**SENTENZE OGGI PA**

Pubblicato il 03/09/2018
N. 05139/2018REG.PROV.COLL.
N. 00035/2018 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 35 del 2018, proposto da:
Consorzio Stabile Unimed S.c. a r.l. mandataria capogruppo del costituendo RTI con Impresa Doronzo Infrastrutture S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Arturo Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso lo studio Arturo Cancrini in Roma, piazza San Bernardo, n. 101;

contro

Agenzia delle Entrate, Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione, Agenzia delle Entrate - Riscossione, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici sono domiciliate in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;
Rete Ferroviaria Italiana S.p.A. e Italferr S.p.A., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dall'avvocato Marcello Vernola, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Marcello Cardi in Roma, viale Bruno Buozzi, n. 51.

nei confronti

Società Italiana per condotte d'acqua S.p.A, non costituita in giudizio;
Tecnis S.p.A. in amministrazione straordinaria, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Giuliano Berruti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via delle Quattro Fontane, n. 161.

per la riforma della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 01150/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Agenzia delle Entrate, dell’Anac - Autorita' Nazionale Anticorruzione e dell’Agenzia delle Entrate – Riscossione, nonché di Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., di Italferr S.p.A. e di Tecnis S.p.A. in amministrazione straordinaria;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 maggio 2018 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Vagnucci, Berruti e Vernola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.La Italferr S.p.A. indiceva, in nome e per conto di RFI- Rete Ferroviaria Italiana S.p.A., una procedura di gara “per la progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori per la realizzazione della variante di tracciato della linea ferroviaria Bari – Lecce nel tratto compreso tra Bari Centrale e Bari Torre a Mare”, per l’importo complessivo pari ad € 107.521.553.

All’esito delle operazioni di gara, in data 4 novembre 2015, il Consorzio Stabile Unimed S. c. a r.l. era collocato al terzo posto in graduatoria, mentre al primo posto era classificato il costituendo RTI Tecnis S.p.A.- Sintec S.p.A.

1.1.Con provvedimento del 15 gennaio 2016, la Italferr S.p.A., preso atto di un’informativa interdittiva antimafia nei confronti della Tecnis S.p.A., disponeva l’esclusione dalla gara del raggruppamento aggiudicatario.

Dopo aver disposto lo scorrimento della graduatoria e avviato il subprocedimento di verifica della congruità dell’offerta della Grandi Lavori Fincosit, seconda in graduatoria, Italferr S.p.A., con provvedimento del 28 aprile 2016, disponeva l’esclusione anche della seconda classificata.

Entrambi i provvedimenti di esclusione erano contestati per via giudiziale.

1.2.Frattanto, con provvedimento del 28 aprile 2016, Italferr S.p.A. comunicava l’avvio del subprocedimento di verifica della congruità delle offerte nei confronti dei quattro concorrenti che seguivano in graduatoria, il primo dei quali era il RTI Unimed.

Quest’ultimo era però escluso dalla gara, con provvedimento del 9 settembre 2016, per impossibilità di regolarizzare, mediante soccorso istruttorio, la polizza fideiussoria, rilasciata dalla Assured Guaranty UK Ltd (colpita da provvedimento dell’Autorità di vigilanza inglese, che comportava l’insussistenza della copertura assicurativa).

Avverso tale esclusione insorgeva il RTI Unimed, con ricorso proposto al Tar per la Puglia.

1.3. Successivamente alla proposizione di questo ricorso, e precisamente in data 14 ottobre 2016, Italferr S.p.A. integrava i motivi di esclusione del RTI Unimed, contestando la carenza “del requisito di ordine generale di cui all’art. 38, co. 1, lett. g) del D.Lgs. n. 163/2006” in capo alla Primos Engineering S.r.l., una delle consorziate esecutrici designate dal Consorzio, nei cui confronti la stazione appaltante rilevava “violazioni gravi definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse […]”.

Anche questo secondo provvedimento di esclusione era impugnato dinanzi al Tar per la Puglia, mediante la proposizione di motivi aggiunti al ricorso già pendente.

1.4. Nelle more, con sentenza n. 2465 del 7 ottobre 2016 del Tar Catania, confermata in appello, era annullata l’esclusione del RTI Tecnis dalla procedura di gara.

2. Con la sentenza n. 1150 del 9 novembre 2017 il Tar per la Puglia, sezione prima, ha accolto il ricorso introduttivo proposto da Unimed riconoscendo l’illegittimità dell’esclusione per asserita non sanabilità della polizza provvisoria, ma ha respinto i motivi aggiunti, confermando il provvedimento di esclusione della ricorrente per carenza del requisito di regolarità fiscale in capo alla consorziata esecutrice Primos Engineering S.r.l..

3. Per la riforma di tale sentenza il Consorzio Stabile Unimed S.c. a r.l., nella qualità in epigrafe, ha avanzato un unico articolato motivo di appello, col quale ha denunciato “erroneità della sentenza gravata nella parte in cui ha respinto le censure prospettate con motivi aggiunti con riferimento al secondo motivo di esclusione di Unimed dalla gara”.

4. Tecnis S.p.A. in amministrazione straordinaria, Rete Ferroviaria Italiana (RFI) S.p.A., Italferr S.p.A., nonché ANAC- Autorità Nazionale Anticorruzione, Agenzia delle Entrate- Riscossione ed Agenzia delle Entrate hanno resistito al gravame, chiedendone il rigetto ed illustrando con apposite memorie conclusive le proprie tesi difensive, cui l’appellante ha ritualmente replicato.

5. Alla pubblica udienza del 3 maggio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

6. Preliminarmente vanno disattese le eccezioni di inammissibilità ed improcedibilità del gravame sollevate dalle parti appellate per asserita carenza di interesse, per essere nelle more del presente giudizio intervenuta l’aggiudicazione definitiva in favore del RTI Tecnis S.p.A.- Sintec, giusta provvedimento in data 2 febbraio 2018, non impugnato.

Invero, malgrado tale mancata impugnazione, permane l’interesse dell’appellante all’annullamento del provvedimento di esclusione dalla gara, nonché alla riforma della sentenza che ha respinto i corrispondenti motivi aggiunti, al fine di mantenere la posizione di seconda classificata: infatti, essendo stato frattanto respinto il ricorso proposto dalla Grandi Lavori Fincosit ed essendo quindi stata confermata l’esclusione dalla procedura di gara della originaria seconda classificata, la domanda di riammissione in gara del Consorzio Unimed e di collocazione al secondo posto della graduatoria finale è di per sé sufficiente a sorreggere la presente impugnazione, ferma restando l’aggiudicazione definitiva in favore di Tecnis, avendo l’appellante dichiarato di non aspirare all’aggiudicazione, bensì alla collocazione utile nella graduatoria per l’eventualità di un ulteriore scorrimento della stessa o della eventuale attivazione della procedura di interpello per vicende attinenti alla fase della (ulteriore) verifica dei requisiti in capo all’aggiudicataria o alla fase esecutiva dell’appalto.

7. Passando all’esame dell’appello, la Sezione osserva quanto segue.

7.1. Col ricorso per motivi aggiunti nel giudizio di primo grado il Consorzio Unimed aveva contestato che la stazione appaltante avesse basato il secondo provvedimento di esclusione sulla notificazione alla consorziata di due cartelle di pagamento, ritenendo definitivamente accertata l’irregolarità fiscale ai sensi dell’art. 38, primo comma, lett. g), del d.lgs. n. 163 del 2006 (applicabile ratione temporis), sulla base delle sole certificazioni trasmesse dall’Agenzia delle Entrate, senza considerare che la Primos Engeneering S.r.l., destinataria dell’accertamento fiscale, aveva presentato tempestiva istanza di rateizzazione, che era stata accolta dall’esattore, sicché la violazione tributaria non si sarebbe potuta ritenere come “definitivamente accertata” ai sensi della norma predetta. Il Consorzio ricorrente aveva inoltre contestato la regolarità dell’accertamento tributario e l’ammontare delle somme dovute ed aveva lamentato il mancato accoglimento da parte dell’amministrazione resistente dell’istanza di sostituzione della consorziata asseritamente mancante del requisito fiscale.

7.2. La sentenza:

a)richiamati il tenore letterale del citato art. 38, primo comma, lett. g), del D. Lgs. n. 163 del 2006 e la giurisprudenza amministrativa sulla natura di atti di certificazione e/o attestazione assistiti da pubblica fede ex art. 2700 cod. civ., dei documenti rilasciati dall’Agenzia delle Entrate, relativamente alla posizione delle ditte concorrenti alle pubbliche gare (ai fini della verifica del possesso dei requisiti generali di cui all’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006), ha ritenuto rilevante nel caso di specie “unicamente il fatto che la Stazione appaltante abbia proceduto a richiedere all’Agenzia delle Entrate – Direzione Provinciale di Bari la conferma della dichiarazione di possesso dei requisiti generali prodotta in sede di partecipazione dal Consorzio Stabile Unimed S.c. a r.l. e che l’Agenzia delle Entrate abbia formulato apposito riscontro, dandone esito negativo”;

b) dato atto delle deduzioni del ricorrente circa l’avvenuta conoscenza della cartella di pagamento per la prima volta solo il 17 novembre 2015, ovvero successivamente al termine per la presentazione delle offerte (fissato al 30 aprile 2015) e circa la sua ammissione al pagamento dilazionato in data 8 gennaio 2016, ha ritenuto che il Consorzio avesse, in tal modo, “avuto un comportamento completamente acquiescente nei confronti della pretesa tributaria suddetta, essendosi limitato a richiedere il rateizzo della somma richiestagli”, così rendendo il debito tributario certo, sia nell’an che nel quantum, oltre che scaduto ed esigibile nei sensi richiesti dall’art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 (come da precedente di cui alla sentenza dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, 5 giugno 2013, n. 15);

c) precisato che il possesso del requisito di cui si discute è richiesto dalla legge non per la stipulazione del contratto, ma per la stessa partecipazione alla gara, sicché l’operatore economico deve essere in regola sia al momento della presentazione della domanda che per tutto lo svolgimento della gara, ha respinto la doglianza circa l’asserita non gravità della violazione, reputando che dovessero essere considerati, ai sensi del citato art. 38, non solo l’ammontare della pretesa fiscale (nel caso di specie pari ad € 7.735,49, inferiore alla soglia di legge), ma anche gli interessi e le sanzioni pecuniarie (che, nel caso di specie, avevano portato l’importo complessivo della cartella a € 12.055,18);

d) ha respinto la censura di illegittimità dell’esclusione per non avere la stazione appaltante accolto la richiesta di sostituzione della consorziata gravata dalla causa di esclusione con altra società in possesso del prescritto requisito, in quanto, a differenza di quanto sostenuto dalla ricorrente (secondo cui tale sostituzione sarebbe stata possibile giacché il principio di immodificabilità soggettiva del concorrente rispetto agli impegni assunti in sede di offerta avrebbe riguardato –ai sensi dell’art. 37, comma 9, del previgente codice degli appalti- esclusivamente i raggruppamenti temporanei e i consorzi ordinari e non anche i consorzi stabili, come il Consorzio Unimed), il principio di immodificabilità dei partecipanti è implicito nel sistema in caso di organizzazioni stabili di imprese, ed in particolare nel caso dei consorzi stabili ai sensi dell’art. 36 del d.lgs. n. 163 del 2006, e non richiede un’esplicita previsione normativa, come da orientamento giurisprudenziale conforme, richiamato in motivazione (Cons. Stato, 23 febbraio 2017, n. 849; id., 10 aprile 2017, n. 1676).

7.3. Con il motivo di appello formalmente unico vengono in realtà dedotte le seguenti censure:

- violazione e/o falsa applicazione artt. 36 e 38, co. 1, lett. g), e co. 2, d.lgs. n. 163 del 2006;

- violazione e/o falsa applicazione del principio di proporzionalità, di buon andamento ed imparzialità ex art. 97 Cost.;

- eccesso di potere per difetto di motivazione, sviamento, erronea presupposizione, irragionevolezza, abnormità, contraddittorietà, ingiustizia manifesta.

7.3.1. In primo luogo, l’appellante – precisato che la cartella di pagamento da considerare è una soltanto, essendo stata notificata una seconda cartella di pagamento emessa per l’importo di € 50,47, perciò inferiore alla soglia rilevante per legge (importo di € 10.000,00, ai sensi dell’art. 48 bis, commi 1 e 2 bis, d.P.R. n. 602 del 1973, richiamato dall’art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006) - torna a sostenere che, avendo Equitalia accettato l’istanza di rateizzazione in data 8 gennaio 2016, quando ancora non era scaduto il termine per l’impugnazione dell’unica cartella di pagamento rilevante ai fini della sussistenza del requisito di cui all’art. 38, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 163 del 2006, notificata il 17 novembre 2015, la relativa violazione non si sarebbe potuta considerare come “definitivamente accertata”.

In particolare, secondo l’appellante, mancherebbe in radice il carattere della “definitività” dell’accertamento, perché:

- nel termine di 60 giorni dalla notificazione il contribuente può, alternativamente: adempiere al pagamento; impugnare la cartella dinanzi alla Commissione tributaria; proporre richiesta di riesame per l’annullamento del ruolo; proporre istanza di reclamo-mediazione; presentare domanda di rateizzazione;

- come da indicazioni fornite agli uffici locali con Circolare dell’Agenzia delle Entrate 34/E del 25 maggio 2007, si dovrebbero ritenere definitivamente accertate solo le violazioni divenute incontestabili per decisione giurisdizionale oppure inoppugnabili per decorso dei sessanta giorni, senza che il contribuente abbia provveduto all’impugnazione od alla regolarizzazione della posizione fiscale mediante estinzione o rateizzazione del debito;

- in senso analogo sarebbero la giurisprudenza amministrativa (in particolare, Cons. Stato, III, 21 luglio 2017, n. 3614), nonché la recente direttiva UE n. 24 del 26 febbraio 2014;

- non potrebbe giungersi a differente conclusione per il fatto che la notificazione della cartella di pagamento sia intervenuta in corso di gara, in quanto la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che, anche in tale eventualità, si deve escludere il carattere di definitività dell’obbligazione tributaria se la cartella o l’intimazione di pagamento sia stata tempestivamente impugnata o se le situazioni di irregolarità sopravvenute nel corso della gara siano state tempestivamente rimosse prima della stipulazione del contratto, come da precedenti citati nell’atto di appello (in particolare Cons. Stato, V, 23 febbraio 2017, n. 849 e id., 17 gennaio 2013, n. 261).

7.3.2. Alla luce delle precedenti considerazioni l’appellante sostiene che la temporanea irregolarità fiscale della Primos Engineering S.r.l. non inciderebbe sul possesso del requisito fiscale posto che: alla data di presentazione della domanda di partecipazione (20 aprile 2015), ed anche successivamente, alla chiusura del termine per la presentazione delle offerte, non vi era alcuna pendenza debitoria; la rateizzazione del debito è stata ottenuta in data 8 gennaio 2016, quando ancora non era spirato il termine (18 gennaio 2016) per l’impugnazione della cartella esattoriale e la pendenza debitoria non aveva acquisito il carattere della definitività; il piano di rateizzazione è stato conseguito in un momento antecedente (8 gennaio 2016) ai controlli effettuati da Italferr S.p.A. ai fini della verifica del possesso dei requisiti del RTI Unimed (11 luglio 2016) e non invece per dar seguito ad un invito della stazione appaltante; quindi, la regolarizzazione è intervenuta spontaneamente ed in un momento anteriore al controllo operato da quest’ultima.

7.3.3. Viene inoltre censurato il richiamo fatto dalla sentenza appellata al precedente di cui all’Adunanza plenaria, 5 giugno 2013, n. 15, atteso che il principio ivi affermato è riferito alla diversa fattispecie, in cui il concorrente aveva conseguito l’ammissione al beneficio della rateizzazione oltre il termine di decadenza di 60 giorni per l’impugnazione della cartella esattoriale, allorquando perciò la violazione tributaria aveva assunto oramai carattere definitivo per essere contenuta in un atto non più impugnabile.

Nel caso di specie, il debito non era ancora definitivamente accertato quando era stata accolta l’istanza di rateizzazione. Secondo l’appellante, a quest’ultima istanza, il Tar, mal applicando il principio espresso dall’Adunanza plenaria, avrebbe attribuito un significato di acquiescenza alla pretesa tributaria, che contrasta sia col sistema –in quanto la richiesta di rateizzazione non impedisce la proposizione del ricorso giurisdizionale alla Commissione tributaria- sia con la giurisprudenza di legittimità in materia tributaria - in quanto si è escluso che la richiesta di rateizzazione costituisca acquiescenza o rinuncia a contestare le somme pretese dall’Amministrazione (cfr. Cass., sez. V, 8 febbraio 2017, n. 3347).

La corretta interpretazione delle norme richiamate, ed in specie dell’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, avrebbe dovuto indurre a ritenere irrilevante l’irregolarità fiscale meramente temporanea, avendo la società contribuente estinto l’obbligazione con immediatezza nel corso della procedura ed anteriormente ai controlli effettuati dalla stazione appaltante.

