsti nel bando per la valutazione delle offerte tecniche.

2.1- Il TAR Lombardia con le sentenze numeri 182 e 183 del 22 gennaio 2009 aveva accolto entrambi i ricorsi ed aveva annullato tutti gli atti di gara assunti dopo il 17 ottobre 2007, compresi gli affidamenti diretti disposti nelle more del giudizio dalla Regione Lombardia a favore della Biodevelopment s.p.a. ed aveva ordinato alla Regione di provvedere all'immediata rinnovazione degli atti di gara a partire dagli atti annullati.

2.2- La Regione che seppure in ritardo aveva dato ottemperanza alle sentenze nominando una nuova commissione giudicatrice in data 2 agosto 2010 (invero con molto ritardo e dopo l'avvio del giudizio di ottemperanza da parte di DMS e la nomina in tale giudizio del Commissario ad acta) abbandonava la procedura di ottemperanza per le difficoltà operative manifestate dalla nuova commissione nel valutare offerte tecniche presentate molto tempo prima.

2.3- La DMS che aveva intanto proposto davanti al TAR Lombardia i giudizi di ottemperanza, con motivi aggiunti, impugnava l'atto di revoca, assumendone l'illegittimità per elusione di giudicato.

3.- Il TAR Lombardia disponeva la conversione del rito, atteso che con i motivi aggiunti erano stati impugnati atti successivi alle sentenze di cui era chiesta l'ottemperanza ed erano stati dedotti motivi di illegittimità autonomi e decideva il ricorso con la sentenza n. 1667 del 14 giugno 2012.

Con la suddetta sentenza il TAR respingeva la domanda di annullamento ritenendo legittima la revoca ed accoglieva la domanda risarcitoria, condannando la Regione Lombardia al risarcimento del danno per perdita di chance che liquidava in euro 32.222,00 per mancato utile e 14.328,00 a titolo di pregiudizio curriculare, da maggiorarsi della rivalutazione monetaria e degli interessi legali.

Condannava la Regione Lombardia alla parziale rifusione delle spese di lite che liquidava in euro 3.000,00 oltre i.v.a. e c.a.p..

Ad avviso del TAR "fino al momento della stipula del contratto, la stazione appaltante conserva un largo margine di apprezzamento in ordine alla conclusione della procedura di gara, restando in sua facoltà disporre il ritiro degli atti qualora non ritenga più rispondente all'interesse pubblico l'affidamento ad un soggetto terzo dell'opera o del servizio che ne costituiva l'oggetto".

Aggiungeva che "a nulla rileva che Data Medical Service non sia una società che effettua in modo diretto

attività di diagnostica, posto che anche se in capo alla stessa non poteva verificarsi alcuna commistione di ruoli di controllore ed esercente del servizio, la scelta delle Regioni Lombardia e Toscana di affidare ad un'Azienda Ospedaliera le verifiche sulla diagnostica appare, in ogni caso, non irragionevole e, quindi, non censurabile sotto il profilo della legittimità"

4.- DMS con il ricorso di appello qui in esame ha impugnato la suddetta sentenza, deducendo l'erroneità per i seguenti motivi:

illogicità e contraddittorietà della motivazione; travisamento dei fatti ed errata pronuncia con riguardo alla violazione degli articoli 7, 21 septies, 21 nonies della legge n. 241 del 1990; violazione di giudicato; contraddittorietà;

illogicità e contraddittorietà della motivazione, errata ed omessa pronuncia sull'istanza risarcitoria ed erronea e illogica determinazione del quantum;

erronea e irragionevole liquidazione delle spese di giudizio.

Si sono costituiti in giudizio la Regione Lombardia che ha chiesto il rigetto dell'appello e la Presidenza del Consiglio dei Ministri Conferenza Permanente per i rapporti Stato e Regioni – Province Autonome di Trento e Bolzano che ha eccepito il proprio difetto di legittimazione passiva, non risultando impugnati atti ascrivibili a detta amministrazione e, comunque, ha chiesto il rigetto dell'appello perché infondato in fatto e diritto.

Le parti hanno depositato memorie difensive e di replica e alla pubblica udienza del 24 giugno 2015, il giudizio è stato assunto in decisione.

5.- L'appello è infondato nel merito e va respinto, restando assorbite le eccezioni in rito.

6.- Lo ius poenitendi è istituto riconosciuto dall'ordinamento giuridico in via generale, salve le conseguenze di natura risarcitoria o indennitarie ove l'esercizio di tale potere incida su situazioni giuridiche tutelate.

In base a tale potere, quindi, la pubblica amministrazione fino alla stipula del contratto può revocare l'affidamento dell'incarico e l'intera procedura di gara ove l'affidamento come previsto dalla procedura di gara non sia più rispondente all'interesse pubblico che costituisce il parametro cui si ispira l'operato della pubblica amministrazione.

A fronte dell'esercizio di tale potere non è dato ravvisare in testa ai partecipanti alla gara un interesse qualificato e meritevole di tutela alla conclusione della procedura di gara e all'affidamento dell'incarico ma in limine la tutela della chance (sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 aprile 2012, n. 2338),

7.- In base a tali principi, la scelta della Regione Lombardia di revocare la procedura di gara in itinere e di aderire all'accordo sovraregionale con la Regione Toscana non risulta viziata sotto i profili della legittimità dell'azione amministrativa.

Essa, inoltre, risulta conforme alle direttive indicate dalla Conferenza permanente per i rapporti tra Stato – Regioni e Province Autonome di Trento e Bolzano, atteggiandosi ad atto dovuto ed espressione di buona amministrazione, anche perché vantaggioso dal punto di vista economico.

La Conferenza del 23 marzo 2011, avente ad oggetto "Criteri per la riorganizzazione delle reti di offerta di diagnostica di laboratorio" aveva di fatto escluso che il processo di gestione dei programmi di VEQ fosse gestito da un soggetto commerciale, prevedendo "Le Regioni definiranno le modalità con le quali dovrà essere garantita la partecipazione ai programmi VEQ, raccomandando preferibilmente quelli di valenza sovraregionale, nazionale o internazionale, che dovranno essere gestiti da soggetti terzi e non da aziende

produttrici o distributrici di prodotti del settore e dei servizi di diagnostica di laboratorio”.

In tale contesto, appare quanto mai opportuna la scelta della Regione Lombardia di aver optato per un affidamento coerente con le indicazioni della Conferenza Permanente del 2011, stipulando l'accordo con la Regione Toscana.

Risulta che il lavoro di collaborazione tutt'oggi esistente con la Regione Toscana si è concretizzato con l'avvio di oltre 10 programmi di Valutazione Esterna della Qualità (Chimica Clinica, Proteine Specifiche, Marcatori Cardiaci, Peptidi Natriuretici, Hb glicata, Emoglobine Patologiche, Sangue Occulto, Sierologia 1 e Sierologia 2, Droghe Screening, Droghe Conferma, Farmaci, Allergologia, Immunoematologia, Batteriologia, Parassitologia Ematica e Parassitologia).

Il Centro di riferimento della Regione Lombardia, con sede a Crema, è in piena attività ed è diventato il reale riferimento per la qualità per i laboratori lombardi (allo stato sono 357 i laboratori lombardi che partecipano a uno o più programmi VEQ).

8.- Assume la società appellante che il potere di revoca nel caso incontrava il limite del giudicato formatosi sulle sentenze del TAR Lombardia n. 182 e 183 del 2009 che avevano annullato l'aggiudicazione definitiva della gara relativamente ai lotti 3 e 6 in favore della controinteressata Development s.p.a., sicché la revoca sarebbe nulla per elusione del giudicato.

In merito va considerato che il giudicato riguardava l'annullamento dell'aggiudicazione con obbligo di rinnovare la procedura di gara, fase che pur avviata non si è mai conclusa per evidenti difficoltà incontrate nella fase esecutiva essendo decorso un lungo lasso di tempo dalla sentenza di annullamento.

Comunque, quand'anche fosse stata data esecuzione alla sentenza e fosse stata rinnovata la procedura di gara, ugualmente sarebbe stata possibile la revoca, atteso che l'unico limite alla operatività della revoca è data dalla stipula del contratto.

Di conseguenza, la ricorrente era titolare della mera chance alla conclusione della procedura di gara e non all'aggiudicazione in suo favore, non essendo scontato l'esito della gara e non essendo possibile formulare un giudizio prognostico per l'ipotesi di valutazione delle offerte in base ai criteri indicati nel bando attesa la natura rinnovatoria della procedura di valutazione delle offerte ad opera della nuova commissione di gara.

Tale situazione giuridica è stata riconosciuta dal TAR che ha per l'appunto risarcito il danno da perdita di chance, sicché la ricorrente ha ugualmente perseguito il bene della vita cui tendeva l'azione proposta.

9.- Quanto all'omessa comunicazione di avvio del procedimento di revoca, la suddetta omissione non ne può comportare l'annullamento in base ai consolidati principi che ne escludono la rilevanza, ove l'atto sia dovuto e il privato non potrebbe, comunque, impedirne l'adozione.

10.- In ordine alla questione sulla misura del risarcimento danni, va condivisa la liquidazione come disposta dalla impugnata sentenza che, peraltro, è conforme all'orientamento giurisprudenziale consolidato.

Il dato di partenza è stato correttamente individuato nell'ipotetico "mancato utile", determinato secondo principi giurisprudenziali consolidati nella percentuale del 10% dell'importo offerto per entrambi i lotti (pari a euro 678.000,00), ridotto del 7% per un importo complessivo di euro 47.460,00 e, in assenza della dimostrazione dell'immobilizzazione dei mezzi e delle maestranze per l'esecuzione dell'appalto, dell'ulteriore 70% per un totale di euro 32.222,00 somma alla quale giustamente è stata aggiunto il danno curriculare calcolato nella percentuale dell'importo del 3% sull'ammontare offerto ridotto del 30% perché correlato alla chance. La somma dovuta in base a tali criteri è stata poi maggiorata della rivalutazione monetaria dalla data dell'aggiudicazione definitiva in favore della ricorrente (individuata in via presuntiva al 23 dicembre 2008) fino alla data della sentenza di primo grado, oltre interessi legali sul capitale via via

rivalutato.

11.- Assume la ricorrente che erroneamente il giudice di primo grado ha determinato il mancato utile – parametro necessario per la liquidazione del danno da perdita di chance - nel 10% dell'importo offerto, pari a euro 678.000,00 per entrambi i lotti, assumendo che tale parametro è stato individuato dalla giurisprudenza come solo indicativo e residuale e superabile dalla prova dell'effettivo utile che nel caso ammonterebbe al 50% circa.

Sarebbe, secondo la ricorrente che ha elencato i costi specifici e generali che avrebbe sopportato nella gestione dell'incarico, un'attività con alto margine di utile e costi ridotti, sicché sarebbe immotivatamente penalizzante il riferimento a parametri presuntivi.

La prova del maggior utile che la ricorrente avrebbe tratto dalla commessa non è tuttavia basata su elementi probatori certi e rigorosi sicché deve ritenersi corretto il riferimento al parametro presuntivo del 10% individuato dalla giurisprudenza come quello indicativo in via generale dell'utile ritraibile da una commessa secondo i criteri di sana amministrazione aziendale, essendo del tutto occasionale e imputabile a fattori transitori o a economie di mercato un utile superiore, dei quali, come detto, non risulta sia stata fornita prova adeguata.

Ciò posto non può che confermarsi la liquidazione del danno così come elaborata dal giudice di primo grado, peraltro non contestata quanto al metodo.

Il danno all'immagine non può essere valutato essendo assorbito nella voce del danno curriculare.

12.- La decisione del giudice di primo grado di compensare parzialmente le spese del giudizio, deve ritenersi corretta in relazione all'esito del giudizio, sicché mancando profili di irragionevolezza, la decisione non è censurabile.

13.- Per le ragioni esposte, l'appello deve essere respinto.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/10/2015

IL SEGRETARIO

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

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 5122 del 2015, proposto da:

B.M. TECNOLOGIE INDUSTRIALI S.R.L., in proprio e quale capogruppo della costituita A.T.I, con IDROSTUDI S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Gianni Zgagliardich, Luigi Manzi e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso Luigi Manzi in Roma, Via Federico Confalonieri, n. 5;

contro

VENEZIANA ENERGIA RISORSE IDRICHE TERRITORIO AMBIENTE SERVIZI – V.E.R.I.T.A.S. S.P.A., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Franco Zambelli e Mario Ettore Verino, con domicilio eletto presso Mario Ettore Verino in Roma, Via Barnaba Tortolini, n. 13;
PIDE INGEGNERIA S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Marco Vittorio Mazzarelli, Maurizio Zoppolato e Laura Pelizzo, con domicilio eletto presso Maurizio Zoppolato in Roma, Via del Mascherino, n. 72;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO – VENEZIA, Sez. I, n. 513 dell'11 maggio 2015, resa tra le parti, concernente esclusione dall'affidamento del servizio di rilievo e ricerca di acque parassite nella fognatura di Lido di Venezia;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Veneziana Energia Risorse Idriche Territorio Ambiente Servizi – V.E.R.I.T.A.S. S.p.A, e di Pide Ingegneria s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2015 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Gianni Zgagliardich, Luigi Manzi, Maurizio Zoppolato e Mario Ettore Verino;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

1. La Società Veneziana Energia Risorse Idriche Territorio Ambiente Servizi S.p.A. (d'ora in avanti anche solo

V.E.R.I.T.A.S.) ha indetto una procedura aperta per l'appalto del servizio di rilievo e ricerca di acque parassite nella rete afferente al depuratore del Lido di Venezia, comprensivo di indicazione di interventi finalizzati alla riduzione delle stesse, dell'importo a base d'asta di €. 400.000,00, da aggiudicarsi col criterio del prezzo più basso.

