

N. 04105/2012REG.PROV.COLL.
N. 07898/2011 REG.RIC.
N. 00588/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7898 del 2011, proposto da:
Croce Rossa Italiana (C.R.I.), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

contro

Integra s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria di a.t.i. con Azzolini Costruzioni Generali s.p.a., quest'ultima anche in proprio, in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Antonio Tita, Giuseppe Rusconi, Alessandra Carlin, con domicilio eletto presso Giuseppe Rusconi in Roma, Piazzale Flaminio, 19;

nei confronti di

Fatigappalti s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Sabotino, 2/A;

sul ricorso numero di registro generale n. 588 del 2012, proposto da:

Fatigappalti s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Valentino Vulpetti, con domicilio eletto presso il medesimo in Roma, via Sabotino, 2/A;

contro

Integra s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria di a.t.i. con Azzolini Costruzioni Generali s.p.a., quest'ultima anche in proprio, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Alessandra Carlin, Antonio Tita, Giuseppe Rusconi, con domicilio eletto presso quest'ultimo in Roma, Piazzale Flaminio, 19;

nei confronti di

Croce Rossa Italiana, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata per legge in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

quanto al ricorso n. 7898 del 2011:

del dispositivo di sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento, n. 00239/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI REALIZZAZIONE CENTRO POLIFUNZIONALE PER LA CROCE ROSSA ITALIANA;

quanto al ricorso n. 588 del 2012:

della sentenza del Tribunale regionale di giustizia amministrativa di Trento n. 00269/2011, resa tra le parti, concernente AFFIDAMENTO LAVORI DI REALIZZAZIONE CENTRO POLIFUNZIONALE PER LA CROCE ROSSA ITALIANA

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle rispettive parti appellate;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 aprile 2012 il Cons. Bernhard

Lageder e uditi per le parti gli avvocati Vulpetti, Sterrantino per delega dell'avvocato Rusconi, e l'avvocato dello Stato Cesaroni;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. La presente controversia inerisce alla gara, a procedura aperta, indetta dal Comitato centrale della Croce Rossa Italiana (C.R.I.) per l'affidamento dei lavori di realizzazione di un centro polifunzionale presso il complesso immobiliare denominato "Villa Beatrice" e "Ala Ovest" a Levico Terme in provincia di Trento, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e al prezzo base d'asta di euro 3.884.072,00.

Tra le sette offerte pervenute, sulla base della graduatoria provvisoria risultava prima classificata l'a.t.i. costituenda capeggiata dalla Integra s.r.l. con 67,917 punti (di cui 37,917 punti per l'offerta tecnica e 30,000 punti per l'offerta economica), mentre seconda classificata risultava la Fatigappalti s.p.a. con 67,363 punti (di cui 44,167 punti per l'offerta tecnica e 23,196 punti per l'offerta economica).

Nella seduta del 10 febbraio 2011, l'a.t.i. Integra s.r.l./Azzolini Costruzioni Generali s.p.a. è stata esclusa sul rilievo che nella busta "C", contenente l'offerta economica, mancavano "*i giustificativi d'offerta richiesti dal disciplinare di gara*", sicché l'appalto con provvedimento n. 88 del 28 febbraio 2011 veniva aggiudicato alla seconda classificata Fatigappalti s.p.a.

2. Avverso il provvedimento di esclusione (e gli atti presupposti e consequenziali, in particolare l'aggiudicazione alla Fatigappalti s.p.a.) proponeva ricorso l'a.t.i. Integra s.r.l./Azzolini Costruzioni Generali s.p.a., deducendo i vizi di violazione degli artt. 2, comma 1 ultima parte, 86, 87 e 88 d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, e dell'art. 55 direttiva CE n. 18/2004, nonché di eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza, ingiustizia manifesta, difetto d'istruttoria, erroneità dei presupposti, contraddittorietà e violazione dei principi di proporzionalità e del *favor participationis*, non

essendo l'onere dell'allegazione dei giustificativi dei prezzi stato previsto dalla *lex specialis*, bensì da una sola nota, pubblicata sul sito *web* della stazione appaltante in risposta a quesiti di partecipanti alla gara, né essendo in proposito comunque stata stabilita sanzione alcuna, tanto meno di natura escludente, ed emergendo per contro dalla disciplina di gara che solo in caso di sospetto d'anomalia sarebbe stata acquisita la documentazione giustificativa dell'offerta. La ricorrente proponeva, altresì, domanda risarcitoria in forma specifica e, in subordine, per equivalente.

