

SCUOLA NAZIONALE DELL'AMMINISTRAZIONE

GIURISPRUDENZA RTI

Palermo 14 10 2014

T.A.R. Brescia (Lombardia) sez. II , 28/08/2014, 917

In caso di offerta presentata da un **raggruppamento temporaneo** non ancora costituito, essa deve essere sottoscritta da tutti i componenti del costituendo R.t.i., a pena di esclusione: invero, il dato letterale della normativa vigente (art. 37, comma 8, d.lg. n. 163 del 2006), depone nel senso che - in assenza di mandato già conferito per rappresentare l'A.t.i. - tutte le **imprese** partecipanti all'associazione temporanea debbano sottoscrivere l'offerta, venendo a mancare, in caso contrario, una dichiarazione di volontà essenziale per l'assunzione del vincolo contrattuale, con conseguente compromissione della serietà ed affidabilità dell'offerta stessa.

Consiglio di Stato sez. III, 26/05/2014, 2690

Pubblica amministrazione - Contatti della p.a. - In genere - Appalto - Gara - Partecipanti - Raggruppamento temporaneo d'impresa - Esclusione - Per mutamento nel corso della gara dell'assetto operativo - Legittimità.

E' legittimo il provvedimento di esclusione da gara pubblica di un **raggruppamento d'impresa** che nel corso della gara ha radicalmente mutato il suo assetto operativo, con conseguente variazione non solo dei ruoli soggettivi al suo interno ma anche, e necessariamente, della sua offerta tecnica, con evidente e grave vulnus al principio della par condicio tra i concorrenti, da cui discende quello dell'immodificabilità dell'offerta.

35
17 REPUBBLICA ITALIANA

35
17 IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

35
17 Il Consiglio di Stato

35
17 in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

35
17 ha pronunciato la presente

35
17 SENTENZA

35
17 sul ricorso numero di registro generale 8195 del 2013, proposto da:

35
17 Pe. s.r.l., quale capogruppo di costituendo r.t.i. con Autonuova

35
17 s.r.l., Fellin s.a.s, Carrozzeria Sa. s.n.c., Carrozzeria Mich

35
17 s.n.c., Scalet Autoriccardo, Carrozzeria di Maio Fiorentino, Soccorso

35
17 Stradale Tasn A, rappresentata e difesa dall'avv. Giuseppe Altieri,

35
17 con domicilio eletto presso l'avv. Giuseppe Pinto in Roma, via Stresa

35
17 n. 53;

35
17 contro

35
17 Ministero dell'Interno ed Agenzia del Demanio, rappresentati e difesi

35
17 per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in

35
17 Roma, via dei Portoghesi n. 12;

35 nei confronti di
17
35 Autofficina Simonini s.n.c.;
17
35 per la riforma
17
35 della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I TER n. 08925/2013,
17
35 resa tra le parti, concernente mancata ammissione alla procedura
17
35 negoziata per affidamento servizio di recupero, custodia ed acquisto
17
35 veicoli oggetto di provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o
17
35 confisca ai sensi dell'art. 214 bis del d.lgs. 285/92, ambito
17
35 provinciale di Trento
17
35 Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
17
35 Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero dell'Interno e
17
35 dell'Agenzia del Demanio;
17
35 Viste le memorie difensive;
17
35 Visti tutti gli atti della causa;
17
35 Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2014 il Cons.
17
35 Angelica Dell'Utri e uditi per le parti gli avvocati Altieri e dello
17
35 Stato Lumetti;
17
35 Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

35 **Fatto**

35 FATTO e DIRITTO

35 1. Pe. s.r.l., capogruppo della costituenda a.t.i. con Autonuova s.r.l., Fellin s.a.s., Carrozzeria Sa.
17 s.n.c., Carrozzeria Mich s.n.c., Scalet Autoriccardo, Carrozzeria Di Maio Fiorentino e Soccorso
35 stradale Tasn A., chiedeva di partecipare alla procedura negoziata indetta dall'Agenzia del demanio
17 e dal Ministero dell'interno con lettera d'invito del 13 aprile 2011 per l'affidamento del servizio di
35 recupero, custodia e acquisto di veicoli oggetto di provvedimenti di sequestro amministrativo,
17 fermo o confisca nell'ambito territoriale di Trento, per la durata di 36 mesi.

35 La lettera d'invito richiedeva, tra gli altri requisiti di capacità tecnicoorganizzativa, al punto 4b la
17 disponibilità di un'area adibita a depositaria con una superficie utile non inferiore a mq. 500 e
35 idonea al parcheggio di almeno n. 50 autoveicoli, opportunamente recintata fino ad una altezza di
17 mt. 2,50, illuminata ad un'altezza non inferiore a mt. 5, da comprovarsi mediante relazione di un
35 tecnico corredata da planimetria, attestante - tra l'altro - la separazione netta dell'area adibita a
17 depositaria da altra eventuale area appartenente allo stesso soggetto e destinata all'esercizio di altra
35 attività.

35 In sede di esame della documentazione allegata alla domanda, la Commissione di gara riteneva
17 necessaria l'acquisizione per Fellin s.a.s. di una relazione aggiornata. Pervenuta la relazione, da cui
35 risultava che l'area adibita a depositaria era di soli mq. 133,80, la Commissione richiedeva ulteriori
17 precisazioni sulla estensione dell'area stessa e sulla sua netta separazione dalle aree destinate ad
35 altre attività. A tanto faceva seguito la dichiarazione datata 2 luglio 2011 del legale rappresentante
17 di Pe., secondo cui la mandante Fellin s.a.s. "svolgerà esclusivamente il ruolo di
35 soccorritorerottamazione/demolizione veicoli", riservando l'attività di deposito dei veicoli
17 "esclusivamente alla ditta Pe. S.r.l. Mandataria" ed aggiungendo che la "funzione di depositaria
35 (temporanea) espletata dalla ditta Fellin Sas verrà eventualmente richiesta in seguito qualora
17 necessario".

35 Con verbale 13 luglio 2011 n. 11 l'a.t.i. era esclusa in quanto Fellin s.a.s. "non ha fornito i
17 chiarimenti richiesti in ordine all'effettiva dimensione dell'area da adibire a depositaria, modificando
35 unilateralmente il proprio ruolo all'interno del costituendo **raggruppamento** (solo soccorso stradale
17 in luogo dell'iniziale dichiarata disponibilità ad espletare anche il servizio di depositaria)".

35 Al preavviso ex art. 243 bis del codice dei contratti il responsabile del procedimento corrispondeva
17 negativamente con nota del 20 settembre 2011.

2. Con ricorso proposto davanti al TAR per il Lazio la società Pe. impugnava l'esclusione e gli atti connessi, sostenendo che, poiché il bando prevede il possesso dei requisiti di capacità tecnica da parte del r.t.i. nel suo complesso, da attestarsi da parte di ciascun operatore limitatamente alle attività di propria competenza, erroneamente è stato ritenuto insussistente il requisito in questione, integralmente posseduto dalla stessa Pe., avente in sua disponibilità un'area di ampiezza superiore a mq. 500 e con le previste caratteristiche. Intervenuta l'aggiudicazione definitiva in favore della Autofficina Simonini, proponeva motivi aggiunti deducendo che la concorrente aveva dimostrato la disponibilità non dell'area prescritta, bensì di immobili per complessivi mq. 567 ma non confinanti, quindi inadatti al parcheggio di almeno 50 veicoli.

3. Con sentenza 16 ottobre 2013 n. 8925 della sezione prima ter il ricorso introduttivo è stato respinto ed i motivi aggiunti sono stati dichiarati inammissibili per carenza di legittimazione. In sintesi, il TAR ha rilevato che Fellin aveva dichiarato ex artt. 46 e 47 del d.P.R. n. 445 del 2000 (dichiarazione sostitutiva) in sede di partecipazione di avere la disponibilità di un'area congrua per almeno 50 veicoli e che quindi l'offerta era priva di dichiarazione conforme a quella richiesta a pena di esclusione dalla lettera d'invito. Ha poi ritenuto priva di rilievo la dichiarazione di Pe. presentata dopo il termine di scadenza per la presentazione delle domande di partecipazione e modificativa dell'offerta iniziale, in spregio del principio della par condicio e di quello secondo cui le offerte non possono essere modificate dopo la loro presentazione, né la commissione dispone di margini di discrezionalità in ordine a richieste di correzione o integrazione, dovendo invece procedere all'esclusione nel caso riscontri mancanze.

4. Con atto inoltrato per la notifica il 12 novembre 2013 e depositato il 14 seguente Pe. ha appellato l'anzidetta pronuncia, deducendo:

a.- La sentenza impugnata è ingiusta e errata nella parte in cui ha ritenuto la legittimità del provvedimento di esclusione del r.t.i. Pe. ritenendo che l'offerta del ricorrente sarebbe stata carente della dichiarazione conforme a quella richiesta a pena di esclusione al punto 4b della lettera d'invito. Al contrario il provvedimento di esclusione è illegittimo per violazione della *lex specialis* e precisamente dell'art. 4b della lettera d'invito alla procedura negoziata. Eccesso di potere. Difetto assoluto di motivazione. Contraddittorietà, ingiustizia manifesta. Perplessità. Illogicità. Sviamento.

a.1- diversamente da quanto affermato dal TAR, Fellin non è stata l'unica impresa a dichiarare il possesso dell'area di cui si discute. Le ditte hanno infatti dichiarato che avrebbero costituito un **raggruppamento**, all'interno del quale erano indicati come luogo di deposito dei veicoli le aree nella disponibilità sia della mandataria Pe. che della mandante Fellin, tant'è che in sede di verifica nella seduta del 21 giugno 2011 la Commissione accertava la regolarità dei documenti presentati dalla prima.

Nel fornire i chiarimenti richiesti, il r.t.i. ha implicitamente confermato che l'area di Fellin era inferiore a 500 mq., senza modificare la ripartizione iniziale laddove ha aggiunto che l'attività di depositaria sarebbe restata in capo a Pe. e solo qualora necessario e temporaneamente a Fellin. Pertanto, il requisito in parola, da riferire al r.t.i. nel suo complesso, era assicurato dalla dichiarazione di Pe. a prescindere dalla circostanza che il deposito di Fellin fosse inferiore al minimo previsto dal bando.

a.2.- Pe. non ha qualificato la sua funzione di custode dopo la scadenza del termine, bensì sin dal momento della presentazione della domanda.

a.3.- Stante la sussistenza del requisito, il r.t.i. garantisce il rispetto dell'interesse pubblico rappresentato dalla necessità di affidare il servizio ad **imprese** che possano custodire il previsto numero minimo di veicoli e che abbiano, quindi, la disponibilità di area idonea e di misura non inferiore a 500 mq.; nessun rilievo ha, conseguentemente, il fatto che altra impresa abbia dichiarato di svolgere anch'essa l'attività di deposito in area di dimensioni inferiori, che si aggiunge a quella avente i requisiti minimi.

a.4.- Non vi è stata alcuna modifica soggettiva nella composizione del r.t.i. o alterazione delle modalità di svolgimento del servizio, né vi è alcuna norma che preveda l'esclusione della gara, dal momento che nel nuovo elenco delle **imprese** costituenti il r.t.i. viene annotata la funzione di Fellin

come di "soccorso stradale autodemolizione" ma non esclusa la funzione di deposito, solo precisandosi che sarà temporanea ed eventuale. Non vi è stata modifica dell'offerta, tant'è che la Commissione ha pronunciato l'esclusione pronunciata non in sede di esame dell'offerta (buste B e C) ma in quella di esame dei requisiti soggettivi (busta A).

b.- La sentenza è errata anche laddove ha dichiarato le censure sollevate con i motivi aggiunti come inammissibili per carenza di interesse all'impugnativa.

b.1.- In materia di appalti, non è corretto equiparare la posizione giuridica del concorrente escluso a quella del quisque de populo, stante la sua posizione differenziata e normativamente qualificata, nonché l'interesse alla legalità del procedimento secondo i valori del diritto comunitario e nazionale, come evidenziato dall'ordinanza n. 2681 del 2013 del Consiglio di Stato, sezione VI, di rimessione della questione all'Adunanza plenaria, e dalla sentenza 4 luglio 2013 - causa C 100/12 della Corte di giustizia UE, sez. X.

b.2.- Violazione della *lex specialis* e precisamente dell'art. 4b della lettera d'invito alla procedura negoziata. Eccesso di potere. Difetto assoluto di motivazione. Contraddittorietà, ingiustizia manifesta. Perplexità. Illogicità. Sviamento.

L'affidamento del servizio all'Autofficina Simonini è illegittima poiché ella è priva di un'unica area di almeno 500 mq., bensì dispone di varie aree che non consentono di collocare adeguatamente almeno 50 veicoli e per le quali sono indicate solo le vie di accesso, non quelle di fuga; in esse ne è compresa una in cui possono essere ricoverati solo motocicli, mentre il bando riguarda solo autovetture; altra area ricade in zona a rischio idrogeologico e può essere utilizzata solo previo apposito studio di compatibilità.

In data 27 novembre 2013 il Ministero dell'interno e l'Agenzia del demanio si sono costituiti in giudizio e con memoria del 29 seguente hanno svolto controdeduzioni.

5. Com'è esposto innanzi, si controverte della gara indetta dall'Agenzia del demanio e dal Ministero dell'interno con lettera d'invito del 13 aprile 2011 per l'affidamento del servizio di recupero, custodia e acquisto di veicoli oggetto di provvedimenti di sequestro amministrativo, fermo o confisca, per la durata di 36 mesi, parte relativa all'ambito territoriale di Trento.

Hanno chiesto di partecipare in costituendo r.t.i. Pe. s.r.l., designata capogruppo, ed altri soggetti fra i quali Fellin s.a.s..

Tra gli altri documenti da inserire nella busta A le **imprese** hanno presentato, ai fini della partecipazione alla gara, la dichiarazione di impegnarsi a costituire il r.t.i. conformandosi alla disciplina dettata dall'art. 37 del d.lgs. n. 163 del 2006, conferendo mandato collettivo speciale con rappresentanza alla Pe. e dichiarando, quanto ai rispettivi compiti nell'ambito del servizio in questione e per la parte che qui rileva, per la mandataria Pe. le attività di "recupero, custode acquirente" e per la mandante Fellin le stesse attività di "recupero, custode acquirente".

In sede di verifica di detta documentazione e dopo aver chiesto una prima integrazione, la commissione, mentre per Pe. ne dichiarava la conformità a quanto richiesto, per Fellin rilevava la necessità di richiedere ulteriori precisazioni relativamente all'area effettivamente adibita a deposito circa la sua estensione e la separazione da altre aree destinate a differenti attività (verb. 21 giugno 2011 n. 3).

Pe. corrispondeva con la dichiarazione datata 2 luglio 2011, in cui appunto dichiarava che "la ditta Fellin (...) svolgerà esclusivamente il ruolo di soccorritore - rottamazione/demolizione di veicoli", che "la depositaria è affidata esclusivamente alla ditta Pe.", che "la funzione di depositaria (temporanea) espletata alla ditta Fellin s.a.s. verrà eventualmente richiesta in seguito qualora necessario" (come da allegata dichiarazione della medesima Fellin), e che le rispettive parti di servizio da eseguirsi sarebbero state per Pe. "deposito di veicolisoccorso stradale" e per Fellin "soccorso stradale autodemolizione".

Esaminata tale nuova documentazione, la commissione, rilevato che Fellin non aveva fornito i chiesti chiarimenti ed aveva modificato "unilateralmente il proprio ruolo all'interno del costituendo **raggruppamento** (solo soccorso stradale in luogo dell'iniziale dichiarata disponibilità ad espletare anche il servizio di depositaria)", ha escluso il **raggruppamento** dalla gara.

Dunque, le ragioni giustificatrici del provvedimento sono duplici: l'indimostrato possesso del requisito di capacità tecnicoorganizzativa previsto dal punto 4 b della lettera d'invito da parte di Fellin ed il mutato assetto del **raggruppamento** in ordine alle parti del servizio da espletare assunte dai singoli componenti del **raggruppamento** stesso.

Circa la prima ragione, premesso che il punto 4 della lettera d'invito precisava che in caso di **raggruppamento** "la capacità tecnica andava attestata, da ciascuno degli operatori economici che costituiscono o costituiranno il RTI, limitatamente alle attività di propria competenza", si osserva che non è dubbio come Fellin, la quale si era impegnata a costituire il **raggruppamento** assumendo l'attività di depositaria, durante il procedimento non abbia comprovato l'idoneità a tal riguardo della propria area, pur dichiarata in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura. Evidentemente non rileva che nell'ambito della costituenda associazione temporanea anche Pe. avesse assunto analoga attività e che la lettera d'invito prescrivesse per l'r.t.i. il possesso "in complesso" dei requisiti in parola, stante la surriportata precisazione. In altri termini, l'idoneità dell'area nei sensi delineati dalla lettera d'invito, non oggetto di impugnativa, consisteva nell'oggettiva caratteristica richiesta ad ogni area offerta per l'espletamento dell'attività di depositaria, espressione della discrezionalità propria della stazione appaltante circa la valutazione dei requisiti ineludibili di cautela e sicurezza della conservazione dei veicoli oggetto di sequestro amministrativo, fermo o confisca, come prova il fatto che erano prescritte anche la recinzione "fino ad un'altezza di mt. 2,50" e l'illuminazione "ad un'altezza di mt. 2,50", nonché la presenza di vie d'accesso e di esodo e la separazione netta di tale area da altre dello stesso soggetto adibite a differenti attività, oltre all'estensione non inferiore a mq. 500, alla capacità ricettiva per almeno 50 autoveicoli ed alla conformità della destinazione dell'area stessa agli strumenti urbanistici ed alle leggi vigenti.

Peraltro, quand'anche così non fosse, la seconda ragione giustificatrice è assorbente della prima: in corso di gara è stato comunque mutato l'assetto operativo del **raggruppamento**, con conseguente variazione dei ruoli soggettivi all'interno di esso, ma anche necessariamente dell'offerta tecnica del medesimo **raggruppamento**. Il che rappresenta un evidente e grave vulnus al principio della par condicio tra i concorrenti, da cui discende quello dell'immodificabilità dell'offerta.

Né vale ad elidere siffatto rilievo il dato che Fellin si è dichiarata disponibile ad espletare l'attività di depositaria in via eventuale e temporanea, poiché ciò non risponde affatto alla dichiarazione iniziale, né la lettera d'invito prevede una tale modalità del ricovero degli autoveicoli. E d'altra parte la seconda dichiarazione, che modifica quella iniziale sottoscritta da tutti i componenti della costituenda associazione, è - come precisato dalla stazione appaltante - "unilaterale", nel senso che non proviene contestualmente da tutti gli stessi componenti, come invece sarebbe stato necessario per la sua validità (al di là del momento del rilascio, successivo alla scadenza del termine fissato per la presentazione delle domande di partecipazione alla procedura) ai sensi dell'art. 37, co. 8, del d.lgs. n. 163 del 2006.

6. In definitiva, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante nel primo, articolato motivo d'appello, giustamente le censure contenute nell'atto introduttivo del giudizio sono state ritenute infondate dal primo giudice, con conseguente inammissibilità per carenza di interesse, una volta consolidata l'esclusione della ricorrente, delle doglianze contenute nell'atto di motivi aggiunti, intese a contestare l'aggiudicazione della gara ad altro concorrente.

7. A quest'ultimo proposito, non coglie infatti nel segno neppure la prima parte del secondo motivo d'appello, volto a contestare appunto la declaratoria di inammissibilità dei motivi aggiunti in ragione, sostanzialmente, dell'interesse strumentale alla rinnovazione integrale della procedura per quanto attiene all'ambito provinciale di Trento.

Invero, è stato affermato che la caduta dell'interesse del ricorrente escluso da una gara, alla quale effettivamente non aveva titolo a partecipare, rende irrilevante, in sede di ricorso giurisdizionale, esaminare se l'intervenuta aggiudicazione a favore di terzi sia, sotto altri profili, conforme o meno al diritto ovvero se sussistano vizi della procedura capaci di travolgere l'intera gara; ciò ad eccezione del caso di ricorso incidentale escludente per "motivo identico", da intendersi come comune causa

di esclusione che afferisce alla medesima sub fase del segmento procedimentale destinato all'accertamento del titolo di ammissione, tale da correlare le sorti delle due uniche concorrenti in una situazione di simmetria invalidante e consentirne l'esame incrociato, quale (a) la tempestività della domanda e l'accertamento dell'integrità dei plichi, (b) i requisiti soggettivi generale e speciali di partecipazione e (c) gli elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (cfr. Cons. St., Ad. plen., 25 febbraio 2014 n. 9).

A parte che nella specie non ricorre l'ipotesi del ricorso principale e di quello incidentale, nel caso in trattazione la censura rivolta avverso l'aggiudicazione in favore dell'altra concorrente, riproposta con la restante parte del secondo motivo d'appello, riguarda, sì, l'assunta inidoneità dell'area da questa indicata per il deposito degli autoveicoli, ma - come si è visto - l'esclusione del r.t.i. Pe. si basa su due ragioni, la seconda delle quali attiene certamente ad un "motivo" del tutto diverso.

8. Conclusivamente, assorbita l'accennata seconda parte del secondo ed ultimo mezzo, l'appello dev'essere respinto.

Come di regola, le spese del grado seguono la soccombenza, nella misura liquidata in dispositivo.

³⁵
17 **PQM**

P.Q.M.

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

Condanna parte appellante al pagamento, in favore della costituita parte appellata, delle spese del grado che liquida in complessivi euro 2.000,00 (duemila/00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2014 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Angelica Dell'Utri, Consigliere, Estensore

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 26 MAG. 2014

T.A.R. Brescia (Lombardia) sez. II, 26/02/2014, 216

Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - Procedura di gara - Appalti - Quote di partecipazione qualificazione ed esecuzione corrispondenza.

Relativamente ai raggruppamenti temporanei di **imprese**, la necessità della corrispondenza tra quote di partecipazione, qualificazione ed esecuzione è finalizzata ad evitare che le **imprese** possano assumere l'impegno ad eseguire lavori per percentuali superiori a quelle per cui sono qualificate; pertanto, è illegittima l'esclusione dalla gara di un **raggruppamento temporaneo** ove le **imprese** componenti, qualificate ognuna per l'esecuzione dell'intera prestazione, abbiano optato per una ripartizione interna delle quote di esecuzione di una delle prestazioni richieste, ancorchè categoria principale, (ripartizione chiaramente ed immediatamente rappresentata, in un'ottica di trasparenza e chiarezza) diversa dalla quota generale di partecipazione al **raggruppamento**, trattandosi di scelta la quale non può che essere ricondotta alla piena facoltà di organizzazione imprenditoriale dell'attività e non si riverbera in alcun modo sulle garanzie che la norma ha voluto assicurare alla stazione appaltante in ordine alla affidabilità del soggetto candidato all'esecuzione dell'appalto; pertanto, nel caso in cui non sia in discussione la qualificazione del sub-**raggruppamento** orizzontale, la circostanza che la percentuale di una certa lavorazione non corrisponda alla quota di partecipazione all'ATI (ragguagliata all'importo a base d'asta) « non assume rilievo quanto alla corrispondenza fra qualificazione posseduta e qualificazione necessaria, non privando la Stazione

35
17
35
17
35
17
35
17
35
17

Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 febbraio 2014 la
dott.ssa Mara Bertagnolli e uditi per le parti i difensori come
specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

Fatto

L'ATI ricorrente, già risultata aggiudicataria per aver presentato la migliore offerta, è stata esclusa, dopo che erano stati assunti i necessari chiarimenti sulla composizione dell'associazione, per violazione di quanto disposto dall'art. 92, comma 2, del DPR n. 207/2010, con riferimento alla sub ATI orizzontale da costituire per l'esecuzione della categoria OG6.

L'esclusione della ricorrente dalla gara sarebbe affetta da violazione di legge, in quanto l'art. 92 del DPR 207/2010 sarebbe stato recentemente interpretato in senso nettamente contrario nel parere del Consiglio di Stato 26 giugno 2013, n. 3014, secondo cui la norma imporrebbe alla mandataria di possedere una qualificazione superiore al 40 % dell'importo dei lavori, ma non di eseguire una quota minima del 40 % dei lavori stessi. Ferma restando, dunque, la prescrizione dell'art. 37, comma 13, secondo cui le quote di esecuzione dei lavori debbono coincidere con le quote di partecipazione al **raggruppamento**, non sarebbe, invece, prevista la necessità della corrispondenza anche con la percentuale di qualificazione dichiarata (necessariamente superiore al minimo richiesto dalla legge).

La diversa interpretazione sposata dalla stazione appaltante finirebbe per limitare irragionevolmente la libertà di associazione (data l'irrelevanza, nei rapporti con l'Amministrazione, delle quote di esecuzione da parte delle singole capogruppo di ogni sub ATI orizzontale) e per frustrare il principio secondo cui la stazione appaltante dovrebbe avere un unico interlocutore. Nel caso di specie, inoltre, l'impresa del sub **raggruppamento** orizzontale che ha speso i propri requisiti in misura maggioritaria sarebbe qualificata per svolgere da sola l'intero importo della lavorazione (mentre ha dichiarato di svolgere una quota di partecipazione pari al 37,78 % della categoria scorporabile, corrispondente a 1.209.219,84 euro, contro i 1.142.108,14 corrispondenti al 40 %, con una differenza di soli 67.111 Euro su un appalto di complessivi 41.447.875,96 Euro).

In ogni caso, il provvedimento di esclusione non sarebbe stato debitamente motivato, poiché farebbe riferimento ad una giurisprudenza ritenuta, dalla stazione appaltante, impropriamente richiamata dalla odierna ricorrente nei chiarimenti forniti. In realtà, la giurisprudenza ricordata si riferiva ad una diversa contestazione, poi superata in sede di adozione del provvedimento finale di esclusione, per cui il suo richiamo sarebbe totalmente privo di significato. La stazione appaltante avrebbe, invece, illegittimamente omesso di considerare i calzanti precedenti richiamati con specifico riferimento all'interpretazione del secondo comma dell'art. 92. Interpretazione che, se dovesse ritenersi corrispondere alla tesi sposata dalla SACBO, sarebbe illegittima per violazione dei principi della concorrenza e della libertà della forma per gli operatori economici.

In subordine, sarebbe illegittimo lo stesso art. 92 del regolamento, di cui parte ricorrente ha chiesto, dunque, l'annullamento o la disapplicazione per contrarietà alle norme nazionali sovraordinate ed alle norme comunitarie, attesa l'irragionevolezza di una norma che, al di là del possesso dei requisiti di qualificazione, imponesse a ciascuna impresa l'esecuzione di una percentuale minima di lavori. L'aggiudicazione alla controinteressata, inoltre, sarebbe, a sua volta, affetta, da una pluralità di vizi che il giudice dovrebbe comunque esaminare in applicazione del principio recentemente affermato dalla Corte di Giustizia, secondo cui il ricorso deve accertare anche se sia fondata la censura che potrebbe condurre all'annullamento dell'aggiudicazione dell'unico altro contraente rimasto in gara oltre il ricorrente.

In particolare, l'aggiudicazione:

1. violerebbe l'art. 106, comma 2 e l'art. 118, comma 2, del DPR 207/2010, in quanto la mandataria e una delle mandanti non avrebbero reso alcune delle dichiarazioni richieste, a pena di esclusione,

dalla *lex specialis* ed in particolare, la Vitali spa e la Vallan Infrastrutture non avrebbero reso la dichiarazione di accettare senza condizione o riserva alcuna tutte le norme contenute nella documentazione progettuale. Nello specifico, entrambe non avrebbero reso la dichiarazione di: *"accettare senza condizione o riserva alcuna tutte le norme contenute nella documentazione progettuale; di aver giudicato i lavori stessi immediatamente realizzabili senza necessità di integrazioni o varianti, gli elaborati progettuali e gli oneri di sicurezza determinati in progetto adeguati e i prezzi nel loro complesso remunerativi e tali da consentire il ribasso offerto; in particolare di ben conoscere ed impegnarsi a rispettare siccome congrua la durata delle fasi 1.a, 1.b, 1.c, 1.d, di cui al capitolato speciale d'appalto, salvo eventuale proposta di riduzione dei tempi; di prendere atto che il computo metrico estimativo, posto a base di gara ai soli fini di agevolare lo studio dell'intervento, non ha valore negoziale; di essere a conoscenza dell'obbligo, prima della formulazione dell'offerta, di controllarne le voci e le quantità attraverso l'esame degli elaborati progettuali e pertanto di aver formulato l'offerta medesima tenendo conto di quanto previsto dall'art. 118 comma 2, DPR 207/2010. Dichiaro inoltre, a pena di inammissibilità dell'offerta, di aver tenuto conto delle eventuali discordanze nelle indicazioni qualitative e quantitative delle voci rilevabili dal computo metrico estimativo nella formulazione dell'offerta, che, riferita all'esecuzione dei lavori secondo gli elaborati progettuali posti a base di gara, resta comunque fissa ed invariabile"*;

2. l'ATI Vitali avrebbe dovuto comunque essere esclusa per violazione delle disposizioni di gara, per avere essa previsto, nell'offerta tecnica, l'utilizzo di un materiale, per la pavimentazione, non solo difforme dalle previsioni del capitolato speciale, ma da quest'ultimo espressamente vietato, non essendo "ammesso nella miscela l'utilizzo di materiale da riciclo proveniente da conglomerati bitumosi": materiale, questo, corrispondente al "materiale fresato proveniente dalla pavimentazione in conglomerato bitumoso esistente" offerto dall'ATI Vitali. Tale vizio avrebbe, comunque, dovuto incidere sulla valutazione dell'offerta tecnica, impedendo il raggiungimento, da parte della stessa, della soglia minima del punteggio richiesto.

