

Pubblicato il 18/01/2017

N. 00194/2017REG.PROV.COLL.

N. 03432/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato  
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)  
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 3432 del 2016, proposto da:  
Secci Natale s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica,  
rappresentata e difesa dagli avvocati Eulo Cotza e Paolo Cotza, con  
domicilio eletto presso Antonia De Angelis, in Roma, via Portuense, 104;

**contro**

Comune di Villagrande Strisaili, in persona del legale rappresentante in  
carica, rappresentato e difeso dagli avvocati Sergio Segneri e Daniela  
Piras, con domicilio eletto presso Antonia De Angelis, in Roma, via  
Portuense, 104;

**nei confronti di**

Impresa Luas di Giaccu Giovanni Antonio, in persona del legale  
rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Mauro  
Barberio e Stefano Porcu, domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria  
sezionale del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

**per la riforma**

della sentenza del T.A.R. Sardegna, Sezione I, n. 00087/2016, resa tra le  
parti, concernente affidamento lavori di sistemazione idrogeologica del  
rio S'arrescottu.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Villagrande Strisaili  
e di Impresa Luas di Giaccu Giovanni Antonio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2016 il Cons.

Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Eulo Cotza, Sergio  
Segneri, Daniela Piras e Gianfranco Meazza, su delega di Mauro  
Barberio.

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Il Comune di Villagrande Strisaili ha bandito una procedura aperta, da  
aggiudicare col criterio del prezzo più basso, per l'affidamento dei lavori  
concernenti la sistemazione idrogeologica del rio S'Arrescottu,  
dell'importo a base d'asta pari a € 1.760.578.

All'esito delle operazioni di gara l'appalto è stato affidato all'Impresa Luas di Giaccu Giovanni Antonio, la cui offerta è risultata la più vicina alla soglia di anomalia determinata previa esclusione dalla selezione della Co.Ge s.r.l..

Considerato che la permanenza in gara della detta concorrente, determinando una diversa soglia di anomalia, avrebbe comportato l'aggiudicazione dell'appalto a proprio favore, la Secci Natale s.r.l. ha proposto ricorso davanti al Tribunale amministrativo della Sardegna col quale ha censurato il provvedimento espulsivo (determinato dall'omessa sottoscrizione del modello B contenente le dichiarazioni da rendere ex art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e l'accettazione delle condizioni di gara) adottato nei confronti della Co.Ge..

L'impresa Luas, dal canto suo, ha proposto ricorso incidentale diretto a contestare l'illegittima ammissione alla gara della ricorrente principale (stante l'omessa dichiarazione degli oneri di sicurezza aziendale) e quindi la sua legittimazione ad impugnare.

Con sentenza 29 gennaio 2016, n. 87 l'adito Tribunale amministrativo ha accolto il ricorso incidentale e conseguentemente dichiarato inammissibile quello principale.

Ritenendo la sentenza erronea e ingiusta la Secci Natale l'ha impugnata, chiedendo, in riforma della stessa, l'accoglimento del proprio ricorso di primo grado, anche ai fini risarcitori.

Per resistere all'appello si sono costituiti in giudizio il Comune di Villagrande Strisaili e l'Impresa Luas.

Alla pubblica udienza del 13 dicembre 2016 la causa è passata in decisione.

Con riguardo al capo di sentenza con cui il Tribunale amministrativo della Sardegna ha accolto il ricorso incidentale, ha carattere assorbente la censura con cui l'appellante si duole dell'erroneità dell'affermazione che la mancata specificazione degli oneri di sicurezza aziendale in sede di offerta potesse costituire causa di esclusione della procedura selettiva, pur in assenza di una specifica prescrizione in tale senso nella disciplina di gara.

La pronuncia contrasterebbe, infatti, con i principi eurounitari di tutela del legittimo affidamento, di certezza del diritto, di libera circolazione, di libero stabilimento, di parità di trattamento, di non discriminazione di proporzionalità e di trasparenza.

La doglianza è fondata.

