

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

N. 2885/09 REG.DEC.
N. 8878 REG:RIC.
ANNO 2008

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

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 8878/2008 del 13/11/2008, proposto dalla CONSTRUCTIONS INDUSTRIELLES DE LA MEDITERRANEE CNIM CG RTI, RTI UNIECO SOC. COOP. E IN P. e RTI COOPSETTE SOC. COOP. E IN P., rappresentate e difese dall'Avv. GIANLUIGI PELLEGRINO con domicilio eletto in Roma, CORSO DEL RINASCIMENTO n.11 presso l'Avv. GIOVANNI PELLEGRINO;

contro

TRM S.P.A., rappresentata e difesa dagli Avv.ti CLAUDIO PIACENTINI, DIEGO VAIANO e RAFFAELE IZZO con domicilio eletto in Roma, LUNGOTEVERE MARZIO n. 3 presso lo studio del secondo;

TME S.P.A. TERMOMECCANICA ECOLOGIA, rappresentato e difeso dagli Avv.ti MARCO CASAVECCHIA e MARIO SANINO con domicilio eletto in Roma, VIALE PARIOLI n.180 presso lo studio di quest'ultimo;

CONSORZIO RAVENNATE DELLE COOPERATIVE DI PRODUZIONE E LAVORO, non costituitosi;

CONSORZIO STABILE BUSI, non costituitosi;

CO VER INDUSTRIAL SRL, non costituitasi;

per la riforma

del dispositivo di sentenza n. 52/2008 e della sentenza n. 2935/2008 del TAR PIEMONTE - TORINO, SEZIONE I, resi tra le parti, concernenti AFFIDAMENTO APPALTO -CONCORSO PER REALIZZAZIONE IMPIANTO DI TERMOVALORIZZAZIONE ;

Visto l'atto di appello ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della TRM S.P.A. e TME S.P.A. TERMOMECCANICA ECOLOGIA;

Viste le memorie difensive e le note di udienza;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo di decisione n. 207 del 2009;

Alla pubblica udienza del 10 Marzo 2009, relatore il Consigliere Cons. Nicola Russo ed uditi, altresì, gli avvocati Gianluigi Pellegrino, R. Izzo, C. Piacentini, M. Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

Con bando, pubblicato nella GUCE del 17.1.2007, T.R.M. Trattamento Rifiuti Metropolitan Spa Torino, ha indetto un Appalto Concorso ex art. 20, comma 4, L. 10994 e art. 1octies, comma 2, Legge 228/06 avente ad oggetto la realizzazione "chiavi in mano" dell'impianto di

Termovalorizzazione nell'area di Gerbido del Comune di Torino" — per un importo complessivo a base di gara di Euro 260.500.000,00, di cui Euro 250.500.000,00 per lavori ed Euro 10.000.000,00 per prestazioni relative al periodo di esercizio provvisorio. La gara era destinata ai soggetti aventi determinati requisiti di partecipabilità che avessero presentato domanda di partecipazione entro il termine del 3.4.2007. Il criterio di aggiudicazione previsto dal bando era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa in base ai seguenti criteri:

- a. pregio tecnico, ponderazione: 35, suddiviso in due sub criteri: valore tecnico prestazionale, 25 e riduzione della pressione ambientale del progetto Esecutivo di Offerta, 10;
- b. processo di utilizzazione e processo di manutenzione, ponderazione: 20, suddiviso in due sub criteri: utilizzazione, 10 e manutenzione, 10;
- c. prezzo, ponderazione: 30;
- d. termine di esecuzione, ponderazione: 10;
- e. piano di management, ponderazione: 5.

La determinazione dei punteggi è avvenuta con il metodo aggregativocompensatore di cui all'allegato B del dpr 554/99. Gli elementi di natura qualitativa ("Valore tecnico prestazionale"; "Riduzione della pressione ambientale"; "processo di utilizzazione"; "processo di manutenzione"; "piano di management") sono stati valutati ai sensi lett. a) del predetto allegato B, mediante confronto a coppie, secondo le linee guida di cui all'allegato A dpr 554/99, mentre gli elementi di natura quantitativa ("prezzo"; "termine di esecuzione") sono stati valutati ai sensi della lett. b del medesimo allegato B, attraverso interpolazione lineare tra il coefficiente pari a 1, attribuito ai valori degli elementi offerti più convenienti per la stazione appaltante, e coefficienti pari a zero, attribuito a quelli posti a base di gara.

