

Publicato il 07/05/2018

N. 02704/2018REG.PROV.COLL.
N. 06827/2017 REG.RIC.



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 Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6827 del 2017, proposto dalla società: Pessina Costruzioni S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv. ti Claudio Guccione, Vincenzo Fortunato e Maria Ferrante, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Guccione in Roma, corso Italia, 45;

contro

l'Università degli studi "Roma Tre", in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata *ex lege* in Roma, via dei Portoghesi, 12, e dagli avvocati Francesco Cardarelli e Filippo Lattanzi, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Cardarelli in Roma, via G. Pierluigi da Palestrina, 47;

nei confronti

della società CAM S.r.l, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, anche quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese – RTI costituito con la MAC S.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Izzo, Aldo Fera e Alessandro Vinci Orlando, con domicilio eletto presso lo

studio dell'avv. Izzo in Roma, lungotevere Marzio, 3;
 e della società Italiana Costruzioni S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, anche quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese – RTI costituito con la S.A.C. – Società appalti e costruzioni S.p.a. e con la S.E.C.A.P. S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Patrizio Leozappa, con domicilio eletto presso lo studio del difensore in Roma, via Giovanni Antonelli, 15;
 nonché delle società MAC S.r.l., S.A.C. – Società appalti e costruzioni S.p.a. e S.E.C.A.P. S.p.a., non costituite in giudizio;

per l'annullamento ovvero la riforma

previa sospensione degli effetti

della sentenza del TAR Lazio, sede di Roma, sezione III *bis*, 29 maggio 2017 n.654, resa fra le parti, che ha respinto il ricorso n.8118/2016 R.G. integrato da motivi aggiunti, proposto per l'annullamento:

- a) del decreto 31 maggio 2016 rep. n.682/2016 e prot. n.80075, con il quale il Dirigente dell'Area contratti e contenzioso, Ufficio contratti ad evidenza pubblica dell'Università degli studi "Roma Tre" ha aggiudicato al RTI CAM S.r.l. MAC S.r.l. la procedura aperta indetta dalla stessa Università con bando 24 settembre 2015 rep. n.61/2015 e prot. n. 159277 – CIG 6362848446, per affidare la concessione di lavori pubblici mediante finanza di progetto relativa alla progettazione definitiva ed esecutiva, alla realizzazione e alla successiva gestione di attrezzature universitarie e relativi servizi presso l'area denominata "Ex Ente Consumo", in via Ostiense 133 a Roma;
- b) della nota 31 maggio 2016 prot. n.80111, con la quale il Responsabile dell'Ufficio contratti ad evidenza pubblica dell'Università in questione ha comunicato alla ricorrente l'esito della procedura;
- c) dei verbali del giorno 18 gennaio e 12 febbraio 2016, nella parte in cui ammettono alla procedura il RTI aggiudicatario e il RTI secondo classificato Italiana Costruzioni S.p.a. S.A.C. – Società appalti e costruzioni S.p.a. e S.E.C.A.P. S.p.a.,

d) del verbale a porte chiuse del giorno 29 aprile 2016, ove si compila la graduatoria parziale;

e) del verbale del giorno 16 maggio 2016, ove si dispone l'aggiudicazione provvisoria;

f) del verbale, di data sconosciuta ma richiamato nel verbale del giorno 12 febbraio 2016, di ammissione con riserva di uno dei concorrenti;

g) dei verbali di seduta riservata dei giorni 8 marzo, 11 marzo, 8 aprile, 15 aprile e 22 aprile 2016, richiamati nel verbale del giorno 16 maggio 2016;

e di ogni atto antecedente o susseguente comunque connesso;

nonché per la declaratoria di inefficacia della convenzione eventualmente sottoscritta;

e per la condanna dell'amministrazione intimata al risarcimento del danno;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della CAM S.r.l. della Italiana Costruzioni S.p.a. e della Università degli studi "Roma Tre";

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 marzo 2018 il Cons. Francesco Gambato Spisani e uditi per le parti l'avvocato Claudio Guccione, l'avvocato dello Stato Andrea Fedeli e gli avvocati, Francesco Caldarelli, Patrizio Leozappa, Raffaele Izzo, Alessandro Vinci Orlando e Aldo Fera;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

L'università intimata appellata, con delibera del proprio consiglio di amministrazione del giorno 17 giugno 2014, ha approvato il proprio Piano triennale delle opere pubbliche, nel quale ha fra l'altro previsto la realizzazione dell'opera per cui è causa, ovvero di un edificio di 12.000 mq, situato a Roma, in via Ostiense al numero 133b, nell'area dell'ex Ente

comunale di consumo – ECA, per la nuova sede del rettorato e degli uffici dell'amministrazione centrale.

Come risulta dalla scheda n.4 allegata al Piano, l'opera in questione è volta a raggruppare in un'unica sede tutte le funzioni, appunto, dell'amministrazione centrale di ateneo, con lo scopo di permettere il rilascio dei principali immobili in affitto, una migliore dislocazione degli uffici e il recupero di spazi presso due altre sedi; è stata poi programmata in seguito ad una proposta di finanza di progetto – *project financing* presentata il giorno 13 febbraio 2013 dalla ditta che sarebbe poi riuscita aggiudicataria, attuale controinteressata appellata (doc. 3.1 aggiudicataria controinteressata appellata, piano citato).