7.3.4. Infine, l’appellante contesta l’affermazione della sentenza secondo cui Italferr S.p.A. non avrebbe potuto effettuare alcuna valutazione discrezionale sul contenuto delle certificazioni dell’Ente esattore. Allo scopo, sono richiamati la sentenza dell’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato del 29 febbraio 2016, n. 6 e le sentenze del giudice amministrativo che vi si sono conformate, nonché i principi analoghi affermati dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, da ultimo con la sentenza del 29 marzo 2017, n. 8117.

Dal punto di vista processuale, l’appellante precisa che la certificazione di cui trattasi è stata ritualmente impugnata (con i motivi aggiunti) unitamente al provvedimento di esclusione e che è stata evocata in giudizio anche l’Agenzia delle Entrate.

8. Le censure così sintetizzate (lettere da a) ad h) dell’appello) sono fondate e vanno accolte, con assorbimento di quelle restanti (le lettere i) ed l)).

8.1. Occorre prendere le mosse dalla sentenza dell’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 6 del 2016, richiamata dall’appellante, seguita da altra pronuncia della stessa Adunanza plenaria, 25 maggio 2016, n. 10. Con entrambe si è preferita l’opzione interpretativa per la quale il giudice amministrativo può conoscere, senza travalicare i limiti della propria giurisdizione, la questione relativa alla sussistenza del requisito della regolarità contributiva, senza che occorra l’espressa impugnazione del DURC, oggetto solo di un sindacato incidenter tantum ai sensi dell’art. 8 Cod. proc. amm..

Il principio, pur se affermato con riferimento ai documenti di regolarità contributiva rilasciati dagli enti previdenziali, è applicabile pure con riferimento alle certificazioni di regolarità fiscale rilasciate dall’Agenzia delle Entrate (così già Cons. Stato, IV, 13 dicembre 2017, n. 5888) e va qui ribadito, anche in coerenza con il conforme indirizzo espresso dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione, secondo cui nelle controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture da parte di soggetti tenuti al rispetto delle regole di evidenza pubblica, poiché la produzione della certificazione che attesta la regolarità contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto (c.d. "durc") costituisce uno dei requisiti posti dalla normativa di settore ai fini dell'ammissione alla gara, appartiene alla cognizione del giudice amministrativo verificare la regolarità di tale certificazione (Cass. S.U. , 11 dicembre 2007, n. 25818 e id., 9 febbraio 2011, n. 3169, nonché, in motivazione, Cass. S.U., 29 marzo 2017, n. 8117).

Restano così superati i rilievi mossi dalle parti appellate - basati su arresti giurisprudenziali precedenti l’intervento dell’Adunanza plenaria - circa il carattere vincolante per la stazione appaltante dei certificati emessi dall’Agenzia delle Entrate – direzione provinciale di Bari, attestanti la sussistenza di violazioni tributarie a carico della consorziata Primos Engineering S.r.l..

8.2. Pertanto, essendo consentita, nella presente sede giurisdizionale, la verifica della regolarità fiscale dell’impresa concorrente, sia pure incidenter tantum, la questione da dirimere attiene, in primo luogo, alla definitività o meno delle violazioni tributarie accertate, ai sensi e per gli effetti della sussistenza del requisito di cui all’art. 38, comma 1, lett. g), del d.lgs. n. 163 del 2006 (per il quale sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento degli appalti i soggetti che “hanno commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana […]”); in secondo luogo, attiene all’incidenza sulla situazione di possesso del requisito fiscale dell’istanza di rateizzazione presentata ed accolta nel termine di sessanta giorni decorrente dalla data di notificazione della cartella di pagamento.

La violazione tributaria “definitivamente accertata”, ai sensi della norma su richiamata, applicabile ratione temporis, consegue alla sentenza passata in giudicato, con la quale sia respinto il ricorso del contribuente, ovvero alla definitività dell’accertamento in sede amministrativa, per la mancata impugnazione dell’atto impositivo nel termine di sessanta giorni dalla sua conoscenza (o legale conoscibilità) da parte del contribuente, senza che, nello stesso termine, questi abbia provveduto a regolarizzare la propria posizione, soddisfacendo la pretesa dell’Amministrazione finanziaria, anche mediante definizione agevolata. Tale ultima precisazione, oltre a risultare dalla circolare dell’Agenzia delle Entrate n. 34/E del 25 maggio 2007, richiamata da parte appellante, è consequenziale alla necessità che la violazione tributaria, che sia stata resa nota al contribuente, sia tuttora sussistente e non (più) contestabile (cfr. Cons. Stato, V, 17 gennaio 2013, n. 261 e, di recente, id., 23 febbraio 2017, n. 849, a ragione citate dall’appellante).

Sebbene, come deduce l’appellata Tecnis S.p.A., con la notifica della cartella di pagamento i sottostanti accertamenti tributari debbano, di regola, ritenersi già definitivi (cfr. Cons. Stato, V, 12 febbraio 2018, n. 856, che richiama Cons. Stato, V, 5 maggio 2016, n. 1783), non va trascurato che, nel caso di specie, la cartella di pagamento in contestazione (avente il n.014 2015 0033667136) è stata emessa a seguito di controllo automatizzato, ai sensi degli artt. 36 bis del d.P.R. n.600 del 1973 e 54 bis del d.P.R. n. 633 del 1972, sicché, malgrado l'invio al contribuente della comunicazione di irregolarità (peraltro non sempre dovuta: cfr. , tra le altre, Cass., sez. V, 6 luglio 2016, n. 13759 e, di recente, Cass., sez. V, 24 gennaio 2018, n. 1711), la cartella esattoriale costituisce il primo atto col quale l’ente impositore ha esercitato la pretesa tributaria (cfr. Cass., sez. V, ord. 20 settembre 2017, n. 21804); inoltre, va evidenziato che la certificazione dell’Agenzia delle Entrate – Direzione provinciale di Bari Ufficio Territoriale di Bari, posta a fondamento del provvedimento di esclusione è confermativa della certificazione prot. n. 742010 del 29 giugno/4 luglio 2016, nella quale è attestato che l’accertamento è divenuto definitivo soltanto a seguito della notificazione della cartella di pagamento predetta in data 17 novembre 2015.

Orbene, alla data in cui venne rilasciato tale ultimo certificato, cioè alla data del 4 luglio 2016 (ed alle date delle certificazioni successive, rilasciate da Equitalia il 23 settembre 2016 e dell’Agenzia delle Entrate il 27 settembre 2016), la società destinataria della cartella di pagamento aveva già richiesto ed ottenuto la rateizzazione del debito tributario (in data 8 gennaio 2016) ed aveva provveduto al pagamento delle rate scadute, riducendo l’importo ancora dovuto a somma inferiore a quella rilevante ai sensi dell’art. 48 bis del d.P.R. n. 602 del 1973.

8.3. L’ammissione al beneficio della rateizzazione prima della scadenza del termine per l’impugnazione della cartella di pagamento ha comportato che la Primos Engineering S.r.l. non abbia affatto perso il possesso del requisito della regolarità fiscale in corso di procedura, perché la pendenza debitoria in contestazione non ha acquisito il carattere della definitività prima di detta ammissione; il certificato dell’Agenzia delle Entrate del 29 giugno/4 luglio 2016 ha perciò avuto ad oggetto un debito che, portato da una cartella esattoriale emessa a seguito di controllo automatizzato delle dichiarazioni relative all’anno d’imposta 2012, alla data predetta era anche parzialmente estinto e comunque novato per il conseguimento del piano di rateizzazione.

8.4.Evidente è la diversità della fattispecie portata all’attenzione dell’Adunanza Plenaria nel giudizio concluso con la sentenza del 5 giugno 2013, n. 15, laddove il contrasto da dirimere atteneva al rapporto tra istanza di rateizzazione e provvedimento di accoglimento ed alla rilevanza da attribuire alla prima, in mancanza del secondo, essendosi perciò affermato che “la configurazione del meccanismo novativo (id est, che consegue alla mera istanza di rateizzazione) fa sì che, nell’arco di tempo che precede l’accoglimento della domanda, resta in vita il debito originario, la cui esistenza è ammessa dallo stesso contribuente con la presentazione della domanda di dilazione del pagamento delle somme iscritte a ruolo”. Corollario di siffatta affermazione è l’altra, contenuta nella stessa sentenza dell’Adunanza plenaria, riferita ai lavori preparatori del d.l. n. 16 del 2012 sulle semplificazioni fiscali, secondo cui è “chiara la volontà di considerare in regola con il fisco unicamente il contribuente cui sia stata accordata la rateizzazione e la conferma del principio secondo cui la mera presentazione dell’istanza di rateazione o dilazione non rileva ai fini della dimostrazione del requisito della regolarità fiscale”. Con la conseguenza che, quando, come nel caso di specie, l’istanza di rateizzazione sia stata accolta ed il piano di ammortamento sia stato avviato prima della definitività dell’accertamento fiscale, il relativo debito tributario non può essere considerato come scaduto ed esigibile.

Analogamente è a dirsi con riferimento al precedente dell’Adunanza plenaria, 20 agosto 2013, n. 20, richiamato da parte appellata, atteso che, anche nella fattispecie ivi portata all’attenzione del Collegio, l’accordo di rateizzazione era stato concluso, non solo in pendenza di procedura, ma anche dopo il decorso del termine di definitività dell’originario debito tributario e del relativo accertamento, a differenza di quanto accaduto nel caso di specie.

9. In conclusione, l’appello va accolto e, per l’effetto, in riforma della sentenza appellata in parte qua ed in accoglimento del ricorso per motivi aggiunti in primo grado, va annullato il provvedimento di esclusione impugnato, di cui alla nota del 14 ottobre 2016.

Restano assorbite le ulteriori censure dell’appellante concernenti i criteri di computo della soglia prevista dall’art. 48 bis del d.P.R. n. 602 del 1973, richiamato dall’art. 38, comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, ed il mancato accoglimento dell’istanza di sostituzione della consorziata Primos Engineering S.r.l.

10. Sussistono giusti motivi per compensare le spese del doppio grado di giudizio, attesa la peculiarità del caso di specie.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie ed, in riforma della sentenza appellata, annulla il provvedimento di esclusione specificato in motivazione.

Compensa le spese processuali del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE
Giuseppina Luciana Barreca  Carlo Saltelli

Pubblicato il 03/09/2018
N. 05161/2018REG.PROV.COLL.
N. 02298/2018 REG.RIC.
N. 02167/2018 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2298 del 2018, proposto da
Sogaer – Società Gestione Aeroporto Cagliari Elmas – s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Piazza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza di San Bernardo, n. 101;

contro

Vitali s.p.a., Sogela s.r.l., in proprio e quale mandante del costituendo Consorzio con la Società Gestione Lavori – So.GE.LA., s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dell’avv. Francesco Marascio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto a presso il suo studio in Roma, via Po, 12;

nei confronti

Impresa Bacchi S.r.l., non costituita in giudizio;
Ntc Costruzioni Generali s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difeso dall'avvocata dall'avvocato Leopoldo Di Bonito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 2167 del 2018, proposto da
Impresa Bacchi s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro Ciani, Michele Ottani, Stefano Vinti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Stefano Vinti in Roma, via Emilia, 88;

contro

Società Gestione Aeroporti Cagliari Elmas s.p.a. non costituita in giudizio;

nei confronti

Vitali s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’avvocato Francesco Marascio, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Po n. 12;
Società Gestione Lavori So.Ge.La. s.r.l., Ntc Costruzioni Generali s.r.l. non costituiti in giudizio;

per la riforma

quanto al ricorso n. 2167 del 2018:

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (sezione Prima) n. 00810/2017, resa tra le parti;

quanto al ricorso n. 2298 del 2018:

della sentenza breve del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna (sezione Prima) n. 00810/2017, resa tra le parti;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Vitali S.p.A. e di Ntc Costruzioni Generali S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2018 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti l’avvocato Gennaro Terracciano, su delega dell’avvocato Angelo Piazza, l’avvocato Alessandro Biamonte, su delega dell’avvocato Francesco Marascio, l’avvocato Elia Barbieri, su delega dell’avvocato Stefano Vinti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. La SO.GA.ER. s.p.a. – Società gestione aeroporti Cagliari Elmas), con avviso pubblicato il 4 maggio 2017, ha bandito una gara, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e con prezzo a corpo, per l’affidamento a corpo dei lavori di manutenzione straordinaria del raccordo “MIKE e strada perimetrale”, all’interno dell’aeroporto, con prezzo a base d’asta pari ad € 2.560.563,95.

2. Il R.T.I. composto da Vitali s.p.a. (capogruppo mandataria) e SOGELA s.r.l. – Società gestione lavori (mandante), inizialmente aggiudicatario, è stato poi escluso dalla gara dalla stazione appaltante (che ha annullato in autotutela l’aggiudicazione) per aver modificato in sede di formulazione dell’offerta l’elenco dei prezzi unitari predisposto dalla stazione appaltante.

La gara è stata successivamente aggiudicata al costituendo R.T.I. composto dall’Impresa Bucchi s.r.l. (capogruppo mandante) e NTC Costruzioni s.r.l. (mandataria).

3. Contro il provvedimento di esclusione e la successiva aggiudicazione a favore del R.T.I. Impresa Bucchi s.r.l., il R.T.I. Vitali ha proposto ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna.

4. Il Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, con la sentenza di estremi indicati in epigrafe, ha accolto il ricorso, affermando il principio secondo cui in un appalto a corpo, in cui è stato offerto un prezzo complessivo, l’elenco dei prezzi analitico è irrilevante, perché ai fini della determinazione del prezzo offerto deve prendersi in considerazione l’intera opera considerata globalmente.

5. Per ottenere la riforma di detta sentenza hanno proposto separati appelli sia SO.GA.ER. sia il R.T.I. Impresa Bucchi s.r.l..

6. Si è costituito in giudizio per resistere ad entrambi gli appelli il R.T.I. Vitali.

7. Alla pubblica udienza del 5 luglio 2018, la causa è stata trattenuta per la decisione.

9. Occorre, anzitutto, disporre la riunione degli appelli, trattandosi di impugnazioni avverso la medesima sentenza.

10. Gli appelli non meritano accoglimento.

11. Come si è già evidenziato, la gara di che trattasi era da aggiudicare a “corpo”.

In siffatta tipologia di appalti il corrispettivo è determinato in una somma fissa e invariabile derivante dal ribasso offerto sull'importo a base d’asta.

Elemento essenziale della proposta economica è, quindi, il solo importo finale offerto, mentre i prezzi unitari indicati nel c.d. elenco prezzi, tratti dai listini ufficiali (che possono essere oggetto di negoziazione o di sconti sulla base di svariate circostanze), hanno un valore meramente indicativo delle voci di costo che hanno concorso a formare il detto importo finale (cfr. Cons. Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2057).

Ne consegue che le indicazioni contenute nel c.d. elenco prezzi sono destinate a restare fuori dal contenuto essenziale dell’offerta e quindi del contratto da stipulare. Ciò, peraltro, trova conferma nell'art. 59, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il quale (riproducendo l’analoga norma contenuta nell’art. 53, comma 4, d lgs. 12 aprile 2016, n. 163) stabilisce che: “per le prestazioni a corpo il prezzo convenuto non può variare in aumento o in diminuzione, secondo la qualità e la quantità effettiva dei lavori eseguiti” (cfr., in relazione all’analoga previsione del previgente Codice dei contratti pubblici, Cons. Stato, VI, 4 gennaio 2016, n. 15).

In definitiva, pertanto, negli appalti a corpo in cui la somma complessiva offerta copre l’esecuzione di tutte le prestazioni contrattuali, l’elenco prezzi analitico risulta irrilevante (Cons. Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2057; Cons. Stato, VI, 4 gennaio 2016, n. 15; Cons. Stato, VI, 4 agosto 2009, n. 4903; Cons. Stato, IV, 26 febbraio 2015, n. 963).

12. Non ha pregio, in senso contrario, la tesi della stazione appaltante secondo cui nel caso di specie il disciplinare avrebbe previsto, a pena di esclusione, la sottoscrizione dell’elenco prezzi nella versione originale. Ove, invero, il disciplinare venisse interpretato in questi termini (nel senso cioè di aver previsto a pena di esclusione, per lavori da aggiudicarsi a corpo, l’immodificabilità dei prezzi unitari) la relativa clausola non sfuggirebbe alla comminatoria di nullità di cui all’art. 83, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, che, come è noto, stabilisce la nullità delle clausole che introducono cause di esclusione ulteriori rispetto a quello previste dalla legge.