3. Costituendosi in giudizio, la stazione appaltante C.R.I. contestava la fondatezza del ricorso e ne chiedeva il rigetto.

4. Si costituiva in giudizio anche la controinteressata Fatigappalti s.p.a., eccependo l'incompetenza territoriale del Tribunale adito e l'irricevibilità del ricorso in quanto proposto oltre il termine dimidiato. Essa proponeva inoltre ricorso incidentale avverso gli atti di gara nella parte in cui la ricorrente principale a.t.i. Integra s.r.l./Azzolini Costruzioni Generali s.p.a. vi era stata ammessa, deducendo i seguenti motivi:

- a) l'invalidità della cauzione provvisoria presentata dalla predetta, per la mancata autenticazione dei poteri e della firma del fideiussore;
- b) l'illegittima dimidiazione del cauzione provvisoria, in violazione dell'art. 75 d.lgs. n. 163 del 2006, in quanto la mandataria Integra s.r.l. non disponeva di certificazione di qualità per le attività oggetto di gara e aveva omesso di dichiarare espressamente di avvalersi del beneficio *de quo*;
- c) la violazione dell'art. 37, comma 15, d.lgs. n. 163 del 2006, per la mancata presentazione di scrittura privata autenticata d'impegno a costituire l'a.t.i. in caso di aggiudicazione;
- d) la violazione della *lex specialis* per l'omessa produzione delle analisi dei prezzi in allegato all'offerta economica, nonché per l'omessa sottoscrizione, da parte dell'impresa mandante, dei computi metrici allegati all'offerta economica.

5. Disattesa dal Tribunale adito con ordinanza n. 21/2011 del 21 aprile 2011 la domanda cautelare proposta dalla ricorrente principale (sulla base del rilievo che a un primo e sommario esame appariva fondato il secondo motivo del ricorso incidentale), il 29 aprile 2011 veniva stipulato il contratto d'appalto con la Fatigappalti s.p.a., con previsione di un termine di 710 giorni per l'esecuzione dei lavori, decorrente dalla data di consegna avvenuta contestualmente.

6. Con la sentenza in epigrafe (previa pubblicazione del dispositivo), l'adito Tribunale regionale di giustizia amministrativo provvedeva come segue:

(i) respingeva le eccezioni d'incompetenza territoriale e d'irricevibilità del ricorso principale, sollevate dalla controinteressata;

(ii) respingeva il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata;

(iii) accoglieva il ricorso principale, annullando il provvedimento di esclusione dell'a.t.i. prima classificata sulla base dei seguenti rilievi:

- la *lex specialis* non aveva previsto né l'onere di produrre, unitamente all'offerta economica, i giustificativi d'offerta, né, tanto meno, l'esclusione in caso di inottemperanza;

- neppure la nota di chiarimento della stazione appaltante del 13 settembre 2010, pubblicata sul relativo sito *web*, impositiva dell'onere di allegare i giustificativi d'offerta, comminava la sanzione di espulsione (in disparte ogni questione attorno alla legittimità, o meno, di simile integrazione postuma della *lex specialis* di gara);

- il principio di tipicità e tassatività delle cause di esclusione ostava all'introduzione di previsioni escludenti ambigue e incerte;

- il comma 5 dell'art. 86 d.lgs. n. 163 del 2006, che aveva previsto che le offerte fossero corredate, sin dalla presentazione, delle giustificazioni delle voci di prezzo che concorrevano a formare l'importo complessivo, era stato abrogato dall'art. 4-*quater*, comma 1, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito dalla l. 3 agosto 2009, n. 102;

- sarebbe stata comunque irragionevole la sanzione dell'esclusione in relazione a un inadempimento non significativo *a priori*, ma solo, ed eventualmente, nel concreto contesto della gara, in caso di emersione di un sospetto di anomalia dell'offerta;