Ciò ancor più considerato che la Vitali, nel proporre una riduzione dei tempi di esecuzione di 4 giorni, non avrebbe tenuto conto dei tempi di realizzazione progettualmente previsti: le NT del capitolato, infatti, prevedono che, una volta stesa la fondazione della pavimentazione, i successivi strati non possono esser collocati prima di 72 ore;

3. infine, il concorrente avrebbe dovuto introdurre nella lista delle categorie la quinta e la sesta colonna (prezzi unitari in cifre e lettere) e la settima (quantità per costo unitario). La Vitali, invece, ha redatto una nuova lista, modificando le quantità.

In ragione di tutto ciò, la stazione appaltante avrebbe dovuto annullare l'intera gara, non potendo aggiudicarla alla Vitali.

Quest'ultima si è costituita in giudizio, eccependo, in primo luogo, la carenza di interesse alla pronuncia sul ricorso, atteso che la ricorrente, in data 10 luglio, ha presentato domanda di ammissione alla procedura di concordato con continuità aziendale ai sensi degli artt. 152, 161 comma 6, 182 bis, comma 1 e 186 bis della Legge fallimentare e che, in data 26 luglio 2013, il Tribunale ha assegnato alla Cavalleri un termine di sessanta giorni per la presentazione della proposta di Piano. A tal proposito, la Vitali ha:

- richiamato la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 2155 del 15 aprile 2010, secondo cui, in caso di concordato preventivo la procedura concorsuale, ostativa della partecipazione alle gare, può dirsi sussistere sin dalla data di deposito della relativa istanza;
- evidenziato come, nella fattispecie, non ricorrerebbe alcuna delle condizioni eccezionali di partecipazione alle gare (art. 186 bis).

Nel merito, il ricorso sarebbe infondato, in quanto la disciplina delle ATI orizzontali dovrebbe necessariamente trovare applicazione, così come è stato fatto, anche in relazione ai sub-raggruppamenti orizzontali nell'ambito di un **raggruppamento** verticale (TAR Lazio, II quater, n. 338/2013). Pertanto, nell'ambito di ogni sub-**raggruppamento** orizzontale "i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara devono

essere posseduti dalla mandataria...nella misura minima del quaranta per cento dell'importo dei lavori; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti...ciascuna nella misura minima del dieci per cento dell'importo dei lavori. I lavori sono eseguiti ...nel rispetto delle percentuali minime di cui al presente comma" (così il testo dell'art. 92, comma 2, del DPR 207/2010). Con specifico riferimento alla lavorazione scorporata OG6, tale condizione minima non sarebbe stata rispettata, in quanto nessuna impresa si è assunta il 40 % della lavorazione. La mandataria, infatti, che ha speso requisiti di qualificazione per una percentuale superiore al 40 %, non si è assunta una lavorazione per un importo superiore a tale percentuale, ma, al contrario, inferiore (36 % circa), con violazione del principio che imporrebbe la corrispondenza tra qualificazione ed esecuzione. E ciò per ogni singolo sub-**raggruppamento**, a prescindere dal fatto che la quota minima sia stata rispettata in relazione al **raggruppamento** generale.

Altrettanto inammissibile sarebbe il ricorso, nella parte in cui tende all'annullamento del regolamento stesso di cui all'art. 92 del DPR 201/2010, in quanto non è stato notificato all'Amministrazione dello Stato e comunque nessuna prescrizione del bando o del disciplinare è stata impugnata nella parte in cui richiama tale disposizione. Peraltro, tale ricorso rientrerebbe nella competenza del TAR Lazio, la quale potrebbe anche attrarre l'intera controversia.

Inammissibili - per le già dette ragioni connesse alla carenza di interesse alla pronuncia di un'impresa che ha chiesto il concordato preventivo - sarebbero anche le censure rivolte nello specifico all'aggiudicazione a favore della Vitali, anche in considerazione della disomogenea posizione delle raggruppate (ed in particolare di quelle future associate che sono immuni da procedure concorsuali). In ogni caso, le doglianze sarebbero infondate, in quanto la Vitali avrebbe regolarmente presentato la propria offerta, conforme a quanto richiesto, ancorché una parte del contenuto non fosse completamente visibile a causa di un limite tecnico del programma Excel utilizzato per completare il file fornito dalla stazione appaltante senza specificare la versione del programma *Excel* da usare. Alla completezza del documento (leggibile per intero a video, nonostante la stampa sia limitata a soli 1024 caratteri dei 32.767 usati) dovrebbe, altresì, aggiungersi l'efficacia della dichiarazione ex art. 118, comma 2 del DPR 207/2010.

Per quanto riguarda le caratteristiche del materiale utilizzato, il capitolato prevedeva il divieto di usare materiale da riciclo proveniente da conglomerati bituminosi che, però, non consentisse il rispetto dei requisiti prestazionali minimi. Al contrario, la proposta della ricorrente sarebbe migliorativa, in quanto, oltre che "ecologica", sarebbe conforme al capitolato e agli *standard* richiesti.

Anche l'offerta della ricorrente, inoltre, non garantirebbe un tempo di maturazione del cemento di 72 ore, comunque derogabile, secondo quanto previsto dal disciplinare, quando sia stata accertata la necessaria resistenza.

Nessuna disposizione, inoltre, escludeva la possibilità di modificare la lista delle categorie, redatta dalla stazione appaltante con un normale foglio Excel, quantomeno con riferimento alle quantità, subordinate all'accettazione della stazione appaltante.

Infine, del tutto legittimo sarebbe il confronto a coppie anche in presenza di due sole offerte (TAR Torino, 7 aprile 2011, n. 361).

Sul piano del danno, parte resistente ha evidenziato l'opportunità del rispetto delle tempistiche previste, frutto degli accordi raggiunti con ENAV e ENAC, in ragione della chiusura al traffico totale, limitazione al traffico (dal 13 maggio 2014 al 6 giugno 2014) ed individuazione di diversi sentieri di avvicinamento nelle diverse fasi di lavorazione.

Contestualmente, parte ricorrente ha depositato una memoria nella quale, dopo aver dato conto dell'avvenuta presentazione dell'istanza di ammissione al concordato preventivo, essa ha sostenuto la sussistenza di un interesse concreto ed attuale alla decisione, non fosse altro che per ottenere il risarcimento del grave danno subito a seguito della revoca dell'aggiudicazione provvisoria, che ha costretto l'impresa stessa a richiedere l'apertura della procedura concorsuale.

Ciò considerato che, se l'aggiudicazione definitiva fosse avvenuta a favore della ricorrente, non solo questa non sarebbe stata costretta a chiedere il concordato, ma poiché tutte le **imprese** avevano, a

quella data, i requisiti di qualificazione, il contratto, così stipulato, avrebbe potuto essere eseguito anche dalle altre associate, pur in assenza della Cavalieri. Il Consiglio di Stato in adunanza plenaria, infatti, avrebbe ammesso la possibilità non di sostituire un'impresa, ma di continuare nell'esecuzione del contratto senza quella che ha perso i requisiti, se le altre **imprese** sono in possesso degli stessi. Nel caso di specie, tale condizione sarebbe integrata, poiché i requisiti di partecipazione necessari erano posseduti dalle altre partecipanti al **raggruppamento** - ferma restando la possibilità di continuare a partecipare anche per la Cavalieri, una volta ammessa al concordato, ancorché non come mandataria - e, comunque, come desumibile anche dalla memoria della stazione appaltante, l'offerta della ricorrente (più conveniente sul piano economico, ma per soli due punti circa) è stata giudicata ampiamente migliore sul piano tecnico.

La difesa della stazione appaltante prende le mosse dall'eccezione di inammissibilità del ricorso per mancata notifica dello stesso al Ministero, nonostante la questione verta principalmente sull'interpretazione di una norma regolamentare.

Nel merito, SACBO ha sostenuto la legittimità del proprio operato, affermando (pag. 18 del ricorso) che "le norme del Codice e del Regolamento, anche se non prescrivono espressamente l'obbligo di piena corrispondenza tra requisiti di qualificazione, quote di partecipazione all'associazione temporanea e quote di esecuzione dei lavori, non contengono alcuna previsione di segno contrario, ossia diretta ad ammettere in modo esplicito che un operatore, qualificato per il 40 % dei lavori, possa poi in concreto assumere quote di partecipazione nell'associazione temporanea (e, quindi, eseguire lavori) per una percentuale inferiore."

Il parere del consiglio di Stato invocato da parte ricorrente si riferirebbe alla diversa ipotesi in cui tutte le **imprese** partecipanti in ATI fossero qualificate per eseguire l'intera lavorazione: in tal caso, non avrebbe senso imporre percentuali minime di lavorazione.

In ogni caso, la *ratio* della norma sarebbe ravvisabile nell'interesse a che non vi sia un'eccessiva frammentazione nell'esecuzione delle lavorazioni.

A nulla rileverebbe la dichiarata (e discendente dalla legge) assunzione di responsabilità solidale tra le partecipanti, in quanto inidonea a dimostrare il possesso dei requisiti.

Così riassunte le tesi sostenute dalle parti in causa, questo Tribunale ha accolto la richiesta di sospensione degli effetti dell'illegittima esclusione.

Tale pronuncia cautelare è stata, però, impugnata in appello, sia da parte della stazione appaltante, che della aggiudicataria. Nel ricorso in appello, SACBO ha affermato che "non si sarebbe opposta all'aggiudicazione all'odierna appellata del contratto ove l'ATI Cavalleri: (i) avesse tempestivamente comunicato il recesso della Cavalleri; (ii) fosse stata indicata una nuova mandataria; (iii) risultassero comunque soddisfatti i requisiti previsti dalla *lex specialis*."

Il 30 settembre 2013, dunque, ossia entro il termine concesso dalla stazione appaltante, la Cavalleri ha depositato presso la SACBO il proprio recesso dall'ATI e la sostituzione, per l'esecuzione dell'appalto, con la nuova mandataria CIC s.p.a., in possesso dei requisiti per la assunzione di tutte le quote della Cavalleri, (come adeguatamente documentato).

A seguito della camera di consiglio del 15 ottobre, però, il Consiglio di Stato ha riformato l'ordinanza di questo Tribunale, rigettando l'istanza cautelare di primo grado e, conseguentemente, la SACBO ha sottoscritto il contratto con la ATI Vitali.

In ragione di ciò, la ricorrente ha formulato una precisa domanda di risarcimento del danno, laddove il contratto così sottoscritto non dovesse essere dichiarato inefficace, atteso che non risulta necessaria la dimostrazione della colpa (come da giurisprudenza ormai consolidata) e che, appaiono, invece, provati il nesso eziologico e il danno, considerato che la stazione appaltante, se non avesse illegittimamente escluso la ricorrente, avrebbe dovuto ad essa aggiudicare definitivamente la gara. Perciò, la ricorrente ha chiesto la refusione delle spese sostenute (riservandosi la loro precisa quantificazione), il risarcimento del danno curricolare, legato alla mancata esecuzione del contratto ed alla conseguente impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori, nonché il riconoscimento del lucro cessante in misura pari al 10 % del valore dell'appalto.

Tale ricostruzione dei fatti è stata confermata anche dalla memoria della stazione appaltante depositata il 27 gennaio 2014, nella quale si precisa anche che la Cavalleri è stata ammessa al concordato preventivo (senza alcun accenno, nella visura camerale, alla continuità aziendale) con provvedimento del Tribunale del 5 dicembre 2013. Tale circostanza sarebbe da ritenersi preclusiva dell'aggiudicazione - ora per allora - e della successiva stipula del contratto: la domanda risarcitoria sarebbe, dunque, del tutto infondata, a causa dell'assenza di una situazione giuridica meritevole di tutela in capo alla ricorrente che, per sua esclusiva responsabilità, non avrebbe potuto eseguire il contratto, essendo *in itinere* e non ancora concluso il procedimento per l'ammissione al concordato in continuità aziendale.

Ciò anche in considerazione di quanto previsto all'art. 186-bis della legge fallimentare, a tenore del quale "l'impresa in concordato può concorrere anche riunita in **raggruppamento temporaneo di imprese**, purché non rivesta la qualità di mandataria", qualità che, invece, nel caso di specie era ricoperta dalla Cavalleri.

Né avrebbe potuto, secondo la stazione appaltante, trovare spazio la possibilità riconosciuta dalla giurisprudenza "alle **imprese** componenti l'ATI di modificare il ruolo speso all'interno del **Raggruppamento**", in quanto, nel caso di specie, trattandosi di modificare il ruolo della mandataria, sarebbe stato necessario individuarne una nuova (a differenza dell'ipotesi di redistribuzione delle quote tra mandanti, pacificamente ammessa) così determinando una radicale modificazione dell'ATI, non compatibile con la norma (ed in particolare con l'art. 37, comma 9 del codice). Secondo SACBO, infatti, è pur vero che il comma 18 dell'art. 37 ammette che "in caso di fallimento del mandatario....la stazione appaltante può proseguire il rapporto di appalto con altro operatore economico che sia costituito mandatario", ma il combinato disposto tra questa disposizione e quella speciale dell'art. 186 *bis* della legge fallimentare comporterebbe l'impossibilità di dare applicazione alla prima, in ragione del fatto che l'impresa in concordato potrebbe concorrere solo come mandante. Ciò in conformità a quanto affermato in Adunanza plenaria n. 8 del 2012 e cioè che "un'a.t.i. <<a geometria variabile>> sarebbe da ammettersi solo entro i limiti dei casi tassativi in cui è possibile la modifica soggettiva".

Ne deriverebbe il rigetto di ogni istanza risarcitoria, in quanto l'ATI che vedeva mandataria la Cavalleri non avrebbe mai potuto eseguire il contratto, a causa della ammissione di quest'ultima al concordato preventivo (non in continuità aziendale).

Infine, nella propria memoria di replica, SACBO, ha ribadito sia la pretesa carenza di interesse alla pronuncia, in ragione della sopravvenuta ammissione a concordato liquidatorio della Cavalleri, sia l'infondatezza del ricorso. Ciò richiamando la giurisprudenza secondo cui sussisterebbe l'obbligo, per l'impresa mandataria, di eseguire almeno il 40 % dei lavori, così da fornire alla stazione appaltante un'adeguata garanzia sulla regolare e corretta esecuzione degli stessi. Né potrebbe trovare applicazione la tesi dell'eccesso di qualificazione, atteso che, nella fattispecie, solo tre **imprese** su quattro avrebbero posseduto la qualificazione per l'esecuzione dell'intera lavorazione della categoria prevalente OG6. È pur vero che tale condizione risulta contestata da parte ricorrente, secondo cui ognuna delle **imprese** avrebbe la qualificazione per l'esecuzione dell'intero, considerato che, dato l'ammontare complessivo della OG6 a 3.023.046,56, sarebbe sufficiente a tal fine la classifica IV (fino a 2.582.000) aumentata di un quinto come consentito dalla legge, posseduta anche dalla quarta impresa mandante. Ciononostante, secondo la stazione appaltante, la regola dell'incremento non sarebbe applicabile nella particolare fattispecie del **raggruppamento temporaneo di imprese**.

Fermo restando tutto quanto già detto in ordine all'impossibilità per il **raggruppamento** ricorrente di sottoscrivere il contratto, in ragione del concordato preventivo cui è stata ammessa la Cavalleri, e in ordine alla irrilevanza dell'intervenuto subentro nella composizione del **raggruppamento** di una nuova mandataria, la domanda di risarcimento sarebbe, dunque, infondata per la mancanza degli elementi costitutivi a tal fine necessari. In particolare, non potrebbe essere riconosciuto il lucro cessante, non essendo stata provata l'impossibilità di impiegare in modo diverso le maestranze e i

mezzi d'impresa, né la perdita di *chance*, occorrendo, anche in questo caso, la prova della possibilità di ottenere l'aggiudicazione.

Anche la controinteressata ha sottolineato come la Cavalleri s.p.a. non sia mai stata, di fatto, ammessa al concordato preventivo, né abbia presentato la documentazione a tal fine necessaria, con la conseguenza che la ammissione al concordato preventivo "liquidatorio" determinerebbe la carenza di interesse alla pronuncia a causa dell'impossibilità di conseguire il bene della vita preteso attraverso il ricorso (e cioè l'aggiudicazione ovvero il risarcimento del danno per equivalente). Ciò tanto più considerato che la Cavalleri è anche receduta dall'impegno alla formazione del **raggruppamento** che ha partecipato alla gara.

Peraltro, il ricorso sarebbe infondato anche nella parte in cui tende all'annullamento dell'aggiudicazione a favore della controinteressata stessa, in quanto il rifiuto della proposta migliorativa formulata dall'ATI Vitali relativamente al solo profilo concernente l'utilizzo di "base di conglomerato bitumoso fibrorinforzato" non potrebbe comunque portare alla esclusione del **raggruppamento** stesso.

Mentre l'infondatezza di quanto sostenuto nel ricorso con riferimento alla non necessità della piena corrispondenza tra quote di partecipazione, qualificazione ed esecuzione sembrerebbe confermata anche dalla rinuncia all'impugnativa dell'art. 92 del DPR 207/2010 e dalla inammissibilità della richiesta di disapplicazione della disposizione, stante l'espresso richiamo del bando e del disciplinare di gara anch'essi non impugnati.

Nella propria replica, la ricorrente ha respinto l'eccezione di sopravvenuta carenza di interesse, insistendo per l'accertamento dell'imputabilità della mancata esecuzione della commessa alla stazione appaltante: se essa, infatti, avesse confermato l'aggiudicazione provvisoria al **raggruppamento** ricorrente, alla data della sottoscrizione del contratto tutte le **imprese** partecipanti sarebbero state in possesso dei requisiti (non essendo ostativa la richiesta di ammissione a concordato preventivo con continuità aziendale) ed avrebbero, dunque, potuto eseguire la commessa, come espressamente previsto dalla normativa di cui al codice dei contratti e alla legge fallimentare. Ricordato che l'ordinanza n. 463/2013 di questo Tribunale ha accertato come "la mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicataria sia da addebitarsi esclusivamente alla Stazione appaltante", il **raggruppamento** ricorrente ha, dunque, ribadito l'istanza risarcitoria nella misura indicata nella memoria depositata il 27 gennaio 2014, peraltro ricordando che esso ha chiesto, in subordine, nel denegato caso del rigetto dell'istanza di annullamento dell'esclusione dalla gara, l'annullamento dell'aggiudicazione a favore della controinteressata e, conseguentemente, l'annullamento dell'intera procedura concorsuale.

Alla pubblica udienza del 12 febbraio 2014 la causa, su conforme richiesta dei procuratori delle parti, è stata trattenuta in decisione.

³⁵₁₇ **Diritto**

Deve essere preliminarmente esaminata l'eccezione di sopravvenuta carenza di interesse alla pronuncia, che le parti resistenti vorrebbero far discendere dal fatto che la Cavalleri è stata ammessa al concordato preventivo e, perciò, non avrebbe potuto eseguire la commessa, in quanto mandataria del **raggruppamento**.

A tale proposito, parte ricorrente ha evidenziato come l'aggiudicazione provvisoria risalisse al 14 maggio 2013. Se, dunque, SACBO avesse tempestivamente proceduto all'aggiudicazione definitiva a suo favore, in data 26 giugno 2013 - data in cui la SACBO ha provveduto all'aggiudicazione definitiva a favore dell'ATI Vitali - il **raggruppamento** avrebbe potuto sottoscrivere il contratto, atteso che la Cavalleri solo il 10 luglio 2013, ragionevolmente proprio in ragione della mancata aggiudicazione, è stata costretta a presentare domanda di preconcordato, pur continuando la propria attività ed in particolare l'esecuzione di un altro importante appalto pubblico, espressamente autorizzata dal Tribunale, ancorché tale autorizzazione non fosse necessaria *ex lege*. Se, invece, la sottoscrizione del contratto fosse tempestivamente avvenuta, in piena conformità alla legge, anche l'eventuale necessità di chiedere l'ammissione al concordato che fosse comunque sopravvenuta non

avrebbe precluso la possibilità di continuare nell'esecuzione dei lavori e, conseguentemente, probabilmente di alleviare la situazione finanziaria della Cavalleri, se non addirittura escludere la necessità dell'ammissione al concordato preventivo.

Ne risulta dimostrata la permanenza dell'interesse alla pronuncia, in primo luogo in funzione della pretesa risarcitoria fatta valere da parte ricorrente.

Invero, la possibilità per quest'ultima di procedere all'esecuzione dei lavori non potrebbe essere esclusa a priori, ma dovrebbe formare oggetto dell'esame da parte della stazione appaltante, la quale dovrebbe valutare l'eventuale regolarità del cambiamento nella compagine del **raggruppamento** e comunque il subentro nel contratto potrebbe essere in concreto escluso per effetto dello stadio di avanzamento dei lavori. In ragione di ciò, quello su cui lo stesso **raggruppamento** ricorrente ha concentrato la propria domanda e il Collegio deve, conseguentemente, focalizzare la propria attenzione, è l'ammissibilità della domanda risarcitoria.

Rispetto a quest'ultima, il Collegio non ritiene condivisibile la tesi delle parti resistenti secondo cui la sopravvenuta ammissione al concordato preventivo della Cavalleri, oltre ad escludere il suo interesse alla pronuncia, inciderebbe sulla fondatezza della pretesa risarcitoria, in quanto ad oggi il **raggruppamento** ricorrente non potrebbe più procedere all'esecuzione del contratto. La prospettazione non è corretta: al giudice amministrativo non è demandato di accertare se oggi il **raggruppamento** potrebbe eseguire il contratto e, quindi, ottenere il risarcimento del danno per essersi visto illegittimamente precludere tale possibilità, bensì di stabilire se al momento in cui il **raggruppamento** è stato escluso, esso avrebbe dovuto essere individuato come aggiudicatario definitivo e, quindi, possa oggi pretendere il risarcimento del danno generato dall'illegittimità della mancata aggiudicazione nel giugno 2013.

Così opportunamente delineati i profili della domanda, appare allora chiaro che, a prescindere dall'attuale situazione debitoria e composizione del **raggruppamento**, le **imprese** che costituivano l'RTI alla data del maggio 2013 hanno, oggi, l'interesse a vedere accertata l'eventuale illegittimità della loro esclusione dalla gara, al fine di ottenere il risarcimento del danno derivato dall'impossibilità di sottoscrivere, allora, il relativo contratto d'appalto.

Ciò chiarito, va preliminarmente riconosciuta la competenza di questo Tribunale a conoscere in relazione all'effettivo oggetto di ciò di cui si controverte nel ricorso in esame, e cioè la corretta applicazione dell'art. 92 del Regolamento, DPR 207/2010, operata dalla stazione appaltante.

Così delimitata la *res controversa*, la competenza del TAR Lazio deve essere esclusa, proprio in considerazione del fatto che oggetto del contendere è la valutazione della legittimità dell'operato di una stazione appaltante nell'applicazione del regolamento e, quindi, di atti aventi rilevanza territoriale limitata all'ambito locale.

Passando, dunque, all'esame del merito della controversia, il ricorso appare fondato con riferimento alla questione principale dedotta, relativa all'illegittimità dell'esclusione del **raggruppamento** ricorrente.

Come schematicamente ricostruito nella sentenza del Cons. Giust. Amm. Sic., 12 dicembre 2013, n. 930, in materia di raggruppamenti temporanei, sotto un profilo teorico, è possibile distinguere:

- 1) le quote di partecipazione al **raggruppamento**, ossia la "percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al **raggruppamento**" (articolo 37, comma 13);
- 2) i requisiti di qualificazione che ciascun operatore raggruppato deve possedere (per i lavori la disciplina è sinteticamente individuata, tra l'altro, all'articolo 37, commi 3 e 6);
- 3) le quote di esecuzione dei lavori, ossia la quota di prestazione che ciascuna impresa andrà ad effettuare dopo la stipulazione del contratto, o, nel caso di servizi e forniture, "le parti del servizio o della fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori economici riuniti o consorziati" (articolo 37, comma 4)."

Dalla sentenza si ricava, altresì, il principio secondo cui la necessità della corrispondenza tra quote di partecipazione, qualificazione ed esecuzione è finalizzata ad evitare che le **imprese** possano assumere l'impegno ad eseguire lavori per percentuali superiori a quelle per cui sono qualificate.

Se tale è la *ratio* della norma, è allora evidente che non avrebbe alcuna logica escludere **imprese** che, qualificate ognuna per l'esecuzione dell'intera prestazione, abbiano optato per una ripartizione interna delle quote di esecuzione di una delle prestazioni richieste, ancorché categoria principale, (ripartizione chiaramente ed immediatamente rappresentata, in un'ottica di trasparenza e chiarezza) diversa dalla quota generale di partecipazione al **raggruppamento**. Tale scelta non può che essere ricondotta alla piena facoltà di organizzazione imprenditoriale dell'attività e non si riverbera in alcun modo sulle garanzie che la norma ha voluto assicurare alla stazione appaltante in ordine alla affidabilità del soggetto candidato all'esecuzione dell'appalto.

Alle stesse conclusioni è giunto il TAR Puglia, Lecce, Sez. I, nella recente sentenza 9 gennaio 2014, n. 49, nella quale, dopo aver anch'esso chiarito che lo scopo dell'art. 13, tredicesimo comma, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 è quello di assicurare "che i lavori siano assunti dall'impresa adeguatamente qualificata, non essendo ammissibile che la stessa, qualora in possesso di una classifica insufficiente, attraverso la partecipazione in un'ATI possa realizzare lavori per un maggior valore, che non ha la capacità a eseguire", ha puntualizzato che la corrispondenza determinante deve, quindi, "sussistere tra i requisiti di capacità tecnica e la quota dei lavori assunti (la seconda non potendo eccedere i primi)".

Naturalmente tale corrispondenza deve poi riflettersi nella quota di partecipazione all'ATI, ma non senza evidenziare che ove, per qualsiasi ragione, "la quota di lavori assunti non corrisponda alla quota di partecipazione all'ATI.... ferma restando la responsabilità solidale delle ditte che compongono l'ATI, la quota di partecipazione a questa costituisce un impegno interno alla medesima, mentre nei confronti della stazione appaltante ha rilievo l'impegno di ciascuna ditta ad eseguire la prestazione nella percentuale risultante da dati certi" e cioè nella percentuale della lavorazione che ciascuna partecipante si è impegnata ad eseguire.

Pertanto, nel caso in cui non sia in discussione la qualificazione del sub-**raggruppamento** orizzontale, la circostanza che la percentuale di una certa lavorazione non corrisponda alla quota di partecipazione all'ATI (ragguagliata all'importo a base d'asta) "non assume rilievo quanto alla corrispondenza fra qualificazione posseduta e qualificazione necessaria, non privando la Stazione Appaltante della garanzia in ordine all'esecuzione dei lavori da parte di soggetto qualificato", essendo ogni esecutrice ampiamente qualificata all'esecuzione della quota di lavorazione assunta. Il Collegio ritiene, dunque, pienamente condivisibile il principio ricavabile dall'orientamento giurisprudenziale di cui si è dato ora conto e secondo cui, qualora nell'ambito dell'ATI prescelta (di tipo misto) non si eccedano mai i requisiti di qualificazione posseduti, è irrilevante, con riferimento ad una specifica lavorazione, ancorché prevalente, che vi sia o meno corrispondenza con la quota di partecipazione all'ATI, atteso che ciò non pone in discussione il possesso della qualificazione richiesta, pur se la quota di lavori risulti inferiore alla quota dichiarata di partecipazione all'ATI.

Ciò in linea anche:

- con il parere del Consiglio di Stato 26 giugno 2013, n. 3014, richiamato da parte ricorrente e di cui appare condivisibile l'interpretazione del principio secondo cui deve esserci un collegamento anche tra quote di esecuzione e requisiti di qualificazione, nel senso che se un'impresa dichiara di eseguire una certa percentuale deve anche avere i requisiti per poter eseguire tale percentuale di lavori;
- con la sentenza del Consiglio di Stato, VI, n. 5074 del 24 settembre 2012, la quale, in una fattispecie analoga alla presente, ha affermato (capo 3.1.) che il comma 13 dell'art. 37 Codice dei contratti "si limita ad imporre il parallelismo fra le sole quote (e relativi requisiti) di partecipazione e di ammissione (*rectius*: "di esecuzione", n.d.r.), senza coinvolgere nell'obbligo di parallelismo anche il *tertium genus* rappresentato dalle quote (e relativi requisiti) di qualificazione/ammissione".