L'impugnata sentenza richiama integralmente l'orientamento dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato di cui alle sentenze 20 marzo 2015, n. 3 e 2 novembre 2015, n. 9, riguardo alle conseguenze della mancata indicazione degli oneri della sicurezza aziendale in sede di offerta.

Più di recente, però, la medesima Adunanza plenaria è nuovamente intervenuta sulla tematica con la sentenza 27 luglio 2016, n. 19 che, rettificando il precedente orientamento, alla luce dei principî eurounitari della tutela dell'affidamento, della certezza del diritto, della parità di trattamento, della non discriminazione, della proporzionalità e della trasparenza, ha affermato che per le gare bandite anteriormente all'entrata in vigore del nuovo c.d. codice degli appalti pubblici e delle concessioni(d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), nelle ipotesi in cui l'obbligo di

indicazione separata dei costi di sicurezza aziendale non sia stato specificato dalla legge di gara, e non sia in contestazione che dal punto di vista sostanziale l'offerta rispetti i costi minimi di sicurezza aziendale, l'esclusione del concorrente non può essere disposta se non dopo che lo stesso sia stato invitato a regolarizzare l'offerta dalla stazione appaltante nel doveroso esercizio dei poteri di soccorso istruttorio (in termini anche Cons. Stato, V, 23 dicembre 2016, n. 5444; III, 27 ottobre 2016, n. 4527). Il nuovo orientamento ha trovato conferma nell'ordinanza della Corte di Giustizia U.E., VI, 10 novembre 2016, in C-140/16, C-697/15 e C-162/16, secondo cui "il principio della parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza, come attuati dalla direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti. I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice".

La pronuncia riprende l'affermazione più generale della stessa Corte di Giustizia di cui alla sentenza della Sez. VI, 2 giugno 2016, in C-27/15, secondo la quale: "Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice".

L'odierna fattispecie trova la sua integrale disciplina nei principi di diritto enunciati della più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia U.E. sopra richiamata.

Invero:

- a) la procedura selettiva per cui è causa si è svolta sotto il vigore del Codice dei contratti pubblici del 2006;
- b) è incontrovertibile che la disciplina di gara non richiedesse ai concorrenti di specificare nell'offerta, tanto meno a pena di esclusione, gli oneri della

sicurezza aziendale, né tale prescrizione si rinveniva nei moduli predisposti dalla stazione appaltante per la formulazione dell'offerta; c) non è, infine, contestato che l'offerta economica della Secci Natale, rispettasse i costi minimi della sicurezza aziendale.

Alla luce del descritto contesto, deve ritenersi che erroneamente il giudice di prime cure abbia valutato legittima l'esclusione dalla gara dell'odierna appellante per l'omessa indicazione degli oneri di sicurezza aziendale.

Occorre, a questo punto, procedere all'esame delle censure prospettate in primo grado col ricorso principale in questa sede riproposte.

Le doglianze formulate possono essere così sinteticamente riassunte:

a) l'intimato comune ha tardivamente esercitato il potere di soccorso istruttorio nei confronti della Co.Ge., in particolare ciò ha fatto dopo aver reso note le offerte economiche pervenute, cosicché la concorrente esclusa ha potuto valutare la mancanza di convenienza ad avvalersi dell'istituto;

b) considerato che la mancata risposta della Co.Ge. alle richieste di integrazione documentale avanzate dalla stazione appaltante è da ricondursi ad un errore a quest'ultima imputabile (l'aver attivato il soccorso istruttorio a offerte economiche cognite), si sarebbe dovuto precedere alla sua ammissione alla gara (anche solo virtuale) ai fini del corretto calcolo della soglia di anomalia;

c) la *lex specialis* della gara, laddove da intendere nel senso di considerare, comunque, sanzionabili a pena di esclusione le carenze riscontrate nell'offerta della Co.Ge., sarebbe viziata per violazione dei principi concernenti il favor per la massima partecipazione e la tassatività delle cause di esclusione, nonché del principio che impone l'esercizio del soccorso istruttorio;

