



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 Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 5903 del 2014, proposto dai signori Camerini Gianfranco e Emiliani Remo, in proprio nonché quali legali rappresentanti dello Studio associato ComuniCA.RE., rappresentati e difesi entrambi dall'avv. Silva Gotti, con domicilio eletto in Roma presso la Segreteria della Sezione V del Consiglio di Stato, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

L'Unione dei Comuni della Bassa Romagna (Ra), in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Benedetto Graziosi, con domicilio eletto in Roma presso la Alfredo Placidi C. S.n.v., via Cosseria, 2;

nei confronti di

Wap S.r.l., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Anna Rosa Venturini, con domicilio eletto in Roma presso la Segreteria della Sezione V del Consiglio di Stato, piazza Capo di Ferro, 13;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per l'Emilia Romagna, Bologna, Sez. I, n. 534 dd. 23 maggio 2014, resa tra le parti e concernente l'esclusione dalla procedura di gara per l'affidamento del servizio di ufficio stampa associato dei Comuni dell'Unione della Bassa Romagna - ris danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Unione dei Comuni della Bassa Romagna e della s.r.l. Wap;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 ottobre 2014 il Cons. Fulvio Rocco e uditi per gli appellanti l'avv. Silvia Gotti, per l'appellata Unione dei Comuni della Bassa Romagna l'avv. Benedetto Graziosi e per l'intimata Wap S.r.l. l'avv. Anna Rosa Venturini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Gli attuali appellanti, signori Gianfranco Camerini e Remo Emiliani, espongono di aver costituito tra di loro lo studio associato ComuniCA.RE. e di aver partecipato alla gara avente ad oggetto l'aggiudicazione del Servizio di Ufficio Stampa associato dei Comuni dell'Unione della Bassa Romagna, bandito per il periodo 15 maggio 2013 - 31 dicembre 2014, per un importo a base d'asta, esclusa IVA, pari a € 40.000,00.- , per il periodo 15 maggio 2013-31 dicembre 2013 e di € 80.000,00.- per il periodo dal 1° gennaio 2014 al 31 dicembre 2014.

I medesimi signori Camerini e Emiliani espongono che il criterio di aggiudicazione era costituito a' sensi dell'art. 83 del D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163, dalla offerta

economicamente più vantaggiosa, con assegnazione di un punteggio massimo pari a 70, per l'offerta tecnica, e pari a 30, per il prezzo.

ComuniCA.RE. si è classificata al secondo posto, avendo riportato complessivamente punti 71,20, nel mentre aggiudicataria della gara è risultata la Wap S.r.l. con un punteggio di 79,43.

1.2.1. Con ricorso proposto sub R.G. 632 del 2013 innanzi al T.A.R. per l'Emilia Romagna, Sede di Bologna, i soci di ComuniCA.RE. chiedono pertanto l'annullamento:

I) della determinazione dirigenziale n. 706 del 27 giugno 2013, ID. 195445, pratica 2013/112 1/000004, a firma del Responsabile Servizio Appalti e Contratti dell'Unione dei Comuni della Bassa Romagna, resa esecutiva in data 28 giugno 2013, di approvazione degli atti della Commissione e quindi di aggiudicazione definitiva del cottimo fiduciario relativo al servizio di ufficio stampa associato dell'Unione medesima, con contestuale impegno di spesa, comunicata con nota del 27 giugno 2013, prot. n. 25663;

II) degli atti presupposti, con particolare riferimento al verbale in seduta pubblica del 13 maggio 2013, laddove la Commissione giudicatrice della gara, nel verificare la documentazione amministrativa, non ha escluso la Wap S.r.l. in quanto priva dei requisiti e, in ogni caso, dei verbali in seduta segreta del 21 maggio 2013 nella parte in cui la Commissione ha medesima esaminato ed erroneamente valutato l'offerta tecnica di Wap S.r.l.;

III) *in parte qua*, del verbale in data 28 maggio 2013 recante la graduatoria finale della gara; del verbale in data 21 giugno 2013 dal quale risulta che la Commissione ha ritenuto congrue le giustificazioni sull'anomalia presentate dalla Wap S.r.l., dando mandato al Servizio Contratti di perfezionare la procedura;

IV) del provvedimento successivo all'aggiudicazione definitiva, con il quale è stata autorizzata e consentita dall'Amministrazione aggiudicatrice la sostituzione di uno

dei soggetti indicati in sede di offerta come professionisti che avrebbero svolto l'attività oggetto di gara;

V) del diniego di annullamento in autotutela disposto con atto prot. n. 28673 del 19 luglio 2013, chiesto con istanza presentata a' sensi dell'art. 243 bis del D.L.vo 12 aprile 2006, n. 163.