L'università, con il bando 24 settembre 2015 meglio indicato in premesse (doc. 3.4 aggiudicataria controinteressata appellata), ha quindi indetto la relativa gara, denominata per la precisione “procedura aperta” per affidare la “concessione mediante finanza di progetto” concernente “la progettazione definitiva ed esecutiva, la realizzazione e la successiva gestione di attrezzature universitarie e relativi servizi”, nel sito indicato.

Il disciplinare di gara annesso al bando, al § 2, in base al piano economico finanziario dell'operazione, precisa che la concessione ha una durata di 22 anni, comprensivi del periodo di due anni e mezzo stimato necessario per costruire l'opera; precisa ancora che il concessionario, alla sottoscrizione del verbale di consegna dell'immobile, riceverà un contributo pubblico prefissato nel massimo per la realizzazione delle opere, ai fini del “mantenimento dell'equilibrio” dell'operazione; riceverà poi, per la rimanente durata dell'operazione stessa, un “canone di disponibilità annuo” , anch'esso prefissato in misura massima, anche se aggiornabile in base all'indice ISTAT, giustificato tenendo conto che la concessione “non prevede prestazioni rivolte ad esterni” e destinato a remunerare anche tutti i servizi accessori alla disponibilità dell'immobile stesso, ovvero la manutenzione, la pulizia e il portierato.

Sempre il disciplinare di gara, ai §§ 14 e 19.2, precisa che l'aggiudicazione avverrà con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa mediante il "metodo aggregativo compensatore", che prevede il cd confronto a coppie, con 80 punti attribuiti a criteri di natura qualitativa e i restanti 20 in base all'offerta economica.

Come si precisa per completezza, il metodo del confronto a coppie prevede com'è noto un "torneo all'italiana", analogo a quello esistente nelle discipline sportive in cui si affrontano due squadre o giocatori per ogni incontro: pone infatti ciascuna delle offerte presentate a confronto di volta in volta con tutte le altre, e secondo l'esito di ogni comparazione produce una classifica finale in cui assegna alle offerte stesse un punteggio numerico.

Da ultimo, sempre per quanto qui interessa, il disciplinare di gara prevede al § 18 che l'offerta economica debba essere formulata, in particolare, indicando due elementi, ovvero il prezzo da corrispondere da parte del concedente, ovvero l'importo da ricevere alla consegna dei lavori, e il canone anno di disponibilità, con esclusione di offerte in aumento rispetto a quanto indicato dall'amministrazione (per tutto ciò, v. doc. 3.5 aggiudicataria controinteressata appellata, disciplinare citato).

Alla gara hanno partecipato la ricorrente appellante e le controinteressate appellate, queste ultime in raggruppamento temporaneo – RTI da costituire con le altre imprese indicate in epigrafe.

All'esito, l'università, con il decreto dirigenziale 31 maggio 2016 meglio indicato in epigrafe, ha approvato la graduatoria finale, che comprende la prima controinteressata, aggiudicataria con 84,68 punti; la seconda controinteressata, seconda con 82,43 punti, e la ricorrente appellante, terza ed ultima con 27,53 punti (doc. ti 8 e 9 aggiudicataria controinteressata appellata, verbali di gara, ove quello contenente l'aggiudicazione ha la data del 16 maggio 2016, e decreto dirigenziale citato).

Con la successiva nota 31 maggio 2016, anch'essa meglio indicata in epigrafe, l'università ha infine comunicato alla ricorrente appellante l'esito della

procedura (fatto pacifico in causa).

La terza classificata ha impugnato avanti il TAR tale esito, espresso a suo avviso dagli atti appena descritti e da tutti gli altri sempre indicati in epigrafe.

Con la sentenza a sua volta meglio indicata in epigrafe, il TAR ha respinto il ricorso.

In motivazione, ha esaminato per primi i motivi relativi a presunti vizi della procedura; dopo averli respinti, ha esaminato, e a loro volta respinto i motivi relativi alla posizione della seconda classificata, ciò fatto, ha ritenuto non necessario esaminare i motivi relativi alla posizione dell'aggiudicataria, dichiarati quindi, secondo logica, improcedibili.

Contro tale sentenza, la ricorrente ha proposto impugnazione, con appello che contiene quattordici motivi, di critica alla sentenza impugnata e di riproposizione di quelli dedotti in primo grado, così come segue.

