

N. 03717/2015REG.PROV.COLL.

N. 01268/2015 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 1268 del 2015, proposto dalla Verbatel Servizi Informatici e Telematici s.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Sinergis s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Gualtieri e Maria Cristina Osele, con domicilio eletto presso lo studio Rosati in Roma, via Ovidio 10;

contro

Regione Basilicata, rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Panetta, con domicilio eletto presso l'ufficio di rappresentanza della Regione in Roma, via Nizza 56;  
Siteco Informatica s.r.l., in proprio e quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con Net Engineering s.p.a., nonché quest'ultima in proprio, rappresentate e difese dagli avvocati Mario Sanino e Gianpaolo Ruggiero, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, viale Parioli 180;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. BASILICATA, SEZIONE I, n. 53/2015, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento in appalto dei servizi per l'attivazione di un sistema integrato di rivelazione degli incidenti stradali e georeferenziazione dei sinistri

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Basilicata e della Siteco Informatica s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2015 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Alfredo Gualtieri, Mario Sanino, Filippo Pacciani su delega dell'avvocato Nicola Panetta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. La Verbatel servizi informatici e telematici s.r.l. impugna nel presente giudizio gli atti della procedura di affidamento in appalto dei servizi «*per l'attivazione di un sistema integrato di rivelazione degli incidenti stradali e georeferenziazione dei sinistri, l'attivazione di un sistema informatico stradale per l'impostazione del catasto stradale informatizzato con rilievo di parte della rete stradale prov.le e servizi professionali relativi a indagini e studi sulla mobilità*», indetta dalla Regione Basilicata (bando pubblicato il 16 luglio 2012) ed aggiudicata al raggruppamento formato dalla mandataria Siteco informatica s.r.l. e la mandante Net engineering s.p.a.
2. Con la sentenza in epigrafe il TAR Basilicata ha rispettivamente respinto nel merito e dichiarato inammissibile il ricorso introduttivo rivolto all'aggiudicazione definitiva (determinazione n. 811 del 3 dicembre 2013), ed i successivi motivi aggiunti, indirizzati al provvedimento con cui la Regione ha respinto l'invito all'autotutela ex art. 243-bis cod. contratti pubblici (nota del 9 gennaio 2014, prot. n. 3061/7602).
3. Con il presente appello la Verbatel contesta entrambe queste statuizioni del giudice di primo grado
4. Resistono la Regione e le imprese facenti parte del raggruppamento aggiudicatario.

## DIRITTO

1. Devono nell'ordine essere esaminati innanzitutto ed in modo congiunto i motivi primo e terzo del presente appello.

Con il primo motivo d'appello la Verbatel ripropone il II motivo aggiunto di primo grado, in cui ha censurato la mancata esclusione dell'a.t.i. Siteco, per non avere questa dichiarato nella domanda di partecipazione alla gara la propria volontà di ricorrere all'avvalimento, al fine di conseguire il requisito di capacità tecnica consistente nell'aver eseguito nei triennio antecedente un appalto relativo a sistemi integrati di rilevazione degli incidenti stradali di importo pari ad almeno 200.000 euro (punto 14.4 del disciplinare di gara). Con il terzo motivo l'appellante si duole della dichiarazione di inammissibilità dei motivi aggiunti, perché notificati «*ben oltre il termine di cui all'art. 120, n. 5, cod. proc. amm.* » (§ 6.1 della sentenza di primo grado).

L'esame congiunto discende in particolare dal fatto che i motivi in questione concernono un unico capo della decisione appellata, e cioè quello con cui il motivo aggiunto di primo grado in questione non è stato esaminato nel merito, a causa della sua tardività ritenuta nei termini poc'anzi esposti.

2. Gli stessi motivi devono essere esaminati nel merito, poiché essi contengono critiche puntuali alla statuizione impugnata e rispettose dell'onere di specificità sancito dall'art. 101, comma 1, cod. proc. amm., dovendosi pertanto respingere l'eccezione di inammissibilità ai sensi di quest'ultima disposizione formulata dalle società Siteco e Net Engeneering odierne appellate.

3. La formulazione di una censura specifica alla decisione di primo grado va in particolare riferita al terzo motivo d'appello, con cui la Verbatel ha sottoposto a puntuale critica la statuizione di irricevibilità emessa dal giudice di primo grado, e l'unico per il quale l'onere di specificità è in realtà configurabile nel caso di specie, dal momento che il mancato esame nel merito del motivo aggiunto in questione, determinato da una ragione ostativa di carattere pregiudiziale, ne rende sufficiente la mera riproposizione in appello.