Per quanto qui interessa, ai fini della partecipazione alla gara erano richiesti (punto 2.1. del Modulo A – Domanda di partecipazione alla gara), quali requisiti speciali: a) il possesso, alla data di presentazione della domanda di certificazione di qualità UNI EN ISO 9001/2008 e ss.mm.ii., coerente con i servizi oggetto di affidamento; in caso di partecipazione in R.T.I. detto requisito doveva essere posseduto almeno dalla capogruppo (punto 2.1.1); b) l'aver svolto nei trentasei mesi precedenti la data di presentazione dell'offerta almeno tre campagne di misura di portata nella rete fognaria; in caso di partecipazione in R.T.I. il requisito doveva essere posseduto almeno dalla capogruppo (punto 2.1.2); c) l'aver realizzato nei trentasei mesi precedenti la data di presentazione dell'offerta almeno 120 punti di misura su rete fognaria con strumenti tipo "Area velocity", con esclusione di misure derivate da registrazioni del solo livello idrico; nel caso di partecipazione in R.T.I. il requisito doveva essere posseduto nella misura di almeno sessanta punti dalla mandataria e di almeno trenta punti dalla mandante (punto 2.1.3).

2. Hanno presentato offerta solo due imprese, l'A.T.I. formata da B.M. Tecnologie Industriali s.r.l. Costruzioni e Idrostudi s.r.l. e la s.r.l. Pide Ingegneria: quest'ultima, giusta decisione della commissione di gara di cui al verbale del 10 ottobre 2014 (comunicata con nota prot. 72002/B5 257-14/AG del 14 ottobre 2014), è stata esclusa dalla gara per asserita carenza dei requisiti di cui ai punti 2.1.2 e 2.1.3.

E' stato conseguentemente dichiarata aggiudicataria provvisorio dell'appalto , l'A.T.I. formata da B.M. Tecnologie Industriali s.r.l. Costruzioni e Idrostudi s.r.l.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, con la sentenza n. 513 dell'11 maggio 2015, definitivamente pronunciando: a) sul ricorso principale proposto dalla s.r.l. Pide Ingegneria per l'annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara; b) sul ricorso incidentale spiegato dall'A.T.I. formata da B.M. Tecnologie Industriali s.r.l. Costruzioni e Idrostudi s.r.l. per la mancata esclusione dalla gara della s.r.l. Pide Ingegneria, in quanto carente anche dei requisiti di cui al punto 2.1.1 del modulo A e per aver dichiarato, barrando i relativi spazi del modulo, di non possedere i requisiti di cui ai punti 2.1.2 e 2.1.3; ha esaminato prioritariamente il ricorso incidentale e lo ha respinto, mentre ha accolto il ricorso principale ed ha annullato il provvedimento impugnato, non sussistendo - a suo avviso - le indicate cause di esclusione dalla gara.

4. B.M. Tecnologie s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. con Idrostrudi s.r.l. (d'ora in avanti anche l'A.T.I. B.M. o l'appellante) ha chiesto la riforma di tale sentenza di cui ha dedotto l'erroneità e l'ingiustizia alla stregua di quattro motivi di gravame, rubricati rispettivamente il primo "Violazione della lex specialis con riferimento al requisito 2.1.1 del Modulo A. Eccesso di potere per contraddittorietà"; il secondo "Violazione dell'art. 6 della lex specialis, violazione dell'art. 7 del Foglio disciplinare, violazione del Modulo A. Eccesso di potere per contraddittorietà"; il terzo "Violazione di legge: violazione dell'art. 97 Cost. e art. 41; violazione dell'art. 1 L. n. 241/90 e dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento, oltre che di imparzialità; violazione art. 2, comma 1, D. Lgs. 163/2006 e del principio di correttezza; violazione del principio generale discendente dall'art. 90, comma 8, D. Lgs. 163/2006, nel senso del divieto di apportare in qualsiasi modo un "vantaggio concorrenziale" a qualsiasi concorrente. Eccesso di potere per difetto di istruttoria" e il quarto "Violazione della lex specialis con riferimento ai requisiti 2.1.2 e 2.1.3 del Modulo A. Eccesso di potere per contraddittorietà".

Ha resistito al gravame la s.r.l. Pide Ingegneria, che ne ha chiesto il rigetto.

Si è costituita in giudizio V.E.R.I.T.A.S. S.p.A., aderendo sostanzialmente all'appello principale.

4. All'udienza in camera di consiglio del 21 luglio 2015, fissata per la decisione dell'istanza cautelare di

sospensione dell'esecutività della sentenza impugnata, la causa, previa rituale informativa alle parti, è stata introitata per la decisione di merito.

5. I motivi di gravame sono infondati.

5.1. Deducendo "1. Violazione della lex specialis con riferimento al requisito 2.1.1. del modello A. Eccesso di potere per contraddittorietà", l'appellante ha riproposto il secondo motivo di censura spiegato col ricorso incidentale in primo grado, sostenendo, in sintesi, che, diversamente da quanto sbrigativamente ed erroneamente ritenuto dai primi giudici, la s.r.l. Pide Ingegneria sarebbe priva del requisito di partecipazione consistente nel possesso della certificazione di qualità UNI EN ISO 9001/2008 e ss.mm.ii., coerente con i servizi oggetto di affidamento.

Secondo l'appellante, infatti, la certificazione CERSA, prodotta dalla s.r.l. Pide Ingegneria a comprova delle dichiarazioni rese ai fini della partecipazione della gara, essendo riferita alla "Progettazione, direzione dei lavori, coordinamento della sicurezza e consulenza gestionale per impianti di distribuzione acque, di raccolta reflui fognari, di trasporto e distribuzione gas. Progettazione e gestione di centrale idroelettriche", sarebbe in realtà astratta e generica e non conforme pertanto ai servizi oggetto di affidamento, caratterizzati da una peculiare specificità, confermata del resto dalla significativa specializzazione richiesta ai concorrenti (come si evincerebbe dai ricordati requisiti speciali di cui ai punti 2.1.2 e 2.1.3).

La censura non merita favorevole considerazione.

5.1.1. Occorre innanzitutto premettere che, come già rilevato dalla giurisprudenza a proposito delle norme UNI EN ISO 9000, anche quelle UNI EN ISO 9001/2008 si risolvono in una serie articolata di requisiti generali, la cui esistenza garantisce un determinato livello qualitativo della struttura aziendale e dei processi lavorativi, in modo da assicurare il controllo delle operazioni che influiscono sui prodotti e sulle prestazioni con risorse, la corretta esecuzione dei rapporti contrattuali e la soddisfazione del cliente: tali caratteristiche qualitative, che come tali prescindono dalle dimensioni e dal settore di attività dell'azienda, "...codificano gli standard industriali e commerciali, le regole organizzative e i principi vigenti nei paesi industrializzati che un'azienda deve seguire per i processi produttivi, ma non attengono alle modalità con le quali si fabbricano specifici prodotti o si rendono individuati servizi; ed è per questa ragione che la certificazione di qualità attiene agli aspetti gestionali dell'impresa, intesa nel suo complesso, e non ai prodotti da essi realizzati ovvero alle attività ed ai processi produttivi per cui sia specificamente abilitata" (Cons. Stato, sez. V, 26 giugno 2012, n. 3752).

Con specifico riferimento alla certificazione UNI EN ISO 9001/2008 è stato precisato che essa definisce i requisiti, di carattere generale, implementabili da ogni tipologia di organizzazione relativa al settore di accreditamento che nel caso concreto viene in rilievo ed è comprensiva delle capacità dell'impresa certificata di governare le caratteristiche del servizio o dei prodotti forniti, in modo da erogare effettivamente la qualità attese, ricomprendendo anche i c.d. servizi di governo (Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5695).

5.1.2. Sotto altro profilo deve rilevarsi che, come emerge dalla visura camerale della Camera di Commercio Industria Artigianato e Agricoltura di Bergamo, nell'oggetto sociale della s.r.l. Pide Ingegneria sono tra, l'altro indicate, le attività di "effettuazione di indagini, studi, progetti, ricerche, formazione, direzione lavori, collaudi e consulenza rivolte ad opere inerenti il ciclo idrico integrato e alla tutela ambientale" (lett. e) "progettazione, installazione e gestione di sistemi di misura e monitoraggio di impianti relativi all'approvvigionamento, distribuzione, collettamento e depurazione di di acque destinate a qualunque uso, calibrazione di modelli informatici, ricerca di acque parassite" (lett. f) e "l'efficientamento di impianti e reti dei sistemi di cui sopra, la ricerca di perdite con l'ausilio di varie tecnologie" (lett. g).

5.1.3. Ciò posto, proprio perché la certificazione di qualità riguarda gli aspetti gestionali dell'azienda e non gli specifici prodotti realizzati o i servizi forniti, non può ragionevolmente dubitarsi della idoneità della

certificazione CERSA prodotta dalla s.r.l. Pide Ingegneria a comprovare il possesso del requisito speciale di cui al punto 2.1.1, essa riguardando, com'è pacifico, tra l'altro la progettazione, la direzione lavori, il coordinamento della sicurezza e la consulenza gestionale per impianti di distribuzione acque, di raccolta reflui fognari, attività di cui non negarsi la sostanziale coerenza (ovvero la non incompatibilità) con le attività indicate nell'oggetto sociale della s.r.l. Pide Ingegneria s.r.l. e con le prestazioni oggetto del contratto (prestazione principale: individuazione di interventi per l'eliminazione di acque parassite e misure di portata nella fognatura; prestazione secondaria: rilievo topografico).

Del resto, anche a voler prescindere dal contenuto della nota CERSA esibita nel corso del giudizio di primo grado dalla s.r.l. Pide Ingegneria (che contiene delle mere precisazioni e chiarimenti circa le modalità della certificazione di qualità prodotta ai fini della gara e come tale nulla aggiunge al contenuto della certificazione stessa), è appena il caso di rilevare che la *lex specialis* ha richiesto una certificazione di qualità "coerente" con le attività indicate nella prestazione principale del contratto di appalto e non che quella certificazione attestasse la qualità di prestazioni identiche a quelle oggetto del contratto, come pretenderebbe l'appellante.

Né una simile restrittiva interpretazione può ricavarsi dalla asserita specializzazione richiesta per la partecipazione alla gara in questione (come sarebbe dimostrato dai requisiti speciali di cui ai punti 2.1.2 e 2.1.3): infatti, ai sensi dell'art. 2 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, le procedure di gara per l'affidamento di lavori pubblici, servizi e forniture devono essere improntate ai principi di libera concorrenza, non discriminazione e proporzionalità, così che la disciplina di gara, pur nella sua peculiarità, deve essere tendenzialmente interpretata nel senso di favorire – e non di restringere - la massima partecipazione possibile delle imprese.

5.2. E' da respingere anche il secondo motivo di gravame, con cui l'appellante ha riproposto il primo motivo del ricorso incidentale, denunciando "Violazione dell'art. 6 della *lex specialis*, violazione dell'art. 7 del Foglio disciplinare del Modulo A. Eccesso di potere di contraddittorietà" e sostenendo che la s.r.l. Pide Ingegneria, barrando la parte del modulo A, concernente la dichiarazione del possesso dei requisiti speciali di cui ai punti 2.1.2 e 2.1.3, aveva sostanzialmente omesso di dichiararli, così che avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Come hanno osservato correttamente i primi giudici, se è pur vero che, quanto alla dichiarazione di cui ai punti 2.1.2 e 2.1.3, il modulo di domanda compilato dalla s.r.l. Pide Ingegneria per la partecipazione alla gara risulta effettivamente sbarrato, non può sottacersi, per un verso, che il modulo stesso non contiene alcuna chiara ed inequivocabile indicazione circa l'effettiva modalità di compilazione e, per altro verso, che la predetta società ha effettivamente allegato alla domanda la documentazione a suo avviso idonea a provare il possesso dei requisiti speciali di cui ai punti 2.1.2 e 2.1.3, ciò dando luogo quanto meno ad un comportamento incompatibile con la volontà di non dichiarare il possesso dei requisiti in parola.

Pertanto, anche in ossequio al principio di buona fede nell'interpretazione degli atti negoziali, qual è sicuramente la domanda di partecipazione ad una procedura ad evidenza pubblica, è da ritenersi legittimo l'operato dell'amministrazione appellante che ha ritenuto la domanda di partecipazione alla gara della predetta s.r.l. Pide Ingegneria completa quanto alla dichiarazione del possesso dei requisiti speciali in questione.

5.3. Non merita favorevole considerazione neppure il terzo motivo di gravame, con il quale l'appellante ha dedotto "Violazione di legge: violazione art. 97 Cost. e art. 41 Cost.; violazione art. 1 L. 241/1990 e dei principi comunitari di libera concorrenza e parità di trattamento, oltre che di imparzialità; violazione art. 2, comma 1, D. Lgs. 163/2006 e del principio generale discendente dall'art. 90, comma 8, D. Lgs. 163/2006, nel senso di divieto di apportare in qualsiasi modo un "vantaggio concorrenziale" a qualsiasi concorrente. Eccesso di potere per difetto di istruttoria", così riproponendo la censura sollevata col terzo motivo del ricorso incidentale, a suo avviso malamente apprezzata dai primi giudici.

