

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 4318 del 2011, proposto da: Sacco Giovanni s.r.l. in proprio e quale mandataria della costituenda a.t.i. con ing. Dante Sacco & C. s.a.s. e r.t.p. ingg. D'Amato - S. Giannuzzi - G. Sacco e architetto C. Di Giacomo, rappresentata e difesa dall'avv. Lodovico Visone, presso il cui studio in Roma, via del Gesù, 62 è elettivamente domiciliata;

contro

il Comune di Sala Consilina, rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Caliulo, con domicilio eletto presso l'avv. Ferruccio De Lorenzo in Roma, via L. Luciani, 1; a.t.i. con capogruppo Geo Cantieri del geometra Luigi Leo, rappresentata e difesa dall'avv. Alfredo Biagini, presso il cui studio in Roma, via di Porta Castello, 33 è elettivamente domiciliata;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZIONE STACCATA DI SALERNO: SEZIONE I n. 00805/2011, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA PER LAVORI DI RIQUALIFICAZIONE AMBIENTALE DEL CENTRO STORICO

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Sala Consilina e dell'a.t.i. Geo Cantieri del geometra Luigi Leo;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 febbraio 2012 il Consigliere di Stato Doris Durante;
Uditi per le parti gli avvocati Visone, Caliulo e Biagini;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il Comune di Sala Consilina, con bando pubblicato il 22 ottobre 2009, indiceva una procedura aperta per l'affidamento della progettazione esecutiva e realizzazione dei lavori di riqualificazione ambientale del centro storico, asse F.lli Bandiera – Via Cavour, dell'importo di euro 3.123.886, 88 comprensivo di oneri per la sicurezza, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Partecipavano nove imprese, tra cui l'a.t.i. Sacco e l'a.t.i. Geo Cantieri, alla quale la gara veniva aggiudicata.

2.- L'a.t.i. Sacco, che in base ad una prima formulazione della graduatoria era collocata al primo posto ed era passata al secondo posto a seguito di riformulazione della graduatoria, con ricorso al TAR Campania, impugnava la determina dirigenziale n. 65 del 2010 di aggiudicazione definitiva dell'appalto alla GEO-Cantieri, la determina n. 494 del 2009; i verbali di gara del 30 novembre 2009, del 1° dicembre 2009 e del 7 dicembre 2009; il bando e il disciplinare di gara, chiedendone l'annullamento, per i seguenti motivi:

violazione degli artt. 14, 15 e 49 del d. lgs. n. 163 del 2006, in relazione anche agli artt. 4, lett. b.1 – 5, lett. b 13 e 2, lett. i, del disciplinare di gara ed eccesso di potere

sotto più profili, in relazione ad un uso asseritamente abnorme dell'istituto dell'avvalimento fino a ricomprendere requisiti soggettivi di qualità aziendale (certificazione ISO), malgrado la *lex* di gara ne limitasse l'operatività alla capacità tecnica e perché il ricorso all'avvalimento per requisiti soggettivi professionali sarebbe comunque precluso; violazione dell'art. 49, comma 6 del d. lgs. n. 163 del 2006, in relazione al divieto di avvalimento plurimo;

violazione degli artt. 14, 15, 40 e 49 del d. lgs. n. 163 del 2006, in relazione all'art. 1, della legge n. 46 del 1990 e s.m.i., violazione del d.l. n. 300 del 2006; del d.m. n. 37 del 1998; violazione dell'art. 22 del d. lgs. n. 112 del 1998; dell'art. 108 del T.U. n. 380 del 2001; del capo 2, lettera l) del disciplinare di gara ed eccesso di potere sotto più profili, in relazione all'estensione dell'istituto dell'avvalimento fino a ricomprendere requisiti soggettivi professionali;

violazione degli artt. 14, 15, 39, 40, 43, 44 e 49 del d. lgs. n. 163 del 2006, in relazione al capo 2.3 lett. c) del disciplinare di gara e punto III 2.3 del bando di gara per violazione del divieto di avvalimento per il requisito soggettivo della certificazione di qualità ISO 9000:2000;

