



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello nr. 4669 del 2014, proposto da FASTWEB S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del r.t.i. costituito con Vitrociset S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianluigi Pellegrino e Giuseppe Morbidelli, con domicilio eletto presso il primo in Roma, corso Rinascimento, 11,

contro

TELECOM ITALIA S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del costituendo r.t.i. con Net Service Società Consortile S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Cardarelli e Filippo Lattanzi, con domicilio eletto presso il primo in Roma, via Pierluigi da Palestrina, 47,

nei confronti di

- CONSIP S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Andrea Guarino e Cecilia Martelli, con domicilio eletto presso il primo in Roma, piazza Borghese, 3;
- MINISTERO DELL'ECONOMIA E DELLE FINANZE, in persona del

Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso *ope legis* dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliato per legge presso la stessa in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per annullamento e riforma,

previa sospensione cautelare dell'esecutività,

della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione Terza, nr. 4954 resa *inter partes* in data 13 maggio 2014 e di cui al dispositivo nr. 3833/2014.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Telecom Italia S.p.a., di Consip S.p.a. e del Ministero dell'Economia e delle Finanze, nonché gli appelli incidentali proposti dalle prime due;

Viste le memorie prodotte da Fastweb S.p.a. (in date 14 giugno, 24 luglio, 13 settembre, 2 e 6 dicembre 2014), da Telecom Italia S.p.a. (in date 5 giugno, 26 luglio, 2 settembre, 2 e 5 dicembre 2014) e da Consip S.p.a. (in date 25 luglio, 8 e 13 settembre, 2 e 6 dicembre 2014) a sostegno delle rispettive difese;

Viste le ordinanze di questa Sezione nr. 2567 del 18 giugno 2014, nr. 3333 del 29 luglio 2014 e nr. 4154 del 16 settembre 2014, con le quali sono state respinte le domande cautelari formulate dalle parti appellanti;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore, all'udienza pubblica del giorno 18 dicembre 2014, il Consigliere Raffaele Greco;

Uditi gli avv.ti Pellegrino e Morbidelli per Fastweb S.p.a., gli avv.ti Cardarelli e Lattanzi per Telecom Italia S.p.a., gli avv.ti Francesco Saverio Cantella (per dichiarata delega), Guarino e Martelli per Consip S.p.a. e l'avv. dello Stato Fabio Tortora per il Ministero dell'Economia e delle Finanze;

Visto il dispositivo di sentenza nr. 6713 depositato in data 19 dicembre 2014;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con bando pubblicato in data 4 dicembre 2012, Consip S.p.a. ha indetto, per conto del Ministero dell'Economia e delle Finanze, una procedura aperta per l'affidamento della *“fornitura, messa in opera e manutenzione di sistemi telefonici privati e di prodotti e servizi correlati per le Pubbliche Amministrazioni suddivisa in due lotti”*.

Il presente giudizio concerne la procedura di gara relativa al lotto 2, di importo a base d'asta pari a € 65.000.000,00, da aggiudicare mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con attribuzione di un massimo di 20 punti all'offerta tecnica e di 80 punti all'offerta economica.

All'esito delle operazioni di gara – e dopo che, pur non avendo nessuna offerta superato la soglia di anomalia di cui all'art. 86, comma 2, del decreto legislativo 12 aprile 2006, nr. 163, la Commissione aggiudicatrice aveva ritenuto egualmente di sottoporre a verifica l'offerta risultata prima in graduatoria – la stazione appaltante dava comunicazione, con nota del 14 ottobre 2013, dell'aggiudicazione definitiva in favore del r.t.i. costituito da Fastweb S.p.a. (mandataria) e Vitrociset S.p.a. (mandante).

2. Il provvedimento di aggiudicazione, unitamente ai retrostanti atti della procedura, è stato impugnato in sede giurisdizionale da Telecom Italia S.p.a., capogruppo del costituendo r.t.i. risultato secondo in graduatoria ed unico altro concorrente in gara, sulla scorta di doglianze afferenti sia alle risultanze del subprocedimento di verifica della congruità dell'offerta risultata aggiudicataria, sia di asserite omissioni relative alla documentazione amministrativa presentata dal r.t.i. Fastweb S.p.a.

Nel giudizio instauratosi dinanzi al T.A.R. del Lazio, si è altresì costituita Fastweb S.p.a., la quale ha a sua volta proposto ricorso incidentale, denunciando da un lato

l'incongruità dell'offerta del r.t.i. Telecom Italia S.p.a., e dall'altro l'illegittima ammissione dello stesso alla gara a cagione di pretese omissioni nella documentazione amministrativa prodotta.

Dopo che entrambe le parti avevano proposto motivi aggiunti, ed essendo stata *medio tempore* sottoscritta la convenzione-quadro tra Consip S.p.a. e il r.t.i. aggiudicatario, il T.A.R. adito, ritenute fondate le censure articolate sia dalla ricorrente principale che da quella incidentale in relazione all'ammissione alla gara di controparte, ha accolto entrambi i ricorsi, annullando l'ammissione di entrambi i contendenti e dichiarando assorbita ogni altra doglianza.

3. Avverso tale ultima sentenza è insorta Fastweb S.p.a. con l'odierno appello, chiedendone la riforma previa sospensione dell'esecuzione sulla scorta dei seguenti motivi:

I) erronea valutazione e applicazione dei principi di proporzionalità ed economicità dell'azione amministrativa e di conservazione degli atti di gara; violazione dell'art. 34 cod. proc. amm. (atteso che il primo giudice non avrebbe potuto giammai valutare la sussistenza di un interesse strumentale dei ricorrenti alla ripetizione della gara, afferendo tale evenienza alla discrezionalità della stazione appaltante, ed inoltre che la fondatezza delle reciproche censure "escludenti", giusta il principio del "soccorso istruttorio", non avrebbe potuto portare alla totale caducazione della procedura, ma – semmai – a una declaratoria di improcedibilità delle speculari doglianze per carenza di interesse);

II) erronea valutazione e applicazione degli artt. 38 e 46 del d.lgs. nr. 163 del 2006; erronea valutazione e applicazione del par. 4.4.1.1 del disciplinare di gara e dell'Allegato 1 del disciplinare medesimo; erronea valutazione e applicazione dei principi di chiarezza della *lex specialis* di gara, di *par condicio* e tutela dell'affidamento, di massima partecipazione alle pubbliche gare di appalto, di proporzionalità ed economicità dell'azione amministrativa e di conservazione degli atti di gara (in

relazione all'annullamento della suindicata clausola del disciplinare, sulla cui scorta il T.A.R. ha poi ritenuto fondate le censure formulate in via sia principale che incidentale);

III) erronea valutazione degli artt. 38 e 46 del d.lgs. nr. 163 del 2006; erronea valutazione e applicazione del par. 4.4.1.1 del disciplinare di gara e dell'Allegato 1 del disciplinare medesimo; erronea valutazione e applicazione dei principi di chiarezza della *lex specialis* di gara, di *par condicio* e tutela dell'affidamento, di massima partecipazione alle pubbliche gare di appalto, di proporzionalità ed economicità dell'azione amministrativa e di conservazione degli atti di gara (in relazione all'omessa pronuncia sul terzo motivo di ricorso incidentale, col quale era stata denunciata l'illegittimità della predetta clausola della *lex specialis*, ove interpretata in senso "escludente");

IV) erronea valutazione degli artt. 38 e 46 del d.lgs. nr. 163 del 2006; erronea valutazione e applicazione del par. 4.4.1.1 del disciplinare di gara e dell'Allegato 1 del disciplinare medesimo; erronea valutazione e applicazione dei principi di chiarezza della *lex specialis* di gara, di *par condicio* e tutela dell'affidamento, di massima partecipazione alle pubbliche gare di appalto, di proporzionalità ed economicità dell'azione amministrativa e di conservazione degli atti di gara (in relazione all'interpretazione data dal primo giudice della previsione del disciplinare circa la facoltà dei concorrenti di presentare "*dichiarazioni aggiuntive*" rispetto al modello unico informatico, non modificabile, sulla cui base avrebbero dovuto essere presentate la domanda di partecipazione e le allegate dichiarazioni autocertificative);

V) erronea valutazione degli artt. 38 e 46 del d.lgs. nr. 163 del 2006; erronea valutazione e applicazione del par. 4.4.1.1 del disciplinare di gara e dell'Allegato 1 del disciplinare medesimo; erronea valutazione e applicazione dei principi di chiarezza della *lex specialis* di gara, di *par condicio* e tutela dell'affidamento, di

massima partecipazione alle pubbliche gare di appalto, di proporzionalità ed economicità dell'azione amministrativa e di conservazione degli atti di gara (in relazione anche all'incontestata assenza di cause di esclusione relative ai soggetti per i quali si assumeva omessa la dichiarazione *ex art. 38* da parte del r.t.i. aggiudicatario).