Deve al riguardo osservarsi che le pur suggestive situazioni di intreccio e collegamento societario e di amministratori asseritamente esistenti tra Cart Acqua S.p.A., Cart S.p.A., Pide s.r.l. e Cogeide S.p.A. non integrano le fattispecie che vietano la partecipazione alle gare ad evidenza pubblica delle imprese che si trovano tra di loro in posizione di collegamento o di controllo societario, ex art. 2359 c.c. o anche solo sostanziale, ovvero dei soggetti (oltre che dei loro dipendenti e collaboratori) che sono stati affidatari di incarichi di progettazione, ex art. 90, comma 8, del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Tali divieti sono infatti finalizzati ad evitare che l'offerta provenga da uno stesso (unico) centro di interessi ovvero che i partecipanti possano essere stati in qualche modo avvantaggiati dalla conoscenza precedentemente acquisita (nell'attività di progettazione) di elementi idonei alla formulazione dell'offerta e tendono alla tutela dei fondamentali principi di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione, evenienze che non si riscontrano nel caso in oggetto in cui l'appellante si limita sostanzialmente a dubitare dell'affidabilità e/o della genuinità di alcune certificazioni prodotte dalla s.r.l. Pide Ingegneria (a comprova del possesso dei requisiti speciali di cui ai punti 2.1.2 e 2.1.3) in quanto provenienti da società alla stessa collegate.

Correttamente pertanto i primi giudici hanno ritenuto che le indicate situazioni di intreccio e collegamento societario e di amministratori non incidono affatto sul contenuto di quelle attestazioni, le contestazioni svolte al riguardo dalla parte ricorrente (incidentale), ora appellante, dando luogo a mere illazioni, non essendo stato provato dalla predetta parte ricorrente/appellante, com'era suo preciso onere processuale ai sensi dell'art. 2697 C.C., la non genuinità di tali attestazioni e non essendo stati nemmeno forniti adeguati elementi indizianti idonei a far anche solo dubitare di tale genuinità.

5.4. Con il quarto motivo di gravame, rubricato "Violazione della lex specialis con riferimento ai requisiti 2.1.2. e 2.1.3. del Modulo A. Eccesso di potere per contraddittorietà", l'appellante ha censurato la sentenza impugnata per aver accolto il ricorso principale proposto dalla s.r.l. Pide Ingegneria, laddove quest'ultima era stata a suo avviso correttamente esclusa dalla gara, per carenza dei requisiti speciali di cui ai punti 2.1.2 e 2.1.3.

Tale doglianza non merita condivisione.

5.4.1. Il punto 2.1.2 del modulo A prevedeva quale requisito speciale di partecipazione l'aver svolto nei trentasei mesi precedenti la data di presentazione dell'offerta almeno tre campagne di misura di portata nella rete fognaria.

Il tenore letterale della previsione esclude ragionevolmente che lo svolgimento delle tre campagne di misura di portata nella rete fognaria dovesse ricollegarsi necessariamente a tre distinti rapporti contrattuali, tanto più che, sotto il profilo logico, ancor prima che giuridico, tale collegamento non è di per sé garanzia di una maggiore capacità tecnico – operativa del concorrente.

Il chiarimento formulato dall'amministrazione appaltante (risposta al quesito n. 4, prot. 65366 del 22 settembre 2014), secondo cui per campagne di misura di portata nella rete fognaria si intendono "...appunto servizi analoghi a quelli oggetto d'appalto ovvero contratti per esecuzioni ed analisi di misure di portata nella rete fognaria con strumenti Area velocity...", lungi dal costituire una mera interpretazione autentica della lex specialis, come sostenuto dall'appellante, integra, a tacer d'altra d'altro, una vera e propria inammissibile modifica della lex specialis in violazione del principio dell'affidamento di buona fede.

Come hanno in definitiva correttamente ritenuto i primi giudici, la s.r.l. Pide Ingegneria che aveva provato l'effettivo svolgimento nei trentasei mesi precedenti di almeno tre campagne di misura di portata nella rete fognaria non poteva pertanto essere esclusa dalla gara per il fatto che alle predette campagne non corrispondessero altrettanti rapporti contrattuali (ma solo due).

5.4.2. Il requisito di cui al punto 2.1.3. prevedeva l'aver realizzato nei trentasei mesi precedenti la data di

presentazione dell'offerta almeno 120 punti di misura su rete fognaria con strumenti tipo "Area velocity", con esclusione di misure derivate da registrazioni del solo livello idrico; nel caso di partecipazione in R.T.I. il requisito doveva essere posseduto nella misura di almeno sessanta punti dalla mandataria e di almeno trenta punti dalla mandante.

Anche in questo caso ciò che rilevava ai fini del requisito era l'effettivo svolgimento dell'attività e non già il fatto che essa fosse stata espletata dal concorrente in conseguenza di un contratto diretto con il committente, tanto più che, come già rilevato per il requisito precedente, anche tale condizione non è in alcun modo sintomatica di una maggiore capacità tecnica dell'impresa concorrente.

L'esclusione dalla gara della s.r.l. Pide Ingegneria motivata per non aver "...eseguito i servizi oggetto dell'appalto in virtù di un contratto diretto con il committente" è pertanto illegittima, come correttamente rilevato dai primi giudici, fondandosi su di un requisito ulteriore o diverso da quello fissato nella lex specialis.

6. In conclusione l'appello deve essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo a favore della s.r.l. Pide Ingegneria; possono essere compensate invece nei confronti di V.E.R.I.T.A.S. S.p.A.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sull'appello proposto da B.M. Tecnologie Industriali s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria dell'A.T.I. con Idrostudi s.r.l., avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, n. 513 dell'11 maggio 2015, lo respinge.

Condanna l'appellante al pagamento in favore della s.r.l. Pide Ingegneria delle spese del presente grado di giudizio che liquida complessivamente in €. 4.000,00 (quattromila), oltre IVA, CPA ed altri accessori di legge, se dovuti.

Dichiara compensate le spese tra l'appellante e la V.E.R.I.T.A.S. S.p.A.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 luglio 2015 con l'intervento dei magistrati:
Alessandro Pajno, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere
L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 28/10/2015

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1940 del 2015, , proposto dalla società TUNDO VINCENZO s.r.l , in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Saverio Sticchi Damiani, presso il cui studio, in Roma, Piazza San Lorenzo in Lucina n. 26, è elettivamente domiciliato;

contro

AZIENDA SANITARIA LOCALE BARI, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Giovanna Corrente, ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'Avv. Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria N. 2;

nei confronti di

Società CAPOGNA AUTOSERVIZI s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del raggruppamento temporanei di imprese con le società mandanti AUTONOLEGGI DIGIULIO s.r.l. e con BAGLIVI TOURS s.r.l., in persona dei rispettivi rappresentanti legali, rappresentati e difesi - tutti - dagli Avv.ti Sante Nardelli e Giovanni Vittorio Nardelli, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, 2;

per la riforma

della sentenza n.12/2015 del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I[^]

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Sanitaria Locale Bari e della società Capogna Autoservizi s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Nominato Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 maggio 2015 il Cons. Avv. Carlo Modica de Mohac e uditi per le parti l'Avv. Saverio Sticchi Damiani, l'Avv. Donati su delega dell'Avv. Giovanna Corrente e l'Avv. Giovanni Vittorio Nardelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

I. Con deliberazione DG n.535 del 22.3.2012 l'ASL Bari indiceva una gara (mediante c.d. "procedura aperta" ai sensi dell'art.55 del D.Lgs. n.163/2006), suddivisa in quattro lotti, per l'affidamento del servizio di trasporto agli utenti diversamente abili presso i centri riabilitativi di tutti i Comuni della provincia di Bari (per un periodo pari a tre anni eventualmente prorogabili per altri dodici mesi), da aggiudicare mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per i seguenti importi annuali:

- Lotto n.1: €3.341.100;
- Lotto n.2: €3.453.500;
- Lotto n.3: €3.002.700;
- Lotto n.4: €2.009.100.

Il punteggio relativo all'offerta economicamente più vantaggiosa era ripartito nei seguenti termini:

- offerta economica: punti assegnabili: 70/100;
- offerta tecnica: punti assegnabili: 30/100.

La ricorrente presentava la propria offerta per l'appalto di cui al Lotto n.1.

In data 3.12.2012 il Seggio di gara, in seduta pubblica, procedeva all'apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa delle ditte partecipanti, all'esame della stessa ed all'ammissione delle ditte medesime alle successive fasi di gara che si risolvevano:

- nell'esame e valutazione delle offerte tecniche, con attribuzione dei relativi punteggi da parte della Commissione giudicatrice;
- nella pubblica lettura dei punteggi relativi all'offerta tecnica;
- nell'apertura delle buste contenenti le offerte economiche con attribuzione dei relativi punteggi (e conseguente operazione di sommatoria con i punteggi attribuiti alle offerte tecniche);
- nella conseguente formazione della graduatoria ed aggiudicazione provvisoria - nella seduta pubblica del 18.11.2013 - dell'affidamento relativo a ciascun lotto.

Per il Lotto n.1 risultava aggiudicataria la società CAPOGNA AUTOSERVIZI s.r.l. in raggruppamento temporaneo di imprese con le società mandanti AUTONOLEGGI DIGIULIO s.r.l. e BAGLIVI TOURS s.r.l. (d'ora in poi denominata, per maggior semplicità, "CAPOGNA AUTOSERVIZI"); ed in seconda posizione veniva collocata la società TUNDO VINCENZO s.r.l. (d'ora in poi denominata semplicemente "TUNDO").

Infine, con deliberazione DG n.932 del 26.5.2014, l'ASL Bari procedeva all'aggiudicazione definitiva del Lotto n.1 in favore della società CAPOGNA AUTOSERVIZI.

II. Con ricorso (n.939/2014) innanzi al Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, la società TUNDO impugnava tale ultima deliberazione chiedendone l'annullamento per le conseguenti statuizioni dichiarative conformative e di condanna.

Con il primo articolato mezzo di gravame lamentava violazione del Bando e del Disciplinare di gara (paragrafo 17), nonché violazione e falsa applicazione degli artt.37 e 49 del D.Lgs. n.163 del 2006, e degli artt. 88 e 275 del D.P.R. n.207 del 2010 sotto tre differenti profili.

Con il primo profilo di doglianza deduceva che il c.d. contratto di 'avvalimento' sottoscritto dalla società aggiudicataria "avvalente" (rectius: 'avvalentesi', e cioè la CAPOGNA AUTOSERVIZI s.r.l. in qualità di capogruppo mandataria) con le società mandanti "ausiliarie" (AUTONOLEGGI DI GIULIO s.r.l. e BAGLIVI TOURS s.r.l.), è eccessivamente generico (circa l'indicazione delle risorse); e ciò in quanto da esso non si evince il quantum 'prestato', né quali siano, in concreto, i mezzi messi a disposizione.

Con il secondo profilo di doglianza deduceva che il disciplinare di gara vietava - a pena di inammissibilità - che più di un 'concorrente' si avvalesse della medesima impresa ausiliaria, ciò che invece è avvenuto all'interno del raggruppamento CAPOGNA AUTOSERVIZI.

Con il terzo profilo di doglianza di cui al primo articolato mezzo di gravame deduceva, infine:

- che la mandataria avrebbe dovuto possedere comunque i requisiti;

- che in capo ad ogni componente del medesimo raggruppamento temporaneo d'impresa dev'esservi una corrispondenza tra quote proporzionali di partecipazione al raggruppamento, quote proporzionali relative all'esecuzione della prestazione e quote proporzionali dei relativi requisiti finanziari; che, nella fattispecie, la mandataria capogruppo CAPOGNA AUTOSERVIZI e la mandante AUTONOLEGGI DIGIULIO hanno dichiarato di partecipare al raggruppamento per le quote, rispettivamente, del 50% e del 40%, e che pertanto avrebbero dovuto partecipare alle spese per la realizzazione del servizio nella stessa quota e possedere il requisito economico-finanziario ciascuna in pari proporzione alla propria quota.

Con il secondo mezzo di gravame la ricorrente società TUNDO lamentava violazione e falsa applicazione dell'art.38, comma 1, lett.'c' del D.Lgs. n.163 del 2006, e violazione del bando di gara sotto altro profilo, deducendo che la dichiarazione dell'aggiudicataria in ordine al possesso dei cc.dd. 'requisiti morali' era incompleta in quanto espressa con formula sintetica eccessivamente generica ed inammissibilmente "omnicomprensiva".

Ritualmente costituitasi, l'Amministrazione sanitaria eccepiva l'infondatezza del ricorso.

Si costituiva altresì l'aggiudicataria CAPOGNA AUTOSERVIZI eccependo l'infondatezza del ricorso e proponendo ricorso incidentale, nel quale rappresentava che il 'contratto di avvalimento' sottoscritto dalla società TUNDO era certamente meno specifico di quello da essa sottoscritto; e sottolineava, conseguentemente, il carattere puramente emulativo della doglianza di parte avversa (inammissibilmente volta a contestare un preteso altrui difetto senza considerare di esserne affetto in maniera maggiore).