13. Del resto, il R.T.I. Vitali si è limitato ad apportare all’elenco dei prezzi le modifiche coerenti con la proposta migliorative offerta (sostituzione del materiale per la pavimentazione con materiali ecocompatibili), miglioria espressamente consentita dal disciplinare, il che consente anche di superare l’ulteriore censura secondo cui l’odierna appellata avrebbe introdotto al progetto delle varianti non consentite (o, addirittura, presentato un’offerta disomogenea e, quindi, non confrontabile con quella degli altri concorrenti).

La lista dei prezzi “modificati” coincide, inoltre, con l’offerta finale presentata che, quindi, non risulta indeterminata.

14. Alla luce delle considerazioni che precedono, gli appelli devono, pertanto, essere respinti.

15. Sussistono i presupposti per compensare le spese del giudizio di appello, considerata la peculiarità della fattispecie e la complessità, specie sul piano tecnico, delle questioni esaminate.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, ne dispone la riunione e li respinge.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Pubblicato il 31/08/2018
**N. 00489/2018 REG.PROV.COLL.**
**N. 00229/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria**
**(Sezione Prima)**
ha pronunciato la presente
**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 229 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
SO.CO.EM. s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Antonella Mirabile, con domicilio eletto presso il suo studio in Perugia, via Fiume, 17;
***contro***
Comune di Bevagna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Valentino Brizi, con domicilio eletto presso il suo studio in Giustizia, Pec Registri;
Unione dei Comuni "Terre dell'Olio e del Sagrantino" non costituito in giudizio;
***nei confronti***
Gbm Soc. Coop. e Sa.Ma. s.a.s. di Salvischiani P.&C. non costituiti in giudizio;
***Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:***
per l'annullamento,
- del provvedimento implicito di revoca della graduatoria provvisoria del 23 febbraio 2018, relativa alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara avente ad oggetto l'“Intervento di efficientamento energetico della scuola primaria “Ten. Ugo Marini” di Bevagna sita in Piazza San Francesco”, CIG: 7346582F3D - CUP: B16J17000610002 nonché di revoca del provvedimento di avvio del sub-procedimento di verifica di anomalia dell'offerta, conosciuto in data 12 aprile 2018 mediante comunicazione pec del verbale di gara del 6 aprile 2018;
- del provvedimento di esclusione dell'ATI SO.CO.EM. s.r.l./SIMAIT SERVICE s.r.l. prot. n. 4650 del 12 aprile 2018 dalla Gara, comunicato via pec in pari data;
- del verbale di gara del 6 aprile 2018 con il quale il R.U.P. p.t. Arch. Michele Battistini, nominato con D.G.C. n. 63 del 26 febbraio 2018, ha riaperto la procedura di gara;
- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale ad essi;
- nonché, per quanto occorrer possa, dell'eventuale provvedimento di rigetto ovvero del silenzio che dovesse medio tempore formarsi in relazione all'istanza di annullamento in autotutela inviata dall'odierna ricorrente a mezzo pec alle Amministrazioni resistenti in data 7 maggio 2018.
b) la declaratoria dell'obbligo per l'Amministrazione resistente di procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta del ATI SO.CO.EM. s.r.l./SIMAIT SERVICE s.r.l.;
c) in subordine, per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato in corso di giudizio dal Comune di Bevagna;
d) in ulteriore subordine per il risarcimento dei danni patiti dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittima revoca implicita e dell'illegittima esclusione e del correlativo mancato guadagno.
Per quanto riguarda i motivi aggiunti presentati da SO.CO.EM. s.r.l. il 2 luglio 2018:
a) l'annullamento, in aggiunta ai provvedimenti già impugnati nel ricorso introduttivo
- della Determinazione del Responsabile dell'Area Tecnica n. 121/423 del 19 giugno 2018 di aggiudicazione definitiva dei lavori di efficientamento energetico della scuola primaria “Ten. Ugo Marini” di Bevagna sita in Piazza San Francesco alla ditta SA.MA. s.a.s. di Salvischiani P.&C., comunicata al ricorrente in data 19 giugno 2018;
- di qualsiasi altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, ivi compresi, per quanto occorrer possa, tutti i verbali di gara successivi al 6 aprile 2018 e di ogni altro atto non conosciuto dalla ricorrente;
b) la declaratoria di inefficacia del contratto di appalto eventualmente stipulato o da stipularsi tra il Comune di Bevagna e la SA. MA. s.a.s. di Salvischiani P.&C.;
c) in subordine, la declaratoria del diritto della ricorrente al subentro nel predetto contratto;
d) in ulteriore subordine, per il risarcimento dei danni patiti dalla ricorrente in conseguenza dell'illegittimità del comportamento e degli atti impugnati con il ricorso e con il presente ricorso per motivi aggiunti.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Bevagna;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 luglio 2018 la dott.ssa Daniela Carrarelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

**FATTO**

1. La SO.CO.EM. s.r.l., in persona del procuratore generale geom. Mario Battistone, in proprio e quale mandataria del costituendo ATI con la ditta SIMAIT SERVICE s.r.l., ha adito questo Tribunale amministrativo regionale chiedendo:
a) l’annullamento, previa adozione delle idonee misure cautelari:
- del provvedimento implicito di revoca della graduatoria provvisoria del 23 febbraio 2018, relativa alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara avente ad oggetto l’“Intervento di efficientamento energetico della scuola primaria “Ten. Ugo Marini” di Bevagna sita in Piazza San Francesco”, CIG: 7346582F3D - CUP: B16J17000610002 nonché di revoca del provvedimento di avvio del sub-procedimento di verifica di anomalia dell’offerta, conosciuto in data 12 aprile 2018 mediante comunicazione pec del verbale di gara del 6 aprile 2018;
- del provvedimento di esclusione dell’ATI SO.CO.EM. s.r.l./SIMAIT SERVICE s.r.l. prot. n. 4650 del 12 aprile 2018 dalla Gara, comunicato via pec in pari data;
- del verbale di gara del 6 aprile 2018 con il quale il R.U.P. p.t. arch. Michele Battistini, nominato con D.G.C. n. 63 del 26 febbraio 2018, ha riaperto la procedura di gara;
- di ogni altro atto presupposto, connesso o consequenziale ad essi, nonché, per quanto occorrer possa, dell’eventuale provvedimento di rigetto ovvero del silenzio che dovesse medio tempore formarsi in relazione all’istanza di annullamento in autotutela inviata dall’odierna ricorrente a mezzo pec alle Amministrazioni resistenti in data 7 maggio 2018;
b) la declaratoria dell’obbligo per l’Amministrazione resistente di procedere alla verifica dell’anomalia dell’offerta del ATI SO.CO.EM. s.r.l./SIMAIT SERVICE s.r.l.;
c) in subordine, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato in corso di giudizio dal Comune di Bevagna;
d) in ulteriore subordine, il risarcimento dei danni patiti dalla ricorrente in conseguenza dell’illegittima revoca implicita e dell’illegittima esclusione e del correlativo mancato guadagno.
1.1 Riferisce l’odierna ricorrente che in data 11 gennaio 2018 il Comune di Bevagna inviava ad alcune imprese la lettera di invito per la partecipazione alla citata procedura negoziata; alla lettera era allegata la modulistica della quale si raccomanda l’utilizzo, pur specificando che “il mancato utilizzo dei Moduli predisposti dal comune di Bevagna per la presentazione delle offerte non costituisce causa di esclusione a condizione che siano egualmente trasmesse tutte le dichiarazioni e informazioni in essi richiesti e che siano rilasciate nelle forme previste dalle vigenti disposizioni richiamate nei predetti Moduli”.
In data 16 gennaio 2018 alle stesse imprese veniva inviata una nuova comunicazione con nuova modulistica allegata, a causa delle carenze della precedente, ed era contestualmente prorogato il termine per la presentazione delle offerte; tale nuova modulistica conteneva un campo espressamente dedicato all’indicazione dei costi per la manodopera, che da bando non potevano essere inferiori a 10.610 euro. La ricorrente afferma di non aver provveduto alla compilazione del nuovo modello in quanto tratta in errore dalle indicazioni ricevute telefonicamente dalla stessa Amministrazione, in base alle quali l’integrazione sarebbe stata dovuta solo all’erronea indicazione del CIG; circostanza, tuttavia, non provata e smentita dall’Amministrazione, che invece evidenzia come vi sia stata approssimazione e leggerezza da parte della società.
Le operazioni di gara erano svolte da una Commissione, appositamente nominata, nei giorni 6 e 9 febbraio 2018, che provvedeva a stilare la proposta di aggiudicazione dei lavori, dove la società ricorrente risultava prima, ma esclusa per anomalia dell’offerta.
Con determinazione n. 18 del 20 febbraio 2018 il RUP annullava in autotutela tale atto a causa di errori di calcolo nella determinazione delle soglie di anomalia delle offerte. Il 23 febbraio 2018 la Commissione rinnovava le operazioni stilando una nuova graduatoria provvisoria e invitando le imprese le cui offerte sono risultate anomale a fornire le giustificazioni dei ribassi proposti entro il 12 marzo 2018 (comunicazione all’ATI ricorrente prot. 2762 del 23 febbraio 2018), con rinvio delle operazioni al 22 marzo 2018.
Nelle more, a causa di problemi di salute del precedente incaricato, l’Amministrazione comunale sostituiva il RUP. Il nuovo RUP provvedeva all’annullamento in autotutela gli atti del 23 febbraio 2018 ed alla prosecuzione degli atti di gara in data 6 aprile 2018. In questa sede, rilevata l’omissione da parte dei ricorrenti dell’indicazione dei costi della manodopera nell’offerta economica, provvedeva ad esclude dalla gara l’ATI rappresentato dalla SO.CO.EM. s.r.l., con atto comunicato a mezzo pec il 12 aprile 2018, prot. n. 4650.
In data 7 maggio 2018 la ricorrente ha presentato istanza di annullamento in autotutela, che non risulta riscontrata.
1.2 La ricorrente affida le proprie censure ai seguenti motivi:
I. Violazione artt. 3, 7 e 21 *quinquies* della l. n. 241 del 1990, in quanto vi sarebbe stata una revoca implicita della seconda aggiudicazione provvisoria, in assenza dei presupposti di legge, senza avvio del procedimento né motivazione;
II. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 83, commi 8 e 9, 95, comma 10 e 97 comma 5 del d.lgs. n. 50 del 2016. Violazione dell’art. 14 della lettera di invito. Eccesso di potere per ingiustizia manifesta e violazione del legittimo affidamento. Si lamenta, in definitiva, l’illegittimità dell’esclusione senza previa attivazione del soccorso istruttorio, posto che il costo manodopera, anche se non indicato in sede di offerta economica, sarebbe stato comunque estrapolabile dall’importo complessivo dell’offerta presentata.
III. Incompetenza relativa del RUP allo svolgimento delle operazioni di gara; violazione e/o falsa applicazione dell’art. 31 cod. appalti e delle linee guida ANAC n. 3.
2. Si è costituito il Comune di Bevagna, offrendo una diversa ricostruzione dei fatti e contestando puntualmente nel merito le censure mosse e concludendo per il rigetto delle domande di parte ricorrente. In particolare, la difesa comunale evidenzia che gli atti di gara annullati assumono mero rilievo endoprocedimentale, costituendo singoli momenti a valenza istruttoria necessaria alla formazione dell’atto conclusivo della procedura di gara, di per sé inidonei ad generare un legittimo affidamento del partecipante e ad assumere carattere di definitività; non potrebbe al riguardo parlarsi di revoca. Inoltre, l’esclusione dalla gara della ricorrente sarebbe giustificata dalla mancata indicazione del costo della manodopera nell’offerta economica, ex art. 95, comma 10, codice dei contratti, trasposto dagli Uffici del Comune di Bevagna nella lettera di invito all’art. 14 [*rectius*, nel richiamo in quella sede fatto alla necessaria completezza delle informazioni richieste nei moduli allegati (segnatamente, nel modulo n. 2)]; circostanza relativamente alla quale è da escludere la possibilità di soccorso istruttorio. In merito alle censure relative all’incompetenza del RUP, la difesa comunale evidenzia che la Commissione di gara nominata inizialmente non era necessaria per il tipo di procedura indetta, nella quale il criterio di aggiudicazione era quello del prezzo più basso. L’attività amministrativa posta in essere dalla commissione, si sarebbe limitata all’istruttoria formale delle domande pervenute ed alla estrazione del criterio di determinazione delle anomalie, essendo stati annullati in autotutela tutti i successivi atti di valutazione delle offerte. La successiva sostituzione del R.U.P., ad opera della D.G.C. 63/2018, avrebbe di fatto superato la nomina della commissione di gara, senza pregiudizio per la legittimità degli atti fino ad allora formatisi (e non annullati in autotutela medio tempore), né per l’operato successivo di tale organo, in considerazione del disposto di cui all’art. 31, comma 3, d.lgs. n. 50 del 2016, con cui gli si assegnano tutti i compiti relativi, *inter alios*, all’affidamento dei lavori oggetto di gara. Infine, sostenendo l’infondatezza della domanda risarcitoria, la difesa comunale evidenzia che gli atti amministrativi annullati in itinere sono qualificabili come meramente istruttori ed endoprocedimentali, inidonei di per sé a creare alcuna situazione giuridica soggettiva tutelabile in giudizio sussumibile nella categoria del legittimo affidamento, ed a fortiori inidonei a fondare alcuna pretesa risarcitoria per la presunta “revoca” dei medesimi. Il ricorrente non ha provato e quantificato il danno risarcibile, sia sotto il profilo del mancato guadagno, che del danno c.d. “reputazionale”, non risultando in atti nessun elemento che dimostri la messa a disposizione della potenziale commessa di mezzi e risorse, da parte della ricorrente, soggetto, peraltro, mandatario di un costituendo A.T.I.
3. Non si sono costituiti l’Unione di Comuni “Terre dell’olio e del sagrantino” – Provincia di Perugia né la controinteressata GSM soc. coop.
4. Con ordinanza n. 93 del 13 giugno 2018 è stata rigettata l’istanza cautelare promossa con il ricorso introduttivo «considerato, ad una sommaria delibazione, propria della presente fase di giudizio, che la domanda cautelare non appare suscettibile di positiva definizione, per quel che riguarda, in particolare, i profili afferenti il *fumus boni iuris*, non avendo il ricorrente indicato separatamente nell’offerta economica il costo della manodopera, come, peraltro, richiesto per espressa previsione della legge di gara»; contestualmente, la trattazione del merito è stata fissata per l’udienza del 24 luglio 2018.
5. Con determinazione del responsabile dell’Area tecnica n. 121/423 del 19 giugno 2018 è stata approvata l’aggiudicazione definitiva dei lavori di efficientamento energetico della scuola primaria “Ten. Ugo Martini” di Bevagna alla ditta SA.MA. Sas di Salvischiani P.&C.; l’atto è stato comunicato ai ricorrente in data 19 giugno 2018. Tale atto è stato impugnato dalla ricorrente con ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 2 luglio 2018, nel quale, richiamate integralmente le censure mosse con il ricorso principale, se ne chiede l’annullamento per illegittimità derivata dall’illegittimità degli atti presupposti già oggetto di impugnazione. Con il medesimo atto parte ricorrente ha avanzato istanza di esenzione dal versamento del contributo unificato in quanto, nel caso di specie, i motivi aggiunti proposti dalla ricorrente non introdurrebbero nuovi vizi di legittimità, né amplierebbero l’oggetto del processo oltre i confini già segnati dal ricorso introduttivo del giudizio.
6. Non si è costituita la controinteressata SA.MA. s.a.s. di Salvischiani P.&C., aggiudicataria dell’appalto.
7. La difesa comunale con successive memorie ha precisato le proprie difese ed insistito per la reiezione di tutte le domande attorie.
8. All’udienza pubblica del 24 luglio 2018, uditi per le parti i difensori, la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

