

N. 05542/2013REG.PROV.COLL.
N. 00225/2012 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 225 del 2012, proposto da:

Monrif Net Srl, in proprio e quale mandataria Rti fra Rti-Monrif Net Srl, Rti-Paesionline Srl, Rti-Zeppelin Group Srl, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Benedetto Graziosi, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Unicity Spa, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Filippo Brunetti, Francesco Scanzano, con domicilio eletto presso studio legale Chiomenti in Roma, via XXIV Maggio, 43;

nei confronti di

Promuovi Italia Spa, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Valerio Menaldi, Pasquale Cristiano, con domicilio eletto presso Valerio Menaldi in Roma, via Savoia, 78;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. del LAZIO –Sede di ROMA - SEZIONE I n. 10288/2011, del dispositivo di sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA:

SEZIONE I n. 09681/2011, il tutto reso tra le parti ,concernente AGGIUDICAZIONE GARA PER L'AFFIDAMENTO DEI SERVIZI TECNICI RELATIVI ALLA REDAZIONE DEL PORTALE NAZIONALE DEL TURISMO WWW.ITALIA.IT .

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Promuovi Italia Spa e di Unicity Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 ottobre 2013 il Consigliere Fabio Taormina e uditi per le parti gli avvocati Bruno Taverniti (su delega di Benedetto Graziosi), Francesco Scanzano e Marco Mariani (su delega di Valerio Menaldi);

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza in epigrafe appellata il Tribunale amministrativo regionale del Lazio – sede di Roma - ha deciso il ricorso di primo grado (corredato da motivi aggiunti) proposto dalla Unicity S.p.A odierna parte appellata volto ad ottenere l'annullamento del provvedimento di Promuovi Italia S.p.A., in data 1° dicembre 2010, prot. n. OC/1000-10/rdf, avente ad oggetto “procedura di gara per l'assegnazione dei servizi tecnici relativi alla redazione del portale nazionale del turismo www.italia.it – comunicazione risultanze di gara ex art. 79 D.Lgs. n. 163/06”, della deliberazione del C.d.A. di Promuovi Italia S.p.A. del 25 novembre 2010 e della “nota al C.d.A.” avente ad oggetto “gara per l'assegnazione dei servizi tecnici relativi alla redazione del portale nazionale del turismo www.italia.it – Aggiudicazione”, di tutti i verbali della commissione di gara e di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e consequenziale, ivi compreso il

bando di gara inviato alla pubblicazione sulla G.U.C.E. in data 18 maggio 2010, avente ad oggetto “Assegnazione dei servizi tecnici relativi alla redazione del portale nazionale del turismo www.italia.it” e del bando (versione integrale) pubblicato sul sito internet di Promuovi Italia S.p.A. (www.promuovitalia.it) e del capitolato tecnico.

L'odierna appellata aveva esposto di essersi classificata al secondo posto della gara indetta con bando pubblicato in G.U.C.E. il 18 maggio 2010, (procedura aperta per l'affidamento dei servizi tecnici relativi alla redazione del portale nazionale del turismo www.italia.it, per un importo a base d'asta pari ad € 2.030.000,00).

La detta gara era stata aggiudicata al controinteressato raggruppamento formato da Monrif Net s.r.l., Paesionline s.r.l., Zeppelin Group s.r.l., avente la prima delle indicate imprese quale capogruppo.

L'odierna parte appellata era insorta deducendo otto articolate macrocensure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Aveva poi proposto motivi aggiunti, a seguito di accesso agli atti, sostenendo la violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. g), del D.Lgs. 163/2006 e del bando di gara, nonché l'eccesso di potere, a fronte dell'insussistenza, in capo alla mandante Paesionline s.r.l., del requisito della regolarità fiscale di cui alla detta disposizione del Codice dei contratti.

L'odierna appellante principale Monrif Net s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI costituito con Paesionline s.r.l. e Zeppelin Group s.r.l., si era costituita ed aveva contestato la fondatezza delle argomentazioni esposte dalla parte originaria ricorrente, proponendo, altresì, un ricorso incidentale fondato su tre macrocensure di violazione di legge ed eccesso di potere.

Il primo giudice, con ordinanza n. 3675 del 29 aprile 2011, aveva accolto l'istanza proposta da Unicity, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., a fronte

del differimento dell'accesso disposto da Promuovi Italia S.p.A. in relazione alla richiesta dalla Unicity stessa, formulata nei riguardi della Stazione appaltante, ed aveva, per l'effetto, disposto che quest'ultima provvedesse al deposito in giudizio della documentazione chiesta da Unicity con istanza del 20 dicembre 2010.

Il deposito documentale aveva consentito alla originaria ricorrente principale di articolare i motivi aggiunti.

Il Tar ha innanzitutto premesso alla partita disamina dei motivi un approfondito excursus in ordine agli orientamenti giurisprudenziali in punto di ordine di esame delle questioni devolute allo scrutinio giudiziale; all'esito di quest'ultimo ha esposto l'ordine di esame cui si sarebbe attenuto, affermando che avrebbe proceduto, in primo luogo, all'esame del ricorso incidentale "escludente", secondariamente, alla disamina del ricorso principale e, da ultimo, ed eventualmente (nel caso, cioè, di accoglimento del ricorso principale), alla delibazione del ricorso incidentale condizionato.

Attenendosi a tale ordine di esame, ha in primo luogo vagliato le doglianze contenute nel ricorso incidentale di Monrif Net, con le quali veniva argomentata l'illegittima ammissione alla procedura selettiva della appellata Unicity, escludendole la accoglibilità.

In particolare, ha respinto il primo motivo di censura relativo alla asserita inammissibilità della offerta presentata dalla Unicity (incentrato sulla omessa garanzia di una prestazione prevista dal bando e consistente nell'aggiornamento del "calendario eventi" con cadenza almeno settimanale: ciò muovendo dal presupposto che la Relazione tecnica presentata da Unicity annetteva carattere di "costanza" all'aggiornamento di che trattasi, in presenza dell'emersione di "notizie di interesse", senza, però, cadenzare puntualmente tale adempimento).

Il primo giudice ha escluso la fondatezza del mezzo, in quanto, al punto 2.7 dell'Elaborato C dell'Offerta tecnica Unicity, era stato espressamente

indicato che “i principali eventi nazionali (recensiti in articoli, schede o approfondimenti o già presenti nel portale) verranno segnalati in un adeguato calendario disposto ad hoc e aggiornato con frequenza quotidiana”.

Risultava quindi smentita la detta censura incidentale all’esame, atteso che la frequenza di aggiornamento di che trattasi era stata garantita con frequenza (quotidiana) addirittura superiore alle prescrizioni di lex specialis (capitolato di gara): sì da doversi escludere che, sotto tale aspetto, l’offerta Unicity fosse suscettibile di esclusione.