Nel corso del giudizio le parti insistevano con ulteriori scritti difensivi nelle rispettive richieste ed eccezioni.

III. Con sentenza n.12 del 3.12.2014 (pubblicata in data 8.1.2015), il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sez.I^A, ha respinto il ricorso principale e dichiarato improcedibile quello incidentale.

IV. Con l'appello in esame la società TUNDO - già ricorrente e soccombente in primo grado - ha impugnato la predetta sentenza e ne chiede l'annullamento e/o la riforma per i motivi indicati nella successiva parte della presente decisione.

Ritualmente costituitasi l'Amministrazione ha eccepito l'infondatezza del ricorso, chiedendone il rigetto con vittoria di spese.

Si è costituita anche l'aggiudicataria CAPOGNA AUTOSERVIZI che ha eccepito l'infondatezza dell'appello; e che ha altresì proposto appello incidentale con il quale ha riproposto i motivi dedotti con il ricorso incidentale proposto in primo grado (e non esaminati per effetto della pronuncia di improcedibilità relativa a tale atto).

Nel corso del giudizio le parti hanno insistito - anche con ulteriori scritti difensivi - nelle rispettive domande giudiziali, eccezioni e controdeduzioni.

Infine, all'udienza fissata per la discussione conclusiva sul merito dell'appello, la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è infondato.

1.1. Va innanzitutto rilevata la inammissibilità per difetto d'interesse (e per irrilevanza) della 'censura' di cui al primo motivo di appello, con cui l'appellante ha ritenuto di precisare - in punto di fatto ma senza trarne alcuna conseguenza pratica in punto di diritto - che il Giudice di primo grado ha assunto erroneamente che la gara si è svolta "con la partecipazione di più di due concorrenti", mentre ad essa hanno partecipato solamente i due contendenti.

Poiché a tale 'puntualizzazione' la ricorrente non ha ricollegato alcuna precisa e connessa domanda giudiziale, è evidente che per il dedotto profilo la sentenza resiste comunque alla 'doglianza'.

1.2. Con il secondo motivo di gravame l'appellante (società TUNDO VINCENZO s.r.l.) si duole dell'asserita ingiustizia della sentenza appellata, lamentando che il Giudice di primo grado ha erroneamente respinto il primo motivo di doglianza del ricorso introduttivo.

Con esso la ricorrente (odierna appellante) lamentava - e con l'appello in esame reitera tale doglianza - violazione e falsa applicazione violazione dell'art.38, comma 1, lett.'c', del D.lgs. n.163/2006, deducendo:

- che la dichiarazione dell'aggiudicataria in ordine al possesso dei cc.dd. requisiti morali è incompleta in quanto espressa con formula sintetica ed "omnicomprensiva";

- che, in particolare, nella dichiarazione in questione è stato omissso lo specifico riferimento al mancato compimento dei fatti di reato ritenuti più gravi (nella specie: il riferimento specifico a quelli consistenti in partecipazione ad un'organizzazione criminale, corruzione, frode e riciclaggio);

- e che anche le dichiarazioni sottoscritte dai singoli soggetti interessati (amministratori e/o soci) sono da considerare incomplete per la medesima ragione.

L'articolata doglianza è infondata sotto più profili.

1.2.1. Innanzitutto per una ragione di carattere logico-linguistico di immediata percezione.

Posto che è incontrovertibile - come ben rappresentato da un proverbiale detto (idoneo ad esprimere con sintetica semplicità una intuitiva verità) - che "nel più sta il meno", appare evidente che la dichiarazione attestante l'assenza - in capo al soggetto 'controllato' - di qualsiasi reato che incida sulla moralità e sulla capacità professionale (dichiarazione che comporterebbe, nel caso di opposto contenuto, un onere di valutazione da parte della Stazione appaltante), non possa non includere, seppur implicitamente (dunque: non possa che implicare), anche l'affermazione dell'assenza - in capo al medesimo soggetto - dei 'più gravi' fatti di reato, tassativamente menzionati dall'art.38 cit. (partecipazione ad una organizzazione criminale, corruzione, frode e riciclaggio), per i quali è prevista la c.d. 'esclusione automatica'.

1.2.2. Ma anche a prescindere da tale ovvia considerazione, non può essere ignorato che nella fattispecie dedotta in giudizio era lo stesso Disciplinare di gara (all'art.10 lett. C) che consentiva di formulare la dichiarazione di cui all'art.38 del codice degli appalti "in modo omnicomprensivo"; utilizzando, cioè, una pericope attestante (con formula sintetica, ma non perciò imprecisa) la inesistenza di tutte le cause di esclusione previste dalla norma.

Ciò significa che - in conformità al c.d. 'principio della libertà delle forme' - non era richiesta alcuna formula rigidamente predefinita; essendo richiesto esclusivamente che quella utilizzata fosse esaustiva.

Il che appare tranciante.

1.2.3. E ciò non senza sottolineare che la questione relativa all'asserita invalidità o inefficacia delle dichiarazioni rese dai singoli soci ben poteva ritenersi definitivamente superata e comunque non realmente costitutiva di alcun reale intralcio all'aggiudicazione - come correttamente ha fatto l'Amministrazione - per effetto (ed in ragione) dell'avvenuta formulazione e produzione delle più analitiche, dettagliate e formalmente complete dichiarazioni rese per loro (e sul loro conto) dalle società delle quali essi sono soci.

E poiché in nessuna parte del bando o del disciplinare di gara era previsto, e tanto meno a pena di esclusione, che i singoli soggetti interessati dovessero rendere autonome dichiarazioni (pur in presenza di dichiarazioni rese, per loro, dalle imprese partecipanti ai raggruppamenti), e la sussistenza di un obbligo di tal fatta non è ricavabile neanche dall'art.38, comma 1, lett. 'c' del codice dei contratti pubblici (norma che ha la funzione di assicurare che la stazione appaltante riceva ed acquisisca la prescritta 'informativa' concernente la effettiva sussistenza dei requisiti morali in capo ai soggetti ivi indicati, e non certo lo scopo di aggravare inutilmente il procedimento), la sentenza appellata resiste alla doglianza anche sotto l'esposto profilo.

1.2.3. Ma la doglianza si appalesa infondata anche per un ulteriore motivo.

Non appare revocabile in dubbio che prima di pervenire alla drastica e radicale decisione di escludere dalla gara un partecipante, la Stazione appaltante abbia l'obbligo di avviare un minimo di istruttoria volta all'accertamento della verità (nella specie: all'accertamento in ordine alla effettiva inesistenza dei requisiti di moralità); ciò che di regola va fatto mediante lo strumento procedimentale del c.d. "soccorso istruttorio".

Né potrebbe opporsi che nel caso dedotto in giudizio tale rimedio era da considerare comunque inammissibile (e dunque vietato); e che pertanto l'esclusione immediata dell'aggiudicataria era - come prospettato dall'appellante - l'unica soluzione praticabile (e si atteggiava come 'atto dovuto').

Per smentire tale assunto - e ferme restando le precedenti considerazioni (che escludono in radice che le dichiarazioni fossero 'generiche' e/o comunque inidonee ad attestare quanto richiesto dalla legge) - è sufficiente rilevare che nel caso di specie non si verteva in ipotesi di mancanza assoluta (e cioè di omessa produzione) di documenti richiesti dal bando, ma - al più - di avvenuta produzione di documenti assoggettabili a verifiche e ad analisi.

Sicchè, contrariamente a quanto l'appellante mostra di credere, l'obiettivo (e/o l'effetto) del 'soccorso istruttorio' non sarebbe stato quello di 'sanare' una lacuna documentale (e ciò in violazione del c.d. 'principio della par condicio dei partecipanti' e del 'principio della tassatività dei termini per le produzioni richieste'), ma - più semplicemente - quello di integrare una fonte documentale. Più in particolare: di acquisire lumi in ordine al preciso senso da attribuire alle dichiarazioni in questione, al fine di eventualmente consentirne l'integrazione (in funzione puramente chiarificatrice), affinché potessero realizzare in pieno la loro fisiologica funzione (consistente non già nell'introduzione di un ennesimo insidioso ostacolo per l'imprenditore, ma nel conseguimento - nell'interesse della stessa Amministrazione - del più efficace risultato della procedura concorsuale).

Dal che deriva, concludendo sul punto, l'infondatezza della tesi propugnata dall'appellante (società TUNDO), volta ad affermare il principio secondo cui la semplice incompletezza delle dichiarazioni richieste, in sede di gara, ai sensi dell'art.38 del codice dei contratti pubblici, comporterebbe l'obbligo della Stazione

appaltante di procedere alla immediata esclusione dei soggetti che le hanno rese.

1.2.4. Non ostante le osservazioni fin qui svolte siano assorbenti (e comunque univocamente concludenti), il Collegio non si esime dal puntualizzare che, a suo avviso, la doglianza è comunque infondata anche sotto un ennesimo e (più) pervasivo profilo.

Ad avviso del Collegio il principio secondo cui l'esclusione dalla gara va disposta non già per il semplice fatto della mera incompletezza della dichiarazione relativa alla sussistenza dei requisiti di moralità (fatto puramente formale), ma solamente nel caso in cui questi ultimi (id est: i requisiti) risultino effettivamente mancanti - principio informato a criteri di giustizia sostanziale e già formulato per una fattispecie concernente le dichiarazioni dei soggetti cedenti rami d'azienda (C.S., Ad.Pl., 16.10.2013 n.23) - ben può essere predicato come principio di portata generale.

Non appare, infatti, giusto né equo che un soggetto che possa dimostrare - eventualmente anche facendo ricorso agli strumenti procedurali di c.d. "soccorso istruttorio" previsti dall'Ordinamento - di avere tutti i prescritti requisiti morali (oltre agli altri richiesti dal bando), e che abbia inteso dichiarare in buona fede di esserne in possesso, sia escluso da una procedura concorsuale per il solo e semplice fatto (formale) di aver errato (rectius: di aver commesso un errore materiale, per omissione) nella esposizione delle sue affermazioni al riguardo (o per il semplice fatto di essersi discostato dalla pedissequa riproduzione del modello di dichiarazione prescritto nel bando).

Ovvero - ciò che è peggio - che venga escluso dalla gara (lo si ribadisce: non ostante il possesso di tutti i requisiti e non ostante la possibilità di ricorrere al meccanismo procedimentale del c.d. 'soccorso istruttorio') per il solo e semplice fatto di aver reso una dichiarazione che, pur se sostanzialmente 'omnicomprensiva' delle informazioni richieste dalla PA, sia stata espressa in forma sintetica (ma non per questo linguisticamente e sintatticamente meno completa) anziché in forma analitica.

Essendo ben noto - come teorizzato ed affermato in ogni sistema speculativo che si basi su criteri logici - che le formule definitorie 'sintetiche' non sono - per il semplice fatto di essere tali - fisiologicamente (e strutturalmente) meno efficaci e meno complete di quelle 'analitiche'.

1.3. Con il terzo mezzo di gravame la società appellante si duole dell'asserita ingiustizia della sentenza appellata, lamentando che erroneamente il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia ha respinto il secondo motivo del ricorso proposto in primo grado.

Con esso la ricorrente (oggi appellante) lamentava - e con l'appello in esame reitera tale doglianza - violazione ed erronea applicazione dell'art.49 del D.Lgs. n.163 del 2006, dell'art.88 del DPR n.207 del 2010, nonché violazione del bando ed eccesso di potere per erronea presupposizione, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, illogicità manifesta, contraddittorietà, perplessità e sviamento, articolando tre differenti profili di doglianza autonomamente volti a contestare e criticare l'uso, da parte dell'aggiudicataria, dell'istituto del c.d. "avvalimento".

Al riguardo valga quanto segue.

1.3.1. Con il primo profilo del gravame in esame, l'appellante società TUNDO deduce che i 'contratti di avvalimento' sottoscritti rispettivamente dalla CAPOGNA AUTOSERVIZI (con la società BAGLIVI TOURS s.r.l. e) e dalla società AUTONOLEGGI DIGIULIO s.r.l (con la predetta società BAGLIVI TOURS s.r.l.) sono eccessivamente generici (circa l'indicazione delle risorse), in quanto da esso non si evince il c.d. quantum 'prestato' né, in concreto, quali mezzi materiali siano stati posti a disposizione della c.d. società "ausiliata".

La doglianza non merita accoglimento.

Al riguardo non può non concordarsi con quanto ritenuto dal Giudice di primo grado; e cioè che i 'contratti

di avvalimento' sottoscritto dalla società controinteressata (aggiudicataria), non sono affatto generici.

La Stazione appaltante aveva richiesto di dimostrare la esistenza di un "fatturato globale", relativo al triennio corrente dal 2008 al 2010, pari (o superiore) a €.5.000.000,00.

Orbene, in ciascuno dei 'contratto di avvalimento' è chiaramente stabilito che la società ausiliaria 'presta' alla (rectius: mette a disposizione della) c.d. "ausiliata", "la sua capacità economico-finanziaria, nonché tutte le risorse, nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione del servizio".