1. È materia del contendere la legittimità degli atti inerenti la procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara, per l’intervento di efficientamento energetico della scuola primaria “Ten. Ugo Marini” nel Comune di Bevagna.
2. Ritiene in via preliminare il Collegio di dover disattendere la richiesta di esenzione dal versamento del contributo unificato per l’atto di motivi aggiunti. L’art. 13, comma 6 *bis*, del d.P.R. n. 115 del 2002 Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di spese di giustizia, nel prevedere gli importi del contributo unificato per i ricorsi proposti davanti ai Tribunali amministrativi regionali e al Consiglio di Stato espressamente richiama “i ricorsi di cui all'articolo 119, comma 1, lettere a)” del cod. proc. amm., specificando che “[a]i fini del presente comma, per ricorsi si intendono quello principale, quello incidentale e i motivi aggiunti che introducono domande nuove”.
La Circolare del Segretario generale della Giustizia amministrativa del 18 ottobre 2011, nel chiarire qual è il presupposto impositivo del contributo unificato, ha evidenziato che mentre l'art. 13, comma 6 *bis*, del d.P.R. n. 115 del 2002, nella sua prima versione, identificava l'atto introduttivo con il solo "ricorso", i successivi interventi legislativi hanno fornito una nuova nozione di "ricorso" ampliandone la portata fino a comprendere in esso il ricorso incidentale ed i motivi aggiunti che introducono domande nuove. La stessa Circolare al punto B.2, relativo ai motivi aggiunti, chiarisce che l’obbligo contributivo sorge solo nel caso di “atti processuali (…) che comportino un sostanziale ampliamento del “*thema decidendum*”, nel duplice senso: - di estendere l’impugnazione a provvedimenti diversi da quelli già portati all’attenzione del giudice col ricorso introduttivo …; - di introdurre nuove azioni di accertamento o di condanna”. Al successivo punto B.3 si specifica che “l'individuazione da parte dell'ufficio giudiziario del presupposto d'imposta, in relazione al deposito di "motivi aggiunti", va effettuata tenendo conto dei seguenti requisiti, che devono sussistere congiuntamente: a) impugnazione di un atto (di qualsivoglia natura e portata sostanziale) "nuovo", vale a dire non gravato coi il ricorso introduttivo del giudizio, ovvero richiesta di accertamento di un rapporto, ovvero azione di condanna (…) formulate per la prima volta in giudizio; b) notifica dei "motivi aggiunti" all'amministrazione emanante ed ai controinteressati”.
Ciò posto, ritiene il Collegio che nel caso in esame non ricorrano i presupposti per il richiesto esonero, in quanto l’impugnazione di atti nuovi - aggiudicazione definitiva - e la proposizione di una nuova domanda - domanda di subentro introdotta per la prima volta con i motivi aggiunti - comportano l’ampliamento del *thema decidendum*.
3. Per quanto attiene al merito del ricorso, la ricorrente chiede l’annullamento dei predetti provvedimenti e, in conseguenza di ciò, che sia dichiarato l’obbligo dell’amministrazioni resistenti di procedere alla verifica dell’anomalia dell’offerta del ATI SO.CO.EM. s.r.l./SIMAIT SERVICE s.r.l. nonché, qualora nelle more della decisione di merito venga stipulato il contratto d’appalto, di dichiarare l’inefficacia di quest’ultimo, di dichiarare in subordine il diritto della ricorrente al subentro nel predetto contratto nonché condannare l’Amministrazione resistente al risarcimento dei danni. Parte ricorrente, pertanto, non mira alla riedizione della procedura né chiede l’aggiudicazione; domanda, bensì, di essere riammessa - previo soccorso istruttorio - e che la procedura prosegua con l’esame delle controdeduzioni sull’anomalia dell’offerta. Al riguardo il Collegio osserva, tuttavia, che il carattere escludente della mancata indicazione nell’offerta economica del costo della mano d’opera (integrato solo con le controdeduzioni in sede sull’anomalia dell’offerta), essendo elemento dell’offerta economica non suscettibile di soccorso istruttorio, come già affermato da questo Tribunale amministrativo regionale, rende sostanzialmente inutile tale riammissione.
Infatti, l’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, innovando rispetto al regime di cui al d.lgs. n. 163 del 2006, ha imposto l’obbligo per tutti gli operatori economici di indicare in sede di offerta economica i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a) del d.lgs. n. 50 del 2016).
Sebbene la questione non sia pacifica in giurisprudenza, un orientamento interpretativo, al quale ha aderito anche questo Tribunale, ritiene che il suddetto obbligo sussista anche in ipotesi di silenzio del bando, da ritenersi sul punto eterointegrato, con conseguente esclusione del concorrente silente, non potendosi ricorrere nemmeno al soccorso istruttorio diversamente dal sistema previgente, trattandosi di indicazione costituente elemento essenziale dell’offerta (TAR Umbria, 22 gennaio 2018, n. 56; inoltre, ex multis, TAR Sicilia, Catania, sez. III, 31 luglio 2017, n. 1981; TAR Umbria, 17 maggio 2017, n. 390; TAR Campania, Salerno, sez. I, 5 gennaio 2017, n. 34; TAR Molise, 2016, n. 513; TAR Calabria, Reggio Calabria, 25 febbraio 2017, n. 166; TAR Veneto, 21 febbraio 2017, n. 182; TAR Campania, Napoli, 2017, n. 2358; Consiglio di Stato ord. 15 dicembre 2016, n. 5582). Ciò posto, osserva in linea generale il Collegio che, anche in assenza di un’esplicita previsione di richiamo alla previsione imperativa e cogente dell’art. 95, comma 10, d.lgs. n. 50 del 2016, opererebbe l'istituto della eterointegrazione del bando di gara in base alla normativa in materia, analogamente a quanto avviene nel diritto civile ai sensi degli artt. 1374 e 1339 c.c., colmandosi in via suppletiva le eventuali lacune del provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione (c.f.r., C.d.S., sez. III, 24 ottobre 2017, n. 4903). Senonché, nella gara in esame, emerge direttamente la piena operatività della previsione appena richiamata del codice dei contratti pubblici, essendo l’indicazione separata del costo della manodopera espressamente richiesta dalla *lex specialis*, con l’effetto di poter ravvisare l’esistenza nella legge di gara di una previsione ad hoc senz’altro idonea, nella necessaria sinergia con la chiara norma di legge, a rendere edotto il concorrente degli obblighi compilativi su di esso gravanti. Difatti, nella lettera di invito, al punto 14, relativo al contenuto dell’offerta economica, si esplicita che “A pena di esclusione, la “Busta B - Offerta economica” dovrà essere redatta secondo il Modello di Offerta Economica, allegato al presente disciplinare (all. 2) a cui dovrà essere apposta una marca da bollo di € 16.00 e nel quale il concorrente dovrà esplicitare la propria offerta economica e la propria offerta relativa al tempo. … Si precisa che il mancato utilizzo dei Moduli predisposti dal comune di Bevagna per la presentazione delle offerte non costituisce causa di esclusione a condizione che siano egualmente trasmesse tutte le dichiarazioni e informazioni in essi richiesti e che siano rilasciate nelle forme previste dalle vigenti disposizioni richiamate nei predetti Moduli. Pertanto, al fine di ridurre al minimo le esclusioni dalla gara per inesattezze e/o omissioni si raccomanda vivamente di usare i modelli di istanza ed offerta (Allegati 1, 2 e 3) acclusi alla presente Lettera d’invito”; il modulo contenuto nell’Allegato 2, al punto 3, richiedeva l’indicazione della stima dei costi della manodopera, ai sensi dell’art. 95, comma 10, del Codice. Nel caso in esame, pertanto, l’obbligo di indicazione in sede di offerta economica del costo della manodopera era chiaramente evincibile dalla legge di gara, essendo espressamente indicato nella modulistica per l’offerta economica inviata dall’Amministrazione procedente in data 16 gennaio 2018 il campo a ciò dedicato. Non vale neanche opporre che l’Amministrazione avrebbe indotto in errore la ricorrente inviando una nuova modulistica in sostituzione della precedente – effettivamente utilizzata dalla SO.CO.EM. s.r.l. per la presentazione dell’offerta economica – in quanto l’Allegato 2 alla lettera di invito, recante il modulo per la presentazione dell’offerta economica, si compone di un’unica pagina, pertanto facilmente confrontabile con il precedente da parte di un operatore medio, senza la possibilità di invocare l’errore scusabile.
Né può ammettersi nel caso in esame il soccorso istruttorio, previsto dall'art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016 per la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'art. 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, in quanto i costi della manodopera e gli oneri di sicurezza interni attengono direttamente all'offerta economica e, per la loro finalità di tutela del lavoro, ne costituiscono elemento essenziale.
Non ignora il Collegio che circa l’ammissibilità del soccorso istruttorio in caso omessa indicazione degli elementi di cui all’art. 95, comma 10, del d.lgs. n. 50 del 2016, ed in particolare degli oneri di sicurezza aziendale, la giurisprudenza non ha raggiunto una posizione unanime in merito ad un dibattito risalente alla previgente normativa.
L’Adunanza plenaria 27 luglio 2016, n. 19, ha affermato, anche alla luce della giurisprudenza europea, che per le gare bandite prima del nuovo codice degli appalti pubblici e delle concessioni (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), laddove l’obbligo di indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, l’esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l’offerta dalla stazione appaltante. Va aggiunto che la questione è stata altresì esaminata dalla Corte di Giustizia UE a seguito di rinvio pregiudiziale ai sensi dell’art. 267 TFUE, affermando che “il principio della parità di trattamento e l’obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che ostano all’esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell’inosservanza, da parte di detto offerente, dell’obbligo di indicare separatamente nell’offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l’esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un’interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l’intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti” (Corte di Giustizia UE sez. VI, ordinanza 10 novembre 2016 (causa C-162/16)). Dalle pronunce richiamate, anche a voler ignorare il mutato quadro normativo, non si ritiene comunque possibile far discendere la possibilità di soccorso istruttorio in ipotesi, come quella in esame, ove, come detto, l’obbligo di esplicitazione dei costi della manodopera, così come di quelli relativi agli oneri per la sicurezza, era chiaramente evincibile dalla *lex specialis*.
4. Le circostanze sopra esposte sono sufficienti ai fini del rigetto del ricorso. Incidentalmente, si osserva, peraltro, che appaiono condivisibili le argomentazioni esposte dalla difesa comunale in merito al rilievo esclusivamente endoprocedimentale degli atti istruttori prodromici alla formazione dell’atto conclusivo della procedura di gara, di per sé inidonei a generare un legittimo affidamento del partecipante e ad assumere carattere di definitività. Allo stesso modo, seppure l’iter procedimentale seguito dall’Amministrazione appaia non lineare, non si ritiene sussista la lamentata incompetenza del nuovo RUP nominato con D.G.C. n. 63 del 26 marzo 2018. Infatti, in ogni caso il RUP esercita una funzione di coordinamento e controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate.
5. Le considerazioni che precedono impongono il rigetto della domanda di annullamento di cui al ricorso principale e delle connesse domande di inefficacia dei contratti ove *medio tempore* stipulati con l’aggiudicataria e subentro negli stessi, nonché la subordinata domanda di risarcimento dei danni.
Si ravvisa la sussistenza di giusti motivi per compensare tra le parti in causa le spese del giudizio in considerazione delle oscillazioni giurisprudenziali, rilevate dalle stesse parti, sul punto controverso.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso principale e i motivi aggiunti.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 24 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Raffaele Potenza, Presidente
Enrico Mattei, Primo Referendario
Daniela Carrarelli, Referendario, Estensore

Pubblicato il 30/08/2018
N. 00013/2018REG.PROV.COLL.
N. 00010/2018 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 10 di A.P. del 2018, proposto da:
Rock And River S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Pierlorenzo Boccanera, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Claudio Lucisano in Roma, via Crescenzio, 91
contro
Anas S.p.A, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudia Ricchetti, Marina Persichetti e Alessandro Tabarini, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Alessandro Tabarini in Giustizia - PEC Registri;
Ati Preve Costruzioni S.p.A - Ciabocco S.r.l. non costituita in giudizio
e con l'intervento di
*ad opponendum*:
De Grecis Cos.E.Ma. Verde S.r.l., Consorzio Stabile Athanor S.c.a.r.l., De Grecis Cos.E.Ma. Verde S.r.l., Consorzio Stabile Athanor S.c.a.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Aldo Loiodice, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Nicolai, 29
per la riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima) n. 72/2018

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Anas S.p.A;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 luglio 2018 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti l’avvocato Pierlorenzo Boccanera, l’avvocato Alessandro Tabarini e l’avvocato Isabella Loiodice per delega dell’avvocato Aldo Loiodice;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

**FATTO**

Come puntualmente rilevato dall’ordinanza collegiale 8 giugno 2018 n. 3472, il Tribunale Amministrativo Regionale per l’Umbria, Sezione I, con l’appellata sentenza 26 gennaio 2018, n. 72, ha respinto il ricorso e i motivi aggiunti proposti dall’attuale parte appellante Rock and River s.r.l., per l’annullamento (per quanto riguarda il ricorso introduttivo):
- della determinazione di ANAS s.p.a. di approvazione dell’aggiudicazione della gara PSL 06/17 del 15 giugno 2017 (nota Prot. CDG 310945). L’aggiudicazione riguarda la procedura aperta accelerata indetta da ANAS s.p.a. per la realizzazione di alcuni lavori di ripristino viario conseguenti al sisma del 30 novembre 2016;
- della comunicazione di ANAS s.p.a. ai sensi dell’articolo 76 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 in data 15 giugno 2017 (nota prot. CDG 311677 P);
- della comunicazione di ANAS s.p.a. relativa alle offerte anomale (prot. 311882 del 16 giugno 2017);
- della comunicazione di ANAS s.p.a. relativa alla stipula del contratto (nota prot. 327834 del 23 giugno 2017);
- della comunicazione di ANAS s.p.a. Prot.328752 del 26 giugno 2017;
- del “*Calcolo Offerta anomala*” trasmesso in data 13 luglio 2017 in sede di accesso agli atti;
- del verbale n. 1 della seduta pubblica (rep. 8393);
- del verbale n. 2 della seduta pubblica (rep. 8409);
- del verbale di aggiudicazione provvisoria (cod. 33125) di ANAS s.p.a. - Direzione Generale di Roma, con cui venivano formate le graduatorie e l’appalto veniva assegnato all’A.T.I. Preve Costruzioni - Ciabocco e veniva altresì data comunicazione della stipula del contratto;
Con successivi motivi aggiunti la Rock and River ha impugnato e chiesto l’annullamento:
- della nota di ANAS s.p.a. prot. CDG-0371928 del 17 luglio 2017.
Il primo Giudice ha rilevato sinteticamente che:
- secondo parte ricorrente, la stazione appaltante avrebbe erroneamente proceduto a redigere una doppia media: “*la prima rappresentata dalla sommatoria di tutti i ribassi percentuali delle 72 offerte presentate, indicando tale valore in 2.086,17 in prospettiva evidentemente di individuare la natura (pari dispari o zero del primo numero dopo la virgola); la seconda prendendo, evidentemente, la sommatoria delle 42 offerte al netto del taglio delle ali (1.243,442) dividendolo per 42 (72-20% delle offerte estreme - c.d. “ali” - arrotondate alla unità superiore)*” e ciò avrebbe determinato una soglia di anomalia pari al 29,31 per cento;
- nella fattispecie, il metodo sorteggiato dal seggio di gara per la determinazione della soglia di anomalia è quello di cui all’articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo n. 50 del 2016;
- coerentemente al suesposto dettato normativo, la soglia di anomalia è stata quindi individuata nella media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso (c.d. ‘taglio delle ali’), la quale è stata correttamente decurtata, percentualmente, di un valore pari alla prima cifra decimale, dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai ricorrenti ammessi, senza tener conto del taglio delle ali, essendo tale cifra risultata dispari;
- non può, infine, essere accolta la censura secondo cui ANAS s.p.a. avrebbe dovuto avvalersi, in forza delle deroghe legislative previste dalla normativa conseguente al sisma del 30 novembre 2016, di una delle imprese del cratere del sisma, non risultando alcuna disposizione normativa che imponga alla stazione appaltante di procedere in tal senso.
La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla Rock and River la quale ne ha chiesto la riforma articolando i seguenti motivi:
- *Violazione e falsa applicazione dell’art. 97 comma 2, lett b), d.lgs. n. 50-2016 e delle “direttive” ANAC del 5.10.2016; violazione del principio di selezione della migliore offerta in tema di gare pubbliche, travisamento e sviamento contraddittorietà ed illogicità, violazione di legge ed eccesso di potere per violazione dei principi di buon andamento e imparzialità della p.a., violazione della “lex specialis” di gara, disparità di trattamento, ingiustizia manifesta, falsità dei presupposti di fatto e di diritto, difetto di ragionevolezza, difetto di istruttoria, nonché’ per la violazione dei principi generali in materia di gare pubbliche.*
Con l’appello in esame la Rock and River ha chiesto l’integrale riforma della sentenza di primo grado.
Si è costituita in giudizio l’ANAS la quale ha concluso nel senso della reiezione dell’appello.
Con ordinanza collegiale n. 3472/2018 (resa all’esito della camera di consiglio del 17 maggio 2018) la Quinta Sezione di questo Consiglio di Stato, rilevato un contrasto in giurisprudenza circa un profilo di diritto decisivo ai fini della definizione della controversia, ha sospeso il giudizio e ha rimesso la questione a questa Adunanza plenaria (articolo 99 del cod. proc. amm.).
In particolare è stata demandata a questa Adunanza plenaria la questione relativa alla corretta interpretazione dell’articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo n 50 del 2016 con specifico riguardo alla nozione di “concorrenti ammessi”.
A seguito dell’ordinanza di rimessione si è costituito in giudizio il raggruppamento temporaneo De Grecis (con il Consorzio Stabile Athanor s.c.a.r.l.) il quale, premesso di non essere parte in causa nel presente giudizio ma di avere un interesse diretto alla definizione della medesima *quaestio iuris* demandata a questa Adunanza plenaria, ha spiegato atto di intervento in giudizio aderendo alla soluzione prospettata nell’ambito dell’ordinanza di rimessione.
In particolare, l’interveniente De Grecis ha rappresentato che la soluzione alla questione sollevata dalla Quinta Sezione di questo Consiglio di Stato ha incidenza sugli esiti di una gara in corso presso il Comune di Bari, nell’ambito della quale l’interveniente è allo stato collocata al primo posto della graduatoria.
Alla pubblica udienza del giorno 11 luglio 2018 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