Con il primo motivo, critica il percorso logico seguito dalla sentenza di primo grado:

- con tale motivo, deduce infatti violazione degli articoli 1 e 76 comma 4 c.p.a. e 276 c.p.c. e del principio di effettività della tutela giurisdizionale. In tal senso, critica la sentenza impugnata per avere esaminato i motivi di ricorso nell'ordine descritto, diverso da quello espressamente da lei richiesto nel ricorso di primo grado e nei motivi aggiunti, nei quali chiede in via principale l'aggiudicazione, e solo in via subordinata l'annullamento degli atti di gara con sua ripetizione;

con i motivi dal secondo al sesto, attacca la posizione della controinteressata aggiudicataria, e infatti:

- con il secondo motivo, deduce violazione dell'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006 n.163, sostenendo che essa si sarebbe dovuta escludere dalla procedura per omessa sottoscrizione della dichiarazione di avalimento, prodotta nell'ambito dell'offerta, da parte di tutti i componenti del RTI costituendo e non solo dal legale rappresentante della capogruppo, come avvenuto. Sostiene infatti che tale sottoscrizione sarebbe prevista a pena di esclusione, che in

merito non sarebbe possibile il soccorso istruttorio, in concreto comunque non attivato, e che l'art. 38 comma 2 bis del d. lgs. 163/2006, ove interpretato in senso contrario alla propria tesi, contrasterebbe con il diritto europeo. Chiede quindi in tal caso di rimettere la relativa questione alla Corte di giustizia mediante rinvio pregiudiziale;

- con il terzo motivo, deduce violazione dell'art. 49 dello stesso d. lgs. 163/2006, e sostiene che la dichiarazione di avvalimento prodotta a sostegno dell'offerta, relativa a suo dire al prestito di una serie di figure professionali da parte di una ditta terza, sarebbe invalida perché la ditta in questione non avrebbe mai avuto, in concreto, alle proprie dipendenze gli addetti indicati, nel numero e nelle qualifiche che dell'avvalimento sarebbero oggetto;

- con il quarto motivo, deduce ulteriore violazione dell'art. 38 del d. lgs. 163/2006, sostenendo che l'offerta della controinteressata aggiudicataria si sarebbe dovuta escludere per asserite false dichiarazioni rese quanto alla posizione dell'amministratore unico di essa. In particolare, afferma che costui avrebbe omesso di dichiarare una sentenza di applicazione pena su richiesta, riportata per reati di corruzione propria e per violazione delle norme sul finanziamento ai partiti commessi fra il giugno 1991 e il dicembre 1992, e che tale omessa dichiarazione sarebbe rilevante;

- con il quinto motivo, deduce violazione dell'art. 13.3.2 del disciplinare di gara, sostenendo che l'offerta della controinteressata aggiudicataria si sarebbe dovuta escludere per asserita mancata documentazione, da parte dei progettisti, dei requisiti richiesti dal bando di gara;

- con il sesto motivo, deduce ancora violazione dell'art. 38 del d. lgs. 163/2006 per avere, a suo dire, l'università omesso di verificare i requisiti di partecipazione quanto ad alcuni addetti e collaboratori della controinteressata aggiudicataria, nominativamente indicati;

con i motivi dal settimo al nono attacca la posizione della controinteressata seconda classificata, e quindi:

- con il settimo motivo, deduce sempre violazione dell'art. 38 del d. lgs. 163/2006 e sostiene che l'offerta della controinteressata seconda classificata si sarebbe dovuta escludere per mancanza dei requisiti generali quanto alla posizione di taluni soggetti cessati da cariche societarie presso un'impresa acquistata poco prima della gara dalla capogruppo. In merito, deduce che non sarebbero state dichiarate le condanne penali subite da due amministratori e da un procuratore di tale società acquisita, e che non sarebbe stata dimostrata la dissociazione dell'impresa dalle relative condotte. Sul punto, fa presente che il Giudice di primo grado ha respinto il motivo osservando che l'obbligo di dichiarazione sul punto si sarebbe giustificato sul presupposto di una continuità di gestione sociale rispetto a quella degli amministratori condannati, e che in concreto essa sarebbe venuta meno per la nomina ad amministratore di un commissario di amministrazione straordinaria. Ciò posto, critica la decisione sul punto, sostenendo che l'amministrazione straordinaria non significherebbe discontinuità di gestione;

- con l'ottavo motivo, deduce eccesso di potere per violazione del procedimento di gara quanto alla mancata acquisizione dei casellari giudiziari di taluni dipendenti di ditte collaboratrici della controinteressata seconda classificata, il che comporterebbe esclusione della stessa dalla procedura;

- con il nono motivo, deduce propriamente eccesso di potere per erroneo apprezzamento dei fatti sostenendo che la controinteressata seconda classificata si sarebbe dovuta escludere per non aver comprovato la sussistenza in capo ai propri progettisti dei requisiti richiesti dal bando;

con i motivi decimo e undicesimo, deduce presunti vizi delle offerte, e quindi:

- con il decimo motivo, deduce la violazione dell'art. 15 comma 12 del regolamento di esecuzione del d. lgs. 163/2006 e dell'art. 17 del disciplinare per mancata sottoscrizione degli elaborati progettuali dell'offerta tecnica della controinteressata seconda classificata da parte sia del progettista responsabile, sia del professionista incaricato delle integrazioni specialistiche, il che, a suo dire, comporterebbe necessità di escludere l'offerta perché non sarebbero

comprovati la provenienza del progetto e la relativa assunzione di responsabilità da parte di chi lo ha redatto;

- con l'undicesimo motivo, deduce violazione dell'art. 18 del disciplinare di gara, perché entrambe le controinteressate appellante avrebbero in realtà presentato offerte in aumento, in violazione di quanto previsto dal bando; ciò deriverebbe, in particolare, dall'aver le due offerte indicato una spesa per la gestione dell'immobile superiore a quanto previsto dal disciplinare come massimo;

con il dodicesimo motivo, deduce un vizio della procedura di gara, che se sussistente comporterebbe rivalutazione delle offerte, e infatti