violazione degli artt. 37, 41 e 90 del d. lgs. n. 163 del 2006, in relazione al punto III.2.3 del bando e capo 2.4 del disciplinare di gara; eccesso di potere sotto più profili; violazione degli artt. 1 della l. n. 241 del 1990 e 97 Cost.; violazione del principio di equità, trasparenza, buon andamento; *par condicio*, in relazione alla omessa esclusione dell'a.t.i. Geo Cantieri, per inidoneità della dichiarazione resa dal r.t.p. di professionisti in ordine al possesso dei requisiti previsti nel bando;

violazione degli artt. 83 e segg. del d. lgs. n. 163 del 2006 e degli artt. 90 e 91 del d.p.r. n. 554 del 1999 in relazione all'art. 3.2.2 del disciplinare, perché la Geo Cantieri non avrebbe indicato il ribasso percentuale in relazione all'offerta tempo;

violazione degli artt. 83 e segg. del d. lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 97 Cost. e dell'art. 1 della l. n. 241 del 1990, in relazione al divieto di modifica della formula

matematica utilizzata per l'attribuzione dei punteggi, dopo il completamento della procedura selettiva;

violazione degli artt. 83 e segg. del d. lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 97 Cost. e dell'art. 1 della l. n. 241 del 1990, violazione del giusto procedimento e di buon andamento, per violazione del divieto di modificazione dei criteri selettivi quale conseguenza della correzione della formula matematica per l'attribuzione dei pesi ponderali;

violazione degli artt. 37 e 49 del d. lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere per violazione del giusto procedimento, sviamento, disparità di trattamento, perché il contratto di avvalimento non sarebbe intervenuto con l'a.t.i. nella sua integrale composizione, ma solamente con la Geo Cantieri;

violazione degli artt. 11 e 12 del d. lgs. n. 163 del 2006, in relazione all'incompatibilità del presidente della commissione di gara ad approvare gli atti di gara, con commistione delle funzioni di controllore e controllato;

violazione dell'art. 83 e segg. del d. lgs. n. 163 del 2006 ed eccesso di potere sotto diversi profili in relazione al divieto di modifica delle previsioni della *lex* di gara allorché sono noti gli offerenti, le offerte e i punteggi attribuiti;

violazione degli artt. 83 e segg. del d. lgs. n. 163 del 2006; violazione del giusto procedimento; sviamento; violazione degli artt. 1 della l. n. 241 del 1990 e 97 della Costituzione; del principio di pubblicità, trasparenza e buon andamento per violazione del principio di pubblicità delle operazioni concorsuali, non strettamente inerenti le valutazioni tecnico – valutative; in particolare si sosteneva che in aperta violazione del principio di pubblicità e trasparenza la Commissione aveva proceduto alla verifica ed apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica solo nella terza seduta riservata

La ricorrente concludeva per l'annullamento degli atti impugnati, con reintegra nell'aggiudicazione, nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto con l'aggiudicatario, ove nelle more stipulato e in via gradata il risarcimento del danno.

3.- Il TAR Campania, con articolata sentenza, respingeva il ricorso, assumendo in sostanza che era ben possibile l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento anche per la certificazione di qualità, negando il ricorrere della fattispecie dell'avvalimento multiplo e respingendo altri profili di censura, con compensazione delle spese di giudizio.

4.- L'a.t.i. Sacco ha impugnato la sentenza del TAR di cui chiede l'annullamento o la riforma, per asserita erroneità, alla stregua dei seguenti motivi:

a) violazione dell'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006; degli artt. 47, 48, 49 e 50 della Direttiva 18/2004/CE e dell'art. 4 del d.p.r. n. 34 del 2000, in relazione all'ammissibilità dell'istituto dell'avvalimento con riferimento alla certificazione di qualità;

b) violazione dell'art. 49, comma 6 del d. lgs. n. 163 del 2006, in relazione al divieto di avvalimento plurimo;

c) violazione dell'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006, perché il contratto di avvalimento non sarebbe intervenuto con il raggruppamento di professionisti associato all'a.t.i. Geo Cantieri;

d) violazione dell'art. 74 del d. lgs. n. 163 del 2006 e del punto 3.2.2 del disciplinare, perché il TAR non avrebbe dato il giusto rilievo alla circostanza che l'a.t.i. Geo Cantieri non avrebbe indicato il ribasso percentuale in relazione all'offerta tempo;

e) violazione degli artt. 83 e segg. del d. lgs. n. 163 del 2006, dell'art. 97 Cost. e dell'art. 1 della l. n. 241 del 1990, in relazione alla correzione della formula matematica e perché la rivisitazione delle offerte sarebbe avvenuta in seduta riservata; perché il metodo correttivo imponeva una condivisione delle decisioni da