Del tutto ragionevole appare, inoltre, il ritenere che non si possa imporre a ciascuna impresa di eseguire anche una percentuale minima di lavori (tale interpretazione risulta essere l'unica legittima anche secondo il Ministero che, nella sua relazione, l'ha confermata). In altre parole, se appare logico pretendere che ciascuna delle partecipanti abbia specifici requisiti minimi, pare contrastare con il principio di libertà di organizzazione imprenditoriale l'imporre alle **imprese** stesse una quantità minima di lavorazioni da eseguire. È pur vero che un certo interesse potrebbe residuare, in

capo alla stazione appaltante, ad evitare un'eccessiva parcellizzazione nella ripartizione dell'esecuzione, ma se così fosse il legislatore avrebbe, allora, dovuto esplicitarlo in modo inequivoco.

Conclusivamente, dunque, l'art. 92 del regolamento di cui al DPR 207/2010 ha introdotto un principio mai normato prima (in quanto l'art. 37 del DPR 163/2006 prevede solo l'obbligo di corrispondenza tra quota di partecipazione e quota di esecuzione), la cui interpretazione è compatibile con l'ordinamento solo se tale da imporre la mera coincidenza tra quota di partecipazione e quota di lavori da eseguire.

Né è dato comprendere perché, come sostenuto da parte resistente, la situazione sarebbe diversa se ciascuna impresa fosse qualificata per eseguire l'intera lavorazione e non anche per eseguire una percentuale di lavorazione superiore a quella comunque assunta. A prescindere dalla circostanza che, nel caso di specie, delle cinque **imprese** raggruppate quattro erano in possesso della qualificazione per eseguire l'intera lavorazione ed una possedeva la qualifica immediatamente inferiore, in ogni caso risulterebbe comunque garantito l'interesse della stazione appaltante a contrarre con soggetti sufficientemente qualificati: ogni impresa avrebbe, infatti, una qualificazione ben superiore a quella minima di legge, salvo eseguire una parte inferiore di lavorazione. Ne discende, dunque, l'illegittimità dell'esclusione della ricorrente dalla gara e della caducazione della aggiudicazione provvisoria a suo favore.

Ritenuto, così, fondato il ricorso nella sua prima parte, si può prescindere dall'entrare nel merito delle ulteriori questioni dedotte, specificamente in subordine, in quanto "l'accoglimento del motivo di censura sopra formulato è da solo sufficiente a tutelare l'interesse delle odierne ricorrenti, dal momento che l'annullamento del provvedimento di esclusione comporterebbe anche l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione all'ATI VITALI" (così il ricorso, ultimo capoverso di pag. 12). L'accoglimento del ricorso per le ragioni sopra dette comporta, però, la necessità di entrare nel merito delle composite domande risarcitorie formulate dal **raggruppamento** ricorrente, prendendo le mosse da quella, originaria, di reintegrazione in forma specifica mediante aggiudicazione dell'appalto.

L'accoglimento di tale istanza trova oggi ostacolo nella situazione in concreto generata dal rigetto dell'istanza cautelare in sede di appello e dalle conseguente accelerazione dei tempi di esecuzione dell'appalto da imputarsi alla evidente esigenza, per la stazione appaltante, di rispettare i rigidi e pressanti tempi previsti per la realizzazione dei lavori e collegati alla complessità di intervenire sulle strutture di un aeroporto di notevole traffico aereo quale è oggi quello di Orio al Serio.

La stessa parte ricorrente ha, in effetti, concentrato le proprie ultime considerazioni sulla richiesta di risarcimento per equivalente, notificando una memoria nella quale ha richiesto la refusione delle spese sostenute (riservandosi la precisa quantificazione), il risarcimento del danno curriculare, legato alla mancata esecuzione del contratto ed alla conseguente impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico legato all'esecuzione dei lavori, nonché il riconoscimento del lucro cessante in misura pari al 10 % del valore dell'appalto, implicitamente abbandonando l'istanza di subentro nel contratto, di per sé non esclusa a priori, dal momento che non appare condivisibile la tesi della stazione appaltante secondo cui l'ATI Cavalleri non potrebbe, ad oggi, eseguire i lavori.

Secondo SACBO, infatti, tale impossibilità sarebbe dovuta al fatto che la fattispecie in esame sarebbe ben diversa da quella considerata nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2012, invocata da parte ricorrente a proprio favore, la quale aveva ad oggetto la diversa ipotesi del recesso della mandataria: recesso che concretizzerebbe una fattispecie del tutto differente rispetto all'esito divisato dalla ricorrente, in quanto nel recesso non si verificherebbe alcuna modificazione che, invece, si avrebbe nello scambio tra mandante e mandataria. In tal caso, infatti, si integrerebbe una violazione della *par condicio* tra i concorrenti.

Tale ricostruzione non pare al Collegio condivisibile: la società che ha assunto il ruolo di mandataria nell'ATI ricorrente, infatti, non è subentrata *ex novo*, ma ha mutato il proprio ruolo, da mandante (con il 26,288 %) a mandataria (con quota di partecipazione del 61,846 %), mentre la

Cavalleri, non potendo dimostrare in tempo utile il possesso dei requisiti (e cioè l'ammissione al concordato preventivo con continuità) ha optato per il recesso, come suggerito nell'appello al Consiglio di Stato dalla stessa SACBO. Ciò chiarito, la questione appare in realtà irrilevante, ai fini di verificare la sussistenza dei presupposti per il riconoscimento del diritto al risarcimento del danno. Accertata la condotta illecita (insita nell'illegittimità dell'annullamento dell'aggiudicazione provvisoria e della successiva aggiudicazione dell'appalto ad altro soggetto) e prescindendo dall'accertamento dell'elemento soggettivo, così come indicato dalla giurisprudenza comunitaria in materia di appalti, che ritiene implicita la colpa, ciò che è determinante è che il **raggruppamento temporaneo** avrebbe, potenzialmente, potuto procedere all'esecuzione dell'appalto, se ne avesse conseguito l'aggiudicazione in via definitiva, così come sarebbe dovuto accadere se SACBO non avesse proceduto all'illegittima sua esclusione dalla gara. In ragione dell'evidente nesso causale, si è, dunque, in presenza di una situazione di danno imputabile al comportamento della stazione appaltante, la quantificazione dell'ammontare del quale deve tenere conto che, per quanto attiene al lucro cessante, parte ricorrente ha chiesto il riconoscimento dell'utile quantificato in sede di presentazione della domanda di partecipazione alla gara nel 9 % dell'importo complessivo di gara offerto e, perciò, pari a 2.940.525,68 Euro. Il **raggruppamento**, però, non ha dimostrato di non aver potuto impiegare diversamente mezzi e personale (essendo a tal fine irrilevante il fatto che per circa un mese il **raggruppamento** abbia agito per ottenere la sottoscrizione del contratto in ragione della sospensiva concessa in primo grado in data 4 settembre 2013 e revocata con ordinanza del Consiglio di Stato del 18 ottobre 2013), con la conseguenza che tale cifra può essere ridotta, in via equitativa, alla somma di Euro 800.000, comprensivo delle spese sostenute per la partecipazione alla gara e non quantificate in modo puntuale. Per quanto attiene al danno curriculare, da intendersi come danno all'immagine e al prestigio professionale, si ritiene che lo stesso sia in concreto ravvisabile nei confronti della sola Cavalleri s.p.a., che, in ragione della mancata aggiudicazione, ha dovuto aprire la procedura di concordato. Esso è quantificabile in 250.000 Euro, pari all'incirca a metà di quel 5 % generalmente adottato dalla giurisprudenza, applicato al valore di quella parte di appalto che la stessa avrebbe dovuto eseguire (il 35,558 % dell'importo complessivo offerto pari a 32.672.507,52, corrispondente ad Euro 11.617.690,22 ovvero Euro 580.884,50), poiché appare ragionevole presumere, ma non è concretamente provato, che la necessità di fare ricorso alla procedura fallimentare sia imputabile all'illegittima revoca dell'aggiudicazione provvisoria. Debbono essere esclusi interessi e rivalutazione sulla somma di 1.000.000 dovuta al **raggruppamento**, in quanto il mancato guadagno di cui è prevista la compensazione non si sarebbe, se non in minima parte, verificato prima della presente pronuncia, di gran lunga antecedente rispetto al termine di conclusione dei lavori. I suddetti accessori sono, invece, dovuti sulla somma di 250.000 Euro con cui è disposta la compensazione del danno curriculare, immediatamente intervenuto nei confronti della Cavalleri che ha dovuto accedere alla procedura concorsuale. Su tutte le somme saranno corrisposti interessi compensativi, nella misura del tasso legale, dalla data della sentenza a quella del soddisfo.

Le spese del giudizio possono essere compensate tra le parti in causa, attesa la natura prettamente interpretativa della questione dedotta, che ha determinato anche un conflitto tra le pronunce cautelari di primo e secondo grado.

³⁵
17 **PQM**

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:

- lo accoglie e per l'effetto annulla il provvedimento di esclusione del **raggruppamento** ricorrente dalla gara d'appalto in oggetto e la successiva aggiudicazione alla controinteressata;
- rigetta la declaratoria di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato;
- condanna la stazione appaltante al risarcimento del danno come in motivazione indicato;
- dispone la compensazione delle spese del giudizio.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 12 febbraio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Calderoni, Presidente

Stefano Tenca, Consigliere

Mara Bertagnolli, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 26 FEB. 2014.

Consiglio di Stato sez. IV, 17/02/2014, 744

Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - In genere - Appalto - Appalto lavori - Gara - Associazione temporanea d'impresa - Di tipo orizzontale o verticale - Ripartizione delle quote di partecipazione e di esecuzione - Indicazione - Obbligo.

Ai sensi dell'art. 37 comma 13 d. lgs. 12 aprile 2006 n. 163 i concorrenti a gare pubbliche, riuniti in **raggruppamento temporaneo**, devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al **raggruppamento**, il che comporta che deve sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori (o, nel caso di forniture o servizi, parti del servizio o della fornitura) eseguita dal singolo operatore economico e quota di effettiva partecipazione al **raggruppamento**, sussistendo anche la necessità che sia l'una che l'altra siano specificate dai componenti del **raggruppamento** all'atto della partecipazione alla gara.

35

REPUBBLICA ITALIANA

17

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

35

Il Consiglio di Stato

35

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

17

ha pronunciato la presente

35

SENTENZA

17

sul ricorso numero di registro generale 9328 del 2011, proposto da:

35

Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, Provveditorato

17

Interregionale Opere Pubbliche Per il Lazio, Abruzzo e Sardegna,

35

rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura gen. dello Stato,

17

domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

35

contro

17

Pa.Co Pacifico Costruzioni Spa, rappresentato e difeso dall'avv.

35

Enrico Soprano, con domicilio eletto presso Enrico Soprano in Roma,

17

via degli Avignonesi, 5;

35

nei confronti di

17

Gdm Costruzioni Spa in Proprieo Quale Mandataria Ati, rappresentato e

35

difeso dall'avv. Francesco Carli, con domicilio eletto presso

17

Francesco Carli in Roma, viale G. Mazzini n. 55; Ati - Gianni

35

Benvenuto Spa Mandante;

17

sul ricorso numero di registro generale 20 del 2012, proposto da:

35

Ministero Infrastrutture e Trasporti -Provveditorato Interregionale

17

Opere Pubbliche Lazio Abruzzo e Sardegna, rappresentato e difeso per

35

legge dall'Avvocatura gen. dello Stato, domiciliata in Roma, via dei

17

Portoghesi, 12;

35

contro

17

Paco Pacifico Costruzioni Spa, rappresentato e difeso dagli avv.

35

Enrico Soprano, Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso Enrico

17

Soprano in Roma, via degli Avignonesi, 5;

35

nei confronti di

17

35 Gdm Costruzioni Spa in proprio Equale Mandataria Ati, Ati - Gianni
17 Benvenuto Spa;
35 per la riforma
17 quanto al ricorso n. 9328 del 2011:
35 del dispositivo di sentenza del T.AR. Abruzzo - L'aquila: Sezione I
17 n. 00509/2011, reso tra le parti, concernente esclusione dalla gara
35 di lavori di adeguamento e parziale ricostruzione degli immobili sede
17 del Tribunale de L'aquila danneggiati a seguito del sisma del 6
35 aprile 2009
17 quanto al ricorso n. 20 del 2012:
35 della sentenza del T.AR. Abruzzo - L'aquila: Sezione I n. 00611/2011,
17 resa tra le parti, concernente esclusione dalla gara di lavori di
35 adeguamento e parziale ricostruzione immobili sede del tribunale de
17 l'aquila danneggiati a seguito del sisma del 6 aprile 2009
35 Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;
17 Visti gli atti di costituzione in giudizio e l'appello incidentale di
35 Pa.Co Pacifico Costruzioni Spa e di Gdm Costruzioni Spa in Proprioe
17 Quale Mandataria Ati e di Paco Pacifico Costruzioni Spa;
35 Viste le memorie difensive;
17 Visti tutti gli atti della causa;
35 Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2012 il Cons.
17 Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati Enrico Soprano,
35 Francesco Carli, Angelo Clarizia e Pio Marrone (Avv.St.);
17 Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

35 **Fatto**

17

1. Con l'appello in esame (n. 9328/2011 r.g.), il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti impugna il dispositivo di sentenza n. 509/2011, con il quale il TAR per l'Abruzzo, sez. I, ha accolto il ricorso ed il ricorso per motivi aggiunti della società Pa.Co Pacifico costruzioni s.p.a. (di seguito Pa.Co.), sia avverso il verbale 26 novembre 2010, nella parte in cui si dispone l'esclusione della ditta ricorrente dalla gara di appalto, condannando altresì l'amministrazione "al risarcimento dei danni come da motivazione", sia avverso l'aggiudicazione definitiva.

La gara nell'ambito della quale è intervenuta l'esclusione impugnata riguarda i lavori di adeguamento e parziale ricostruzione degli immobili sede del Tribunale de L'aquila, danneggiati a seguito del sisma del 6 aprile 2009 (bando 30 luglio 2010). Nell'ambito di tale procedura, l'attuale appellante è stata dapprima esclusa in quanto la documentazione richiesta è risultata carente della domanda di partecipazione. Successivamente, ammessa con riserva, si è collocata al terzo posto ed ha quindi impugnato l'aggiudicazione e gli atti di gara, ritenendo che sia l'aggiudicataria, sia la seconda classificata avrebbero dovuto essere escluse dalla gara.

L'amministrazione appellante (pag. 7 app.), "non essendo note le ragioni per le quali il TAR, in accoglimento del ricorso proposto dalla Pa.Co. s.p.a., ha annullato sia l'esclusione di quest'ultima dalla gara di appalto", nell'impugnare cautelativamente il dispositivo, si è richiamata integralmente, trascrivendone il contenuto, alla propria memoria difensiva depositata in I grado, in vista dell'udienza pubblica.

Si è costituita in giudizio la società Pa.Co., che ha concluso per il rigetto dell'appello, stante la sua infondatezza.

Si è altresì costituita in giudizio la società GDM Costruzioni s.p.a., in proprio e quale mandataria dell'associazione temporanea di **imprese** tra la medesima e la Gianni Benvenuto s.p.a., mandante, aggiudicataria della gara cui inerisce la presente controversia, chiedendo che, in accoglimento

dell'appello del Ministero delle Infrastrutture, voglia disporsi l'annullamento della sentenza del TAR Abruzzo.

All'udienza di trattazione, la causa è stata riservata in decisione.

2. Con ulteriore appello (n. 20/2012 r.g.), il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti impugna la sentenza 6 dicembre 2011 n. 611 del TAR Abruzzo.

Tale sentenza afferma, in particolare:

- è fondato il ricorso contro l'esclusione dalla gara, poiché "con la produzione di documenti esplicitamente finalizzati alla richiesta di partecipare alla gara l'impresa ha reiteratamente ed inequivocabilmente dato prova di voler concorrere all'aggiudicazione del relativo appalto"; né il disciplinare assegnava alla domanda "alcun contenuto specifico", dato che la prescrizione assolveva alla "funzione di garantire la stazione appaltante che la volontà dell'impresa che chiedeva di partecipare provenisse da uno dei soggetti espressamente indicati";
- "la volontà di partecipazione, che avrebbe dovuto essere consacrata nella domanda, appare del tutto implicita nella presentazione del plico contenente i documenti richiesti dal bando di gara";
- né a ciò può opporsi la clausola del bando (non immediatamente lesiva) che prevede l'esclusione, posto che "l'inserimento di clausole che prevedono la sanzione dell'esclusione deve essere giustificata da un particolare interesse pubblico, evitando il mero formalismo non legato a tali finalità ed oneri procedurali inutili ed eccessivi";
- in presenza di una previsione del disciplinare, che richiede che ogni concorrente singolo o ciascun concorrente che costituisce o costituirà il **raggruppamento** d'impresa dichiarare di aver eseguito il sopralluogo imposto dalla normativa concorsuale, non può ritenersi tale obbligo assolto allorché il sopralluogo sia stato effettuato dalla sola impresa mandataria. E ciò a maggior ragione nel caso in cui l'amministrazione (trattandosi di una struttura danneggiata dal sisma del 6 aprile 2009) ha dato a ciò particolare rilievo "sul presupposto che la mancanza di una conoscenza diretta dello stato dei luoghi potesse avere ripercussioni sulle valutazioni delle **imprese** in ordine alle lavorazioni richieste e quindi sulla formulazione dell'offerta e sulla stesura del progetto";
- posto il principio di corrispondenza tra quote di partecipazione all'ATI e quote dei lavori, con obbligo di specificazione fin dalla presentazione dell'offerta, su tale ripartizione non incide "la dichiarazione di voler subappaltare taluni lavori, trattandosi di aspetto che non interferisce con il principio della necessaria corrispondenza che deve manifestarsi sin dalla presentazione dell'offerta e su cui non interferiscono gli aspetti esecutivi".

In conseguenza dell'accoglimento dei ricorsi, la sentenza - disattesa la domanda di risarcimento del danno in forma specifica attraverso la dichiarazione di inefficacia del contratto (pagg. 12 - 13) - ha condannato l'amministrazione al risarcimento del danno, riconoscendo (pagg. 14 - 18):

- a titolo di lucro cessante, posto che la somma pari al 10% dell'importo a base d'asta decurtato della percentuale di ribasso risultante dall'offerta dell'impresa che avrebbe conseguito l'aggiudicazione, deve essere ulteriormente decurtata della "liberazione delle risorse dell'impresa "in modo da consentire la percezione di un utile alternativo", il risarcimento è quantificato nel 5% "del prezzo offerto dalla ricorrente per lavori e progettazione";
- la copertura delle spese sostenute, "che altrimenti graverebbero sull'utile conseguito";
- le spese generali "connesse alla predisposizione dell'organizzazione aziendale in vista della presentazione dell'offerta e dell'approntamento delle risorse per l'esecuzione dell'opera". Tali spese vengono quantificate in Euro 60.000, comprensive delle spese di partecipazione alla gara, e pari ad una "incidenza del 3% sull'entità giornaliera dell'offerta rapportata al periodo di 60 giorni" di impegno organizzativo.;
- il costo del personale e dei mezzi immobilizzati in funzione di un avvio dei lavori nel rispetto della tempistica imposta dall'amministrazione;
- i costi di progettazione;
- il danno curriculare, determinato nella percentuale del 2% dell'importo offerto

Avverso tale decisione, vengono proposti i seguenti motivi di appello (pagg. 4 - 17 ric.):

a) error in iudicando, poichè è incontestato che la soc. Pa.Co "non ha presentato la domanda di partecipazione alla gara, richiesta a pena di esclusione" e l'impugnazione della clausola del bando che prevede in questo caso l'esclusione avrebbe dovuto essere respinta perché tardiva. Ciò in quanto la ricorrente era a conoscenza del motivo di esclusione almeno alla data di presentazione del ricorso introduttivo, mentre la clausola del bando è stata successivamente impugnata con ricorso per motivi aggiunti;

b) error in iudicando, poiché si richiedeva che "il sopralluogo fosse effettuato dai soggetti partecipanti: nessuna prescrizione concorsuale richiedeva pertanto che il sopralluogo fosse effettuato da tutte le **imprese** partecipanti e non solo dalla mandataria o da soggetto appositamente delegato, né la norma rendeva obbligatoria l'acquisizione dell'attestato di sopralluogo da parte di ciascuna componente delle associazioni temporanee";

c) error in iudicando, poiché l'indicazione delle percentuali rispetto al totale dei lavori è superflua nel caso delle associazioni verticali (quale quella in esame), mentre ha senso per le associazioni di tipo orizzontale. Inoltre, nel caso di specie, "entrambe le **imprese** raggruppate in ATI erano in possesso di una qualificazione SOA tale da permettere loro di scegliere a piacimento la divisione delle lavorazioni prevalenti e specialistiche e l'errore nella indicazione delle quote... comunque quantitativamente irrilevante, era suscettibile di essere corretto in sede di predisposizione di contratto, proprio per la sovrabbondante qualificazione delle **imprese**";

d) error in iudicando, posto che (con riferimento alla condanna al risarcimento del danno) nel caso di specie ha comunque influito sulla (presunta) illegittimità delle determinazioni della P.A. "l'equivocità e/o ambiguità della normativa applicabile, la novità delle questioni, le oscillazioni giurisprudenziali nella materia"..

Si è costituita in giudizio la soc. Pa.Co., che ha concluso per il rigetto dell'appello, stante la sua infondatezza.

Inoltre, essa ha proposto appello incidentale "nella parte in cui il TAR ha accolto soltanto parzialmente la domanda risarcitoria formulata in I grado", con i seguenti motivi di gravame:

e) error in iudicando, per violazione degli artt. 2043 e 2697 c.c.; motivazione erronea; poiché il parametro del 10% dell'importo a base d'asta, per come eventualmente ribassato dall'impresa interessata, quale entità del guadagno presuntivamente ritratto dall'esecuzione dell'appalto, "ha ad oggetto esclusivamente il mancato guadagno derivante dalla perdita di una pubblica commessa, (ed è) dunque del tutto estraneo all'inutile dispendio di beni e risorse all'uopo riservati, che integra una distinta ed ulteriore voce di danno". Né il ricavo di una commessa "esclude che si possa guadagnare contemporaneamente da una o più altre commesse, per cui la mancata esecuzione di un contratto comporta la perdita piena dell'utile previsto per quel contratto, indipendentemente dalla circostanza che, contestualmente, quella determinata impresa abbia o meno in corso l'esecuzione di altri lavori". Nel caso di specie, la percentuale di utile indicata nell'offerta della soc. Pa.Co., coincidente con quella presuntiva, non è mai stata contestata, né dalla stazione appaltante, né dalle **imprese** controinteressate. Infine, l'appellante, al fine di partecipare alla gara in questione, ha rinunciato a partecipare "a numerose procedure esecutive indette in concomitanza" (v. pagg. 1719 memoria), e l'immobilizzazione delle risorse "si è protratta per un periodo quasi prossimo all'ultimazione dell'appalto medesimo";

f) error in iudicando per violazione degli artt. 2043 e 2697 c.c.; motivazione carente ed erronea, in relazione alle "spese generali connesse alla predisposizione dell'organizzazione aziendale", al "costo del personale e dei mezzi immobilizzati", al danno curriculare (da quantificarsi nel 5% anziché nel 2% dell'importo offerto; al danno da perdita di chance (pagg. 21 - 26).

L'appellante incidentale è dunque giunta a quantificare il risarcimento del danno spettante in Euro 3.410.936, 00, e, subordinatamente, nel diverso importo stimato dal giudice d'appello.

Depositare ulteriori memorie e repliche, all'udienza di trattazione la causa è stata riservata in decisione.

³⁵
17 **Diritto**

3. Preliminarmente, il Collegio deve procedere alla riunione degli appelli, ai sensi dell'art. 70 Cpa, stante la evidente connessione.

4. L'appello dell'amministrazione è infondato, nella parte in cui censura la sentenza di I grado relativamente alla domanda di annullamento proposta con il ricorso instaurativo nel relativo grado di giudizio.

Con il primo motivo di appello (sub a) dell'esposizione in fatto), il Ministero appellante censura la sentenza impugnata, sia riproponendo la tardività della impugnazione della clausola del bando che richiedeva la presentazione della domanda di partecipazione a pena di nullità, sia riaffermando la necessità di tale domanda, pacificamente non presentata dalla concorrente soc. Pa.Co.

Ambedue i profili di doglianza sono infondati.

Quanto all'aspetto della tardività, occorre, innanzi tutto, concordare con la sentenza impugnata, laddove essa afferma che una clausola del bando che prevede esclusioni per omessa presentazione di talune dichiarazioni o documenti non è, ex se immediatamente lesiva, attualizzandosi tale lesione allorchè, verificatasi la circostanza astrattamente prevista, viene in concreto disposta l'esclusione dalla gara.

Nel caso di specie, peraltro, non trova riscontro quanto affermato dall'appellante - in ordine alla necessità di impugnare la clausola del bando fin dal ricorso introduttivo, e non già con i motivi aggiunti - posto che con il ricorso instaurativo del giudizio è stato appunto impugnato il bando di gara (pag. 2) e se ne è richiesto l'annullamento (pag. 6) "nella parte in cui la stazione appaltante ha richiesto la produzione della domanda di partecipazione alla gara".

Quanto alla rilevanza della omessa domanda di partecipazione, occorre innanzi tutto verificare la funzione svolta dalla stessa, in ragione del contenuto che per essa è prescritto dal bando.

Ed infatti, da un lato, nella sua formulazione più semplice ed immediata, la domanda di partecipazione costituisce solo la manifestazione della volontà del soggetto di voler partecipare alla gara e della certa attribuibilità al medesimo soggetto della documentazione a tal fine presentata.

In altre ipotesi, invece, con l'atto contenente la domanda di partecipazione, si richiedono talora al concorrente dichiarazioni ulteriori, autocertificazioni, assunzioni unilaterali di obbligazioni.

E' evidente che, in questo secondo caso (pur riscontrabile nella prassi), l'atto definito (in modo "minimale") "domanda di partecipazione" presenta un contenuto complesso, di modo che l'omissione della sua presentazione non costituisce solo una mancata manifestazione di volontà a partecipare, ma priva la stazione appaltante di ulteriori manifestazioni aventi rilevanza giuridica e riconducibili alla volontà del concorrente.

In questo caso, appare evidente come la previsione di esclusione per il caso di mancata presentazione della domanda appare del tutto legittima e ragionevole, proprio perché l'amministrazione abbisogna di quelle indicazioni o impegni (o di quant'altro sia richiesto), che - in difetto di "domanda" - non sono ricavabili da alcun altro documento tra quelli presentati in sede di partecipazione alla gara.

Al contrario, nel caso in cui la domanda di partecipazione si presenti solo come semplice "domanda", nei sensi sopra descritti, la volontà di voler partecipare alla gara e la riferibilità all'impresa partecipante di quanto effettivamente presentato, ben possono essere desunti dal complesso della documentazione presentata, nella misura in cui da quest'ultima possa ricavarsi in modo certo sia la volontà di voler partecipare sia la effettiva identità del partecipante.

In questa ipotesi, dunque, non può accordarsi prevalenza al rilievo meramente formale della mancata presentazione della domanda (ed in tal senso si presenta come illegittima la clausola del bando che prevede l'esclusione). E ciò:

- sia in quanto tale previsione, nell'attribuire irragionevolmente rilevanza all'aspetto formale in luogo della sostanza, finisce per operare una cesura tra clausola e sua funzione teleologicamente orientata alla cura dell'interesse pubblico, posto che non sono in discussione, nella sostanza, le ragioni per le quali la clausola medesima era stata prevista;

- sia in quanto, sacrificandosi in ossequio ad un aspetto meramente formale la partecipazione di un concorrente, si incide sul principio di massima possibile partecipazione alle gara, quale strumento di affermazione della più ampia concorrenza.

Per le ragioni esposte, il primo motivo di appello, deve essere respinto, stante la sua infondatezza, con la conseguenza che è stata correttamente ritenuta illegittima la esclusione dalla partecipazione alla gara della società Pa.Co., trovando così conferma la tutela cautelare accordata (in funzione ripristinatoria), con ammissione con riserva alla gara medesima.

5. Anche il secondo motivo di appello (sub b) dell'esposizione in fatto) deve essere respinto.

Con tale motivo si censura la sentenza impugnata nella parte in cui essa afferma che -in presenza di una previsione del disciplinare, che richiede che ogni concorrente singolo o ciascun concorrente che costituisce o costituirà il **raggruppamento** d'impresa dichiarati di aver eseguito il sopralluogo imposto dalla normativa concorsuale - non può ritenersi tale obbligo assolto allorchè il sopralluogo sia stato effettuato dalla sola impresa mandataria.

Ritiene l'appellante che "nessuna prescrizione concorsuale richiedeva pertanto che il sopralluogo fosse effettuato da tutte le **imprese** partecipanti e non solo dalla mandataria o da soggetto appositamente delegato, né la norma rendeva obbligatoria l'acquisizione dell'attestato di sopralluogo da parte di ciascuna componente delle associazioni temporanee".

La prospettazione dell'appellante non può essere condivisa, posto che - come correttamente affermato nella sentenza impugnata - l'obbligo di eseguire il sopralluogo posto a carico dei soggetti partecipanti (dall'ultimo cpv. del capo 5), non poteva che riferirsi ai soggetti contemplati dal medesimo capo 5, e precisamente al concorrente singolo ovvero a ciascun concorrente che costituisce o costituirà il **raggruppamento** di impresa. Ciò precisato, appare evidente come l'attestato di sopralluogo, la cui mancata allegazione determina l'esclusione, deve riferirsi a tutte le **imprese** partecipanti, e - nel caso di ATI costituenda - non solo alla mandataria.