(iv) dichiarava di conseguenza la caducazione dell'aggiudicazione disposta in favore della seconda classificata Fatigappalti s.p.a.;

(v) dichiarava l'inefficacia del contratto stipulato tra C.R.I. e Fatigappalti s.p.a., con riguardo al periodo successivo al 10 ottobre 2011, per i lavori non ancora eseguiti (tenendo conto della durata complessiva del contratto di 710 giorni, dell'esecuzione del contratto a far tempo dal 29 aprile 2011, e della conseguente quota di esecuzione già realizzata pari a ca. un quarto dell'intero);

(vi) disponeva l'aggiudicazione in favore dell'a.t.i. Integra s.r.l./Azzolini Costruzioni Generali s.p.a. e, preve verifiche di rito in ordine alla sussistenza dei requisiti, ne ordinava il subentro nel contratto per l'esecuzione dei lavori residui;

(vii) quanto alla quota dei lavori già eseguiti da Fatigappalti s.p.a., accoglieva la domanda di risarcimento per equivalente, dettandone i criteri di liquidazione (in misura pari al 10% dell'offerta economica presentata dall'a.t.i. ricorrente, rapportata alla quota già eseguita, ridotta al 50% con riguardo all'*aliunde perceptum vel percipiendum*) ed assegnando alla C.R.I. termine di sessanta giorni dalla pubblicazione della sentenza per la determinazione in contraddittorio, *ex art. 34, comma 4, Cod. proc. amm.*;

(viii) dichiarava le spese di causa interamente compensate tra tutte le parti.

7. Avverso tale sentenza (rispettivamente dapprima, in modo separato, avverso il dispositivo) interponeva appello la C.R.I. (con ricorso rubricato *sub* n. 7898 del 2011), deducendo i seguenti motivi:

a) l'erronea reiezione dell'eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado per tardività;

- b) l'erroneo accoglimento del ricorso principale con riguardo al provvedimento di esclusione, da ritenersi legittimo alla stregua delle previsioni del bando di gara e della nota del 13 settembre 2010, pubblicata sul sito *internet* della stazione appaltante;
- c) l'erroneo rigetto del motivo di ricorso incidentale, col quale era stata censurata l'erronea mancata esclusione della ricorrente principale per l'illegittima fruizione del beneficio della dimidiazione della cauzione *ex art.* 75 d.lgs. n. 263 del 2006 per effetto della mancata produzione della certificazione di qualità conforme alle norme europee UNI EN ISO 9000, con riguardo alla tipologia dei lavori oggetto di gara;
- d) l'erroneo accoglimento della domanda di declaratoria d'inefficacia del contratto e di subentro della ricorrente principale nel rapporto contrattuale, sotto vari profili.

L'appellante C.R.I. chiedeva dunque, previa sospensione della provvisoria esecutorietà dell'appellata sentenza e in sua riforma, il rigetto dell'avversario ricorso principale di primo grado.

8. Con separato ricorso (rubricato *sub* n. 588 del 2012) interponeva appello anche l'originaria controinteressata Fatigappalti s.p.a., deducendo i seguenti motivi:

- a) l'erronea reiezione dell'eccezione d'incompetenza territoriale per essere competente a conoscere della presente controversia il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, Sede di Roma, essendo l'intero procedimento di gara stato svolto presso la sede del Comitato centrale della C.R.I. in Roma;
- b) l'erronea reiezione dell'eccezione di irricevibilità del ricorso di primo grado per tardività, sotto vari profili;
- c) l'erroneo rigetto del motivo di ricorso incidentale *sub* 4.a), concernente la mancata autenticazione dei poteri e della firma del fideiussore;
- d) l'erroneo rigetto del motivo di ricorso incidentale *sub* 4.b), relativo

all'illegittima dimidiazione della cauzione provvisoria;

e) l'erroneo rigetto del motivo di ricorso incidentale *sub* 4.c), relativo all'omessa produzione di scrittura privata autenticata d'impegno a costituire l'a.t.i. in caso di aggiudicazione, in violazione dell'art. 37, comma 15, d.lgs. n. 163 del 2006;