prendere; perché la commissione, modificando una formula matematica avrebbe modificato *ex post* i pesi ponderali delle offerte; perché il TAR non avrebbe compreso che il mezzo tendeva ad evidenziare l'illegittimità dell'operato della commissione di gara che avrebbe operato in seduta riservata non solo la verifica dell'offerta tecnica ma ben più penetranti operazioni di gara con violazione del principio di pubblicità non già nel momento valutativo dell'offerta tecnica, bensì nella fase precedente di verifica del plico recante l'offerta tecnica e della documentazione ivi inserita, in modo da scongiurare possibili sospetti di alterazioni o integrazioni;

f) violazione degli artt. 112 e 227 c.p.c. e degli artt. 33, 38 e 39 c.p.a., in relazione all'omessa pronuncia del TAR sul motivo sub 10, in ordine all'avvalimento;

g) violazione degli artt. 1 e 2 del c.p.a.; violazione dell'art. 25 della l. n. 241 del 1990; dell'art. 6 del CEDU; degli artt. 111 e 117 della Costituzione, in relazione al rigetto della censura sui dati curriculari del raggruppamento temporaneo dei professionisti associato all'a.t.i. Geo Cantieri.

L'appellante ha poi richiamato sinteticamente tutti i profili di doglianza dedotti in prime cure e disattesi e/o pretermessi dal TAR..

5.- Si sono costituiti in giudizio il Comune di Sala Consilina e l'a.t.i. Geo Cantieri, che hanno contestato le censure, chiedendo il rigetto dell'appello.

L'istanza di sospensione dell'esecutività della sentenza è stata respinta con ordinanza n. 3178 del 20 luglio 2011.

6.- Le parti hanno depositato memorie difensive e di replica. In particolare, la Geo Cantieri, nella memoria difensiva depositata per la trattazione dell'istanza cautelare di sospensione dell'esecutività della sentenza (camera di consiglio del 19 luglio 2011), ha segnalato che il contratto, già stipulato in data 26 aprile 2010, diversi giorni prima che fosse notificato il ricorso in primo grado promosso dall'impresa Sacco e che nel mese di luglio 2011 era in fase di avanzata esecuzione (il progetto

esecutivo era stato redatto e approvato ed i lavori erano stati eseguiti nella misura del 30%) . In prossimità della data di discussione nel merito dell'appello, come precisato in memoria depositata dalla GEO Cantieri il 22 gennaio 2012, i lavori erano poi in via di ultimazione, essendo stati emessi 10 SAL per un importo corrispondente al 78,37%.

Alla pubblica udienza del 14 febbraio 2012, il giudizio è stato assunto in decisione.

7.- L'appello è fondato nei sensi e nei limiti di cui di seguito.

7.1- E' infondato il primo articolato motivo d'appello, con il quale la ricorrente assume l'erroneità della sentenza di primo grado, nella parte in cui avrebbe ritenuto ammissibile il ricorso all'avvalimento anche con riferimento alla certificazione di qualità, malgrado la previsione della *lex* di gara consentisse di avvalersi dell'istituto solamente con riguardo ai requisiti di capacità tecnica.

Come ben evidenziato in sentenza, l'istituto dell'avvalimento è di immediata e generale applicazione. E ciò, rileva la Sezione, in coerenza con un condivisibile indirizzo giurisprudenziale (cfr.Cons. Stato III, 18 aprile 2011 e V, 23 maggio 2011, n. 3066).

L'istituto di matrice comunitaria è finalizzato a consentire in concreto la concorrenza aprendo il mercato ad operatori economici di per sé privi di requisiti di carattere economico – finanziario, tecnico – organizzativo, consentendo di avvalersi dei requisiti di capacità di altre imprese.

Gli articoli 47 e 48 della Direttiva 2004/18/CE, rispettivamente rubricati “Capacità economica e finanziaria” e “Capacità tecniche e professionali” individuano i requisiti che debbono possedere gli operatori per contrarre con la p.a.. L'art. 48, dopo aver elencato i diversi requisiti richiesti, stabilisce che un operatore economico, per un determinato appalto, può fare affidamento sulla capacità di altri soggetti a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi.