Per un verso, se - come afferma l'appellante - "nessuna prescrizione concorsuale richiedeva... che il sopralluogo fosse effettuato da tutte le **imprese** partecipanti", è altrettanto vero che nessuna prescrizione, però, consentiva che tale sopralluogo fosse effettuato da una sola impresa (auto)qualificatasi come mandataria di una costituenda associazione temporanea.

Per altro verso, proprio perché, come affermato dall'appellante, "il sopralluogo è un adempimento funzionale alla conoscenza dei luoghi che il partecipante acquisisce al fine della successiva presentazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa", può comprendersi (e giustificarsi sul piano della ragionevolezza) una previsione del bando che - in presenza di lavori particolarmente delicati nell'ambito di una ricostruzione postsisma - richieda il sopralluogo da parte di tutte le **imprese** concorrenti, e quindi anche di quelle che - nel costituirsi in ATI anche in momento successivo alla partecipazione alla gara - tuttavia partecipano alla definizione dell'offerta.

6. Con il terzo motivo di appello (sub lett. c) dell'esposizione in fatto), l'amministrazione appellante lamenta una non corretta applicazione del principio di corrispondenza tra quote di partecipazione all'ATI e quote dei lavori, che ritiene superflua nel caso delle associazioni cd. verticali.

Occorre, innanzi tutto, rilevare che, alla luce del rigetto del motivo sub b) dell'esposizione in fatto - dal che consegue che sia l'aggiudicataria sia la seconda classificata avrebbero dovuto essere escluse per omessa presentazione della dichiarazione di sopralluogo - il presente motivo di appello non appare più assistito da interesse ad agire.

Sul punto, il Collegio si riporta a quanto già affermato con propria sentenza 1 agosto 2012 n. 5799. La giurisprudenza (e la richiamata decisione) hanno già avuto modo di affermare che il comma 13 dell'art. 37 d. lgs. n. 163/2006, stabilisce che i concorrenti riuniti in **raggruppamento temporaneo** devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al **raggruppamento**, il che comporta che deve sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori (o, nel caso di forniture o servizi, parti del servizio o della fornitura) eseguita dal singolo operatore economico e quota di effettiva partecipazione al **raggruppamento**, essendovi peraltro la necessità che sia l'una che l'altra siano specificate dai componenti del **raggruppamento** all'atto

della partecipazione alla gara. (Cons. St., sez. III, 11 maggio 2011 n. 2805; in senso conforme, Cons. St., sez. IV, 27 gennaio 2011 n. 606).

Si è precisato che ai fini dell'ammissione alla gara di un **raggruppamento** consortile o di un' A.T.I. occorre che già nella fase di offerta sia evidenziata la corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione, nonché tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, trattandosi di obbligo costituente espressione di un principio generale che prescinde dall'assoggettamento o meno della gara alla disciplina comunitaria e non consente distinzioni legate alla natura morfologica del **raggruppamento** (verticale o orizzontale), o alla tipologia delle prestazioni, principali o secondarie, scorporabili o unitarie (Cons. St., sez. VI, 24 gennaio 2011 n. 472; sez. IV, 27 novembre 2010 n. 8253).

Più in particolare, si è affermato (Cons. St., sez. III, n. 2805/2011 cit) che "l'obbligo di specificazione in esame trova la sua ratio... nella necessità di assicurare alle Amministrazioni aggiudicatrici la conoscenza preventiva del soggetto, che in concreto eseguirà il servizio. E ciò non solo per consentire una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto, ma anche per l'effettuazione di ogni previa verifica sulla competenza tecnica dell'esecutore; oltre che per evitare che le **imprese** si avvalgano del **raggruppamento** non per unire le rispettive disponibilità tecniche e finanziarie, ma per aggirare le norme d'ammissione alle gare.

La regola, si soggiunge, non può non valere poi anche per le A.T.I. costituenti, che correttamente sono dunque tenute anch'esse ad indicare, già nella fase di ammissione alla gara, e dunque prima dell'aggiudicazione, le quote di partecipazione di ciascuna impresa al futuro **raggruppamento** e le quote di ripartizione delle prestazioni oggetto dell'appalto, ai fini della verifica della rispondenza della prestazione da eseguirsi ai requisiti di qualificazione tecnicoorganizzativa fatti valere secondo le relative corrispondenti percentuali, essendo del resto evidente che una diversa soluzione porterebbe ad un diversificato ed ingiustificato trattamento tra le A.T.I. già formalmente costituite e le A.T.I. costituenti, che ne sarebbero esonerate e chiamate a dimostrare l'affidabilità della loro proposta contrattuale solo se e quando risultino aggiudicatarie della gara."

L'indicazione delle quote di partecipazione ad un'ATI costituenda, dunque, deve indispensabilmente avvenire in sede di gara e non può essere desunta dalla diversa indicazione delle quote di ripartizione delle prestazioni oggetto dell'appalto.

Ed infatti, per un verso, l'indicazione delle quote di partecipazione costituisce il presupposto per una compiuta verifica della rispondenza della prestazione da eseguirsi ai requisiti di qualificazione tecnicoorganizzativa fatti valere secondo le relative corrispondenti percentuali, verifica che è negata dalla indicazione del solo dato relativo alla ripartizione delle quote di esecuzione dell'appalto, con conseguente sostanziale disapplicazione dell'art. 37, co. 13, d. lgs. n. 163/2006.

Per altro verso, l'omissione della precisa indicazione delle quote di partecipazione alla costituenda ATI non consentendo - in difetto di specifica indicazione, impegno e conseguente assunzione di responsabilità da parte delle **imprese** - le corrette ed esaustive verifiche da parte dell'amministrazione, determina una violazione della par condicio dei concorrenti (ed in particolare tra ATI già costituite ed ATI costituenti).

D'altra parte, a fronte di una specifica indicazione prevista dal citato art. 37, co. 13, non vi è ragione per consentire indicazioni diverse, obbligando l'amministrazione - in luogo di una valutazione immediata derivante dalla chiara percezione offerta dalla indicata (con conseguente assunzione di responsabilità) quota di partecipazione all'ATI - a dover desumere tale quota da indicazioni diverse. Oltre quanto già considerato, occorre osservare che, nel caso di specie, effettivamente - come ammesso dalla stessa amministrazione appellante - vi è una non corrispondente indicazione delle quote - sia pure definita "irrilevante" (pag. 13 app.), e la stessa tuttavia, per le ragioni esposte, non avrebbe potuto "essere corretta in sede di predisposizione di contratto".

Per le ragioni sin qui esposte, anche il terzo motivo di impugnazione - in disparte ogni considerazione in ordine alla improcedibilità dell'appello in relazione allo stesso - deve essere rigettato, stante la sua infondatezza.

7. L'appello dell'amministrazione deve essere rigettato anche con riferimento al quarto motivo (sub d) dell'esposizione in fatto), con il quale si impugna la sentenza nella parte in cui condanna l'amministrazione al risarcimento del danno.

Secondo l'amministrazione, nel caso di specie avrebbe comunque influito sulla (presunta) illegittimità delle determinazioni della P.A. "l'equivocità e/o ambiguità della normativa applicabile, la novità delle questioni, le oscillazioni giurisprudenziali nella materia".

Questa Sezione ha già avuto modo di pronunciarsi in tema di risarcimento del danno, anche con riguardo alla cd. "perdita di chance" (Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012 n. 1957), esponendo considerazioni dalle quali non vi è motivo di discostasi nella presente sede.

Ai sensi dell'art. 2043 cod. civ., il danno è risarcibile soltanto laddove esso consiste in un danno/evento ingiusto, tale essendo quello consistente nella lesione di un interesse meritevole di tutela da parte dell'ordinamento, che fonda la sussistenza di una posizione soggettiva.

Deve trattarsi di un danno che presuppone la titolarità di un interesse apprezzabile, differenziato, giuridicamente rilevante e meritevole di tutela e che inerisce al contenuto stesso della posizione sostanziale.

Tale danno ingiusto deve essere inoltre ricollegabile, con nesso di causalità immediato e diretto, al provvedimento impugnato, e, nel caso in cui la posizione di interesse legittimo appartenga alla species del cd. interesse pretensivo, esso deve concernere l'ingiusto diniego o la ritardata emanazione di un provvedimento amministrativo richiesto.

Secondo questo Consiglio di Stato (sez. V, 2 febbraio 2008 n. 490) "il danno, per essere risarcibile, deve essere certo e non meramente probabile, o comunque deve esservi una rilevante probabilità del risultato utile" e ciò è quello che "distingue la chance risarcibile dalla mera e astratta possibilità del risultato utile, che costituisce aspettativa di fatto, come tale irrisarcibile".

In tal senso, la giurisprudenza ha ancorato il risarcimento del danno cd. "da perdita di chance" a indefettibili presupposti di certezza dello stesso, escludendo il caso in cui l'atto, ancorché illegittimo, abbia determinato solo la perdita di una "eventualità" di conseguimento del bene della vita. Ed infatti, in tale ultimo caso, risulta pienamente esaustiva la tutela ripristinatoria offerta dall'annullamento e dalle sue conseguenze (in tal senso, Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2004 n. 5440; sez. V, 25 febbraio 2003 n. 1014; sez. VI, 23 luglio 2009 n. 4628; Cass. civ., sez. I, 17 luglio 2007 n. 15947).

In ogni caso, non si è ritenuto configurabile un danno risarcibile per equivalente, allorché, per effetto dell'annullamento del provvedimento amministrativo (nel caso considerato, aggiudicazione), vi sia ripetizione della attività amministrativa, e quindi il ripristino della chance del concorrente (Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 2011 n. 854; 24 gennaio 2011 n. 462; 28 agosto 2009 n. 5105).

In ordine al requisito soggettivo della colpa, questa deve essere valutata tenendo conto dei vizi che inficiano il provvedimento, della gravità delle violazioni ad essa imputabili (anche alla luce del potere discrezionale concretamente esercitato), delle condizioni concrete e dell'apporto eventualmente dato dai privati al procedimento (Cons. Stato, sez. VI, 15 giugno 2009 n. 3827).

Quanto alle "voci" del danno risarcibile, esse sono state, a seconda dei casi, individuate (Cons. Stato, sez. V, n. 491/2008; sez. VI, n. 2384/2010):

- a) nel danno emergente, costituito dalle spese e dai costi sostenuti per la preparazione dell'offerta e per la partecipazione alla procedura (secondo Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3144, solo in caso di illegittima esclusione dalla gara);
- b) nel lucro cessante, determinato nel 10% del valore dell'appalto, precisandosi anche che il lucro cessante è innanzi tutto determinato sulla base dell'offerta economica presentata al seggio di gara (Cons. Stato, sez. V, 6 aprile 2009 n. 2143);
- c) una ulteriore percentuale del valore dell'appalto, "a titolo di perdita di chance, legata alla impossibilità di far valere, nelle future contrattazioni, il requisito economico pari al valore dell'appalto non eseguito", cd. "danno curriculare" (in senso conforme, Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2751; sez. V., 23 luglio 2009 n. 4594; secondo Cons. Stato, sez. VI, n. 3144/2009, la

percentuale del "danno curriculare" va calcolata sulla misura del lucro cessante e non già sull'importo dell'appalto);

d) il danno, equitativamente liquidato, per il mancato ammortamento di attrezzature e macchinari;

e) il danno consistente nella perdita di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi. Si è tuttavia affermato (Cons. Stato, sez. IV, 14 gennaio 2013 n. 156) che, perché possa costituire evento di danno e quindi presupposto di obbligazione risarcitoria della P.A. tale perdita non deve rappresentarsi come effetto di una scelta imprenditoriale "libera", anche se dettata da criteri di maggiore convenienza o opportunità, ciò rientrando nella piena disponibilità dell'imprenditore. Al contrario, essa deve costituire la conseguenza di una situazione in cui - per la natura dell'appalto, lo stato della procedura di affidamento, le modalità di esecuzione e i contenuti del contratto da stipularsi - la scelta dell'imprenditore appare "necessitata", in relazione alle obbligazioni che egli assumerebbe per effetto del contratto alla stipulazione del quale non si è pervenuti per responsabilità dell'amministrazione appaltante.

f) infine, il danno esistenziale, posto che "il diritto all'immagine, concretizzantesi nella considerazione che un soggetto ha di sé e nella reputazione di cui gode, non può essere considerato appannaggio esclusivo della persona fisica e va anzi riconosciuto anche alle persone giuridiche". Orbene, come è dato osservare, nelle ipotesi di risarcimento del danno da provvedimento illegittimo (come nel caso del danno subito dal partecipante alla gara secondo classificato che avrebbe dovuto essere aggiudicatario, e che ha quindi subito gli effetti di un provvedimento illegittimo), la prova dell'esistenza del medesimo interviene in base ad una verifica del caso concreto, che faccia concludere per la "certezza" del danno, sussistente sia laddove questo possa essere a tutta evidenza riscontrato, sia laddove vi sia "una rilevante probabilità del risultato utile".

In definitiva, può affermarsi che, nelle ipotesi di risarcimento del danno da provvedimento illegittimo, la prova dell'esistenza del medesimo interviene in base ad una verifica del caso concreto che faccia concludere per la sua "certezza", la quale presuppone:

- in primis, l'esistenza di una posizione giuridica sostanziale della quale possa assumersi essere intervenuta una lesione; e laddove vi è esercizio di potere tale posizione sostanziale è l'interesse legittimo;

- in secondo, l'esistenza di una lesione, che sussiste sia laddove questo possa essere a tutta evidenza e concretamente riscontrato, sia laddove vi sia "una rilevante probabilità del risultato utile" frustrata dall'agire illegittimo dell'amministrazione.

Quanto a questo secondo aspetto, l'esame della sussistenza del danno da perdita di chance interviene:

- o attraverso la constatazione in concreto della sua esistenza, ottenuta attraverso elementi probatori (ad esempio, con riferimento alle gare d'appalto, si è in presenza di un contratto eseguito o in esecuzione, che avrebbe dovuto essere certamente eseguito da una diversa impresa, in luogo di quella beneficiaria di aggiudicazione illegittima);

- o attraverso una articolazione di argomentazioni logiche, che, sulla base di un processo deduttivo rigorosamente sorvegliato, inducono a concludere per la sua sussistenza;

- ovvero ancora attraverso un processo deduttivo secondo il criterio, elaborato dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, del c.d. "più probabile che non" (Cass. civ., n. 22022/2010), e cioè "alla luce di una regola di giudizio che ben può essere integrata dai dati della comune esperienza, evincibili dall'osservazione dei fenomeni sociali" (Cass., sez. III civ., n. 22837/2010).

Nel caso dei procedimenti di gara o di concorso, la posizione giuridica sostanziale del partecipante assurge sicuramente ad interesse legittimo (pretensivo) con riferimento all'ammissione a partecipare alla gara o alle prove del concorso medesimo, ovvero in relazione ad una valutazione delle prove o dell'offerta svolte non immune da vizi di legittimità.

Tali situazioni giuridiche, tuttavia, possono ricevere tutela - sol che il titolare la richieda onerandosi del rispetto delle norme procedurali previste - eminentemente sul piano ripristinatorio, mediante annullamento del provvedimento illegittimo e, prima ancora, mediante l'adozione di provvedimenti cautelari da parte del giudice.

Ciò in quanto, nell'interesse legittimo pretensivo, l'oggetto della posizione, tale da definirne il contenuto sostanziale (nel cd. lato interno della relazione) non è un "bene" già esistente nel patrimonio giuridico del titolare, bensì la stessa possibilità di conseguimento di un utilitas per il tramite dell'esercizio del potere amministrativo (Cons. Stato, sez. IV, 3 agosto 2011 n. 4644). E' del tutto evidente che l'illegittimo esercizio del potere comporta un "vulnus" per la posizione giuridica di interesse legittimo. Ma tale vulnus - afferendo, a tutta evidenza, ad una situazione dinamica di possibilità di conseguimento di una utilitas - non può che ricevere riparazione se non per il tramite di una tutela del tipo ripristinatorio, per mezzo, cioè, dell'annullamento dell'atto, che consente il riesercizio del potere amministrativo, e quindi il ristabilirsi della "chance di conseguimento dell'utilità finale".

E ciò con la sola eccezione - come affermano le stesse Sezioni Unite della Cassazione (sent. n. 6594/2011, ma in tal senso già la sent. n. 500/1999) - di ipotesi di istanze obiettivamente fondate, tali definibili sulla base della situazione concreta dell'istante, dell'assetto normativo applicabile al caso di specie, e del concreto modus agendi, in ipotesi analoghe, della Pubblica Amministrazione. In questo senso deve essere interpretata anche quella giurisprudenza (Cons. St., Ad. Plen., 5 settembre 2005 n. 6), che afferma come "anche con riferimento alla perdita di altre occasioni da parte dell'impresa, sembra preferibile conformarsi al criterio equitativo... (già adottato qualche volta dalla giurisprudenza amministrativa), riconoscimento al concorrente dell'utile economico che sarebbe derivato dalla gestione del servizio messo in gara nella misura del 10% dell'ammontare dell'offerta", o che aggiunge altre voci di danno risarcibile, tra le quali il cd. danno curriculare (Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2751; sez. V., 23 luglio 2009 n. 4594).

Nel caso di esclusione dalla gara, al fine di ottenere il risarcimento del danno da perdita di chance, occorre fornire prova certa in ordine alla circostanza che l'offerta del concorrente illegittimamente escluso sarebbe stata quella che avrebbe comportato l'attribuzione dell'aggiudicazione al concorrente medesimo, di modo che questi si vede privato sia del "lucro", derivante dall'esecuzione del contratto, sia dell'acquisizione di un elemento curriculare positivo, da far valere in ulteriori e successive procedure di gara.

Il risultato interpretativo ora esposto non costituisce, peraltro, una "singolarità" dell'interesse legittimo e delle sue possibilità di tutela risarcitoria.

Al contrario, esso sembra trovare indiretta conferma nella giurisprudenza, anche del giudice civile, in tema di responsabilità precontrattuale, dove (peraltro con ben più accentuato fondamento) uno dei potenziali contraenti confida nella positiva conclusione del contratto.

Ebbene, in questi casi - che pure sono fondati sul ben più pregnante affidamento ingenerato in uno dei potenziali contraenti dal comportamento dell'altra parte, e per i quali non è ovviamente prevista alcuna altra forma di tutela, e segnatamente quella ripristinatoria - la giurisprudenza ancora il risarcimento del danno al cd. "danno emergente per spese sostenute" (oltre alle eventuali occasioni contrattuali perse, in ordine alle quali occorre fornire prova rigorosa); e ciò in quanto questo si colloca nei limiti del cd. interesse negativo, e cioè dell'interesse del soggetto a non essere leso nell'esercizio della sua libertà negoziale (Cass. civ., Sez. Un., 11 gennaio 1977 n. 73; Cons. Stato, sez. VI, 17 dicembre 2008 n. 6264). Esula, dunque, dalla ricostruzione del danno risarcibile, ogni profilo di "lucro cessante" (cui occorre riportare il danno da perdita di chance).

8. Alla luce delle considerazioni esposte, deve essere rigettato il quarto motivo di appello dell'amministrazione, posto che, per un verso, non si manifestano cause di esclusione della responsabilità risarcitoria, derivanti da incertezze interpretative. Al contrario, il procedimento si connota per una duplicità di atti illegittimi, ambedue incidenti nella sfera giuridica della soc. Pa.Co.: - il primo, consistente nella illegittima esclusione di questa dalla gara (danno riparato per il tramite della disposta tutela ripristinatoria cautelare); - il secondo, consistente nella consentita partecipazione alla gara sia dell'impresa aggiudicataria, sia dell'impresa seconda classificata, con ciò determinando il mancato conseguimento dell'aggiudicazione (e la mancata successiva stipulazione del contratto) da parte della soc. Pa.Co..

Quanto alla "certezza" del danno, secondo i criteri sopra riportati, essa risulta pienamente comprovata dalla stipulazione ed esecuzione del contratto con impresa che non avrebbe dovuto essere, per le ragioni esposte, legittima parte contrattuale della Pubblica Amministrazione. Le considerazioni ora rappresentate consentono anche di accogliere l'appello incidentale della soc. Pa.Co., limitatamente al profilo del I motivo (sub e) dell'esposizione in fatto), con il quale si lamenta la "decurtazione" del "lucro cessante", dalla percentuale del 10% dell'importo a base d'asta decurtato della percentuale di ribasso risultante dall'offerta dell'impresa, a quella del 5% "del prezzo offerto dalla ricorrente per lavori e progettazione". E ciò in quanto vi sarebbe stata "liberazione" delle risorse dell'impresa "in modo da consentire la percezione di un utile alternativo".

Ed infatti - come già enunciato da questa Sezione (sent. n. 156/2013 cit.) - la perdita di ulteriori occasioni di stipulazione con altri di contratti altrettanto o maggiormente vantaggiosi, perché possa costituire evento di danno e quindi presupposto di obbligazione risarcitoria della P.A. non deve rappresentarsi come effetto di una scelta imprenditoriale "libera", anche se dettata da criteri di maggiore convenienza o opportunità (ciò rientrando nella piena disponibilità dell'imprenditore). Al contrario, essa deve costituire la conseguenza di una situazione in cui - per la natura dell'appalto, lo stato della procedura di affidamento, le modalità di esecuzione e i contenuti del contratto da stipularsi - la scelta dell'imprenditore appare "necessitata", in relazione alle obbligazioni che egli assumerebbe per effetto del contratto alla stipulazione del quale non si è (con lui) pervenuti per responsabilità dell'amministrazione appaltante.

Ciò però significa, specularmente, che la possibilità per l'imprenditore di stipulare ulteriori contratti, per effetto di una affermata "liberazione" delle risorse imprenditoriali da mancata stipulazione del contratto in oggetto, non può rilevare come elemento di riduzione della somma ormai costantemente riconosciuta dalla giurisprudenza quale risarcimento del lucro cessante per mancata stipula del contratto, eseguito invece da altra ditta.

Occorre, dunque, convenire con l'appellante incidentale laddove afferma che il ricavo di una commessa non "esclude che si possa guadagnare contemporaneamente da una o più altre commesse, per cui la mancata esecuzione di un contratto comporta la perdita piena dell'utile previsto per quel contratto, indipendentemente dalla circostanza che, contestualmente, quella determinata impresa abbia o meno in corso l'esecuzione di altri lavori".

L'ulteriore motivo di appello incidentale proposto (sub f) dell'esposizione in fatto), non può essere, invece, accolto, né, più in generale, possono trovare accoglimento le doglianze della società Pa.Co. in ordine ad una diversa (e per essa impresa migliorativa) quantificazione delle voci di danno riconosciute.

Ed infatti, alla luce delle considerazioni sopra esposte, appaiono evidenti le ragioni in virtù delle quali il Collegio ritiene che - una volta riconosciuto il lucro cessante da mancata esecuzione del contratto (nella misura nella presente sede riconosciuta) ed il cd. danno curriculare - non sussista fondamento per il riconoscimento di "voci" ulteriori di danno, posto che la misura dell' "utile" riconosciuto in via "virtuale" non può che assorbire ulteriori voci (spese di partecipazione, spese generali, costo di personale e mezzi immobilizzati) funzionali proprio al conseguimento del ricavo da attività imprenditoriale esercitata (in relazione alla riconoscibilità del danno consistente nelle spese di partecipazione alla gara solo in caso di esclusione, Cons. Stato, sez. VI, n. 3144/2009 cit.). Diversamente opinando, si produce un arricchimento privo di causa dell'imprenditore, determinandosi una percezione di somme che - afferendo lato sensu ai costi dell'attività di impresa al fine del conseguimento dell'utile - risultano necessariamente ricomprese (e ripagate) dalla percezione dell'utile derivante dalla esecuzione del contratto. Di modo che, una volta che tale utile venga equitativamente determinato, non può farsi luogo al riconoscimento di "voci" afferenti a spese tutte relative al conseguimento del contratto ed alla sua esecuzione.

Infine, quanto alla misura del "danno curriculare", la stessa appare congrua, non apportando l'appellante incidentale (v. pagg. 23 - 24 app.) ragioni sorrette probatoriamente, tali da definire diversamente la somma equitativamente liquidata

In definitiva, fermo quanto statuito dalla sentenza di I grado (non modificabile in difetto di motivi di impugnazione specificamente riferiti al quantum), non sussistono ragioni per l'accoglimento delle domande volte ad ottenere una diversa (e migliorativa) quantificazione delle voci suddette. Per le ragioni sin qui esposte, l'appello incidentale della soc. Pa.Co. deve essere accolto, nei limiti sopra descritti.

Stante la natura delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

³⁵
¹⁷ **PQM**

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sugli appelli proposti dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (nn. 9328/2011 e 20/2012 r.g.):

- a) riunisce gli appelli e li rigetta, per l'effetto confermando, in relazione ai motivi con gli stessi proposti, la sentenza impugnata;
- b) accoglie l'appello incidentale della soc. Pa.Co., nei sensi e limiti di cui in motivazione;
- c) compensa tra le parti spese, diritti ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Gaetano Trotta, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere

Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 17 FEB. 2014

Consiglio di Stato sez. IV , 22/11/2013, 5542

Pubblica amministrazione - Contratti della p.a. - In genere - Appalto - Gara - Impresa componente di R.T.I. - Esclusione - Per presentazione del bilancio della capogruppo - Legittimità.

È legittima l'esclusione dell'impresa facente parte di un **raggruppamento temporaneo d'impresa** che abbia presentato il bilancio della capogruppo, in presenza di una *lex specialis* che impone alle **imprese** partecipanti di presentare, a pena di esclusione, i propri bilanci

T.A.R. Roma (Lazio) sez. I 04/11/2013, N. 9376

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Appalto - Gara - Aggiudicazione - Disposta nei confronti del R.T.I. - Nonostante la mancanza delle dichiarazioni attestanti la sussistenza dei requisiti morali prescritti ex lege - Annullamento.

A fronte dell'accertata mancanza delle dichiarazioni attestanti la sussistenza dei requisiti morali prescritti ex lege, il **raggruppamento temporaneo di imprese** risultato aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, con la conseguenza che, ove detta esclusione non sia intervenuta, va annullata la relativa aggiudicazione.

Giustizia amministrativa - Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale - Scelta dell'ordine di trattazione dei ricorsi principale ed incidentale - È ancorata all'esame delle condizioni dell'azione stabilite per il processo amministrativo e al modo in cui il processo si atteggia.

Giustizia amministrativa - Ricorso incidentale e domanda riconvenzionale - Disamina preliminare del ricorso incidentale - Necessità - Ove l'accoglimento del ricorso incidentale determini la paralisi dell'azione dei ricorrenti principali.

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Appalto - Gara - Concorrenti - R.T.I. - Obbligo di eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento - Sussistenza - In tutte le tipologie di appalti - Prima della novella introdotta dal d.l. n. 95 del 2012, in sede di conversione ad opera della l. n. 135 del 2012, all'art. 37 comma 13, d.lg. n. 163 del 2006.

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Appalto - Gara - Concorrenti - Esclusione dalla gara - Può essere disposta solo in presenza delle fattispecie descritte dal comma 1 bis dell'art. 46, d.lg. n. 163 del 2006 o, comunque, in caso di violazione di norme di divieto o di mancato adempimento di obblighi aventi una precisa fonte legislativa o regolamentare.

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Appalto - Gara - Concorrenti - Allegazione del documento di identità scaduto - Costituisce una mera irregolarità - Suscettibile di regolarizzazione, mediante produzione di un documento in corso di validità o dell'autodichiarazione.

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Appalto - Potere di rendere la dichiarazione di cui all'art. 38, d.lg. n. 163 del 2006 - Sussistenza - In capo al procuratore ad negotia regolarmente munito dei poteri di sottoscrivere le dichiarazioni e gli altri atti in sede di partecipazione alle pubbliche gare.