In via subordinata, i ricorrenti in primo grado hanno chiesto l'annullamento dei seguenti provvedimenti:

VI) della lettera d'invito e del capitolato speciale, nella parte in cui non hanno determinato i sub-criteri e i sub-punteggi per le diverse voci dell'offerta tecnica;

VII) del verbale della Commissione di gara in seduta segreta del 17 maggio 2013 nella parte in cui la Commissione medesima, in assenza di indicazioni della lettera d'invito e del capitolato, ha introdotto nuovi criteri applicativi per l'assegnazione dei punteggi tecnici;

VIII) della determinazione n. 535 del 16 maggio 2013 di nomina della Commissione di gara, nonché dei verbali della Commissione di gara in seduta segreta del 17 maggio 2013 e del 21 maggio 2013, in quanto le sedute medesime si sarebbero tenute in violazione dell'obbligo di procedere pubblicamente.

Ove necessario, ComuniCA.RE. ha pure chiesto l'annullamento del vigente Regolamento dei contratti dell'Unione dei Comuni della Bassa Romagna relativamente alle norme in contrasto con il D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 e – comunque – di ogni altro atto connesso a quelli espressamente impugnati.

ComuniCA.RE. ha – altresì – chiesto la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato tra l'Unione dei Comuni della Bassa Romagna e la Wap S.r.l., nonché il risarcimento del danno discendente dagli atti impugnati con risarcimento in forma specifica nonché per equivalente, anche relativamente al danno curriculare asseritamente da loro subito.

ComuniCA.RE. ha prioritariamente contestato l'esito della gara, affermando di avere interesse ad essere dichiarata aggiudicataria subentrando quindi nella posizione di Wap, la quale – a suo avviso – doveva essere esclusa dalla gara, ovvero ricevere un punteggio del tutto inferiore a quello ottenuto per l'offerta tecnica.

Con un secondo gruppo di motivi, subordinati rispetto alle censure principali, i titolari di ComuniCA.RE. hanno viceversa chiesto l'annullamento dell'intera gara.

1.2.2. Passando all'esame del primo gruppo di motivi, finalizzati ad ottenere l'esclusione di Wap dalla gara, va denotato che i titolari di ComuniCA.RE. hanno innanzitutto dedotto l'avvenuta violazione degli artt. 38 e 49, nonché 86-89 del D.L.vo 163 del 2006 e – ancora – l'avvenuta violazione degli artt. 2, 3 e 5 del capitolato speciale.

I ricorrenti in primo grado hanno evidenziato al riguardo che Wap è una società a responsabilità limitata a socio unico, la quale ha presentato la domanda di partecipazione alla gara in questione allegando 4 *curricula* di persone esterne alla società e che sono ivi nondimeno indicate come coloro che avrebbero svolto il servizio, non essendo con ciò chiaro il rapporto giuridico che tali soggetti hanno con Wap (avvalimento, subappalto o altro).

Né – sempre secondo ComuniCA.RE – tali persone avrebbero presentato le dichiarazioni di possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006.

Sempre secondo ComuniCA.RE. l'offerta di Wap risulterebbe comunque anomala, avendo la stessa presentato un ribasso del 25%, in alcun modo considerato dall'amministrazione aggiudicatrice.

ComuniCA.RE. rimarca al riguardo che l'attività delle anzidette quattro persone indubitabilmente costituirebbe il fulcro della prestazione offerta da Wap, posto che tale società non disporrebbe al proprio interno delle risorse umane per poter

svolgere l'incarico posto a gara, e che soltanto in sede di verifica dell'anomalia risultano depositate le lettere d'intenti contenenti la proposta di collaborazione rivolta da Wap ai quattro anzidetti suoi collaboratori e, in effetti, recanti le date del 6 e del 7 giugno 2013, ossia successive allo svolgimento della gara, avvenuto nel mese di maggio del 2013.

ComuniCA.RE. afferma che non si comprenderebbe, pertanto, sulla base di quali documenti la Commissione abbia potuto ritenere sussistente da parte di Wap la disponibilità del personale necessario per lo svolgimento del servizio in gara e che – comunque – tale integrazione dei documenti di gara da parte di Wap risulterebbe di per sé illegittima.