L'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006, che ha trasfuso nell'ordinamento italiano l'art. 48 della direttiva, afferma che il concorrente “...può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico – finanziario, tecnico – organizzativo, ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA di altro soggetto”.

Il successivo art. 50, rubricato “avvalimento nel caso di operatività di sistemi di attestazione o di sistemi di qualificazione”, disciplina le modalità attraverso le quali un concorrente sprovvisto di attestazione SOA può avvalersi in via generale e per un determinato periodo, dell'attestazione di altro operatore economico.

La formulazione del citato art. 49 è, dunque, molto ampia e non prevede alcun divieto, sicché ben può l'avvalimento riferirsi anche alla certificazione di qualità di altro operatore economico, attenendo essa ai requisiti di capacità tecnica, non rilevando, in contrario, che la certificazione di qualità è requisito immanente l'impresa.

Invero, la certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anch'essa requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrare la capacità tecnico professionale di un'impresa, assicurando che l'impresa cui sarà affidato il servizio o la fornitura sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 22 marzo 2004, n. 1459).

In tale ottica, afferendo la certificazione di qualità alla capacità tecnica dell'imprenditore, essa è coerente all'istituto dell'avvalimento quale disciplinato con l'art. 49 del d. lgs. n. 163 del 2006, ma lo è anche con la procedura di gara qui in questione, con le norme del disciplinare di gara e, segnatamente, con la disposizione del capo 2, lett. 2).

Non sussiste, in conseguenza, il lamentato travisamento della censura di violazione della *lex specialis* di gara, avendo il TAR aderito all'opzione ermeneutica, che si condivide, che annovera la certificazione di qualità tra i requisiti speciali di carattere tecnico organizzativo, suscettibile, ai sensi del citato capo 2) del disciplinare di gara, di prestito da parte dell'ausiliaria.

7.2 - Sotto altro profilo va considerato che poiché la certificazione di qualità è attestata dalla SOA, ed essendo espressamente prevista la possibilità di avvalersi della SOA di altra impresa, deve ritenersi ammesso implicitamente l'avvalimento anche per la certificazione di qualità, che costituisce elemento indispensabile della SOA ai sensi del d.p.r. n. 34 del 2000, almeno con riferimento alla classifica III.

In sintesi, può affermarsi che tutti i requisiti di capacità tecnico, economica e professionale devono essere sussunti nella categoria dei requisiti che possono essere oggetto di avvalimento.

Quand'anche, poi, la "certificazione di qualità" riguardasse una qualità soggettiva dell'impresa, ugualmente potrebbe essere oggetto di avvalimento, rientrando tra i requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, attesa la sua portata generale.

Un'interpretazione restrittiva delle disposizioni in materia di avvalimento si porrebbe, peraltro, in contraddizione con la finalità dell'istituto di incentivare la concorrenza, agevolando l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti

7.3 - La ricorrente lamenta, poi, che il contratto di avvalimento stipulato dall'a.t.i. Geo Cantieri con l'impresa Adinolfi s.r.l. sarebbe inidoneo perché limiterebbe l'impegno dell'ausiliaria a mettere a disposizione l'attestazione SOA e connessa certificazione di qualità, con generico ed astratto riferimento alle risorse necessarie per consentire l'esecuzione dell'opera.

L'inadeguatezza del contratto di avvalimento, in disparte la novità della censura, perché non dedotta in primo grado e, quindi, la sua inammissibilità per il divieto

dello *ius novorum* nel giudizio d'appello attesa la natura devolutiva di tale fase del giudizio, è comunque infondata in fatto.

Il contratto di avvalimento sottoscritto dall'a.t.i. Geo Cantieri con la Adinolfi in data 9 novembre 2009, stabilisce che la seconda metterà a disposizione della prima la propria qualificazione nella categoria OG3 classe V e relativa certificazione di qualità, *nonché tutte le risorse necessarie nessuna esclusa, per consentire l'esecuzione dell'opera oggetto della predetta categoria*".

All'art. 3 del contratto è poi stabilita la responsabilità solidale delle imprese nei confronti della stazione appaltante.