Quanto alla seconda censura incidentalmente proposta e postulante la esclusione della odierna appellata, il Tar ha rammentato che ivi era stata stigmatizzata la circostanza che relativamente alla “produzione di notizie” (richiesta fra i servizi da offrire nell’ambito della categoria “News” del realizzando portale), la predetta offerente aveva dichiarato di volersi avvalere, fra gli altri, anche dell’Agenzia ANSA.

Posto che anche la predetta Agenzia ANSA aveva partecipato alla gara, se ne inferiva una pratica “commistione” fra diversi partecipanti, sanzionabile ex artt. 11 comma 6, 37 comma 7 e 49 comma 8 del D.Lgs. 163/2006.

Senonché, in contrario senso, il primo giudice ha rimarcato che l’Elaborato D della Offerta tecnica di Unicity riportava (punto 4.) una “lista delle fonti che saranno utilizzate per la redazione delle notizie per le sezioni “Notizie” e “Calendario”, suscettibile di essere costantemente aggiornata durante l’erogazione del servizio.

Nell’elenco, esposto in ordine alfabetico, erano state indicate le “principali agenzie di informazione italiane ed i relativi riferimenti web” (e vi erano ricomprese, accanto ad ANSA, anche altre fonti di agenzia aventi notoria rilevanza a livello nazionale fra le quali Adn Kronos, Italtpress, Reuters Italia).

Nello stesso punto 4 era stato anche fornito un elenco (corredato dai

corrispondenti riferimenti web) degli organismi di categoria (INPGI, FNSI, Ordine dei Giornalisti, Ministero delle Comunicazioni) e delle altre fonti (Siti ufficiali di Regioni, Province, Comuni; siti ufficiali di riviste specializzate nel settore turistico; portali esteri ufficiali per la promozione del turismo in ambito europeo ed extraeuropeo) a tali fini rilevanti.

Ne discendeva, pertanto, che l'indicazione nel novero delle fonti suscettibili di essere utilizzate a fini di implementazione delle Sezioni del portale "News" e "Calendario" anche di ANSA, non aveva realizzato alcuna "commistione" fra soggetti partecipanti alla procedura selettiva in posizioni distinte, quanto contrapposte in un'ottica competitiva, essendosi invece risolta nella mera elencazione di una platea di possibili fonti di attingimento di notizie.

Esclusa la fondatezza del ricorso incidentale "escludente", mercé il quale Monrif Net aveva dedotto l'illegittima ammissione alla gara di Unicity, il Tar – in armonia con l'ordine di esame delle questioni illustrato- ha preso in esame il ricorso principale articolato da Unicity.

Di esso ha affermato la infondatezza con riguardo: a) sia alla censura secondo cui, in violazione dell'art. 19 del bando e dell'art. 11, comma 8, del D.Lgs. 163/2006, la Stazione appaltante aveva proceduto alla verifica dei requisiti in capo al raggruppamento aggiudicatario odierno appellante non già successivamente all'aggiudicazione provvisoria, ma a seguito dell'aggiudicazione definitiva (la quale, per l'effetto, sarebbe stata disposta da Promuovi Italia in difetto del previo svolgimento di tale adempimento); b) sia di quelle (secondo e terzo motivo di ricorso) incentrate sull'asserito malgoverno dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 (ivi si era sostenuto il difetto della dichiarazione ad opera di tutti i soggetti aventi funzione di rappresentanza sia della mandataria Monrif Net, che della mandante Zeppelin Group).

Il primo giudice ha poi preso in esame (e questa volta accolto) il quarto

motivo di censura contenuto nel ricorso principale proposto dalla Unicity. Quest'ultimo era incentrato sulla violazione e falsa applicazione dell'art. 41 del D.Lgs 12 aprile 2006 n. 163, l'avvenuta violazione e falsa applicazione degli artt. 8, 9 punto 9.1., lett. a) e 13, punto 13.3., lett. a) del bando di gara, nonché l'eccesso di potere.

Ivi in particolare si era sostenuto che la dimostrazione della capacità economico-finanziaria di Monrif Net s.r.l. era stata inadeguatamente comprovata dalla referenza rilasciata in data 8 luglio 2010 da Monte dei Paschi di Siena, avendo tale istituto di credito affermato di non intrattenere rapporti diretti con la controinteressata, ma esclusivamente con la controllante di quest'ultima Monrif S.p.A.

In particolare, MontePaschi aveva dichiarato che:

- “Monrif Net s.r.l. opera nel settore informatico ed è di fatto controllata da Monrif S.p.A., società assistita in via fiduciaria dalla nostra Banca”;
- “il gruppo Monrif, di cui Monrif S.p.A. riveste il ruolo di holding finanziaria, vanta indiscussa competenza nel settore dell'editoria nel quale opera da anni riscuotendo stima e considerazione”;
- “pur non avendo rapporti diretti con Monrif Net s.r.l., per quanto ci risulta, il gruppo Monrif dispone di conoscenze e capacità adeguate a gestire appalti di rilevante importanza”.

Il primo giudice ha in proposito osservato che - come peraltro già colto da questa Sezione IV del Consiglio di Stato in sede cautelare con l'ordinanza n. 1418 del 30 marzo 2011 - “il contenuto di tale dichiarazione (come già rilevato dal Consiglio di Stato in sede di esame dell'istanza cautelare da Unicity proposta avverso l'ordinanza di questa Sezione n. 342/2011: si confronti in proposito l'ordinanza della Sezione IV n. 1418 del 30 marzo 2011) non soddisfaceva il fine perseguito dall'art. 41 del D.Lgs. 163/2006 e dalla lex specialis di gara. E' stata all'uopo richiamata la giurisprudenza che richiedeva che la banca che forniva la referenza dovesse mantenere rapporti

diretti con il soggetto imprenditoriale che utilizzava la referenza medesima e dovesse riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società per le quali le referenze sono richieste (quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con la banca, l'assenza di situazioni passive con la banca stessa e con altri soggetti).

Ciò, anche in considerazione che la garanzia patrimoniale della società controllante, ai sensi dell'art. 2740 c.c., non si estendeva alla società controllata, soggetto dotato di propria ed autonoma personalità giuridica, nonché di un patrimonio distinto rispetto a quello della società controllante.

Alla stregua di tali considerazioni - e richiamate le prescrizioni di cui ai punti 8.1, lett. c), 9.1, lett. a) 13.3, lett. a) del bando -, è stata affermata l'inidoneità della referenza predetta, sostanzialmente rilasciata da MontePaschi in favore della controllante Monrif S.p.A., ad essere utilizzata dalla controllata Monrif Net s.r.l. capogruppo mandataria del raggruppamento aggiudicatario e la invalidità dell'ammissione alla procedura selettiva del raggruppamento odierno appellante, con assorbimento dei rimanenti argomenti di doglianza prodotti da Unicity.

E' stato quindi esaminato dal Tar il ricorso incidentale condizionato proposto da Monrif Net s.r.l., con il quale quest'ultima ha dedotto l'illegittimità dell'intera procedura di gara - sollecitandone l'integrale annullamento - per violazione del principio di concentrazione e continuità delle sedute della Commissione all'uopo insediata.