Con ricorso dinanzi al T.A.R. per il Piemonte il CNIM Constructions Industrielles de la Mediterranée, Unieco Soc. Coop. e Coopsette Soc. Coop., rispettivamente mandataria (la prima) e mandanti (la seconda e la terza) del costituendo raggruppamento di imprese, impugnavano i seguenti atti, chiedendone l'annullamento:

il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appaltoconcorso indetto da TRM spa (Trattamento Rifiuti Metropolitan SpA Torino), per la realizzazione "chiavi in mano" dell'impianto di termovalorizzazione nell'area del Gerbido del Comune di Torino, comunicato con nota del 22.4.2008 e della successiva aggiudicazione divenuta efficace, comunicata con nota del 16.5.2008, in favore della TM.E. s.p.a. Termomeccanica Ecologia;

tutti gli atti presupposti e, in particolare, la valutazione dei requisiti di partecipabilità (prequalificazione); i verbali della Commissione giudicatrice di ulteriore riscontro dei requisiti di partecipabilità e verifica dei requisiti generali e speciali e della documentazione da integrare all'offerta; gli ulteriori verbali della medesima Commissione di valutazione dell'offerta tecnica e di attribuzione dei relativi punteggi;

gli atti successivi e conseguenti e allo stato ancora ignoti e, in particolare, l'eventuale verifica del progetto esecutivo di offerta dell'aggiudicatario, e l'eventuale fase di negoziazione del medesimo, e l'eventuale successiva stipula del contratto;

nonché il bando e la lettera di invito, nella parte in cui non prevedono che per rispettare l'importanza ponderale dei criteri stabiliti dallo stesso bando la Commissione, una volta attribuiti i punteggi sulla base dei sub criteri, debba parametrare i punteggi assegnati al valore ponderale del rispettivo criterio.

Secondo parte ricorrente, i provvedimenti impugnati sarebbero illegittimi, per i seguenti motivi:

a1. Violazione della *lex specialis* per inosservanza dei punti III.1.1. del bando, 8.11 della lettera di invito, e dell'art. 11 del c.s.a. parte normativa, in relazione all'art. 75, comma 5, del d. lgs. n.163/2006 e che impongono la prestazione di una cauzione provvisoria con validità non inferiore a 250 gg. dal termine ultimo di presentazione delle offerte. La stazione appaltante, dopo aver prescritto al punto VI.3.31 del bando di gara che l'offerente è vincolato per 250

(duecentocinquanta) giorni dal termine ultimo previsto per la presentazione dell'offerta, ha corrispondentemente imposto (punto III.1.1 del bando) una cauzione provvisoria valida per almeno 250 gg. dalla presentazione dell'offerta. L'aggiudicatario non ha presentato la cauzione richiesta e ha presentato una cauzione con una validità garantita nel minimo non a 250 gg. bensì a 180 con impegno del garante a rinnovare (quindi per un ulteriore analogo periodo, garantito nel minimo solo a 180 gg.) la garanzia su richiesta della stazione appaltante nel caso in cui al momento della scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione.

2. Violazione del punto III.2.3. del bando di gara, per aver prodotto certificato di iscrizione all'albo nazionale delle imprese che effettuano la gestione dei rifiuti scaduto.

3. Violazione dell'art. 34 del d. lgs. n. 163 del 2006, poiché l'art. 34 del nuovo Codice dei Contratti, riproducendo la norma di cui all'art. 10, comma 1, lett. c), della legge 109/1994, stabilisce in maniera tassativa i soggetti legittimati a costituire un consorzio stabile; tra i tre soggetti che costituiscono la compagine sociale del Consorzio stabile Busi, mandante dell'ATI aggiudicataria, compare il consorzio C.I.T.I.E, che, come si evince dagli artt. 5, 6 e 16 dello statuto (e al di là della veste giuridica formalmente assunta) è un consorzio tra imprese artigiane, non ammeso.