f) l'erroneo rigetto del motivo di ricorso incidentale *sub* 4.d), relativo all'omessa produzione delle analisi dei prezzi in allegato all'offerta economica e all'omessa sottoscrizione, da parte dell'impresa mandante, dei computi metrici allegati all'offerta economica;

g) in via subordinata, l'erroneo accoglimento dell'avversario ricorso principale di primo grado, assumendo la legittimità dell'esclusione dell'a.t.i. Integra s.r.l./Azzolini Costruzioni Generali s.p.a. per mancata produzione dei giustificativi d'offerta, richiesta a pena di esclusione, in violazione della *lex specialis*;

h) l'erroneo accoglimento della domanda di risarcimento in forma specifica di subentro nel contratto, sotto vari profili.

L'appellante Fatigappalti s.p.a., nell'atto d'appello formulava, inoltre, "*motivi aggiunti a ricorso incidentale*" sulla base della premessa che la C.R.I. solo in data 6 ottobre 2011 avesse consentito l'accesso all'offerta tecnica dell'a.t.i. Integra s.r.l./Azzolini Costruzioni Generali s.p.a., in precedenza negato, deducendo censure volte a contestare come erronea, ingiusta, incongrua e non motivata l'assegnazione, in eccesso, dei punteggi tecnici all'offerta tecnica formulata dal predetto raggruppamento.

L'appellante Fatigappalti s.p.a. chiedeva dunque, previa sospensione della provvisoria esecutorietà dell'appellata sentenza, la reiezione, in rito e nel merito, dell'avversario ricorso principale.

9. Costituendosi in giudizio, le appellate Integra s.r.l. e Azzolini Costruzioni Generali s.p.a. contestavano la fondatezza degli appelli, chiedendone il rigetto con vittoria di spese.

10. Accolta parzialmente e in via interlocutoria fino al 28 febbraio 2012 (in attesa del deposito della motivazione dell'appellata sentenza) l'istanza di sospensiva, le parti all'udienza camerale del 28 febbraio 2012 chiedevano l'abbinamento al merito, fissata all'odierna udienza pubblica, nella quale la causa veniva trattenuta in decisione.

11. I ricorsi in appello di cui in epigrafe, da riunire in quanto diretti contro la medesima sentenza, sono infondati.

11.1. Procedendo in ordine logico –*ex* artt. 76, comma 4, Cod. proc. amm. e 276 Cod. proc. civ. – alla disanima delle questioni devolute al Collegio con i due appelli, si osserva che correttamente è stata respinta l'eccezione di incompetenza territoriale.

Premesso che a norma dell'art. 13, comma 1, Cod. proc. amm. tra i due criteri di riparto della competenza territoriale, quello del luogo della sede dell'autorità emanante, e quello del luogo di produzione degli effetti dell'atto impugnato, deve darsi la prevalenza a quest'ultimo in virtù del dato letterale costituito dall'uso dell'espressione “*comunque*”, rileva il Collegio che ai fini dell'individuazione del Tribunale amministrativo regionale competente a conoscere del ricorso avverso gli atti di una procedura di evidenza pubblica (ivi compresi eventuali provvedimenti di esclusione) deve aversi riguardo al luogo di produzione degli effetti diretti cui è preordinato l'atto finale della procedura, ossia all'ambito territoriale di esplicazione dell'attività dell'impresa aggiudicataria conseguente all'emanazione dell'atto di aggiudicazione e alla stipula contrattuale, e dunque al luogo di esecuzione dei lavori, indipendentemente dalla sede della stazione appaltante, dal luogo di svolgimento delle operazioni di gara e/o dalla sede dei partecipanti alla gara.

Dovendo nel caso di specie il lavori oggetto della gara d'appalto essere eseguiti interamente nell'ambito provinciale di Trento, correttamente nell'impugnata sentenza è stata affermata la competenza territoriale

dell'adito Tribunale regionale di giustizia amministrativa a conoscere della controversia.