Ciascuno dei due contratti in questione precisa, inoltre - ed è ciò che maggiormente rileva - che le risorse messe a disposizione sono costituite:

- da "parte del proprio fatturato globale di impresa conseguito nel triennio 2008-2010, complessivamente pari ad €.4.449.705,21 (i.v.a. esclusa), necessaria per il raggiungimento del requisito speciale mancante all'avvalente";
- da "tutte le risorse, mancanti all'avvalente, economico-finanziarie adeguate ed idonee per l'esecuzione del servizio in appalto"
- nonché da "ogni bene" e dalle "risorse di qualsiasi genere e tipo nella disponibilità dell'impresa ausiliaria, ivi comprese eventuali consulenze e supporto, ove necessario, organizzativo e direzionale per l'esecuzione del servizio in appalto".

Sicché è evidente che la somma delle due frazioni (letteralmente: "parti") del fatturato messe a disposizione dalla società ausiliaria è sufficiente ad integrare il complessivo requisito finanziario richiesto dal bando.

I contratti specificano, infine, che l'operatore ausiliario assume "la responsabilità solidale con l'operatore economico ausiliato nei confronti della stazione appaltante, relativamente al servizio"; e che "la predetta responsabilità si estende per tutta la durata dell'appalto, fino alla regolare esecuzione e, dopo quest'ultima, in relazione alle eventuali responsabilità di cui agli artt. 1667 e 1669 cod. civ."

Sicché non appare revocabile in dubbio:

- che il contenuto dei contratti e delle relative obbligazioni è chiaro e sufficientemente specifico (essendo obiettivamente individuabili anche i beni oggetto della prestazione);
- e che le dichiarazioni negoziali sono idonee ad impegnare tutte le risorse della società ausiliaria (precisamente e letteralmente: la sua "capacità economico-finanziaria, nonché tutte le risorse, nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione del servizio"); ed a garantire in pieno le cc.dd. 'società ausiliate'.

D'altra parte la Sezione ha già chiarito - in più d'un precedente analogo - che allorquando un'impresa intenda avvalersi (mediante stipula di 'contratto di avvalimento') dei requisiti finanziari di un'altra (c.d. "avvalimento di garanzia"), la 'prestazione' (oggetto specifico dell'obbligazione) è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell'impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi 'materiali', ma dal suo impegno a "garantire" con le proprie complessive risorse economiche - il cui indice è costituito dal fatturato - l'impresa 'ausiliata' (munendola, così, di un requisito che altrimenti non avrebbe e consentendole di accedere alla gara nel rispetto delle condizioni poste dal Bando) (C.S., III[^], 2.3.2015 n.1020; Id., 6.2.2014 n.584 e 4.12.2014 n.5978).

In altri termini, ciò che la impresa ausiliaria 'presta' alla (rectius: mette a disposizione della) 'impresa ausiliata' è il suo valore aggiunto in termini di "solidità finanziaria" e di acclarata "esperienza di settore", dei quali il fatturato costituisce indice significativo.

Ne consegue che non occorre che la dichiarazione negoziale costitutiva dell'impegno contrattuale si riferisca a specifici beni patrimoniali (o ad indici materiali atti ad esprimere una determinata consistenza patrimoniale) e dunque alla messa a disposizione di beni da descrivere ed individuare con precisione, essendo sufficiente che da essa (dichiarazione) emerga l'impegno (contrattuale) della società ausiliaria a 'prestare' (ed a mettere a disposizione della c.d. società ausiliata) la sua complessiva solidità finanziaria ed il suo patrimonio esperienziale, garantendo con essi una determinata affidabilità ed un concreto supplemento di responsabilità (C.S., V[^], 27.4.2015 n.2063; nonché già citate: C.S., III[^], 2.3.2015 n.1020; Id., 6.2.2014 n.584 e 4.12.2014 n.5978).

E poiché dai 'contratti di avvalimento' esaminati emerge che le volontà negoziali dei contraenti sono orientate nel senso sopra descritto, e che i rispettivi impegni si sono perfezionati, il provvedimento di aggiudicazione impugnato resiste, sotto il profilo in esame, alla censura.

1.3.2. Con il secondo profilo di doglianza di cui al terzo motivo d'appello, l'appellante (società TUNDO) deduce che tanto l'art.49, comma 8, del Codice dei contratti pubblici che il disciplinare di gara vietano - a pena di inammissibilità - che più di un 'concorrente' si avvalga della medesima impresa ausiliaria, ciò che invece è avvenuto nel caso dedotto in giudizio (posto che del requisito finanziario posseduto dalla società BAGLIVI TOURS s.r.l. si sono avvalsi sia la società CAPOGNA AUTOSERVIZI (capogruppo) che la società AUTONOLEGGI DIGIULIO s.r.l (mandante).

La doglianza non merita accoglimento.

La norma invocata dall'appellante stabilisce che "non è consentito che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente (...)".

E poiché nelle gare d'appalto vanno definiti "concorrenti" i soggetti che, singolarmente ovvero associati in gruppi, partecipano alla competizione al fine di aggiudicarsi l'appalto (e non già i singoli associati di ciascun raggruppamento, che ai fini dell'aggiudicazione non costituiscono entità soggettive autonome), il significato della norma è chiaro.

Essa statuisce, all'evidenza (ed in claris non fit interpretatio) che è vietato che un'impresa ausiliaria di cui si avvale un 'concorrente' - inteso nel senso sopra indicato (e dunque anche un 'raggruppamento' nel caso in cui partecipi alla gara utilizzando tale formula associativa) - possa prestare i propri requisiti anche ad un altro 'concorrente'; e cioè ad un soggetto in fisiologica e strutturale competizione con il primo.

E della norma in esame, oltre ad essere chiaro il testo, è chiara anche la ratio; volta ad evitare che la medesima impresa ausiliaria 'serva', al tempo stesso, un 'concorrente' ed il suo avversario (e cioè due concorrenti in conflitto tra loro); ciò che finirebbe con il costituire una evidente distorsione.

Dal che l'infondatezza della censura in esame che è volta ad interpretare la norma - oltre il suo chiaro significato testuale (e finanche oltre la sua ratio evidente) - come introduttiva di un divieto operante anche 'all'interno' dei vari raggruppamenti, come se gli associati fossero in conflitto fra loro (anziché agenti in cooperazione e collaborazione). Divieto che costituirebbe un'assurdità, in quanto si porrebbe in antitesi (ed in controtendenza) con la ratio sottesa all'intera normativa (anche europea) in esame, normativa che consente alle imprese di raggrupparsi proprio al fine di conseguire insieme (in gruppo) risultati - in termini di capacità finanziaria - che da sole non sarebbero in grado di raggiungere (cfr., C.S., V[^], 18.2.2013 n.965; nonché, per un orientamento ancor più estensivo, secondo cui il c.d. 'doppio avvalimento' è consentito anche 'extra gruppo': C.S., VI[^], 29.12.2010 n.9577).

1.3.3. Con il terzo profilo di doglianza (di cui al terzo motivo d'appello) l'appellante deduce, infine:

- che in capo ad ogni componente del medesimo raggruppamento temporaneo d'imprese dev'esservi una

corrispondenza tra quote proporzionali di partecipazione al raggruppamento, quote proporzionali relative all'esecuzione della prestazione e quote proporzionali dei relativi requisiti finanziari;

- che, nella fattispecie, la mandataria capogruppo CAPOGNA AUTOSERVIZI e la mandante AUTONOLEGGI DIGIULIO hanno dichiarato di partecipare al raggruppamento per le quote, rispettivamente, del 50% e del 40%;

- e che pertanto avrebbero dovuto partecipare alle spese per la realizzazione del servizio nella stessa quota e possedere il requisito economico-finanziario ciascuna in pari proporzione alla propria quota.

La doglianza non merita accoglimento.

A seguito delle novelle che hanno modificato l'art.37 del codice dei contratti pubblici (DL n.95/2012 convertito, con modifiche, in L. n.135/2012, in vigore dal 15.8.2012; e, successivamente, art.12, comma 8, DL n.47/2012 convertito in L. n.80/2014 in vigore dal 28.5.2014), il c.d. "principio di corrispondenza fra quote di partecipazione, quote di qualificazione e quote di esecuzione" (d'ora innanzi denominato, per semplicità, "principio di corrispondenza fra quote") non è operante (e non si applica) agli appalti pubblici di servizi (per i quali a carico dei raggruppamenti di imprese sopravvive esclusivamente l'obbligo di indicare in sede di offerta le parti del servizio da eseguirsi da ciascun operatore; obbligo previsto dal comma 4 della predetta norma).

Né ha pregio l'argomento secondo cui la precedente normativa continuerebbe ad applicarsi alle procedure esperite (o avviate) sotto il suo vigore.

Ed invero già fin da tempo anteriore alla scadenza della data fissata per la presentazione delle offerte, tale normativa (che prescriveva l'osservanza, anche per gli appalti di servizi, del c.d. "principio di corrispondenza fra quote"), non era più in vigore.

1.4. Dalla infondatezza dei motivi esaminati deriva anche, per logica conseguenza, la infondatezza delle domande giudiziali introdotte con il quarto motivo d'appello, volte a censurare la sentenza appellata nella parte in cui ha respinto l'istanza di declaratoria dell'inefficacia del contratto stipulato dall'Amministrazione a seguito dell'aggiudicazione e ad ottenere il risarcimento dei danni.

2. Dal rigetto delle domande giudiziali sopra esaminate deriva altresì la improcedibilità di quelle introdotte con l'appello incidentale, connesso a quello principale - nella fattispecie - da un nesso di mera accessorietà.

3. In considerazione delle superiori osservazioni ed assorbito quant'altro, il ricorso principale va respinto e quello incidentale va dichiarato improcedibile.

La delicatezza delle questioni dibattute, che ha visto impegnate le parti in difese tecniche ed in operazioni ermeneutiche particolarmente analitiche e dettagliate, e la sussistenza di orientamenti giurisprudenziali in evoluzione, giustificano pienamente la compensazione delle spese processuali fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sez. III^A, respinge il ricorso principale e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Compensa le spese fra le parti costituite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 maggio 2015 con l'intervento dei Signori Magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Bruno Rosario Polito, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Carlo Modica de Mohac, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 04/11/2015

N. 05045/2015REG.PROV.COLL.
N. 06955/2015 REG.RIC.
N. 07132/2015 REG.RIC.
N. 08097/2015 REG.RIC.

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 6955 del 2015, proposto da:

Essebi Costruzioni di Salvatore Baffa s.r.l. , quale capogruppo del costituendo raggruppamento temporaneo con la società Matera Costruzioni Srl e l'ing. Vincenzo Alfonso Cosimo, rappresentati e difesi dagli avvocati Cesare Loria, Luigi Cesaro e Nicola Manna, con domicilio eletto presso l'avvocato Luigi Cesaro in Roma, Via Monte Santo 25;

contro

Unical - Università della Calabria, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Pierre Costruzioni Srl, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Cristina Lenoci, con domicilio eletto presso l'avvocato Maria Cristina Lenoci in Roma, Via Cola di Rienzo 271;
Research Consorzio Stabile s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Napolitano, con domicilio eletto presso il medesimo difensore in Roma, corso Trieste, 16;

sul ricorso per decreto ingiuntivo numero di registro generale 7132 del 2015, proposto da:

Pierre Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Cristina Lenoci, con domicilio eletto presso il medesimo difensore in Roma, Via E. Gianturco, 1;

contro

Research Consorzio Stabile s.c. a r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Salvatore Napolitano, con domicilio eletto presso il medesimo difensore in Roma, corso Trieste, 16;

nei confronti di

Unical - Università della Calabria;

sul ricorso per decreto ingiuntivo numero di registro generale 8097 del 2015, proposto da:

Università della Calabria, in persona del rettore pro-tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici è domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi 12;

contro

Research Consorzio Stabile Scarl;

nei confronti di

Pierre Costruzioni s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Cristina Lenoci, con domicilio eletto presso il medesimo difensore in Roma, Via E. Gianturco, 1;
Essebi Costruzioni di Salvatore Baffa s.r.l.;

per la riforma

quanto al ricorso n. 6955 del 2015:

della sentenza del T.a.r. Calabria - Catanzaro :sezione I n. 1165/2015, resa tra le parti, concernente affidamento appalto integrato di progettazione e esecuzione lavori per il potenziamento del polo di innovazione e di trasferimento tecnologico e risarcimento danno

quanto al ricorso n. 7132 del 2015:

della sentenza del T.a.r. Calabria - Catanzaro :sezione I n. 1166/2015, resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva appalto integrato di progettazione ed esecuzione lavori polo di innovazione e di trasferimento tecnologico e risarcimento danno

quanto al ricorso n. 8097 del 2015:

della sentenza del T.a.r. Calabria - Catanzaro :sezione I n. 1166/2015, resa tra le parti, concernente aggiudicazione definitiva appalto integrato progettazione ed esecuzione dei lavori di potenziamento del polo di innovazione e trasferimento tecnologico e risarcimento danno

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Unical - Università della Calabria, di Pierre Costruzioni Srl e di Research Consorzio Stabile s.c. a r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2015, il Consigliere di Stato Giulio Castriota Scanderbeg e uditi per le parti l'avvocato Loria, l'avvocato Iorio per delega dell'avvocato Manna, l'avvocato dello Stato D'Avanzo, l'avvocato Napolitano e l'avvocato Lenoci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Con ricorso in appello RG n. 6955/15 la società Essebi Costruzioni di Salvatore Baffa s.r.l., quale capogruppo del raggruppamento temporaneo di imprese con Matera Costruzioni s.r.l. e l'ing. Vincenzo Alfonso Cosimo, impugna la sentenza del Tribunale amministrativo regionale della Calabria 1° luglio 2015 n. 1165 che ha respinto il ricorso dalla stessa proposto avverso il decreto del direttore generale dell'Università della Calabria 25 febbraio 2015 n. 296 recante l'annullamento dell'aggiudicazione già disposta in suo favore e la contestuale esclusione di essa appellante dalla gara indetta dall'Università della Calabria per l'affidamento della progettazione e per l'esecuzione dei lavori per il potenziamento del polo innovativo e di

trasferimento tecnologico.