Ciò premesso, parte appellante ha riproposto come segue i motivi assorbiti di ricorso incidentale di prime cure:

i) violazione e falsa applicazione dell'art. 86 del d.lgs. nr. 163 del 2006; eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, del principio di buona amministrazione, illogicità e difetto di motivazione (in relazione all'incongruità dell'offerta del r.t.i. Telecom Italia S.p.a.);

ii) violazione e falsa applicazione dei principi di chiarezza della *lex specialis* di gara, di tassatività delle cause di esclusione, dei principi di *par condicio*, di tutela dell'affidamento dei concorrenti; violazione dei principi di massima partecipazione alle pubbliche gare d'appalto, di trasparenza, proporzionalità ed economicità dell'attività amministrativa e di conservazione degli atti di gara; violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 46 del d.lgs. nr. 163 del 2006 e del dovere di soccorso istruttorio (censura già riproposta come evidenziato sopra, *sub III*);

iii) violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara; violazione degli artt. 2 e segg. della legge 10 ottobre 1990, nr. 287, e degli artt. 101 e segg. del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (già artt. 81 e segg. del Trattato CE); violazione dell'art. 2 del d.lgs. nr. 163 del 2006 e dei principi di libera concorrenza, parità di trattamento e non discriminazione; violazione e falsa applicazione dell'art. 118 del d.lgs. nr. 163 del 2006 e dell'art. 8 del disciplinare di gara (in relazione all'individuazione di Aastra Italia S.p.a. come "subappaltatore" di Telecom Italia S.p.a. per una parte rilevante dei servizi oggetto della gara).

4. Si è costituita l'appellata Telecom Italia S.p.a., la quale, oltre a opporsi con

diffuse argomentazioni all'accoglimento dell'appello e della connessa istanza cautelare, ha proposto appello incidentale avverso la medesima sentenza del T.A.R. capitolino, sulla scorta dei seguenti motivi:

A) erroneità della sentenza per violazione degli artt. 38 e 46 del d.lgs. nr. 163 del 2006, come interpretati dalle decisioni dell'Adunanza plenaria nr. 10 del 4 maggio 2012, nr. 21 del 7 giugno 2012 e nr. 23 del 16 ottobre 2013, degli artt. 84 e 112 cod. proc. civ., nonché per manifesta illogicità e contraddittorietà della motivazione (in relazione alla irrilevanza delle omissioni contestate al r.t.i. Telecom Italia S.p.a., e sulla cui scorta erano state formulate le censure incidentali poi accolte dal T.A.R., censure che peraltro avrebbero dovuto considerarsi implicitamente rinunciate da Fastweb S.p.a.);

B) erroneità della sentenza per violazione dell'art. 112 cod. proc. civ., sotto il profilo dell'omessa pronuncia sulla domanda di inefficacia della convenzione quadro stipulata con il r.t.i. Fastweb S.p.a. (atteso che l'infondatezza del ricorso incidentale, in una con la fondatezza di quello principale, avrebbe dovuto indurre il T.A.R. a dichiarare il diritto del r.t.i. Telecom Italia S.p.a. a subentrare nell'affidamento, piuttosto che ad annullare l'intera procedura selettiva, e stante quindi l'omessa pronuncia sulla domanda di inefficacia della convenzione *medio tempore* stipulata).

Inoltre, anche Telecom Italia S.p.a. ha riproposto, ai sensi dell'art. 101 cod. proc. amm., i motivi di censura di primo grado non esaminati, come segue: violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. nr. 163 del 2006; eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, manifesta illogicità (in relazione all'evidente incongruità dell'offerta del r.t.i. Fastweb S.p.a.).

5. Si è altresì costituito, con la difesa erariale, il Ministero dell'Economia e delle Finanze, depositando però un mero atto di stile dal quale non è dato neanche evincere la posizione dell'Amministrazione in ordine all'accoglimento o al rigetto

degli appelli proposti dalle parti private.

6. All'esito della camera di consiglio del 17 giugno 2014, questa Sezione ha respinto la domanda incidentale di sospensiva proposta dalla appellante principale.

7. Nelle more, è stato altresì depositato un ulteriore appello incidentale avverso la sentenza in epigrafe, proposto dalla stazione appaltante Consip S.p.a. e anch'esso accompagnato da istanza cautelare.

Detto appello risulta affidato ai seguenti motivi in diritto:

- incompatibilità comunitaria dell'art. 38 del d.lgs. nr. 163 del 2006 per contrasto con l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE (con riferimento all'interpretazione per cui sarebbe possibile l'esclusione del concorrente dalla gara non già solo per la carenza sostanziale dei requisiti soggettivi, ma anche per l'omissione o l'incompletezza della documentazione prodotta a comprova del loro possesso);

- incompatibilità comunitaria dell'art. 38 del d.lgs. nr. 163 del 2006 per contrasto con l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE (con riferimento alla ritenuta necessità di estendere la verifica sul possesso dei requisiti soggettivi anche agli amministratori delle imprese incorporate dal concorrente, a seguito di cessione o fusione societaria, al di fuori dei casi in cui ciò comporti immedesimazione organica tra i legali rappresentanti delle due imprese);

- erroneità della declaratoria di illegittimità del par. 4.4.1.1 del disciplinare (stante il contrasto con il principio comunitario del dovere di soccorso istruttorio).

8. All'esito della camera di consiglio del 29 luglio 2014, la Sezione ha respinto l'ulteriore domanda cautelare formulata in una all'appello incidentale di Consip S.p.a.

9. Dopo l'ulteriore udienza camerale del 16 settembre 2014, è stata altresì disattesa la domanda di revocazione delle precedenti ordinanze di reiezione, ovvero di concessione di nuova misura cautelare, formulata da Telecom Italia S.p.a.

10. Di poi, le parti hanno affidato a corpose memorie l'ulteriore svolgimento delle

rispettive tesi, e, in particolare:

a) parte appellante principale ha formulato espressa istanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia dell'Unione Europea, denunciando il contrasto dell'art. 38 del d.lgs. nr. 163 del 2006, per come interpretato e applicato nella sentenza impugnata, con la normativa comunitaria di riferimento;

b) Consip S.p.a. ha prodotto nuova documentazione – rispetto alla quale, peraltro, controparte ha eccepito l'inammissibilità per violazione del divieto di cui all'art. 104, comma 2, cod. proc. amm. – in ordine alla posizione del legale rappresentante della società ceduta Vitrociset ICT S.r.l. (in relazione al quale in prime cure è stata accertata l'omissione della dichiarazione sui requisiti di cui all'art. 38 del d.lgs. nr. 163 del 2006).

11. All'udienza del 18 dicembre 2014, dopo la discussione dei procuratori delle parti, la causa è stata trattenuta in decisione.

12. È seguita, come richiesto dalle parti ai sensi dell'art. 119, comma 5, cod. proc. amm., la pubblicazione del dispositivo che ha anticipato le conclusioni della presente sentenza, nel senso della reiezione sia dell'appello principale che di entrambi gli appelli incidentali.

13. Tutto ciò premesso, al fine di definire il corretto ordine di esame delle numerose doglianze proposte e riproposte dalle parti nei rispettivi atti di appello, giova preliminarmente sottolineare che il primo giudice, per pervenire all'accoglimento di entrambi i ricorsi dinanzi a lui proposti, in via principale e incidentale, ha dovuto prioritariamente esaminare le censure con le quali si lamentava l'illegittimità della clausola del disciplinare di gara (par. 4.4.1.1) che, pur imponendo ai concorrenti di rendere la dichiarazione sul possesso dei requisiti soggettivi *ex art.* 38 del d.lgs. nr. 163 del 2006 anche con riferimento agli amministratori e direttori tecnici delle imprese cedenti ramo d'azienda in favore del concorrente nell'anno antecedente la pubblicazione del bando, espressamente

precisava però che l'eventuale omissione di detta dichiarazione non avrebbe comportato l'esclusione del concorrente dalla gara.