11.2. Merita, altresì, conferma la reiezione dell'eccezione di tardività del ricorso di primo grado, in quanto:

- l'impugnato atto di esclusione risulta comunicato alle odierne ricorrenti a mezzo fax il 15 febbraio 2011, sicché il termine dimidiato di trenta giorni per la notifica del ricorso introduttivo era venuto a scadenza il 18 marzo 2011, tenuto conto della proroga di diritto al primo giorno feriale successivo alla giornata di festività nazionale del 17 marzo 2011 (proclamata tale dal d.-l. 22 febbraio 2001, n. 5, convertito dalla l. 21 aprile 2011, n. 47);
- il ricorso di primo grado risulta notificato il 18 marzo 2011 (data di spedizione, rilevante ai fini dell'impedimento della decadenza), ossia l'ultimo giorno utile;
- la prescrizione del bando e del disciplinare di gara datati 27 luglio 2010 (integrata dai chiarimenti della stazione appaltante intervenuti il 13 settembre 2010), che secondo l'assunto delle odierne appellanti avrebbe imposto di corredare l'offerta economica dei giustificativi delle voci dell'offerta, può ritenersi assurta a concreta efficacia lesiva solo al momento della disposta esclusione dell'a.t.i. odierna appellata dalla gara, risultata prima classificata;
- l'onere di immediata impugnazione delle clausole della *lex specialis* riguarda le sole disposizioni concernenti i requisiti soggettivi di partecipazione e quelle che integrano un'immediata preclusione alla partecipazione alla gara, da cui esula la prescrizione di gara in contestazione (qualora interpretata nel senso sostenuto dalle odierne appellanti);
- correlare il *dies a quo* del termine d'impugnativa giudiziale alla data di presentazione dell'offerta (come assunto dalle odierne appellanti) contrasterebbe con elementari principi di economia processuale e di

semplificazione, costringendo le imprese partecipanti a iniziative giudiziarie sorrette da crisi di cooperazione meramente future ed eventuali, destinate a divenire attuali solo al momento della adozione dell'atto applicativo dell'asserita prescrizione escludente, con conseguente infondatezza anche sotto il profilo in esame dell'eccezione d'irricevibilità del ricorso di primo grado.

11.3. Meritano, poi, conferma le statuizioni di rigetto dei motivi del ricorso incidentale in primo grado, tese a contestare, sotto vari profili, la legittimità dell'ammissione dell'a.t.i. Integra s.r.l./Azzolini Costruzioni Generali s.p.a. alla procedura di gara.

11.3.1. Privo di pregio è, al riguardo, il motivo d'appello *sub* 8.c), concernente l'asserita mancata autenticazione dei poteri e della firma del fideiussore.

Infatti, la polizza fideiussoria prodotta dall'a.t.i. Integra s.r.l./Azzolini Costruzioni Generali s.p.a. reca la firma leggibile di Carbinì Anna, con allegata dichiarazione da cui si evince che la predetta, nella propria qualità di procuratrice generale della Itaca Consulting s.r.l., è “(...) *legittimata giusta procura a rogito Notaio Andrea Castelnuovo in data 11 novembre 2005, Rep. N. 164240 Raccolta n. 16480, Registrata a Roma l'11 novembre 2005, affinché in nome e per conto della Società FINWORLD SPA (...) emetta e sottoscriva atti di fideiussione a garanzia degli obblighi inerenti la partecipazione a gare di appalto a favore di enti pubblici (...)*”, con autentica notarile in calce – e, dunque, munita di maggiore grado di certezza rispetto a una dichiarazione sostitutiva *ex artt. 46 e 47 d.P.R. n. 445 del 2000* (la cui violazione pure è stata paventata dall'odierna appellante Fatigappalti s.p.a.) –, sulla base di una piana interpretazione letterale riferibile sia ai poteri dalla predetta rivestiti nell'ambito della Itaca Consulting s.r.l., sia ai poteri conferiti dalla Finworld s.p.a. giusta procura richiamata nel citato passaggio testuale della dichiarazione allegata alla polizza fideiussoria.

La polizza fideiussoria risulta, pertanto, rilasciata da soggetto in possesso, all'epoca della sua emissione, dei poteri di rilasciare garanzie per gare pubbliche, autenticati (assieme alla firma) per atto notarile, con conseguente manifesta infondatezza del motivo in esame.