**DIRITTO**

1. Giunge alla decisione dell’Adunanza plenaria il ricorso in appello proposto dalla Rock and River s.r.l., attiva nel settore dei lavori (la quale aveva partecipato alla procedura aperta accelerata indetta dall’ANAS per la realizzazione di alcuni lavori di ripristino viario conseguenti al sisma del 30 novembre 2016) avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale dell’Umbria con cui è stato respinto il ricorso avverso gli atti con cui la gara in parola, a seguito della determinazione della soglia di anomalia è stata aggiudicata all’A.T.I. Preve (prima offerta non anomala)
2. L'intervento volontario del R.T.I. De Grecis Cos.E.Ma. Verde s.r.l. con il Consorzio Stabile Athanor s.c.a.r.l. è inammissibile.
2.1. Come si è anticipato in narrativa l’interveniente, dopo aver premesso di non essere parte in causa nel presente giudizio, ha rappresentato di avere comunque un interesse diretto alla definizione della questione di diritto demandata a questa Adunanza plenaria. Ciò in quanto, laddove questo consesso risolvesse la questione interpretativa dell’articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo n. 50 del 2016 in adesione alla tesi prospettata dall’ordinanza di rimessione, ciò consentirebbe all’interveniente di risultare vittoriosa nell’ambito di un giudizio instaurato *inter alios*.
2.2. Al riguardo il Collegio osserva in primo luogo (e conformemente a quanto già affermato con la sentenza di questa Adunanza plenaria 4 novembre 2016, n. 23) che la proposta domanda di intervento non è riconducibile ad alcuna delle figure cui tipicamente si riferisce l'istituto dell’intervento nel processo amministrativo, per come da ultimo disciplinato dall'articolo 28 del cod. proc. amm., nonché - per il grado di appello – dall’articolo 97 (ci si riferisce, in particolare: *i*) all'intervento volontario del controinteressato pretermesso - parte necessaria del processo non evocata in giudizio -; *ii*) all'intervento volontario della parte eventuale del processo - *ad adiuvandum* o *ad opponendum* -; *iii*) all'intervento per ordine del Giudice, anche su istanza di parte).
In particolare (e come già rilevato con la richiamata sentenza n. 23 del 2016), non sembra che possa essere sufficiente a consentire l'istanza di intervento la sola circostanza per cui il proponente tale istanza sia parte in un giudizio in cui venga in rilievo una *quaestio iuris* analoga a quella divisata nell'ambito del giudizio principale.
Osta infatti in modo radicale a tale riconoscimento l’obiettiva diversità di *petitum* e di *causa petendi* che distingue i due procedimenti, sì da non configurare in capo al richiedente uno specifico interesse all'intervento nel giudizio *ad quem*.
Con la sentenza da ultimo citata (che può essere qui richiamata *de extenso* per la piena identità che caratterizza le due vicende sotto il profilo qui in esame) si è chiarito che “*laddove si ammettesse la possibilità di spiegare l’intervento volontario a fronte della sola analogia fra le quaestiones iuris controverse nei due giudizi, si finirebbe per introdurre nel processo amministrativo una nozione di ‘interesse’ del tutto peculiare e svincolata dalla tipica valenza endoprocessuale connessa a tale nozione e potenzialmente foriera di iniziative anche emulative, in toto scisse dall'oggetto specifico del giudizio cui l'intervento si riferisce.*
*Non a caso, del resto, in base a un orientamento del tutto consolidato, nel processo amministrativo l'intervento ad adiuvandum o ad opponendum può essere proposto solo da un soggetto titolare di una posizione giuridica collegata o dipendente da quella del ricorrente in via principale (sul punto -ex multis -: Cons. Stato, IV, 29 febbraio 2016, n. 853; id., V, 2 agosto 2011, n. 4557).*
*Si tratta, come è del tutto evidente, di un presupposto che non ricorre nel caso in esame, pacifica essendo in tale ipotesi la piena indipendenza (rectius: la radicale indifferenza) fra la posizione della società che richiede l’intervento e l'appellante principale*
*(…) Si osserva poi che risulterebbe sistematicamente incongruo ammettere l'intervento volontario in ipotesi quale quella che qui ricorre in quanto si demanderebbe in tal modo a un Giudice diverso da quello naturale (art. 25, I, Cost.) il compito di verificare in concreto l’effettività dell’interesse all’intervento (e, con essa, la concreta rilevanza della questione ai fini della definizione del giudizio a quo), in assenza di un adeguato quadro conoscitivo di carattere processuale (si pensi, solo a mo’ di esempio, alla necessaria verifica che il Giudice ad quem sarebbe chiamato a svolgere, ai fini del richiamato giudizio di rilevanza, circa l’effettiva sussistenza in capo all'interveniente dei presupposti e delle condizioni per la proposizione del giudizio a quo)*”.
3. E’ quindi possibile esaminare il merito della questione devoluta a questa Adunanza plenaria
Giova premettere alcune puntualizzazioni in fatto e alcune in diritto.
3.1. In punto di fatto va qui premesso
- che la gara all’origine dei fatti di causa è stata indetta da ANAS s.p.a. quale soggetto attuatore di protezione civile per la realizzazione degli interventi di ripristino e messa in sicurezza della viabilità delle infrastrutture stradali di propria competenza (e di competenza di altri soggetti pubblici) a seguito degli eventi sismici che hanno colpito il territorio delle Regioni Lazio, Marche, Umbria e Abruzzo a partire dal 24 agosto 2016;
- che la gara in questione aveva ad oggetto la realizzazione di lavori urgenti di ripristino sulla S.S. 685 (‘Tre Valli Umbre’) delle reti a contatto, di perlustrazione dei versanti e disgaggio ed installazione di barriere paramassi;
- che la gara si è svolta attraverso una procedura aperta accelerata ai sensi del comma 3 dell’articolo 60 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (recante il ‘*Codice dei contratti pubblici*’), con il criterio del massimo ribasso;
- che la *lex specialis* prevedeva l’esclusione automatica delle offerte anomale ai sensi del comma 8 dell’articolo 97 del richiamato decreto legislativo n. 50 del 2016 (tale previsione era possibile trattandosi di affidamento sotto la soglia di rilevanza comunitaria);
- che, ai sensi del comma 2 dell’articolo 97 del ‘*Codice dei contratti pubblici*’ e al fine di rendere non predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento della soglia di anomalia, la stazione appaltante procedeva a sorteggiare uno dei criteri di cui al medesimo comma 2. Veniva quindi sorteggiato il criterio di cui alla lettera b) (sul punto, v. *infra*);
- che, ritenendo di applicare nel modo più corretto la richiamata previsione legislativa, la stazione appaltante procedeva: *i*) ad ordinare le offerte ammesse ponendole in ordine crescente di ribasso offerto; *ii*) ad escludere (*rectius*: ad accantonare) il venti per cento delle offerte caratterizzate – rispettivamente – dal maggiore e dal minore ribasso (c.d. ‘taglio delle ali’); *iii*) a calcolare la media aritmetica dei ribassi delle offerte ammesse residuate dopo il ‘taglio delle ali’; *iv*) a calcolare la somma dei ribassi di tutti i concorrenti ammessi; *v*) a lasciare invariata la media *sub* iii in quanto la somma dei ribassi sub iv presentava la prima cifra dopo la virgola dispari; *vi*) a fissare, quindi, la soglia di anomalia nella percentuale già individuata *sub* iii); *vi*) ad escludere i via automatica dalla procedura tutti i concorrenti (fra cui l’appellante) che presentassero un ribasso percentuale superiore alla soglia di anomalia; *vii*) ad aggiudicare la gara all’A.T.I. Preve/Ciabocco, che aveva proposto in gara la prima delle offerte non anomale
3.2. In punto di diritto va qui osservato che, a seguito delle modifiche apportate dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (recante ‘*Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50*’), il comma 2 dell’articolo 97 del Codice (articolo rubricato ‘*Offerte anormalmente basse*’) stabilisce che: “*Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono al sorteggio, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi: (…)*
*b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unità superiore, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra*”.
Il c.d. ‘decreto correttivo’ del 2017 ha apportato una duplice modifica alle disposizioni che qui vengono in rilievo:
- in primo luogo, ha chiarito che la determinazione della soglia di anomalia secondo le previsioni in parola e le conseguenti operazioni di sorteggio sono operate dal RUP ovvero dalla commissione giudicatrice;
- in secondo luogo, ha chiarito che il c.d. ‘taglio delle ali’ finalizzato alla determinazione della media da assumere quale base di calcolo per la fissazione della soglia di anomalia debba interessare il venti per cento delle offerte ammesse – rispettivamente - con il maggiore e il minore ribasso, con arrotondamento all’unità superiore (nella precedente formulazione veniva semplicemente sancita una “*esclusione del 10%*”, senza ulteriori indicazioni).
Sempre dal punto di vista normativo va qui chiarito che il criterio di determinazione della soglia di anomalia di cui all’articolo 97, comma 2, lettera b) del nuovo ‘*Codice dei contratti*’, pur presentando alcuni punti di contatto con il pregresso criterio determinativo di cui al comma 1 dell’articolo 86 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n 163, presenta altresì caratteri di indubbia novità, sì da rendere non utilizzabili (almeno, non in modo integrale) le acquisizioni conseguite nella vigenza di tale decreto legislativo.
Come è noto, infatti, il comma 1 dell’articolo 86, cit. stabiliva che, nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, la verifica di anomalia avrebbe riguardato le offerte che presentassero “*un ribasso pari o superiore alla media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all’unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media*”.
Pertanto, per ciò che riguarda la determinazione della soglia di anomalia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le principali novità che qui mette conto di segnalare rispetto all’attuale comma 2 dell’articolo 97 sono in particolare due.
In primo luogo si segnala che, mentre nel ‘Codice’ del 2006 la determinazione della soglia di anomalia veniva affidata a un criterio matematico sostanzialmente univoco (sia pure temperato dal c.d. ‘taglio delle ali’ e dal meccanismo dell’incremento dello scarto medio aritmetico); al contrario il ‘Codice’ del 2016 ha affidato il compito di rendere non predeterminabile la richiamata soglia al meccanismo del sorteggio fra i diversi possibili metodi di computo di cui all’articolo 97.
In secondo luogo si segnala che, mentre nel ‘Codice’ del 2006 era palese che le uniche offerte da prendere in considerazione ai fini del computo della media aritmetica (e quindi, della soglia di anomalia) fossero quelle ‘ammesse’, ma al netto del c.d. ‘taglio delle ali’; al contrario il nuovo ‘Codice’ non fornisce immediata chiarezza circa le offerte da prendere in considerazione ai fini delle operazioni di computo di cui al più volte richiamato articolo 97, comma 2, lettera b).
Ed infatti:
- mentre (ai fini della fissazione della prima media aritmetica dei ribassi) è del tutto chiaro che essa debba essere determinata prendendo in considerazione le sole offerte ammesse a seguito del ‘taglio delle ali’;
- al contrario, non è del tutto chiaro se (ai fini dell’applicazione del c.d. ‘fattore di correzione’ di cui al comma 2, lettera b) la locuzione “*somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi*” debba essere riferita a tutti i concorrenti ammessi in gara, ovvero ai soli concorrenti residuati all’esito del ‘taglio delle ali’ di cui alla medesima lettera b).
4. La questione interpretativa appena richiamata risulta rilevante ai fini della definizione della presente controversia in quanto (almeno nella prospettazione dell’appellante)
- laddove si opti (come ha fatto l’appellata ANAS) per l’interpretazione secondo cui la locuzione “*somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi*” include i soli concorrenti che residuano al ‘taglio delle ali’, allora la soglia di anomalia resterebbe fissata nella misura del 29,310 per cento (con la conseguenza di determinare l’esclusione automatica dell’appellante, il cui ribasso percentuale offerto era del 29,497 per cento);
- laddove invece si opti (come auspicato dall’appellante, con opzione di fatto condivisa dall’ordinanza di rimessione – sul punto, v. *infra* -) per l’interpretazione secondo cui la richiamata locuzione farebbe riferimento, per la determinazione del fattore di correzione, a tutti i concorrenti ammessi (*i.e.*: anche a quelli interessati dal ‘taglio delle ali’), allora la soglia di anomalia resterebbe fissata nella misura del 29,606 per cento (con la conseguenza che la gara dovrebbe essere aggiudicata alla stessa appellante, la quale avrebbe formulato la prima delle offerte non anomale).
L’ANAS ha peraltro obiettato che l’appellante avrebbe tenuto sul punto un contegno ondivago, affermando in un primo momento che l’adesione alla tesi invocata dalla stessa appellante avrebbe portato a una soglia di anomalia del 29,393 per cento e, in un secondo momento, che l’adesione a tale tesi avrebbe portato a una soglia di anomalia del 29,606 per cento.
Si tratta di un aspetto che potrà essere valutato in sede di decisione di merito e che non impedisce di affrontare la questione di diritto demandata a questa Adunanza plenaria nei suoi termini generali.
5. Ora, come puntualmente riferito nell’ambito dell’ordinanza di rimessione, la previsione di cui all’articolo 97, comma 2, lettera b) del ‘Codice’ ha dato luogo ad interpretazioni contrastanti.
5.1. Secondo un primo orientamento (condiviso dal Collegio remittente) le due parti di cui si compone la disposizione in esame dovrebbero essere interpretate ed applicate secondo un criterio di carattere – per così dire – ‘dissociativo’.
In base a tale opzione interpretativa, il Legislatore avrebbe consapevolmente tenuto distinte: *i*) (da un lato) la platea dei concorrenti in relazione ai quali determinare la media aritmetica dei ribassi (platea che andrebbe individuata previo il ‘taglio delle ali’) e *ii*) dall’altro, la platea dei concorrenti da prendere in considerazione al fine della determinazione del c.d. ‘fattore di correzione’ (platea che andrebbe identificata con l’intero novero dei concorrenti ammessi, senza ‘taglio delle ali’).
L’opzione interpretativa in questione è stata di fatto condivisa dall’ANAS (che vi si è conformata al fine di determinare la soglia di anomalia), dal primo Giudice e dallo stesso Collegio remittente.
Fra i principali argomenti a sostegno di tale tesi (peraltro, puntualmente indicati dall’ordinanza di rimessione), si richiamano qui:
- l’argomento (di carattere testuale) secondo cui se il Legislatore avesse inteso escludere le offerte che residuano dopo il taglio delle ali, oltre che nel calcolo della media, anche ai fini della determinazione del ‘fattore di correzione’, avrebbe dovuto stabilirlo in maniera espressa, senza far ricorso alla generica locuzione “*ribassi offerti dai concorrenti ammessi*”;
- l’argomento (di carattere sostanziale) secondo cui le offerte ‘tagliate’ ai fini della media matematica di cui alla prima parte della disposizione sono e restano offerte ‘ammesse’ ai fini del ‘fattore di correzione’ di cui alla seconda parte della medesima disposizione;
- l’argomento (di carattere logico) secondo cui, siccome l’articolo 97, comma 2, lettera b) richiede di effettuare due operazioni ontologicamente distinte (una media nella prima parte della disposizione e una sommatoria nella seconda parte di essa), del tutto coerentemente i termini da tenere in considerazione ai fini di tali distinte operazioni dovrebbero restare anch’essi distinti fra loro;
- l’argomento (di carattere sistematico) secondo cui se la ratio della disposizione nel suo complesso è quella di rendere il più possibile non predeterminabile la soglia di anomalia, allora il richiamato criterio ‘dissociativo’ risulterebbe quello più coerente con la *ratio legis*, rendendo ancora più difficilmente predeterminabile la soglia di anomalia.
5.2. In base a un secondo orientamento (non condiviso dal Collegio remittente) la disposizione in esame dovrebbe invece essere intesa secondo un criterio di carattere – per così dire – ‘associativo’.
Secondo tale opzione la locuzione ‘offerte ammesse’ (al netto del ‘taglio delle ali’) di cui alla prima parte del comma 2, lettera b) e la locuzione ‘concorrenti ammessi’ di cui alla seconda parte della disposizione farebbero riferimento a platee omogenee (ambedue da individuare previo il ‘taglio delle ali’).
6. L’Adunanza plenaria ritiene che prevalenti ragioni inducano a propendere per la seconda delle richiamate opzioni.
6.1. Si osserva in primo luogo al riguardo che l’opzione in questione risulta ad oggi del tutto prevalente nella giurisprudenza di appello e che gli assunti logici e sistematici su cui si fondano i precedenti giurisprudenziali specifici risultano del tutto persuasivi.
In particolare, le sentenze della Quinta Sezione di questo Consiglio 23 gennaio 2018, n. 435 e 17 maggio 2018, n. 2959 hanno aderito alla soluzione secondo cui, ai fini dell’applicazione dell’articolo 97, comma 2, lettera b) del ‘*Codice dei contratti pubblici*’, l’esclusione (*rectius*: accantonamento) delle offerte interessate dal taglio delle ali operi sia in relazione al calcolo della media aritmetica dei ribassi, sia in relazione alla somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi.
In particolare, la seconda delle richiamate decisioni ha condivisibilmente affermato (richiamando peraltro Cons. Stato, VI, 17 ottobre 2017, n, 4803) che elementi di carattere teleologico e sistematico militino nel senso di “*[ritenere] corretta l'interpretazione secondo cui la previa esclusione (c. d. taglio delle ali) va inclusa anche nel calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali superiori alla media*”.
Nell’occasione si è sottolineato che non emergono valide ragioni per cui, una volta eliminate alcune offerte dal criterio di calcolo, le stesse possano successivamente rientrare a farne parte.
In modo parimenti condivisibile si è escluso che il Legislatore abbia inteso applicare il calcolo della media limitatamente ai ribassi ammessi dopo il taglio delle ali per poi successivamente calcolare, all’opposto, la somma dei ribassi prendendo in considerazione tutti i ribassi originali, seppur già esclusi.
Si è inoltre osservato che ragioni di coerenza sistematica inducono a ritenere che la sostanziale presunzione su cui si fonda lo stesso meccanismo del ‘taglio delle ali’ è tale da non soffrire eccezioni o intermittenze nello sviluppo logico ed aritmetico della determinazione della soglia di anomalia. Ne consegue che un metodo di calcolo il quale prendesse in considerazione tale presunzione ai fini della prima operazione, ma la escludesse dalla seconda, risulterebbe intrinsecamente contraddittorio (in tal senso: Cons. Stato, VI, 4803 del 2017)
Un tale effetto – come già stabilito con il precedente da ultimo richiamato – si rivelerebbe irragionevolmente contraddittorio, “*poiché farebbe perno su due giudizi di valore giuridico tra loro antitetici e incompatibili e, dunque, comprometterebbe la stessa ragion d'essere del primo accantonamento, peraltro indubitabilmente voluta dalla legge*”.
6.2. Si osserva poi che l’opposta soluzione (dinanzi compendiata nella formula del ‘criterio dissociativo’) non risulta suffragata – e contrariamente a quanto affermato nell’ordinanza di rimessione - da elementi testuali di portata dirimente.
Se infatti il Legislatore, nell’ambito della medesima disposizione, ha dapprima utilizzato la locuzione “*offerte ammesse*” (abbinata al meccanismo del ‘taglio delle ali’) e poco oltre ha fatto riferimento ai “*concorrenti ammessi*”, non se ne inferisce in via necessaria che la seconda di tali locuzioni risulti incompatibile con il riferimento al meccanismo del taglio delle ali.
Al contrario, elementi di carattere testuale sembrano deporre nell’opposto senso per cui l’omogeneo riferimento ad offerte e concorrenti “*ammessi*” stia a significare che in entrambi i casi il sintagma si riferisca a una platea parimenti omogenea (determinata all’esito del ‘taglio delle ali’).
6.3. Non risulta poi risolutivo al fine di suffragare la tesi opposta a quella qui indicata l’argomento secondo cui le offerte ‘tagliate’ ai fini della media matematica di cui alla prima parte dell’articolo 97, comma 2, lettera b) sono e restano offerte ‘ammesse’ ai fini del ‘fattore di correzione’ di cui alla seconda parte della medesima disposizione.
Ed infatti, la circostanza secondo cui la disposizione fa riferimento in ambo i casi ad offerte ‘ammesse’ non esclude (ma anzi, rafforza) l’esigenza di coerenza interna volta ad assicurare che in entrambi i casi si faccia riferimento a una platea di carattere omogeneo.
6.4. Per ragioni del tutto analoghe, il fatto che le due parti della disposizione facciano riferimento ad operazioni distinte (la determinazione di una media nel primo caso e di una sommatoria nel secondo) non indebolisce in alcun modo – ma semmai rafforza - l’esigenza per cui i termini di computo siano assunti in modo omogeneo per ciascuna delle due operazioni
6.5. Non appare inoltre risolutivo l’argomento secondo cui il criterio di carattere ‘dissociativo’ andrebbe preferito atteso che la *ratio* della disposizione nel suo complesso è quella di rendere il più possibile non predeterminabile la soglia di anomalia.
Si osserva in senso contrario che l’argomento in parola poteva risultare persuasivo nella vigenza di un quadro normativo (quale quello di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006) il quale contemplava un’unica modalità per determinare le offerte anomale nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso (ci si riferisce al criterio di cui all’articolo 86, comma 1 di quel ‘Codice’). Solo nella vigenza di tale *corpus* normativo infatti (e a fronte di dubbi interpretativi) poteva risultare effettivamente persuasiva l’adesione al criterio che impedisse in massimo grado la predeterminazione delle medie di gara da parte dei concorrenti, anche ricorrendo a basi di computo fra loro disomogenee.
Si osserva tuttavia che, nel diverso sistema introdotto dal nuovo ‘Codice dei contratti pubblici’, le richiamate esigenze risultano adeguatamente soddisfatte attraverso la scelta di demandare al sorteggio l’individuazione del criterio determinativo della soglia di anomalia.
Non risulta quindi necessario, ai fini di cui sopra, il ricorso ad ulteriori meccanismi volti ad introdurre elementi di disomogeneità fra le basi di computo. Il ricorso a siffatti meccanismi introdurrebbe infatti elementi di disomogeneità nell’applicazione di una disposizione sotto ogni altro aspetto coerente, senza che ciò risulti funzionale all’obiettivo di rendere non predeterminabili le medie di gara (obiettivo il cui perseguimento è invece affidato al meccanismo del sorteggio).
6.6. Si osserva infine che anche l’ANAC (sia pure con atti di portata non vincolante) ha aderito all’opzione interpretativa di cui sopra.
In particolare, le Linee Guida n. 4 (recanti “*Procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*”, nel testo aggiornato con la delibera n, 206 del 1° marzo 2018), al punto 5.2.6, *sub* k) hanno stabilito che “*nel caso di sorteggio del metodo di cui all’articolo 97, comma 2, lettera b) del Codice dei contratti pubblici, una volta operato il cosiddetto taglio delle ali, occorre sommare i ribassi percentuali delle offerte residue e, calcolata la media aritmetica degli stessi, applicare l’eventuale decurtazione stabilita della norma tenendo conto della prima cifra decimale del numero che esprime la sommatoria dei ribassi*”.
Si tratta, in definitiva, di un approccio del tutto coincidente con quello condiviso dall’orientamento giurisprudenziale ad oggi prevalente.
7. In conclusione l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato enuncia il seguente principio di diritto: “*l’articolo 97, comma 2, lettera b) del decreto legislativo 50 del 2016 (‘Codice dei contratti pubblici’) si interpreta nel senso che la locuzione “offerte ammesse” (al netto del c.d. ‘taglio delle ali’) da prendere in considerazione ai fini del computo della media aritmetica dei ribassi e la locuzione “concorrenti ammessi” da prendere in considerazione al fine dell’applicazione del fattore di correzione fanno riferimento a platee omogenee di concorrenti.*
*Conseguentemente, la somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi (finalizzata alla determinazione del fattore di correzione) deve essere effettuata con riferimento alla platea dei concorrenti ammessi, ma al netto del c.d. ‘taglio delle ali’*”.
8. Ai sensi del comma 4 dell'articolo 99 del cod. proc. amm. l'Adunanza Plenaria decide l'intera controversia, salvo che ritenga di enunciare il principio di diritto e di restituire per il resto il giudizio alla sezione remittente.
Il Collegio ritiene che nel caso in esame sussistano i presupposti perché, a seguito dell'enunciazione dei principio di diritto di cui al precedente punto 7, la questione sia rimessa alla Quinta Sezione del Consiglio di Stato, la quale ne valuterà le concrete ricadute ai fini del decidere.
Per il resto il giudizio deve essere restituito alla Sezione rimettente che dovrà statuire anche in ordine alle spese di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto
dichiara inammissibile l'intervento in giudizio del raggruppamento De Grecis Cos.E.Ma. Verde s.r.l. con il Consorzio Stabile Athanor s.c.a.r.l.;
enuncia il principio di cui al precedente punto 7;
rimette per il resto la definizione del giudizio alla Sezione remittente.
Spese al definitivo.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 luglio 2018 con l’intervento dei magistrati:
Alessandro Pajno, Presidente
Filippo Patroni Griffi, Presidente
Sergio Santoro, Presidente
Franco Frattini, Presidente
Giuseppe Severini, Presidente
Roberto Giovagnoli, Consigliere
Claudio Contessa, Consigliere, Estensore
Fabio Taormina, Consigliere
Bernhard Lageder, Consigliere
Umberto Realfonzo, Consigliere
Silvestro Maria Russo, Consigliere
Oberdan Forlenza, Consigliere
Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pubblicato il 23/08/2018
N. 05036/2018REG.PROV.COLL.
N. 00979/2018 REG.RIC.