Rimarca, quindi, la stessa ComuniCA.RE. che le lettere in questione precisano che la disponibilità di tali collaboratori è pattuita per 24 mesi dalla data delle lettere medesime, quindi, con decorrenza dal 6 – 7 giugno 2013 pur prevedendo la lettera d'invito alla gara che il contratto tra l'Unione dei Comuni della Bassa Romagna e l'affidataria del servizio avesse inizio dal 15 maggio 2013: ciò, pertanto, significherebbe che - al momento della presentazione della domanda di partecipazione - Wap non solo non aveva la disponibilità giuridica, ma neppure la disponibilità materiale dei quattro collaboratori.

Inoltre - denota sempre ComuniCA.RE. - nelle lettere anzidette si precisa che il compenso lordo sarebbe stato di € 15,00 orari senza che sia stato indicato il numero di ore “messe a disposizione” di Wap.

ComuniCA.RE. rileva quindi che il monte-ore previsto dall'art. 3 del capitolato è pari a 58 ore a settimana, nel periodo 15 maggio-31 dicembre 2013 e di 80 ore a settimana a regime, ossia per il periodo 1° gennaio - 31 dicembre 2014: e, poiché nell'anno 2013, le settimane dal 15 maggio al 31 dicembre sono 32 che, moltiplicate per 58 ore settimanali, comportano 1.856 ore di lavoro, mentre nell'anno 2014 le settimane sono 52. che remunerate per 80 ore settimanali

comportano 4.160 ore di lavoro, se ne deduce che l'impegno assomma a complessive 6.016 ore, le quali, moltiplicate per un compenso lordo di euro 15,00 comportano una spesa per i collaboratori pari a € 90.240,00.

A questo punto Comuni.CA.RE. denota che l'offerta di Wap è pari ad € 90.000,00.- oltre ad IVA e che, pertanto, risulterebbe errato l'importo indicato da Wap nel prospetto a giustificazione dell'anomalia, il quale – per contro - è indicato nella misura di € 81.960,00.-

Rimarca ancora ComuniCA.RE. che Wap ha – nondimeno - offerto la disponibilità di 2 ore ulteriori a settimana per le riunioni e di 2 ulteriori ore per i *report* mensili: quindi, 2 ore a settimana per 84 settimane comporterebbero ulteriori 168 ore, che - moltiplicate per 15 euro all'ora - determinano l'ulteriore importo di € 2.520,00 (nel prospetto prodotto da Wap nel procedimento di verifica dell'anomalia erroneamente indicato in € 2.280,00.-).

Per quanto concerne le riunioni mensili, ComuniCA.Re. denota che 2 ore per 19 equivalgono a 38 ore che, a € 15,00 l'ora, producono il risultato di € 570,00.-; e che, pertanto, € 90.240,00 + € 2.520,00.- + € 570,00 = € 93.330,00.-, che è l'importo complessivo dell'esborso sostenuto da Wap per i propri collaboratori, cui devono ulteriormente aggiungersi le spese generali, indicate dalla stessa Wap, in € 1.590,00.- : importo, quest'ultimo, anch'esso reputato da ComuniCA.RE. assolutamente incongruo ed inverosimile, posto che i giornalisti e collaboratori devono recarsi con mezzi propri nei vari Comuni per espletare il servizio ed essere presenti ai diversi eventi oggetto dei servizi.

Ad ogni buon conto, ComuniCA.RE. rimarca che, essendo la somma complessiva finale pari ad € 94.920,00.- a fronte di un'offerta pari ad € 90.000,00.-, ne deriverebbe che Wap spenderà più di quanto da essa incassato per remunerare i propri collaboratori e che – oltre a tutto – Wap risulterebbe sostanzialmente una “*scatola vuota*”, essendo tutta la sua attività esclusivamente affidata a terzi e che –

per di più – manca l'utile d'impresa e che, anzi, l'offerta risulta palesemente in perdita.

ComuniCA.RE. evidenzia pure che uno dei quattro collaboratori prescelti da Wap (segnatamente la sig.ra Alessandra Giovannini) ha dichiarato che l'incarico sarebbe stato svolto presso la sua abitazione, con conseguente violazione degli artt. 2 e 3 del capitolato, i quali – per l'appunto – prevedono per ampia parte delle prestazioni da rendere lo svolgimento di attività esterne.

Né risulterebbe nell'offerta di Wap la presenza dei due giornalisti con esperienza almeno quinquennale, richiesta dal capitolato medesimo.

ComuniCA.RE. reputa che l'insieme delle circostanze suesposte sarebbero – per se stanti – sufficienti al fine dell'esclusione di Wap dalla gara e, nondimeno, essa deduce anche che dopo l'aggiudicazione sarebbe avvenuto in data 8 luglio 2013, ossia prima della sottoscrizione del contratto tra l'Unione dei Comuni della Bassa Romagna e Wap, il subentro del sig. Giuseppe Falconi, legale rappresentante di Wap, nei confronti della signora Alessandra Giovannini.