- con il motivo in questione, deduce eccesso di potere per irragionevolezza quanto alle valutazioni svolte dalla commissione di gara nel procedere al confronto a coppie, irragionevolezza che sarebbe dimostrata dal notevole distacco fra il punteggio proprio e quello delle controinteressate appellate e dall'esser stato il proprio progetto in più di un caso meritevole di zero punti;

con i due ultimi motivi, infine, deduce vizi della gara che, se sussistenti, comporterebbero l'annullamento della procedura:

- con il tredicesimo motivo, deduce violazione degli artt. 128 e 153 comma 19 del d. lgs. 163/2006, nel senso che il progetto per cui è causa sarebbe stato incluso nel piano delle opere pubbliche dell'Università prima di essere dichiarato di pubblico interesse, sostenendo che ciò varrebbe, appunto, a rendere illegittima l'intera procedura di gara;

- con il quattordicesimo motivo, deduce infine eccesso di potere quanto ad una presunta assenza di verbali relativi alle operazioni di valutazione delle offerte tecniche.

Con dichiarazione depositata il giorno 17 ottobre 2017, la ricorrente appellante ha dichiarato di rinunciare alla domanda cautelare.

Hanno resistito la controinteressata aggiudicataria, con memoria 23 ottobre 2017, l'università, con atto 18 ottobre e memoria 24 ottobre 2017, e la

controinteressata seconda classificata, con atto 13 novembre 2017, ed hanno chiesto che l'appello sia respinto.

Da ultimo, con memorie 12 marzo 2018 per la controinteressata seconda classificata e 13 marzo 2018 per la ricorrente appellante, l'università e la controinteressata aggiudicataria, nonché con repliche 17 marzo 2018 per l'università e la controinteressata aggiudicataria e 18 marzo 2018 per la ricorrente appellante, le parti hanno ribadito le rispettive loro difese.

All'udienza del giorno 29 marzo 2018, la Sezione ha trattenuto il ricorso in decisione.

DIRITTO

1. Il ricorso è infondato e va respinto, per le ragioni di seguito esposte.
2. Il primo motivo di appello, attinente all'ordine di esame delle questioni, è solo astrattamente fondato.

2.1 In termini generali, è senz'altro vero quanto affermato, per tutte, dalla sentenza C.d.S. a.p. 27 aprile 2015 n.5, ovvero che l'ordine di esame delle questioni proposte con il ricorso richiesto dalla parte è vincolante per il Giudice, stante il principio dispositivo vigente in linea di massima anche nel processo amministrativo.

Nel caso di specie, tuttavia, dalla violazione di tale regola da parte del Giudice di primo grado non è derivato alcun pregiudizio per la parte interessata.

La sentenza di primo grado, infatti, ha effettivamente esaminato i motivi in ordine inverso rispetto a quanto richiesto, ovvero ha per primi i motivi inerenti alla regolarità della procedura e successivamente quelli riferiti alla posizione delle controinteressate; peraltro, ha respinto nel merito il ricorso respingendo nel merito sia i motivi relativi alla regolarità della procedura, sia quelli relativi alla posizione della seconda classificata, nonché dichiarando improcedibili, come detto in premesse, i motivi relativi alla posizione della prima classificata.

Tale esito ultimo non sarebbe cambiato qual che fosse stato l'ordine di esame in concreto seguito. Tale conclusione è immediata, considerando i motivi

respinti nel merito; non muta nemmeno tenendo conto della improcedibilità dei motivi concernenti la posizione della prima classificata.

2.2 Su quest'ultimo punto, in via generale è ben noto che la terza classificata in una procedura di gara, la quale aspiri ad essere collocata al primo posto attraverso l'accoglimento di un ricorso giurisdizionale contro tale esito deve a tal fine attaccare vittoriosamente la posizione di entrambe le concorrenti che la precedono.

Ciò posto, se si rivelano infondati nel merito i motivi dedotti contro la posizione di una sola di tali concorrenti, divengono improcedibili i motivi dedotti contro la posizione dell'altra. Dal loro accoglimento, infatti, la ricorrente non potrebbe più ricavare alcun risultato utile, poiché se anche essi fossero accolti, non potrebbe collocarsi al primo posto della graduatoria.

Tale risultato non muta, contrariamente a quanto sostiene la ricorrente appellante, nel momento in cui la gara si svolge, come nella specie, con il metodo del confronto a coppie (appello, p. 15 § 0.2). Il metodo seguito infatti non elimina il dato storico per cui, per ipotesi, l'offerta della ricorrente è stata valutata in modo meno favorevole di quella di ciascuna delle due che la precedono.

In proposito, la ricorrente appellante oppone che l'esclusione di uno solo dei controinteressati avrebbe di per sé la forza di costringere l'amministrazione a "rivalutare le offerte in ragione della necessaria modifica del metodo utilizzato a tal fine (in quanto rimarrebbero solo due concorrenti)" (punto citato, settimo rigo dal basso), nel senso che il "torneo" fra i partecipanti diventerebbe un confronto diretto. Ciò però non muta, come si è detto, il dato per cui questo nuovo confronto avverrebbe pur sempre fra offerte di cui una già è stata giudicata peggiore.