**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 979 del 2018, proposto da
Consorzio CMG Ambiente Trasporti e Sanità, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Toledo, 323;

contro

ANM - Azienda Napoletana Mobilità s.p.a., non costituita in giudizio;
Consorzio Stabile Europeo Multiservice, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, 30;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania (Sezione Quarta) n. 703/2018, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Consorzio Stabile Europeo Multiservice;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2018 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Tozzi e Lentini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.- Con atto notificato nei tempi e nelle forme di rito, il Consorzio CMG Ambiente Trasporti e Sanità, come in atti rappresentato e difeso, proponeva appello avverso la sentenza n. 703/2018, distinta in epigrafe, con la quale il Tribunale amministrativo per la Campania, Napoli aveva, per un verso, relativamente alla procedura evidenziale indetta dalla Azienda Napoletana Mobilità s.p.a. per l’affidamento triennale di un appalto multiservice avente ad oggetto immobili, veicoli e servizi logistici, accolto solo in parte il proprio ricorso nei confronti dell’ammissione del concorrente Consorzio Stabile Europeo Multiservice e, per altro verso, contestualmente accolto il ricorso incidentale proposto da quest’ultima, per l’effetto disponendo l’estromissione di entrambi dalla gara.

2.- A sostegno del gravame premetteva:

a) che, nella qualità di consorzio stabile ex art. 45 comma 2, lett. c), d.lgs. n. 50 del 2016 operante, tra gli altri, nel settore degli appalti pubblici di pulizie, aveva preso parte alla procedura aperta indetta, con bando pubblicato in data 20 settembre 2017, da ANM S.p.a. per l’affidamento, con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, dell’appalto di pulizie multiservice, relativo ad immobili, veicoli e servizi logistici, per la durata di 36 mesi, con opzione di rinnovo annuale;

b) che, ammessa al prosieguo delle operazioni di gara insieme al concorrente e interessato Consorzio CEM, con nota prot. n. 1028/is del 29 novembre 2017 (resa a riscontro di analoga comunicazione del Consorzio CEM, che ne richiedeva a sua volta l’estromissione) aveva rappresentato che il ridetto Consorzio dovesse essere escluso, a causa della carenza dei requisiti di moralità professionale ex art. 80, comma 5, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016;

c) che, in difetto di riscontro, con ricorso ex art. 120, comma 2 bis Cod. proc. amm., notificato il 7 dicembre 2017, aveva impugnato il provvedimento di ammissione del Consorzio CEM, il quale – a sua volta – con ricorso incidentale notificato in data 3 dicembre 2017 – aveva invocato la propria estromissione;

d) che, con sentenza n. 703/2018, il Tribunale amministrativo aveva: 1) accolto il ricorso principale, peraltro nei limiti del prospettico riesame motivato del provvedimento di ammissione del Consorzio CEM, in ordine alla rilevanza di precedente revoca di aggiudicazione, disposta in suo danno dal Comune di Mugnano; 2) accolto, altresì, il ricorso incidentale, disponendo la propria estromissione per carenza del dedotto requisito soggettivo di qualificazione e per invalidità dell’allegato contratto di avvalimento.

3.- Sulle esposte premesse, impugnava la ridetta statuizione, lamentando, con plurimo mezzo:

a) che erroneamente il primo giudice aveva ritenuto, rigettando l’eccezione e riconoscendo d’ufficio la scusabilità dell’errore, la tempestività del ricorso incidentale, proposto oltre il termine di trenta giorni dalla data del provvedimento di ammissione e dal perfezionamento dell’accesso;

b) che erroneamente, in accoglimento del ricorso, era stata ritenuta, a suo carico, la carenza dei requisiti di qualificazione come consorzio stabile e l’inidoneità, per genericità, dell’avvalimento: palesandosi il ricorso incidentale inammissibile e infondato;

c) che erroneamente il primo giudice, pur avendo accolto le proprie doglianze, aveva respinto, perché senza idoneo supporto probatorio, ‘allegazione della ricorrenza, in danno della controparte, di autonoma causa di esclusione, per violazione delle norme di contrattazione collettiva e mancato pagamento delle retribuzioni dei dipendenti.

4.- Si costituiva in giudizio il Consorzio CEM, che resisteva al gravame e, con distinto atto, proponeva ricorso incidentale, che censurava l’accoglimento del ricorso principale di prime cure.

L’Azienda Napoletana Mobilità s.p.a., ritualmente intimata, non si costituiva in giudizio.

5.- Nel contraddittorio delle parti, alla pubblica udienza del 10 maggio 2018 la causa veniva riservata per la decisione.

**DIRITTO**

1.- L’appello principale è, nei sensi delle considerazioni e delle precisazioni che seguono, infondato. Parimenti infondato è l’appello incidentale. Entrambi vanno respinti.

2.- Con il primo motivo di doglianza (che, per questo profilo, si salda con il secondo motivo dell’appello incidentale, da esaminare congiuntamente), l’appellante lamenta che la sentenza abbia ritenuto ricevibile, sia pure per errore scusabile, il ricorso incidentale di prime cure, con il quale il Consorzio CEM aveva contestato la sua ammissione alla procedura: il gravame era stato, invero, notificato solo in data 3 gennaio 2018 e, cioè, oltre il termine di trenta giorni dalla data di pubblicazione del verbale di ammissione del Consorzio appellante al prosieguo delle operazioni di gara (7 novembre 2017), tanto più che, alla data del 17 novembre 2017, la ricorrente incidentale aveva già perfezionato l’accesso documentale e, dunque, ben avrebbe potuto rispettare gli stringenti termini di legge.

Reciprocamente, l’appellante incidentale impugna il medesimo capo della sentenza, nella parte in cui non ha riconosciuto la tempestività del ricorso, ritenendo fosse necessario riconoscere la scusabilità dell’errore.

2.1.- Occorre circoscrivere i termini della thema decidendum prospettato con gli incrociati gravami.

Va anzitutto evidenziato che la sentenza impugnata, all’esito di una accurata ed argomentata disamina della problematica dei termini per proporre ricorso incidentale (improprio e ad excludendum) nel contesto del rito superaccelerato dell’art. 120, comma 2-bis,Cod. proc. amm.:

a) ha richiamato giurisprudenza dello stesso giudice, per cui il termine perentorio di trenta giorni decorre non già della “ricevuta notificazione del ricorso principale” (giusta la regola generale codificata all’art. 42, comma 1, Cod. proc. amm.), ma dalla pubblicazione, nelle forme legali, del provvedimento lesivo (alla stessa stregua del ricorso principale);

b) ha preso atto di una sopravvenuta decisione della III Sezione del Consiglio di Stato (10 novembre 2017, n. 5182), che –in riforma del precedente del Tribunale amministrativo della Campania, Napoli, n. 3226 del 13 giugno 2017) – aveva affermato l’opposto principio, inteso a ribadire la piena operatività, anche nel procedimento dell’articolo 120, comma 2-bis, dei meccanismi processuali ordinari, , ai sensi dell’articolo 42, sulla proposizione del ricorso incidentale, inclusa la scansione dei termini procedurali.;

c) ha, nondimeno, chiarito (non essendo vincolata allo statuito principio di diritto) che il richiamato orientamento del Consiglio di Stato non meritasse condivisione, ribadendo l’opposta interpretazione;

d) ha, peraltro, vista la oscillazione giurisprudenziale, escluso la consequenziale declaratoria di irricevibilità, riconoscendo i presupposti di scusabilità dell’errore e riconoscendo, d’ufficio (ex art. 37 Cod. proc. amm.) il beneficio della rimessione in termini.