Pubblica amministrazione (P.A.) - Contratti della P.A. - In genere - Appalto - Gara - Aggiudicazione - Disposta nei confronti del R.T.I. - Nonostante la mancanza delle dichiarazioni attestanti la sussistenza dei requisiti morali prescritti ex lege - Annullamento.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Prima Ter)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4776 del 2013, proposto da:

Wolters Kluwer Italia S.r.l., Skill On Line S.r.l., Knowledge

Management & Security S.r.l., Project Automation S.p.A. e Media Touch

2000 S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro

tempore, tutte rappresentate e difese dagli Avv.ti Katja Besseghini, Ruggiero De Simone e Maurizio Zoppolato, con domicilio eletto presso lo studio dell'Avv. Maurizio Zoppolato in Roma, via del Mascherino n. 72 - ricorrenti principali;

contro

il Ministero dell'Interno - Dipartimento di Pubblica Sicurezza, in persona del Ministro pro tempore, costituito in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliato per legge presso i suoi studi in Roma, via dei Portoghesi n. 12 - Amministrazione resistente;

nei confronti di

Accenture S.p.A. e Accenture Technology Solutions S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, entrambe costituite in giudizio, rappresentate e difese dagli Avv.ti Damiano Lipani, Francesca Sbrana e Luigi Mazzoncini, con domicilio eletto presso lo Studio Legale Lipani & Partners in Roma, via Vittoria Colonna n. 40 - controinteressate e ricorrenti incidentali;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

ricorso principale:

- del decreto n. 500.b/rel. 23/6169 del 16.04.2013, recante aggiudicazione definitiva, in favore di Accenture S.p.A. e di Accenture Technology Solutions S.r.l., della gara d'appalto, con procedura ristretta accelerata, per la realizzazione e la gestione del progetto "SISFOR - sistema di formazione on-line delle forze dell'ordine" e di tutti gli atti ad esso precedenti, ivi incluso - ove occorresse - il provvedimento di aggiudicazione provvisoria alle controinteressate, comunicato dall'Amministrazione in data 20.4.2013;

- nonché di ogni altro atto preordinato, presupposto, collegato, consequenziale, connesso, antecedente o successivo, ivi compresi i chiarimenti, i verbali di gara, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara del costituendo R.T.I. Accenture, ed il contratto di appalto, ove eventualmente già stipulato;

ricorso incidentale:

- del decreto n. 500.b/rel. 23/6169 del 16.04.2013, recante approvazione della graduatoria definitiva della gara a procedura ristretta accelerata per la realizzazione e la gestione del progetto "SISFOR - sistema di formazione on-line delle forze dell'ordine", nella parte in cui il R.T.I. composto da Wolters Kluwer Italia S.r.l., Skill On Line S.r.l., Knowledge Management & Security S.r.l., Project Automation S.p.A. e Media Touch 2000 S.r.l. è risultato secondo classificato, anziché essere escluso dalla procedura di gara;

- nonché di ogni altro atto preordinato, presupposto, consequenziale e/o connesso, con particolare riferimento ai verbali di gara, nella parte in cui omettono di disporre l'esclusione dalla procedura del R.T.I. composto da Wolters Kluwer Italia S.r.l., Skill On Line S.r.l., Knowledge Management & Security S.r.l., Project Automation S.p.A. e Media Touch 2000 S.r.l.;

nonché per la condanna

dell'Amministrazione alla reintegrazione in forma specifica, attraverso l'aggiudicazione dell'appalto alle ricorrenti principali, nonché, in subordine, al risarcimento dei danni per equivalente;

e per la declaratoria

del subentro delle ricorrenti principali nel contratto di appalto, ove già stipulato tra l'Amministrazione e le controinteressate.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ministero dell'Interno -

Dipartimento di Pubblica Sicurezza;

Visti l'atto di costituzione in giudizio ed il ricorso incidentale
proposto da Accenture S.p.A. e da Accenture Technology Solutions
S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 17 ottobre 2013, il Cons.

Rita Tricarico e uditi per le parti i difensori come specificato nel
verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

Fatto

FATTO

Con bando di gara pubblicato sulla G.U.U.E. n. S132 del 12.7.2012, il Ministero dell'Interno - Dipartimento di Pubblica Sicurezza - Direzione Centrale per gli Istituti di Istruzione ha indetto una gara, a procedura ristretta accelerata, per la realizzazione e la gestione del progetto "SISFOR - Sistema di Formazione online delle Forze dell'Ordine", relativo ad un periodo di 48 mesi dall'approvazione del contratto, nell'ambito del PON "Sicurezza per lo Sviluppo - Obiettivo Convergenza 2007-2013", da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto alla base d'asta di Euro 9.250.000,00, oltre I.V.A..

Superata la fase di prequalifica, con formale lettera di invito del 23.8.2012, alcuni soggetti, tra cui i costituendi raggruppamenti temporanei di imprese qui ricorrenti principali e ricorrenti incidentali, sono stati invitati a formulare un'offerta.

I soggetti invitati, tra cui entrambi i suddetti raggruppamenti, hanno presentato la loro offerta.

All'esito dell'esame dell'offerta tecnica e dell'offerta economica, il raggruppamento ricorrente principale si è visto attribuire complessivi 82,01 punti, di cui 55,25 punti per l'offerta tecnica e 26,76 punti per quella economica, mentre quello controinteressato e ricorrente incidentale ha ottenuto in totale 92,35 punti, di cui 64 punti per l'offerta tecnica e 28,35 punti per quella economica.

Posizionatosi al primo posto il raggruppamento costituito da Accenture S.p.A. ed Accenture Technology Solutions S.r.l., in data 27.3.2013 è stata disposta nei suoi confronti l'aggiudicazione provvisoria della gara e, con decreto n. 500.b/rel. 23/6169 del 16.04.2013, quella definitiva.

Avverso il provvedimento citato in ultimo, nonché gli atti presupposti e, in particolare l'aggiudicazione provvisoria ed i verbali di gara, nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dalla gara di detto R.T.I., è stato proposto il ricorso principale in esame, fondato sui seguenti motivi di censura:

1) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 - violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, con riferimento al disciplinare di gara (art. 6, punto 2, lett. a) ed al bando di gara (sezione III - III. 2.1) - eccesso di potere per omessa o errata valutazione dei presupposti, travisamento dei fatti - violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, difetto di motivazione;

2) violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, con riferimento all'art. 9, lett. c), del disciplinare di gara - violazione dei principi di certezza e di attendibilità dell'offerta - violazione dei principi di buon andamento e di ragionevolezza dell'azione amministrativa - eccesso di potere per difetto di istruttoria, errata valutazione dei presupposti, sviamento ed ingiustizia manifesta - violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, difetto di istruttoria;

3) violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, con riferimento agli artt. III. 2.3 del bando di gara e 2, lett. c), punto 4, del disciplinare di gara - violazione dei principi di certezza e di attendibilità dell'offerta - violazione dei principi di buon andamento e di ragionevolezza dell'azione amministrativa - violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, difetto di istruttoria.

Si specificano di seguito i vizi su enunciati, dedotti col ricorso principale.

1) L'offerta del raggruppamento risultato aggiudicatario sarebbe privo dei requisiti previsti dalla lex specialis di gara ed in violazione dell'art. 38 del codice dei contratti pubblici.

Segnatamente la Accenture S.p.A. non avrebbe prodotto le prescritte dichiarazioni, da rendersi ad opera dei due suoi legali rappresentanti, avendo la stessa presentato unicamente una dichiarazione proveniente da un proprio procuratore ad negotia. Tale dichiarazione sarebbe da ritenersi invalida, in primo luogo perché resa da un soggetto privo del potere di legale rappresentanza organica, atteso che tale rappresentanza sarebbe da riconoscersi unicamente in capo all'Amministratore delegato ed al Presidente del Consiglio di Amministrazione.

Inoltre la dichiarazione in questione mancherebbe dell'indicazione analitica e nominativa di tutti i soggetti che dispongono del potere di legale rappresentanza di detta Società e non assolverebbe, perciò, all'obbligo, prescritto dall'art. 38 citato, di attestare l'insussistenza delle cause di esclusione rispetto agli amministratori muniti di potere di rappresentanza.

Analogamente l'Amministratore delegato della Società Accenture Technology Solutions S.r.l. avrebbe reso la dichiarazione in questione unicamente per sé e per la Società, mentre la dichiarazione relativa all'altro rappresentante legale - il Presidente del Consiglio di Amministrazione - non sarebbe stata resa né da quest'ultimo personalmente né dal primo.

Per la validità di tali dichiarazioni occorrerebbe quantomeno che siano indicati analiticamente i nominativi dei soggetti diversi dal dichiarante per cui si attesta l'insussistenza di cause ostative; diversamente, quanto all'Accenture S.p.A., il procuratore ad negotia, privo dei poteri, avrebbe

dichiarato genericamente per sé l'insussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, mentre, per conto di "coloro i quali rivestono la legale rappresentanza dell'impresa" (senza neppure indicare i nominativi dei soggetti diversi da sé), l'insussistenza della sola causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), della citata disposizione normativa e non anche delle altre e, in particolare, di quelle sub lett. b) ed m ter).

2) Nell'offerta tecnica del raggruppamento controinteressato l'help desk sarebbe dimensionato in termini di 12 risorse dedicate a tempo pieno per il periodo contrattuale di 36 mesi dall'ultimazione dell'allestimento del Centro SISFOR, mentre nell'offerta economica detto servizio sarebbe commisurato all'equivalente di 1368 giorni uomo, corrispondenti a non più di 2 risorse dedicate a tempo pieno.

Analoga incongruenza si ravviserebbe con riguardo al servizio di project management/direzione lavori: nell'offerta tecnica sarebbe offerto un team composto dall'equivalente di 4,5 risorse a tempo pieno per la durata del progetto, alle quali si aggiungerebbero 3,6 risorse a tempo pieno, con la funzione di project manager, per le attività di progettazione e di allestimento infrastruttura e sviluppo della piattaforma applicativa, mentre nell'offerta economica il corrispettivo sarebbe commisurato all'equivalente di 798 giorni uomo, corrispondenti a non oltre 1 risorsa dedicata a tempo pieno.

Tali discrasie renderebbero l'offerta nulla o comunque il punteggio andrebbe azzerato.

3) Il disciplinare di gara stabilisce, in relazione ai "requisiti di carattere tecnico e professionale", l'obbligo per i concorrenti, a pena di esclusione, di dimostrare di essere in possesso della certificazione aziendale di qualità UNI EN ISO 9001:2008 - Settori EA33 - EA35 - EA37, con la precisazione che, nel caso di R.T.I. costituendi/costituiti, il requisito in parola avrebbe dovuto essere posseduto "da ciascuna impresa almeno per il settore di specifica competenza".

Nella specie l'attività di tutoring sarebbe stata affidata alla mandante Accenture Technology Solutions S.r.l., la quale, tuttavia, non possiede la certificazione relativa al settore EA37, vale a dire alla formazione.

Ciò avrebbe dovuto determinare l'esclusione dalla gara del raggruppamento, risultato invece aggiudicatario.

Insieme all'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara di che trattasi è stata chiesta la condanna dell'Amministrazione alla reintegrazione in forma specifica, mediante aggiudicazione dell'appalto in favore delle Società ricorrenti, e, per l'ipotesi che fosse già stato stipulato il contratto, il loro subentro nel contratto stesso.

In via subordinata è stato chiesto il risarcimento dei danni subiti dal raggruppamento ricorrente per effetto della mancata aggiudicazione della gara, quale mancata percezione degli utili, nella misura da determinarsi in via equitativa, quantomeno, del 7% dell'offerta proposta, e quale danno curriculare, nella misura, anch'essa da fissarsi in via equitativa, tra l'1% ed il 5% dell'importo globale dell'appalto da aggiudicare, con rivalutazione monetaria sul tutto.

Si è costituito in giudizio il Ministero intimato, il quale successivamente ha altresì prodotto documentazione conferente.

Si sono poi costituite in giudizio le Società controinteressate Accenture S.p.A. ed Accenture Technology Solutions S.r.l., resistendo alle doglianze proposte in ricorso e proponendo, a loro volta, un ricorso incidentale.

In relazione al primo motivo di ricorso principale, esse richiamano il disciplinare di gara e, in particolare, l'art. 9, lett. a), il quale prevede che "il plico, a pena di esclusione," avrebbe dovuto contenere "l'istanza di partecipazione, completa delle dichiarazioni di cui al precedente articolo 6, punto 2,... recante la sottoscrizione del legale rappresentante dell'impresa partecipante", precisandosi che "qualora l'istanza sia firmata dal procuratore speciale è necessario allegare copia del documento giustificativo dei poteri" e che "nell'istanza di partecipazione, il concorrente" avrebbe dovuto "dichiarare il possesso dei requisiti di partecipazione", mentre, in caso di R.T.I., l'istanza di partecipazione completa delle dichiarazioni avrebbe dovuto "essere presentata da ciascuna delle imprese del raggruppamento ed essere sottoscritta dal rispettivo legale rappresentante".

Il disciplinare prescrive altresì di dichiarare, tra i requisiti generali, "di non trovarsi in nessuna delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle gare ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e ss.mm.ii. e successivo Regolamento di attuazione ed esecuzione approvato con D.P.R. del 5 ottobre 2010, n. 207".

Le imprese componenti il R.T.I. aggiudicatario avrebbero presentato dichiarazioni in perfetta aderenza alla legge speciale di gara, rispettando il format predisposto dalla stazione appaltante nel disciplinare di gara, precisando anche che "non sussistono a carico di coloro i quali rivestono la legale rappresentanza dell'impresa condanne irrogate con sentenze passate in giudicato o con sentenze di applicazione della pena a richiesta dell'art. 444 c.p.p. per qualsiasi reato che incida sulla moralità professionale o per delitti finanziari", ossia la causa di esclusione prevista dall'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006; quest'ultima ulteriore dichiarazione era espressamente indicata nel disciplinare di gara, all'art. 6 sub II.a. 3.

La dichiarazione resa sarebbe anche conforme alla normativa vigente in materia di documentazione amministrativa di cui all'art. 47 del d.P.R. n. 445/2000, che stabilisce che la dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà "fatta nell'interesse proprio del dichiarante, può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza".

Si dovrebbe altresì tener conto della circostanza che l'art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006 sancisce il principio di tassatività delle clausole di esclusione e prevede il connesso istituto del soccorso istruttorio; perciò, a fronte della mancanza di una previsione di esclusione del concorrente per l'ipotesi contestata nel primo motivo di gravame ed anzi in presenza di una dichiarazione resa in piena conformità a quanto richiesto dalla lex specialis, la stazione appaltante avrebbe potuto al più chiedere chiarimenti al fine di poter "operare una valutazione sostanzialistica della insussistenza delle cause ostative di cui all'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006 nei confronti di tutti i soggetti interessati".

Non sarebbe poi possibile procedere all'esclusione per mera insufficienza dichiarativa quando tale sanzione non sia prevista dalla legge di gara, tanto più nell'ipotesi, ricorrente nella specie, in cui non sussista alcuna delle cause di preclusione, in capo all'impresa.

Quanto alla censura dedotta sub 2), non sussisterebbe alcuna contraddittorietà tra il contenuto dell'offerta tecnica e quello dell'offerta economica.

Con specifico riguardo all'help desk, il raggruppamento ha proposto di espletare il relativo servizio presso il proprio centro di assistenza utenti di Napoli, con l'impiego delle risorse umane nella gestione contemporanea di più commesse, indicando nell'offerta tecnica il dimensionamento del team stabilmente allocato, con indicazione in tabella delle risorse ivi presenti.

Nell'offerta economica si sarebbe valorizzata la stima dell'effettivo carico di lavoro connesso allo svolgimento del servizio, con l'indicazione delle giornate lavorative che si stimano necessarie al riguardo, mentre nell'offerta tecnica si sarebbero riportate le risorse presenti nel team.

Per quanto concerne la direzione lavori, nell'offerta tecnica sarebbe stato riportato il dimensionamento, mentre nell'offerta economica sarebbe stato quotato l'impegno effettivo delle giornate lavorative da erogare.

Infine, con riferimento al terzo motivo di censura del ricorso principale, si precisa che il servizio di tutoring consisterebbe nell'attività di formazione dei formatori, questi ultimi appartenenti al personale dell'Amministrazione, che dovrà poi formare gli utenti, prevedendo tuttavia, accanto alle attività in aula, i servizi accessori e quelli complementari, tutti di natura tecnologica.

Dalla tabella inserita a pag. 31 della relazione tecnica si evincerebbe che responsabile del tutoring sarebbe la Accenture S.p.A., mentre la Accenture Technology Solutions S.r.l. si limiterebbe a fornire i relativi servizi accessori, appunto di natura squisitamente tecnica, per i quali essa è in possesso della relativa certificazione ISO.

Come in precedenza rilevato, il raggruppamento controinteressato ha altresì proposto ricorso per motivi aggiunti, teso a conseguire un giudizio di illegittimità della partecipazione alla gara in questione da parte del raggruppamento principale e, perciò, la sua esclusione.

Esso è affidato alle seguenti doglianze:

I) violazione, falsa applicazione degli artt. 41 e 48 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163, nonché del punto III. 2.2) del bando e dell'art. 6, punto 2, lett. b), del disciplinare di gara - violazione dei principi di certezza, determinatezza ed attendibilità dell'offerta - violazione del canone di imparzialità dell'azione amministrativa - eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, sviamento;

II) violazione, falsa applicazione degli artt. 42 e 48 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163, nonché del punto III. 2.3) del bando e dell'art. 6, punto 2, lett. c), del disciplinare di gara - violazione dei principi di certezza, determinatezza ed attendibilità dell'offerta - violazione del canone di imparzialità dell'azione amministrativa - eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, sviamento;

III) violazione, falsa applicazione dell'art. 37 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 - violazione dei principi di certezza, determinatezza ed attendibilità dell'offerta - violazione del canone di imparzialità dell'azione amministrativa - eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, sviamento;

IV) violazione, falsa applicazione degli artt. 9, 14 e 15 del capitolato tecnico - violazione dei principi di unicità, certezza, determinatezza ed attendibilità dell'offerta - violazione del canone di

imparzialità dell'azione amministrativa - eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, sviamento;

V) violazione, falsa applicazione dell'art. 17 del capitolato tecnico - violazione dei principi di certezza, determinatezza ed attendibilità dell'offerta - violazione del canone di imparzialità dell'azione amministrativa - eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, sviamento;

VI) violazione, falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163, dell'art. 45, comma 3, del d.P.R. 28.12.2000, n. 445, nonché del punto III. 2.1) del bando e dell'art. 6, punto 2, lett. a), del disciplinare di gara - violazione dei principi di certezza, determinatezza ed attendibilità dell'offerta - violazione del canone di imparzialità dell'azione amministrativa - eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento, sviamento.

Di seguito si illustra meglio il contenuto delle sopra richiamate doglianze.

I) Nella legge di gara, al punto III. 2.2) del bando ed all'art. 6, punto 2, lett. b), del disciplinare di gara, con riferimento al possesso dei "requisiti di carattere economico e finanziario", ai concorrenti è stata chiesta la dimostrazione del seguente requisito: "la realizzazione, complessivamente negli ultimi tre esercizi approvati alla data di pubblicazione del bando, di un fatturato specifico relativo a servizi analoghi all'oggetto della presente gara, non inferiore ad Euro 3.150.000,00", di cui almeno Euro 2.500.000,00 "per attività di sviluppo e manutenzione di software applicativo nei confronti di Pubbliche Amministrazioni".

Il raggruppamento ricorrente principale, in fase di prequalifica, ha dichiarato un fatturato specifico relativo all'attività in ultimo indicata pari ad Euro 2.633.861,77, così suddiviso: Wolters Kluwer Italia S.r.l. per Euro 600.527,00 e Project Automation per Euro 2.033.334,77.

In realtà il raggruppamento de quo sarebbe carente di tale requisito, atteso che nel fatturato fatto valere sarebbero ricomprese anche una parte non attinente a tale tipo di attività (essa consisterebbe nello sviluppo e manutenzione evolutiva applicazioni e nella gestione e manutenzione applicazioni) ed una parte non realizzata nei confronti di Pubbliche Amministrazioni.

Conseguentemente il raggruppamento ricorrente principale sarebbe dovuto essere escluso.

II) Nella legge di gara, al punto III. 2.3) del bando ed all'art. 6, punto 2, lett. c), del disciplinare di gara, con riferimento al possesso dei "requisiti di carattere tecnico e professionale", ai concorrenti è stata chiesta, a pena di esclusione, l'attestazione della certificazione aziendale di qualità UNI EN ISO 9001:2008- Settori EA33 - EA35 - EA37, che sarebbe dovuta essere posseduta "da ciascuna impresa almeno per il settore di specifica competenza".

Non vi sarebbe corrispondenza tra la ripartizione delle attività afferenti all'oggetto dell'appalto in parola indicata dal raggruppamento ricorrente principale nella relazione tecnica e la ripartizione risultante nella dichiarazione amministrativa ed inoltre non vi sarebbe corrispondenza tra i requisiti di qualificazione di che trattasi e la quota di esecuzione riportata in detta dichiarazione.

Ciò si verificherebbe, in particolare, per la Knowledge Management & Security S.r.l., per la quale nella dichiarazione amministrativa è indicato che avrebbe svolto l'attività di referente unico di

progetto e in quota parte la formazione ai formatori ed i seminari di presentazione del progetto, senza possedere la certificazione ISO EA33 relativa alle "Tecnologie dell'informazione".

III) Mancherebbe anche la corrispondenza tra quanto indicato nella relazione tecnica e quanto riportato sia nella dichiarazione amministrativa, sia altresì nell'offerta economica. Segnatamente, nella relazione tecnica risulterebbe che l'attività "direzione lavori" sarebbe stata svolta unicamente da Knowledge Management & Security S.r.l., mentre nella dichiarazione amministrativa è specificato che essa partecipa per l'8,35% al R.T.I., per un importo, perciò, di Euro 581.790,00; si dovrebbe tener conto che nell'offerta economica il solo servizio di "direzione lavori" è quantificato in Euro 1.019.125,00, pari al 14,60% del totale.

Pertanto il raggruppamento temporaneo di imprese ricorrente principale sarebbe dovuto essere escluso, per inosservanza del principio di corrispondenza tra quota di qualificazione, quota di partecipazione e quota di iscrizione di cui all'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006.

IV) Con riferimento al servizio di help desk vi sarebbero altri profili di criticità.

In primo luogo nella relazione tecnica vi sarebbe un dimensionamento pari ad 1 risorsa, mentre nell'offerta economica sarebbero computati 2.059 giorni, che corrisponderebbero a più di 2 risorse.

Perciò vi sarebbe una palese contraddittorietà tra offerta tecnica ed offerta economica, che avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'offerta presentata dal R.T.I. ricorrente principale.

Inoltre, al paragrafo 15 del Capitolato di gara, era previsto che "i locali per il servizio di Help desk" si sarebbero potuti mettere "a disposizione dell'Amministrazione o, in alternativa, il fornitore" avrebbe potuto "utilizzare delle proprie strutture purché localizzate nelle 4 regioni Obiettivo Convergenza", ossia Sicilia, Campania, Puglia e Calabria.

Ciò era stato confermato e ribadito dalla stazione appaltante nella risposta n. 91 alla richiesta di chiarimenti da parte dei concorrenti.

Il raggruppamento ricorrente principale avrebbe localizzato la sede di esecuzione del servizio di Help Desk nelle Regioni Obiettivo solo del primo livello, organizzando quella del secondo livello nelle città di Roma, Torino, Milano e Monza, e, pertanto, anche per questo aspetto sarebbe dovuto essere escluso.

V) Al paragrafo 17 del capitolato tecnico era prescritto che "nell'offerta oltre al costo globale della fornitura" si sarebbero dovuti fornire "i costi distinti per le singole voci di attività", precisandosi che si sarebbero dovute inserire "tutte le righe relative alle singole voci di costo non esplicitamente indicate ma che concorrono al valore complessivo della fornitura". Con riguardo alla componente "Attività 2 - Allestimento Centro SISFOR", si sarebbe dovuto indicare il "nome del prodotto/servizio", richiedendosi così di dettagliare le singole componenti hardware e software offerte.

Diversamente, per la parte relativa all'Attività 2, il raggruppamento ricorrente principale avrebbe indicato nell'offerta economica un'unica voce "fornitura infrastruttura ICT comprensiva di installazione e avviamento", senza ulteriore specificazione.

VI) Il raggruppamento de quo sarebbe dovuto essere escluso anche perché uno dei rappresentanti della Wolters Kluwer Italia S.r.l. (il Presidente del Consiglio di Amministrazione) ha corredato la propria dichiarazione di un documento di identità scaduto, in violazione dell'art. 9, lett. a), del disciplinare, che prevedeva espressamente l'allegazione, "a pena di esclusione", della fotocopia di un documento di riconoscimento in corso di validità del titolare ovvero del rappresentante che abbia sottoscritto la dichiarazione. In tal modo non sarebbe stato assicurato il nesso di imputabilità soggettivo della dichiarazione alla persona che l'ha resa.

Con una memoria difensiva il raggruppamento ricorrente principale ha ripreso i motivi proposti col proprio gravame, contrastando la memoria di controparte, ed ha altresì controdedotto alle suindicate censure avanzate col ricorso incidentale di quest'ultima.

In particolare, quanto alla doglianza dedotta sub I), esso ha in primo luogo evidenziato che, ove la stazione appaltante non avesse ritenuto esaustiva la documentazione contabile attestante il possesso dei requisiti di carattere economico e finanziario, avrebbe potuto e dovuto chiedere chiarimenti, senza alcun danno per la par condicio dei concorrenti, alla luce anche di quanto previsto dall'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici n. 5 del 21.5.2009, il che non è stato invece fatto proprio perché detta documentazione era sufficiente.

Peraltra tra le attività principali della Wolters Kluwer Italia S.r.l. figurerebbero proprio lo sviluppo e la manutenzione di software applicativi, laddove la manutenzione comprende la cd. manutenzione adeguativa correttiva e la manutenzione cd. evolutiva; i software applicativi forniti alla Pubblica Amministrazione sarebbero sviluppati interamente da tale Società ed implicherebbero sia un'ulteriore attività di sviluppo di nuove funzionalità, per essere compatibili con le sue esigenze, sia prestazioni di assistenza e di aggiornamento.

Quanto al secondo motivo del ricorso incidentale, detto raggruppamento ha rilevato che per la Progettazione del Sistema SISFOR e per il Project Management (ovvero Direzione Lavori) la Knowledge Management & Security S.r.l. è in possesso della certificazione EA35 - per servizi professionali alle imprese; sarebbe necessaria proprio tale certificazione e non la EA33 relativa alle "Tecnologie dell'informazione", come invece assunto dal raggruppamento ricorrente incidentale.

Precisa al riguardo che la progettazione del sistema sarebbe, infatti, una macro attività di natura sia tecnologica sia formativa, per la quale sarebbe richiesta una diversa certificazione, a seconda dell'ambito di competenza di pertinenza della singola impresa al suo interno. Ciò rilevato in via generale, in concreto l'attività di progettazione di sistema sarebbe stata ripartita tra tutte le imprese del raggruppamento, ciascuna per il proprio ambito di competenza. Come risulterebbe sia dalla dichiarazione amministrativa sia dalla relazione tecnica, le attività per le quali era richiesta la certificazione EA33, relativa alle "Tecnologie dell'informazione", sarebbe dovuta essere espletata da Project Automation S.p.A., Skill on Line S.r.l. e Media Touch 2000 S.r.l., tutte munite di tale certificazione.

Secondo quanto si desumerebbe dalla lettura della risposta al quesito n. 7 fornita dal Ministero dell'Interno, la progettazione del piano formativo, da concordare con lo stesso, sarebbe il cuore della più ampia progettazione di sistema. Inoltre nel capitolato tecnico i "sistemi di formazione, moduli e percorsi formativi" sarebbero indicati tra le attività oggetto di progettazione di sistema.

La Wolters Kluwer Italia S.r.l. sarebbe in possesso delle certificazioni ISO EA35 e EA37, quest'ultima inerente alla formazione.

Era stato indicato anche che essa avrebbe assunto la funzione di referente unico di progetto, vale a dire di direzione lavori, comprendente attività di verifica e controllo in corso d'opera del corretto andamento delle attività di erogazione del servizio, con attività di coordinamento tra le imprese facenti parte del R.T.I. e di interfaccia con al stazione appaltante.

Le specifiche attività richiedenti competenze informatiche rientranti nel project management sarebbero state invece affidate a Project Automation S.p.A.. munita della certificazione EA33.

In ordine alla dedotta violazione dell'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006, per mancata corrispondenza tra la quota di esecuzione dell'appalto e la quota di partecipazione al costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, da parte di Wolters Kluwer Italia S.r.l., si è fatto notare che il termine ultimo per la presentazione delle offerte era il 12.10.2012, mentre a decorrere dal 15.8.2012 l'obbligo di rispettare detta corrispondenza è stato circoscritto ai soli appalti di lavori; conseguentemente tale disposizione, nella previsione più ampia che comprendeva ogni tipo di appalto, non sarebbe applicabile alla specie. Peraltro neppure la *lex specialis* prevedeva detto obbligo.

Con riguardo al vizio denunciato sub IV, innanzi tutto si precisa che nella relazione tecnica si darebbe atto dell'organizzazione di un gruppo di lavoro, con a capo un team manager per il servizio di help desk, con descrizione puntuale dell'articolazione, delle modalità di erogazione e di funzionamento e della struttura dell'help desk.

I livelli di servizio sono due: di primo livello -front office - e di secondo livello -back office, per le sole ipotesi di impossibilità di risolvere la problematica sollevata. Il servizio di front office sarebbe stato realizzato mediante subappalto verso una società che avrebbe messo a disposizione la propria struttura operativa in una delle regioni Obiettivo Convergenza.

Nel capitolato tecnico (paragrafo 9, pag. 47), il servizio di help desk è individuato quale servizio per la gestione delle chiamate in merito all'utilizzo della piattaforma, riguardo ai contenuti dei corsi, per malfunzionamenti della piattaforma e per suggerimenti o richieste di implementazioni; si tratterebbe proprio dell'help desk di I livello.