d) nei verbali di gara non sono riportate talune circostanze concernenti la procedura selettiva di che trattasi verificatesi tra il 31 dicembre 2014 (data del primo verbale di aggiudicazione provvisoria) e il 28 aprile 2015 (data della terza seduta della Commissione di gara), così come nel verbale n. 2 neppure si dà atto della presenza del difensore della ricorrente alla seduta a cui il medesimo si riferisce;

e) inconferente è, infine, la richiesta con cui alla Co.Ge. sono stati chiesti chiarimenti sulla quota che la stessa intendeva subappaltare essendo, in ogni caso, la concorrente in possesso (in proprio o per avvalimento) di qualificazioni idonee a consentirle di partecipare alla gara.

Le censure, che si prestano ad una trattazione congiunta, non meritano accoglimento.

Per pacifico principio, sino a quando il procedimento amministrativo non è definitivamente concluso l'amministrazione conserva - salvi gli affidamenti riconosciuti dalla legge - integro il potere di emendarlo.

Nel caso di specie, la stazione appaltante, una volta rilevato (anche sollecitata dall'esterno) di aver escluso la Co.Ge. senza aver preventivamente esercitato il potere di soccorso istruttorio, si è correttamente attivata per porre rimedio alla lacuna, provvedendo a riaprire il procedimento e a chiedere alla detta concorrente le occorrenti integrazioni documentali.

Il fatto che ciò sia avvenuto quando ormai le offerte economiche erano note, cosicché la Co.Ge. ha potuto valutare che non le conveniva avvalersi del beneficio perché, comunque, in considerazione dell'offerta

economica formulata, non sarebbe risultata aggiudicataria, non inficia il procedimento.

Per un verso, se ne sussistono i giusti presupposti, il soccorso istruttorio è doveroso, non avendo l'amministrazione potere di scegliere se esercitarlo o meno. Per altro verso, dalla norma che lo disciplina (art. 38, comma 2-bis, d. lgs. n. 163 del 2006) non emergono limiti temporali al potere di disporlo, salvo quello naturale derivante dalla definitiva conclusione del procedimento di gara.

Che le concrete modalità con cui nella fattispecie l'amministrazione ha attivato il soccorso istruttorio abbiano finito per pregiudicare l'odierna appellante, è, poi, circostanza del tutto occasionale, come tale inidonea a viziare il procedimento.

Del resto, non è provato che tali modalità siano state seguite allo specifico scopo di danneggiare la Secci Natale così da rendere potenzialmente configurabile uno sviamento di potere.

Nemmeno ha fondamento la tesi per cui, nel caso descritto, la concorrente avrebbe dovuto, comunque, essere ammessa alla gara (anche solo virtualmente) pur non avendo corrisposto alla richiesta di integrazione documentale.

Quanto all'asserita incompletezza dei verbali della Commissione giudicatrice è sufficiente rilevare che il contenuto essenziale degli stessi ha ad oggetto la descrizione delle sole operazioni di gara, per cui è privo di rilevanza che negli stessi non risultino verbalizzate circostanze estranee a tali operazioni come quelle indicate dalla Secci Natale nell'atto d'appello.

Conclusivamente l'appello va respinto, seppur rivedendo la motivazione dell'impugnata sentenza.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di natura diversa.

La novità delle questioni affrontate giustifica l'integrale compensazione di spese e onorari di lite.

### **P.Q.M.**

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

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa. Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini,     Presidente  
Paolo Giovanni Nicolò Lotti,     Consigliere  
Fabio Franconiero,     Consigliere  
Raffaele Prosperi,     Consigliere  
Alessandro Maggio,     Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE  
Alessandro Maggio

IL PRESIDENTE  
Giuseppe Severini

Pubblicato il 12/01/2017

N. 00052/2017REG.SEN.

N. 01950/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato  
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1950 del 2016, proposto da:

Ferrari & C Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Clarizia C.F. CLRNGL48P06H703Z, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