4. Violazione del par. III.2.3. del bando di gara in relazione al punto 8.3. della lettera di invito che impone il principio di corrispondenza sostanziale tra quote di qualificazione e quote di partecipazione all'ATI (art. 13, comma 1, l. 109/94 (art. 37 Codice dei Contratti) e 93, comma 4, dpr n. 554/1999, espressamente recepito dalla *lex specialis*: tra i requisiti di capacità tecnica previsti al par. III.2.3. del bando di gara vi è la cifra d'affari ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, nel quinquennio antecedente la pubblicazione del bando, non inferiore a 3 volte l'importo dei lavori a base di gara. Tale requisito doveva essere comprovato, per le società di capitali, con la presentazione dei bilanci. La mandataria del gruppo aggiudicatario, avendo dichiarato di partecipare per una quota pari al 51%, doveva, quindi, possedere una cifra d'affari per lavori non inferiore a 383.265.000,00 di Euro (ovvero il 51% del triplo della base d'asta), ma se si esaminano tuttavia i bilanci esibiti da T.M.E. e relativi al quinquennio da prendere in considerazione, ci si rende agevolmente conto che tale cifra non è raggiunta, in quanto comprensiva di elementi diversi ed ulteriori rispetto alla cifra d'affari in lavori, l'unica utile a dimostrare il possesso del requisito in questione.

5. Violazione del par. IV.1.2. del bando di gara e del punto 13.9. b) della lettera di invito, in ordine ai requisiti di partecipabilità, necessari in sede di prequalificazione e verificati dalla commissione di gara prima dell'apertura delle buste contenenti le offerte; infatti, tra i requisiti necessari per poter presentare la domanda in sede di prequalificazione, il bando prevedeva espressamente, al punto IV.1.2), la realizzazione nell'ultimo decennio di almeno un impianto di combustione (tecnologia a griglia) di rifiuti umani e speciali assimilabili con produzione di energia elettrica mediante ciclo vapore, regolarmente in esercizio, con potenza di combustione non inferiore 840 MW termici per linea; produzione di vapore, finalizzato alla produzione di energia elettrica, non inferiore a 50 th; o sistemi di depurazione dei fumi (tecnologia a secco con filtro a maniche) installati sull'impianto aventi pedate non inferiori a 50.000 Nmc/h per linea; di almeno un sistema di produzione di energia elettrica a mezzo turbina a vapore, che consente di spillare vapore a pressione costante con potenza non inferiore a 30 MW elettrici regolarmente in esercizio; di almeno un sistema di depurazione dei fumi con reattore catalitico DeNOx avente portata non inferiore a 50.000 Nmc/h per linea, installato su un impianto di combustione rifiuti urbani e speciali assimilabili oppure su una centrale termoelettrica, regolarmente in esercizio. La lettera di invito (punto 13.9. b) ai fini della dimostrazione dei predetti requisiti prescriveva la produzione di "copia dei contratti (o documentazione equivalente) con i dati delle certificazioni rilasciate dai committenti (o documentazione equivalente) a comprova dell'avvenuta esecuzione dei lavori a regola d'arte e con buon esito. Per i concorrenti stranieri documentazione equivalente".

L'aggiudicatario non avrebbe fornito la dimostrazione dei requisiti sopracitati e avrebbe dovuto pertanto essere escluso.

6. Violazione del punto 9 della lettera di invito e degli artt. 1 e 6.1. del c.s.a., parte normativa, per il mancato rispetto delle norme inderogabili attinenti alle prescrizioni dei progetti esecutivi, e dei requisiti inderogabili previsti dalla *lex specialis*; infatti, si imponeva espressamente che il progetto esecutivo fosse costituito dall'insieme degli elaborati tecnici progettuali grafici e descrittivi (disegni, relazioni tecniche, computi metrici, schemi, crono programmi, note tecniche, ecc.) redatti dal concorrente in sede di offerta in conformità all'art. 93, comma 2 e 5, d. lgs 163/06 e artt. 35 e ss,

dpr 554/99: il progetto presentato dall'ATI aggiudicatario non ha i requisiti tassativamente fissati dalla norma e dalla *lex specialis*, pertanto non rappresenta un progetto esecutivo, per mancato sviluppo della parte strutturale, carenza delle relazioni di calcolo, carenza delle relazioni di calcolo delle strutture a sostegno degli impianti, scale di rappresentazione, mancato rispetto di altri requisiti inderogabili fissati ulteriormente dalla *lex specialis*.