In sede di offerta, peraltro, l'impresa Adinolfi, al pari delle altre ausiliarie (Barone Angelo e Idraltermo) ha reso dichiarazione con la quale ha assunto espressamente l'obbligo nei confronti dell'ausiliata di *"mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto, i requisiti di cui è carente il concorrente, ossia la qualificazione nella categoria OG3 di classe V rilasciata dall'Organismo di attestazione SOA HI- Quality s.p.a. e connessa certificazione di qualità rilasciata dall'Organismo di certificazione S.I.C.V. s.r.l., nonché le risorse economiche, i mezzi, le attrezzature ed il personale occorrente"*.

Non ha pregio, quindi, l'assunto della appellante, costruito su precedente giurisprudenziale di questa sezione (sentenza n. 2344 del 2011), che non è pertinente.

7.4 – La ricorrente assume l'erroneità della sentenza di primo grado anche in relazione all'asserita violazione da parte della Geo Cantieri del divieto dell'avvalimento plurimo.

Si assume che il disciplinare di gara avrebbe limitato l'avvalimento ad una sola impresa, mentre la Geo Cantieri si sarebbe avvalsa di più imprese ausiliarie.

L'assunto è privo di pregio non ricorrendo, nel caso, la fattispecie dell'avvalimento plurimo.

Il limite di un solo avvalimento è riferito dalla *lex* di gara alla categoria prevalente di lavori da eseguire, nel senso che i concorrenti non avrebbero potuto avvalersi di più imprese per raggiungere il requisito della categoria di lavori richiesta.

Tanto è, peraltro, in linea con la previsione dell'art. 49, comma 6, del d. lgs. n. 163 del 2006, come modificato con il d. lgs. 11 settembre 2008, n. 152, che ha eliminato il limite previgente, consentendo l'avvalimento di più imprese in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni e, solo se ammesso dalla *lex concorsualis*, con il divieto comunque di cumulo di attestazioni di qualificazione (SOA) relativa alla stessa categoria.

Ciò posto, Geo Cantieri ha rispettato tale limitazione prevista dal bando, avvalendosi di una sola impresa per la categoria prevalente.

Infatti, Geo Cantieri, in possesso dei requisiti generali e soggettivi per partecipare alla gara *de qua*, nonché dell'iscrizione alla CCIAA e della SOA nella categoria OG3 classifica I, non possedendo la qualificazione SOA nella categoria OG3 classifica V, ha fatto ricorso all'avvalimento utilizzando il requisito della Adinolfi Giovanni s.r.l., con la quale ha stipulato apposito contratto.

La Geo Cantieri ha fatto ricorso anche all'avvalimento relativamente al requisito tecnico – professionale di cui alla l. n. 46 del 1990 (lettera a) “impianti elettrici” mediante l'ausiliaria Barone Angelo e lettere d), e), g) “impianti idrici, fognari, antincendio e del gas, mediante l'ausiliaria Idraltermo di Lapelosa Angelo.

7.5 - Con il quarto motivo, si assume l'erroneità della sentenza per violazione dell'art. 46 del d. lgs n. 163 del 2006, in quanto i contratti di avvalimento sarebbero stati stipulati soltanto in favore della Geo Cantieri, mandante della costituenda a.t.i. e non delle altre associate.

La censura non merita accoglimento.

Come rilevato in sentenza, la concreta operatività del meccanismo di avvalimento implica assunzione di responsabilità dell'impresa ausiliaria e non la creazione di

una struttura associativa, sicché se il concorrente è un raggruppamento, è la mandataria che stipula il relativo contratto di avvalimento, nella qualità di rappresentante dell'a.t.i..

7.6 - La ricorrente censura la sentenza nella parte in cui ha ritenuto che la stazione appaltante abbia illegittimamente utilizzato l'istituto ex art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006, al fine di richiedere ai professionisti associati di specificare il possesso, da parte di ciascuno di essi, dei rispettivi requisiti, già dichiarati cumulativamente.

Tale *modus operandi* della stazione appaltante, invero, non appare in violazione di norme, atteso che è volta ad un chiarimento di documentazione già tempestivamente prodotta in sede di partecipazione alla gara.

L'art. 46 del d. lgs. n. 163 del 2006 espressamente attribuisce all'amministrazione appaltante la facoltà di invitare le imprese a chiarire certificati, documenti, dichiarazioni presentati.

Tale facoltà, espressione di un corretto esercizio del c.d. "dovere di soccorso" è consentito ove sia esercitato secondo i principi generali della buona fede e della ragionevolezza, ricordato all'esigenza di carattere generale delle pubbliche gare di consentire la massima partecipazione, che potrebbe essere compromessa da carenze di ordine meramente formale.