Va poi comunque osservato che, come correttamente ricorda la prima controinteressata (memoria 23 ottobre 2017 pp. 13 e ss.), secondo l'art. 38 comma 2 *bis* ultima parte del d. lgs. 163/2006 "*Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di*

ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte", disposizione che è stata ritenuta applicabile anche al confronto a coppie: sul punto, C.d.S. sez. V 23 febbraio 2017 n.847

E' appena il caso di ricordare che la conclusione qui raggiunta non contrasta in alcun modo con i principi affermati dalla ricordata sentenza 5/2015 dell'Adunanza plenaria, sì che non vi è motivo di procedere, come chiederebbe la ricorrente appellante, ad una nuova rimessione alla stessa.

3. Ciò posto, il secondo motivo di appello, relativo alla posizione della prima classificata, è infondato.

In proposito, occorre partire dal chiaro disposto dell'art. 46 comma 1 *bis* del d. lgs. 163/2006, che pone, come risulta anche dalla rubrica, il principio della tassatività delle cause di esclusione: *"La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle"*.

Secondo la prospettazione della ricorrente appellante, l'esclusione della prima controinteressata si sarebbe dovuta disporre per essere la dichiarazione di avvalimento di taluni requisiti posseduti da una ditta terza firmata solo dalla capogruppo del RTI costituendo, e non anche da ogni altro membro del RTI stesso.

In particolare, sempre secondo la ricorrente appellante, l'esclusione andrebbe disposta ai sensi dell'art. 49 del d. lgs. 163/2006, e quindi sarebbe, in base al principio di tassatività, un caso di *"mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice"* (appello, p.16 § A1).

In contrario si osserva anzitutto che, secondo logica, la norma che prevede il principio di tassatività deve essere considerata di stretta interpretazione, sia perché pone un principio generale di massima partecipazione alle gare, sia perché una sua interpretazione estensiva ne comporterebbe la potenziale abolizione.

In tal senso, quindi, va notato che l'art. 49 citato non contiene alcuna previsione esplicita di esclusione per una irregolarità del tipo citato, la quale quindi potrebbe rilevare solo se comportasse una *“incertezza assoluta sul contenuto ... dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali”*, ovvero nel caso concreto una incertezza sulla effettiva possibilità dell'impresa che si avvale di utilizzare la risorsa oggetto di avvalimento nell'esecuzione del contratto.

Tale conseguenza nella specie va esclusa, in base al rilievo, correttamente svolto anche dalla controparte (memoria 23 ottobre 2017 pp. 33 e ss.), per cui il RTI costituendo non è un soggetto giuridico a sé stante, e quindi chi disponga di una data risorsa in regime di avvalimento può usarla anche in tale ambito, senza bisogno di una ulteriore dichiarazione da parte del RTI ovvero degli altri suoi partecipanti. In altre parole, la risorsa in avvalimento è trattata come tutte le altre che fanno parte dell'organizzazione aziendale.

Si evidenzia per completezza che tale interpretazione è conforme ai principi europei in materia; in particolare non risulta in conflitto con quanto affermato dalla sentenza della Corte di giustizia 6 novembre 2014 C 42/13 citata dall'appellante, che è relativa oltretutto ad una fattispecie concreta anteriore alla modifica legislativa la quale ha introdotto il comma 2 *bis* sopra esaminato.

4. E' infondato anche il terzo motivo di appello, sempre relativo alla posizione della prima classificata e centrato sulla presunta invalidità della dichiarazione di avvalimento, la quale, a dire della ricorrente appellante, metterebbe a disposizione risorse in realtà non possedute dall'interessata.

Il motivo è infondato in fatto, come risulta a semplice lettura della dichiarazione di avvalimento e del relativo contratto (doc. 12 aggiudicataria controinteressata appellata), il quale ha per oggetto due distinti requisiti, ovvero una attestazione SOA e una certificazione di qualità, entrambe indicate con il numero e la data di rilascio.

L'avvalimento quindi non ha per oggetto le risorse indicate dall'appellante (appello, p. 20 § A.2.1), che si identificano con alcune risorse umane, con specifiche qualifiche. Dal contratto, risulta che l'impresa la quale accorda l'avvalimento si impegna a metterle a disposizione, ma ciò non significa né che esse si identifichino con l'oggetto dell'avvalimento stesso né, come sostiene l'appellante, che essa già dovesse averle alle proprie dipendenze.

5. E' ancora infondato il quarto motivo di appello, sempre relativo alla posizione della prima classificata, il quale verte sulla presunta rilevanza dell'omessa dichiarazione di una sentenza di applicazione pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 c.p.p. riportata dall'amministratore unico dell'aggiudicataria stessa.

In proposito è incontroverso, e lo afferma la stessa ricorrente appellante, che la sentenza in questione riguardasse reati molto risalenti nel tempo, commessi fino al dicembre 1992 (appello, p. 25 in principio).