Tale subentro sarebbe illegittimo, in quanto avvenuto al di fuori dell'art. 5 del capitolato, il quale consente la sostituzione soltanto “*durante l'esecuzione del servizio*”, per “*casi strettamente necessari*”, solo previa “*richiesta di autorizzazione all'Amministrazione*”; e – comunque – solo tra soggetti di “*equivalente o superiore professionalità*”: condizione, questa, asseritamente non rispettata in quanto la signora Giovannini avrebbe maturato 30 anni di iscrizione all'Albo dei Giornalisti contro i 5 maturati dal Falconi.

Secondo ComuniCA.RE., tale sostituzione costituirebbe – in realtà – un mezzo per far rientrare Wap nei limiti dell'offerta da essa presentata, posto che con ciò è stata ridotta di un'unità la componente dei collaboratori esterni mediante il subentro di una risorsa interna a Wap, non più remunerata a tariffa oraria.

1.2.3. Con un secondo ordine di censure, finalizzate sempre a contestare l'aggiudicazione della gara a Wap, ComuniCA.RE. afferma l'illegittimità del punteggio attribuito all'offerta tecnica di Wap per illogicità e irragionevolezza, contraddittorietà e difetto di motivazione.

ComuniCA.RE. riferisce che, relativamente all'offerta tecnica, la Commissione di gara doveva attribuire il punteggio in base a tre elementi:

- a) la qualità complessiva dell'idea progettuale, da valutarsi in termini di originalità ed efficacia, con punteggio massimo pari a 30, con la precisazione che *“per originalità ed efficacia dell'idea progettuale deve intendersi la capacità della stessa di definire soluzioni tecniche ed organizzative innovative e funzionali agli obiettivi programmati”*;
- b) la qualità e la quantità delle professionalità coinvolte in considerazione delle competenze possedute ed in funzione degli obiettivi progettuali: massimo 30 punti;
- c) le proposte migliorative o i servizi aggiuntivi.

Posto ciò, ComuniCA.RE. denota che, per l'elemento di valutazione a) dell'offerta tecnica di Wap, la stessa Commissione ha affermato che non vi sarebbero *“particolari spunti di approfondimento sulle modalità di svolgimento del servizio (come svolgere in modo efficace ed efficiente le attività dell'ufficio stampa per 9 Comuni”*, con ciò sostanzialmente anticipando quanto dianzi riferito circa l'asserita anomalia dell'offerta stessa.

Infatti, le ore messe a disposizione, come si è rivelato in sede di giustificazione dell'anomalia, non sarebbero sufficienti e sono inferiori a quelle minime di 80 a settimana.

ComuniCA.RE. afferma inoltre che il punteggio attribuito a Wap - per l'elemento di valutazione b) - risulterebbe ingiustificato, posto che le risorse umane proposte da Wap raggiungono il minimo di quantità previsto, ossia due soli giornalisti con almeno 5 anni di esperienza (dei quali uno solo inizialmente coinvolto dichiarando di voler lavorare esclusivamente nella sua abitazione), e due altri collaboratori; e

che – per l'appunto – sono stati nondimeno attribuiti al riguardo a Wap , ossia 20 punti su 30.

Secondo ComuniCA.RE., tale punteggio risulterebbe sovradimensionato rispetto agli stessi 30 punti attribuito ad essa in considerazione di ben 8 persone coinvolte nell'attività.

Esso sarebbe ingiustificato e privo di motivazione, anche in relazione al punteggio attribuito ai ricorrenti, pari a 30 per una squadra di otto persone.

ComuniCA.RE. denota, quindi, che per la componente C) a Wap sono stati attribuiti 4 punti per le migliorie, ossia soltanto un punto in meno rispetto all'offerta migliore: e ciò nonostante la proposta comprendesse, come affermato dalla stessa Commissione, solo *“qualche indicazione interessante”* e non, quindi, effettive migliorie.

1.2.4.1. Come detto innanzi, ComuniCA.RE. ha pure formulato in primo grado le seguenti censure in via subordinata, al fine di ottenere l'annullamento dell'intera gara.

1.2.4.2. Violazione dell'art. 125 del D.L.vo 163 del 2006; erroneità e falsità dei presupposti; violazione della parità di trattamento tra i concorrenti, della trasparenza dell'azione amministrativa, nonché dei principi logicità e di trasparenza.