**contro**

ATER Roma - Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale del Comune di Roma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Edmonda Rolli C.F. RLLDND57H70H501K, con domicilio eletto presso l'avvocato Edmonda Rolli dell'Avvocatura ATER in Roma, V. Fulcieri Paulucci De Calboli, n. 20;

**nei confronti di**

Del Bo Roma Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Ferola C.F. FRLRFL49T08F839S e Bianca Luisa Napolitano C.F. NPLBCL55A68F839S, con domicilio eletto presso Bianca Luisa Napolitano in Roma, G.B. De Rossi, n. 30;  
Del Bo Impianti Srl, Del Bo Servizi Spa e Consorzio del Bo Scarl, non costituiti in giudizio;  
Del Vecchio Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Russo C.F. RSSMCL78D02F839V e Antonio Parisi C.F. PRSNTN75B27F839F, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato in Roma, p.za Capo di Ferro, n. 13;  
Impresa Marrocco Elevators Srl, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Massimo Pellicano C.F. PLLFMS84H11H501Q e Francesco Lilli C.F. LLLFNC65L01H579O, con domicilio eletto presso Francesco Lilli in Roma, via di Val Fiorita, n. 90;

**per la riforma**

della sentenza breve del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III QUATER, n. 02637/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento

dei lavori di manutenzione straordinaria e servizio di conduzione degli impianti meccanici negli edifici ATER.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ATER Roma - Azienda Territoriale per l'Edilizia Residenziale del Comune di Roma, di Del Bo Roma Srl, di Del Vecchio Srl e dell'Impresa Marrocco Elevators Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 4145 del 7 ottobre 2016;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 ottobre 2016 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Angelo Clarizia,

Francesco Lilli, Marcello Russo, Antonio Parisi e Raffaele Ferola;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

### **FATTO**

1. Il Tribunale amministrativo regionale del Lazio, Sezione III-quater, con la sentenza 25 febbraio 2016, n. 2637, ha dichiarato in parte inammissibile ed in parte ha rigettato il ricorso proposto dall'attuale appellante (seconda classificata) per l'annullamento della determinazione direttoriale ATER n. 324 del 26 novembre 2015, recante l'aggiudicazione dei tre lotti (rispettivamente alla Del Vecchio s.r.l., primo lotto; alla Marrocco Elevators s.r.l., secondo lotto; Del Bo Roma s.r.l., terzo lotto) della procedura aperta per l'affidamento dei lavori di manutenzione straordinaria e servizio di conduzione degli impianti meccanici negli edifici ATER.

Il TAR ha rilevato in sintesi che:

- l'unicità del centro decisionale, che legittima l'esclusione delle imprese appartenenti a tale centro, postula la partecipazione delle suddette imprese ad una specifica e determinata gara, perché solo in presenza di tale circostanza può essere ravvisato la lesione del principio della concorrenza e un potenziale condizionamento dell'esito della procedura;
- nella fattispecie in esame ciascun lotto doveva essere considerato un'autonoma procedura e le imprese appartenenti al gruppo Del Bo avevano partecipato a lotti diversi;
- la violazione dell'art. 4 del Disciplinare di gara, il quale stabiliva a pena di esclusione la preclusione per l'ausiliaria di partecipare alla gara in proprio, associata o consorziata o in situazione di controllo, collegamento con altro concorrente, non è invocabile nel caso in esame in quanto il termine "gara" deve essere circoscritto alla procedura avente ad oggetto l'aggiudicazione di un singolo e determinato lotto;
- nella fattispecie in esame si è in presenza di un avvalimento infragruppo in quanto la Del Bo Roma srl è consorziata del Consorzio Del Bo e pertanto trova applicazione l'art. 49, lett. g), d.lgs. n.163-2006 il quale stabilisce che nel caso di avvalimento di un'impresa che appartiene al medesimo gruppo in luogo del contratto di cui alla lettera f), l'impresa concorrente può presentare una dichiarazione sostitutiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo;
- si tratta di un avvalimento avente ad oggetto i requisiti finanziari di un'altra impresa (c.d. avvalimento di garanzia);

- inammissibili devono invece essere dichiarati i successivi motivi aggiunti con cui la ricorrente ha impugnato tutte e tre le aggiudicazioni dei lotti in questione.