Detta censura è stata disattesa in quanto è stato affermato il convincimento per cui il principio di continuità e di concentrazione delle operazioni di gara non doveva essere considerato assolutamente insuscettibile di eccezioni: in concreto, il Tar ha osservato che dalla data di insediamento della Commissione di gara (23 settembre 2010) alla data dell'ottava ed ultima seduta dell'organismo (17 novembre 2010) era decorso un arco temporale

inferiore ai due mesi, che, avuto riguardo alla particolare complessità tecnica delle operazioni valutative rimesse alla Commissione stessa in ragione dell'oggetto dell'appalto, non rivelava manifesto carattere di abnormità o anche soltanto di incongruità.

L'annullamento degli atti gravati (tra cui l'aggiudicazione disposta in favore del raggruppamento avente quale capogruppo mandataria Monrif Net s.r.l.), comportava – in ragione della presentazione di una sola offerta, appunto da parte del R.T.I. Unicity, oltre quella presentata dall'aggiudicataria – l'aggiudicazione della gara in favore della medesima odierna appellata.

L'aggiudicataria odierna parte appellante, già resistente rimasta soccombente nel giudizio di prime cure, ha proposto una articolata critica alla sentenza in epigrafe, chiedendo la riforma dell'appellata decisione.

Ha all'uopo riproposto i motivi contenuti nel proprio ricorso incidentale di primo grado disattesi dal primo giudice ed ha criticato la sentenza di primo grado, per il fatto che – nel respingere il primo motivo di ricorso incidentale - aveva omesso di considerare che l'elaborato B componente l'Offerta tecnica era richiesto a pena di esclusione.

La descrizione dei servizi offerti contenuta in altre parti/allegati dell'offerta era priva di valore negoziale e, posto che l'Elaborato B (come gli altri, del resto) componente l'Offerta tecnica era richiesto a pena di esclusione, l'unica conclusione logica era che la Unicity avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

Ma se anche (il che non era) fosse stato consentito correggere/integrare l'Elaborato B con altri allegati dell'offerta, ugualmente quest'ultima sarebbe risultata poco chiara e carente, in quanto l'Elaborato C (che sembrava correggere quello B) era contraddetto dal successivo Elaborato D; e da ciò emergeva che non era rispettato il requisito minimo di aggiornamento richiesto (che, comunque, avrebbe dovuto essere contenuto solo e soltanto

in seno all' Elaborato B).

Con la seconda censura dell'appello è stato riproposto il secondo mezzo incidentale di primo grado, relativo alla utilizzazione dei servizi Ansa (soggetto, quest'ultimo, del pari partecipante alla gara de qua), sostenendosi che, posto che l'Ansa partecipava alla medesima gara con proprio Rti, i servizi da questa offerti non potevano essere sussunti tra quelli offerti da altri partecipanti (argomento, quest'ultimo, che il Tar aveva del tutto obliato).

Con il terzo motivo di appello è stata criticata la sentenza di primo grado laddove ha accolto il quarto motivo del ricorso principale proposto da Unicity, sostenendo che la garanzia da essa presentata era idonea a soddisfare le prescrizioni del bando in quanto rientrante nel concetto di "altri documenti idonei" ex art. 41 comma 3 del dlgs n. 163/2006 e sollevando sul punto, in via subordinata, questione interpretativa pregiudiziale comunitaria.

Con il quarto motivo di appello è stato riproposto (in via condizionata e subordinata, tendendo quest'ultimo a fare invalidare l'intera gara) il terzo mezzo incidentale di primo grado, criticando la gravata decisione laddove questa aveva ritenuto non illegittimo l'indebito ed abnorme protrarsi delle operazioni di gara.

Si è in particolare sostenuto che il Tar aveva erroneamente avallato un modus operandi della stazione appaltante ingiustificabile ed illegittimo, che inficiava l'affidabilità dell'intera azione amministrativa.

L'appellante principale ha poi proposto alcuni "motivi aggiunti al ricorso incidentale di primo grado", facendo presente che essa, il 7.12.2011, era venuta a conoscenza di una nota dell'Agenzia delle Entrate datata 19 settembre 2011, che dava atto dello stato di irregolarità contributiva in cui versava la odierna appellata Unicity.

Essa non aveva potuto produrre motivi aggiunti in primo grado, in quanto

il dispositivo della sentenza oggi appellata era stato pubblicato il 9.12.2011: ex art. 104 c.3 del cpa, ha quindi proposto la censura in appello, chiedendo di annullare gli atti di gara nella parte in cui non avevano escluso l'appellata dalla procedura evidenziale, in quanto non aveva comunicato dette violazioni, che erano certamente gravi.

L'appellata si è costituita, depositando una articolata memoria, mercé la quale ha innanzitutto confutato i motivi di appello riproduttivi del ricorso incidentale di primo grado ed il mezzo tendente a censurare la statuizione contenuta nella gravata decisione con la quale era stato accolto il ricorso proposto da Unicity.

Ha poi chiesto che venissero dichiarati inammissibili, perché tardivi, i “motivi aggiunti” d'appello proposti dalla Monrif, in quanto il documento cui la stessa faceva riferimento era stato depositato nel corso della udienza di discussione tenutasi al Tar il 7.12.2011.

In ogni caso il motivo era infondato, in quanto la nota dell'Agenzia delle Entrate datata 19 settembre 2011 riguardava solamente questioni fiscali, e non anche contributive.

Secondariamente, ha fatto presente che la detta nota non era aggiornata e che essa aveva inoltrato in data 9.12.2011 una memoria alla stazione appaltante, chiarendo che essa, sia prima, che dopo la presentazione dell'offerta, era in regola con l'obbligo previsto ex art. 38 lett. g) del d.Lgs. n. 163/2006, tanto che la stessa stazione appaltante non aveva dato corso alla esclusione della Unicity dalla gara.

All'adunanza camerale del giorno 7 febbraio 2012, fissata per la deliberazione dell'istanza di sospensione cautelare dell'esecutività della impugnata sentenza, la Sezione, con ordinanza n. 00526/2012, ha respinto il petitum cautelare, avendo “rilevato che i motivi del ricorso in appello (ivi compresi quelli che costituiscono riproposizione del ricorso incidentale di primo grado) non appaiono forniti del prescritto fumus;” ed avendo “rilevato

altresì che, quanto al motivo di appello aggiunto nell'odierno grado di giudizio esso – del quale comunque non pare sussistere la decisività- non appare tempestivamente proposto, avuto riguardo anche alla circostanza che l'appellante ha riconosciuto che non risulta alcuna verbalizzazione della circostanza che sarebbe stato negato il differimento della udienza di primo grado a seguito di riserva di proposizione di motivi aggiunti al ricorso incidentale già proposto.”.