Solo a seguito dell'accertamento dell'illegittimità di tale clausola, il T.A.R. ha ritenuto fondate e assorbenti le contestazioni reciprocamente mosse dalle parti private avverso l'ammissione di controparte, e conseguentemente dichiarato illegittima la mancata esclusione dalla gara dei due unici concorrenti, a cagione proprio di carenze e omissioni nelle dichiarazioni autocertificative rese in relazione a soggetti aventi la rappresentanza legale di imprese cedute o incorporate nell'anno anteriore.

14. Tanto precisato in via preliminare, giova principiare dall'esame del primo motivo dell'appello principale, con il quale si censura il passaggio della sentenza impugnata nel quale il primo giudice, al fine di pervenire all'esame contestuale delle predette doglianze "speculari" formulate dalle parti l'una contro l'altra, ha evidenziato che *"ove in astratto si pervenisse ad accoglimento delle impugnazioni di entrambi i contendenti, l'assenza di altri partecipanti ben potrebbe – e verosimilmente, dovrebbe – determinare, da parte di Consip, la ripetizione della gara"* di che trattasi (pag. 16 della sentenza in epigrafe).

14.1. Secondo parte appellante, con tale affermazione il giudicante si sarebbe inammissibilmente ingerito nella sfera riservata alla discrezionalità della stazione appaltante, cui spetterebbe ogni valutazione sia sull'*an* che sul *quomodo* della ripetizione della procedura selettiva, senza che un siffatto adempimento possa formare oggetto di coazione in sede giudiziale; di conseguenza, sarebbe inconferente qualsiasi riferimento a un *"interesse strumentale"* delle parti avente a oggetto la ripetizione della gara.

14.2. La doglianza si appalesa infondata alla luce delle più recenti statuizioni rese dall'Adunanza plenaria (sent. nr. 9 del 25 febbraio 2014) in relazione alla questione dell'ordine di esame dei ricorsi principale e incidentale in caso di gara alla quale

abbiano partecipato due soli concorrenti.

In tale più recente arresto, il Supremo Collegio da un lato ha riaffermato il principio (già enunciato nella precedente sentenza nr. 11 del 7 aprile 2011) del prioritario esame del ricorso incidentale il quale, avendo carattere “escludente”, sia destinato a incidere sul presupposto processuale della legittimazione *ad causam* del ricorrente principale; per altro verso ha individuato, quale eccezione a detta regola generale, l’ipotesi presa in considerazione dalla Corte di giustizia UE nella nota “sentenza Fastweb” (sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12), laddove l’esame contestuale di entrambe le impugnazioni è reso necessario dal carattere speculare e reciprocamente escludente dei vizi denunciati in ciascun atto.

In quest’ultima ipotesi, secondo la Plenaria, l’esame contestuale diventa doveroso *“perché, essendo il vizio fatto valere da entrambi i contendenti il medesimo, in concreto neppure si pone un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale: prioritario, in questo peculiare caso, è l’esame del vizio; se questo sussiste, entrambi i ricorsi devono essere accolti, se non sussiste entrambi dovranno essere disattesi e l’aggiudicazione sarà confermata (...) questo fa sì che, nel caso in cui il ricorrente incidentale deduca il medesimo motivo escludente dedotto dal ricorrente principale, venga meno l’asimmetria di origine procedimentale tra la legittimazione a resistere dell’aggiudicatario, certa perché fondata sul provvedimento impugnato, e la legittimazione a ricorrere del concorrente pretermesso dall’aggiudicazione, incerta perché fondata su una posizione legittimante che il ricorso incidentale può far venire meno”*.

Ad avviso della Sezione, la ricostruzione logico-giuridica così proposta dalla Plenaria – che qui si condivide integralmente – ha comportato il superamento di ogni questione e rilievo in ordine alla natura “strumentale” dell’interesse fatto valere dalle parti (qualificazione che da tempo aveva suscitato dubbi e perplessità in giurisprudenza: cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. III, 1 agosto 2013, nr. 4039; id., sez. V, 12 settembre 2012, nr. 4842; e soprattutto id., sez. IV, 26 novembre 2009, nr. 7443); ciò in quanto la situazione di “*simmetria escludente*”, che nella divisata

ipotesi è suscettibile di imporre l'esame contestuale dei due ricorsi, è destinata a operare non già sul presupposto processuale dell'interesse a ricorrere, ma *a monte* sul piano sostanziale, incidendo sulla stessa posizione legittimante delle parti, originariamente differenziata dall'essere l'una di esse aggiudicataria e l'altra no, riconducendola a parità.

Da ciò discende che, ai fini delle determinazioni circa l'ordine di esame delle impugnazioni, resta del tutto indifferente ciò che avverrà a seguito dell'esclusione in sede giudiziale di entrambi gli unici concorrenti in gara, dal momento che l'evidenziata incidenza "bilaterale" del vizio ravvisato non pregiudica in alcun modo le scelte discrezionali che la stazione appaltante potrà (o dovrà) adottare in ordine all'eventuale ripetizione della procedura selettiva, ai suoi tempi e modalità etc.

14.3. Sulla scorta dei rilievi che precedono, s'impone con immediata evidenza la non divisibilità dell'ulteriore assunto sostenuto da parte odierna appellante principale, secondo cui, anche a voler seguire l'impostazione del primo giudice laddove ha applicato al caso di specie la *regula juris* enunciata dalla Plenaria ricavandola dalla "sentenza Fastweb", ciò non avrebbe potuto giammai determinare l'annullamento dell'intera procedura di gara, dovendo al più portare a una declaratoria di improcedibilità di entrambe le impugnazioni per carenza di interesse, ovvero all'affermazione del dovere della stazione appaltante di attivare il "soccorso istruttorio" a favore di entrambi i concorrenti.

14.3.1. Con riguardo al primo assunto, è infatti evidente che l'identità del vizio denunciato nei due atti di ricorso opera non già nel senso di rendere entrambi i concorrenti privi di interesse processuale, ma in quello di renderli egualmente (e "simmetricamente") legittimati a contestare ciascuno la posizione legittimante dell'altro: donde l'impossibilità di una pronuncia di rito e l'ineluttabile esito dell'accoglimento di entrambe le impugnazioni, dovendo precisarsi che ciò

comporta solo in via indiretta la caducazione dell'intera gara, incidendo l'annullamento – come è ovvio – in via immediata sull'ammissione dei due (soli) partecipanti alla stessa.

14.3.2. Quanto al secondo aspetto, si vedrà meglio appresso, allorché saranno esaminati analiticamente i motivi di censura articolati dalle parti avverso l'annullamento della clausola della *lex specialis* in contestazione, come l'annullamento dell'ammissione di entrambi i concorrenti costituisca un esito ineluttabile della riscontrata fondatezza delle censure reciprocamente escludenti, senza che in senso ostativo possano essere invocati principi di buona fede e affidamento ovvero la regola del “soccorso istruttorio”.

15. Può dunque passarsi all'esame congiunto dei motivi dell'appello principale, rubricati *sub* II) e IV) al punto 3 che precede, con i quali è lamentata l'erroneità delle statuizioni relative all'annullamento della più volte citata clausola contenuta al par. 4.4.1.1 del disciplinare di gara.

15.1. Sul punto, è utile immediatamente sgombrare il campo da ogni dubbio circa l'applicabilità dell'innovativa disciplina “sostanzialistica”, in materia di documentazione e accertamento dei requisiti soggettivi *ex art.* 38 del d.lgs. nr. 163 del 2006, introdotta dall'art. 39 del decreto-legge 24 giugno 2014, nr. 90, convertito con modificazioni dalla legge 11 agosto 2014, nr. 114: infatti, è incontestato tra le parti che tale disciplina, confluita nell'odierno comma 2-*bis* del detto art. 38, è inapplicabile *ratione temporis* alla gara per cui è causa, in considerazione della data di pubblicazione del relativo bando.

15.2. Ciò premesso, come correttamente argomenta l'appellata Telecom Italia S.p.a., nella specie occorre fare applicazione dei principi enunciati dall'Adunanza plenaria nella sentenza nr. 16 del 30 luglio 2014, laddove, alla luce della sopravvenuta disciplina sopra richiamata, si è inteso fornire soluzione meno formalistica ad alcuni problemi applicativi in tema di conseguenze della carenza o

incompletezza delle dichiarazioni autocertificative rese dai concorrenti in ordine al possesso dei requisiti soggettivi anche per il regime normativo anteriore alla ricordata “novella”.