L'appellante torna a censurare in questo grado l'illegittimità del provvedimento di ritiro dell'aggiudicazione in suo favore (e di esclusione dalla stessa adottato in suo danno dalla Università della Calabria), rilevando la piena determinatezza del contratto di avvalimento prodotto a corredo della offerta. In particolare, l'appellante osserva che, poiché a formare oggetto del predetto contratto di avvalimento sarebbero i requisiti di capacità tecnica richiesti dal bando in relazione all'attività di progettazione dell'appalto integrato di che trattasi, il contratto prodotto sarebbe completo in ogni suo elemento ed utile a trasferire in capo ad essa concorrente i requisiti tecnico-professionali posseduti dalla società di progettazione ausiliaria.

Di qui i motivi di appello e la richiesta di accoglimento, con l'appello, del ricorso di primo grado, con conseguenziale annullamento, in riforma della impugnata sentenza, dell'atto in quella sede impugnato.

Si è costituita la controinteressata Pierre Costruzioni s.r.l. per resistere all'appello e per chiederne la reiezione.

2.- Con distinto ricorso in appello RG n. 7132/15 la società Pierre Costruzioni s.r.l., partecipante alla medesima gara d'appalto e risultata aggiudicataria della stessa a seguito del ritiro della originaria aggiudicazione disposta in favore di Essebi Costruzioni s.r.l., impugna la sentenza del medesimo Tribunale amministrativo calabrese 1° luglio 2015 n. 1166 che, in accoglimento del ricorso di altro concorrente Research Consorzio Stabile s.c. a r.l., ha annullato la predetta aggiudicazione in suo favore.

Tale ultima sentenza è stata impugnata con ulteriore autonomo ricorso (RG n. 8097/15) anche dall'Università della Calabria, amministrazione aggiudicatrice della gara de qua.

In tali ultimi appelli è stata censurata la erroneità della gravata sentenza di accoglimento, adottata sull'assunto che Pierre Costruzioni avrebbe presentato in gara un'offerta inammissibile, essendo risultato il prezzo globale offerto (in esito all'operazione di riparametrazione sulla base degli importi indicati nel computo metrico estimativo) superiore a quello indicato nella base d'asta dalla amministrazione aggiudicatrice. Gli appellanti qui contestano le modalità attraverso le quali il giudice di primo grado è pervenuto ad adottare tale non condivisa decisione, rilevando come il computo metrico estimativo non avrebbe dovuto essere considerato come "vincolante" non avendo lo stesso alcuna valenza negoziale ed essendo piuttosto il prezzo globale offerto a suggellare il ribasso offerto, con conseguente rimodulazione degli importi discordanti risultanti dal computo metrico. Gli appellanti hanno quindi concluso per l'accoglimento degli appelli e per il rigetto, in riforma della impugnata sentenza, del ricorso di Reserch Consorzio stabile, con conseguente ripristino dell'efficacia del provvedimento di aggiudicazione in favore di Pierre Costruzioni.

Le parti hanno prodotto memorie illustrative in vista dell'udienza di discussione.

All'udienza pubblica del 3 novembre 2015 i ricorsi in appello sono stati trattenuti in decisione, che è stata resa come da separato dispositivo.

3. Anzitutto va disposta la riunione dei ricorsi in appello in esame, tutti riguardanti la medesima gara d'appalto.

Il Collegio ritiene prioritario, per evidenti ragioni di ordine logico, l'esame del ricorso in appello Rg n. 6955/15, che riguarda la originaria aggiudicazione della gara (poi ritirata in autotutela) alla società Essebi.

4.-L'appello è fondato e va accolto nei sensi di cui appresso.

5.- Con il ricorso di primo grado l'odierna appellante contestava la legittimità del provvedimento col quale l'Università della Calabria, dopo aver disposto l'aggiudicazione della gara de qua in favore del

raggruppamento qui appellante, ne ha disposto l'annullamento ed ha quindi fatto luogo all'esclusione del concorrente dalla medesima gara per ritenuta incompletezza del contratto di avvalimento prodotto a corredo dell'offerta.

Rileva la Sezione che pur essendo pacifico in giurisprudenza il carattere generalizzato dell'istituto dell'avvalimento, finalizzato a favorire la massima partecipazione nelle gare di appalto e la effettività della concorrenza secondo i principi di rilievo comunitario, tale istituto va tuttavia temperato con la esigenza di assicurare idonee garanzie alla stazione appaltante per la corretta esecuzione dei lavori e dei servizi.

Solo il concorrente assume infatti obblighi contrattuali con la pubblica amministrazione appaltante tanto che l'ausiliario, a mente dell'art. 49 co.2 lett. d) si obbliga verso il concorrente e la stazione appaltante a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui è carente il concorrente mediante apposita dichiarazione; inoltre l'ausiliario diventa ex lege responsabile in solido con il concorrente in relazione alle prestazioni oggetto del contratto (art. 49 co.4). La responsabilità solidale, che è garanzia di buona esecuzione dell'appalto, può sussistere solo in quanto la impresa ausiliaria sia collegata contrattualmente al concorrente tant'è che l'art. 49 prescrive l'allegazione, già in occasione della domanda di partecipazione, del contratto di avvalimento mentre tale vincolo contrattuale diretto con il concorrente e con la stazione appaltante non sussiste nel caso in cui sia lo stesso ausiliario che ricorre ai requisiti posseduti da terzi (Cons. Stato, III, 1.10.2012 n.5161 cit.). L'avvalimento di cui all' art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006 è finalizzato a soddisfare i requisiti strettamente connessi alla prova della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale, nel senso che l'impresa ausiliata può far fronte alle proprie carenze, avvalendosi, per l'espletamento dell'appalto, dei requisiti posseduti dall'impresa ausiliaria. Fanno eccezione alla portata generale di tale istituto i requisiti strettamente personali, come quelli di carattere generale ai sensi dell'art. 38 del citato d.lgs. n. 163 del 2006 (cd. requisiti di idoneità morale), così come quelli soggettivi di carattere personale, individuati nell'art. 39 del medesimo d. lgs. (cd. requisiti professionali). Tali requisiti, infatti, non sono attinenti all'impresa e ai mezzi di cui essa dispone e non sono intesi a garantire l'obiettivo qualità dell'adempimento; sono, invece, relativi alla mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente - e quindi non dell'impresa ma dell'imprenditore - a partecipare alla gara d'appalto e ad essere, quindi, contraente con la p.a. (Consiglio di Stato, sez. V, 5 novembre 2012, n. 5595).

6.- Ciò premesso, va rilevato che nella gara de qua la odierna appellante, dopo essere stata dichiarata aggiudicataria della gara relativa all'appalto integrato di che trattasi, ne è stata esclusa su rilievo del carattere indeterminato del contratto di avvalimento dalla stessa prodotto a corredo dell'offerta, con particolare riguardo alle modalità ed ai limiti con cui le risorse vengono messe a disposizione dell'impresa ausiliata.

Il Tar, nel respingere il ricorso dell'odierna appellante Essebi Costruzioni, ha evidenziato come l'esclusione (seppur tardiva) della odierna appellante da parte della amministrazione aggiudicatrice fosse da ritenere legittima alla luce del costante orientamento giurisprudenziale che impone l'indicazione, nel contratto di avvalimento, della analitica e specifica elencazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati all'impresa ausiliata. Nella dichiarazione contrattuale sarebbe stata omessa l'indicazione specifica dei mezzi e delle effettive risorse messe a disposizione dell'ATI qui appellante, che sarebbero stati richiamati in maniera generica ed indeterminata, sicché l'avvalimento si sarebbe rivelato un contratto nullo per indeterminatezza dell'oggetto, con violazione del disposto dell' art.49, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 nonché dell'art.88 del d.P.R. n. 207 del 2010.

Tale violazione avrebbe costituito anche un'espressa causa di esclusione ai sensi del disciplinare di gara e l'incompletezza non sarebbe stata sanabile ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 163 del 2006 per il quale non è ammessa la presentazione postuma di una dichiarazione mancante, pena la violazione del principio di par condicio competitorum.

7.- L'appellante Essebi Costruzioni censura tale pronuncia, sotto il profilo che la stessa avrebbe travisato i contenuti del contratto di avvalimento dalla stessa prodotto in gara e della stessa giurisprudenza

amministrativa citata a supporto della decisione, dato che i riferiti principi di specificità riguardo alle risorse ed ai mezzi prestati con il contratto di avvalimento sarebbero relativi alle certificazioni di qualità (e quindi del tutto estranei all'oggetto dell'avvalimento per cui è qui giudizio).

8.- Osserva il Collegio che il motivo d'appello è fondato e meritevole di accoglimento. Osserva la Sezione che il limite di operatività dell'istituto dell'avvalimento di cui all' art.49 comma 2, lett. f) del d.lgs. n. 163 del 2006, suscettibile di un amplissimo campo operativo, è dato anzitutto dal fatto che la messa a disposizione dei requisiti mancanti non deve riferirsi alle capacità di ordine generale del partecipante (quale la idoneità morale di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006) né ai requisiti soggettivi di carattere personale, individuati nell'art. 39 del medesimo d. lgs. (cd. requisiti professionali). Tali requisiti, infatti, sono relativi alla mera e soggettiva idoneità professionale del concorrente e quindi non sono surrogabili neppure con l'avvalimento, il cui perimetro applicativo resta quello dei requisiti strettamente connessi alla prova della capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale del concorrente. Inoltre, il trasferimento del requisito all'impresa ausiliata non può risolversi nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto, essendo invece necessario, anche alla luce del chiaro disposto dell'art. 88 del d.P.R. n. 207 del 2010 che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti). Sulla base di tale enunciato, è stato affermato (Cons. Stato, V, 27 aprile 2015, n. 2063) che è pacificamente insufficiente allo scopo la pedissequa riproduzione, nel testo del contratto di avvalimento, della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente" o espressioni equivalenti.

9.- Nel caso in esame anzitutto non può profilarsi alcun limite ostativo al ricorso all'avvalimento connesso alla natura personalistica dei requisiti oggetto di "messa a disposizione", dato che a formare oggetto del prestito non è né un requisito di ordine generale né un requisito inerente l'esercizio di una professione regolamentata (cfr. sul punto Cons. Stato, Sez. V, 28 luglio 2015 n. 3698 sul diverso caso dell'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento all'iscrizione all'albo nazionale dei gestori ambientali).

Ed invero, nel caso di specie, il contratto di avvalimento intercorso tra l'ing. Vincenzo Colosimo (partecipante all'ATI odierna appellante) e l'ing. Francesco Tucci, quale legale rappresentante e direttore tecnico della Idro. Strade s.r.l., ha avuto ad oggetto i requisiti speciali di qualificazione professionale (non quindi di abilitazione tout court) per l'esecuzione del servizio di progettazione oggetto d'appalto, dato che il professionista " concorrente" non era abilitato, all'epoca di presentazione dell'offerta, ad eseguire le progettazioni relative alle categorie OG 11 e OG 1 richiesta dalla lex specialis di gara. Detto requisito di speciale abilitazione sussisteva invece pacificamente in capo alla società di progettazione ausiliaria, che non si è impegnata semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, avvalendosi della formula legislativa della messa a disposizione delle "risorse necessarie di cui è carente il concorrente" (o vaghe espressioni similari), ma ha espressamente assunto un impegno sufficientemente specifico a garantire all'impresa avvalente l'attività di progettazione richiesta per l'esecuzione dell'appalto integrato di che trattasi, con le proprie risorse di carattere economico, finanziario ed organizzativo, nonché con il proprio personale dipendente e le proprie attrezzature.

In particolare, dalla lettura del contratto di avvalimento oggetto di causa si evince che l'ing. Vincenzo Alfonso Cosimo ha inteso avvalersi dell'ing. Francesco Tucci, nella riferita qualità nonché a titolo personale di libero professionista, per acquisire da questi i requisiti professionali per lo svolgimento: a) per la cat. OG 11 dei servizi di progettazione eseguiti per un importo superiore a quelli previsti dal bando e dal disciplinare di gara; b) per la cat. OG 1 dei servizi di progettazione eseguiti per un importo superiore a quelli previsti dal bando e dal disciplinare di gara. Inoltre, ha formato oggetto di avvalimento il requisito tecnico organizzativo relativo al numero medio annuo del personale tecnico utilizzato dalla società ausiliaria (superiore a due unità di personale) nonché tutte le risorse, nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione dei servizi previsti nella gara in oggetto. Il soggetto ausiliario ha altresì fornito dichiarazione circa il possesso di tutti i requisiti necessari per la partecipazione alla gara, sia in relazione ai requisiti generali sia a quelli di carattere speciale in relazione alle capacità economico-finanziarie e tecnico-organizzative di cui all'art. 263, comma 1, lettere

a), b) c) e d) del d.P.R. n. 207 del 2010.10. Alla luce delle complessive indicazioni contenute in detto contratto può quindi ritenersi che lo stesso non sia inficiato da indeterminatezza contenutistica e che la fattispecie in esame non presenti profili di incompatibilità con il quadro normativo e giurisprudenziale (cui in precedenza è stato fatto cenno) che, in materia, prevede che le parti devono impegnarsi a mettere a disposizione non già i requisiti quali meri valori astratti, ma le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le componenti che giustificano l'attribuzione della particolare qualificazione professionale dell'ausiliaria.