ComuniCA.RE. contesta la veridicità dell'assunto più volte ripetuto negli atti di gara secondo il quale *“con lettera d'invito prot. n. 15323 del 18 aprile 2013 è stato richiesto a 7 ditte operanti nel settore individuate dal Responsabile del procedimento di presentare la propria migliore offerta”*: e ciò in quanto Wap sarebbe stata invitata con ulteriore e separata nota, presumibilmente inoltrata tra il 18 e il 29 aprile 2013: e, comunque, in difformità all'obbligo di contemporaneo invito di tutti i concorrenti affermato anche con determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici n. 2 dd. 6 aprile 2011.

1.2.4.3. Violazione dell'art. 84, comma 4, del D.L.vo 163 del 2006, in quanto il Responsabile del procedimento si sarebbe auto-nominato membro e presidente della commissione giudicatrice della gara.

1.2.4.4. Violazione dell'art. 120, comma 2, del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, come integrato dall'art. 12 del D.L. 7 maggio 2012, n. 52, convertito con modificazioni in L. 6 luglio 2012, n. 94.

Afferma ComuniCA.RE. che Le buste B), recanti l'offerta tecnica, risultano aperte il 13 maggio 2013 e quindi non dalla Commissione di gara, anche se in seduta pubblica al solo scopo di verificarne la presenza e la consistenza, e rimarca che – per contro – l'art. 120, comma 2, del D.P.R. 207 del 2010 prevede che sia la Commissione ad aprire le buste e che sia espressamente verificata la presenza dei documenti prodotti.

Pertanto, secondo ComuniCA.RE., non risulterebbe chiaro cosa sia avvenuto il 13 maggio 2013, durante la seduta “monocratica” del presidente della commissione di gara: tanto più che, in seduta riservata, la Commissione avrebbe aperto le buste B *“ai fini della valutazione della conformità delle stesse ai contenuti e alle prescrizioni del capitolato”*: ossia l'operato della Commissione risulterebbe di per sé ambiguo, dal momento che le buste risulterebbero essere state aperte da soggetti diversi, senza tra l'altro dare conto nel verbale della loro conservazione.

1.2.4.5. Violazione dell'art. 83, comma 4, del D.L.vo 163 del 2006.

ComuniCA.RE., da ultimo, rileva che il capitolato non ha predeterminato i sub-criteri e i sub punteggi, limitandosi a disporre che il punteggio massimo assegnabile era pari a 70 punti, suddivisi in tre sotto-voci: elemento A) massimo 30 punti; elemento B) massimo 30 punti; elemento C), massimo 10 punti.

Viceversa, la Commissione di gara si sarebbe nella specie illegittimamente attribuita un non previsto suo potere di determinare nella specie i sub-criteri e i sub-punteggi

anzidetti, con conseguente esercizio di una discrezionalità tecnica non verificabile all'esterno.

1.3. Si è costituita in tale primo grado di giudizio l'Unione dei Comuni della Bassa Romagna, replicando alle censure avversarie e concludendo per la reiezione del ricorso.

L'Unione ha rilevato che, seppure Wap fosse esclusa dalla gara, per effetto della *lex specialis* di quest'ultima i punteggi per l'offerta economica dovrebbero essere riattribuiti e parametrati alla migliore residua offerta al ribasso, ossia quella di altra concorrente (Cambiamenti, con ribasso del 12%), con la conseguenza che neppure in tal caso ComuniCA.RE. potrebbe rendersi aggiudicataria della gara; pertanto, secondo la tesi dell'amministrazione aggiudicatrice, ComuniCA.RE. neppure potrebbe ritenersi titolare di un interesse alla proposizione del ricorso.

1.4. Si è parimenti costituita nel medesimo primo grado di giudizio Wap, concludendo per la reiezione del ricorso di ComuniCA.RE. ma proponendo, a sua volta, ricorso incidentale avverso la mancata esclusione di quest'ultima dalla gara.

In estrema sintesi, secondo le prospettazioni di Wap:

1) il sig. Alberto Mazzotti, indicato da ComuniCA.Re. tra i professionisti che svolgeranno il servizio in caso di aggiudicazione, è vicepresidente con poteri di rappresentanza della Cooperativa L'Aleph, nonché socio-lavoratore della stessa, con conseguente sussistenza tra ComuniCA.RE. e L'Aleph di un rapporto rilevante agli effetti dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater) come inserito dall'art. 3, comma 1, del D.L. 25 settembre 2009, n. 135, convertito con modificazioni in L. 20 novembre 2009, n. 166;

2) la domanda di partecipazione alla gara di ComuniCA.RE. risulta priva di firme.

Wap fa inoltre propria la sopradescritta eccezione dell'Unione dei Comuni della Bassa Romagna circa il difetto di ComuniCA.RE. a proporre il ricorso.