In tale sede, e per quanto qui rileva, in virtù della stessa *ratio* che connota le dichiarazioni sostitutive di cui all’art. 47 del d.P.R. 28 dicembre 2000, nr. 445 (che è quella di fornire alla p.a. tutte le informazioni atte a consentirle lo svolgimento delle verifiche di propria competenza e, al tempo stesso, di impegnare la responsabilità anche penale del dichiarante in ordine alla veridicità di quanto attestato), la Plenaria ha per un verso escluso ogni spazio di ammissibilità a dichiarazioni “generiche” concernenti persone non identificate né identificabili; per converso, sono state ritenute conformi al canone normativo della dichiarazione autocertificativa le eventuali attestazioni relative a soggetti non compiutamente identificati, ma agevolmente identificabili dall’Amministrazione attraverso l’accesso a registri, banche dati etc.

15.3. È dunque evidente che, con riguardo alla fattispecie che qui occupa, la prima questione che occorre affrontare, anche ai fini delle determinazioni giudiziali in ordine al più volte citato par. 4.4.1.1, è se i soggetti titolari di poteri rappresentativi e direttori tecnici nelle imprese oggetto di cessione d’azienda in favore dei concorrenti nell’anno antecedente possano, in astratto, qualificarsi come “agevolmente” identificabili dalla stazione appaltante, nel senso predicato dalla Plenaria: per tali dovendo intendersi, come emerge dall’uso dell’avverbio citato, coloro di cui la p.a. possa ricavare le generalità immediatamente tramite la consultazione di registri e banche-dati, senza alcun onere di ulteriore istruttoria o accertamento.

Al riguardo, l’avviso della Sezione è che i predetti soggetti – cui l’obbligo di dichiarazione di cui all’art. 38, comma 1, lettera c), del d.lgs. nr. 163 del 2006 si estende in virtù di un ormai consolidato indirizzo giurisprudenziale (cfr. Cons.

Stato, Ad. Pl., 4 maggio 2012, nr. 10, e 7 giugno 2012, nr. 21) – non possano annoverarsi fra quelli “*agevolmente identificabili*” nel senso suindicato, trattandosi di persone che la stazione appaltante non può individuare con immediatezza, senza dover necessariamente e previamente acquisire ulteriori elementi informativi (dai concorrenti stessi o *aliunde*).

Infatti, quand’anche il fatto storico dell’operazione di incorporazione, fusione o cessione di azienda verificatosi nell’ultimo anno sia conoscibile attraverso le visure camerali, come assume parte appellante principale, la consultazione di esse certamente non fornisce alcuna indicazione in ordine all’identità degli amministratori e direttori tecnici delle società “incorporate”, sì da costringere l’Amministrazione ad ulteriore attività istruttoria volta alla ricostruzione del pregresso assetto societario di dette diverse imprese; ne consegue che non possono condividersi le deduzioni della stessa appellante, che vorrebbe l’ipotesi che qui occupa rientrante nella categoria in cui alla stregua della Plenaria nr. 16 del 2014 sarebbe ammissibile una dichiarazione autocertificativa generica e onnicomprensiva (e senza pregiudizio dell’ulteriore questione, sulla quale pure si tornerà, se le dichiarazioni nella specie prodotte dai concorrenti avessero effettivamente tali caratteristiche).

Del resto, l’esattezza delle conclusioni testé raggiunte è confermata dalla difesa tenuta nel presente giudizio da Consip S.p.a., la quale – come meglio appresso si vedrà - con la memoria conclusiva ha affermato di esser venuta a conoscenza solo di recente dell’identità dell’amministratore dell’impresa Vitrociset ICT S.r.l., dalla quale la mandataria del r.t.i. aggiudicatario aveva acquisito un ramo d’azienda, e di essere stata impossibilitata ad acquisire in precedenza tali elementi informativi.

15.4. Le considerazioni fin qui svolte rendono ragione del perché siano da condividere le conclusioni raggiunte dal primo giudice in punto di illegittimità della ridetta clausola del disciplinare di gara, con la quale, escludendosi espressamente

l'esclusione del concorrente il quale avesse ommesso di produrre la dichiarazione sui requisiti di ordine generale in relazione agli amministratori e direttori tecnici di imprese cedenti il ramo d'azienda, sostanzialmente si legittimava l'ammissione alla gara di imprese che avessero prodotto una dichiarazione autocertificativa di fatto inutile, siccome relativa a soggetti non agevolmente identificabili dalla stazione appaltante (e quindi, alla luce dei principi enunciati dall'Adunanza plenaria nella decisione innanzi richiamata, non idonea a svolgere la stessa funzione specifica delle attestazioni *ex art. 47, comma 2, del d.P.R. nr. 445 del 2000*).

15.5. Del pari condivisibile è l'ulteriore avviso del giudice di prime cure secondo cui, a fronte della rilevata illegittimità delle prescrizioni di gara *in parte qua*, non è dirimente la circostanza che secondo la *lex specialis* la dichiarazione in ordine al possesso dei requisiti generali, al pari di tutte le altre domande e dichiarazioni intese all'ammissione alla procedura selettiva, dovesse obbligatoriamente essere presentata per via telematica, attraverso un modulo predisposto dalla stessa stazione appaltante in formato Pdf (e, quindi, non modificabile); difatti, era lo stesso disciplinare a farsi carico dell'ipotesi in cui il dichiarante attestasse il possesso dei requisiti solo per sé stesso, e tuttavia fossero esistenti altri soggetti in relazione ai quali il concorrente era tenuto a rendere la detta attestazione, prevedendo per tale caso la facoltà di presentare "*dichiarazioni aggiuntive*", ottenute per ciascuno dei soggetti ulteriori, impiegando sempre il medesimo modulo informatico: ne discende, anche alla luce del richiamato orientamento dell'Adunanza plenaria, che tale "*facoltà*" assumesse i connotati di un vero e proprio onere, laddove il concorrente fosse consapevole di rendere dichiarazioni concernenti anche i requisiti di terzi non compiutamente identificati né agevolmente identificabili dalla stazione appaltante.

15.6. Tali ultime dichiarazioni conducono ad affrontare l'ulteriore questione se *in concreto* le dichiarazioni autocertificative rese dai concorrenti nella gara di che

trattasi, e *in primis* dal r.t.i. Fastweb S.p.a. (poi risultato aggiudicatario ed odierno appellante principale), potessero effettivamente qualificarsi come “onnicomprensive”, e quindi negli intenti del dichiarante comprendenti tutti i soggetti cui si estende l’obbligo di attestazione dei requisiti *ex art.* 38, ivi compresi coloro per i quali nel presente giudizio è stata lamentata l’omissione.

Al riguardo, come evidenziato dalla appellata Telecom Italia S.p.a., dalla documentazione in atti si evince che, mentre il r.t.i. *de quo* si era avvalso della richiamata facoltà di produrre dichiarazioni aggiuntive, producendone una riferita al procuratore speciale della mandataria Fastweb S.p.a., non altrettanto aveva fatto per l’amministratore di Vitrociset ICT S.r.l., già cedente il ramo d’azienda in favore della mandante Vitrociset S.p.a.; dal che parte appellata, molto fondatamente, argomenta che tale omissione sarebbe – appunto – null’altro che ...un’omissione, non potendo in alcun modo predicarsi che la posizione del predetto soggetto fosse implicitamente ricompresa nella dichiarazione autocertificativa relativa all’amministratore della stessa Vitrociset S.p.a.

A fronte di tale lineare impostazione logica, non persuade l’opposta argomentazione di parte appellante principale (sviluppata col motivo sopra richiamato *sub IV* al punto 3), la quale, insistendo sulla mera facoltatività della presentazione delle “*dichiarazioni aggiuntive*”, di fatto assume che di tale facoltà si sarebbe avvalsa la mandataria Fastweb S.p.a. (con la ricordata dichiarazione specificamente riferita al suo procuratore speciale), ma non anche la mandante Vitrociset S.p.a. (la quale, pertanto, avrebbe legittimamente ommesso di produrre una specifica dichiarazione relativa al legale rappresentante della società incorporata); in tal modo, si produce il solo effetto di elevare il tasso di confusione potenzialmente ingenerabile nella stazione appaltante chiamata a svolgere le doverose verifiche, con la conseguenza di confermare – se ve ne fosse bisogno – gli effetti perniciosi, e quindi l’illegittimità, di una clausola della *lex specialis* che

rendeva opzionale la produzione di dichiarazioni che per legge avrebbero dovuto invece essere obbligatorie a pena di esclusione.