2. L'appellante ha contestato la correttezza delle conclusioni cui è pervenuta la impugnata, deducendo quattro motivi di gravame, tutti rubricati: "Erroneità del presupposto. Travisamento. Motivazione illogica ed insufficiente. Difetto di istruttoria", con cui sotto vari profili è stata lamentata la mancata esclusione delle società riconducibili ad unico centro decisionale per carenza dei requisiti di qualificazione; la genericità dell'avvalimento; sono stati riproposti i motivi aggiunti avverso il provvedimento di aggiudicazione del Lotto 1 alla Del Vecchio S.r.l. e, in subordine, avverso il provvedimento di aggiudicazione del Lotto 2 alla Marrocco Elevators S.r.l.; sono stati, infine, riproposti i motivi aggiunti, in via estremamente gradata, avverso il provvedimento di aggiudicazione del Lotto 3 alla Del Bo Roma S.r.l.

3. La società Del Bo Roma s.r.l. si è costituita in giudizio, chiedendo la reiezione dell'appello e proponendo appello incidentale con cui ha riproposto i motivi del ricorso incidentale escludente di primo grado. Si sono costituite in giudizio anche l'ATER, la società Del Vecchio s.r.l. e l'Impresa Marrocco Elevators S.r.l., chiedendo la reiezione dell'appello.

4. All'udienza pubblica del 6 ottobre 2016 la causa veniva trattenuta in decisione.

## **DIRITTO**

1. In via preliminare, deve precisarsi che la vicenda oggetto del presente appello attiene ad un procedimento d'appalto indetto dall'ATER Roma con bando del 13.4.2015 e suddiviso in 3 lotti.

Le differenze fra il lotto 1 e gli altri due riguardano la diversa ubicazione territoriale, nonché la diversa incidenza delle attività previste nel capitolato (il lotto 3 prevede, rispetto al lotto 1, quasi la metà di installazione nuovi impianti e quasi il doppio di interventi di manutenzione straordinaria).

Alle procedure di gara dei tre lotti hanno partecipato l'appellata Del Bo Servizi s.p.a. per il lotto 1, Del Bo s.p.a. per il lotto 2 e Del Bo Roma s.r.l. per il lotto 3.

Le tre imprese sono consorziate del Consorzio Del Bo s.c. a r. l. che, per il lotto 3, ha prestato mediante avvalimento parte del requisito di capacità economico-finanziaria richiesto dal disciplinare di gara, ex art. 14, B1) a Del Bo Roma s.r.l.

Per la gara relativa al lotto 3 Del Bo Roma s.r.l. ha dichiarato di non partecipare in situazione di controllo o di collegamento con altri soggetti; ha dichiarato altresì di essere a conoscenza della partecipazione alle autonome gare per i lotti 1 e 2 delle consorziate Del Bo Servizi s.p.a. e Del Bo s.p.a., con le quali si trova in situazione di controllo ex art. 2359 cod. civ. tramite il socio unico Del Bo Impianti s.r.l., socio unico anche di Del Bo Servizi s.p.a. e Del Bo s.p.a. e di aver formulato l'offerta relativa alla gara del lotto 3 autonomamente. Per il prestito del fatturato, analoga dichiarazione è stata resa dall'ausiliaria Consorzio Del Bo.



All'esito della gara per l'affidamento del lotto 3 Del Bo Roma è risultata aggiudicataria, seguita al secondo posto in graduatoria dal R.T.I. Ferrari.

2. Ciò rilevato, la Sezione rileva che nel merito l'appello è infondato.

2.1. Il primo motivo d'appello è incentrato sull'ipotizzata violazione di legge e di *lex specialis* perché l'amministrazione non avrebbe escluso la Del Bo Roma e le altre società partecipanti alla gara, tutte partecipate al 100% dalla Del Bo Impianti e, pertanto, riconducibili ad un unico centro decisionale.