Naturalmente, la richiesta di completamento della documentazione o delle dichiarazioni presentate o di trasmissione dei necessari chiarimenti è rimessa al prudente apprezzamento dell'amministrazione, senza che, in assenza di regole tassative e di preclusioni imposte, l'esercizio di tale facoltà possa configurare una violazione della *par condicio* dei concorrenti e non vi sia una modificazione del contenuto della documentazione prodotta (cfr. Cons. stato, sez. I, 18 marzo 2009, n. 701; sez. III, 31 dicembre 2010, n. 39288; sez. VI, 17 dicembre 2008, n. 6281).

7.7 - Si assume dall'appellante che la Geo Cantieri non avrebbe indicato il ribasso percentuale in relazione all'offerta tempo.

Sul punto, come correttamente rilevato dal TAR, è sufficiente considerare che non sussisteva alcuna espressa comminatoria di esclusione.

E' principio quieto, attualmente codificato dall'art. 46, comma 1 *bis* del d. lgs. n. 163 del 2006 come modificato dal d. l. n. 70 del 2001, che in materia di appalti vige la tassatività delle cause di esclusione, non residuando alcun margine di discrezionalità per l'amministrazione. Pertanto, le cause di esclusione devono essere tassativamente indicate dal bando di gara, non godendo l'amministrazione di alcun margine di discrezionalità.

Ne consegue, che non poteva disporsi l'esclusione della Geo Cantieri per non aver indicato il ribasso percentuale dell'offerta tempo, ricavabile – come è avvenuto – sulla base di una semplice operazione aritmetica, disponendo la commissione di gara dell'indicazione del tempo indicato in giorni naturali e consecutivi, posto a base di gara, e di quello offerto dalla Geo Cantieri.

Non è, quindi, nemmeno sostenibile l'indeterminatezza dell'offerta della Geo Cantieri sul punto.

7.8 - Infondata è anche la doglianza sull'asserita incompatibilità del RUP per la duplice qualità di controllore e controllato, in quanto designato presidente della commissione di gara.

Conformemente a giurisprudenza consolidata, va ribadito che nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici, come non vi è incompatibilità tra le funzioni di presidente della commissione di gara e quella di responsabile del procedimento, ugualmente non vi è incompatibilità nel caso in cui al responsabile del procedimento sia stato attribuito il compito di approvare gli atti di gara, atteso che detta approvazione non può essere compresa nella nozione di controllo in senso stretto, ma si risolve in una revisione interna della correttezza del procedimento spettante alla figura dirigenziale (cfr. Cons. Stato, sez. V. 22 giugno 2010, n. 3890).

7.9 - Si assume ancora dall'appellante che il TAR non si sarebbe pronunciato su un motivo dedotto in ricorso, quello sub 10.

La censura è infondata in fatto perché il motivo sub 10, speculare a quelli dedotti sub 6 e 7, è stato trattato dal giudice di prime cure nell'intera prima parte della sentenza che ha affrontato tutte le diverse questioni relative all'avvalimento, compresa quella relativa all'avvalimento della certificazione di qualità, concludendo che *“le censure formulate sul punto dal ricorrente – affidate a più di un motivo di gravame – debbono, in definitiva, essere complessivamente disattese”*.

Quella dell'accorpamento di più motivi di ricorso ai fini di un loro esame congiunto è un'operazione eminentemente logica ed è una normale tecnica nella redazione della sentenza che non dà luogo a particolari problemi.

7.10 - L'appellante si duole, poi, che in sentenza sia stata posta a suo carico l'omissione di impugnazione dei *curricula* prodotti dal raggruppamento dei professionisti, malgrado di tali atti fosse stato inibito l'accesso da parte della p.a. e malgrado il TAR non avesse ritenuto di acquisirli al giudizio mediante istruttoria.

Deduce, in conseguenza, erroneità della sentenza per violazione degli artt. 1 – 2 c.p.a.; dell'art. 25 della l. n. 241 del 1990; dell'art. 6 CEDU e degli artt. 111 e 117 della Costituzione.

La censura non è fondata.