Quanto al quinto motivo del ricorso incidentale, si rileva che nella descrizione dell'attività di allestimento del centro SISFOR sarebbero indicate puntualmente tutte le apparecchiature hardware proposte attraverso più tabelle descrittive, per cui l'offerta economica relativa a tale attività corrisponderebbe a dette componenti.

Infine, in relazione alla doglianza sub VI) del gravame incidentale, l'allegazione del documento di identità scaduto costituirebbe una mera irregolarità.

Il Ministero ha prodotto in giudizio ulteriore documentazione, ivi compresa una dettagliata relazione che illustra la condotta tenuta dalla stessa nella procedura di gara in esame, avuto riguardo, in particolare, alle censure dedotte con entrambi i ricorsi - principale ed incidentale.

Nella camera di consiglio del 12.7.2013, questo Tribunale, con ordinanza n. 2809/2013, ha affermato che, ai fini della decisione, le questioni sottoposte al suo esame avrebbero richiesto un approfondimento possibile solo nel merito ed ha fissato la pubblica udienza del 17.10.2013.

I due raggruppamenti hanno depositato documentazione e memorie, anche di replica, ciascuno difendendo la propria prospettazione proposta con i due ricorsi e con le precedenti memorie defensionali in controdeduzione ai gravami avversari.

In particolare, il raggruppamento controinteressato e ricorrente incidentale ha prodotto una perizia di parte per suffragare le tesi dallo stesso sostenute.

Il raggruppamento ricorrente principale ha invece depositato le attestazioni delle Amministrazioni relative al tipo di attività svolte da Wolters Kluwer Italia S.r.l., oggetto delle fatture integranti il possesso del requisito economico-finanziario.

Nella pubblica udienza del 17.10.2013 i ricorsi sono stati introitati per la decisione.

Diritto

DIRITTO

1. Con il presente giudizio le Società Wolters Kluwer Italia S.r.l., Skill on Line S.r.l., Knowledge Management & Security S.r.l., Project Automation S.p.A. e Media Touch 2000 S.r.l., quali parti di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese, impugnano il provvedimento di aggiudicazione definitiva della gara, a procedura ristretta accelerata, per la realizzazione e la gestione del progetto "SISFOR - Sistema di Formazione online delle Forze dell'Ordine", indetta dal Ministero dell'Interno - Dipartimento di Pubblica Sicurezza - Direzione Centrale per gli Istituti di Istruzione, disposta in favore del R.T.I. costituito da Accenture S.p.A. e da Accenture Technology Solutions S.r.l., lamentando profili di illegittimità nell'ammissione alla gara stessa, avuto riguardo ai requisiti morali e tecnici, nonché a dedotti vizi concernenti l'offerta. Le richiamate Società chiedono la reintegrazione in forma specifica, mediante l'aggiudicazione dell'appalto de quo in favore del raggruppamento di cui sono parte, posizionatosi al secondo posto, ed il suo subentro nel contratto di appalto, ove tale contratto fosse stato già stipulato.

1.1 - In subordine esse insistono per il risarcimento dei danni per equivalente, con riferimento al lucro cessante, per mancata percezione degli utili e per danno cd. curriculare, chiedendo altresì il quantum dovuto a titolo di rivalutazione monetaria.

2 - Il menzionato raggruppamento temporaneo di imprese risultato primo e, perciò, aggiudicatario della gara, oltre a resistere alle censure di parte avversa, propone un ricorso incidentale, teso a colpire il raggruppamento avversario, assumendo l'assenza dei requisiti di partecipazione e l'illegittimità dell'offerta.

3 - Preliminarmente il Collegio deve darsi carico di individuare il più corretto ordine di trattazione dei due suindicati ricorsi - ricorso principale e ricorso incidentale -, tenuto conto degli orientamenti giurisprudenziali sul punto, avuto riguardo, in particolare, alla sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 2011 ed a quella della Corte di Giustizia del 4.7.2013 (della quale non

può prescindere anche al di fuori del giudizio interno che l'ha originata, stante la sua funzione ultima di assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea).

3.1 - Il Supremo Consesso amministrativo ha stabilito che, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale e la sua accertata fondatezza preclude, al giudice, l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente principale. Infatti, stante il dovere del giudice "di decidere gradualisticamente la controversia, secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione", devono essere "decise, con precedenza su ogni altra sollevata con il ricorso principale, le questioni dedotte con il ricorso incidentale della parte controinteressata, qualora dalla definizione di queste ultime discendano soluzioni ostative o preclusive dell'esame delle ragioni dedotte col ricorso principale".

3.2 - La Corte di Giustizia, dal canto suo, ha affermato che "se, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale solleva un'eccezione di inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice per non conformità alle specifiche tecniche indicate nel piano di fabbisogni", l'art. 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE, così sostituito dall'articolo 1 della direttiva 2007/66/CE, "osta al fatto che il suddetto ricorso sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione di inammissibilità senza pronunciarsi sulla conformità con le suddette specifiche tecniche sia dell'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia di quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale".

3.3 - Illustrata la posizione assunta al riguardo dal supremo consesso amministrativo e dalla Corte europea, il Collegio ritiene che, nella scelta dell'ordine di trattazione dei ricorsi - principale ed incidentale -, sia dirimente l'esame delle condizioni dell'azione stabilite per il processo amministrativo e correlativamente del modo in cui detto processo si attegga.

Com'è noto, affinché un ricorso giurisdizionale dinanzi al giudice amministrativo sia dichiarato ammissibile, è necessario che sussistano, unitamente al rispetto di una serie di prescrizioni fissate inderogabilmente, l'interesse a ricorrere e la legittimazione processuale.

Il primo deve intendersi come un interesse diretto, concreto ed attuale, in capo al ricorrente, a conseguire una pronuncia di accoglimento che attribuisca allo stesso una posizione di vantaggio, derivante, nel caso di processo di tipo impugnatorio, come si configura prevalentemente il giudizio in esame, dalla rimozione del provvedimento lesivo e, ove si tratti di interesse legittimo pretensivo, come nella specie, altresì da un'attività ulteriore dell'Amministrazione, che si adegui al contenuto della pronuncia medesima, atteso l'effetto conformativo che vi si ricollega, e che, in caso di azione di condanna, esegua il dictum del giudice.

La legittimazione processuale si rinviene solo in capo ai soggetti che presentino una posizione differenziata, in virtù della titolarità, a monte, di una posizione giuridica soggettiva sostanziale precipua.

Il presupposto e nel contempo l'effetto di quanto appena evidenziato è che nel processo amministrativo, fatta eccezione per il giudizio elettorale, per il quale è ammessa l'azione popolare, con riconoscimento della legittimazione in capo a tutti i cittadini elettori, non è consentito adire il relativo giudice unicamente al fine di conseguire la legalità e la legittimità dell'azione amministrativa, ove ciò non si traduca anche in uno specifico beneficio in favore di chi la propone, il quale, a sua volta, deve trovarsi in una situazione differenziata rispetto al resto della collettività e non sia un *quisque de populo*.

Le considerazioni sopra espresse riverberano i loro effetti sulla decisione che questo Collegio assume in relazione all'ordine di trattazione dei ricorsi.

Se, da una parte, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, nella propria sentenza n. 4/2011, ha ritenuto che dovesse essere trattato con precedenza il ricorso incidentale, ove il suo accoglimento avesse potuto privare il ricorrente di una posizione differenziata, per effetto della perdita del suo status di legittimo concorrente nella gara, con la conseguenza che con tale accoglimento il ricorso principale diventava inammissibile, residuando al ricorrente stesso eventualmente un ipotetico interesse strumentale alla riedizione della gara, come tale, secondo quanto dalla stessa statuito, non meritevole di tutela, dall'altra, la Corte europea, nella sentenza del 4.7.2013, in applicazione dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, libera concorrenza e tutela giurisdizionale effettiva, ha affermato, in un caso in cui i soggetti concorrenti erano solamente due e ciascuno di essi poteva far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta dell'altro, che entrambi i ricorsi dovessero essere esaminati, con l'effetto che, in caso di accoglimento di ambedue, l'Amministrazione aggiudicatrice non potesse che constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare e la necessità di indire una nuova gara, ove ritenuto ancora di suo interesse il servizio, la fornitura o l'opera oggetto dell'appalto in questione.

È evidente che nell'ipotesi concreta, all'esame della Corte europea di Giustizia, la trattazione dapprima del ricorso principale e successivamente di quello incidentale, anche in caso di accoglimento di entrambi, che non conduce ad alcuna aggiudicazione della gara, riesce a soddisfare le condizioni dell'azione della legittimazione ad agire e dell'interesse a ricorrere, in quanto permane, in capo alla Società ricorrente principale, una posizione differenziata rispetto alla generalità dei soggetti che in via teorica non potrebbero prendere parte a successive eventuali gare aventi lo stesso oggetto ed altresì l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

Nel caso all'esame del Collegio tutto ciò non si rinviene.

È necessario puntualizzare al riguardo che, oltre ai raggruppamenti temporanei di imprese parti del presente giudizio, erano stati ammessi alla gara diversi altri soggetti, classificatisi in posizione deteriore rispetto agli stessi, ma che, ove il ricorso principale fosse esaminato con priorità e fosse accolto e fosse poi accolto anche quello incidentale, potrebbero trarne giovamento.

In altre parole, il soggetto terzo classificato, del tutto estraneo al presente giudizio, potrebbe in questo caso risultare l'aggiudicatario della gara e, perciò, l'unico a ricevere un vantaggio dal giudizio incardinato presso questo Tribunale, mentre entrambe le parti non sarebbero destinatarie di alcun effetto, seppure indiretto, della pronuncia, il che non è configurabile nel nostro processo amministrativo.

3.4 - Ne consegue che è opportuno, in quanto conforme ai principi generali del processo amministrativo, cominciare la presente disamina dal ricorso incidentale, considerato che, nell'ipotesi in cui esso si dovesse ritenere fondato e si dovesse, perciò, accogliere, resterebbe paralizzata l'azione delle ricorrenti principali. Queste, infatti, come sopra rimarcato, nella citata ipotesi di accoglimento del gravame proposto dalla controparte, non potrebbero comunque ricevere alcun giovamento dall'eventuale accoglimento del proprio ricorso.

4 - Con il primo vizio dedotto col ricorso incidentale il raggruppamento controinteressato assume che il raggruppamento ricorrente principale sarebbe dovuto essere escluso per mancanza del requisito di carattere economico e finanziario di realizzazione di un fatturato, negli ultimi tre esercizi approvati alla data di pubblicazione del bando, di Euro 2.500.000,00 "per attività di sviluppo e manutenzione di software applicativo nei confronti di Pubbliche Amministrazioni".

Segnatamente la Società Wolters Kluwer Italia S.r.l. non possederebbe il fatturato dichiarato di Euro 600.527,00 per tali attività verso le Pubbliche Amministrazioni, perché una parte di detto fatturato concernerebbe attività differenti, mentre un'altra parte riguarderebbe dette attività ma esse sarebbero state eseguite nei confronti di soggetti diversi dalle Pubbliche Amministrazioni; pertanto non sarebbe sufficiente ad integrare tale requisito il fatturato effettivo registrato concernente lo sviluppo e la manutenzione di software applicativo in favore delle Pubbliche Amministrazioni.

4.1 - Preliminarmente va evidenziato che il disciplinare di gara, all'art. 6, punto 2, lett. b), ricalcando il punto III. 2.2) del bando, richiama espressamente l'art. 41 del d.lgs. n. 163/2006, recante "Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi".

Detta disposizione, nell'individuare la modalità per dimostrare il possesso di tale capacità, alla lett. c), prevede che sia prodotta la "dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi", puntualizzando che "le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere" e che comunque "se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante".

Si tratta di una previsione normativa che, per un verso, senz'altro ha la finalità di garantire alla stazione appaltante che i soggetti partecipanti alla gara onorino gli impegni presi in sede di offerta, assicurando la prestazione oggetto dell'appalto, e che tuttavia, per altro verso, è improntata al principio di massima partecipazione.

La previsione contenuta nella lex specialis di gara, sempre nella stessa ottica suindicata di consentire la più ampia partecipazione, senza però frustrare la serietà dei soggetti offerenti, faceva riferimento ad un fatturato, seppure specifico, tuttavia relativo a servizi "analoghi" e non già identici all'oggetto della gara. In questo genus era ricompresa la species, qui in contestazione, del fatturato "per attività di sviluppo e manutenzione di software applicativo nei confronti di Pubbliche Amministrazioni".

Si rende altresì necessaria un'ulteriore precisazione. L'accezione che deve attribuirsi all'espressione "manutenzione di software applicativo" è molto ampia, comprendendo sia la cd. manutenzione correttiva e adeguativa, intesa come manutenzione necessaria per correggere un errore nel software sviluppato o per adeguare la procedura sviluppata alle variazioni delle condizioni e dell'ambiente operativo circostante per le quali viene utilizzata, sia la manutenzione cd. evolutiva, la quale serve a soddisfare nuove esigenze mediante la realizzazione di nuove funzionalità nella medesima procedura.

4.2 - Pertanto, nel valutare se il raggruppamento avente quale mandataria la Società Wolters Kluwer Italia S.r.l. fosse o meno in possesso del requisito di capacità economica e finanziaria qui in contestazione occorre tener in debito conto quanto sopra rilevato, vale a dire la necessaria inclusione del fatturato in parola nell'ambito dei servizi analoghi a quello oggetto del contratto, costituendone quota parte, e la considerazione dell'ampiezza dell'attività di che trattasi, seppure con il limite rappresentato dai soggetti destinatari: inevitabilmente le Pubbliche Amministrazioni.

4.3 - A ciò deve aggiungersi che in sede di prequalifica era prescritta l'attestazione del possesso del requisito mediante autodichiarazione, resa dal soggetto munito dei relativi poteri, ben potendo ed anzi dovendo la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006, chiedere "al concorrente che segue in graduatoria" il concorrente risultato aggiudicatario, qualora non compreso fra quelli sorteggiati, "di comprovare, entro dieci giorni dalla data della richiesta medesima, il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria".

4.4 - Deve infine tenersi conto del cd. "soccorso istruttorio", così come è stato definito dalla giurisprudenza: l'art. 46 del citato codice dei contratti pone, l'obbligo, in capo alle stazioni appaltanti, di invitare, "se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati".

4.5 - Ed in effetti, in riscontro alla richiesta dell'Amministrazione dell'Interno del 2.4.2013, la Società Wolters Kluwer Italia S.r.l. ha prodotto le fatture, la cui attinenza rispetto al requisito prescritto è tuttavia contestata da Accenture S.p.A. e da Accenture Technology Solutions S.r.l..

Per inquadrare correttamente la vicenda deve anche precisarsi che non sempre le fatture recano la dicitura completa dell'oggetto del servizio/fornitura al quale esse si riferiscono.

Tuttavia il raggruppamento interessato ha conseguito dalle Amministrazioni e depositato in giudizio le attestazioni delle stesse relative a molte delle suddette fatture, che esplicitano meglio detto oggetto, inquadrandolo nell'attività di sviluppo e manutenzione di software applicativo, che si è evidenziato in precedenza comprendere lo sviluppo e la manutenzione dei software stessi, quest'ultima nelle diverse forme di manutenzione correttiva, adeguativa ed evolutiva.

Pur non considerando diverse delle fatture fatte valere e, in particolare, quelle riferite ad attività eseguite nei confronti di soggetti diversi dalle Pubbliche Amministrazioni (come nel caso dell'Istituto Dermatologico dell'Immacolata), oltre che importi concernenti attività non conferenti, alla luce di tutta la documentazione qui in atti può senz'altro affermarsi che il raggruppamento ricorrente principale ha soddisfatto il requisito di capacità economica e finanziaria de quo.

Deve considerarsi, infatti, al riguardo che era sufficiente che il fatturato in argomento della Società Wolters Kluwer Italia S.r.l. fosse pari ad Euro 466.665,23, non essendo contestato il fatturato per lo

stesso tipo di attività di Euro 2.033.334,77, fatto valere dalla Società Project Automation S.p.A., partecipante al R.T.I..

4.6 - Ne deriva che il motivo di censura dedotto sub I) nel ricorso incidentale è privo di fondamento.

5 - Col secondo motivo di ricorso incidentale si deduce la violazione degli artt. 42 e 48 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163, in tema di requisiti di carattere tecnico e professionale, nonché del punto III. 2.3) del bando e dell'art. 6, punto 2, lett. c), del disciplinare di gara, che, con riguardo a detti requisiti, richiedono, a pena di esclusione, l'attestazione della certificazione aziendale di qualità UNI EN ISO 9001:2008- Settori EA33 - EA35 - EA37, con la specificazione che, in caso di raggruppamenti temporanei di imprese, tale certificazione avrebbe dovuto essere posseduta "da ciascuna impresa almeno per il settore di specifica competenza".

Si assume, in particolare, che nel raggruppamento ricorrente principale non vi sarebbe corrispondenza tra la ripartizione delle attività afferenti all'oggetto dell'appalto in parola indicata dal raggruppamento ricorrente principale nella relazione tecnica e la ripartizione risultante nella dichiarazione amministrativa ed inoltre che non vi sarebbe corrispondenza tra i requisiti di qualificazione di che trattasi e la quota di esecuzione riportata in detta dichiarazione. Ciò si verificherebbe, in particolare, per la Knowledge Management & Security S.r.l., che, sebbene indicata nella dichiarazione amministrativa come il soggetto che avrebbe svolto l'attività di referente unico di progetto e in quota parte la formazione ai formatori ed i seminari di presentazione del progetto, non sarebbe in possesso della certificazione ISO EA33 relativa alle "Tecnologie dell'informazione".

5.1 - Per accertare la fondatezza o meno dell'illustrata censura, occorre in primo luogo verificare, tenuto conto di tutta la documentazione di gara e, in particolare, dell'oggetto dell'appalto che, nelle sue esplicazioni, da essa emerge nonché dell'offerta di tale raggruppamento, le attività in concreto richieste in relazione a ciascuna parte dell'appalto stesso, con evidenti riflessi sulla certificazione di qualità prescritta, e quelle in concreto poste in essere dai singoli componenti del raggruppamento, avuto particolare riguardo alla Società Knowledge Management & Security S.r.l..

In proposito occorre evidenziare che la Progettazione del Sistema SISFOR integra una macro attività di natura sia tecnologica sia formativa, per la quale è richiesta una diversa certificazione, a seconda dell'ambito di competenza, di pertinenza della singola impresa al suo interno.

5.2 - Nella specie risulta dalla relazione tecnica (pag. 17) che è previsto che l'attività in questione sia ripartita tra tutte le imprese che ne fanno parte, ivi compresa la Knowledge Management & Security S.r.l.; da ciò non può che conseguire che per ciascuna di esse l'apporto è riferito al segmento di propria competenza, per il quale essa è in possesso dell'appropriata certificazione di qualità. In particolare, la predetta Società, in possesso della certificazione EA35 - Consulenza per la progettazione e lo sviluppo di servizi formativi-informativi, nonché della certificazione EA37 - certificazione per la consulenza nei servizi formativi-informativi e per la realizzazione di formazione in aula, outdoor, e-learning ed integrata-, è incaricata in quota parte della formazione ai formatori, così come correttamente riportato nella dichiarazione amministrativa. Diversamente, le attività per le quali era richiesta la certificazione EA33, relativa alle "Tecnologie dell'informazione", desumibili dalla relazione amministrativa, sono state attribuite a Project Automation S.p.A., Skill on Line S.r.l. e Media Touch 2000 S.r.l., tutte munite di tale certificazione.

5.3 - La circostanza poi che l'attività di formazione ai formatori afferisca a quella più ampia della progettazione del sistema di e-learnig si deduce dal paragrafo 17 - Modalità di presentazione delle offerte economiche - del Capitolato tecnico, nel quale sono ivi riportate la "progettazione sistemi di formazione, moduli e percorsi formativi, identificazione tecnologie", essendo, perciò, indicati anche i "moduli e percorsi formativi".

Un'ulteriore conferma in tal senso viene dalla risposta della stazione appaltante al quesito 7, nella quale è specificato che "la progettazione e definizione del piano formativo e la sua organizzazione saranno concordati tra fornitore ed amministrazione in fase di progettazione del sistema".

5.4 - Quanto all'attività di direzione dei lavori, va precisato che nella relazione tecnica essa è individuata interamente in capo alla Knowledge Management & Security S.r.l., alla quale risultano attribuiti la verifica ed il controllo in corso d'opera del corretto andamento delle attività di erogazione del servizio, con attività di coordinamento tra le imprese facenti parte del R.T.I. e di interfaccia con la stazione appaltante, che sono l'attività propria del referente unico di progetto, nella dichiarazione amministrativa coerentemente attribuita alla predetta Società, munita della certificazione di qualità EA35 - Consulenza per la progettazione e lo sviluppo di servizi formativi-informativi. Le attività più propriamente tecniche, pur afferenti al project management, risultano ripartite, nelle diverse esplicitazioni, alle altre Società del raggruppamento in possesso della certificazione di qualità EA33.

5.5 - Ne consegue che anche la seconda doglianza dedotta nel ricorso incidentale è sfornita di fondamento.

6 - Col terzo motivo di gravame incidentale si asserisce in primo luogo che nel raggruppamento de quo mancherebbe la corrispondenza tra quanto indicato nella relazione tecnica e quanto riportato sia nella dichiarazione amministrativa, sia altresì nell'offerta economica. Segnatamente, nella relazione tecnica risulterebbe che l'attività "direzione lavori" sarebbe stata svolta unicamente da Knowledge Management & Security S.r.l., mentre nella dichiarazione amministrativa è specificato che essa partecipa per l'8,35% al R.T.I., per un importo, perciò, di Euro 581.790,00, ed infine nell'offerta economica il solo servizio di "Direzione Lavori" è quantificato in Euro 1.019.125,00, pari al 14,60% del totale.

Pertanto il raggruppamento temporaneo di imprese ricorrente principale avrebbe dovuto essere escluso, per inosservanza del principio di corrispondenza tra quota di qualificazione, quota di partecipazione e quota di iscrizione di cui all'art. 37 del d.lgs. n. 163/2006.

6.1 - Al riguardo occorre rammentare che, come appena evidenziato, l'attività di project management, quantificato nell'offerta economica in Euro 1.019.125,00, è da riferire alla Knowledge Management & Security S.r.l., laddove intesa quale attività di referente unico di progetto, mentre è da attribuire ad altri soggetti facenti capo al raggruppamento de quo quanto alle componenti tecniche che attengono in quota parte alle altre attività oggetto dell'appalto.

Non può, per quanto appena evidenziato, riscontrarsi alcuna discrasia tra l'offerta economica e l'offerta tecnica, né tra l'offerta e la quota di partecipazione al R.T.I. di Knowledge Management & Security S.r.l..

6.2 - In ogni caso non sussisterebbe alcuna violazione dell'art. 37 del codice dei contratti, dovendo aversi riguardo al testo vigente al momento di ricezione della lettera di invito alla gara e di presentazione all'offerta.

Deve considerarsi che, prima della novella introdotta dal decreto-legge n. 95/2012 in sede di conversione ad opera della legge n. 135/2012, l'art. 37, comma 13, del d.lgs. n. 163/2006 prevedeva che indifferentemente in tutte le tipologie di appalti "i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo" dovessero "eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento".

Per effetto della citata novella, a decorrere dal 15.8.2012, data di entrata in vigore della citata legge n. 135/2012, di conversione del decreto-legge n. 95/2012, tale obbligo è stato ristretto alla sola ipotesi di appalti di lavori.

6.3 - Pertanto anche la censura in esame è infondata.

7 - Col quarto motivo di gravame del ricorso incidentale, deducendosi la violazione e la falsa applicazione degli artt. 9, 14 e 15 del capitolato tecnico, concernenti, rispettivamente, l'help desk, le risorse proposte ed il luogo di esecuzione dei servizi, gli ultimi due qui di rilevanza per la parte riguardante appunto l'help desk, si sostiene che per detto servizio sussisterebbero altri profili di criticità.

7.1 - Si assume in primo luogo che nella relazione tecnica vi sarebbe un dimensionamento pari ad 1 risorsa, mentre nell'offerta economica sarebbero computati 2.059 giorni, che corrisponderebbero a più di 2 risorse.

Perciò vi sarebbe una palese contraddittorietà tra offerta tecnica ed offerta economica, che avrebbe dovuto comportare l'esclusione dell'offerta presentata dal R.T.I. ricorrente principale.

7.2 - Dalla lettura dell'offerta tecnica e, in particolare, delle pagine specificamente dedicate a tale servizio, nelle diverse articolazioni, nonché di quelle concernenti il dimensionamento proposto per tutte le attività dell'appalto, ivi comprese quelle riferite al servizio di help desk, si evince che non sussiste il dedotto contrasto.

Come si legge nelle pagine 169 e seguenti della relazione tecnica fornita dal raggruppamento ricorrente principale, ivi si prevede che il servizio di help desk, di I e II livello, supporti tutti gli utenti del sistema SISFOR, specificando che il personale, caratterizzato dalle conoscenze di base, riceva e registri le chiamate degli utenti, classifichi la richiesta e fornisca direttamente la soluzione o, ove non sia in grado di farlo per la difficoltà delle problematiche prospettate, smisti le richieste al personale dell'help desk di secondo livello, costituito da tecnici specializzati, che dovrà affrontare tali problemi, cercando di risolverli o coinvolgendo l'assistenza on site e/o gli specialisti di infrastrutture hardware e software. Può, perciò, notarsi che la relazione tecnica reca la descrizione puntuale dell'articolazione del servizio di help desk, delle modalità della sua erogazione, nonché del funzionamento e della struttura dell'help desk.

A pagina 200 della relazione tecnica, nella parte relativa al dimensionamento, si precisa che, quale struttura di governo del progetto, è previsto un gruppo di lavoro dedicato all'help desk, identificato con l'acronimo "GdL Help Desk", con a capo un team manager. Ciò è conforme anche alla

previsione di cui al paragrafo 9.1 del capitolato tecnico, che richiede appunto una struttura di help desk.

7.3 - Accenture S.p.A. ed Accenture Technology Solutions S.r.l. sostengono altresì che il raggruppamento ricorrente principale avrebbe localizzato la sede di esecuzione del servizio di help desk nelle Regioni Obiettivo solo del primo livello, organizzando quella del secondo livello nelle città di Roma, Torino, Milano e Monza. In tal modo avrebbe violato la previsione del paragrafo 15 del Capitolato di gara, secondo cui "i locali per il servizio di Help desk" si sarebbero potuti mettere "a disposizione dell'Amministrazione o, in alternativa, il fornitore" avrebbe potuto "utilizzare delle proprie strutture purché localizzate nelle 4 regioni Obiettivo Convergenza", ossia Sicilia, Campania, Puglia e Calabria. Precisano che ciò era stato confermato e ribadito dalla stazione appaltante nella risposta n. 91 alla richiesta di chiarimenti da parte dei concorrenti.

7.4 - Per accertare la fondatezza o meno della censura in esame occorre individuare dapprima la portata del servizio di help desk, così come descritto nel capitolato tecnico, e successivamente i luoghi prescelti dal R.T.I. in questione per la sua erogazione.

Al paragrafo 9 del capitolato tecnico è descritto il servizio di help desk, i cui compiti sono individuati in: a) gestione di alcune tipologie di chiamate (in merito all'utilizzo della piattaforma, con risposta diretta all'utente finale; in merito al contenuto dei corsi, per le quali si attiva solo il servizio di tutoring; per malfunzionamenti della piattaforma, con attivazione del servizio di assistenza correttiva; per suggerimenti o richieste di implementazioni, con attivazione del servizio di assistenza evolutiva) attivate telefonicamente o a mezzo fax o posta elettronica; b) raccolta e registrazione delle richieste di assistenza; c) controllo dei processi di risoluzione attivati e verifica degli esiti; d) informativa dei referenti dell'Amministrazione sullo stato dell'intervento; e) chiusura degli interventi; f) elaborazione ed analisi delle statistiche sugli interventi.

Sono attività che afferiscono ai servizi di front office o I livello, correttamente da realizzarsi, riguardo al raggruppamento de quo, mediante subappalto verso una società che avrebbe messo a disposizione la propria struttura operativa in una delle regioni Obiettivo Convergenza.

7.5 - Deve concludersi che anche sotto tale profilo la doglianza sub IV) è infondata.

8 - Passando al V motivo di ricorso incidentale, deducendosi la violazione e falsa applicazione dell'art. 17 del capitolato tecnico, il raggruppamento risultato aggiudicatario contesta che, per la parte relativa all'Attività 2, il raggruppamento ricorrente principale avrebbe indicato nell'offerta economica un'unica voce "fornitura infrastruttura ICT comprensiva di installazione e avviamento", senza ulteriore specificazione. Esso avrebbe così violato il paragrafo 17 del capitolato tecnico, laddove era prescritto che "nell'offerta oltre al costo globale della fornitura" si sarebbero dovuti fornire "i costi distinti per le singole voci di attività", precisandosi che si sarebbero dovute inserire "tutte le righe relative alle singole voci di costo non esplicitamente indicate ma che concorrono al valore complessivo della fornitura" e, con riguardo alla componente "Attività 2 - Allestimento Centro SISFOR", si sarebbe dovuto indicare il "nome del prodotto/servizio", richiedendosi così di dettagliare le singole componenti hardware e software offerte.