Tale censura è priva di fondamento in quanto le offerte presentate dalle imprese, asseritamente riconducibili ad un unico centro decisionale, erano riferibili ad aggiudicazioni di lotti diversi, con la conseguenza ulteriore che non trova applicazione, come è dato individuare nella controversia in esame, la clausola del bando che stabiliva il divieto dei singoli concorrenti di aggiudicarsi più di un lotto.

La stazione appaltante, come detto, ha ritenuto di bandire una sola procedura di gara, suddivisa in tre lotti, uno per ogni complesso immobiliare interessato per il triennio ai lavori e servizi oggetto del bando.

Come già accennato, infatti, le differenze fra il lotto 1 e gli altri due riguardano la diversa ubicazione territoriale, nonché la diversa incidenza delle attività previste nel capitolato (il lotto 3 prevede, rispetto al lotto 1, quasi la metà di installazione nuovi impianti e quasi il doppio di interventi di manutenzione straordinaria).

Tale scelta non costituisce di per se sola un'ipotesi di restrizione della concorrenza, né ha inciso sulla possibilità degli operatori economici di partecipare a tutti i lotti, né, infine, ha pregiudicato le possibilità di alcun concorrente di ottenere all'aggiudicazione.

Infatti, l'affidamento di più contratti diversi fra loro non incide sulla natura della gara stessa che non ha carattere unitario, poiché a ciascun lotto corrisponde una gara finalizzata all'aggiudicazione di un distinto contratto.

La possibilità di aggiudicare autonomamente i singoli lotti è dunque incompatibile con la configurazione di una gara unitaria poiché le singole procedure di aggiudicazione sono dirette a tanti contratti di appalto quanti sono i lotti: se ciascun lotto può essere aggiudicato a concorrenti diversi, non ci si trova di fronte ad un appalto unitario e se non vi è appalto unitario non vi può essere unicità della gara.

Il carattere non unitario della gara suddivisa in più lotti comporta che il bando di gara si configura quale "atto ad oggetto plurimo", nel senso che contiene le disposizioni per lo svolgimento non di un'unica gara finalizzata all'affidamento di un unico contratto, bensì quelle per l'indizione e la realizzazione di tante gare contestuali quanti sono i lotti cui sono connessi i contratti da aggiudicare e che gli atti di gara relativi al contenuto dei contratti da aggiudicare devono essere necessariamente differenziati per ciascun lotto e devono essere tanti quanti sono i contratti da aggiudicare.

La diversità dei contratti che devono essere aggiudicati in ciascun lotto della gara, infatti, determina la necessità di redigere tanti capitolati quanti sono i lotti di gara, così da assicurare, per ciascun contratto, le diversità di fabbisogno che lo caratterizzano.

Nonostante la natura plurima della gara, così come il bando, anche la Commissione giudicatrice deve essere unica, in conformità con la ratio delle disposizioni che permettono l'accorpamento di più lotti.

L'indizione di una gara suddivisa, infatti, è finalizzata anche a ridurre i costi che la stazione appaltante deve sostenere per l'affidamento di più contratti fra loro analoghi; sarebbe, dunque, illogico moltiplicare il numero delle Commissioni giudicatrici e, con queste, le spese necessarie al loro funzionamento.

Venendo al punto controverso, il divieto per il singolo concorrente di partecipazione plurima deve essere riferito al singolo lotto e non può valere per l'intera procedura, con la conseguenza che ciascun partecipante può concorrere all'aggiudicazione di tutti i lotti banditi o di solo alcuni di questi.

Non può sottacersi peraltro che l'effettiva sussistenza nel caso di specie di sufficienti condizioni di un'ampia partecipazione si ricava dal fatto che alla scadenza dei termini sono pervenute ben nove offerte di operatori economici diversi, singoli o in raggruppamento.

Per quanto detto, dunque, non può trovare applicazione la disposizione "escludente" di cui all'art. 38, comma 1, lett. m-quater), del codice dei contratti pubblici, invocata dall'appellante.