In vista della pubblica udienza tutte le parti processuali hanno depositato scritti difensivi, puntualizzando le proprie rispettive conclusioni.

Alla pubblica udienza del 22 ottobre 2013 la causa è stata posta in decisione dal Collegio

DIRITTO

1.L'appello principale è infondato e va pertanto respinto.

1.1. Al fine di perimetrare l'oggetto del giudizio ed esporre l'ordine logico cui si atterrà il Collegio nella disamina degli argomenti da scrutinare, appare doveroso rilevare che il primo aspetto da approfondire riposa nella individuazione delle censure scrutinabili dal Collegio.

1.2. A tal proposito, si sottolinea e ribadisce che (come già affermato in sede cautelare con la ordinanza n. 00526/2012) non sono ammissibili i motivi aggiunti proposti ex art. 104 c.3 del cpa.

1.2.1. Invero detta disposizione, derogatoria del principio del doppio grado di giudizio, fa espressa eccezione alla regola immanente nel sistema processuale consacrata sub art. 345 cpc, posta a presidio della regolare instaurazione del contraddittorio, del diritto di difesa delle parti e, in primis, appunto della garanzia del doppio grado di giudizio.

Sulla circostanza che la stessa detta essere interpretata ed applicata con cautela e che non sia suscettibile di interpretazioni analogiche od estensive non pare al Collegio vi sia da dubitare.

1.2.2. Ciò comporta che l'applicazione dell'istituto debba restare confinata

in un perimetro eccezionale e particolare, che dovrebbe di regola coincidere con ipotesi di comprovata assoluta impossibilità di articolare nel corso del giudizio di prime cure le difese ed i motivi prospettati direttamente in appello.

La detta evenienza non ricorre nel caso in esame: la documentazione asseritamente dimostrativa della sussistenza del lamentato vizio venne depositata in primo grado; parte impugnante avrebbe potuto e dovuto chiedere un differimento della trattazione, prospettando la necessità di proporre ulteriori motivi aggiunti in via incidentale: ove detta richiesta fosse stata disattesa, si potrebbe porre il problema della tempestività della proposizione dei motivi aggiunti in appello (e forse, per il vero dell'eventuale nullità della sentenza di prime cure per violazione del contraddittorio e del diritto di difesa).

In assenza di tali emergenze processuali (o di altre eventualmente a queste ultime assimilabili), i detti motivi aggiunti appaiono inammissibili.

1.3. La questione - ovviamente - è soltanto marginalmente intersecata dalla problematica cui ha fatto riferimento la difesa di parte appellante e nella concernente la ritualità - o meno - della produzione documentale in oggetto in primo grado.

E' la stessa parte appellante ad aver fatto presente di avere conosciuto il detto documento, dimostrativo, nell'assunto, di una irregolarità non rilevata anteriormente, comunque prima della celebrazione dell'udienza di primo grado mediante consegna da parte del difensore di parte avversa (pag. 2 della memoria Monrif del 5 ottobre 2013 terzultimo capoverso).

Essa a questo punto, avrebbe dovuto richiedere il differimento dell'udienza per eventualmente proporre nella sede propria ed ordinaria di primo grado il relativo motivo.

La circostanza (peraltro contestata) che i documenti non fossero stati formalmente depositati non appare dirimente in senso contrario: d'altro

canto nessuno può dubitare che, laddove la difesa dell'odierna parte appellante avesse conosciuto aliunde la detta documentazione prima della celebrazione dell'udienza, avrebbe ugualmente dovuto avanzare richiesta di differimento.

E posto che essa ne venne a conoscenza - e prima della trattazione della causa - in quella sede, avrebbe dovuto avanzare richiesta di differimento, prospettando l'eventualità di proporre motivi aggiunti.

Ciò non è avvenuto, di guisa che la censura non può essere proposta direttamente in sede d'appello, arrecando vulnus al tendenziale principio del doppio grado di giudizio obbligatorio (sempre rispettato dal processo amministrativo, ad esclusione del giudizio di ottemperanza).

3. Ciò premesso, si può procedere all'esame della esattezza – o meno- della statuizione demolitoria resa dal primo giudice, con portata assorbente rispetto alle altre censure.

4. Come si è prima accennato, il Tar ha ritenuto che la odierna appellante principale non avesse rispettato le prescrizioni del bando secondo cui le partecipanti alla gara dovevano presentare due referenze bancarie in quanto una delle referenze presentate dall'appellante principale riguardava l'intero gruppo Monrif e non già la controllata Monrif Net che aveva partecipato alla gara.

4.1. La detta circostanza non è contestata in punto di fatto dall'appellante principale, che tuttavia sostiene di essere stata nella impossibilità materiale di procurarsi detta seconda referenza bancaria a se stessa direttamente riferibile e, soprattutto, la equipollenza della garanzia presentata con quella richiesta dal bando, spingendosi ad ipotizzare, in via subordinata, la possibilità di sollevare quesito interpretativo alla Corte di Giustizia Ue sul punto.

4.2. Ritiene il Collegio che nessuna articolazione della censura colga nel segno.

Si rammenta in proposito che già in sede cautelare (appello avverso la ordinanza cautelare del T.A.R. per il Lazio, Sezione I, n. 342 dd. 7 gennaio 2011) questa Quarta Sezione del Consiglio di Stato, con la ordinanza n. 01418/2011, aveva affrontato la problematica, pervenendo alla affermazione (che di seguito si riporta integralmente) per cui: ““si appalesa fondato quantomeno il quarto ordine di censure dell’atto introduttivo del presente giudizio cautelare di secondo grado, laddove segnatamente è dedotta la violazione e falsa applicazione dell’art. 41 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, l’avvenuta violazione e falsa applicazione degli artt. 8, 9 § 9.1., lett. a) e 13, § 13.3., lett. a) del bando di gara, nonché eccesso di potere, posto che la dimostrazione della capacità economico-finanziaria di Monrif Net S.r.l. non può, nella specie, ragionevolmente essere comprovata dalla referenza rilasciata in data 8 luglio 2010 dal Monte dei Paschi di Siena, laddove tale Banca afferma di non avere rapporti diretti con la medesima controinteressata, ma con la controllante Monrif S.p.a.

Tale dichiarazione non sembra invero soddisfare il fine perseguito dall’art. 41 del D.L.vo 163 del 2006 e dalla lex specialis della gara, posto che la giurisprudenza richiede che la banca che fornisce la referenza deve – viceversa – mantenere rapporti diretti con il soggetto imprenditoriale che utilizza la referenza medesima (cfr., sul punto, ad es. Cons. Stato, Sez. V, 23 giugno 2008 n. 3108, nonché lo stesso T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 4 novembre 2009 n. 10828, laddove con diffusa argomentazione si afferma che la formula generica adoperata, con l’espressione “idonee referenze bancarie” senza ulteriori precisazioni, deve essere interpretata dalle banche nel senso - anche lessicalmente corretto - che esse devono riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società per le quali le referenze sono richieste, quali la correttezza e la puntualità di queste nell’adempimento degli impegni assunti con la banca, l’assenza di situazioni passive con la banca stessa con altri soggetti, nel mentre non rilevano elementi sulla

consistenza patrimoniale e finanziaria dei concorrenti): e ciò, anche in considerazione che la garanzia patrimoniale della società controllante a' sensi dell'art. 2740 c.c. non si estende alla società controllata, la quale è – per l'appunto – soggetto dotato di propria ed autonoma personalità giuridica, nonché di un patrimonio distinto rispetto a quello della società controllante.