7. Violazione dei punti 3.3. e 3.5. del documento "Prescrizioni, condizioni e requisiti inderogabili" allegato come parte integrante del c.s.a., per il mancato rispetto di alcuni requisiti inderogabili, relativi agli impianti di processo. In particolare, al punto 3.5. è previsto che "Il sistema di trattamento dei fumi dovrà essere realizzato con tecnologia ed apparati conformi al progetto posto a base di gara, vale a dire dovrà essere costituito dai seguenti componenti essenziali. Un sistema SCR per il controllo degli NOx in posizione tail end . Sul punto il progetto a base di gara prevede 3 catalizzatori di volumetria complessiva pari a 180 mc. Sul punto il progetto TM.E, ha previsto l'inserimento di un sistema di abbattimento ad integrazione del sistema richiesto alla documentazione tecnica di gara, ma realizzato con una volumetria complessiva ridotta ad appena 96 mc.

Analoghe violazioni sono rilevate dalla ricorrente in relazione al precedente punto 3.3.: le prescrizioni e requisiti inderogabili dei "Forni e Caldaie" imponevano che 'Le temperature dei fumi lungo i passaggi della caldaia e dell'economizzatore dovranno essere tenute sotto controllo, mediante il ricircolo dei fumi e per bassa temperatura con i bruciatori di supporto. Per ciascun forno la stazione appaltante ha quindi prescritto l'installazione inderogabile di bruciatori di supporto aggiuntivi e separati rispetto a quelli di avviamento, ma TM.E ha invece esplicitamente dichiarato che le due funzioni sarebbero state assolte dai bruciatori di avviamento e ciò non soddisfa il requisito in discorso.

Uguale discorso là dove sempre al punto 3.3., le prescrizioni inderogabili hanno previsto che "Le zone del forno fortemente sollecitato potranno essere rivestite con refrattario, ma la sottostante membranatura dovrà essere protetta dal riporto saldato in Inconel 625": l'offerta dell'aggiudicatario non soddisfa il requisito in discorso.

8. Violazione di legge ed eccesso di potere per manifesta illogicità della mancata riparametrazione dei punteggi interni al pregio tecnico (punti 35) e al processo di utilizzazione e manutenzione (punti 20) al peso previsto per l'elemento di partenza. Secondo l'esponente, all'esito delle relative valutazioni del confronto a coppie, ogni concorrente, nell'ambito di ciascun sub criterio, ha ottenuto il proprio punteggio che la Commissione giudicatrice ha semplicemente sommato a quello dell'altro sub criterio, senza provvedere alla dovuta riparametrazione sulla base del peso ponderale complessivo del criterio: così facendo non verrebbe rispettato il valore (relativo) che il bando ha inteso attribuire nel rapporto tra i criteri, sortendo il risultato di eleggere impropriamente a criterio ciò che invece è un sub criterio.