2. Con sentenza n. 534 dd. 23 maggio 2014, la Sezione I dell'adito T.A.R., scrutinando per primo il ricorso incidentale proposto da Wap, lo ha accolto avuto riguardo, in via assorbente, alla mancata sottoscrizione della domanda di partecipazione alla gara da parte dei titolari di ComuniCA.RE.

Da ciò è discesa, secondo lo stesso giudice di primo grado, l'improcedibilità dei motivi del ricorso principale proposti dalla stessa ComuniCA.RE. finalizzati allo scorrimento della graduatoria o alla riattribuzione dei punteggi, ed è per contro residuato l'interesse della medesima ricorrente principale dei soli motivi da essa proposti e aventi segnatamente ad oggetto l'annullamento dell'intera gara.

Tali motivi del ricorso principale sono stati peraltro respinti dal T.A.R., il quale ha condannato ComuniCA.RE a rifondere all'Unione della Bassa Romagna e a Wap le spese e gli onorari di tale primo grado di giudizio, liquidandoli nella complessiva misura di € 3.000,00.- per ciascuno di essi, oltre ad I.V.A. e C.P.A. e al rimborso alla ricorrente incidentale Wap del contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del T.U. approvato con D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, e successive modifiche.

3.1. Con l'appello in epigrafe ComuniCA.RE. chiede ora la riforma di tale sentenza.

La parte appellante censura innanzitutto la condanna alle spese da essa subita in primo grado, e deduce quindi l'erroneità dell'accoglimento del terzo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado da Wap.

L'appellante ripropone, quindi, anche nel presente grado di giudizio tutti i motivi già dedotti innanzi al T.A.R. e finalizzati all'esclusione di Wap dalla gara e contesta con i restanti motivi d'appello il capo della sentenza impugnata recante la reiezione delle censure già da essa dedotte in primo grado e finalizzate all'annullamento dell'intera gara.

3.2. Si è costituita anche nel presente grado di giudizio l'Unione dei Comuni della Bassa Romagna, replicando alle censure avversarie e concludendo per la reiezione dell'appello.

3.3. Si è parimenti costituita nel presente grado di giudizio anche Wap, replicando parimenti alle censure avversarie e riproponendo in via di eccezione i motivi del ricorso incidentale da essa proposti in primo grado e rimasti assorbiti.

Anche Wap ha pertanto concluso per la reiezione dell'appello.

4. Alla pubblica udienza del 28 ottobre 2014 la causa è stata trattenuta per la decisione.

5. Il Collegio innanzitutto rileva che correttamente il giudice di primo grado ha disaminato in via preliminare il contenuto del ricorso incidentale ivi proposto da Wap, in quanto nella specie si ravvisano in quest'ultimo censure formulate avverso la mancata esclusione, da parte della stazione appaltante, dell'offerta presentata dalla ricorrente principale con conseguente 'effetto paralizzante' del ricorso da quest'ultima presentata (cfr. sul punto, *ex plurimis* e tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. V. 2 ottobre 2014, n. 4929).

6.1. Premesso ciò, fondatamente lo stesso T.A.R. ha accolto l'impugnativa incidentale di Wap con riguardo, in via assorbente, alla circostanza che i titolari di ComuniCA.RE. non hanno sottoscritto la domanda di partecipazione alla gara.

Sul punto, il giudice di primo grado ha affermato che *“effettivamente, la domanda di partecipazione alla gara di ComuniCA.Re. è priva di qualsiasi sottoscrizione. I sigg.ri Camerini ed Emiliani hanno invece sottoscritto (doc. 4 di parte ricorrente) la dichiarazione sui requisiti di moralità professionale, di cui all'art. 38, comma 1, lett. b), c), m ter) del D.L.vo. 163 del 2006 (Codice dei contratti pubblici), che debbono essere posseduti da tutti i soggetti ivi indicati (nella fattispecie soltanto i due associati in mancanza di direttori tecnici e altri soci). Per conseguenza, tutte le altre dichiarazioni contenute nel modulo di domanda compilato e presentato sono prive di sottoscrizione. Il Collegio non condivide la tesi della ricorrente, secondo la quale l'istanza di*

partecipazione costituisce un corpo unico e inscindibile con l'autocertificazione, che è, viceversa, un allegato, sia pure necessario, della prima; ma anche se così fosse, resta il fatto che esse hanno oggetti diversi, e in particolare quello dell'autocertificazione è ben più ristretto di quello della domanda, e certamente non lo "ricomprende", contrariamente a quanto asserisce la difesa ricorrente (essendo vero, semmai, il contrario). In tale situazione, le dichiarazioni contenute nella domanda non sottoscritta sono "tamquam non essent", anche perché non sono assistite da alcuna assunzione di responsabilità in ordine alla loro veridicità (si pensi, ad esempio, alle dichiarazioni sulla regolarità contributiva, sulla mancanza di contestazioni nella esecuzione di altri servizi o in materia tributaria o di sicurezza, sulla mancanza di collegamento con altri concorrenti, etc. etc. ...).