8.1 - In concreto deve dirsi che sub 5), nelle pagine 32 e seguenti, della relazione tecnica, sono indicate dettagliatamente e specificate in tabelle tutte le apparecchiature hardware proposte, mentre

nell'offerta economica è riportato unicamente l'importo complessivo riferibile all'attività in questione - allestimento centro SISFOR, che naturalmente corrisponde a dette componenti.

8.2 - Tuttavia non si tratta di previsione di *lex specialis* stabilita a pena di esclusione. Va detto in proposito che per l'offerta economica non si rinviene neppure la previsione stabilita per quella tecnica dall'art. 9.c) del disciplinare di gara, secondo cui tale offerta si sarebbe dovuta redigere "secondo le indicazioni riportate nel Capitolato tecnico".

Perciò la stazione appaltante, ove avesse ritenuti necessari chiarimenti o documenti integrativi, avrebbe potuto chiederli a detto raggruppamento, senza per ciò violare la par condicio dei concorrenti.

8.3 - Anche la censura in esame è, pertanto, destituita di fondamento.

9 - Resta da disaminare, quanto al ricorso incidentale, il VI ed ultimo motivo, con cui si deducono la violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163, dell'art. 45, comma 3, del d.P.R. 28.12.2000, n. 445, nonché del punto III. 2.1) del bando e dell'art. 6, punto 2, lett. a), del disciplinare di gara. Segnatamente si assume che il raggruppamento de quo avrebbe dovuto essere escluso anche perché uno dei rappresentanti della Wolters Kluwer Italia S.r.l. (il Presidente del Consiglio di Amministrazione) ha corredato la propria dichiarazione di un documento di identità scaduto, in violazione dell'art. 9, lett. a), del disciplinare, che prevedeva espressamente l'allegazione, "a pena di esclusione", della fotocopia di un documento di riconoscimento in corso di validità del titolare ovvero del rappresentante che abbia sottoscritto la dichiarazione. In tal modo non sarebbe stato assicurato il nesso di imputabilità soggettivo della dichiarazione alla persona che l'ha resa.

9.1 - In proposito occorre considerare che, a seguito della novella introdotta dall'art. 4, comma 2, lett. d), del decreto-legge n. 70/2011, convertito in legge n. 106/2011, nella rubrica dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 è stato aggiunto l'inciso "tassatività delle cause di esclusione" e nel corpo dello stesso è stato inserito il comma 1-bis, ai sensi del quale : "La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle".

L'inserimento della nuova disposizione proprio nel corpo dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/ 2006, concernente appunto il cd. "soccorso istruttorio", rende esplicito l'intento di ampliarne il campo di operatività.

Da una lettura combinata dei due commi dell'art. 46 si ricava, infatti, la conclusione che l'esclusione dalla gara può essere disposta dall'Amministrazione solo in presenza di una delle fattispecie descritte nel comma 1-bis (incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali, violazione del principio segretezza delle offerte) o, comunque, in caso di violazione di norme di divieto o di mancato adempimento di obblighi aventi

una precisa fonte legislativa o regolamentare. In tal modo viene escluso il potere della stazione appaltante di ampliare discrezionalmente la gamma degli adempimenti richiesti a pena di esclusione e, di conseguenza, viene meno il potere di autolimitare il campo di applicazione del dovere di "soccorso istruttorio".

Sempre in tema di "soccorso istruttorio" deve richiamarsi la previsione di carattere generale di cui all'art. 6, comma 1, lett. b) della legge n. 241/1990 e s.m.i., in base alla quale il responsabile del procedimento è tenuto a chiedere "il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete", sollecitando il privato a porre rimedio ad eventuali dimenticanze o errori.

Deve altresì considerarsi il disposto dell'art. 45 del d.P.R. n. 445/2000, il quale, se al comma 2 prevede unitamente alla dichiarazione sostitutiva di certificato o di atto di notorietà l'allegazione di un documento di identità in corso di validità, al successivo comma 3 consente la presentazione di un'ulteriore autodichiarazione attestante l'invarianza dei dati contenuti nel documento di identità scaduto.

9.2 - Alla luce del quadro normativo descritto, la previsione della *lex specialis* di gara in parola deve ritenersi nulla e l'allegazione del documento di identità scaduto deve ricondursi nella categoria dell'irregolarità, come tale, suscettibile di regolarizzazione, mediante produzione di un documento in corso di validità o dell'autodichiarazione su riportata in ultimo. In tal caso non si determina alcuna violazione della *par condicio*, non incidendo tale documento sulla sussistenza dei requisiti o sulla regolarità dell'offerta e non facendo venir meno l'imputabilità della dichiarazione resa al soggetto che l'ha sottoscritta, e si ottiene altresì la massima partecipazione, in aderenza al principio di concorrenza.

9.3 - Ne deriva che anche l'ultimo motivo di ricorso incidentale è privo di fondamento.

10 - Ritenuto il ricorso incidentale infondato e, perciò, da rigettare, e sussistendo conseguentemente, per le considerazioni svolte all'inizio della presente disamina, le condizioni dell'azione della legittimazione e dell'interesse a ricorrere in capo al raggruppamento ricorrente principale, occorre passare all'esame del ricorso proposto da quest'ultimo, teso a conseguire l'annullamento dell'aggiudicazione dell'appalto di cui trattasi in favore di Accenture S.p.A. e di Accenture Technology Solutions S.r.l..

11 - Col primo motivo di ricorso il raggruppamento temporaneo di imprese capeggiato da Wolters Kluwer Italia S.r.l. deduce: violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del d.lgs. 12.4.2006, n. 163 - violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara, con riferimento al disciplinare di gara (art. 6, punto 2, lett. a) ed al bando di gara (sezione III - III. 2.1) - eccesso di potere per omessa o errata valutazione dei presupposti, travisamento dei fatti - violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della legge n. 241/1990, difetto di motivazione.

In dettaglio esso contesta che la Società Accenture S.p.A. non avrebbe prodotto le prescritte dichiarazioni, da rendersi ad opera dei due suoi legali rappresentanti: essa avrebbe, infatti, presentato unicamente una dichiarazione proveniente da un proprio procuratore ad negotia. Tale dichiarazione sarebbe da ritenersi invalida sotto un duplice profilo: a) perché resa da un soggetto privo del potere di legale rappresentanza organica della Società mandataria del costituendo R.T.I. aggiudicatario, atteso che tale rappresentanza sarebbe da riconoscersi unicamente in capo

all'Amministratore delegato ed al Presidente del Consiglio di Amministrazione; b) perché mancherebbe dell'indicazione analitica e nominativa di tutti i soggetti che dispongono del potere di legale rappresentanza di detta Società e non assolverebbe, perciò, all'obbligo, prescritto dall'art. 38 citato, di attestare l'insussistenza delle cause di esclusione rispetto agli amministratori muniti di potere di rappresentanza.

Analogamente, con riguardo alla Società Accenture Technology Solutions S.r.l., soltanto l'Amministratore delegato avrebbe reso la dichiarazione in questione, peraltro unicamente per sé e per la Società, mentre non sarebbe stata resa da alcuno la dichiarazione relativa all'altro rappresentante legale - il Presidente del Consiglio di Amministrazione.

Il raggruppamento deducente aggiunge che, ai fini della validità di tali dichiarazioni, occorrerebbe quantomeno che fossero indicati analiticamente i nominativi dei soggetti diversi dal dichiarante per cui si attesta l'insussistenza di cause ostative; diversamente, quanto all'Accenture S.p.A., il procuratore ad negotia, privo dei poteri, avrebbe dichiarato genericamente per sé l'insussistenza delle cause di esclusione previste dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, mentre, per conto di "coloro i quali rivestono la legale rappresentanza dell'impresa" (senza neppure indicare i nominativi dei soggetti diversi da sé), l'insussistenza soltanto di alcune delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e non anche delle altre, e, quanto all'Accenture Technology Solutions S.r.l., solo l'Amministratore delegato avrebbe reso per sé l'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006.

Occorrono alcune precisazioni.

11.1 - In primo luogo deve ritenersi sussistente il potere di rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, in capo al procuratore ad negotia regolarmente munito dei poteri di sottoscrivere le dichiarazioni e gli altri atti in sede di partecipazione alle gare indette da soggetti pubblici, come ricorre nella specie.

Soccorre in tal senso il disciplinare di gara, il quale, con riferimento alla proposizione dell'offerta ed alla presentazione di dichiarazioni ivi contemplate, prevede che esse provengano dal legale rappresentante o da "persona munita di idonei poteri", stabilendo che in detta seconda ipotesi debba essere allegato anche l'atto di conferimento dei poteri stessi.

11.2 - Altro punto fondamentale è che, ai sensi dell'art. 47, comma 2, del d.P.R. n. 445/2000, "la dichiarazione" sostitutiva di atto di notorietà, qual è quella che ci occupa, "resa nell'interesse proprio del dichiarante può riguardare anche stati, qualità personali e fatti relativi ad altri soggetti di cui egli abbia diretta conoscenza".

Conseguentemente un soggetto ben poteva rendere le dichiarazioni previste nell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 anche in relazione ad altri soggetti.

11.3 - Tuttavia pur ammettendo ciò, nel ricorso principale si contesta che nel caso in esame la dichiarazione in questione sarebbe stata resa in modo generico, fatta eccezione in parte per quella di cui alla lett. c) del comma 1, che era espressamente indicata nel disciplinare di gara, all'art. 6 sub II.a. 3.

11.4 - Vi è ancora da precisare che il disciplinare di gara, al quale bisognava far riferimento nella compilazione delle dichiarazioni, indicava, tra i requisiti di partecipazione di carattere generale richiesti alle imprese concorrenti, da autocertificare ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, quello "di non trovarsi in nessuna delle condizioni di esclusione dalla partecipazione alle gare ai sensi dell'art. 38 del D.lgs. 163/2006 e ss.mm.ii. e successivo Regolamento di attuazione ed esclusione", riprendendo la prescrizione contenuta nell'art. III. 2.1) del bando. In quest'ultima disposizione il possesso di detto requisito è stabilito, "a pena di esclusione".

11.5 - La norma primaria, più volte richiamata, integrata dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, prevede, nelle singole lettere ivi contenute, una serie di ipotesi comportanti l'esclusione dalla partecipazione per i soggetti concorrenti che en siano interessati.

Alcune di esse, riportate alle lett. a), d), e), f), g), h), i), l), m), m bis) ed m quater), concernono le imprese, mentre altre, sub lett. b), c) ed m ter), riguardano i soggetti muniti di rappresentanza, che, nei casi di società di capitali, come nella specie, sono, per quanto qui interessa, gli amministratori muniti di poteri di rappresentanza.

11.6 - Nel caso in esame le due Società componenti il raggruppamento risultato aggiudicatario - la mandataria a mezzo del procuratore ad negotia e la mandante a mezzo dell'Amministratore delegato - hanno reso genericamente la dichiarazione relativa all'insussistenza delle cause di esclusione di cui all'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, nonché quella concernente l'assenza di condanne penali a carico di coloro che rivestono la legale rappresentanza (senza specificazione dei nomi) per reati che incidano sulla moralità professionale o per delitti finanziari, che solo in parte ricalca la lett. c) di detta disposizione normativa, nonché altre dichiarazioni, conformemente alla previsione del disciplinare di gara.

È, perciò, evidente che, quanto ai requisiti di ordine generale individuati all'art. 38 citato, da possedersi ex lege a pena di esclusione, sono state prodotte, unitamente ad una dichiarazione assolutamente generica, soltanto alcune altre dichiarazioni che ne attestano l'esistenza.

Segnatamente si contesta la mancanza di dichiarazioni specifiche riferite ai singoli legali rappresentanti delle due Società in questione e, in particolare, quella concernente le cause di esclusione individuate sub b) ed in parte quella riguardante le cause di esclusione indicate sub c).

11.7 - Deve aggiungersi che, se è vero che le cause di esclusione attengono al ricorrere in concreto dei casi specificamente individuati dalla norma in esame, è altresì vero che dalla legge è imposto un onere di dichiararne l'insussistenza in sede di gara.

In altre parole, da un lato è il dato sostanziale del ricorrere in concreto di tali fattispecie a comportare automaticamente l'esclusione dalla gara, tuttavia, dall'altro, solo con le dichiarazioni rese ai sensi del d.P.R. n. 445/2000 le imprese e, per esse i soggetti muniti di poteri di rappresentanza, si assumono la responsabilità dell'insussistenza.

È pur vero che la stazione appaltante ha ingenerato un certo affidamento in ordine alla sufficienza delle dichiarazioni da rendere, ma, d'altro canto, le Società partecipanti avrebbero dovuto conoscere la norma di legge in parola (valendo senz'altro nei loro riguardi la locuzione "ignorantia legis non excusat"), con gli oneri formali alle stesse connessi.

Stante la chiara portata della disposizione legislativa citata avente contenuto prescrittivo, non può invocarsi il cd. "soccorso istruttorio", del quale si è discettato nel corso della presente disamina.

Infatti l'ipotesi qui ricorrente rientra nei casi di esclusione di cui al menzionato art. 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163/2006 ("La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice").

11.8 - Conseguentemente, a fronte dell'accertata mancanza delle suindicate dichiarazioni attestanti la sussistenza dei requisiti morali prescritti ex lege, anch'esse imposte dalla medesima norma primaria, il raggruppamento temporaneo di imprese risultato aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso.

12 - Proseguendo nell'esame del ricorso principale, va rilevato che, col secondo motivo di doglianza, il raggruppamento posizionatosi secondo nella gara d'appalto de qua, deducendo la violazione e falsa applicazione dell'art. 9 - lett. c) del disciplinare di gara, rappresenta che: a) nell'offerta tecnica del raggruppamento controinteressato l'help desk sarebbe dimensionato in termini di 12 risorse dedicate a tempo pieno per il periodo contrattuale di 36 mesi dall'ultimazione dell'allestimento del Centro SISFOR, mentre nell'offerta economica detto servizio sarebbe commisurato all'equivalente di 1368 giorni uomo, corrispondenti a non più di 2 risorse dedicate a tempo pieno; b) con riguardo al servizio di project management/direzione lavori, nell'offerta tecnica sarebbe offerto un team composto dall'equivalente di 4,5 risorse a tempo pieno per la durata del progetto, alle quali si aggiungerebbero 3,6 risorse a tempo pieno, con la funzione di project manager, per le attività di progettazione e allestimento infrastruttura e sviluppo della piattaforma applicativa, mentre nell'offerta economica il corrispettivo sarebbe commisurato all'equivalente di 798 giorni uomo, corrispondenti a non oltre 1 risorsa dedicata a tempo pieno.

Conclude, assumendo che tali discrasie renderebbero l'offerta nulla o comunque il punteggio andrebbe azzerato.

12.1 - Il raggruppamento risultato aggiudicatario, dal canto suo, controdeduce, affermando che non sussisterebbe alcuna contraddittorietà tra il contenuto dell'offerta tecnica e quello dell'offerta economica, in quanto: a) in relazione all'help desk, il raggruppamento ha proposto di espletare il relativo servizio presso il proprio centro di assistenza utenti di Napoli, con l'impiego delle risorse umane nella gestione contemporanea di più commesse, indicando nell'offerta tecnica il dimensionamento del team stabilmente allocato, con la specificazione in tabella delle relative risorse ivi presenti, e valorizzando nell'offerta economica la stima dell'effettivo carico di lavoro connesso allo svolgimento del servizio, con l'indicazione delle giornate lavorative che si stimano necessarie al riguardo; b) per quanto concerne la direzione lavori, nell'offerta tecnica sarebbe stato riportato il dimensionamento, mentre nell'offerta economica sarebbe stato quotato l'impegno effettivo delle giornate lavorative da erogare.

12.2 - La decisione in ordine alla fondatezza o meno della censura in esame va assunta solo dopo aver letto attentamente le parti dedicate all'help desk ed al project management/direzione lavori all'interno sia dell'offerta tecnica sia di quella economica del R.T.I. in questione.

12.3 - A pag. 12 della relazione tecnica si legge che "le attività di Help Desk sono espletate da un team dedicato che opererà a Napoli presso il Fornitore, in grado di rispondere pienamente ai livelli

di servizio attesi", in tal modo non potendo che determinare nella stazione appaltante il convincimento che il team di risorse indicato poi alle pagg. 197 e 198 sarebbe stato impiegato in suo favore in via esclusiva per il servizio in questione, in quanto, ove si fosse voluto utilizzare tale team anche per altre commesse, non si sarebbe fatta detta specificazione.

Perciò le risorse indicate: 1 project manager impiegato al 50%, un analista funzionale, un analista programmatore e 10 operatori Help desk utilizzati al 100% non può che voler dire che tali figure sarebbero state impiegate per il progetto in esame nella misura indicata, tanto più che si specifica anche che "in funzione dei carichi di lavoro rilevati, il team potrà essere potenziato rapidamente attraverso l'ingaggio di altre risorse operanti presso il Centro Servizi Accenture".

D'altra parte, all'Amministrazione non può interessare il numero di risorse di cui in via generale, anche per servizi resi ad altri soggetti, dispone il raggruppamento di che trattasi ed evidentemente ha attribuito rilevanza alle risorse indicate nell'offerta tecnica.

Nell'offerta economica si legge invece che il computo era stato fatto considerando per l'help desk il costo di Euro 219,30 per 1.368 giorni uomo, ben al di sotto di quelli corrispondenti alle suindicate risorse umane.

Se è vero che nessun punteggio era previsto nella griglia dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica con riguardo al numero di risorse da impiegarsi nell'help desk, è, tuttavia, altresì da rimarcarsi che era ivi stabilito un punteggio fino a 3 punti per il numero di richieste prese in carico in un minuto superiore al minimo stabilito del 90%, il che evidentemente è possibile se si può contare su un certo numero di risorse. Deve poi precisarsi che il R.T.I. risultato aggiudicatario ha conseguito tale punteggio di 3 punti.

Sotto altro profilo, detto raggruppamento ha potuto formulare un'offerta economica vantaggiosa anche perché ha sottodimensionato, rispetto alla previsione dell'offerta tecnica, il team dedicato al servizio di help desk.

Quanto appena evidenziato va ad inficiare l'attendibilità e la serietà sia dell'offerta tecnica sia di quell'economica.

12.4 - Passando al servizio di direzione lavori, sub 2.2.1 del Piano di Progetto allegato alla relazione tecnica del R.T.I. in parola (pagg. 13 e 14) si rileva che il relativo team "è composto da figure di elevata seniority, in grado di unire alla conoscenza del contesto specifico della fornitura (...) competenze di Project Management (...), tecnico-metodologiche ed esperienza sulle aree tematiche oggetto di formazione", individuandosi di seguito sette tipologie di figure, con i relativi ruoli.

Nel dimensionamento si specifica la percentuale di impiego di ciascuna figura professionale/ruolo all'interno del progetto: 1 Program-Project Manager/ Responsabile generale di progetto al 70%; 1 Program-Project Manager/SSG-Referente PM e Interazioni al 100%; 1 Consulente di Tecnologie/SSG-Referente Tecnologie al 50%; 1 Project Manager/SSG-Referente Qualità al 50%; 1 Analista Funzionale/SSG-Referente Function Point al 50%; 1 Project Manager/SSG- Coordinatore Operativo della Fornitura al 100% e 2 Esperti Aree Formative/SSF-Esperto al 30%.

Da quanto rappresentato si evince che tale dimensionamento, riportato nell'offerta tecnica, corrisponde al numero delle risorse concretamente da utilizzare ed all'entità del loro impiego.

Nell'offerta economica invece, per la direzione lavori sono indicati 798 giorni/uomo al costo unitario di Euro 515,00; essi non corrispondono minimamente al contenuto dell'offerta tecnica, nel quale sono rappresentate complessive 4,5 risorse umane.

Valgono le considerazioni sopra svolte con riguardo all'help desk in ordine alla non corretta formulazione delle due offerte - tecnica ed economica - ed alla rilevanza di ciò sull'attribuzione del punteggio per entrambe.

13 - Terminando l'esame del ricorso principale con la doglianza dedotta sub 3), va detto che con la stessa si denunciano la violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara, con riferimento agli artt. III. 2.3 del bando di gara e 2, lett. c), punto 4, del disciplinare di gara, che, in relazione ai "requisiti di carattere tecnico e professionale", stabiliscono l'obbligo per i concorrenti, a pena di esclusione, di dimostrare di essere in possesso della certificazione aziendale di qualità UNI EN ISO 9001:2008 - Settori EA33 - EA35 - EA37, con la precisazione che, nel caso di R.T.I. costituendi/costituiti, il requisito in parola avrebbe dovuto essere posseduto "da ciascuna impresa almeno per il settore di specifica competenza".

In particolare, si evidenzia che nel raggruppamento de quo l'attività di tutoring sarebbe stata affidata alla mandante Accenture Technology Solutions S.r.l., contestandosi che, tuttavia, essa non possiede la certificazione relativa al settore EA37, vale a dire riferita alla formazione, certificazione che invece sarebbe necessaria, in quanto conferente rispetto a detto tipo di attività, con la conseguenza che detto raggruppamento avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

13.1 - Al fine di verificare la fondatezza o meno della censura in esame si rende necessario accertare meglio in che cosa consista esattamente l'attività di tutoring e quali servizi involga, posto che la difesa sul punto, da parte del raggruppamento controinteressato, si incentra sul rilievo che essa consisterebbe nell'attività di formazione dei formatori, questi ultimi appartenenti al personale dell'Amministrazione, che dovrà poi formare gli utenti, prevedendo tuttavia, accanto alle attività in aula, i servizi accessori e quelli complementari, tutti di natura tecnologica, e che dalla tabella inserita a pag. 31 della propria relazione tecnica si evincerebbe che responsabile del tutoring sarebbe la Accenture S.p.A., mentre la Accenture Technology Solutions S.r.l. si limiterebbe a fornire tali servizi accessori, appunto di natura squisitamente tecnica, per i quali essa è in possesso della relativa certificazione ISO.

In proposito, il Capitolato tecnico, all'art. 7, prevede in primo luogo che il tutoring "relativo ai contenuti presenti nei moduli formativi" spetta al personale dell'Amministrazione, al quale l'aggiudicatario è tenuto a fornire un periodo di formazione e di aggiornamento. Tale attività di spettanza del soggetto aggiudicatario consiste nell'addestramento degli utenti di sistema e nella gestione delle attività didattiche, prevedendo anche la cd. gestione tecnologica ("configurazione dei server e installazione/collauda della piattaforma, assegnazione di user name e password e dei relativi profili a tutti gli utenti, amministrazione della piattaforma, garanzia della piattaforma e assistenza") ed i servizi complementari ("gestione dell'infrastruttura ...delle aule").

È evidente che, accanto alle attività più propriamente di formazione, sono contemplate altre di tipo tecnico.

Andando ora ad esaminare l'offerta del R.T.I. in questione, può notarsi che, sebbene nella ripartizione per somme voci riportata nella dichiarazione amministrativa è indicata la Accenture Technology Solutions S.r.l. come la Società individuata per il tutoring, da un'analisi attenta della relazione tecnica si evince invece che la responsabilità è in capo ad Accenture S.p.A., mentre la Accenture Technology Solutions S.r.l. è individuata in qualità di collaboratrice, perciò per la fornitura dei soli servizi tecnici accessori e complementari, per i quali è in possesso di idonea certificazione di qualità (settore EA33). A pag. 31 della relazione tecnica, oltre ad indicare in modo schematico tale ripartizione, più diffusamente, in relazione all'intero oggetto dell'appalto, si evidenziano le attività riferibili alla mandataria e quelle attribuite alla mandante, prevedendo per la seconda unicamente interventi di natura tecnologica.

13.2 - Dall'esame svolto si desume, perciò, che il terzo motivo di censura è privo di fondamento.

14 - Tuttavia, a fronte della ritenuta fondatezza dei primi due motivi di ricorso principale, esso va accolto.

15 - Il primo effetto è l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione della gara in favore del R.T.I. formato da Accenture S.p.A. e da Accenture Technology Solutions S.r.l..

16 - Deve altresì disporsi il risarcimento mediante integrazione in forma specifica, che, accanto al petitum caducatorio, ha costituito oggetto di precipua domanda da parte dei ricorrenti principali. Detto risarcimento deve essere realizzato attraverso l'aggiudicazione della gara stessa nei confronti del raggruppamento temporaneo di imprese costituito da queste ultime.

17 - Non risulta che nelle more sia stato stipulato il relativo contratto di appalto tra l'Amministrazione ed il raggruppamento formato dalle Società Accenture S.p.A. ed Accenture Technology Solutions S.r.l.. Ove invece sia intervenuta la stipula di detto contratto, ne deve essere dichiarata l'inefficacia tra le parti, dovendo subentrare, quale soggetto esecutore dell'appalto, il R.T.I. ricorrente principale.

18 - Infine, con riguardo alle spese, ai diritti ed agli onorari di difesa, in considerazione della complessità e della peculiarità della vicenda disaminata, se ne deve disporre l'integrale compensazione tra le parti.

PQM

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio - Sezione Prima Ter, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe:

- rigetta il ricorso incidentale;

- accoglie, nei modi di cui in motivazione, il ricorso principale e, per l'effetto: a) annulla il provvedimento impugnato di aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore di Accenture S.p.A. e di Accenture Technology Solutions S.r.l. e gli altri atti presupposti pure gravati; b) dispone l'aggiudicazione dell'appalto in favore delle ricorrenti principali; c) in caso di già avvenuta stipulazione del contratto di appalto tra l'Amministrazione e il R.T.I. costituito dalle Società controinteressate, ne dispone l'inefficacia ed il subentro del R.T.I. ricorrente principale;

- dispone l'integrale compensazione tra le parti delle spese, dei diritti e degli onorari di difesa;
- ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità amministrativa.

Così deciso in Roma, nelle camere di consiglio dei giorni 17 e 31 ottobre 2013, con l'intervento dei Magistrati:

Linda Sandulli, Presidente

Stefania Santoleri, Consigliere

Rita Tricarico, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 04 NOV. 2013.

Consiglio di Stato sez. V 31/03/2014, 1548

Pubblica amministrazione - Contratti della p.a. - In genere - Gara - Bando e lettera d'invito - Clausola che prevede la costituzione di R.t.i. verticale nel caso di possesso da parte del concorrente dell'iscrizione per il solo servizio prevalente - Diniego di utilizzo dello strumento del R.t.i. orizzontale - Esclusione.

Dalla prescrizione del bando di gara, per la quale il concorrente invitato, ove posseda l'iscrizione per il solo servizio prevalente, deve costituire un' A.T.I. verticale con soggetti in possesso dell'iscrizione per i servizi secondari, non può farsi discendere un divieto, del tutto ingiustificato, di utilizzazione dello strumento dell'a.t.i. orizzontale.