Ciò posto, va tenuto presente anzitutto il disposto dell'art. 38 comma 2 prima parte del d. lgs. 163/2006, per cui *“Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione”*:

Va poi tenuto presente l'art. 445 comma 2 c.p.p. per cui, in caso di applicazione pena su richiesta, *“Il reato è estinto, ove sia stata irrogata una pena*

detentiva non superiore a due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, se nel termine di cinque anni, quando la sentenza concerne un delitto, ovvero di due anni, quando la sentenza concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole. In questo caso si estingue ogni effetto penale..."

Nel caso di specie, non è controverso che i presupposti dell'estinzione si siano verificati, perché secondo la stessa ricorrente appellante (appello, p.25 terzo rigo) la sentenza riguardava una pena di otto mesi di reclusione, e nessuno ha nemmeno allegato che nel periodo successivo l'interessato abbia riportato qualsiasi altra condanna.

Secondo la più recente giurisprudenza della Cassazione penale, per tutte sez. III 21 settembre 2016 n.19954 e 12 aprile 2016 n.30141, nonché sez. VI 29 gennaio 2016 n.6673, infatti "l'estinzione del reato oggetto di una sentenza di patteggiamento, in conseguenza del verificarsi delle condizioni previste dall'art. 445, comma 2 c.p.p. opera in via automatica, e non richiede una formale pronuncia da parte del giudice dell'esecuzione".

Il Collegio non ignora la precedente giurisprudenza di questo Giudice – per tutte, sez. V 23 marzo 2015 n.1557- per cui l'effetto in questione si produrrebbe solo a seguito di una formale sentenza del Giudice dell'esecuzione, e quindi solo dopo averla ottenuta si sarebbe esenti da obblighi di dichiarazione al riguardo; ritiene però di doversene consapevolmente discostare, considerato che appare non razionale una diversa considerazione dell'effetto estintivo in due rami dello stesso ordinamento.

In proposito, va allora ritenuto che l'estinzione in esame non dovesse essere dichiarata, se non altro in quanto equiparata ad una riabilitazione, come ritenuto per tutte sul punto specifico da C.d.S. sez. III 15 maggio 2012 n.2801.

Solo per chiarezza, si puntualizza che l'interpretazione di cui sopra implica che si ritenga non fondata la lettura contraria, per cui l'obbligo di dichiarazione sussisterebbe sino ad una pronuncia esplicita di estinzione; di

conseguenza, non vi è luogo per sollevare le questioni di legittimità europea ovvero costituzionale della norma stessa prospettate in proposito dalla controinteressata aggiudicataria (memoria 23 ottobre 2017 pp. 45 e ss.).

6. E' a sua volta infondato il quinto motivo di appello, sempre relativo alla posizione della prima classificata, per cui sussisterebbe violazione dell'art. 13.3.2 lettere b) e c) del disciplinare di gara.

6.1 Per quanto qui interessa, la clausola del disciplinare citata (doc. 3.5 aggiudicataria controinteressata appellata) prevede in generale i requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi dei progettisti, e alla lettera citata in particolare prevede che costoro debbano comprovare di aver realizzato, entro un dato arco di tempo, servizi tecnici di un certo grado di complessità, indicato nel disciplinare stesso, per un importo pari al doppio del valore di concessione.

Ciò posto, il motivo di appello (atto relativo, § A 4.1 pp. 27 e ss.) contesta la posizione di uno dei progettisti della controinteressata aggiudicataria, ovvero della capogruppo mandataria del RTI in cui sono raggruppati i progettisti stessi, la Mario Cucinella Architects S.r.l., rispetto alla quale contesta in primo luogo l'idoneità di tre dei documenti prodotti a provare i servizi svolti per altrettanti committenti, ovvero per la University of Nottingham, per la Nuova università valdostana e per l'Ospedale San Raffaele di Milano; contesta ancora l'imprecisione del valore indicato per ciascuno di essi, che a suo avviso non specificherebbe se si tratti di importi al lordo o al netto di IVA.

6.2 Sul punto specifico, l'università (memoria 24 ottobre 2017 pp. 30-31) osserva come la documentazione prodotta dalla Mario Cucinella Architects si riferisca ad importi sovrabbondanti rispetto al minimo richiesto, tanto che per raggiungere tale soglia basterebbe sommare gli importi relativi ad un certificato non contestato, quello rilasciato dalla SAR S.p.a. per la progettazione di alcuni ospedali toscani, con uno solo di quelli contestati, quello relativo alla Nuova università valdostana (doc. 28 in I grado ricorrente

appellante, che raggruppa tutta la documentazione prodotta dalla Mario Cucinella a proprio favore).

6.3 Aderendo a tale ordine di idee, si esaminano allora le questioni sollevate a proposito del documento rilasciato dalla Nuova università valdostana.

Si anticipa subito, in proposito, che tale documento ad avviso del Collegio è pienamente idoneo a comprovare il requisito richiesto, sì che diviene non rilevante esaminare gli ulteriori documenti contestati.

In proposito, il disciplinare di gara prevede al § 13.3.2. in fine che “l’esecuzione dei servizi tecnici di cui alle lettere b) e c)” che qui rilevano si provi “mediante la documentazione prescritta all’art. 263 comma 2 del regolamento, vale a dire attraverso certificati di buona e regolare esecuzione rilasciati dai committenti o prova dell’avvenuta esecuzione attraverso gli atti autorizzativi o concessori, ovvero il certificato di collaudo, inerenti il lavoro per il quale è stata svolta la prestazione ovvero tramite copia del contratto o delle fatture”.