D'altra parte, a comprovare che il contratto di avvalimento per cui è giudizio avesse un oggetto ben determinato in relazione ai contenuti specifici della particolare qualificazione professionali richiesta dalla lex specialis di gara in capo al progettista è dimostrato dai contenuti della nota 21 gennaio 2015, con la quale la stazione appaltante, dopo l'aggiudicazione della gara alla odierna società appellante, ha chiesto alla stessa di dimostrare il possesso in capo alla società ausiliaria di tutti i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi dalla medesima dichiarati, ed in particolare lo svolgimento negli ultimi dieci anni di due servizi appartenenti alle categorie di lavori cui si riferisce il servizio da affidare (e cioè alle cat. OG11 e OG1) nonchè il numero medio del personale impiegato negli ultimi 3 anni.

11.- Vi è stata quindi piena corrispondenza tra quanto dichiarato dal concorrente in ordine ai requisiti oggetto di avvalimento e quanto inteso dalla stazione appaltante, che ha correttamente dato corso dopo l'aggiudicazione alla verifica della concreta sussistenza dei requisiti dichiarati dal concorrente e dalla società ausiliaria. In tale quadro non trova giustificazione il successivo ritiro in autotutela dell'aggiudicazione già disposta in favore della società Essebi Costruzioni che, per contro, sotto il profilo dei requisiti oggetto di avvalimento non avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

12.- Per quanto detto, l'appello di Essebi merita di essere accolto e, in riforma della impugnata sentenza, va annullato, in accoglimento del ricorso di primo grado, l'atto di annullamento dell'aggiudicazione a suo tempo disposta in favore dell'odierna società appellante.

Dalla presente pronuncia, oltre al ripristino dell'efficacia dell'originaria aggiudicazione della gara in favore di Essebi Costruzioni, discende altresì la sopravvenuta carenza di interesse alla definizione degli altri appelli e dello stesso ricorso di primo grado di Research Consorzio Stabile, posto che né Pierre Costruzioni né Resarch Consorzio Stabile potrebbero ottenere l'attribuzione dell'unico bene della vita qui in contesa (i.e., l'aggiudicazione della gara), che spetta - per le ragioni dianzi evidenziate - a Essebi Costruzioni.

13.- Per conseguenza, in uno alla declaratoria di improcedibilità, ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. c) Cod. proc.amm., dei ricorsi in appello di Pierre Costruzioni e dell'Università della Calabria nonché del ricorso di primo grado di Research Consorzio Stabile, va disposto l'annullamento senza rinvio della sentenza del T.A.R. della Calabria 1° luglio 2015 n. 1166.

In definitiva, previa la già disposta riunione, gli appelli vanno così definiti:

-va accolto il ricorso in appello RG n.6955/15 e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, va annullato il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione della gara già disposta in favore di Essebi Costruzioni di salvatore Baffa s.r.l., con conseguente ripristino dell'efficacia di detta aggiudicazione in favore di tale ultima società;

- vanno dichiarati improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse gli appelli proposti dall'Università della Calabria (RG n. 8097/15) e da Pierre Costruzioni (R.G. n. 7132/15) nonché il ricorso di primo grado di Resarch Consorzio Stabile e, per l'effetto, va annullata senza rinvio la sentenza del T.A.R. Calabria 1° luglio 2015 n. 1166.

14.- Le spese relative al ricorso in appello (RG n 6955/15) seguono la regola della soccombenza nei rapporti tra la società appellante e l'Università della Calabria e sono liquidate, in relazione ad entrambi i gradi del

giudizio, come da dispositivo e le dichiara compensate tra le altre parti del giudizio. Vanno invece compensate tra le parti, sussistendone giusti motivi, le spese relative agli appelli RG n.7132/15 e Rg n. 6955/15.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede:

- riunisce i ricorsi in appello di cui in epigrafe;

- accoglie il ricorso in appello RG n.6955/15 e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, annulla il provvedimento di annullamento dell'aggiudicazione della gara già disposta in favore di Essebi Costruzioni di Salvatore Baffa s.r.l., con conseguente ripristino dell'efficacia di detta aggiudicazione in favore di tale ultima società;

- dichiara improcedibili per difetto di interesse gli appelli proposti dall'Università della Calabria (RG n. 8097/15) e da Pierre Costruzioni (R.G. n. 7132/15) nonché il ricorso di primo grado di Resarch Consorzio Stabile e, per l'effetto, annulla senza rinvio la sentenza del T.A.R. Calabria 1° luglio 2015 n. 1166;

Condanna l'Università della Calabria, in relazione al ricorso in appello (RG n 6955/15), al pagamento, in favore della società Essebi Costruzioni di Salvatore Baffa s.r.l., delle spese e degli onorari del doppio grado di giudizio, che liquida in complessivi euro 3000,00 (tremila/00), oltre accessori come per legge. Dichiara compensate le spese nei confronti delle altre parti.

Dichiara altresì compensate tra le parti, sussistendone giusti motivi, le spese relative agli appelli RG n.7132/15 e RG n. 6955/15.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere, Estensore

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Marco Buricelli, Consigliere

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9191 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto dalla Elle Lavori s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Pantaleo Ernesto Bacile, con domicilio eletto presso la sig.ra Barbara Cataldi in Roma, corso del Rinascimento 11;

contro

Comune di Muro Leccese;

nei confronti di

C.S.C. Consorzio Stabile Costruttori, rappresentato e difeso dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso il dott. Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria 2;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA – Sezione di Lecce, Sez. III, n. 51/2013, resa tra le parti, e in primo luogo del relativo dispositivo n. 2039/2012, concernente l'aggiudicazione di una gara per i lavori di pedonalizzazione e rigenerazione di Largo S. Marina.

Visti il ricorso in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del C.S.C. Consorzio Stabile Costruttori;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 ottobre 2015 il Cons. Nicola Gaviano e udito per la parte privata appellata l'avv. Pietro Quinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1 La Elle Lavori s.r.l., risultata seconda graduata nella gara indetta dal Comune di Muro Leccese per l'affidamento dei lavori di pedonalizzazione e rigenerazione di Largo Santa Martina, impugnava con ricorso al T.A.R. per la Puglia – Sezione di Lecce l'aggiudicazione definitiva dell'appalto al C.S.C. Consorzio Stabile

Costruttori, disposta con la determinazione n. 160 del 13 aprile 2012 del Responsabile del Settore II "Assetto del Territorio, Lavori Pubblici, Urbanistica, Edilizia" del medesimo Comune.

A fondamento del ricorso venivano dedotti motivi così rubricati:

a) violazione e falsa applicazione degli artt. 40, 46, comma 1 bis, e 74 del d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 15 bis del d.P.R. n. 34/2000, come sostituito dall'art. 77 del d.P.R. n. 207/2010, e del disciplinare di gara;

b) eccesso di potere per difetto istruttorio, omessa verifica del progetto presentato, perplessità dell'azione amministrativa ed erroneo presupposto di fatto.

La ricorrente domandava, altresì, che venisse dichiarata l'inefficacia del contratto eventualmente stipulato dal Comune con l'aggiudicataria e disposto il proprio subentro nell'appalto.

La controinteressata C.S.C. Consorzio Stabile Costruttori si costituiva in giudizio in resistenza all'impugnativa, della quale chiedeva il rigetto. La resistente proponeva anche un ricorso incidentale in funzione dell'esclusione della controparte dalla procedura.

2 All'esito del giudizio di primo grado il Tribunale adito, con la sentenza n. 51 del 15 gennaio 2013 in epigrafe -preceduta da dispositivo n. 2039 del 14 dicembre 2012- respingeva il ricorso principale, reputato infondato, e dichiarava improcedibile per sopravvenuto difetto d'interesse il gravame incidentale.

3 Seguiva avverso tale decisione la proposizione del presente appello alla Sezione da parte della società soccombente, proposto inizialmente avverso il dispositivo della sentenza del Tribunale e integrato, in seguito, mediante motivi avviati a notifica il 22 gennaio 2013 e ritualmente depositati, con i quali venivano reiterate le censure a base del gravame e contestati gli argomenti con cui il T.A.R. le aveva disattese.

La controinteressata resisteva all'impugnativa avversaria anche nel nuovo grado di giudizio, deducendo l'infondatezza dei motivi d'appello e riproponendo il proprio ricorso incidentale.

La ricorrente con successiva memoria insisteva sulle proprie doglianze, controdeducendo alle obiezioni e al ricorso incidentale di controparte.

L'appellata presentava uno scritto di replica.

La domanda cautelare proposta dall'appellante veniva respinta dalla Sezione con ordinanza in data 13 febbraio 2013.

Da ultimo, l'aggiudicataria depositava in giudizio un certificato di regolare esecuzione dei lavori.

Alla pubblica udienza del 13 ottobre 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

4 L'appello è infondato.

5a La società Elle Lavori lamenta con il suo primo mezzo la violazione degli artt. 46, comma 1 bis, e 74 del d.lgs. n. 163/2006, nonché del disciplinare di gara, nella parte in cui questo avrebbe prescritto che tutta la documentazione costituente l'offerta tecnica doveva essere firmata in ogni singola pagina.

Segnatamente, la comminatoria "a pena di esclusione dalla gara", riportata nel disciplinare nel corpo del primo paragrafo del suo art. 1.3 ("Busta "B – Offerta Tecnica/Qualitativa"), avrebbe dovuto intendersi come riferibile a tutti gli adempimenti formali di seguito elencati nell'articolo stesso. L'aggiudicataria, quindi, sarebbe dovuta essere senz'altro esclusa dalla procedura, per avere presentato degli elaborati carenti delle sottoscrizioni prescritte.

5b In proposito il primo Giudice ha osservato, tuttavia, che la regola della firma dell'offerta tecnica "in ogni pagina", per quanto enunciata dal disciplinare, non era assistita da una clausola di esclusione dall'appalto, la quale figurava circoscritta entro i confini del precedente primo comma dell'articolo interessato. La regola invocata era, inoltre, sostanzialmente smentita dall'interpretazione sistematica del disciplinare, stante la diversa disciplina specificamente dettata in argomento dall'art. 2.1 della stessa fonte di *lex specialis*. Infine, la critica di parte era contraddetta anche dai principi generali.

5c L'appellante contesta le considerazioni svolte dal Tribunale argomentando su ciascuno dei piani logici appena delineati (interpretazione letterale e sistematica del disciplinare; richiamo alle norme ordinamentali e ai principi generali).

La Sezione è però dell'avviso che l'impostazione seguita dal T.A.R. resista alle critiche che le sono state mosse.

5d In primo luogo, l'interpretazione letterale dell'art. 1.3 del disciplinare cui è pervenuto il primo Giudice risulta ineccepibile.

La comminatoria di esclusione che la ricorrente richiama risulta effettivamente contenuta solo nel comma precedente quello enunciativo della regola secondo cui "l'offerta tecnica dovrà essere firmata in ogni pagina" (il primo comma dell'articolo, invero, recita: "Tutta la documentazione contenuta nella busta "B – Offerta tecnica/qualitativa" dovrà, a pena di esclusione dalla gara, essere redatta in lingua italiana e priva di qualsiasi indicazione (diretta o indiretta) di carattere economico, e contenere in modo completo e dettagliato le caratteristiche di quanto offerto, con riferimento ai criteri e sub-criteri di valutazione del presente bando").

Non è dato rinvenire, inoltre, l'esistenza di alcun elemento di raccordo tra i due commi, tale da poter giustificare l'estensione della predetta comminatoria, ubicata nel primo di essi, anche a supporto dei precetti recati dal secondo comma e dai successivi. Né una simile estensione potrebbe essere legittimata da una pretesa valenza sovraordinata rivestita, in tesi, dal primo comma dell'articolo, quale fonte di regole ipoteticamente "generali", rispetto ai commi seguenti, giacché l'uno e gli altri hanno, in realtà, oggetti e ambiti differenziati, e si collocano sul medesimo piano.

5e La rigida lettura della *lex specialis* patrocinata dalla ricorrente non è poi conciliabile con lo specifico regime dettato dall'art. 2.1 dello stesso disciplinare.

Tale articolo, che si occupa ex professo proprio dei contenuti dell'offerta tecnica/qualitativa, stabilisce con articolata e puntuale regolamentazione che l'offerta "dovrà comprendere, a pena di esclusione, i seguenti elaborati:

- i. elenco riassuntivo delle varianti migliorative e/o integrative proposte, composto da un fascicolo contenente una scheda riepilogativa ... pari ad una singola facciata, per ciascuna delle varianti proposte;
- ii. relazione tecnico descrittiva, sottoscritta dal legale rappresentante o da un suo procuratore e da un tecnico laureato ed abilitato ..., per ciascuna delle varianti migliorative;
- iii. computo metrico ... dell'intero progetto migliorativo che si andrà a realizzare, sottoscritto dal legale rappresentante o da un suo procuratore e da un tecnico laureato ed abilitato;
- iv. elaborati grafici, sottoscritti dal legale rappresentante o da un suo procuratore e da un tecnico laureato ed abilitato, che descrivano nel dettaglio e nelle scale adeguate le eventuali proposte di varianti ...".