Ciò precisato, a fronte della decorrenza del termine per impugnare, che il giudice di primo grado ha individuato nella data del provvedimento impugnato dalla Verbatel con motivi aggiunti, e dunque nel 9 gennaio 2014 (a fronte di una notifica effettuata da quest'ultima il 13 febbraio successivo), l'odierna appellante contrappone nel presente appello il posteriore *dies a quo* del 15 gennaio, in cui asserisce avere avuto conoscenza della nota regionale, mediante messaggio di posta elettronica certificata recante la stessa. Come poc'anzi accennato, emerge dalla sintesi del motivo ora svolta che lo stesso è formulato in modo da enucleare un possibile errore di giudizio del TAR, e dunque la sua idoneità a devolvere al giudice d'appello la cognizione sul punto controverso della decisione impugnata (secondo quanto precisato dall'Adunanza plenaria 3 giugno 2011, n. 10).

4. Nel merito il motivo è tuttavia inficiato da un'errata interpretazione del capo di sentenza impugnato - laddove è invece corretta quella fornita dalla Regione Basilicata a pag. 12 della memoria costitutiva dell'amministrazione - che ne determina l'infondatezza ed il conseguente rigetto.
5. Nel citato § 6.1 della pronuncia appellata il TAR ha infatti dichiarato inammissibile il ricorso per motivi aggiunti a causa del mancato rispetto del termine di 30 giorni previsto dall'art. 120, comma 5, cod. proc. amm., accogliendo un'eccezione formulata dalle parti resistenti, ma ha anche precisato nel successivo § 6.2 che la documentazione amministrativa presentata in sede di gara dal raggruppamento aggiudicatario è stata acquisita dalla Verbatel «*già anteriormente alla stessa redazione del ricorso introduttivo*», avendo ritenuto provata tale circostanza sulla base delle dichiarazioni ammissive contenute in quest'ultimo mezzo (in particolare al punto 17). Quindi, nel § 6.3 il giudice di primo grado ha

ribadito che l'inammissibilità del ricorso per motivi aggiunti perché «*la ricorrente ha già impugnato l'aggiudicazione definitiva della gara*», costituente l'unico atto lesivo della sequenza procedimentale, contrariamente al diniego di autotutela ex art. 243-*bis* citato.

6. Dalla complessiva lettura della sentenza in questione si ricava quindi che il TAR non ha esaminato il secondo motivo aggiunto non solo perché contenuto in un ricorso ex art. 43 cod. proc. amm. proposto tardivamente (ed infatti la conseguente statuizione da adottare sarebbe stata di irricevibilità), ma anche perché proposto contro un provvedimento non autonomamente lesivo, laddove le ragioni che ne hanno consentito la formulazione erano note già al momento dell'unico atto lesivo della gara impugnata, e cioè l'aggiudicazione definitiva.
7. Questa statuizione del TAR deve essere confermata perché in effetti il motivo diretto a censurare il ricorso *a posteriori* all'avvalimento ai fini della comprova del sopra citato requisito di capacità tecnica doveva essere svolto nel ricorso introduttivo e non già nei motivi aggiunti.

Infatti, gli assunti contenuti dalla Verbatel nel primo motivo d'appello si fondano sul fatto che nel verbale di gara n. 1 del 6 dicembre 2012, non si menziona alcuna documentazione dalla quale emerga la volontà della mandante Net Engineering di avvalersi della One Team s.r.l., ma si dà atto, senza ulteriori specificazioni, della richiesta della commissione di gara di fornire chiarimenti in ordine al servizio di capacità tecnica a tal fine dichiarato in sede di domanda di partecipazione dalla medesima mandante, e cioè quello svolto nei confronti della Agenzia regionale campana per la sicurezza stradale (Arcss) dell'importo di € 225.000.

Sulla base di tale quadro documentale, l'odierna appellante inferisce che la documentazione relativa all'avvalimento, necessaria ad integrare il requisito imposto dalla *lex specialis* (il servizio dichiarato era infatti stato svolto in a.t.i. tra la Net engineering e la One Team), non era originariamente presente nella busta contenente la documentazione amministrativa. L'assunto è avvalorato dalla circostanza che solo con la nota del 13 dicembre 2012, in riscontro alla richiesta della commissione del precedente 11 dicembre, la Siteco specificava che ai fini del requisito in questione la mandante faceva ricorso all'avvalimento con la One Team (cfr. a pag. 22 e 23 dell'appello).

8. Ebbene, come emerge dalla narrativa del motivo d'appello in esame, tanto il verbale di gara n. 1 quanto il successivo carteggio tra la commissione e la Siteco sono allegati al ricorso introduttivo della Verbatel, cosicché deve ritenersi che quest'ultima fosse già al momento dell'aggiudicazione definitiva, impugnata con tale mezzo, a conoscenza del motivo di illegittimità formulato invece solo nei motivi aggiunti.

9. Oltre al primo primo motivo d'appello deve quindi essere respinto anche il terzo.

10. E' invece inammissibile il secondo motivo d'appello, nel quale la Siteco si duole dell'omessa pronuncia da parte del TAR circa la natura dell'avvalimento tra la Net engineering e la One Team.