A sua volta, l’art. 263 comma 2 del regolamento D.P.R. 5 ottobre 2010 n.207 prevede sul punto specifico che *“Sono valutabili anche i servizi svolti per committenti privati documentati attraverso certificati di buona e regolare esecuzione rilasciati dai committenti privati o dichiarati dall’operatore economico che fornisce, su richiesta della stazione appaltante, prova dell’avvenuta esecuzione attraverso gli atti autorizzativi o concessori, ovvero il certificato di collaudo, inerenti il lavoro per il quale è stata svolta la prestazione, ovvero tramite copia del contratto e delle fatture relative alla prestazione medesima”*.

La norma di regolamento discende poi dall’art. 42 comma 1 lettera a) del d. lgs. 163/2006, per cui ai fini della prova *“se trattasi di servizi e forniture prestati a favore di amministrazioni o enti pubblici, esse sono provate da certificati rilasciati e visti dalle amministrazioni o dagli enti medesimi; se trattasi di servizi e forniture prestati a privati, l’effettuazione effettiva della prestazione è dichiarata da questi o, in mancanza, dallo stesso concorrente”*.

Ciò posto, è evidente che, in mancanza di una specifica disposizione contraria del disciplinare – la quale, pur se illegittima, andrebbe impugnata- la prova dei requisiti richiesti può all'evidenza darsi, oltre che nei modi previsti espressamente dal disciplinare stesso, con tutte le modalità previste dalla legge.

Deve ora ritenersi notorio che la Nuova università valdostana è un soggetto pubblico, in quanto è una società di scopo interamente controllata dalla Regione Valle d'Aosta. Pertanto, non trattandosi di un “*committente privato*”, non è pertinente la norma, citata dalla ricorrente appellante, per cui i servizi a suo favore si dovrebbero provare con un certificato di “*buona e regolare*” esecuzione; sarà invece sufficiente, in base all'art. 42 del d. lgs. 163/2006 appena citato, un semplice “*certificato*”.

Ciò posto, il documento prodotto dalla Mario Cucinella Architects testualmente recita (doc. 28 in I grado ricorrente appellante, cit.): “premessi di avere già emesso il certificato allegato al presente attestante i servizi di progettazione svolti” per la realizzazione di un dato edificio universitario “precisa che, stante il quadro delle attività svolte, come già dichiarato e indicato nel certificato emesso” la stessa Mario Cucinella Architects ha svolto dati servizi, di cui si indicano classe, categoria, importo e periodo di svolgimento, requisiti questi in sé non contestati quanto alla rispondenza al disciplinare.

In tali termini, è evidente che il documento descritto, al di là della terminologia usata, è qualificabile come “*certificato*” delle prestazioni svolte dalla Mario Cucinella Architects, dato che le indica con la precisione richiesta, a nulla rilevando che il documento stesso si configuri come una sorta di duplicato di altro precedentemente emesso, dato che per la certificazione in parola la legge non richiede forme sacramentali.

Da ultimo si precisa che, come correttamente rilevato anche dall'università (memoria 24 ottobre 2017 p. 32), gli importi indicati dai certificati, che sono valori stimati di appalti pubblici, si intende al netto di IVA, come chiarito

anche dalla deliberazione ANAC 6 ottobre 2011 n.82, sì che non era necessaria una espressa menzione al riguardo.

7. E' a sua volta infondato il sesto motivo, sempre relativo alla posizione della prima classificata, e incentrato sulla presunta omessa verifica dei requisiti di partecipazione. In proposito è sufficiente rilevare quanto correttamente eccepito dall'università intimata appellata (memoria 24 ottobre 2017 p. 33), ovvero che la verifica in questione integra una condizione di efficacia dell'aggiudicazione, al cui avveramento è subordinata la stipula del contratto, e non una causa, in ipotesi sopravvenuta, di illegittimità dell'aggiudicazione stessa; non può quindi esser fatta valere come motivo di sua impugnazione: per tutte, C.d.S. sez. V 17 ottobre 2016 n.4272.

8. Si esamina a questo punto l'undicesimo motivo di appello, che è sempre relativo, nella parte che interessa, alla posizione della prima classificata. Ciò è conforme alla logica, per cui la posizione di ciascuna concorrente va considerata per intero prima di passare, se del caso, a quella dell'altra, e d'altro canto non contrasta con le richieste della ricorrente appellante (appello, p. 13), la quale vuole soltanto che i motivi relativi a presunti vizi della procedura siano valutati in subordine rispetto ai vizi concernenti la posizione delle concorrenti che la precedono, ma non pone un ordine vincolante nell'ambito di questi ultimi.

Ciò posto, il motivo è infondato in quanto si basa su una lettura non corretta della clausola del disciplinare che prevede l'importo dell'offerta economica. Al § 18 comma 1 lettera b) il disciplinare infatti afferma che l'offerta stessa deve indicare due voci, ovvero il prezzo da corrispondere alla firma del contratto, non superiore ad un dato importo; il canone di disponibilità di cui s'è detto in premesse, anch'esso non superiore ad un dato importo; aggiunge poi che "all'interno del canone di disponibilità i concorrenti dovranno specificare il costo stimato per i servizi di portierato, pulizia e manutenzione" importo che, con clausola in grassetto sottolineato, è "non soggetto a valutazione" (doc. 3.5 aggiudicataria controinteressata appellata).