15.7. Né, a fronte di tali piani rilievi, può essere invocato un preteso affidamento dei concorrenti rispetto alle prescrizioni della *lex specialis* di gara, essendo evidente che, se quest'ultima contrasta con la normativa primaria e viene per questo impugnata in sede giurisdizionale, se ne impone l'annullamento (le questioni concernenti l'eventuale affidamento ingeneratosi nei concorrenti, semmai, potendo dar luogo a contenziosi in separata sede con l'Amministrazione).

Per motivi in parte analoghi non può predicarsi, per il solo fatto che non vi fossero altri concorrenti in gara (e dunque, in ipotesi, non vi fosse alcun rischio di violazione della *par condicio*), la sicura sussistenza del dovere di soccorso istruttorio della stazione appaltante anche a fronte di una totale omissione, e non di una semplice incompletezza o incertezza, delle dichiarazioni attestanti il possesso dei requisiti soggettivi: così argomentando – e in disparte quanto appresso più approfonditamente si dirà sull'istituto del “soccorso istruttorio” -, parte appellante ragiona come se le prescrizioni relative alle modalità di attestazione e documentazione dei requisiti fossero una mera regola procedimentale della quale i concorrenti devono assicurare il formale rispetto, obliterando che esse invece rispondono al superiore interesse di consentire alla stazione appaltante di acquisire una serie di informazioni che il legislatore considera indispensabili al fine di garantire l'affidabilità del contraente che verrà scelto (e, per questo, non casualmente i requisiti *de quibus* vengono comunemente definiti “di ordine pubblico”).

16. Le considerazioni che precedono aiutano anche a comprendere la reiezione del motivo d'appello principale indicato *sub III*) al precedente punto 3, che può essere trattato congiuntamente col primo motivo dell'appello incidentale di Consip S.p.a.: in entrambi i casi, infatti, viene denunciata l'illegittimità, per contrasto con la

sovraordinata normativa comunitaria, dell'art. 38 del d.lgs. nr. 163 del 2006 nell'interpretazione adottata dal primo giudice (e che ha condotto alla declaratoria di illegittimità del ricordato par. 4.4.1.1 del disciplinare), giungendosi a sollecitare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE della relativa questione.

16.1. Al fine di illuminare le ragioni che inducono la Sezione a disattendere le predette richieste di rinvio pregiudiziale, giova preliminarmente ribadire con forza quanto appena evidenziato in ordine alla duplice *ratio* che ispira la normativa in materia di attestazione e accertamento dei requisiti di ordine generale *ex art. 38*, laddove le esigenze di rispetto della *par condicio* e del *favor participationis* vanno necessariamente coordinate con l'esigenza che la stazione appaltante sia posta realmente in grado di verificare l'effettiva sussistenza dei requisiti in questione in capo ai concorrenti (e, quindi, che le dichiarazioni prodotte in sede di domanda di ammissione alla gara siano realmente idonee a consentire tale verifica).

16.2. Ciò premesso, e principiando dalla questione sollevata nell'appello incidentale di Consip S.p.a., con essa si assume l'illegittimità comunitaria del più volte citato art. 38, ove interpretato nel senso di consentire (o imporre) l'esclusione del concorrente non solo per la carenza effettiva e sostanziale di uno o più dei requisiti soggettivi ivi indicati, ma anche per l'omissione o l'incompletezza della documentazione prodotta a comprova del loro possesso; si assume, in particolare, che l'art. 45 della direttiva 2004/18/CE precluderebbe tale opzione normativa, codificando altresì il principio del "soccorso istruttorio".

16.2.1. La questione è manifestamente infondata per una pluralità di motivi.

16.2.2. Innanzi tutto, occorre differenziare le due ipotesi, accomunate nella prospettazione dell'appellante incidentale, di totale carenza e di mera incompletezza della documentazione attestante i requisiti soggettivi del concorrente: infatti, in giurisprudenza non si è mai negata l'applicabilità del "soccorso istruttorio" alla seconda ipotesi, e non anche alla prima, per la quale

dunque solo possono valere i dubbi di compatibilità comunitaria sollevati da parte istante.

16.2.3. Ciò premesso, giova richiamare il dato testuale ricavabile dal citato art. 45 della c.d. direttiva unificata, il quale, al par. 2, comma 1, lettera g), espressamente consente alla legislazione degli Stati membri di prevedere l'esclusione dalla gara del concorrente *“che si sia reso gravemente colpevole di false dichiarazioni nel fornire le informazioni che possono essere richieste a norma della presente sezione o che non abbia fornito dette informazioni”*.

È precisamente sulla base di tale disposizione che, come appena accennato, la consolidata giurisprudenza interna esclude ogni possibilità di ricorso al “soccorso istruttorio” in caso (non solo di non veridicità, ma anche) di totale omissione della dichiarazione autocertificativa sui requisiti, e non anche di semplice incompletezza o incertezza dei suoi contenuti.

Né tale lettura può ritenersi, come vorrebbe parte appellante incidentale, contrastante col comma 4 del precedente par. 1 del medesimo art. 45, il quale invece codificherebbe la regola generale del “soccorso istruttorio” in materia di attestazione dei requisiti: infatti, il comma testé citato è con ogni evidenza disposizione specificamente riferita alle più gravi ipotesi di esclusione automatica disciplinate dal medesimo par. 1, e non di applicazione generale a tutta la materia *de qua*; ciò che più rileva, trattasi di disposizione che non attiene affatto all'istituto del “soccorso istruttorio”, ma molto più banalmente alle modalità di documentazione e accertamento delle richiamate cause automatiche di esclusione ricollegate a condanne per gravi reati.

Invece, la norma generale in materia di “soccorso istruttorio” è contenuta nel successivo art. 51 della direttiva (*“...L'amministrazione aggiudicatrice può invitare gli operatori economici a integrare o chiarire i certificati e i documenti presentati ai sensi degli articoli da 45 a 50”*), il quale, oltre a codificare un istituto comunitario di portata generale

(cfr., ad esempio, Tribunale di primo grado CE, 10 dicembre 2009, T-195/08, che lo ha ritenuto applicabile anche alle offerte tecnica ed economica, e non solo ai documenti relativi ai requisiti di partecipazione), corrisponde a una regola procedimentale di applicazione generale, già da tempo enunciata a livello positivo nel nostro ordinamento (art. 6, comma 1, lettera *b*), della legge 7 agosto 1990, nr. 241).

Detto principio, tuttavia, ove calato nel settore delle procedure selettive per l'affidamento di appalti pubblici, va ovviamente conciliato con gli altri principi generali che presiedono alla normativa di settore, *in primis* quelli già richiamati di *par condicio* e non discriminazione tra gli operatori economici, nonché con la pure evocata esigenza di assicurare una soglia minima di chiarezza e verificabilità alla documentazione prodotta alla stazione appaltante: donde la perfetta rispondenza al combinato disposto delle disposizioni fin qui richiamate della divisata interpretazione della normativa interna, nel senso di legittimare l'esclusione del concorrente che abbia del tutto omesso di produrre uno o più dei documenti richiesti a comprova dei requisiti soggettivi.

16.3. Passando poi alle questioni sollevate dalla appellante principale, queste sono declinate sotto tre distinti profili: *a*) ritenuta incompatibilità comunitaria dell'interpretazione dell'art. 38 che impone di estendere l'accertamento dei requisiti soggettivi anche agli amministratori delle società incorporate o cedute; *b*) ritenuta incompatibilità comunitaria dell'esclusione del "soccorso istruttorio" in casi come quello qui esaminato; *c*) ritenuta incompatibilità comunitaria dell'interpretazione normativa che consenta o imponga l'esclusione del concorrente, per carenza di documentazione in ordine al possesso dei requisiti soggettivi, anche quando sia stato di fatto verificato, o comunque possa esserlo, il positivo e sostanziale possesso dei requisiti medesimi.

16.3.1. Ad avviso della Sezione, anche queste questioni possono essere disattese,

essendo o manifestamente infondate o irrilevanti ai fini del decidere.