Contrariamente a quanto sostiene l'appellante non vi è alcuna omissione di pronuncia, perché la censura è stata proposta solo nel presente giudizio d'appello, in violazione dell'art. 104, comma 1, cod. proc. amm. dovendosi quindi accogliere l'eccezione delle società controinteressate.

11. Con il quarto motivo d'appello la Verbatel lamenta l'omessa pronuncia sulle censure di carenza di istruttoria e motivazione in ordine all'idoneità del servizio dichiarato dalla mandante Net Engineering al fine di dimostrare il requisito di capacità richiesto dal più volte citato art. 14.4 del disciplinare di gara. Sul punto l'appellante evidenzia che quello svolto a favore dell'Agenzia regionale campana per la sicurezza stradale (Arcss), dell'importo di € 225.000, è consistito nella sola fornitura di *hardware* e di data-base, ma non ha implicato lo sviluppo del *software* relativo a «*sistemi integrati di rilevazione degli incidenti stradali*», come invece previsto dalla *lex specialis*.

12. Quand'anche omessa denuncia vi sia stata il motivo è comunque infondato.

Come infatti osserva la Regione (pag. 11 della memoria costitutiva), l'art. 14 del disciplinare richiedeva di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità tecnica e professionale mediante precedenti servizi «*analoghi o similari*» (punto 1 dell'art. 14), dovendo tale menzione essere riferita, in assenza di altre contrarie, anche al servizio "di punta" richiesto al successivo punto 4.

13. Deve pertanto farsi applicazione della consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato a mente della quale, laddove il bando di gara richieda quale requisito il pregresso svolgimento di «*servizi analoghi*», tale nozione non può essere assimilata a quella di «*servizi identici*» (in questo senso, da ultimo: Sez. IV, 5 marzo 2015, n. 1122), dovendosi conseguentemente ritenere, in chiave di *favor participationis*, che un servizio possa considerarsi analogo a quello posto a gara se rientrante nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto in contestazione, cosicché possa ritenersi che grazie ad esso il concorrente abbia maturato la capacità di svolgere quest'ultimo (Sez. III, 5 dicembre 2014, n. 6035, 25 giugno 2013, n. 3437; Sez. IV, 5 marzo 2015, n. 1122, 11 novembre 2014, n. 5530; Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2157, 23 marzo 2015, n. 1568, 25 giugno 2014, n. 3220, 8 aprile 2014, n. 1668).

14. Ciò precisato, sulla base della prospettazione del motivo in esame non emerge in alcun modo in che termini il servizio prestato nei confronti dell'Agenzia regionale campana per la sicurezza stradale si collochi al di fuori del settore economico di quello posto in contestazione e sia pertanto inidoneo a qualificare il raggruppamento, così come invece ritenuto dalla commissione di gara. Al contrario, da un lato non è contestato che il contratto abbia riguardato proprio la realizzazione di un sistema informativo a supporto dell'ente regionale campano preposto alla sicurezza stradale, mentre dall'altro lato non è sufficientemente specificato se effettivamente la sola fornitura di materiale *hardware* e dei relativi dati infici la capacità del raggruppamento controinteressato di svolgere il servizio in contestazione.

15. Infine, nel quinto ed ultimo motivo d'appello la Verbatel si duole della dichiarazione di inammissibilità della censura, contenuta nei motivi aggiunti di primo grado, con cui aveva sostenuto che il raggruppamento aggiudicatario doveva essere escluso, per avere prodotto a titolo di cauzione provvisoria una polizza fideiussoria intestata alle sole società facenti parte di esso, e non anche nei confronti dell'ausiliaria One Team.

16. A prescindere dalla correttezza della statuizione del TAR, il motivo è in ogni caso infondato nel merito, perché l'art. 75 non impone in alcun modo un simile obbligo e lo stesso non può ricavarsi dall'art. 49. Infatti, quest'ultima disposizione distingue la posizione dell'ausiliaria rispetto al concorrente, al quale solo è riferibile l'esecuzione del contratto dal punto di vista giuridico ed al quale va rilasciata la relativa certificazione (comma 10), benché la prima assuma responsabilità solidale con quest'ultima (comma 4).

17. La censura è infondata anche alla luce del più recente orientamento di questo Consiglio di Stato tendente, in applicazione del principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163/2006, a ritenere sanabili mediante il potere di soccorso istruttorio le irregolarità concernenti la cauzione provvisoria comunque prestata nei termini previsti dalla *lex specialis* (da ultimo: Sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781; Sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 147; Sez. V, 22 maggio 2015, n. 2563, 10 febbraio 2015, n. 687).

18. In conclusione, l'appello deve essere respinto.

Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la Verbatel Servizi informatici e telematici s.r.l. a rifondere alle appellate Regione Basilicata e le spese del presente grado di giudizio, liquidate in € 5.000,00 per ciascuna, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 giugno 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Sabato Guadagno, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

II 28/07/2015

IL SEGRETARIO

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