9. In via subordinata: manifesta irragionevolezza della valutazione, relativa al sub criterio della riduzione della pressione ambientale, nel confronto tra l'ATI ricorrente e la terza classificata: il riferimento è al sub criterio "riduzione della pressione ambientale"; nel confronto a coppie con la terza classificata la commissione ha attribuito sia alle ricorrenti che alla Maire l'identico punteggio di 1,79. Ciò vorrebbe dire che ha ritenuto le proposte del tutto equivalenti sul punto, ma tale giudizio di equivalente risulta manifestamente irrazionale in quanto il raggiungimento del valore emissioni richiesto a capitolato non è stato esplicitamente garantito dall'ATI Maire; infatti, il documento di Offerta Maire 2.1.1.6 "Documento attestante il rispetto delle garanzie riporta garanzie prestazionali minori, ma neanche un'attestazione generica che i valori massimi di emissioni previsti nel capitolato saranno garantiti; per contro, il raggruppamento ricorrente, non solo ha garantito esplicitamente il non superamento dei limiti massimi di emissioni nel proprio documento, ma rispetto a tali limiti ha offerto le seguenti garanzie migliorative: a) dimezzamento delle emissioni di diossine; b) netta riduzione dell' emissione dei metalli pesanti (escluso il mercurio); c) netta riduzione dell'emissione di monossido di carbonio e polveri.

Con successivi motivi aggiunti, la ricorrente impugnava il bando e la lettera di invito nella parte in cui non prevede che per rispettare l'importanza ponderale dei criteri stabiliti dallo stesso bando la commissione una volta attribuiti i punteggi sulla base dei sub criteri deve parametrare i punteggi assegnati al valore ponderale del rispettivo criterio, per violazione di legge ed eccesso di potere.

Si costituivano l'Amministrazione e il controinteressato TM.E. chiedendo il rigetto del ricorso.

Con ordinanza cautelare del 4 luglio 2008, n. 566 il Tribunale respingeva la domanda di sospensione del provvedimento impugnato.

Con ordinanza di questo Consiglio di Stato 9 settembre 2008, n. 4786, considerato che appariva necessario l'approfondimento nella opportuna sede di merito della censura relativa al termine di durata della garanzia fideiussoria prevista dalla *lex specialis* in 250 giorni rinnovabili, è stato accolto l'appello cautelare contro la predetta ordinanza.

Con dispositivo di sentenza n. 52 del 7 novembre 2008, la I Sezione del T.A.R. Piemonte respingeva il ricorso ed i motivi aggiunti.

Tale dispositivo veniva impugnato, con richiesta di misure cautelari provvisorie, dall'ATI CNIM.

Con decreto n. 6053/08 del 14 novembre 2008 veniva accolta l'istanza e veniva sospesa l'efficacia del dispositivo di sentenza appellato.

Nel frattempo, in data 21 novembre 2008, veniva pubblicata la sentenza di rigetto n. 2935.

Avverso tale sentenza venivano proposti motivi aggiunti.

Anche nella presente sede di gravame si costituivano l'Amministrazione e il controinteressato T.M.E., chiedendo il rigetto del ricorso avverso, con vittoria delle spese di lite.

Con ordinanza n. 6492/08 del 2 dicembre 2008, veniva accolta la istanza cautelare e, per l'effetto, veniva sospesa l'efficacia della sentenza impugnata, ai fini della celere fissazione del merito della causa.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie e note illustrative.

Alla pubblica udienza del 10 marzo 2009 l'appello veniva spedito in decisione ed il dispositivo di accoglimento veniva pubblicato con il n. 207/2009.

DIRITTO

L'appello è fondato e deve essere accolto.

In particolare il Collegio reputa fondato ed assorbente il primo motivo di ricorso, disatteso dal T.A.R. e riproposto in questa sede, con cui si afferma la violazione della *lex specialis* (punto III 1.1 del bando; punto 8.11 della lettera d'invito e art. 11 Capitolato Speciale d'Appalto Parte normativa, in relazione all'art. 75, comma 5, d.lgs. n.163/2006) con riferimento al termine di validità della cauzione provvisoria: esso contesta che la validità della cauzione provvisoria presentata dall'ATI aggiudicataria T.M.E. sarebbe inferiore ai 250 giorni richiesti nel bando di gara e nella lettera d'invito, dal che deriverebbe una diversa consistenza rispetto alla cauzione proposta dall'ATI ricorrente e, dunque, una violazione della *par condicio*.