16.3.2. Quanto al primo profilo, va innanzi tutto richiamato il disposto del comma 2 del par. 2 del più volte citato art. 45 della direttiva 2004/18/CE (“...*Gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo*”), con cui il legislatore comunitario ha chiaramente rimesso alla discrezionalità degli Stati membri la definizione in dettaglio delle regole in ordine a documentazione e accertamento dei requisiti di ordine generale.

Ciò premesso, e tenuto conto che lo stesso art. 45 riferisce i predetti requisiti impersonalmente allo “*operatore economico*”, e non a determinate persone fisiche specificamente individuate, è del tutto legittima l’opzione normativa che estenda la verifica anche ai soggetti che hanno agito per conto dell’impresa nel recente passato (come gli amministratori cessati dalla carica, per i quali si porrebbero analoghi dubbi di illegittimità, ove si aderisse alla prospettazione attorea): l’unico limite essendo costituito dall’ovvia necessità di rispettare i principi di proporzionalità e ragionevolezza di quanto richiesto di documentare all’operatore (limite il cui superamento non è qui in discussione, stante la congruità dell’odierna estensione dell’accertamento al solo anno antecedente la pubblicazione del bando).

16.3.3. Con riguardo alla seconda questione, si è già evidenziata sopra, per un verso, l’incongruità dell’equiparazione fra le diverse ipotesi di totale carenza e di semplice incompletezza della documentazione prodotta dal concorrente, che la normativa comunitaria invece consente siano trattate in modo differenziato (v. *sub* 16.1), e sotto diverso profilo la non incompatibilità col diritto europeo di previsioni interne legittimanti l’esclusione del concorrente nella prima delle due ipotesi indicate (v. *sub* 16.2.3).

16.3.4. Quanto alla terza questione, essa è innanzi tutto irrilevante nel caso di specie, non risultando che la stazione appaltante abbia tempestivamente accertato

l'identità del rappresentante della ceduta Vitrociset ICT S.r.l. e verificato il possesso in capo allo stesso dei requisiti soggettivi (e, anzi, le già richiamate difese conclusive di Consip S.p.a. inducono a ritenere l'esatto contrario); d'altro canto, ammettere in via teorica e generale una possibilità di documentazione *ex post* anche dei requisiti di soggetti per i quali sia stata omessa l'attestazione nei termini stabiliti dalla *lex specialis* determinerebbe un'evidente frustrazione delle più volte richiamate esigenze di *par condicio* fra i concorrenti e di chiarezza di tempi e modalità della documentazione, esponendo l'Amministrazione a richieste di "riesame" e a possibili contenziosi.

Sotto diverso profilo, la regola enunciata dall'Adunanza plenaria nr. 16 del 2014 con riferimento al regime normativo anteriore alla "novella" di cui al d.l. nr. 90 del 2014, rispondendo all'esigenza di assicurare che la stazione appaltante possa effettuare le verifiche di legge su quanto dichiarato dai concorrenti, non contraddice alcun principio comunitario: pertanto, per questa parte la questione pregiudiziale risulta manifestamente infondata.

17. Gli argomenti testé svolti rendono ragione anche della reiezione del secondo motivo di appello incidentale di Consip S.p.a., che riproduce la questione di incompatibilità comunitaria appena trattata *sub* 16.3.2., ancorché in termini (almeno apparentemente) ridimensionati: si assume, in particolare, che l'estensione della verifica dei requisiti soggettivi agli amministratori delle imprese cedute o incorporate sarebbe legittima soltanto laddove sia provata la continuità della "*immedesimazione organica*" fra l'amministratore di queste ultime e il legale rappresentante dell'impresa concorrente (in sostanza, nei soli casi in cui si tratti della stessa persona fisica).

L'infondatezza di tale questione – che, ancor più di quelle già esaminate, è suscettibile di mettere in crisi anche la previsione dell'estensione dell'accertamento agli amministratori e direttori tecnici cessati (i quali sono sempre, per definizione,

persone fisiche diverse da quelli attuali) – discende dai rilievi già svolti in ordine alla discrezionalità lasciata agli Stati membri circa la disciplina delle modalità di attestazione e verifica dei requisiti *de quibus*, nonché soprattutto all’impersonalità del riferimento normativo allo “*operatore economico*”, che lascia alle legislazioni interne il compito di definire la platea dei soggetti, i quali operino o abbiano operato per conto dell’impresa, nei cui confronti procedere all’accertamento.

18. Dai rilievi svolti ai punti che precedono discende anche la reiezione del terzo motivo di appello incidentale di Consip S.p.a., con il quale, proprio sulla scorta dell’incompatibilità comunitaria dell’art. 38 denunciata col primo mezzo sopra esaminato, si assume l’erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui è stato annullato il par. 4.4.1.1 del disciplinare di gara.

19. Alla luce di quanto fin qui esposto, discende anche l’infondatezza del motivo di appello principale indicato *sub V*) al precedente punto 3, con il quale, sulla scorta dei rilievi formulati nei precedenti motivi, si censura nel merito l’annullamento dell’ammissione alla gara del r.t.i. Fastweb S.p.a. – Vitrociset S.p.a.

Infatti, tale mezzo si basa sostanzialmente su due assunti che sono stati già ampiamente esaminati:

- a) quello secondo cui, alla luce della disciplina di gara che obbligava i concorrenti a inoltrare le proprie domande di partecipazione mercé la compilazione di un modulo informatico non modificabile, la dichiarazione resa dalla mandante del suddetto r.t.i. avrebbe dovuto essere intesa come “onnicomprensiva” (e, quindi, riferita anche alle figure del direttore tecnico della società dichiarante e dell’amministratore della società ceduta, per i quali invece è stata ritenuta omessa);
- b) quello per cui, in ogni caso, la stazione appaltante avrebbe comunque accertato (o potuto accertare) l’assenza di precedenti penali in capo ai soggetti in questione.

Sul primo punto ci si è ampiamente intrattenuti *sub* 15.3, 15.5 e 15.6, evidenziandosi, da un lato, come la previsione del necessario impiego del modulo

informatico non escludesse l'onere delle imprese di produrre delle dichiarazioni aggiuntive quante volte ciò si rendesse necessario per rendere edotta la stazione appaltante dell'esistenza di ulteriori soggetti, per i quali era obbligatorio l'accertamento sui requisiti soggettivi *ex art. 38*, e che tuttavia non fossero agevolmente identificabili; dall'altro lato, come la dichiarazione resa da Vitrociset S.p.a., quanto meno con riguardo all'amministratore dell'impresa ceduta, non potesse essere considerata implicitamente riferita anche a costui, sia per l'oggettiva difficoltà d'individuazione di tale soggetto sia per l'ambiguo contesto documentale in cui la dichiarazione medesima s'inseriva.

Quanto al secondo aspetto, è sufficiente richiamare gli argomenti svolti ai punti 16.2.3 e 16.2.4 in ordine all'inammissibilità di una documentazione del possesso dei requisiti soggettivi prodotta *ex post*, al di fuori della scansione procedimentale fissata dal bando di gara.

20. A questo punto, è opportuno soffermarsi brevemente sulle argomentazioni svolte nelle memorie conclusive di Consip S.p.a., laddove, modificando sul punto la posizione tenuta in ordine alle omissioni riscontrate nelle dichiarazioni prodotte dal r.t.i. aggiudicatario, la stazione appaltante assume di essere venuta in possesso solo di recente di documentazione – anch'essa depositata in atti – dalla quale emergerebbe che l'amministratore della ceduta Vitrociset ICT S.r.l. sarebbe stato anche, fino al luglio del 2012, amministratore della stessa cessionaria Vitrociset S.p.a.: di conseguenza, la dichiarazione resa da quest'ultima avrebbe dovuto essere certamente essere intesa come riferita anche a tale soggetto, laddove faceva espresso riferimento ai “*soggetti cessati dalle cariche*”.

Sul punto, in disparte le eccezioni di inammissibilità sollevate da controparte per asserita violazione del divieto di *nova* di cui all'art. 104, comma 4, cod. proc. amm. (eccezioni le quali peraltro appaiono tutt'altro che prive di fondatezza, trattandosi di documentazione che, seppur giunta tardivamente in possesso della stazione

appaltante, avrebbe forse potuto o dovuto da questa essere acquisita nell'immediatezza della gara, come meglio di seguito si dirà), vi è da dire in primo luogo che la ridetta documentazione non offre certezza in ordine ai tempi di svolgimento delle cariche sociali da parte del soggetto in questione, dato che risulta determinante per la condivisibilità in astratto dell'assunto di Consip S.p.a.; infatti, osserva l'appellata Telecom Italia S.p.a. che dalla visura camerale prodotta dalla stessa stazione appaltante il detto amministratore risulterebbe cessato dalla carica in epoca successiva alla pubblicazione del bando di gara, donde l'impossibilità di considerarlo ricompreso tra i "*soggetti cessati*" nell'anno antecedente tale data.