Il TAR ha rigettato la doglianza della ricorrente sul punto, evidenziando che *“...del tutto corretta è stata, nella prospettiva collaborativa imposta dall'art. 46 del d. lgv. n. 163 del 2006, la richiesta di chiarimenti formulata dal responsabile del procedimento, esitata nella utile allegazione di idonei ed articolati dati curricolari, non fatti oggetto di contestazione (allegazione – giova soggiungere – non concretante inammisibile rimessione in termini, come tale violativa della par condicio)”*.

Come risulta dal dato testuale della sentenza, la censura di violazione dell'art. 46 del d. lgv. n. 163 del 2006, è stata rigettata sul presupposto della ritenuta corretta applicazione da parte della stazione appaltante del c.d. dovere di soccorso.

Quindi, diversamente da come assume l'appellante, il giudice di prime cure non ha posto a base del rigetto della doglianza la omessa impugnazione dei *curricula*, avendo solo *incidenter* evidenziato che i dati curriculari acquisiti dal Comune non sono stati oggetto di contestazione, tant'è che la censura è stata respinta per valutazioni di merito e non dichiarata inammissibile.

7. 11 – L'appellante con il richiamo finale a tutte le doglianze di prime cure (in particolare quindi l'11° motivo sopra riportato) e con il quinto articolato motivo di appello ha sostenuto che in aperta violazione del principio di pubblicità e trasparenza la Commissione aveva proceduto alla verifica ed apertura dei plichi contenenti l'offerta tecnica solo nella terza seduta riservata e che sempre in seduta riservata in violazione dell'art. 83 e segg. del codice degli appalti pubblici, dell'art. 97 della Costituzione e dell'art. 1, della l. n. 241 del 1990, la commissione, modificando una formula matematica avrebbe modificato *ex post* i pesi ponderali delle offerte; in particolare il TAR non avrebbe compreso che il mezzo tendeva ad evidenziare l'illegittimità dell'operato della commissione di gara che avrebbe operato in seduta riservata non solo la verifica dell'offerta tecnica ma ben più penetranti operazioni di gara, ovvero che il mezzo tendeva ad evidenziare la violazione del principio di pubblicità non già nel momento valutativo dell'offerta tecnica, bensì nella fase precedente di verifica del plico recante l'offerta tecnica e della documentazione ivi inserita, in modo da scongiurare possibili sospetti di alterazioni o integrazioni.

La censura è fondata nei termini di cui di seguito.

Va premesso in punto di fatto che la Commissione di gara:

- nella prima seduta pubblica (30 novembre 2009) ha aperto i plichi delle offerte, ha verificato la documentazione amministrativa, in base a tale verifica ha ammesso nove offerte e ha richiamato i chiarimenti della stazione appaltante tra l'altro riferiti alle formule matematiche in vertenza; l'elemento prezzo doveva essere valutato secondo la formula $V(a) = P_{max}/P(a)$; per l'elemento tempo la formula era $V(a)=T_{max} /T (a)$; il disciplinare indicava invece le formule: $V(a) = P(a)/ P_{max}$ e $V(a) = T(a) / T_{max}$;
- ha effettuato l'apertura delle buste "tecniche" e la relativa valutazione in successive sedute riservate
- nella seduta pubblica del 7 dicembre 2009 ha comunicato l'esito delle valutazioni tecniche effettuate, ha aperto le buste contenenti le offerte economiche e, applicando le formule richiamate nei chiarimenti della stazione appaltante, a loro volta richiamati nella prima seduta pubblica, ha formulato una graduatoria provvisoria nella quale l'ATI Sacco Giovanni s.r.l. era classificata al primo posto;
- nella seduta riservata del 9 dicembre 2009, a seguito di istanza della seconda classificata provvisoria (impresa GEO Cantieri), approfondite le formule come indicate nel disciplinare di gara, ha adottato un nuova graduatoria collocando al primo posto tale impresa e al secondo posto l'ATI odierna appellante.

Rileva la Sezione che, come affermato dall'Adunanza Plenaria n. 13 del 4 luglio 2011, in sede di gara pubblica, la verifica dell'integrità dei plichi contenenti l'offerta tecnica (così come la documentazione amministrativa e l'offerta economica) non esaurisce la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma è destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara, giacché la pubblicità delle sedute risponde all'esigenza di tutela non solo della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali deve essere permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la

garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili *ex post* una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato; il riconoscimento di un preciso obbligo di svolgimento in seduta pubblica delle predette operazioni è sorretto da puntuali previsioni normative di pubblicità (art. 64, comma 5, 67 comma 5, 91 comma 3, d.p.r. n. 554 del 1999, applicabile alla fattispecie *ratione temporis* e ora dal d.p.r. n. 207 del 2010).