2.2. Con il secondo motivo d'appello si deduce la violazione dell'art. 4 del Disciplinare di gara in relazione al ricorso all'istituto di avvalimento della Del Bo Roma quale impresa ausiliata del Consorzio De Bo.

Invero l'impresa aggiudicatrice, al fine di comprovare il possesso del requisito del fatturato, ha fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento ex art. 46 del Codice degli Appalti, utilizzando quale ausiliaria il Consorzio del Bo S.c.a.r.l. già partecipata della Del Bo Roma ed ambedue controllate dalla Del Bo.

La censura è infondata, posto che, qualora la gara risulti suddivisa in lotti riguardanti servizi diversi, autonomamente disciplinati, non può trovare applicazione l'art. 49, comma 8, d.lgs. n. 163-2006, laddove diverse siano le prestazioni oggetto dei vari lotti e diversi siano i requisiti di partecipazione richiesti.

Pertanto, deve ritenersi possibile, per due ditte concorrenti che partecipano a due lotti distinti di una medesima gara, avvalersi della medesima impresa ausiliaria purché si tratti di lotti dotati di autonomia funzionale, anche se appartenenti ad una stessa gara, e l'impresa ausiliaria possieda i requisiti di partecipazione richiesti per ciascun lotto dal bando di gara, ipotesi che ricorrono tutte nel caso di specie. Ciò che rileva, infatti, è che l'aggiudicazione sia scorporabile o meno in frazioni dotate di autonomia funzionale rispetto all'intera prestazione.

2.3. Con il terzo motivo d'appello si lamenta la mancata produzione, da parte della Del Bo Roma, del cd. contratto di avvalimento previsto dall'art. 49 Codice degli Appalti.

Trattandosi, tuttavia, di un avvalimento infragruppo, la Sezione ritiene sufficiente la produzione della dichiarazione sostituiva attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo ex art. 49, comma 2, lett. g), d.lgs. n. 163-2006, che accorda un regime probatorio e

documentale semplificato in favore delle imprese appartenenti al medesimo gruppo societario.

La giurisprudenza ha chiarito che non sussiste l'obbligo di stipulare con l'impresa appartenente allo stesso gruppo un contratto di avvalimento, con il quale l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione del concorrente le risorse necessarie per tutta la durata del contratto, essendo sufficiente, in base alla disposizione di cui all'art. 49, co. 2, lett. g), cit., una dichiarazione unilaterale attestante il legame giuridico ed economico esistente nel gruppo (Consiglio di Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 810).

2.4. Con il quarto motivo di gravame si deduce che ingiustamente il TAR avrebbe dichiarato inammissibili i successivi motivi aggiunti, proposti in ragione della impugnazione di tutti e tre i provvedimenti di aggiudicazioni dei lotti, oggetto della gara di appalto.

2.4.1. In materia di ricorso cumulativo deve ricordarsi che è inammissibile il ricorso cumulativo proposto avverso l'aggiudicazione di due o più lotti di una stessa gara nel caso in cui, al di fuori della (parziale) connessione soggettiva: la gara sia unica, ma suddivisa in lotti del tutto indipendenti e aggiudicabili separatamente; le censure proposte siano dirette ad avversare l'attività del medesimo ente appaltante ma in relazione a diverse imprese concorrenti; i motivi introdotti siano del tutto diversi (risentendo della specificità della posizione delle singole imprese meglio classificate), ciò costituendo fattore certamente ostativo al cumulo, atteso che l'analogia dei motivi di gravame proposti integra da sempre la condizione per la proposizione del ricorso cumulativo ed anche per la riunione di distinti ricorsi (Consiglio di Stato, Sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4305 e Sez. III, 4 febbraio 2016, n. 449).

Infatti, con il termine "gara" deve più propriamente intendersi ogni singola procedura di affidamento, con l'effetto che, oltre alla connessione soggettiva (parziale), non vi sono ragioni perché con un unico procedimento giudiziale siano impugnati altri (e in specie molti) provvedimenti distinti per formulare diverse censure nei confronti di diversi soggetti giuridici.