Poiché l'esclusione per difetto di sottoscrizione della domanda è testualmente prevista dall'art. 46, comma 1 bis, del D.Lgs. 163/2006 e, per le ragioni che precedono, non può avere effetti sananti la firma dell'autocertificazione sui precedenti penali, va accolto il terzo motivo del ricorso incidentale, con assorbimento degli altri. Ciò comporta la improcedibilità dei motivi del ricorso principale rivolti alla specifica posizione della offerta WAP e tendenti allo scorrimento della graduatoria o alla riattribuzione dei punteggi, risultati non più utili alla ricorrente esclusa; ne segue anche la irrilevanza della relativa eccezione di inammissibilità di tali motivi, per carenza d'interesse in relazione all'esito, contestato tra le parti, della prova di resistenza" (cfr. pag. 3 e ss. della sentenza impugnata).

Questo Collegio, a sua volta, non può che condividere le surriportate e puntuali notazioni del T.A.R.

Innanzitutto, non può revocarsi in dubbio che la domanda di partecipazione alla gara di ComuniCA.RE. sia priva della firma da parte dei suoi titolari, i quali si sono infatti limitati a sottoscrivere l'autocertificazione di cui all'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006 e successive modifiche, in ordine al loro possesso dei requisiti morali per partecipare alla gara: ossia hanno sottoscritto un mero allegato della domanda di partecipazione alla gara, ma non – per l'appunto – quest'ultima.

La parte appellante, in buona sostanza, sostiene che l'approccio del giudice di primo grado sia stato del tutto formalistico, posto che la sottoscrizione dell'autocertificazione dovrebbe intendersi come riferibile anche alla domanda di partecipazione alla gara: e ciò in quanto tali due atti risulterebbero tra loro allegati e la dichiarazione firmata sarebbe stata collocata per ultima.

Osta, tuttavia, alla fondatezza di tale ragionamento "*sostanzialistico*" la stessa diversità funzionale tra i due atti: infatti la domanda di partecipazione alla gara assolve ad una funzione eminentemente negoziale proprio in quanto reca le dichiarazioni del ricorrente rappresentative della propria volontà di partecipare al procedimento ad evidenza pubblica per la scelta del contraente con la contestuale presa di conoscenza delle regole che disciplinano il procedimento medesimo e la assunzione di responsabilità al riguardo.

La natura negoziale propria della domanda di partecipazione alla gara ben si ricava dalla lettura degli artt. 2-bis e 2-ter, lettera b), direttiva 92/13/CEE, come modificati dalla direttiva 2007/66/CE, come recepiti nel comma 6 e ss. dell'art. 11 del D.L.vo 163 del 2006, laddove si considera la valenza vincolante dell' "*offerta*", sotto questo specifico profilo accomunata – sia pure nel contesto di un procedimento retto da norme cc.dd. "*di azione*" – all'indiscussa natura negoziale della proposta contrattuale disciplinata sotto tale aspetto dalle norme di diritto comune (cfr. art. 1326 e ss. cod. civ.).

Si deve quindi ritenere che la domanda di partecipazione alla gara non si configura quale mera comunicazione all'amministrazione aggiudicatrice da parte del concorrente dei propri dati identificativi e dei propri requisiti, ma - come ora denotato - identifica una precisa volontà negoziale espressa dal concorrente medesimo.

Conseguenza del tutto necessitata di ciò è che è nulla la domanda di partecipazione ad una procedura di gara per difetto di sottoscrizione e per la conseguente

manca di un elemento essenziale per individuare la paternità e, quindi, la responsabilità dell'offerta (così, ad es., Cons. Stato, Sez. V. 9 novembre 2009, n. 6974; 18 marzo 2008, n. 1124; 2 luglio 2001, n. 3588), proprio in quanto - difettando l'imputabilità dell'atto ad un soggetto - viene meno sia la sua stessa riconoscibilità esteriore (così, Cons. Stato, Sez. V, 5 giugno 1997, n. 614).