2.2.- In siffatto contesto, l’appello principale lamenta:

a) che avrebbe errato la sentenza a riconoscere la sussistenza dei presupposti per la scusabilità dell’errore: a fronte di un orientamento sufficientemente consolidato e storicamente risalente nella giurisprudenza di primo grado, noto agli operatori di settore, un solo precedente del Consiglio di Stato non sarebbe stato idoneo, per il carattere isolato, a prefigurare la “oscillazione giurisprudenziale” suscettibile di determinare “oggettive ragioni di incertezza” sull’esatta interpretazione della norma processuale (art. 37 Cod. proc. amm.);

b) in ogni caso, a fronte della pedissequa “scusabilità” dell’errore, una doverosa prudenza avrebbe imposto – in un contesto nel quale la parte era consapevole del quadro fattuale e normativo, tanto da averne fatto oggetto di diffida stragiudiziale,in data 21 novembre 2017 – di non frapporre indugi nel notificare il gravame: dovendosi, con ciò, assumere tale condotta negligente in termini di contraddizione con la riconosciuta “scusabilità”, che – per definizione – postula la “non imputabilità” dell’errore;

c) il richiamato precedente del Consiglio di Stato non era pertinente alla specie, perché riferito solo all’ipotesi del ricorso incidentale c.d. escludente, di cui qui – stante la obiettiva presenza in gara di altri operatori, i cui requisiti di qualificazione non erano in contestazione – non ricorrevano i presupposti, e difettava il requisito dell’interesse strumentale alla riedizione della gara: il primo giudice insomma avrebbe convertito un (tardivo) ricorso incidentale improprio in un ricorso principale autonomo, senza preventivo vaglio di ammissibilità sull’interesse (che, in concreto, mancava, trattandosi di concorrente comunque escluso dalla procedura);

d) allora il ricorso incidentale, proposto nel contesto del rito dell’art. 120, comma 2-bis, non potrebbe avere di suocarattere escludente (perché idoneo a paralizzare la partecipazione alla gara): perciò avrebbe potuto essere valutato solo se tempestivo.

2.3.- Fino a questo punto – avuto, cioè, riguardo alle doglianze principali – appare evidente che la questione dei tempi per proporre il ricorso incidentale nel rito dell’ art. 120, comma-2 bis esula dal thema decidendum (la soccombenza dell’appellante, legittimante l’interesse all’appello, discende solo dalla dedotta violazione dell’art. 37 Cod. proc. amm., essendo stata condivisa l’eccezione di irricevibilità del ricorso incidentale di prime cure, proposto dalla controinteressata).

2.4.- Sennonché, con il secondo motivo dell’appello incidentale, quest’ultima ha contestato la sentenza, nella parte in cui aveva ritenuto – disattendendo il precedente del Consiglio di Stato – la formale irricevibilità del proprio gravame, recuperandone l’ammissibilità solo in virtù del riconoscimento del beneficio remissorio.

Perciò la censura – bene devoluta al giudice d’appello e non in modo meramente ripropositivo ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., perché rinveniente da parte del tutto vittoriosa nel merito su doglianza non assorbita: cfr. Cons. Stato, V, 12 marzo 2018, n. 1543) si innesta su appello incidentale, che appare proprio perché indirizzato, allo scopo di conservare l’esito favorevole della decisione, sul medesimo capo impugnato in via principale.

Se ne impone, per tal via, la prioritaria e pregiudiziale disamina. Questa impone al Collegio la valutazione della questione del ricorso incidentale nel rito specialissimo dell’art. 120, comma 2-bis.

2.5.- Il Collegio condivide la sentenza impugnata nella parte in cui affermato che il termine (di trenta giorni) per la proposizione del ricorso incidentale, da parte del concorrente che, nel quadro del rito di cui all’art. 120, comma 2-.bis Cod. proc. amm., ha subito in prevenzione l’impugnazione di altro concorrente della propria ammissione al prosieguo della gara (e che intenda far valere l’estromissione del ricorrente principale) decorra non – come nella fattispecie del ricorso incidentale ordinario di cui all’art. 42 Cod. proc. amm. - dalla ricevuta notifica del ricorso principale (che, nella ipotesi generale, attiva e fa insorgere l’interesse ad agire), ma dalla conoscenza, nelle forme legali, dell’avvenuta ammissione del ricorrente principale.

La conclusione – che si discosta dal precedente di Cons. Stato, III, n. 5182/2017, che non appare meritevole di essere condivisa – conferma la riflessione della dottrina che ha messo in luce le implicazioni, sul piano operativo, del rito superaccelerato sul regime del c.d. ricorso incidentale escludente.

In particolare, la presunzione assoluta di insorgenza immediata dell’interesse a ricorrere, che discende dall’onere di immediata impugnazione dell’art. 120, comma 2-bis, di suo conduce non solo alla successiva non configurabilità di un ricorso incidentale escludente a valle dell’impugnazione principale dell’aggiudicazione, com’è testualmente detto allo stesso comma 2 bis, penultimo periodo («L’omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale»); ma anche alla non configurabilità di analogo strumento, in senso proprio, come risposta a un ricorso immediato avverso l’altrui ammissione proposto in base al comma 2-bis, primo periodo, seconda parte.

Infatti, l’interesse a proporre un ricorso incidentale sorge soltanto per effetto dell’avvenuta proposizione del ricorso principale (art. 42, comma 1, Cod. proc. amm.: «Le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale»).

Qui la presunzione assoluta e generalizzata di interesse a ricorrere per tutti i concorrenti anticipa figurativamente questa insorgenza dell’interesse a ricorrere “escludente” al momento ufficiale della conoscenza di quell’ammissione.

Sicché la medesima ragione che preclude una reiterazione nel tempo dell’interesse a ricorrere, che si è vista per il primo ricorso, preclude una reiterazione per quello che altrimenti sarebbe un ricorso incidentale. Anche per l’impresa di cui si contesta la legittimazione alla gara opera da subito la presunzione di interesse a contestare in giudizio l’ammissione dell’impresa che muove questa contestazione. In forza della presunzione, simile, simmetrico e simultaneo è il loro interesse alla reciproca esclusione: e questo, per virtuale che sia, tiene ormai luogo di ogni altra effettiva, successiva insorgenza di utilità a quei medesimi riguardi.

In termini pratici segue che l’impresa che immagina un’altrui contestazione della propria legittimazione alla gara dispone, per muovere una simmetrica contestazione in giustizia, dello stesso termine di trenta giorni per ricorrere e dal medesimo dies a quo. E il suo – se segue l’altro - non sarà comunque un ricorso incidentale, ma un ricorso formalmente autonomo: anche se, appunto, in risposta a un ricorso senza il quale non lo avrebbe mosso e comunque a quello stesso connesso.

2.6.- Le conclusioni che precedono hanno trovato puntuale conferma nella sentenza Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4, la quale ha chiarito:

a) che l’omessa attivazione del rimedio processuale entro il termine di trenta giorni preclude al concorrente non solo la possibilità di dedurre le relative censure in sede di impugnazione della successiva aggiudicazione, ma anche di paralizzare, mediante lo strumento del ricorso incidentale, il gravame principale proposto da altro partecipante avverso la sua ammissione alla procedura;

b) che una diversa lettura non potrebbe trarre contrario argomento dal comma 6-bis dell’art. 120 cit. («La camera di consiglio o l’udienza possono essere rinviate solo in caso di esigenze istruttorie, per integrare il contraddittorio, per proporre motivi aggiunti o ricorso incidentale») che, nel contemplare espressamente la possibilità di proporre ricorsi incidentali, potrebbe far propendere, a una prima lettura, per la permanenza del potere di articolare in sede di gravame incidentale, vizi afferenti l’ammissione alla gara del ricorrente principale anche dopo il decorso del termine fissato dal comma 2-bis. Invero, in senso contrario, va osservato che detta disposizione si riferisce, in realtà, ai gravami incidentali che hanno ad oggetto non vizi di legittimità del provvedimento di ammissione alla gara, ma un diverso oggetto (es. lex specialis ove interpretata in senso presupposto dalla ricorrente principale): diversamente opinando, si giungerebbe alla conclusione non coerente con il disposto di cui al comma 2-bis di consentire l’impugnazione dell’ammissione altrui oltre il termine stabilito dalla novella legislativa. Per tal via si violerebbe il comma 2-bis e la ratio sottesa al nuovo rito specialissimo che, come sottolineato in sede consultiva dal Consiglio di Stato (parere n. 782/2017 sul decreto correttivo al Codice degli appalti pubblici) è anche quello di “neutralizzare per quanto possibile […] l’effetto “perverso” del ricorso incidentale (anche in ragione della giurisprudenza comunitaria e del difficile dialogo con la Corte di Giustizia in relazione a tale istituto)”.

Da quanto sopra si trae conferma che, nella situazione in esame, il ricorso è “incidentale” solo per ragioni formali (id est, perché proposto per secondo, nel contesto di un processo già iniziato da altri), restando, invece, sostanzialmente autonomo (e cioè, si paret, incidentale improprio).

2.7.- Le esposte ragioni inducono a condividere, in parte qua, la sentenza impugnata e a respingere il secondo motivo dell’odierno appello incidentale.

2.8.- Va, di conseguenza, esaminato il primo motivo dell’appello principale, il quale – come chiarito – assume criticamente ad oggetto il riconoscimento dei presupposti dell’errore scusabile.

2.9.- Il motivo non è fondato.

Pur nel quadro di una interpretazione doverosamente restrittiva dell’istituto eccezionale della rimessione in termini (che, se oggetto di troppo lata e discrezionale concessione, ridonderebbe in grave vulnus dell'equiordinato principio della parità delle parti (art. 2, 1º comma, Cod. proc. amm.), sul versante del rispetto dei termini perentori stabiliti dall'ordinamento processuale: cfr. Cons. Stato, VI, 23 gennaio 2013, n. 394, sulla scia di Id., Ad. plen., 2 dicembre 2010, n. 3) la pronunzia della III Sezione del Consiglio di Stato, intervenuta in pendenza dei termini per la proposizione del ricorso, era di suo idonea, per provenienza ed autorevolezza, a ingenerare – a fronte del difforme orientamento ad allora maturato, che aveva motivatamente riformato – una obiettiva “incertezza”, non imputabile alla parte, sull’esatta portata della norma processuale.

Non rileva che si trattasse, come aggiunge l’appellante, di un “unico” (e, come tale, pretesamente insufficiente) precedente. Si trattava, in effetti, della prima occasione in cui il Consiglio di Stato aveva vagliato funditus la questione e, di conserva, della prima sua espressa pronunzia in materia, cui – per comune intendimento – non poteva che conferirsi il senso di un significativo impatto sulla giurisprudenza di prime cure. Ciò in ragione della attitudine nomofilattica, voluta dall’ordinamento, delle statuizioni del Consiglio di Stato, essenziale ai fini generali della sicurezza giuridica – che è bene di cui non è dato al singolo giudice disporre a sola difesa dei propri precedenti opinamenti - idonea ad adeguatamente orientare, per la necessaria prevedibilità del diritto, la prassi degli operatori di settore.

Bene dunque il primo giudice – pur dissentendo sulla portata della ridetta pronunzia – ha quanto meno riconosciuto (d’ufficio: ex art. 37 Cod. proc. amm.) la rimessione in termini.

Va, perciò, respinto – unitamente al secondo motivo dell’appello incidentale – anche il primo motivo dell’appello principale.

3.- Occorre, a questo punto, esaminare il secondo motivo dell’appello principale, con il quale – per violazioni di legge ed eccesso di potere – il Consorzio CMG si duole che, recependo le censure formulate dalla controinteressata con il ricorso incidentale di prime cure, il giudice abbia ritenuto a proprio carico: a) il mancato possesso dei requisiti per la qualificazione come consorzio stabile ex art. 45 comma 1 lett. c) d. lgs. N. 50 del 2016; b) l’inidoneità, per asserita genericità, del contratto di avvalimento stipulato con la ditta ausiliaria (Shining s.r.l.).

3.1 – Va premesso che la sentenza ha ritenuto inesistenti “in capo al consorzio ricorrente principale CGM i requisiti strutturali e funzionali tipici della categoria tipologica qui in rilievo”.

La conclusione è discesa dalla premessa per cui la giurisprudenza ritiene elemento essenziale per attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile il c.d. elemento teleologico, ossia l'astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un'autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le presentazioni previste nel contratto (ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate) (cfr. Cons. Stato, V, 2 maggio 2017 n. 1984).

Il riferimento aggiuntivo del Codice dei contratti pubblici alla «comune struttura di impresa» ha portato a concludere che costituisce predicato indefettibile di tali soggetti l’esistenza di un’azienda consortile, nel senso privatistico di «complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa».

Di contro, qui la piana lettura dell’atto costitutivo e dello statuto allegato non avevano fatto emergere un detto, qualificante elemento, cioè lo scopo e la stessa obiettiva attitudine ad operare nel settore degli appalti pubblici con autonoma struttura ad impresa, capace di eseguire anche in proprio le prestazioni previste nel contratto.

L’art. 4 dello statuto, in particolare, nell’elencare le attività consortili faceva sempre ed esclusivamente riferimento ad attività svolte “per conto delle consorziate”. Nemmeno, sul piano fattuale (e dunque indipendentemente dai dati statutari), la odierna appellante avrebbe dimostrato l’esistenza di un’azienda consortile con le ridette caratteristiche.

Da ciò, la ritenuta illegittimità della disposta ammissione alla gara del consorzio (che aveva chiesto, nella relativa domanda, di partecipare in proprio e come soggetto distinto dalle imprese consorziate): considerazione cui andava ad aggiungersi l’omessa dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti da ritenersi esigibili in capo a tutte le consorziate (art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016) e la non rispondenza al vero della dichiarazione di stabilità, in violazione degli artt. 45 e 80 d.lgs. n. 50 del 2016.

3.2.- L’appellante contesta le conclusioni della sentenza, allegando documentazione dalla quale sarebbe dato indurre – di là dalla formale previsione statutaria – la concreta e fattuale operatività “in proprio” del consorzio, con assunzione di personale proprio, assunzione di servizi in proprio, esistenza di più di quattro soci costituenti, esistenza di una stabile organizzazione (uffici, conti correnti, personale. ecc.).

Egli lamenta, altresì, che anche se fossero mancati i requisiti per il riconoscimento della “stabilità”, avrebbe dovuto essere riconosciuto (trattandosi pur sempre di consorzio “ordinario”) il soccorso istruttorio (che il primo giudice aveva, per contro, negato, ritenendo si trattasse di vizio genetico, involgente la stessa identità del soggetto partecipante alla gara.

3.3.- Il motivo è inammissibile.

L’accoglimento della doglianza è accompagnata, nella sentenza impugnata (con passaggio motivazionale che integra non una ratio decidendi, ma un autonomo capo decisorio, trattandosi di distinta e concorrente ragione di esclusione, in forza dell’art. 80 d. lgs. n. 50 del 2016, espressamente richiamato), dal rilievo della illegittimità dell’ammissione del consorzio appellante per “omessa dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti da ritenersi esigibili in capo a tutte le consorziate”. Il capo in questione non è stato impugnato con “specifiche censure” (cfr. art. 101, comma 1 Cod. proc. amm.), di tal che la relativa acquiescenza (cfr. art. 329 Cod. proc. civ.) elide – trattandosi di autonoma ed autosufficiente ragione di esclusione – l’interesse alla disamina delle distinte ragioni di doglianza.

3.4.- Per questa considerazione, anche gli ulteriori motivi dell’appello principale – diretti a censurare la ritenuta inidoneità del contratto di avvalimento stipulato con la propria impresa ausiliaria e a lamentare l’omessa valorizzazione per difetto di prova, in danno della controinteressata, di autonoma causa di esclusione per inadempimenti relativi a distinti rapporti negoziali intrattenuti con pubbliche amministrazioni – va dichiarato inammissibile per carenza di interesse.

4.- Va, a questo punto, esaminato – trattandosi, per questo profilo, di appello incidentale improprio, la cui disamina non è condizionata alla sorte dell’appello principale (cfr. Cons. Stato, III, 1° agosto 2017, n. 3873) – il primo motivo dell’appello del Consorzio CEM: che ha contestato la sentenza nella parte in cui ha disposto la sua estromissione dalla gara per violazione di un obbligo dichiarativo, connesso alla circostanza che esso Consorzio risultava destinatario di un atto (determinazione dirigenziale n. 331 del 13 maggio 2016 del Comune di Mugnano) di revoca della aggiudicazione precedentemente disposta in suo favore in altra gara, per mancata comprova dei requisiti dichiarati: circostanza in ordine alla quale – essendo gli imposti obblighi dichiarativi strumentali al doveroso apprezzamento della sussistenza di possibili illeciti professionali, in grado di incidere sull’utile partecipazione alla procedura – la stazione appaltante avrebbe dovuto effettuare i necessari riscontri e le opportune verifiche.