11.3.2. Destituiti di fondamento sono, altresì, i motivi d'appello *sub* 8.d) e 7.c), dedotti da entrambe le appellanti con censure sostanzialmente identiche, riguardanti l'asserita illegittima dimidiazione della cauzione provvisoria e la correlativa deduzione di altra causa preclusiva d'ammissione alla gara dell'a.t.i. Integra s.r.l./Azzolini Costruzioni Generali s.p.a.

L'art. 40, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006 dispone testualmente: *“Le imprese, alle quali venga rilasciata da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000, usufruiscono del beneficio che la cauzione e la garanzia fideiussoria, previste rispettivamente dall'art. 75 e dall'art. 113, comma 1, sono ridotte, per le imprese certificate, del 50 per cento”*.

Corrispondentemente, l'art. 75, comma 7, d.lgs. n. 163 del 2006, in punto di disciplina della cauzione provvisoria a corredo dell'offerta, prevede che *“(...) l'importo della garanzia, e del suo eventuale rinnovo, è ridotto del cinquanta per cento per gli operatori economici ai quali venga rilasciata, da organismi accreditati, ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI ISO/IEC 17000, la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI CEI ISO 9000 (...)”*.

La certificazione del sistema di qualità aziendale richiesta ai fini in esame è dunque riferita al sistema agli aspetti gestionali dell'impresa nel suo complesso, con riferimento alla globalità delle categorie e classifiche, e non inerisce a singole lavorazioni, la cui certificazione può venir in rilievo ai diversi fini dei requisiti di capacità tecnica dell'impresa.

Orbene, nel caso di specie il certificato di qualità UNI EN ISO 9001:2000 prodotta in sede di gara dalla Integra s.r.l. (certificato n. 6216, conforme al regolamento tecnico SINCERT) e rilasciato per le attività rientranti – per quanto qui interessa – nel settore EA 28 (*“Imprese di costruzione, installatori di impianti e servizi”*), contiene l’espressa testuale specificazione che *“(...) la presente certificazione si intende riferita agli aspetti gestionali dell’impresa nel suo complesso ed è utilizzabile ai fini della qualificazione delle imprese di costruzione ai sensi dell’articolo 8 della legge 11 febbraio 1994 e successive modificazioni e del d.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 (...)”*, in tal modo riferendosi alla globalità delle categorie e delle classifiche per le quali l’impresa era qualificata (v., nello stesso senso, in fattispecie analoga, C.d.S., Sez. V, 3 febbraio 2011, n. 789). Ne deriva che la prodotta certificazione, a norma del combinato disposto degli artt. 40, comma 7, e 75, comma 7, d. lgs. n. 163 del 2006, era idonea a giustificare la dimidiazione della cauzione.

La prescrizione della *lex specialis*, peraltro non specificamente riferita al beneficio in esame, relativa alla presentazione dell’attestazione di qualificazione rilasciata da una SOA che documentasse il possesso *“(...) a. della qualificazione per esecuzione e progettazione per lavori nella/e categoria/e richiesta/e per la realizzazione dei lavori d’appalto; b. del sistema di gestione per la qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000 ai sensi dell’art. 40, comma 3, lett. a) e b) del Codice (...)”* (v. così, testualmente, la prescrizione del disciplinare di gara), ai fini della fruizione del beneficio *de quo* deve essere intesa in senso conforme alle citate disposizioni del d.lgs. n. 163 del 2006, con conseguente corretta reiezione, nell’appellata sentenza, della censura dell’inidoneità della prodotta documentazione a giustificare il dimezzamento della cauzione provvisoria, ai fini della sua operatività peraltro non presupponente un’esplicita e formale domanda o dichiarazione di parte, dovendosi la volontà di avvalersi del beneficio ritenere insita nell’allegazione della certificazione di qualità aziendale all’uopo necessaria e

nel concreto versamento della cauzione in misura dimidiata.

11.3.3. Infondato è anche il motivo d'appello *sub* 8.e), col quale l'originaria controinteressata si lamenta dell'erroneo rigetto della censura di ricorso incidentale relativa all'omessa produzione di scrittura privata autenticata d'impegno a costituire l'a.t.i. in caso di aggiudicazione, in pretesa violazione dell'art. 37, comma 15, d.lgs. n. 163 del 2006, riferendosi invero il requisito di forma della scrittura privata autenticata all'atto di costituzione del raggruppamento temporaneo con mandato collettivo speciale con rappresentanza conferita all'impresa capogruppo mandataria, e non essendo per contro l'impegno preliminare a costituire il raggruppamento, di cui al precedente comma 8 dello stesso articolo di legge, assoggetto a siffatto requisito formale.