Inoltre, e quel che più rileva, è evidente che la stazione appaltante avrebbe avuto l'onere, in sede di verifica dei requisiti dichiarati dai concorrenti, di individuare i "*soggetti cessati*", e pertanto non si spiega come possa oggi affermare di essere stata impossibilitata, fino ad oggi, a conoscere l'identità del soggetto in questione; il che non fa che confermare la conclusione nel senso dell'incertezza del materiale documentale sottoposto alla stazione appaltante dal r.t.i. aggiudicatario, nonché alla non agevole identificabilità dei soggetti titolari della rappresentanza dell'impresa ceduta.

21. Una volta dunque accertata la correttezza dell'annullamento giurisdizionale dell'ammissione alla gara del r.t.i. Fastweb S.p.a. (con conseguente esonero del Collegio dall'esame dei motivi di ricorso non delibati in primo grado, qui riproposti con l'appello principale), resta da esaminare l'ulteriore appello incidentale proposto da Telecom Italia S.p.a. per la parte dell'epigrafata sentenza in cui è stata annullata anche l'ammissione del r.t.i. capeggiato dalla medesima Telecom Italia S.p.a.

22. Col primo motivo d'impugnazione, l'appellante incidentale assume l'erroneità della sentenza nella parte in cui, dopo aver ritenuto fondato il ricorso incidentale, il primo giudice ha esaminato (e accolto) anche il ricorso principale di Fastweb S.p.a.; tuttavia, la doglianza è articolata sotto un profilo diverso rispetto a quelli più sopra

esaminati in relazione agli altri due appelli, atteso che, senza mettere in discussione l'applicabilità alla presente fattispecie della *regula juris* individuata dall'Adunanza plenaria nr. 9 del 2014 quale eccezione al normale ordine di esame delle impugnazioni, l'istante assume che il T.A.R. non avrebbe potuto esaminare la censura di violazione dell'art. 38 del d.lgs. nr. 163 del 2006 formulata da Fastweb S.p.a., perché vi sarebbe stata una “*rinuncia implicita*” alla stessa, ovvero perché essa sarebbe stata condizionata all'accoglimento dell'analogo e speculare censura articolata nel ricorso principale (che, invece, era stata certamente rinunciata).

22.1. Orbene, quanto al primo aspetto, in disparte la circostanza che l'odierna appellante Fastweb S.p.a. nega recisamente di aver mai rinunciato a qualsivoglia dei profili di censura dedotti in prime cure, vi è che è arduo configurare la stessa nozione di “*rinuncia implicita*” al ricorso o a parte di esso: l'art. 84, comma 4, cod. proc. amm., invocato da parte appellante incidentale, disciplina non già l'ipotesi di rinuncia *per facta concludentia*, bensì quella di rinuncia non assistita dalle formalità richieste dai commi precedenti, sancendone l'assimilabilità a una dichiarazione di sopravvenuta carenza di interesse, ove ne ricorrano i presupposti.

Sotto tale ultimo profilo, è incontestabile che nella specie non vi fosse alcun atto o fatto sopravvenuto idoneo a modificare la situazione di fatto e di diritto *inter partes*, in modo da privare di ogni utilità per la ricorrente principale l'eventuale accoglimento *in parte qua* della sua impugnazione; né può assumersi un comportamento inequivoco della stessa ricorrente nel senso di non voler più che il T.A.R. adito si pronunciasse sulla censura in questione: tale non può considerarsi l'aver Fastweb S.p.a. sostenuto l'inconsistenza di analogo e speculare doglianza formulata nei suoi confronti dalla ricorrente incidentale (e, meno che mai, il non aver replicato alle difese sul punto svolte da quest'ultima nelle memorie conclusive).

Di conseguenza, non può in alcun modo assumersi – neanche per implicito –

venuto meno l'interesse della ricorrente principale a far valere il vizio ravvisato nell'ammissione del r.t.i. controinteressato, anche alla stregua del consolidato insegnamento che impone al giudice il massimo rigore nell'accertare in modo chiaro e univoco la sopravvenuta carenza di interesse, fuori dei casi in cui sia la stessa parte a dichiararla in modo esplicito (cfr. *ex plurimis* Cons. Stato, sez. V, 7 ottobre 2013, nr. 4919; id., 2 agosto 2013, nr. 4054; id., 13 maggio 2013, nr. 2584; id., sez. IV, 4 dicembre 2012, nr. 6190).

21.2. Con riguardo al secondo dei profili prospettati dall'appellante incidentale, risulta evidente dagli atti del primo grado che la censura *de qua* era stata condizionata dalla ricorrente incidentale non già all'accoglimento dello speculare motivo di ricorso proposto da Telecom Italia S.p.a., bensì – come è normale in considerazione della posizione processuale del ricorrente principale, il cui interesse sorge in dipendenza di quello del ricorrente principale – all'ipotesi, poi effettivamente verificatosi, in cui il giudice adito ritenesse illegittima la prescrizione di cui al più volte citato par. 4.4.1.1 del disciplinare, nella parte in cui non sanzionava con l'esclusione l'omessa dichiarazione di sussistenza dei requisiti in relazione a determinati soggetti (e, come si evince da una piana lettura della sentenza impugnata, detta prescrizione era stata censurata tanto dalla ricorrente principale quanto da quella incidentale).

22. Di poi, con una seconda subcensura del proprio primo mezzo, l'appellante incidentale lamenta l'erroneità nel merito delle statuizioni del primo giudice quanto ai pretesi vizi riscontrati nella documentazione prodotta dal r.t.i. Telecom Italia S.p.a.; tali vizi attengono a due specifici profili: *a*) l'omissione della dichiarazione *ex art. 38* in relazione ai legali rappresentanti di aziende che, attraverso contratti di affitto d'azienda, avevano ceduto il proprio complesso aziendale all'impresa concorrente; *b*) l'omissione della medesima dichiarazione in relazione a un soggetto ricoprente la carica di institore di una società consorziata della mandante del r.t.i.,

Net Service S.p.a.

22.1. Il motivo va respinto, dovendo anche in questo caso confermarsi integralmente le conclusioni del primo giudice.

22.2. Quanto alla prima questione, non persuadono gli opposti argomenti di parte appellante incidentale, la quale ritiene di sostenere in questa sede che i suindicati contratti di affitto sarebbero stati in realtà dei meri contratti di locazione d'immobili, dovendo invece convenirsi con la lettura datane da controparte (oltre che dal primo giudice) ed evidenziarsene l'oggetto precipuo nel trasferimento indifferenziato alla cessionaria del complesso aziendale nella sua globalità.

Né ha rilevanza, in contrario, il fatto che nella medesima sede contrattuale non sia stato pattuito, unitamente a quello del complesso aziendale, anche il trasferimento del personale delle imprese cedenti, essendo principio pacifico che tale elemento ulteriore non è necessario perché l'operazione *de qua* sia qualificata come cessione d'azienda (quanto meno ai fini che qui interessano, e onde evitare sostanziali aggiramenti dell'obbligo di fornire alla stazione appaltante le necessarie informazioni: cfr. Cons. Stato, sez. III, 18 luglio 2011, nr. 4354).

Inoltre, non può trovare spazio in questa sede l'ulteriore tesi di parte appellante incidentale, secondo cui la veste giuridica dell'affitto di azienda fu prescelta per eludere l'applicazione della normativa in materia di "equo canone": al di là dell'eccezione di controparte circa la scorrettezza processuale di una tale difesa *contra factum proprium*, questa porterebbe a qualificare i contratti in esame come in frode alla legge *ex art. 1344 cod. civ.*, senza però potersene trarre ulteriori conseguenze, non formando oggetto del presente giudizio né l'esecuzione dei predetti contratti né l'accertamento di diritti da questi scaturenti.