4.1.- L’appellante incidentale contesta la decisione, assumendo:

a) che la delibera del Comune di Mugnano aveva disposto la revoca per fatti sostanzialmente imputabili soggetto distinto (segnatamente al Consorzio COMIM che, nella gara in questione, rivestiva la posizione di mandante, mentre il CEM era mandatario della costituita ATI);

b) che, per tale ragione, il provvedimento di revoca avrebbe potuto assumere rilevanza ostativa solo in danno del COMIM, che aveva omesso di rendere le prescritte dichiarazioni, senza potersi estendere in danno del CEM, che era autonomo e distinto operatore economico;

c) che la sola contestazione che aveva investito direttamente il CEM era limitata ad una presunta omessa dichiarazione di un precedente giudiziario (peraltro, per abuso di utilizzo di un contrassegno per disabili) a carico del Sig. Pinto, Consigliere di una Consorziata del CEM (CIS), che non era designata per la esecuzione dell’appalto;

d) che l’omissione dichiarativa non rilevava in modo preclusivo sulla affidabilità ed integrità professionale e morale del Consorzio CEM;

e) che – per l’effetto – nessuna violazione di obbligo dichiarativo le avrebbe potuto essere imputata, né ai fini di cui all’art. 80, comma 5 lett. c), né a quelli di cui alla successiva lett. f);

f) che l’omessa dichiarazione (non dolosa) non avrebbe potuto legittimare l’esclusione (ciò che – del resto – aveva correttamente indotto il primo giudice a rinviare, in prospettiva conformativa, ogni onere valutativo alla stazione appaltante).

4.2.- Il motivo non può essere accolto.

In capo ai soggetti partecipanti alle gare sussiste il dovere di dichiarare tutte le vicende pregresse, concernenti fatti risolutivi, errori o altre negligenze, comunque rilevanti, occorse in precedenti rapporti contrattuali con pubbliche amministrazioni diverse dalla stazione appaltante, giacché tale dichiarazione attiene ai principi di lealtà e affidabilità contrattuale e professionale che presiedono ai rapporti tra partecipanti e stazione appaltante, senza che a costoro sia consentito scegliere quali delle dette vicende dichiarare sulla base di un soggettivo giudizio di gravità, competendo quest'ultimo soltanto all'amministrazione committente (cfr., tra le tante, Cons. Stato, V, 28 marzo 2018, n. 1935; Id., 15 dicembre 2016, n. 5210; Id., 4 ottobre 2016, n. 4108; Id. 26 luglio 2016, n. 3375; Id., 19 maggio 2016, n. 2106).

Del resto – conformi, sul punto, al riassunto principio – anche le linee Guida ANAC n. 6 sono inequivocabili nello statuire che “la sussistenza delle cause di esclusione […] deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE. La dichiarazione sostitutiva ha ad oggetto tutti i provvedimenti astrattamente idonei a porre in dubbio l’integrità o l’affidabilità del concorrente, anche se non ancora inseriti nel casellario informatico. È infatti rimesso in via esclusiva alla stazione appaltante il giudizio in ordine alla rilevanza in concreto dei comportamenti accertati ai fini dell’esclusione. La falsa attestazione dell’insussistenza di situazioni astrattamente idonee a configurare la causa di esclusione in argomento e l’omissione della dichiarazione di situazioni successivamente accertate dalla stazione appaltante comportano l’applicazione dell’art. 80, comma 1, lett. f bis) del codice”.

Il motivo deve, essere, in definitiva, disatteso.

5.- Dalle considerazioni che precedono, discende che deve dichiararsi in parte infondato e in parte inammissibile l’appello principale e deve essere integralmente respinto l’appello incidentale.

La complessità delle questioni trattate e la reciproca soccombenza giustificano l’integrale compensazione, tra le parti costituite, di spese e competenze di lite.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposto, dichiara in parte inammissibile e in parte infondato l’appello principale e respinge l’appello incidentale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE
Giovanni Grasso  Giuseppe Severini

Pubblicato il 08/08/2018
**N. 00739/2018 REG.PROV.COLL.**
**N. 00161/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna**
**(Sezione Prima)**
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 161 del 2018, proposto da
La Clessidra S.C.S. Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di mandataria del costituendo R.T.I. con Sinergie Società Coop. Soc. Onlus, (mandante), Luoghi Comuni Società Coop. Soc. Onlus, (mandante), Sirone Società Coop. a r.l., (mandante), rappresentata e difesa dagli avvocati Antonello Rossi, Luisa Giua Marassi e Roberta Patrizia Giannotte, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il loro studio in Cagliari, via Ada Negri n° 32;
***contro***
Comune di Ghilarza, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Roberta Bertolani, Mirko La Terra Bellina, Alberto Ponti e Debora Urru, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Debora Urru in Cagliari, via Farina n. 44;
***nei confronti***
Cooperativa Sociale A.D.A. , in proprio e in qualità di mandataria R.T.I. Ighinos non costituito in giudizio;
***per l'annullamento:***
- della determinazione n° 5 del 30.1.2018, comunicata con nota p.e.c. prot. n. 1697 del 1.2.2018 (che pure espressamente si impugna), con la quale il Responsabile del Settore Servizi alla Persona del Comune di Ghilarza, previo annullamento della determinazione n. 93/768-2017, ha escluso dalla gara il costituendo R.t.i. La Clessidra, determinato di provvedere allo scorrimento della graduatoria e, contestualmente, ha aggiudicato definitivamente la gara al Raggruppamento Temporaneo d'Impresa Ighinos con mandataria la Cooperativa A.D.A. di Ghilarza;
- ove occorra, del presupposto verbale di gara n. 3 del 4.12.2017 nella parte in cui la Commissione di gara ha evidenziato che nel piano di ripartizione dei costi presentato dal ricorrente ‘non sono presenti gli oneri relativi alla sicurezza';
- di ogni atto presupposto, conseguente o comunque collegato nonché di qualsiasi atto medio tempore adottato, con riserva di motivi aggiunti;
NONCHÉ,
- per la declaratoria di inefficacia del contratto d'appalto, eventualmente medio tempore stipulato tra il Comune di Ghilarza e il R.t.i. Ighinos con mandataria la Cooperativa A.D.A. di Ghilarza, nonché per conseguire l'aggiudicazione dell'appalto in forma specifica, con la declaratoria del diritto del R.t.i. La Clessidra a conseguire l'aggiudicazione dell'appalto di cui sopra;
nonché, qualora non sia possibile il risarcimento in forma specifica, per la condanna dell'Amministrazione intimata al risarcimento per equivalente da determinarsi in misura pari al 15% del valore dell'appalto, ovvero in quella diversa somma che dovesse risultare in corso di causa o che il Giudice riterrà di stabilire in via equitativa, maggiorata di rivalutazione, interessi e maggior danno.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Ghilarza;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 maggio 2018 il dott. Giorgio Manca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. - La società ricorrente ha partecipato, in raggruppamento temporaneo di imprese con *Sinergie Società Coop. Soc. Onlus* (mandante), *Luoghi Comuni Società Coop. Soc. Onlus* (mandante) e *Sirone Società Coop. a r.l.* (mandante), alla *«Procedura aperta per la conclusione di un accordo quadro per l’affidamento dei servizi relativi all’area minori e famiglie per i Comuni del Plus del Distretto Ghilarza-Bosa»*. All’esito delle operazioni di gara, con determinazione del Responsabile del Settore n. 93 del 21 dicembre 2017, i servizi sono stati aggiudicati al ricorrente.
Con la determinazione n. 5 del 30 gennaio 2018, previo annullamento d’ufficio del provvedimento di aggiudicazione sopra richiamato, il responsabile del settore Servizi alla Persona del Comune di Ghilarza ha escluso dalla gara il costituendo *R.T.I. La Clessidra*, ha disposto lo scorrimento della graduatoria e, contestualmente, ha aggiudicato definitivamente la gara al R.T.I. Ighinos (con mandataria la Cooperativa A.D.A. di Ghilarza).
2. - L’esclusione è stata motivata con l’omessa indicazione, nell’offerta economica, degli oneri relativi alla sicurezza, qualificando detta omissione come carenza sostanziale, non sanabile mediante soccorso istruttorio; nonché, sulla scorta del rilievo che *«il bando di gara, al paragrafo 10 lett. c) prevedeva che ciascun concorrente allegasse il piano di ripartizione dei costi, contenente il dettaglio delle varie voci di spesa e che, il raggruppamento temporaneo di imprese, con mandataria la Clessidra, nel ricostruire i costi contemplati nella propria offerta ha evidenziato solo ed esclusivamente i costi del personale, di materiali ed attrezzature, i costi amministrativi, oneri di gestione e utile di impresa, senza considerare i costi derivanti dal doveroso adempimento degli obblighi di sicurezza a tutela dei lavoratori, pur avendo dettagliato tutti gli ulteriori costi che gravano sulla commessa»*, per cui il soccorso istruttorio sarebbe stato inammissibile perché avrebbe comportato la modifica dell’offerta economica.
3. - Con il ricorso in esame, la ricorrente chiede l’annullamento del predetto provvedimento di esclusione, nonché degli altri atti della procedura meglio indicati in epigrafe (e, in particolare, del verbale di gara n. 3 del 4 dicembre 2017, nella parte in cui la commissione di gara ha evidenziato che nel piano di ripartizione dei costi presentato dal costituendo raggruppamento *«non sono presenti gli oneri relativi alla sicurezza»*), deducendo plurimi motivi che saranno esaminati nella parte in diritto.
4. - Si è costituito in giudizio il Comune di Ghilarza, chiedendo che il ricorso sia respinto.
5. - All’udienza pubblica del 16 maggio 2018, la causa è stata trattenuta in decisione.
6. - Con il primo motivo, la ricorrente lamenta la violazione dell’art. 7, della legge n. 241/1990, nonché difetto di istruttoria e di motivazione, per l’omessa comunicazione dell’avvio del procedimento di annullamento in autotutela dell’aggiudicazione disposta con la determinazione del Responsabile del Settore n. 93 del 21 dicembre 2017. Dall’omessa comunicazione di avvio è derivata, inoltre, la violazione del diritto della società di poter interloquire con l'Amministrazione, rappresentando fatti e prospettando osservazioni e valutazioni finalizzate alla migliore individuazione dell'interesse pubblico e alla ponderazione dello stesso con quello privato.
7. - Con il secondo motivo, denunciando la violazione della lex specialis di gara, la violazione degli articoli 95, comma 10, e 83, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016, nonché la violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione, la ricorrente rileva che né il bando di gara né il modulo prescritto per la presentazione dell’offerta, prevedevano la separata indicazione degli oneri di sicurezza aziendali. Inoltre, anche in giurisprudenza sussistono incertezze sulle conseguenze derivanti dalla omessa indicazione degli oneri in questione.
Pertanto, secondo la società ricorrente, l’amministrazione appaltante avrebbe dovuto attivare la procedura di soccorso istruttorio, prima di disporre l’esclusione dell’offerta della ricorrente dalla gara. Sotto questo profilo, richiama il consistente orientamento giurisprudenziale che ammette il soccorso istruttorio anche per sanare l’omessa indicazione separata degli oneri di sicurezza, anche allo scopo di verificare se l’offerente avesse effettivamente omesso di considerare l’ammontare degli oneri di sicurezza aziendale, ovvero avesse semplicemente omesso di indicarli separatamente nell’offerta economica; disponendo l’esclusione solo nel primo caso. Sottolinea la ricorrente come l’offerta economica presentata dal raggruppamento La Clessidra ricomprendesse anche i costi afferenti alla sicurezza (€ 25.000,00 per il Lotto 1; € 11.000,00 per il Lotto 2; € 1.500,00 per il Lotto 3).
8. - In conformità a quanto prospettato dalla ricorrente, circa il suo preminente interesse a ottenere una pronuncia che valuti nel merito l’illegittimità degli atti impugnati (pag. 6 del ricorso), l’esame dei motivi deve muovere dalle censure relative alla sola ragione in base alla quale l’amministrazione comunale ha annullato l’aggiudicazione definitiva e ha disposto l’esclusione dalla procedura di gara, ossia l’omessa indicazione separata degli oneri di sicurezza aziendali nell’ambito dell’offerta economica.
9. - Sul punto peraltro il Collegio non ritiene di doversi discostare da quanto statuito in recenti e analoghe occasioni, in cui si è osservato come, a seguito della entrata in vigore del d.lgs. n. 50 del 2016 (nuovo codice degli appalti), «deve ritenersi che il mancato rispetto dell’obbligo espressamente previsto dall’art. 95, comma 10, dello stesso codice, di indicare nell’offerta economica gli oneri di sicurezza c.d. aziendali o interni, comporta l’esclusione automatica dalla gara, senza che possa invocarsi la possibilità di far ricorso al c.d. soccorso istruttorio. Con l’entrata in vigore del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è stata superata ogni incertezza interpretativa, nel senso dell’inderogabilità dell’obbligo derivante dall’art. 95, comma 10. In presenza di una esplicita disposizione di legge, è del tutto irrilevante se né la lex specialis di gara (bando e disciplinare), né il modello di offerta economica predisposto dalla stazione appaltante hanno previsto la dichiarazione separata di tali oneri, discendendo direttamente ed inequivocabilmente dalla legge l’obbligo (rectius: l’onere) di effettuare la dichiarazione stessa: il che è proprio il quid novi contenuto nella disciplina dettata sul punto dall’art. 95, comma 10, cit., che ha inteso porre fine, una volta per tutte, ai ben noti contrasti insorti nel preesistente assetto normativo» (così T.A.R. Sardegna, 7 settembre 2017, n. 577).
Il motivo, pertanto, non è fondato.
10. - Deve essere respinto anche il motivo relativo alla dedotta violazione dell’art. 7 della legge n. 241 del 1990.
E’ pur vero che, in termini generali, sussiste il dovere dell’amministrazione, che intenda procedere all’annullamento in autotutela dell’aggiudicazione definitiva, di comunicare l’avvio del procedimento all’aggiudicatario destinatario del provvedimento finale (la questione è pacifica almeno da Consiglio di Stato, sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661). Tuttavia, si tratta di indirizzo la cui portata deve essere attualmente valutata alla luce della previsione contenuta nell’art. 21-octies, comma 2, della legge n. 241/1990, secondo cui *«non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»* (primo periodo); *«il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»* (secondo periodo).
Nel caso di specie, trova applicazione la fattispecie di cui al secondo periodo, nella quale la violazione costituita dall’omessa comunicazione di avvio non determina l’annullabilità del provvedimento finale, anche se si tratti di provvedimento a contenuto discrezionale (quali sono i provvedimenti di secondo grado come l’annullamento d’ufficio), purchè *«l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato»*.
La più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, sulla premessa di un’accezione sostanzialistica della violazione dell’art. 7 della l. n. 241 del 1990, in diverse occasioni (cfr. Cons. St., sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3786; sez. V, 18 aprile 2012, n. 2257; sez. V, 5 dicembre 2014, n. 5989; sez. VI, 4 marzo 2015, n. 1060) ha affermato che l’art. 21-octies deve essere interpretato nel senso di *«evitare che l’amministrazione sia onerata in giudizio di una prova diabolica, e cioè della dimostrazione che il provvedimento non avrebbe potuto avere contenuto diverso in relazione a tutti i possibili contenuti ipotizzabili, per cui si deve comunque porre previamente a carico del privato l’onere di indicare, quanto meno in termini di allegazione processuale, quali elementi conoscitivi avrebbe introdotto nel procedimento, se previamente comunicatogli, onde indirizzare l'amministrazione verso una decisione diversa da quella assunta»* (così Cons. Stato, V, 18 aprile 2012, n. 2257).
11. - In particolare, l’onere di allegazione, da parte del privato, deve consistere nella prospettazione di elementi che, implicando valutazioni di merito (amministrativo o tecnico), possono trovare ingresso esclusivamente nel procedimento amministrativo e non anche nel giudizio amministrativo.
Nel caso di specie, peraltro, la ricorrente si lamenta della mancata comunicazione di avvio allegando esclusivamente che, se fosse stata coinvolta nel procedimento amministrativo di autotutela, avrebbe potuto far valere l’illegittimità dell’esclusione automatica e avrebbe potuto sollecitare la verifica della completezza dell’offerta economica, mediante il soccorso istruttorio da svolgersi sul punto degli oneri di sicurezza interni.
Ma, per le ragioni che si sono già vedute, l’introduzione nel procedimento delle predette argomentazioni non avrebbe potuto condurre all’adozione di un provvedimento diverso da quello in concreto adottato, con la conseguenza che il vizio costituito dalla mancata comunicazione dell’avvio del procedimento non assume rilevanza, ai sensi del secondo periodo dell’art. 21-octies.
12. - Dalla accertata infondatezza della domanda di annullamento, deriva l’infondatezza anche delle domande risarcitorie proposte dalla società ricorrente.
13. - Il ricorso, in conclusione, deve essere integralmente respinto.
14. - Le spese giudiziali debbono essere integralmente compensate tra le parti, in considerazione della permanente incertezza giurisprudenziale sulle questioni decise.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna, Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 16 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Caro Lucrezio Monticelli, Presidente
Antonio Plaisant, Consigliere
Giorgio Manca, Consigliere, Estensore