11.3.4. Parimenti da respingere è il motivo *sub* 8.f), in quanto, come correttamente rilevato dal primo giudice:

- dal verbale di gara del 10 febbraio 2011 risulta, con efficacia di prova fino a querela di falso, che in tutte le buste "C" contenenti l'offerta economica, e dunque anche in quella presentata dall'a.t.i. Integra s.r.l./Azzolini Costruzioni Generali s.p.a., erano inserite le analisi dei prezzi;
- i computi metrici risultano sottoscritti, in ogni pagina, dall'arch. Marino Azzolini, legale rappresentante della Azzolini Costruzioni Generali s.p.a., con firma *ictu oculi* riferibile al predetto (anche in assenza del timbro della società) sulla base di un esame comparativo con altri documenti di gara riportanti la sua sottoscrizione.

11.4. Quanto ai "*motivi aggiunti a ricorso incidentale*" formulati nell'atto d'appello, deve accogliersi l'eccezione di tardività al riguardo formulata da parte appellata.

Infatti, l'atto in questione risulta notificato il 24 gennaio 2011, ampiamente oltre il termine di trenta giorni *ex art.* 120, comma 5, Cod. proc. amm. – previsto, per la proposizione di motivi aggiunti, già nell'originaria versione

della citata disposizione codicistica, ancora prima della novella apportata dal d.lgs. 15 novembre 2011, n. 195 –, nella specie decorrente dal 6 ottobre 2011, indicato dalla stessa appellante Fatigappalti s.p.a. come data di accesso all'offerta tecnica dell'odierna appellata e da individuarsi (quale data di conoscenza dei dedotti vizi) come *dies a quo* per la proposizione dei motivi aggiunti che investono non la sentenza, ma le operazioni di gara (segnatamente, l'assegnazione dei *sub*-punteggi tecnici all'offerta tecnica dell'a.t.i. Integra s.r.l./Azzolini Costruzioni Generali s.p.a.).

Resta impedito l'ingresso di ogni correlativa questione di merito.

11.5. Privi di pregio sono i motivi d'appello *sub* 8.g) e 7.b), dedotti da entrambe le appellanti, con censure sostanzialmente identiche, avverso la statuizione di accoglimento del ricorso principale di primo grado e il conseguente annullamento dell'esclusione dell'a.t.i. Integra s.r.l./Azzolini Costruzioni Generali s.p.a., disposta per la mancata produzione dei giustificativi d'offerta unitamente all'offerta medesima.

Premesso che la presente procedura di evidenza pubblica è sottratta *ratione temporis* all'ambito applicativo del previgente art. 86, comma 5, d.lgs. n. 163 del 2006, abrogato dall'art. 4-*quater*, comma 1, d.l. 1 luglio 2009, n. 78, convertito dalla l. 3 agosto 2009, n. 102, col conseguente venir meno sia della previsione delle giustificazioni a corredo dell'offerta sia della previsione di attribuzione al bando o alla lettera d'invito del compito di precisare le modalità di presentazione delle giustificazioni, si osserva che nel caso di specie la *lex specialis* non aveva previsto, in modo chiaro e univoco, né l'onere di produrre, unitamente all'offerta economica, i giustificativi d'offerta, né, tanto meno, l'esclusione in caso di inottemperanza a siffatto onere. La stazione appaltante, con successiva nota del 13 settembre 2010, intitolata “risposte ai quesiti più comuni” e pubblicata sul proprio sito *web*, prevedeva al punto 6) testualmente: “I giustificativi di offerta devono essere prodotte nella busta contestualmente alla presentazione dell'offerta

e inseriti nella busta n. 3 recante la dicitura "Offerta Economica". Manca tuttavia, anche nella nota di chiarimento, la comminatoria della sanzione espulsiva.