Il TAR ha, quindi, correttamente ritenuto di dover considerare inammissibili i motivi aggiunti in conseguenza della non identità delle censure sia nei confronti dei destinatari degli stessi, sia rispetto al petitum, sia ulteriormente rispetto ai provvedimenti impugnati. Il gravame di più atti può ritenersi ammissibile, infatti, solo quando, e comunque in via del tutto eccezionale, con un solo ricorso si impugnano più atti tra cui sia ravvisabile una connessione procedimentale o funzionale (da accertarsi in modo rigoroso onde evitare la confusione di controversie con conseguente aggravio dei tempi del processo, ovvero l'abuso dello strumento processuale per eludere le disposizioni fiscali in materia di contributo unificato), tale da giustificare la proposizione di un ricorso cumulativo.

2.4.2. 6. In ogni caso tali motivi aggiunti sono infondati.

Infatti, in primo luogo, quanto al sesto e all'ottavo motivo aggiunto, deve ribadirsi che la disposizione di cui all'art. 38, comma 1, lett. m-quater), d.lgs. n. 163-2006 non trova applicazione.

Inoltre:

- nel Codice degli appalti pubblici manca una norma con effetto preclusivo che in caso di cessione d'azienda e/o di affitto del ramo di azienda antecedente alla partecipazione alla gara ad evidenza pubblica preveda proprio un obbligo specifico di dichiarazione in ordine ai requisiti soggettivi della cedente, riferita sia agli amministratori che ai direttori tecnici, anche cessati dalla carica nel triennio precedente la data di pubblicazione del bando, in quanto l'art. 38 d.lgs. n 163-2006 sancisce esclusivamente il possesso e la dimostrazione dei requisiti generali di partecipazione solo in capo al soggetto concorrente (in specie la società Del Vecchio r.l. e non anche l'Azienda del signor Piglisi); peraltro, qualora la lex specialis non contenga al riguardo una specifica comminatoria di esclusione, quest'ultima potrà essere disposta non già per la mera omessa dichiarazione ex art. 38 cit., ma soltanto quanto sia effettivamente riscontrabile l'assenza del requisito in questione (Consiglio di Stato, sez. IV, 1° settembre 2015, n. 4089);

- per accertare il possesso dei requisiti attraverso un numero massimo di 3 contratti, la stazione appaltante non deve soffermarsi sul dato squisitamente numerico, e dunque "contare" il quantum di negozi giuridici conclusi, ma deve accertare l'unicità del servizio, l'unicità del soggetto affidante, del lotto nonché l'unicità dell'appalto a monte, senza soffermarsi sul tipo di contratto perfezionato (ad esempio, le proroghe contrattuali e/o i contratti di franchising e/o di sub-affitto); secondo tale principio interpretativo, ben può essere dimostrato come il requisito della capacità economico-finanziaria sia stato attestato con riferimento ad un numero di 3 contratti e, più precisamente, quello concluso con la società Romeo Gestioni, l'Azienda Ospedaliera Universitaria San Giovanni Battista di Torino e Aler di Milano;

- la mancata osservanza del numero massimo di pagine di cui deve essere composta l'offerta tecnica non può portare all'esclusione dell'offerta dalla gara, atteso che non integra alcuna delle cause di esclusione tassativamente previste dal comma 1-bis dell'articolo 46 del Codice dei contratti pubblici.

3. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l'appello deve respinto, con conseguente improcedibilità dell'appello incidentale.

Le spese di lite del presente grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza.

### **P.Q.M.**

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

Dichiara improcedibile l'appello incidentale.

Condanna l'appellante al pagamento delle spese del presente grado di giudizio in favore delle parti appellate, spese che liquida in euro 4.000,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascuna parte costituita in appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente  
Claudio Contessa, Consigliere  
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore  
Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere  
Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE                      IL PRESIDENTE  
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti      Carlo Saltelli