A ragione, inoltre, il giudice di primo grado ha rilevato che l'esclusione per difetto di sottoscrizione della domanda è testualmente prevista dall'art. 46, comma 1 bis, del D.L.vo 163 del 2006 quale causa distinta rispetto a quella dell' *"incertezza assoluta della provenienza dell'offerta"*.

Lo stesso legislatore non lascia nell'evenienza del difetto di sottoscrizione alcuna discrezionalità all'amministrazione aggiudicatrice (cfr. ivi: *"la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti ... per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali"*), negando quindi espressamente la sussistenza al riguardo di un *"dovere di soccorso"*; e in dipendenza di ciò non può pertanto assumere effetti sananti la firma sull'autocertificazione sui precedenti penali apposta dagli interessati, anche perché non rileva nel sistema delle gare pubbliche il principio processualcivile della sanatoria dei vizi formali per il raggiungimento dello scopo, posto che tale istituto del processo civile è espressione di una logica funzionale del tutto diversa da quella che connota il procedimento amministrativo ad evidenza pubblica contrattuale.

6.2. Il Collegio, fermo restando che dall'avvenuto accoglimento in via assorbente del terzo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado da Wap discende - come rettamente concluso dal T.A.R. - l'improcedibilità di tutte le censure proposte nello stesso giudizio da ComuniCA.RE. e finalizzate all'esclusione di Wap dalla gara in questione ovvero al riconoscimento alla stessa di un punteggio minore, dovrebbe ora farsi carico di riscrittere nella presente sede processuale i soli motivi proposti in primo grado e qui riformulati dall'attuale appellante intesi

all'annullamento della gara e ad una conseguente riedizione della relativa azione amministrativa.

Quindi si tratterebbe, ora, di disaminare le questioni inerenti

- a) la censurata non contemporaneità della lettera di invito a WAP rispetto alle altre concorrenti;
- b) il cumulo in capo al dott. Giorgio Piombini delle funzioni, incompatibili a' sensi dell'art. 84, comma 4. del D.L.vo 163 del 2006, delle funzioni di responsabile del procedimento e di membro della commissione giudicatrice della gara;
- c) la preliminare apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, al fine di verificarne la *"presenza e consistenza"*, da parte del Dirigente anziché della Commissione;
- d) l'avvenuta introduzione di sub criteri di valutazione e di sub-punteggi da parte della Commissione.

Il Collegio a tale proposito rileva che a' sensi di Cons. Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, e 7 aprile 2011, n. 4, la definitiva esclusione dell'accertamento retroattivo dell'illegittimità della partecipazione alla gara impedisce di assegnare al concorrente escluso la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli esiti della procedura selettiva e che tale esito – per l'appunto – rimane fermo in tutti casi in cui (come, quindi, nel caso di specie), l'illegittimità della partecipazione alla gara è definitivamente accertata.

La conclusione è, come ben noto, diversa solo per l'ipotesi – qui, per l'appunto, non riscontrabile – nella quale alla gara abbiano partecipato due soli concorrenti i quali abbiano correlativamente proposto un ricorso principale e un ricorso incidentale assolutamente identici nei loro motivi (cfr. sul punto la citata sentenza della Ad. Plen. n. 9 del 2014).

In dipendenza di ciò, pertanto, il Collegio - nel respingere l'appello in epigrafe – dispone la conferma con diversa motivazione della sentenza di primo grado, nel

sensu che dall'accoglimento del ricorso incidentale proposto in primo grado – e richiamato in questa sede - consegue l'improcedibilità dell'intero ricorso principale ivi parimenti proposto.

7. Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio seguono la regola della soccombenza di lite e sono liquidati nel dispositivo.

Va – altresì – dichiarata irripetibile la somma corrisposta dall'appellante nel presente grado di giudizio a titolo di contributo unificato, a' sensi dell'art. 9 e ss. del T.U. approvato con D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, e successive modifiche.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge (ricorso: 5903 del 2014) come da motivazione.

Condanna la parte appellante a rifondere all'appellata Unione dei Comuni della Bassa Romagna e all'intimata Wap S.r.l. le spese e gli onorari del presente grado di giudizio, complessivamente liquidati nella misura di € 2.000,00.- (duemila/00) a favore di ciascuna di tali parti, oltre ad I.V.A. e C.P.A.

Dichiara - altresì - irripetibile la somma corrisposta dall'appellante nel presente grado di giudizio a titolo di contributo unificato, a' sensi dell'art. 9 e ss. del T.U. approvato con D.P.R. 30 maggio 2002, n. 115, e successive modifiche.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Maruotti, Presidente

Carlo Saltelli, Consigliere

Manfredo Atzeni, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

Antonio Bianchi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/01/2015

IL SEGRETARIO

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