Com'è noto, la cauzione provvisoria ha la duplice finalità di garantire la stazione appaltante della mancata sottoscrizione del contratto da parte dell'aggiudicatario e di assicurare l'affidabilità e la serietà dell'offerta presentata. Ha, pertanto, funzione indennitaria dei danni cagionati dall'eventuale rifiuto di stipulare il contratto e sanzionatoria degli inadempimenti procedurali relativi alla veridicità delle dichiarazioni fornite in ordine al possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa richiesti dal bando (cfr. Cons. St., Sez. V, 30 giugno 2003, n. 3866; Sez. IV, 20 luglio 2007, n. 4098).

La sua natura provvisoria (alla stipula del contratto viene sostituita da quella definitiva) e la sua specifica funzione comportano che la sua durata non può prescindere dalla durata di validità dell'offerta, risultandone diversamente pregiudicata la stessa *ratio legis* della cauzione provvisoria.

Ed infatti nel Codice dei Contratti il legislatore ha normativamente equiparato il termine minimo di irrevocabilità dell'offerta alla durata minima della cauzione, prevedendolo, in entrambi i casi, in 180 gg dalla scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, tranne termini più ampi previsti dalla *lex specialis* di gara (art. 11, comma 6 e 75, comma 5).

A tali principi si è correttamente attenuta la stazione appaltante che, dopo aver prescritto al punto VI.3).31 del bando di gara che l'offerente è "vincolato per 250 (duecentocinquanta) giorni dal termine ultimo previsto per la presentazione dell'offerta", ha corrispondentemente imposto (punto III. 1.1 del bando) una cauzione provvisoria valida per almeno 250 gg dalla presentazione dell'offerta.

Inoltre, come fondatamente eccepito dall'appellante, al p. 8.11 della lettera di invito ed all'art. 11 del c.s.a., parte normativa, la stazione appaltante ha previsto che la garanzia fideiussoria "deve... essere corredata dall'impegno del garante a prorogare la garanzia per la durata indicata nel bando di gara (250 gg) nel caso in cui al momento della sua scadenza non sia ancora intervenuta l'aggiudicazione".

Le norme di gara imponevano, dunque, che le imprese partecipanti presentassero una cauzione valida non meno di 250 gg, nonché munita dell'impegno del garante a rinnovarla per un uguale periodo laddove nel primo termine la procedura di gara non fosse terminata.

Ora, nel caso di specie, come fondatamente dedotto dall'appellante, l'aggiudicatario non ha presentato la cauzione conforme a quanto richiesto dalle norme di gara.

Ha, infatti, presentato una cauzione provvisoria con una validità garantita nel minimo non a 250 gg bensì a 180 gg con impegno del garante a rinnovare per un ulteriore analogo periodo (e, quindi, per 180 gg) la predetta garanzia su richiesta della stazione appaltante nel caso in cui al momento della scadenza non fosse ancora intervenuta l'aggiudicazione.

La sussistenza di un impegno al rinnovo conferma che la garanzia prodotta dall'aggiudicatario ha una scadenza predeterminata di 180 gg in luogo dei 250 fissati dalla normativa di gara, con ciò escludendosi, contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di prime cure, che la stessa possa avere valenza comunque sino all'aggiudicazione della procedura; in tal caso infatti non avrebbe avuto senso prevedere l'ipotesi del rinnovo su richiesta "alla scadenza".

Trattasi di una difformità sostanziale, che viola la *par condicio*, atteso che la ricorrente, odierna appellante, ha dovuto invece procurarsi una cauzione di validità non inferiore a 250 gg e con impegno del garante a rinnovare per un ulteriore periodo.

L'aggiudicatario doveva, quindi, essere escluso sulla base dei principi in tema di evidenza pubblica (cfr. Cons. St., Sez. V, 7 luglio 2005, n. 3752, in merito alla impossibilità di integrare la cauzione provvisoria), nonché alla luce di quanto espressamente previsto nel bando di gara in questione (sezione III, art. III.1.1) lettera a), pag. 5, secondo cui "La mancanza o la incompletezza di quanto richiesto alla presente lett. A [NDR in merito alla cauzione provvisoria] comporta l'esclusione dell'offerta).