Tali ultime considerazioni di fondo altrettanto ragionevolmente sembrano impedire – altresì – che la referenza sostanzialmente rilasciata dalla Banca a favore della Società controllante possa essere utilizzata dalla Società controllata al fine di “provare”, a' sensi dell'anzidetto art. 41, comma 3, del D.L.vo 163 del 2006, “la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante ... se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi ... di presentare le referenze richieste”, posto che la prova richiesta deve comunque riferirsi alla posizione della Società controllata, e non già di quella controllante.””.

Sin qui l'orientamento espresso dalla Sezione in sede cautelare.

Il primo giudice ha sostanzialmente condiviso e ribadito tale approdo; e questo Collegio non ritiene che le censure proposte ne intacchino la fondatezza.

Invero la disposizione normativa richiamata dal bando (art. 41 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163) così dispone:“1. Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:

- a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385;
- b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445;
- c) 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 .

2. Le amministrazioni precisano nel bando di gara i requisiti che devono essere posseduti dal concorrente, nonché gli altri eventuali che ritengono di richiedere. I documenti di cui al comma 1, lettera b), non possono essere richiesti a prestatori di servizi o di forniture stabiliti in Stati membri che non prevedono la pubblicazione del bilancio.

3. 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.

4. La dichiarazione di cui al comma 1, lettera a), è presentata già in sede di offerta. Il concorrente aggiudicatario è tenuto ad esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni di cui al comma 1, lettere b) e c).”.

Il terzo comma dell'ar. 41 citato, quindi (“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.) consente al concorrente di “superare” il disposto di cui al comma 1, ricorrendo ad altro “documento giudicato” idoneo: ciò laddove ricorrano “giustificati motivi” e, per altro verso, rimettendo il giudizio di “idoneità” o meno alla stazione appaltante.

Alla luce del predetto art. 41 comma 3, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, la presentazione d'idonee referenze bancarie comprovate dalla dichiarazione di "almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati" non può

considerarsi quale requisito "rigido", dovendosi conciliare l'esigenza della dimostrazione dei requisiti partecipativi con il principio della massima partecipazione alle gare di appalto, con conseguente necessità di prevedere dei temperamenti rispetto a quelle imprese che non siano in grado, per giustificati motivi, di presentare le referenze indicate.

Avveduta giurisprudenza di merito (T.A.R. Campania Salerno Sez. I, 11-10-2011, n. 1649) ha in passato ricostruito la ratio della superiore prescrizione normativa nei seguenti termini:

“E' legittimo il provvedimento di esclusione da una gara adottato da una stazione appaltante nei confronti di un concorrente che abbia allegato alla domanda di partecipazione alla procedura, una sola referenza bancaria, in luogo delle due o più previste dall'art. 41 del D.Lgs. n. 163/2006. In assenza di un espresso richiamo da parte del bando di gara o del capitolato d'appalto, si applica l'art. 41, c. 3, del D.Lgs. n. 163/2006, nella parte in cui legittima il concorrente che, per qualsiasi giustificato motivo, non sia stato in grado di presentare le richieste referenze, a comprovare, mediante qualsiasi altro idoneo documento, il possesso della capacità economica e finanziaria; tuttavia, siffatto temperamento va inteso nel senso che, al fine di avvalersi di tale opportunità, è fatto onere al concorrente di allegare il "motivo" dell'impedimento, in modo da consentire alla stazione appaltante di apprezzarlo e valutarne la concreta "giustificatezza". La possibilità di dimostrare a mezzo di documentazione alternativa il possesso dei requisiti deve intendersi normativamente e logicamente subordinata alla circostanza che il concorrente, il quale non abbia formalmente rispettato la clausola impositiva dell'allegazione di plurime ed idonee referenze, si avvalga dell'opportunità di dare, in concreto, adeguata giustificazione alla richiesta di fornire documentazione alternativa: in difetto, non può ritenersi imposto alla stazione appaltante di procedere comunque all'apprezzamento della documentazione presentata; nel caso di specie, siffatta documentazione

alternativa non risulta idonea, in quanto realizzata non a livello individuale dalla ditta concorrente, ma quale componente di una associazione temporanea di imprese.”

Si è detto in passato (Cons. St., V Sez., 23.06. 2008 n. 3108 e 22.4.2002, n. 2183), che la formula generica adoperata, con l'espressione “idonee referenze bancarie” senza ulteriori precisazioni, ben è stata interpretata dagli istituti bancari nel senso (anche lessicalmente corretto) che essi dovessero riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste (quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso). Gli istituti bancari, del resto, non potrebbero neppure fornire elementi diversi da questi ai quali si è fatto riferimento. In particolare, non potrebbero fornire elementi quantitativi relativi a situazioni patrimoniali o finanziarie, trattandosi di elementi che, di fatto, potrebbero non essere da loro conosciuti e che, comunque, anche se fossero disponibili, non potrebbero rendere noto a terzi, stante l'obbligo di riservatezza gravante sugli istituti bancari.

Tutta la produzione giurisprudenziale è concorde nell'affermare che, comunque, la “prova alternativa” debba essere riferita alla ditta partecipante.

Si è rilevato in proposito (Cons. Giust. Amm. Sic., 19-10-2010, n. 1290) che “il disposto dell'art. 41, co. 3 del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (secondo il quale "se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi di presentare le referenze richieste, può provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante"), non può essere letto come clausola generale di commutazione dei requisiti, tutte le volte che un soggetto non li possedga

in quanto ciò equivarrebbe ad una legittimazione obliquo modo consentita dalla disposizione così da completare la prova delle referenze attingendo ad altre specie di documenti, con la specificazione ulteriore che la formula normativa intende infatti consentire solo che il concorrente, il quale vanti il possesso dei requisiti ai sensi della specifica previsione di gara (ad esempio: un determinato fatturato nel triennio), ma non sia in grado di dimostrarli con i documenti indicati nella *lex specialis* della gara, possa avere la facoltà, ove sussistano giustificati motivi, di produrre una documentazione alternativa”.

4.1. La tesi dell'appellante è chiara: la “garanzia” riferibile al gruppo, si estende alle società controllate appartenenti al gruppo medesimo.