Il primo giudice pertanto correttamente, in applicazione dei principi della tipicità e tassatività delle cause di esclusione – già prima della novella apportata all'art. 46 d.lgs. n. 163 del 2006 dal d.-l. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla l. 12 luglio 2011, n. 106, da ritenersi immanenti all'ordinamento, come da consolidato orientamento giurisprudenziale di questo Consiglio di Stato –, ha annullato il provvedimento di esclusione, basato su una previsione ambigua e incerta della richiamata nota a chiarimento, altrettanto puntualmente rilevando che l'applicazione della sanzione escludente da parte della stazione appaltante, a fronte dell'incontestata assenza di anomalia dell'offerta presentata dall'a.t.i. risultata prima classificata, doveva ritenersi comunque in contrasto coi principi di adeguatezza, proporzionalità e ragionevolezza, eppertanto viziata anche sotto tale profilo.

11.6. Infondati sono, infine, anche i motivi *sub* 8. h) e 7.d), diretti avverso le statuizioni di declaratoria d'inefficacia del contratto stipulato tra C.R.I. e Fatigappalti s.p.a., con riguardo al periodo successivo al 10 ottobre 2011, per i lavori non ancora eseguiti, e di subentro nel contratto disposto in favore dell'a.t.i. Integra s.r.l./Azzolini Costruzioni Generali s.p.a., in quanto:

- deve escludersi la paventata impossibilità oggettiva di subentro nel contratto per l'asserita profonda differenza tra i progetti presentati dalle rispettive imprese antagoniste, non emergendo siffatta incompatibilità oggettiva neppure dalla documentazione prodotta nel presente grado di giudizio ed apparendo le dedotte divergenze, tutt'al contrario, superabili sotto il profilo tecnico in sede di esecuzione dei lavori ancora da realizzare, eventualmente anche attraverso il ricorso all'istituto delle varianti in corso d'opera *ex art.* 132 d.lgs. n. 163 del 2006 (entro i consentiti limiti di legge);

- la statuizione di risarcimento in forma specifica è pienamente conforme ai criteri fissati dall'art. 122 d.lgs. n. 163 del 2006, per le ragioni sul punto analiticamente enunciate a pp. 30-32 dell'appellata sentenza – l'antigiuridicità del comportamento della stazione appaltante costituita dall'illegittima esclusione della prima classificata; il superiore interesse oggettivo della stazione appaltante in ordine all'esecuzione dei lavori da parte dell'impresa che aveva formulato l'offerta economicamente più vantaggiosa; la natura dei vizi accertati che non comportano la necessità di rinnovare la gara; la possibilità dell'a.t.i. originaria ricorrente principale di conseguire l'aggiudicazione quale prima classificata in assenza di riscontrata anomalia dell'offerta; il dichiarato interesse della prima classificata al subentro nel contratto (con correlativa domanda risarcitoria in forma specifica da ritenersi contenuta nel ricorso introduttivo di primo grado, come da corretta interpretazione al riguardo adottata dal Tribunale); lo stato non avanzato dell'esecuzione dei lavori, eseguito per una quota inferiore al quarto; il mancato contrasto del disposto subentro, anche sotto un profilo tempistico, col generale interesse pubblico –, pienamente condivise dal Collegio e, per il resto, non incrinata dalle argomentazioni svolte dalle odierne appellanti, che *in parte qua* si risolvono nell'assunto apodittico dell'impossibilità di un risarcimento in forma specifica.

11.7. Nessun motivo d'appello specifico risulta invece sviluppato avverso la statuizione *sub* 6.(vii), di accoglimento della domanda risarcitoria per equivalente con riguardo alla quota dei lavori già eseguiti da Fatigappalti s.p.a., sicchè ogni relativa questione esula dai limiti oggettivi del presente giudizio d'impugnazione.

12. Si ravvisano i presupposti di legge per dichiarare le spese del presente grado di giudizio interamente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente

pronunciando sugli appelli tra di loro riuniti, come in epigrafe proposti (ricorsi n. 7898 del 2011 e n. 588 del 2012), li respinge e, per l'effetto, conferma l'appellata sentenza; dichiara le spese del presente grado di giudizio interamente compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Rosanna De Nictolis, Consigliere

Maurizio Meschino, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11/07/2012

IL SEGRETARIO

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