Orbene, la Sezione non può che riscontrare la correttezza delle constatazioni che il T.A.R. ha tratto dalla

disciplina appena esposta, allorché ne ha desunto i debiti corollari e ha dato atto che l'aggiudicataria si era compiutamente attenuta alle relative prescrizioni.

Nella sentenza in epigrafe si legge, infatti:

“a) l'“elenco riassuntivo delle varianti”, non integrando autonome proposte, come sostenuto dalla ricorrente principale, ma riassumendo in un unico fascicolo, schematicamente e secondo un ordine progressivo, le migliorie diffusamente illustrate nelle relazioni tecnico-descrittive, di cui al punto iii, e negli elaborati grafici, di cui al punto iv., non doveva essere nemmeno sottoscritto.

Invero, l'aggiudicatario, ricorrente incidentale, ha provveduto ad apporre la firma oltre che in apertura anche in calce a tale documento, unitariamente inteso e meramente riepilogativo (varianti migliorative relative ai sub criteri 4.1.1. “pregio tecnico” e 4.1.2. “gestione del cantiere”), in tal modo, sottoscrivendolo;

b) il “computo metrico” doveva essere sottoscritto ed effettivamente l'aggiudicatario vi ha apposto la firma in calce previa numerazione delle pagine che lo compongono;

c) le cd. tavole o, meglio, le “relazioni tecnico-descrittive” relative al “pregio tecnico” (sub criteri 4.1.1.I., 4.1.1.II., 4.1.1.III) e alla “gestione del cantiere” (sub criterio 4.1.2), allegate al ricorso principale, dovevano essere parimenti semplicemente sottoscritte.

Il ricorrente incidentale, aggiudicatario, numerate le pagine, ha provveduto a firmare sia sul frontespizio che in calce tale documentazione, così, da ultimo, sottoscrivendola.”

5f Appare pertanto chiaro come la disciplina posta dall'art. 2.1 del disciplinare diverga dalla regola dell'art. 1.3 circa la necessità di una firma dell'offerta tecnica “in ogni pagina”.

In particolare, quest'ultima formalità non era affatto richiesta per l' “elenco riassuntivo delle varianti”, data la sua funzione meramente ricapitolativa e riproduttiva delle varianti stesse.

Per ciascuna variante migliorativa, piuttosto, era richiesta la sottoscrizione della pertinente relazione tecnico-descrittiva: ma è rilevabile per tabulas, come già accertato dal T.A.R., l'avvenuto adempimento di tale formalità. E considerazioni simili valgono anche per le restanti componenti documentali dell'offerta tecnica, che parimenti risultano sottoscritte in conformità alla disciplina dell'art. 2.1.

5g La lex specialis non suffraga, dunque, l'assunto di parte che l'aggiudicataria sarebbe dovuta essere esclusa per difetto di sottoscrizione delle singole pagine della documentazione costitutiva della sua offerta tecnica.

5h Né tale assunto può trovare giustificazione nelle norme di legge e nei principi pure richiamati dalla ricorrente, atteso che, al contrario, le une e gli altri a più forte ragione esigono il rigetto del motivo di ricorso in esame.

La Sezione deve in primo luogo puntualizzare che il requisito formale della sottoscrizione dell'offerta cui ha riguardo l'art. 74 del d.lgs. n. 163/2006 deve intendersi rispettato già con il fatto stesso dell'apposizione della formalità di cui si tratta in calce al relativo documento (cfr. C.d.S., V, 20 aprile 2012 n. 2317; VI, 18 settembre 2013, n. 4663).

Nell'ambito delle gare pubbliche per “sottoscrizione dell'offerta” deve intendersi, infatti, proprio la firma in calce alla corrispondente dichiarazione, con la quale solo si esprime, del resto, la consapevole assunzione della paternità di un testo e della responsabilità in ordine al suo contenuto (C.d.S., V, 15 giugno 2015, n. 2954; IV, 19 marzo 2015, n. 1425).

Questo adempimento, inoltre, soddisfa anche l'esigenza di certezza sul contenuto e la provenienza dell'offerta che è perseguita dall'art. 46, comma 1 bis, d.lgs. cit. (cfr. C.d.S., VI, n. 4663/2013 cit.), valore la cui lesione integra una delle cause di esclusione operanti anche nel vigente regime di tassatività delle circostanze escludenti.

Il T.A.R. ben a ragione si è richiamato infine alle seguenti considerazioni di principio, ampiamente suffragate dagli insegnamenti giurisprudenziali e tutte antitetiche alle tesi di parte ricorrente:

- la volontà dell'Amministrazione di sanzionare con l'esclusione dalla gara l'inosservanza di una particolare modalità di presentazione delle offerte deve essere chiaramente espressa dal relativo bando;

- nell'incertezza circa l'interpretazione di una clausola ambigua deve accordarsi prevalenza all'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti;

- la mancata sottoscrizione di ogni pagina di un documento, allorché questo riporti comunque in calce una firma regolarmente apposta, non toglie valore al documento medesimo, né autorizza dubbi sulla sua provenienza e sulla manifestazione di volontà da esso recata.

Si Alla luce di quanto esposto il primo motivo d'impugnazione si conferma, pertanto, infondato.

6a Il secondo motivo del ricorso della Elle Lavori è dedotto con riferimento agli artt. 40 del d.lgs. n. 163/2006 e 77 del d.P.R. n. 207/2010.

L'aggiudicataria sarebbe stata priva della qualificazione necessaria per l'esecuzione dei lavori, in quanto al momento della presentazione della sua offerta essa non aveva ancora concluso la verifica richiesta per la validazione della propria certificazione SOA, ma aveva ancora in corso il proprio procedimento di rinnovo.

La doglianza, come precisato dal Tribunale sulla scorta di quanto meglio emerso in corso di giudizio, concerne la scadenza intermedia della SOA dei Consorzi stabili, e non già la diversa scadenza, triennale, relativa alla verifica della permanenza della validità dell'attestazione SOA delle singole imprese consorziate.

6b Il T.A.R. ha disatteso l'impostazione della censura di parte ricorrente richiamandosi alla giurisprudenza di questa Sezione, la quale ha già avuto modo di chiarire quanto segue:

“occorre tenere presente che, a norma dell'art. 36, comma 7, del d.lgs. n. 163 del 2006, “il consorzio stabile è qualificato sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate”.

Da ciò consegue che, in caso di scadenza intermedia, l'adeguamento dell'attestazione può essere richiesto da parte del Consorzio stabile solo dopo che l'impresa consorziata colpita da scadenza abbia ottenuto la verifica positiva dei requisiti o il rinnovo della propria qualificazione.

Per il Consorzio stabile, quindi, non può porsi un onere di osservanza di un termine determinato, essendo incerto il giorno dal quale l'adempimento dovrebbe essere posto in essere.

Ciò che appare imprescindibile, perché costituisce principio accolto dalla legislazione del settore, è solo che entro il termine per la presentazione delle offerte il Consorzio abbia presentato la prescritta domanda di adeguamento.

Non può, infatti, logicamente asserirsi che la scadenza dell'attestazione dell'impresa consorziata possa essere irrilevante ai fini della partecipazione alla gara, se la domanda di rinnovo sia intervenuta tempestivamente, e pretendere che la stessa scadenza intermedia renda invalida la qualificazione del Consorzio che successivamente abbia tempestivamente inoltrato la richiesta di adeguamento” (in termini C.d.S., Sez. V, 8 settembre 2010 n. 6506, a sua volta richiamante la decisione 16 giugno 2009 n. 3878).

Da ciò l'esatta considerazione del primo Giudice che ai fini di una valida partecipazione alla singola procedura è sufficiente che il Consorzio stabile abbia presentato la propria istanza di aggiornamento entro il termine per la presentazione delle offerte, non occorrendo che entro tale scadenza la verifica intermedia si sia anche perfezionata.

6c Tanto premesso, secondo le puntualizzazioni del T.A.R. nella fattispecie concreta:

“ a) in data 22 febbraio 2012 veniva a scadenza la verifica intermedia del Consorzio aggiudicatario in concomitanza della scadenza dell'attestazione triennale di un'impresa consorziata;

b) il medesimo Consorzio aveva prodotto l'istanza di aggiornamento il giorno antecedente alla scadenza, concludendo il relativo contratto lo stesso 22 febbraio 2012, tanto che la Commissione giudicatrice l'aveva ammessa alla selezione a condizione che producesse l'adeguamento della propria attestazione SOA con scadenza intermedia, prima dell'aggiudicazione definitiva (verbale n. 1 del 13 marzo 2012);

c) l'offerta è stata presentata successivamente alla richiesta di rinnovo, scadendo il termine di presentazione delle offerte in data 5 marzo 2012;

d) l'aggiornamento della SOA del Consorzio è intervenuto il 23 marzo 2012, con mantenimento delle qualificazioni necessarie alla partecipazione alle gare pubbliche.”

Il primo Giudice in forza di questi elementi ha concluso, quindi, per l'irrilevanza del fatto “che il Consorzio, alla data di scadenza del termine per la presentazione delle domande, non fosse in possesso dell'attestazione intermedia SOA, avendo lo stesso tempestivamente inoltrato la richiesta di adeguamento.”

6d Con il presente appello la Elle Lavori non muove alcuna specifica doglianza avverso l'interpretazione normativa che fonda la pronuncia di primo grado, limitandosi, al riguardo, a riproporre sic et simpliciter alcuni passaggi del proprio originario ricorso. Tantomeno essa fornisce, dunque, degli elementi che possano indurre la Sezione a rivedere il proprio orientamento, cui il Tribunale si è attenuto, il quale va pertanto anche in questa sede confermato.

6e L'appello, in proposito, è incentrato essenzialmente sull'assunto che il Consorzio aggiudicatario non avrebbe dimostrato in giudizio l'avvio da parte sua, nel termine prescritto, della procedura di verifica intermedia della quale era privo, non essendo stato esibito alcun documento che ciò comprovasse. Il T.A.R., sul punto, avrebbe attribuito un “valore fideistico” alle mere dichiarazioni formulate nella memoria consortile e dal seggio di gara, non corroborate da alcun documento. Donde la conclusione di parte ricorrente che non fosse dato sapere con certezza se il Consorzio si era realmente attivato in termini per richiedere la verifica intermedia entro la sua scadenza.

6f La doglianza non è suscettibile di adesione.

Nel corso del giudizio di primo grado la controinteressata ha depositato agli atti di causa un'attestazione emessa dalla CQOP SOA del 27 febbraio 2012 del seguente, univoco tenore: “Con la presente siamo a confermare che l'Impresa in indirizzo ha stipulato con la scrivente ... in data 22/02/2012 il contratto di variazione dell'attestazione SOA. E' attualmente in corso il procedimento di verifica dei requisiti richiesti dal citato d.P.R. 207/2010.”

In coerenza con tale risultanza, la Commissione con il verbale di gara n. 1 aveva dato già atto “che la SOA presentata dal Consorzio CSC prevede quale data di verifica annuale quella fissata per il giorno 22.02.2012 che il giorno precedente a tale data il Consorzio ha prodotto istanza di aggiornamento presso l'Organismo di Attestazione come testimoniato dagli atti di gara. ... si ritiene di ammettere lo stesso Consorzio a

condizione che l'adeguamento dell'attestazione SOA (scadenza intermedia) venga prodotto prima della eventuale aggiudicazione definitiva."

Gli elementi documentali testé citati smentiscono, pertanto, la critica secondo la quale il Consorzio non avrebbe dimostrato il tempestivo avvio della procedura di verifica intermedia, e il T.A.R. avrebbe prestato fideistica adesione alle sue semplici "dichiarazioni".

Ad abundantiam, l'aggiudicataria nel corso del presente grado di giudizio ha aggiunto alla propria produzione documentale anche un'attestazione del responsabile del procedimento asseverante il fatto "che dagli atti di gara risulta che il Consorzio ... ha richiesto l'aggiornamento della SOA per la verifica intermedia in data 22/02/2012."

In definitiva, quindi, il Consorzio ha richiesto l'adeguamento della SOA il 22 febbraio 2012 (e pertanto entro, e non oltre, il termine di validità intermedia oggetto di discussione); la presentazione della sua offerta di gara si è verificata il successivo 13 marzo 2012; l'aggiornamento della SOA si è perfezionato il seguente giorno 23, ben prima dell'aggiudicazione definitiva del 13 aprile 2012.

Da tanto emerge l'inconsistenza anche di questo secondo motivo d'appello.

7 Per le ragioni esposte, in conclusione, l'appello, risultato infondato, deve essere respinto. Rimane di riflesso improcedibile il ricorso incidentale della controinteressata.

Le spese del giudizio sono liquidate secondo la soccombenza dal seguente dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Condanna la società appellante al rimborso al Consorzio appellato delle spese processuali del presente grado, che liquida nella misura complessiva di euro quattromila oltre gli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 13 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:
Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

Raffaele Prospero, Consigliere

Sabato Guadagno, Consigliere
L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/10/2015