4.1.1. Essa non è accoglibile né in relazione alla specifica disposizione del “codice appalti” che prevede la detta “eccezione”, né con riferimento al canone interpretativo consolidato, che impone di interpretare in senso restrittivo le disposizioni che fanno eccezione ad una regola generale, né avuto riguardo alla ratio della prescrizione ed al sistema delle garanzie di diritto societario, siccome ricostruito dal autorevole giurisprudenza di legittimità civile.

4.1.2. Premesso che l'appellante non ha chiarito, né documentato in cosa consistano i “giustificati motivi” che l'avrebbero facultizzata ad avvalersi di detta disposizione derogatoria, né la lettera della disposizione in parola, né la ratio della prescrizione generale (all'evidenza tesa ad assicurare alle stazioni appaltanti idonee garanzie in relazione alla posizione della singola offerente) depongono nel senso prospettato da parte appellante.

4.1.3 Ancora, in contrario senso rispetto a quanto ipotizzato dall'appellante, si pone una serena disamina dei principi enucleati dalla giurisprudenza civile in punto di responsabilità del gruppo societario.

Quest'ultima, infatti, (ex aliis, si veda Cass. civ. Sez. I, 18-11-2010, n. 23344) è assestata nel ritenere che “ai fini della dichiarazione di fallimento

di una società, che sia inserita in un gruppo, cioè in una pluralità di società collegate ovvero controllate da un' unica società "holding", l'accertamento dello stato di insolvenza deve essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica della società medesima, poiché, nonostante tale collegamento o controllo, ciascuna di dette società conserva propria personalità giuridica ed autonoma qualità di imprenditore, rispondendo con il proprio patrimonio soltanto dei propri debiti.”.

La giurisprudenza amministrativa ha seguito analogo divisamento, in passato (Cons. Stato Sez. IV, 13-04-2005, n. 1699), pervenendo alla significativa affermazione secondo cui: “E' legittima l'esclusione dell'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”. Il bilancio della capogruppo, in sostanza, non può essere utilizzato per comprovare la capacità finanziaria per la partecipazione unitaria ad una gara pubblica, giacché questo si riferisce ad un soggetto distinto, avente la propria personalità giuridica ed offre una informazione della situazione economica del gruppo di società di riferimento (al fine di tutelare gli azionisti ed i soci della capogruppo e delle controllate, i dipendenti, i creditori delle varie società e gli investitori istituzionali).

Si è precisato nella motivazione di detta decisione, peraltro, che già in passato la giurisprudenza amministrativa aveva espresso il principio secondo cui il bilancio consolidato rappresenta la situazione patrimoniale e il risultato economico di un gruppo di imprese tra loro collegate e unite dal vincolo di controllo, ma tra loro autonome; pertanto, il bilancio consolidato di soggetti distinti aventi la propria personalità giuridica offre una informazione della situazione economica del gruppo di società di riferimento, al fine di tutelare gli azionisti e i soci della capogruppo e delle controllate, i dipendenti, i creditori delle varie società e gli investitori

istituzionali, ma non può essere utilizzato per comprovare la capacità finanziaria ai fini della partecipazione ad una gara pubblica (cfr. Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2000 n. 5412).

4.1.4. Per altro verso, sarà consentita una chiosa in punto di fatto che appare troncante: se si pone mente locale al tenore della “referenza” suindicata riferibile a MontePaschi, della quale, per comodità espositiva si riporta nuovamente il contenuto (“Monrif Net s.r.l. opera nel settore informatico ed è di fatto controllata da Monrif S.p.A., società assistita in via fiduciaria dalla nostra Banca”;

- “il gruppo Monrif, di cui Monrif S.p.A. riveste il ruolo di holding finanziaria, vanta indiscussa competenza nel settore dell’editoria nel quale opera da anni riscuotendo stima e considerazione”;

- “pur non avendo rapporti diretti con Monrif Net s.r.l., per quanto ci risulta, il gruppo Monrif dispone di conoscenze e capacità adeguate a gestire appalti di rilevante importanza”) non ne è neppure chiaro l’oggetto.

L’istituto bancario dovrebbe riferire di fatti caduti sotto la propria diretta percezione;

questi ultimi devono, tuttavia, riferirsi alla “capacità economica e finanziaria”.

La predetta nota, si sofferma unicamente sulle capacità “professionali” della holding, con affermazioni che appaiono maggiormente riferibili ad un cliente che ha ad essa commissionato dei servizi (“vanta indiscussa competenza” “riscuotendo stima e considerazione”; “dispone di conoscenze e capacità adeguate a gestire appalti di rilevante importanza”); piuttosto che di istituto bancario in grado di attestare solvibilità, solidità, mezzi finanziari, accesso al credito, etc.

In disparte che non è dato sapere da quale elemento Montepaschi ricavi detta considerazione, anche in concreto, la detta nota nulla comprova, e men che meno, come già chiarito, con specifico riferimento alla controllata.

Essa fa riferimento, a tutto concedere, ad una presunta capacità tecnica (che è cosa ben diversa da quella economica e finanziaria), ma certo la banca “garante” neppure a tal proposito sarebbe stato il soggetto più indicato per asseverare un simile dato (ex aliis, per un esempio pregnante, con riferimento al fatturato, si veda Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 1132 del 25-02-2009: “il disposto dell'art. 41, 3° comma, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 non può essere letto come clausola generale di commutazione dei requisiti, tutte le volte che un soggetto non li possenga. Ciò equivarrebbe ad una legittimazione "obliquo modo" consentita dalla disposizione così da completare la prova delle referenze attingendo ad altre specie di documenti. La formula normativa intende, infatti, consentire solo che il concorrente il quale vanta il possesso dei requisiti ai sensi della specifica previsione di gara (ad esempio: un determinato fatturato nel triennio), ma non sia in grado di dimostrarli con i documenti indicati nella lex specialis della gara, possa avere la facoltà, ove sussistano giustificati motivi, di produrre una documentazione alternativa”.

4.2. Le superiori affermazioni consentono altresì di rilevare che non è accoglibile la richiesta di sospensione del procedimento e di rimessione della questione interpretativa alla Corte di Giustizia UE, siccome richiesto da parte appellante in via subordinata (per l'ipotesi di denegato accoglimento della censura) a pag. 22 del ricorso in appello.

4.2.1. Come è noto, costituisce jus receptum il principio per cui anche i giudici di ultima istanza non sono tenuti a sottoporre alla Corte una questione di interpretazione di norme comunitarie se questa non è pertinente (vale a dire nel caso in cui la soluzione non possa in alcun modo influire sull'esito della lite), se la questione è materialmente identica ad altra già decisa dalla Corte o se comunque il precedente risolve il punto di diritto controverso, o se la corretta applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciar adito a nessun ragionevole dubbio

sulla soluzione da dare alla questione sollevata (cfr, Corte Giust, CE, 6-10-82, C 283/81, Cilfit).