Il Tribunale, con la sentenza impugnata, ha rigettato il motivo facendo leva sulle clausole di cui all'art. 2 lett. a), b) e c) della garanzia. Ma tali clausole, che, in realtà, sono del tutto tipiche, in quanto contenute nello schema tipo di cui al D.M. n. 123 del 12 marzo 2004, prevedono che - all'interno della scadenza fissata dalla stessa garanzia - la garanzia cessi nel momento in cui l'obbligato non risulti aggiudicatario o secondo classificato e comunque dopo trenta giorni dall'aggiudicazione ovvero con la stipula del contratto tra obbligato e stazione appaltante.

Il Tribunale ritiene che tali clausole comportino che la fideiussione abbia comunque validità sino all'esito della gara a prescindere dalla durata della gara medesima.

Trattasi di interpretazione non condivisibile della portata della garanzia.

Infatti le richiamate clausole a), b) e c) di risoluzione della garanzia, redatte sulla base dello schema di cui al citato D.M., pacificamente operano all'interno del termine della sua durata, riguardano, cioè, ipotesi di cessazione automatica anticipata rispetto al termine di scadenza della garanzia..

Del resto, se la garanzia non avesse una sua scadenza, non avrebbe alcun senso la previsione, nella medesima pure espressamente contenuta e pattuita, di rinnovo per ugual periodo su istanza dell'obbligato. Ed infatti laddove la garanzia fosse - come ritiene il T.A.R. - comunque prestata sino

all'esito della procedura, non avrebbe alcun senso la previsione di un suo rinnovo per ugual periodo.

In conclusione, a fronte di una *lex specialis* che onerava i concorrenti di una garanzia valida per 250 gg con impegno al rinnovo per uguale periodo, la controinteressata, aggiudicataria della gara, ha fornito una garanzia limitata a 180 gg rinnovabile per ugual periodo. La stessa doveva, quindi, essere esclusa non essendosi procurata onerosamente e nei termini di gara la garanzia per come imposta dalla *lex specialis*.

Data la chiarezza e non equivocità delle norme di gara, imposte a pena di esclusione, non appare, dunque, corretto il richiamo del T.A.R. alla necessità di interpretare tali norme in senso conservativo, dal momento che in *subjecta materia* il rispetto della *par condicio* deve ritenersi prevalente sul principio del *favor participationis* (cfr. C.G.A.R.S., dec. n. 85/2007; Cons. St., Sez. IV, 31 gennaio 2005, n. 231).

L'accoglimento di tale motivo di ricorso, avente carattere assorbente, consente al Collegio di dispensarsi dall'esame degli ulteriori motivi proposti dall'appellante e che il T.A.R. ha disatteso.

Quanto alle conseguenze applicative derivanti dall'annullamento nel merito dell'aggiudicazione impugnata è noto che la Cassazione ha affermato la giurisdizione dell'A.G.O. sulle questioni relative alla sorte del contratto di appalto stipulato dall'Amministrazione (cfr. Cass., Sez. Un., 28 dicembre 2007, n. 27169).

Sul piano conformativo la giurisprudenza successiva ha, tuttavia, reputato ammissibile una cognizione incidentale in sede di giudizio di ottemperanza della sentenza di annullamento finalizzato ad ottenere la ripetizione della procedura o l'aggiudicazione della gara (cfr. Cons. St., Ad. Plen., 30 luglio 2008, n. 9; Cons. St., Sez. VI, 3 marzo 2008, n. 796).

Le spese del doppio grado di giudizio, vista la particolarità della controversia, possono integralmente compensarsi tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza gravata, annulla il provvedimento di aggiudicazione impugnato in primo grado.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 10 Marzo 2009 con l'intervento dei Sigg.ri:

Domenico La Medica Consigliere
G.Paolo Cirillo Consigliere
Aldo Scola Consigliere
Vito Poli Consigliere
Nicola Russo Consigliere est.

IL PRESIDENTE
f.to Domenico La Medica

L'ESTENSORE
f.to Nicola Russo

IL SEGRETARIO
f.to Gaetano Navarra

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 11/05/09
(Art. 55, L. 27/4/1982, n. 186)

P.IL DIRIGENTE
f.to Livia Patroni Griffi