Secondo la citata sentenza in base ad una corretta interpretazione dei principi comunitari e di diritto interno in materia di trasparenza e pubblicità delle gare per i pubblici appalti, in particolare, la pubblicità va estesa anche all'apertura della busta delle offerte tecniche.

Fermo tanto, appare evidente l'illegittimità dell'operato della commissione di gara che ha proceduto in seduta riservata alla apertura delle buste tecniche e in data 9 dicembre 2009 ad una nuova verifica delle offerte economiche, sulla base di formule diverse da quelle richiamate nella prima seduta pubblica rideterminando i coefficienti da attribuire, con riformulazione della graduatoria provvisoria, di cui al verbale di gara della seduta pubblica del 7 dicembre 2009.

La violazione dell'obbligo di pubblicità in una fase della procedura delle gare ad evidenza pubblica, normativamente prevista è talmente evidente da assorbire le questioni relative alla correttezza o meno della formula per come inizialmente interpretata e applicata.

Invero, poco conta se il seggio di gara abbia giustamente proceduto alla correzione dell'applicazione della formula matematica una volta avvedutasi di essere incorsa in errore (la commissione di gara a seguito di ulteriori approfondimenti e verifiche della documentazione dell'offerta economica e dell'assegnazione dei punteggi, ritenuta errata la precedente applicazione della formula matematica dettata dal

disciplinare di gara ed i relativi coefficienti e punteggi, riformulava la graduatoria provvisoria, con scivolamento dell'a.t.i. Sacco dal primo al secondo posto della graduatoria provvisoria), essendo suo onere svolgere tale operazione in seduta pubblica previa comunicazione alle ditte partecipanti e quindi con possibilità di partecipazione delle medesime.

La censura è, dunque, fondata con riguardo al vizio del procedimento, in relazione alla necessaria pubblicità dell'apertura delle buste tecniche e non essendo consentito alla stazione appaltante di procedere ad operazioni che avvengono in seduta pubblica, qual è la valutazione delle offerte economiche, senza avvertire le parti interessate, a nulla rilevando che trattandosi dell'applicazione di un mero criterio matematico, gli esiti, una volta giustificata la correzione, risultavano del tutto automatici.

Tali vizi non sono tuttavia determinanti per l'annullamento degli atti di gara.

Effettivamente la commissione di gara aveva commesso un errore nell'applicazione della formula aritmetica prevista dalla lex specialis per la valutazione dell'offerta economica.

Ne consegue che, ove fosse rinnovata questa fase del procedimento emendata dai vizi che l'hanno contrassegnata, l'esito della gara vedrebbe aggiudicataria ugualmente la Geo Cantieri. Risulterebbe tuttavia non assorbita la lesione dell'interesse relativamente alla mancata apertura pubblica delle buste tecniche. Per tale parte l'annullamento della gara non trova tuttavia riscontro in un interesse dell'appellante alla rinnovazione della gara (né tanto meno al subentro contrattuale), in quanto come detto il contratto è stato a suo tempo stipulato e alla data della odierna decisione, quasi integralmente eseguito.

7.12- Il Collegio deve dunque limitarsi, giusto il disposto dell'art. 34, comma 3, cod. proc. amm. ad emettere declaratoria di accertamento in parte qua dell'illegittimità degli atti impugnati (cfr. di questa Sezione la sentenza n.

2817/2011), in relazione alle eventuali conseguenze risarcitorie (cfr.art.30 comma 5 c.p.a).

A questo riguardo va precisato che sussiste certamente l'interesse dell'appellante alla pronuncia dichiarativa in questione, visto che la domanda di risarcimento danni è stata azionata in questo giudizio in modo generico e in assenza di qualsivoglia allegazione ed offerta di prova.

Le spese dei due gradi di giudizio, tenuto conto della complessità delle questioni trattate, possono essere equamente compensate tra le parti in causa.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, *in parte qua* accoglie il ricorso di primo grado e accerta l'illegittimità del procedimento ai fini risarcitori. Compensa le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 febbraio 2012 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Trovato, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Doris Durante, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 23/10/2012

IL SEGRETARIO

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