Per altro verso, la Corte ha affermato in passato (sentenza Placanica 6 marzo 2007, n. 338, Cause riunite C-338/04 e C-360/07, ai punti 36 e 37 che (con riferimento alla ripartizione delle responsabilità nell'ambito del sistema di cooperazione istituito dall'art. 234 CE e succ. mod), se è vero che l'interpretazione delle disposizioni nazionali incombe ai giudici nazionali e non alla Corte e non spetta a quest'ultima pronunciarsi, nell'ambito di un procedimento avviato in forza di tale articolo, sulla compatibilità di norme di diritto interno con le disposizioni del diritto comunitario, per contro, la Corte è competente a fornire al giudice nazionale tutti gli elementi d'interpretazione propri del diritto comunitario che gli consentano di valutare la compatibilità di norme di diritto interno con la normativa comunitaria (v., in particolare, sentenze 30 novembre 1995, causa C-55/94, Gebhard, Racc. pag. I-4165, punto 19, nonché Wilson, citata, punti 34 e 35).

Inoltre, si è ivi osservato che, sebbene nel caso in cui il contenuto letterale della questione sottoposta in via pregiudiziale inviti la Corte a pronunciarsi sulla compatibilità di una disposizione di diritto interno con il diritto comunitario, benché la Corte non possa risolvere tale questione così come essa viene formulata, “nulla le impedisce di dare una soluzione utile al giudice del rinvio fornendo a quest'ultimo gli elementi di interpretazione che rientrano nel diritto comunitario che consentiranno allo stesso di statuire sulla compatibilità del diritto interno con il diritto comunitario.”.

In ultimo, preme al Collegio porre in risalto che, per costante interpretazione della Suprema Corte di Cassazione, alla quale questo Consiglio di Stato ha più volte aderito e dalla quale questo Collegio non ravvisa motivo per discostarsi, (ex multis Cass. civ. Sez. V, 11-12-2012, n. 22577), “l'interpretazione del diritto comunitario adottata dalla Corte di

giustizia ha efficacia "ultra partes", sicché alle sentenze dalla stessa rese, sia pregiudiziali e sia emesse in sede di verifica della validità di una disposizione, va attribuito il valore di ulteriore fonte del diritto comunitario, non nel senso che esse creino "ex novo" norme comunitarie, bensì in quanto ne indicano il significato ed i limiti di applicazione, con efficacia "erga omnes" nell'ambito della Comunità.”

Rileva il Collegio che nel caso di specie non ricorre alcuna delle sopracitate evenienze che “impongono” al giudice nazionale di ultima istanza di sollevare questione pregiudiziale.

In disparte la genericità della questione di interpretazione comunitaria sollevata, nell’ambito della quale non sono state neppure indicate quali sarebbero le disposizioni di diritto comunitario violate nella ipotesi in cui non si aderisse alla tesi principale di parte appellante, appare del tutto evidente che non viene affatto in considerazione alcuna disposizione comunitaria.

L’appellante, infatti, ipotizza una questione interpretativa che non incrocia punto il diritto comunitario, ma che è integralmente fondata sul dato normativo nazionale e sui principi affermati in giurisprudenza in punto di “trattamento” del gruppo societario e del rapporto di collegamento.

Le affermazioni del Tar, ribadite da questo Collegio in parte qua, non intersecano per nulla, lo si ribadisce, il diritto comunitario: e tutto ciò, in disparte la circostanza per cui, se anche la disposizione di cui all’art. 41 del codice appalti, avesse fatto espresso riferimento ad una referenza apprestata per la capogruppo traslabile alla controllata, ugualmente la detta nota non avrebbe integrato il prescritto requisito, posto che (come prima chiarito) la Banca nulla riferì in punto di capacità economica e finanziaria della capogruppo, limitandosi ad esprimere generico apprezzamento per le qualità “professionali” del proprio cliente.

5. Rilevato, pertanto, che, quanto alla statuizione espulsiva resa nei

confronti della appellante principale Monrif Net, la sentenza meriti convinta conferma, ciò tuttavia non consente di considerare esaurito il compito demandato al Collegio, in quanto devono essere esaminati gli ulteriori motivi d'appello articolati da Monrif Net, che costituiscono riproposizione dei mezzi di ricorso incidentale di primo grado disattesi dal Tar.

5.1. Il primo di essi si incentra su una asserita violazione delle prescrizioni del bando da parte della originaria ricorrente di primo grado Unicity: l'articolazione della riproposta censura, da un canto, sostiene che la stessa non si sarebbe impegnata a rispettare la prescrizione del bando che imponeva un "aggiornamento almeno settimanale del sito" (violazione sostanziale) e, per altro verso, comunque, evidenzia che non sarebbe stato possibile trarre indicazioni diverse da una affermazione contenuta nella offerta della Unicity secondo la quale l'aggiornamento sarebbe stato giornaliero, in quanto detta indicazione era contenuta in altra porzione dell'offerta, non deputata a chiarire i termini della medesima sotto tale profilo.

Ne discendeva che, nella sostenuta impossibilità di procedere ad una "autointegrazione della offerta" con affermazioni contenute in altri documenti allegati alla medesima diversi da quelli prescritti dal bando, ci si trovava al cospetto di una offerta che non assumeva alcuna responsabilità sul rispetto della detta prescrizione e, quindi, doveva essere irrimediabilmente esclusa.

5.1.1. Ritiene il Collegio che la censura sia tanto suggestivamente formulata, quanto inconsistente nella sostanza.

E' ben vero che la prescrizione imposta dal capitolato imponeva all'aggiudicataria di procedere all'"aggiornamento almeno settimanale del sito".

La Unicity si è impegnata a fare di più: da un canto nel documento

deputato a chiarire i termini della detta prestazione ha fatto presente che l'aggiornamento sarebbe stato "costante, in corrispondenza delle notizie di maggiore interesse" e, poi, ha fatto presente che sarebbe stato giornaliero. Per l'appellante (non dovendosi tenere conto dell'impegno "giornaliero" in quanto non espresso nella parte dell'offerta ove avrebbe dovuto trovarsi), il termine "costante", in quanto legato alla successiva proposizione "in corrispondenza delle notizie di maggiore interesse", collideva frontalmente con quanto richiesto dal bando, lasciando nella sostanza la Unicity arbitra di procedere all'aggiornamento con cadenza dalla stessa prescelta, laddove a proprio insindacabile giudizio avesse rinvenuto notizie che le fossero apparse "di maggiore interesse".

5.1.2 L'abile formulazione della censura non persuade.

Va premesso che deve essere recisamente escluso che gli offerenti debbano utilizzare le stesse espressioni prescelte dalla stazione appaltante: esse possono ben utilizzare sinonimi, circonlocuzioni, etc, purché intellegibili e chiari.

Per altro verso, deve essere convintamente affermato che una offerta che propone una prescrizione superiore per qualità/intensità/valore a quella richiesta del bando non può essere –ovviamente- ritenuta irregolare.