³⁵
¹⁷ REPUBBLICA ITALIANA
³⁵
¹⁷ IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
³⁵
¹⁷ Il Consiglio di Stato
³⁵
¹⁷ in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)
³⁵
¹⁷ ha pronunciato la presente
³⁵
¹⁷ SENTENZA
³⁵
¹⁷ sul ricorso numero di registro generale 141 del 2012, proposto da:
³⁵
¹⁷ ditta individuale Coiges di Co. Id., in proprio e quale Mandataria
³⁵
¹⁷ Costituendo R.T.I., **Rti** - Nuova Antincendio, rappresentati e difesi
³⁵
¹⁷ dagli avvocati Carmine Bencivenga, Davide Maggiore, con domicilio
³⁵
¹⁷ eletto presso Maria Federica Della Valle, in Roma, via S. Ilaria, n.
³⁵
¹⁷ 2;
³⁵
¹⁷ contro
³⁵
¹⁷ Comune di Pisticci, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato
³⁵
¹⁷ e difeso dall'avvocato Anio D'Angella, con domicilio eletto presso la
³⁵
¹⁷ Segreteria della Sezione V del Consiglio di Stato, p.za Capo di
³⁵
¹⁷ Ferro, n. 13;
³⁵
¹⁷ nei confronti di
³⁵
¹⁷ Simel di Gr. Ma. & C. Snc in proprio e quale mandataria **Rti**, **Rti** - 2c
³⁵
¹⁷ Impianti di Pi. Ca., **Rti** - La. Pi. Sa., impresa individuale Ra. Vi.
³⁵
¹⁷ in proprio e quale mandante costituendo **Rti**, **Rti** - Pype Line Snc,
³⁵
¹⁷ Edison Impianti di Lo. Da. in proprio e quale Mandataria Costituendo
³⁵
¹⁷ **Rti**, **Rti** - impresa individuale Mo. D. Ma.;

35 per la riforma
17
35 della sentenza del T.A.R. Basilicata - Potenza, Sezione I, n.
17
35 488/2011, resa tra le parti, concernente aggiudicazione gara per
17
35 l'affidamento del servizio di conduzione, gestione e manutenzione
17
35 degli impianti di pubblica illuminazione, elettrici, termici e di
17
35 climatizzazione ed antincendio - risarcimento danni.
17
35 Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
17
35 Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Pisticci;
17
35 Viste le memorie difensive;
17
35 Visti tutti gli atti della causa;
17
35 Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 marzo 2014 il Cons. Luigi
17
35 Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Andrea
17
35 Abbamonte, su delega dell'avvocato Carmine Bencivenga e Marco
17
35 Petrone, su delega l'avvocato Anio D'Angella;
17
35 Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

35
17
35 **Fatto**

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Basilicata, l'odierna appellante agiva per ottenere l'annullamento della determinazione 20 ottobre 2010, n.81, con la quale il dirigente del settore affari legali e lavori pubblici del Comune di Pisticci aveva approvato il verbale di gara informale relativo alla procedura negoziata per l'affidamento del "servizio di conduzione, gestione e manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione, elettrici, termici e di climatizzazione ed antincendio..." e aveva disposto l'aggiudicazione in favore dell' A.T.I. SIMEL di Gr. Ma. & c. s.n.c./ 2C IMPIANTI/La. Pi. Santino. Con lo stesso ricorso avanzava richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto e subentro nella posizione di aggiudicataria ed, in via subordinata, di risarcimento del danno.
2. La gara in questione aveva ad oggetto una procedura negoziata per l'affidamento, tramite cottimo fiduciario, dei seguenti servizi: quale prevalente, il servizio relativo alla "realizzazione, gestione, manutenzione impianti della pubblica illuminazione" e quali servizi secondari quelli relativi alla "realizzazione, gestione e manutenzione impianti tecnologici (elettrici, termici, antincendio e ricarica estintori)". La lettera d'invito stabiliva in Euro 185.000,00 l'importo dei lavori posti a base di gara e fissava quale criterio di aggiudicazione quello del prezzo più basso, determinato mediante ribasso percentuale sull'importo posto a base di gara.
3. Il primo Giudice respingeva le domande contenute nel ricorso introduttivo, a cagione dell'infondatezza dei motivi di ricorso spiegati dall'odierno appellante. A tanto portava l'esame delle censure aventi ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione a favore della controinteressata. Il riscontro negativo dell'esistenza degli stessi, infatti, consentiva al Tribunale di non passare all'esame delle doglianze dirette a contestare la partecipazione alla procedura di gara delle ditte classificatesi alla seconda e terza posizione, poiché la loro eventuale fondatezza non sarebbe stata comunque idonea a far ottenere il bene della vita cui la ricorrente aspirava. Del pari, veniva dichiarato improcedibile per difetto di interesse il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.
 - 3.1. In particolare, il TAR riteneva infondata la prima censura, non ravvisando una violazione dell'art. 37, comma 12, del Codice dei contratti pubblici nel caso di riunione in A.t.i. di imprese prequalificatesi separatamente, in assenza di un divieto di tal fatta contenuto nel sopra indicato Codice o nella lex specialis. Il Giudice di prima cure, al riguardo, concludeva che l'immodificabilità soggettiva subentri dopo la presentazione dell'offerta, discostandosi dal parere dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 7 febbraio 2003, n. AS251, alla stregua di quanto già affermato dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 588/09.
 - 3.2. Ancora la sentenza oggetto di gravame riteneva destituita di fondamento la lamentata violazione della lex specialis, laddove aveva previsto la produzione da parte delle concorrenti del

certificato della Camera di commercio relativo a tutti i servizi oggetto di gara, poiché nessuna delle imprese costituenti il raggruppamento dell'A.T.I. aggiudicataria risultava in possesso del certificato specificamente previsto per la ricarica degli estintori (classificata dalla Camera di commercio con il codice ATECO 33.12.55 relativo alla riparazione e manutenzione estintori, inclusa la ricarica), costituente servizio secondario, a norma dell'art.2, lett. h) del d.m. 22 gennaio 2008, n.37 (Regolamento concernente l'attuazione dell'articolo 11 quaterdecies, comma 13, lettera a) della legge n. 248 del 2 dicembre 2005, recante riordino delle disposizioni in materia di attività di installazione degli impianti all'interno degli edifici). Il TAR, al riguardo, faceva notare che la stazione appaltante aveva legittimamente ritenuto il possesso dell'abilitazione per l'attività di ricarica degli estintori come assorbito dall'abilitazione ed iscrizione nella camera di commercio per gli impianti di protezione antincendio.

3.3. A giudizio del TAR non poteva trovare positivo riscontro neanche la denunciata violazione del punto 3 della lettera d'invito, che limitandosi a prevedere che "qualora il concorrente invitato posseda l'iscrizione per il solo servizio prevalente dovrà costituire un" A.T.I. verticale con soggetti in possesso della iscrizione per i servizi secondari", non comportava alcuna preclusione alla possibilità di costituire anche raggruppamenti di tipo orizzontale, come pure previsto dal medesimo art. 37, comma 2, del d.lgs n. 163/2006. Nella fattispecie, pertanto, la circostanza che sia la SIMEL di Gr. Ma. & C. S.N.C. (mandataria) sia la ditta 2C IMPIANTI possedessero singolarmente i requisiti di partecipazione alla procedura negoziata e avessero cumulato detti requisiti ai fini della partecipazione alla gara, non aveva determinato alcuna violazione delle prescrizioni della lex specialis di gara, avendo tali imprese esercitato una facoltà espressamente riconosciuta dal legislatore.

3.4. Del pari il primo Giudice riteneva non sussistente la dedotta violazione del punto 4 della lex specialis di gara recante le modalità di presentazione delle offerte, che aveva imposto a ciascuna impresa associata in A.T.I. (costituita o costituenda) di rendere la dichiarazione, ai sensi dell'art. 47 del d.p.r. n. 445/2000, di aver preso visione del disciplinare del servizio e di accettare tutte le condizioni in esso contenute. Tale prescrizione, infatti, non risultava essere sanzionata con la comminatoria dell'esclusione dalla procedura. Ne conseguiva secondo il TAR che la dichiarazione in questione, che era stata resa dalla mandataria anche per conto della ditta La. Pi. Santino mandante, costituiva una irregolarità suscettibile di essere regolarizzata a norma di quanto previsto dall'art. 46 del d.lgs n. 163/2006, che prevede in capo alla stazione appaltante il poterdovere di consentire ai concorrenti l'integrazione di documenti e/o dichiarazioni la cui produzione non costituisca onere da assolvere a pena di esclusione.

3.5. Il mancato annullamento dell'aggiudicazione impediva secondo il Giudice di prime cure di dichiarare l'inefficacia del contratto, non essendo a tal fine sufficiente la rilevazione della violazione della clausola di stand still, di cui all'articolo 11, comma 10, del D.Lgs. n. 163 del 2006.

4. Con appello notificato il 3 gennaio 2012 depositato il 9 gennaio 2012, l'originaria ricorrente invoca la riforma della sentenza impugnata, affidando le proprie difese ai seguenti motivi: a) sarebbe erronea la sentenza, poiché due concorrenti invitati singolarmente non potrebbero presentare offerta come costituendo r.t.i., ciò in quanto la qualifica di concorrente sarebbe assunta sin dal momento dell'invito alla gara. Tale principio sancito per le ipotesi di procedura di gara ristretta con fase di prequalifica sarebbe a fortiori applicabile alle procedure negoziate. L'iniziativa assunta dalla stazione appaltante ex art 125 d.lgs. n. 163/2006, escluderebbe che i soggetti invitati possano associarsi tra loro. Inoltre, una diversa conclusione avallerebbe l'esistenza di un meccanismo anticoncorrenziale; b) sarebbe erronea la sentenza nella parte in cui non ha rilevato la violazione della lex specialis, poiché le altre imprese partecipanti non possiederebbero l'iscrizione alla camera di commercio per l'attività di ricarica degli estintori (classificata con il codice ATECO 33.12.55), essenziale ai fini della partecipazione alla gara, tanto che lo stesso disciplinare indicherebbe eventualmente la possibilità di ricorrere in sua assenza allo strumento del r.t.i. verticale. Un simile requisito non potrebbe essere surrogato dal possesso della iscrizione per l'attività di realizzazione di impianti antincendio, tanto che questa attività sarebbe classificata con il

codice ATECO 43.22.03; c) l'A.T.I. aggiudicataria sarebbe di tipo orizzontale, eventualità non consentita dalla lex specialis; d) il punto 4 della lex specialis prevedrebbe, anche se non espressamente, che a pena di esclusione tutte le imprese facenti parte dell'ATI presentino dichiarazione di presa visione e accettazione del Disciplinare del Servizio, mentre la mandante dell'ATI aggiudicataria non l'ha fatto.

4.1. Di seguito, l'appellante ripropone i motivi 3, 4 e 5 del ricorso introduttivo, non esaminati dal primo Giudice, in merito alla mancata esclusione anche della seconda e della terza classificata e avanza richiesta di declaratoria di inefficacia e subentro, nonché di risarcimento del danno.

5. In data 2 febbraio 2012 viene depositata attestazione di rinuncia all'azione risarcitoria da parte dell'odierna appellante indirizzata all'amministrazione comunale, i cui effetti vengono contestati dalla stessa appellante, che ritiene la stessa non possa avere alcun valore nel caso di impossibilità di subentro.

6. Nelle proprie difese l'amministrazione comunale chiede la conferma del decisum del primo Giudice, sostenendo che: I) l'appello sarebbe improcedibile, poiché il contratto è scaduto e l'appellante ha dichiarato di rinunciare al risarcimento per equivalente; II) l'appello sarebbe inammissibile, perché l'appellante è quarta classificata; III) l'appello sarebbe inammissibile, perché non vi sono censure alla sentenza, ma reiterazione dei motivi di primo grado; IV) la sentenza sarebbe corretta avendo seguito l'esegesi affermatasi nella giurisprudenza di questo Consiglio (in particolare Cons. St., n. 588/2008) sull'interpretazione dell'art. 37, comma 12, d.lgs. n. 163/2006; V) la gara è stata aggiudicata con il sistema del cottimo fiduciario ai sensi dell'art. 125, commi 4 e 11, d.lgs. n. 163/2006, per l'urgenza di affidare il servizio, pertanto trattandosi di gara informale le prescrizioni non avrebbero quella rigidità tipica delle procedure ordinarie, specie considerando l'esiguità dell'importo del servizio (2.000,00 euro) e il dettato dell'art. 41 del disciplinare di gara che, nell'elencare le operazioni a carico dell'appaltatore, farebbe riferimento alla voce "Fornitura, verifica e/o ricarica degli estintori", ponendo l'attività di ricarica come alternativa rispetto a quella di fornitura e verifica. Inoltre, il disciplinare di gara non sanzionerebbe con l'esclusione l'assenza del suddetto requisito. Ancora, le prime tre classificate sarebbero in possesso dell'iscrizione per il servizio più ampio di Gestione e Manutenzione degli Impianti antincendio. Inoltre, l'art. 2 lett. h) d.m. 28 gennaio n. 37, prevedrebbe che gli impianti di protezione antincendio comprendono anche gli impianti di estinzione di tipo automatico e manuale; VI) la possibilità di formare un'a.t.i. orizzontale, non potrebbe escludersi sulla scorta di quanto stabilito dalla lex specialis; VII) la mancata accettazione della mandante sarebbe una mera irregolarità, per la quale non sarebbe prevista l'esclusione; VIII) infondati sarebbero anche i motivi non esaminati dal primo Giudice; IX) la presunta violazione della clausola di stand still non potrebbe comportare l'invalidità dell'aggiudicazione.

³⁵₁₇

Diritto

1. L'appello è infondato e non merita di essere accolto, dovendo trovare piena conferma la pronuncia di prime cure; pertanto, possono non essere esaminate le eccezioni preliminari spiegate dall'amministrazione comunale descritte nella parte in fatto.

2. La prima doglianza ha ad oggetto l'esegesi dell'art. 37, comma 12, d.lgs. 163/2006, secondo il quale: "In caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti". La norma in questione non può essere interpretata nel senso indicato dall'appellante, perché in questo modo si darebbe spazio ad un'esegesi inutilmente restrittiva in ordine alla possibilità di utilizzare lo strumento dell'associazione temporanea di imprese, che, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, ha una ratio profondamente proconcorrenziale, consentendo un più ampio accesso al mercato dei contratti pubblici anche a soggetti che singolarmente non avrebbe i requisiti necessari per risultare aggiudicatari.

Vero è che questo Consiglio con la sentenza 8 marzo 2006, n. 1267, ha ritenuto che due o più imprese concorrenti individualmente prequalificate non possono concorrere in associazione temporanea alla successiva competizione mediante la presentazione di un'offerta congiunta, salvo che il bando non preveda diversamente. Ma si tratta di un'impostazione che deve cedere il passo ad altro condivisibile orientamento illustrato nella sentenza di questo Consiglio n. 588 del 20 febbraio 2008 (in senso conforme, Cons. Stato, Sez. V, n. 6619 del 2002; n. 5309 del 2003), che ha chiarito come il principio di immodificabilità soggettiva viene in rilievo soltanto all'indomani della presentazione dell'offerta e non nelle fasi di gara a questa precedente. Del resto anche dal punto di vista letterale sia l'art. 37, comma 12, che l'art. 125, comma 11, d.lgs. n. 163/2006, fanno riferimento alla nozione di "operatore economico" e di "candidato", ossia di un soggetto che ancora deve presentare la propria offerta. Un'opposta interpretazione non potrebbe armonizzarsi con il testo del comma 9 dell'art. 37, d.lgs. n. 163/2006, che vieta la modificazione della composizione delle a.t.i. all'indomani dell'offerta.

Sul punto va anche rammentato come un simile divieto sia stato analizzato dalla sentenza n. 8 del 2012 dell'Adunanza Plenaria di questo Consiglio, secondo la quale: "In tema di appalti pubblici, ai sensi dell'art. 13 comma 5 bis L. 11 febbraio 1994 n. 109, il cui contenuto è stato trasfuso nell'art. 37 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, il divieto di modificazione della compagine delle Associazioni temporanee di imprese nella fase procedurale corrente tra la presentazione delle offerte e la definizione della procedura di aggiudicazione è finalizzato a impedire l'aggiunta o la sostituzione di Imprese partecipanti all'a.t.i. e non anche a precludere il recesso di una o più di esse, a condizione che quelle che restano a farne parte risultino titolari, da sole, dei requisiti di partecipazione e di qualificazione e che ciò avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. o Consorzio, e non invece per eludere la legge di gara (in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. venuto meno per effetto dell'operazione riduttiva)". Pertanto, in assenza di un esplicito divieto contenuto nella *lex specialis*, stante la riconosciuta possibilità per gli operatori economici invitati di costituire associazioni temporanee di imprese, sarebbe irragionevole ritenere possibile una modificazione soggettiva delle a.t.i. costituente o costituite e non consentire che gli operatori economici invitati possano utilizzare lo stesso strumento.

3. Del pari, non merita di essere accolta la seconda censura con la quale l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza nella parte in cui non ha rilevato che le imprese facente parte dell'a.t.i. aggiudicataria non possiederebbero l'iscrizione alla camera di commercio per l'attività di ricarica degli estintori (classificata con il codice ATECO 33.12.55). Sul punto appare corretta la riflessione del primo Giudice che ha notato come a norma dell'art.2, lett. h), del d.m. 22 gennaio 2008, n.37, (Regolamento concernente l'attuazione dell'articolo 11 quaterdecies, comma 13, lettera a) della legge n. 248 del 2 dicembre 2005, recante riordino delle disposizioni in materia di attività di installazione degli impianti all'interno degli edifici) gli impianti di protezione antincendio comprendono anche "gli impianti di estinzione di tipo automatico e manuale". Inoltre, l'a.t.i. aggiudicataria è in possesso dell'iscrizione alla camera di commercio per l'attività di "Installazione di impianti di spegnimento antincendio (inclusi quelli integrati e la manutenzione e riparazione)" (classificata con il codice ATECO 43.22.03), sicché legittimamente la stazione appaltante ha ritenuto il possesso dell'abilitazione per l'attività di ricarica degli estintori come assorbito dall'abilitazione ed iscrizione nella camera di commercio per gli impianti di protezione antincendio.

4. Infondata risulta essere anche la terza doglianza. Ed infatti, la lettera d'invito, al punto 3, comma 3, prevede che "qualora il concorrente invitato posseda l'iscrizione per il solo servizio prevalente dovrà costituire un" A.T.I. verticale con soggetti in possesso della iscrizione per i servizi secondari"; da una simile prescrizione non si può evincere, come ritiene l'appellante, un divieto di utilizzazione dello strumento dell'a.t.i. orizzontale, che, peraltro, risulterebbe fortemente sistematica e priva di una comprensibile giustificazione.

5. Da ultimo, va disattesa anche la censura relativa alla violazione del punto 4 della *lex specialis*. Appare agevole osservare che l'obbligo in questione non era assistito da una clausola di esclusione.

Inoltre, la dichiarazione non risulta assente, ma presentata dalla mandataria per la mandante, sicché risulta essersi in presenza di una irregolarità comunque non sanzionata dalla legge di gara con l'esclusione. Pertanto, la stazione appaltante avrebbe potuto fare uso del potere di soccorso istruttorio previsto dall'art. 46, comma 1, d.lgs. n. 163/2006.

6. L'infondatezza delle doglianze inerenti i capi della sentenza che hanno valutato i motivi di ricorso aventi ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione consente di prescindere dall'esaminare i motivi riproposti dall'appellante avverso la seconda e la terza classificata, difettando un idoneo interesse da parte dell'odierno appellante.

7. Allo stesso tempo, la legittimità del provvedimento di aggiudicazione consente di confermare la sentenza di prime cure nella parte in cui ha ritenuto di non disporre la declaratoria di inefficacia del contratto, che deve necessariamente essere preceduta dalla caducazione dell'aggiudicazione. Quest'ultima, peraltro, non può discendere dalla violazione della clausola di stand still, che non si traduce ex se in un vizio dell'aggiudicazione.

8. Da ultimo, va disattesa anche la riproposta istanza risarcitoria, non solo perché vi è stata rinuncia alla stessa, ma anche perché in assenza della violazione di una norma da parte dell'amministrazione non è possibile ravvisare un illecito addebitabile in capo a quest'ultima.

9. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

³⁵
¹⁷ **PQM**

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello (R.141/2012) come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ditta individuale Coiges di Co. Id. al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida in 5.000,00 (cinquemila/00) euro, oltre accessori di legge, in favore del Comune di Pisticci.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 marzo 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Fulvio Rocco, Consigliere

Doris Durante, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 31 MAR. 2014

T.A.R. Torino (Piemonte) sez. I, 07/03/2014, 403

Pubblica amministrazione - Contratti della p.a. - In genere - Appalti - Gara - Commissione aggiudicatrice - Soccorso istruttorio - Utilizzo - Condizione.

Ai sensi dell'art. 46, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, nelle gare pubbliche la commissione aggiudicatrice non può utilizzare i poteri di soccorso istruttorio per consentire al R.T.I. ricorrente di correggere la propria offerta, dal momento che il soccorso istruttorio può essere utilizzato solo per chiarire il contenuto della documentazione amministrativa presentata in gara dal concorrente, e non per modificare gli elementi costitutivi dell'offerta.

T.A.R. Cagliari (Sardegna) sez. I, 03/03/2014, 196

Pubblica amministrazione (p.a.) - Contratti della p.a. - In genere - Gara - Partecipazione - Qualificazione - Per opere scorporabili - Dimostrazione - Modalità.

Ai sensi degli artt. 37, comma 6 e 92, comma 3 del codice degli appalti pubblici, nonché dell'art. 109 del D.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010, i partecipanti ad una gara per l'affidamento di un pubblico appalto, a prescindere dalla forma che rivestano (impresa singola, R.T.I. orizzontale o R.T.I. verticale), ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, e per colmare eventuali carenze sul piano delle qualificazioni prescritte dalla lex specialis per le categorie scorporabili, possono limitarsi a dichiarare di voler ricorrere al subappalto, ove non si tratti di categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria (o categorie di opere speciali) e ove venga dimostrato il possesso (da parte dell'impresa singola o dell'impresa mandataria) della qualificazione nella categoria prevalente con classifica idonea a ricomprendere anche l'importo dei lavori delle categorie scorporabili.

T.A.R. Perugia (Umbria) sez. I , 29/01/2014, 84

Pubblica amministrazione - Contratti della p.a. - In genere - Appalti - Gara - Partecipanti - A.T.I. - Componenti - Corrispondenza fra quota di partecipazione al raggruppamento e quota di lavori o servizi - Necessità - Conseguenza.

Ai sensi dell'art. 37 comma 13, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163 nelle gare pubbliche i concorrenti riuniti in A.T.I. devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, per cui deve sussistere una perfetta corrispondenza tra quota di lavori (o servizi) eseguita dal singolo operatore e quota di effettiva partecipazione al raggruppamento, e vi è la necessità che sia l'una che l'altra siano specificate dai componenti del raggruppamento all'atto della partecipazione alla gara; la necessità di una precisa indicazione delle attività assegnate a ciascun componente di un R.T.I. sta infatti proprio nell'esigenza di verificare se tale ripartizione è coerente con le qualificazioni di ciascuna e con il possesso dei requisiti per eseguire quella parte di attività.

Consiglio di Stato sez. V , 02/07/2014, 3317

Pubblica amministrazione - Contratti della p.a. - Appalto fornitura o servizi - Ati - Indicazione parti della fornitura o del servizio svolte da ciascuna impresa - Obbligo - Art. 37, comma 4, d.lg. n. 163 del 2006 - Ambito di applicazione - Ati orizzontali e verticali.

Nelle gare pubbliche aventi ad oggetto l'affidamento di servizi, l'obbligo di provvedere alla specificazione delle parti del servizio da eseguire ad opera delle singole imprese raggruppate o consorziate, sancito dall'art. 37 comma 4, del codice dei contratti pubblici approvato con d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, è espressione di un principio generale che non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (**verticale** o **orizzontale**), non distinguendo il dettato normativo tra associazioni di tipo **orizzontale** e associazioni di tipo **verticale**, alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie) o al dato cronologico del momento della costituzione dell'associazione, costituita o costituenda.

35
17 REPUBBLICA ITALIANA
35
17 IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
35
17 Il Consiglio di Stato
35
17 in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

35
17 ha pronunciato la presente

35
17 SENTENZA

35
17 sul ricorso numero di registro generale 4191 del 2014, proposto da:
35
17 Markas S.r.l. in proprio e quale mandataria dell'Ati costituenda con
35
17 Onlus Copop-Soc, rappresentato e difeso dagli avv. Pietro Adami,
35
17 Silvio Bozzi, con domicilio eletto presso Pietro Adami in Roma, corso
35
17 d'Italia, 97;

35
17 contro

35
17 Società La Grotta di Va. Se. & C Snc in proprio e quale capogruppo
35
17 dell'Ati costituita con Pa. Srl, rappresentati e difesi dall'avv.
35
17 Vito Aurelio Pappalepore, con domicilio eletto presso Antonia De
35
17 Angelis in Roma, via Portuense 104;

35
17 nei confronti di

35
17 Comune di Gravina in Puglia;
35
17 per la riforma

35
17 della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE II n. 00540/2014,
35
17 resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di refezione
35
17 scolastica aa.ss. 2013/2014 - 2014/2015 - 2015/2016;

35
17 Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

35
17 Visti gli atti di costituzione in giudizio di Società La Grotta di
35
17 Va. Se. & C Snc in proprio e quale capogruppo mandataria dell'Ati
35
17 costituita con Pa. Srl;

35
17 Viste le memorie difensive;

35
17 Visti tutti gli atti della causa;

35
17 Relatore nella camera di consiglio del giorno 1° luglio 2014 il Cons.
35
17 Francesco Caringella e uditi per le parti gli avvocati Pietro Adami e
35
17 Vito Aurelio Pappalepore;

35
17 **Fatto**

35
17 **FATTO E DIRITTO**

Rilevato che sussistono i presupposti per la definizione del giudizio di merito come da avviso dato alle parti ai sensi dell'art. 60 del codice del processo amministrativo;

Ritenuto che con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno accolto il ricorso proposto dalla società in nome collettivo "La Grotta di Va. Se. & C." avverso gli atti relativi alla procedura di gara culminata nell'aggiudicazione, in favore del raggruppamento temporaneo di imprese MARKAS s.r.l. - C.D.S. Onlus cooperativa sociale, del servizio di refezione scolastica del Comune di Gravina in Puglia per gli anni scolastici 2013/2014 - 2014/2015 - 2015/2016;

Ritenuto che l'appello proposto dal raggruppamento aggiudicatario non merita positiva valutazione alla stregua delle considerazioni che seguono:

a) merita conferma il capo della sentenza che ha stigmatizzato l'omessa esclusione del raggruppamento aggiudicatario nonostante la genericità del contratto di avvalimento stipulato dalla mandante C.D.S. Onlus con l'ausiliaria Scardi Ristorazione s.r.l.;

b) a fronte dell'ampiezza dell'oggetto dell'avvalimento - comprensivo dei requisiti economici, tecnici e inerenti alla certificazione di qualità - il contratto avrebbe dovuto specificare in modo puntuale i mezzi, il personale, le prassi, gli elementi aziendali e le ulteriori risorse messe a

disposizione dell'impresa ausiliata, senza limitarsi ad un generico e indistinto riferimento all'esperienza e all'organizzazione del soggetto ausiliario;

c) non giova all'appellante il richiamo al contratto di cessione del ramo di azienda in favore di Scardi Ristorazione in quanto la derivazione delle risorse prestate da detta cessione non esonerava l'impresa ausiliaria dalla doverosa specificazione delle risorse, originarie o acquisite, concesse all'impresa concorrente in guisa da rendere possibile l'esplicazione dei necessari controlli da parte della stazione appaltante;

d) il riferimento recato dal contratto ex art. 49, comma 2, lettera f), del codice dei contratti pubblici, al consulente dell'impresa ausiliaria messo a disposizione e alle verifiche sul rispetto dei criteri di qualità da parte del raggruppamento ausiliato, non è idoneo a soddisfare i requisiti di concretezza e specificità necessari con riguardo ad un avvalimento, al tempo stesso di garanzia e operativo, relativo a tutti i requisiti soggettivi non generali necessari ai fini della partecipazione alla procedura competitiva;

e) il principio della tutela della *par condicio* impedisce l'esplicazione del dovere di soccorso istruttorio a fronte di un contratto di avvalimento affetto da profili di radicale incompletezza e inidoneità effettuale;

Reputato, altresì, che non meritano favorevole valutazione, alla stregua dei rilievi che seguono, gli ulteriori motivi di appello con cui parte ricorrente ripropone le censure poste a fondamento del ricorso incidentale spiegato in prime cure:

a) non merita accoglimento il motivo con cui si deduce la violazione della disciplina in materia di lavoro dei disabili di cui all'art. 3 della legge 12 marzo 1999, n. 68, in quanto anche in sede d'appello parte ricorrente, limitandosi allo svolgimento di considerazioni ipotetiche e congetturali, non ha confutato gli elementi dedotti dal raggruppamento aggiudicatario in merito all'insussistenza dell'obbligo di rispettare tale disciplina in ragione del numero dei dipendenti assunti, alla tipologia dei rapporti di lavoro e all'epoca delle assunzioni;

b) a confutazione della doglianza con la quale parte appellante deduce la falsa dichiarazione, resa dal raggruppamento originariamente ricorrente, di avere costituito un' a.t.i. **verticale**, è sufficiente rimarcare che, in disparte le questioni nominalistiche relative alla qualificazione della tipologia di raggruppamento, l'associazione temporanea ricorrente in primo grado ha provveduto a specificare le parti di servizio che ciascuna delle partecipanti avrebbe svolto (in particolare la Pa. s.r.l. si sarebbe occupata della progettazione del servizio, della logistica, dei rapporti con l'appaltante e della gestione amministrativa, la "Grotta di Va. Se." di tutta l'attività di ristorazione), dimostrando il possesso complessivo dei requisiti di qualificazione e dichiarando l'assunzione della responsabilità solidale da parte delle imprese partecipanti;

c) alla stregua del condivisibile orientamento ermeneutico sostenuto da questo Consiglio (Cons. Stato, Ad. Plen., 13 giugno 2012, n. 22 e 5 luglio 2012, n. 26), nelle procedure aventi per oggetto l'affidamento di servizi, l'obbligo, nella specie adempiuto, di provvedere alla specificazione delle parti del servizio da eseguire ad opera delle singole imprese raggruppate o consorziate, sancito dall'art. 37, comma 4, del codice dei contratti pubblici, è espressione di un principio generale che non consente distinzioni legate alla natura morfologica del raggruppamento (**verticale** o **orizzontale**), non distinguendo il dettato normativo tra associazioni di tipo **orizzontale** e associazioni di tipo **verticale**, alla tipologia delle prestazioni (principali o secondarie, scorporabili o unitarie) o al dato cronologico del momento della costituzione dell'associazione (costituita o costituenda);

Reputato, in definitiva, che l'appello merita reiezione e che le spese devono seguire la regola della soccombenza nei termini in dispositivo specificati;

³⁵
17 **PQM**

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante al pagamento, in favore della società La Grotta di Va. Se. & C Snc, delle spese relative al presente grado di giudizio, che liquida nella misura di euro 8.000//00 (ottomila//00).

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 1 luglio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolò Lotti, Consigliere

Antonio Bianchi, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 02 LUG. 2014.