Al riguardo, giova richiamare il consolidato indirizzo giurisprudenziale secondo cui, pur nella sua normale rilevabilità d'ufficio, la nullità (e tale è il vizio che investe il contratto *in fraudem legis*) non può essere né eccepita né rilevata officiosamente

laddove tale questione esorbiti dal *thema decidendum*, non avendo il giudizio direttamente a oggetto l'applicazione del contratto medesimo (cfr. Cass. civ., sez. II, 10 maggio 2012, nr. 7173; id., sez. I, 21 gennaio 2008, nr. 1218).

22.3. Venendo poi alla seconda questione, risulta pacifico, alla stregua di pregressa giurisprudenza, che l'institore rientri fra i soggetti per i quali è doverosa la produzione della dichiarazione sui requisiti soggettivi in ragione della sua posizione istituzionale all'interno dell'azienda quale è disciplinata dalla legge (art. 2203 cod. civ.), indipendentemente da ogni specifica previsione della *lex specialis* di gara e da ogni approfondimento su quali siano *in concreto* i suoi poteri rappresentativi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 aprile 2013, nr. 2118; id., sez. V, 10 novembre 2011, nr. 5939; id., 14 febbraio 2011, nr. 939; id., 15 gennaio 2008, nr. 36).

23. Infine, va esaminato l'ultimo motivo dell'appello incidentale di Telecom Italia S.p.a., col quale si torna sulla questione – già oggetto di attenzione nella fase cautelare del presente giudizio d'appello – dell'omessa pronuncia da parte del primo giudice sulla domanda di declaratoria di inefficacia della convenzione-quadro *medio tempore* stipulata fra Consip S.p.a. e aggiudicataria.

In questa sede, è sufficiente sviluppare gli argomenti già esposti in sede cautelare in ordine all'inconsistenza della censura.

In particolare, è stato sottolineato che la suddetta omessa pronuncia del T.A.R. non può essere in alcun modo intesa – come avrebbe voluto l'appellante incidentale – nel senso dell'inutilità di ogni statuizione in proposito, in quanto la convenzione doveva intendersi travolta già per effetto dell'integrale annullamento della procedura selettiva *a monte*; tale impostazione, infatti, contrasta frontalmente col principio-cardine dell'intero sistema normativo successivo alla direttiva 2007/66/CE, secondo cui l'inefficacia del contratto d'appalto, in conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione, deve essere sempre dichiarata da “*un organo di ricorso indipendente dall'amministrazione aggiudicatrice*” (art. 1, par. 3), di modo che in

giurisprudenza si esclude pacificamente che l'inefficacia del contratto possa risultare per implicito, dovendo questa scaturire sempre da un'espressa pronuncia del giudice ed avendo il legislatore comunitario escluso ogni ipotesi di caducazione automatica (cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 giugno 2013, nr. 3437).

Quanto sopra esposto trova conferma, nell'odierno assetto processuale interno, nell'ovvio rilievo che i casi possibili di declaratoria di inefficacia del contratto di appalto sono oggi tassativi, essendo esclusivamente quelli disciplinati dagli artt. 121 e 122 cod. proc. amm., con riferimento rispettivamente all'inefficacia sempre discendente da gravi violazioni e ad altri casi accertabili dal giudice, e al di fuori di tali ipotesi non potendosi dare ulteriori declaratorie di inefficacia.

Né può in contrario argomentarsi dal dato letterale che le norme testé citate facciano riferimento all'inefficacia derivante dall'annullamento "*dell'aggiudicazione*", per tentare di sostenere che resterebbero fuori dalla previsione, e quindi sfuggirebbero alla richiamata tassatività, le ipotesi in cui il vizio investa gli atti *a monte* dell'aggiudicazione (p.es. il bando di gara) e sia suscettibile di travolgere l'intera procedura: infatti, è evidente che i vizi verificatisi nella sequenza procedimentale anteriore all'aggiudicazione in tanto rilevano, in quanto si riverberino su quest'ultima, determinandone l'illegittimità in via derivata, col che si torna alla proposizione di partenza per cui l'inefficacia del contratto può discendere solo e unicamente dall'annullamento "*dell'aggiudicazione*".

Venendo dunque al caso che qui occupa, è da un lato pacifico che la fattispecie esaminata dal T.A.R. non rientrava in alcuna delle ipotesi contemplate dall'art. 121 cod. proc. amm.; per vero, essa non ricadeva neanche nella previsione dell'articolo successivo, dalla cui lettura è dato evincere che l'opzione del legislatore è stata nel senso di rimettere al giudice il potere discrezionale di dichiarare l'inefficacia del contratto di appalto, in caso di vizi diversi da quelli specificamente indicati dall'art. 121, solo laddove ciò possa comportare per il ricorrente l'utilità costituita dal

“*subentro*” nella posizione di affidatario (e, quindi, la possibile stipula di un nuovo contratto che lo veda interlocutore dell’Amministrazione); ciò è confermato dal fatto che la norma ha, al contrario, espressamente escluso la possibilità di dichiarare l’inefficacia del contratto laddove l’annullamento comporti la necessità di ripetizione della gara.

Tale essendo la *ratio legis*, risultano ultronei e fuorvianti gli argomenti che si vorrebbe trarre dalla natura e gravità dei vizi ravvisati nei singoli casi, come quando – come fa nel presente giudizio Consip S.p.a. nella propria memoria conclusiva – si assume che sarebbe “*paradossale*” la sopravvivenza del contratto nel caso di vizio più radicale, comportante la necessità di ripetere *ab initio* l’intera procedura selettiva, e non in caso di vizi meno gravi, relativi alla sola individuazione dell’aggiudicatario; è evidente infatti che i criteri che indirizzano le scelte in ordine alla sorte del contratto sono improntati a logiche che prescindono dalla mera considerazione degli effetti sul piano amministrativo dei vizi inficianti la procedura di gara: in tale caso, ciò che rileva è non tanto la maggiore o minore gravità del vizio ravvisato, ma piuttosto il risultato di un bilanciamento di interessi anche economici, in cui giocano da un lato l’interesse pubblico alla sollecita esecuzione dell’appalto e dall’altro la possibilità di effettivo conseguimento dell’interesse sostanziale azionato dal ricorrente vincitore.

Di modo che è ben possibile, e anzi appartiene alla fisiologia del sistema, che, pur in presenza di vizi estremamente gravi (e, in ipotesi, tali da comportare l’integrale caducazione della procedura di scelta del contraente), il contratto di appalto non sia travolto nella sua efficacia dal *decisum* giudiziale, perché non vi è alcuna concreta possibilità di immediato soddisfacimento dell’interesse del ricorrente attraverso il subentro nel rapporto contrattuale con la stazione appaltante (come è, di regola, quando l’annullamento comporta la necessità di rinnovazione della gara).

Pertanto, deve concludersi che il “silenzio” serbato dal primo giudice sulla

domanda di inefficacia del contratto andasse inteso quale riconoscimento dell'assenza di ogni spazio per una tale pronuncia, non ricadendosi in alcuna della ipotesi tassative in cui questa sarebbe stata possibile (e, *ça va sans dire*, rientrando nell'esclusiva autonomia e responsabilità della stazione appaltante le scelte in ordine alla sorte della convenzione-quadro nel frattempo stipulata); se nella sentenza impugnata questo concetto fosse stato maggiormente esplicitato, forse si sarebbe potuto evitare, almeno in parte, il defatigante contenzioso sul punto che ha "animato" la fase cautelare del presente grado di giudizio.

24. In conclusione, dovendo addivenirsi a conferma anche dell'annullamento dell'ammissione del r.t.i. Telecom Italia S.p.a. alla gara di che trattasi, restano assorbiti gli ulteriori motivi di ricorso di primo grado, non esaminati dal T.A.R. e qui riproposti con l'appello incidentale.

25. In considerazione della soccombenza reciproca di tutte le parti esaminate, nonché dell'assenza di qualsivoglia attività da parte della difesa erariale, può essere disposta l'integrale compensazione delle spese del grado.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

- respinge l'appello principale;
- respinge l'appello incidentale proposto da Telecom Italia S.p.a.;
- respinge l'appello incidentale proposto da Consip S.p.a.;
- per l'effetto, conferma integralmente la sentenza impugnata.

Compensa tra le parti le spese del presente grado del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 dicembre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Nicola Russo, Consigliere
Raffaele Greco, Consigliere, Estensore
Andrea Migliozzi, Consigliere
Giulio Veltri, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/01/2015

IL SEGRETARIO

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