La eterointegrazione è bensì vietata, ma laddove vi sia contrasto od omissione: quando le espressioni utilizzate in più parti dell'offerta siano, al contrario, armoniche, non in contrasto e complementari, non sussiste alcuna violazione formale, laddove la stazione appaltante (o il Giudice in seconda battuta) faccia riferimento ad entrambe.

Muovendo da tali premesse, evidenzia il Collegio che un impegno ad eseguire un aggiornamento "costante" integra già ex se un plus rispetto ad una richiesta che si limitava ad imporre una cadenza settimanale.

Il riferimento "in corrispondenza delle notizie di maggiore interesse" non è condizionante rispetto al termine "costante", né depotenzia detta ultima

espressione, ma è, all'evidenza, di natura qualificatoria.

In questo quadro, il riferimento alla diuturnità contenuto in altra porzione dell'offerta, non si pone in contrasto con alcunché, ma vale a chiarire l'arco temporale della "costante" attività di aggiornamento, sì da implicare correttamente che la stessa dovesse essere perlomeno giornaliera, (punto 2.7 dell'Elaborato C dell'Offerta Tecnica Unicity, ove è espressamente indicato che "i principali eventi nazionali - recensiti in articoli, schede o approfondimenti o già presenti nel portale - verranno segnalati in un adeguato calendario disposto ad hoc e aggiornato con frequenza quotidiana") e quindi ben migliorativa rispetto a quanto richiesto dalla *lex specialis*.

Ma che fosse migliorativa emergeva già dalla indicazione "costante".

La censura, in definitiva, appare al Collegio palesemente infondata.

5.2. Non miglior sorte va riservata alla seconda doglianza che, a giudizio del Collegio, appare speciosa. Unicity relativamente alla "produzione di notizie" (richiesta fra i servizi da offrire nell'ambito della categoria "News" del realizzando portale), aveva dichiarato di volersi avvalere, fra gli altri, anche dell'Agenzia ANSA: quest'ultima aveva partecipato alla stessa gara; da ciò l'appellante ipotizza essersi determinata una illegittima "commistione" fra diversi partecipanti ex artt. 11 comma 6, 37 comma 7 e 49 comma 8 del D.Lgs. 163/2006.

Senonché il primo giudice (ed il Collegio concorda pienamente) ha fatto presente che la Unicity aveva unicamente elencato una consistente platea di possibili fonti di attingimento di notizie, a fronte della quale doveva essere escluso qualsiasi carattere di "specialità" del rapporto fra Unicity ed ANSA. E' tranciante, poi, la considerazione del Tar circa la libera acquisibilità dei contenuti delle notizie, da parte di qualsivoglia utente del web, veicolata dal mero accesso alle pertinenti pagine delle Agenzie di stampa e/o degli altri soggetti menzionati nell'offerta tecnica di Unicity.

Che l'Ansa sia una delle principali agenzie giornalistiche Italiane è fatto notorio: sarebbe stato forse financo singolare, se non addirittura anomalo, se non fosse stata indicata dal concorrente tra le fonti (giustappunto liberamente attingibili) suscettibili di essere utilizzate a fini di implementazione delle Sezioni del portale "News" e "Calendario.

5.3. Quanto all'ultima censura (incidentalmente prospettata in via subordinata, in quanto strumentale alla ripetizione dell'intera gara) osserva il Collegio che anche in questo caso si assiste ad una rappresentazione della realtà in termini forzati.

I lavori della Commissione durarono complessivamente sessanta giorni: il che sembra un termine né abnorme, né eccessivo, avuto riguardo alla particolarità della gara ed alla multiformità degli elementi soggetti ad esame valutativo; la programmata durata contenuta in tre sedute non era "assistita", come è ovvio, da alcuna sanzione, la detta dilatazione temporale non ha inciso né su problematiche di segretezza e conservazione delle offerte, né sulla lamentata "frazionata valutazione in due tranches", essendo questa, semmai, una esigenza sentita ad (insindacabile salvo dimostrata abnormità) giudizio della Commissione.

La giurisprudenza ha chiarito in passato che (Cons. Stato Sez. V, 24-04-2013, n. 2282) "nelle gare d'appalto, le garanzie di imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza dell'azione amministrativa postulano che le sedute di una commissione di gara debbano ispirarsi al principio di concentrazione e continuità e che, conseguentemente, la valutazione delle offerte tecniche ed economiche deve avvenire in una sola seduta, senza soluzione di continuità, al fine di scongiurare possibili influenze esterne ed assicurare l'assoluta indipendenza di giudizio dell'organo incaricato della valutazione stessa. Tale principio è soltanto tendenziale ed è suscettibile di deroga, potendo verificarsi situazioni particolari che obiettivamente impediscono l'espletamento di tutte le operazioni in una sola seduta,

dovendo in questo caso essere minimo l'intervallo tra le sedute e dovendo essere predisposte adeguate garanzie di conservazione dei plichi.” (si veda anche Cons. Stato Sez. III, 25-02-2013, n. 1169 “il principio di concentrazione e continuità delle operazioni di gara è un principio solo tendenziale, derogabile in presenza di ragioni oggettive quali la complessità delle operazioni di valutazione delle offerte, il numero delle offerte in gara, l'eventuale indisponibilità dei membri della commissione, la correlata necessità di nominare sostituti ecc. che giustifichino il ritardo anche in relazione al preminente interesse alla effettuazione di scelte ponderate”).

5.3.1 Con la decisione n. 4801/2011 la Sesta Sezione del Consiglio di Stato ha applicato il principio di relatività della durata delle operazioni di gara anche alla fase della verifica di anomalia, disciplinata dall'art. 88 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163 affermando che “nei limiti della ragionevolezza (discendente da dati variabili tra i quali va annoverato anche quello rappresentato dalla complessità dell'appalto, dal valore del medesimo, dal numero delle voci oggetto di rilievo e giustificazioni, etc), quindi, non vi sono limitazioni prefissate al potere di verifica della stazione appaltante”: ne consegue che anche detta fase può condurre ad una dilatazione della tempistica di espletamento delle operazioni di gara, senza che tale evento possa implicare illegittimità della procedura.

Ciò tanto più laddove, come nel caso di specie, dalla durata della stessa non sia fatta discendere, neppure in via ipotetica o perplessa, alcuna possibile lesione ai principi di trasparenza e regolarità delle operazioni di gara.

Anche tale censura va pertanto disattesa, mentre tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

6. La integrale reiezione dell'appello principale e la inammissibilità dei motivi aggiunti proposti direttamente in appello implicano la

improcedibilità delle censure di primo grado assorbite dal primo giudice e riproposte in via subordinata da parte appellata.

7. Le spese del giudizio, tuttavia, possono essere compensate in ragione della particolare complessità delle questioni esaminate

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e dichiara inammissibili i motivi aggiunti proposti direttamente in appello.

Spese processuali compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Paolo Numerico, Presidente

Sergio De Felice, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Francesca Quadri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/11/2013

IL SEGRETARIO

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