A dire della ricorrente appellante (appello § D1 p. 40), l'offerta, in particolare, della controinteressata aggiudicataria sarebbe stata illegittima per aver indicato somme superiori a quanto stimato dall'amministrazione per la prestazione dei servizi.

A semplice lettura dell'offerta stessa (doc. 12 in I grado ricorrente appellante) si rileva però che essa reca importi in diminuzione per entrambe le voci – prezzo e canone di disponibilità- per cui il disciplinare lo richiede, mentre quanto osservato dalla ricorrente appellante non rileva, perché si riferisce a un dato “non soggetto a valutazione”.

9. Poiché tutti i motivi concernenti la posizione della controinteressata prima classificata sono stati respinti nel merito, vanno dichiarati improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse tutti i motivi ulteriori che si riferiscono alla posizione della controinteressata seconda classificata, nei termini già spiegati: si tratta nell'ordine dei motivi settimo, ottavo, nono e decimo, nonché undicesimo nella parte in cui si riferisce a tale concorrente.

10. Passando all'esame dei motivi restanti, è infondato il dodicesimo motivo, primo di quelli prospettati in subordine come relativi alla procedura. E' infatti del tutto notorio che la semplice circostanza per cui ad una delle offerte sia stato attribuito un punteggio notevolmente più basso rispetto alle concorrenti non dimostra di per sé uno sviamento nella valutazione relativa, a meno che non sussistano specifiche ragioni, qui nemmeno prospettate, per ritenere abnorme il giudizio espresso.

11. E' invece inammissibile il tredicesimo motivo, secondo di quelli inerenti alla procedura e incentrato sulla presunto vizio derivante da una asserita violazione degli artt. 128 e 153 comma 19 del d. lgs. 163/2006, nel senso visto, per cui il progetto per cui è causa sarebbe stato incluso nel piano delle opere pubbliche dell'università senza prima essere dichiarato di pubblico interesse. Come correttamente eccepito dall'università (memoria 24 ottobre 2017 p. 34), si tratta infatti di un motivo che si sarebbe dovuto far valere attraverso una tempestiva impugnazione del piano stesso, che non consta, in

disparte il rilievo per cui se anche quanto nel motivo stesso si sostiene fosse vero, la legge non è nel senso di farne derivare l'invalidità di tutta la procedura di gara relativa all'opera.

12. Da ultimo è infondato il quattordicesimo motivo, inerente anch'esso alla procedura e centrato su presunti vizi della verbalizzazione di essa.

In primo luogo, una verbalizzazione analitica delle operazioni compiute non è richiesta dalla legge, come ritenuto da C.d.S. sez. III 1 settembre 2014 n. 4449 e sez. V 2 settembre 2005 n.4463.

In secondo luogo, il verbale di una procedura amministrativa - a differenza di quanto avviene, ad esempio, per l'atto pubblico notarile- non richiede in linea di principio di essere redatto a pena di invalidità con forme e menzioni particolari; di conseguenza, come affermato da C.d.S. sez. VI 2 febbraio 2018 n.677, chi contesta la legittimità degli atti della procedura stessa non può limitarsi a dedurre in proposito solo la mancata menzione a verbale della regolarità delle operazioni in ogni loro singolo passaggio, ma ha l'onere di provare in positivo le circostanze e gli elementi idonei a far presumere che una qualche irregolarità abbia avuto luogo con pregiudizio nei suoi confronti, il che nel caso presente non è stato prospettato. La ricorrente appellante deduce (v. memoria 13 marzo 2018 p.52) che una ditta partecipante sarebbe stata ammessa con riserva, senza che sia possibile a suo dire ricostruire quale, e per questo ritiene il vizio del verbale, e per conseguenza di tutta la procedura. Sta però di fatto (doc. ti 3 e 4 in I grado ricorrente appellante, verbali iniziali della procedura) che alla gara hanno partecipato solo tre soggetti, quelli presenti in questo giudizio, e che la ricorrente appellante ha avuto la possibilità di proporre le sue difese contro la posizione di ciascuna, quale risulta dagli atti della gara stessa, cui ha avuto accesso. Le presunte lacune nella verbalizzazione pertanto non le hanno apportato, secondo logica, pregiudizio alcuno.

13. La reiezione della domanda di annullamento comporta reiezione anche delle domande di inefficacia del contratto e di condanna dell'amministrazione

al risarcimento del danno.

14. Le spese seguono la soccombenza e si liquidano così come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n.6827/2017), lo respinge. Condanna la ricorrente appellante a rifondere all'amministrazione intimata appellata e alle controinteressate appellate costituite le spese del presente grado di giudizio, spese che liquida in € 5.000 (cinquemila/00) per ciascuna parte, e così per complessivi € 15.000 (quindicimila/00), oltre accessori di legge, se dovuti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Silvestro Maria Russo, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco Gambato Spisani

IL PRESIDENTE
Sergio Santoro

IL SEGRETARIO