



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 496 del 2011, proposto dalla Coopservice Soc.Coop.P.A., in proprio e quale Capogruppo mandataria del costituendo Rti con Gesta Spa, Servizi Italia Spa e Manutencoop Facility Management Spa, rappresentati e difesi dagli avv. Angelo Piazza ed Ermes Coffrini, con domicilio eletto presso Angelo Piazza in Roma, via Luigi Robecchi Bricchetti, 10;

contro

Comune di Reggio nell'Emilia, Scuole e Nidi D'Infanzia-Istituzione del Comune di Reggio Emilia, rappresentati e difesi dall'avv. Santo Gnoni, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

nei confronti di

Csa-Consorzio Servizi e Appalti, in proprio e nella qualità di Capogruppo mandatario del Rti con Koinos Soc.Cons a r.l. e Guerrato S.p.a., in proprio e nella qualità di mandanti, rappresentato e difeso dagli avv. Marcello Molè e Luigi Piscitelli, con domicilio eletto presso Marcello Molè in Roma, via Nicolò Porpora, 16;

per la riforma

del dispositivo di sentenza del T.A.R. EMILIA-ROMAGNA - SEZ. STACCATA DI PARMA: SEZIONE I n. 00010/2010, resa tra le parti, concernente AGGIUDICAZIONE GARA PER AFFIDAMENTO DELLA GESTIONE DEL PATRIMONIO IMMOBILIARE E DEI SERVIZI PER IL FUNZIONAMENTO DELLE SCUOLE E NIDI D'INFANZIA - MCP

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Reggio nell'Emilia e della sua Istituzione Scuole e Nidi D'Infanzia, nonché di Csa-Consortio Servizi e Appalti, in proprio e quale Capogruppo Mandatario del R.t.i. costituito con Koinos Soc.Cons a r.l. e Guerrato s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 maggio 2011 il Cons. Nicola Gaviano e uditi per le parti gli avvocati Vannicelli, per delega di Piazza, nonché Gnoni e Molè;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con ricorso al TAR per l'Emilia Romagna notificato in data 24-27 settembre 2010 e ritualmente depositato la soc. COOPSERVICE, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento di imprese con Gesta s.p.a., Servizi Italia s.p.a. e Manutencoop Facility Management s.p.a., impugnava gli atti relativi all'aggiudicazione della procedura aperta, indetta dalla Scuola e Nidi per l'Infanzia – Istituzione del Comune di Reggio Emilia, per l'affidamento, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della gestione integrata del

patrimonio immobiliare e dei servizi per il funzionamento delle scuole d'infanzia per il periodo contrattuale dal 25 agosto 2010 al 31 luglio 2015.

Il ricorrente prospettava con il proprio gravame i seguenti motivi di diritto:

1 – Violazione e/o erronea applicazione delle prescrizioni della *lex specialis* con riferimento specifico al punto 1 e al punto 7.2 in tema di offerta economica; illogicità e travisamento, difetto di istruttoria e/o di motivazione su un aspetto decisivo dell'aggiudicazione. L'appalto, secondo la *lex specialis*, pur essendo a lotto unico, sarebbe stato suddiviso in svariati specifici servizi, per ognuno dei quali è stato indicato il valore a base di gara. L'aggiudicazione è stata prevista con riferimento al ribasso effettuato sul prezzo complessivo di tutti i servizi; è stato però vietato ai concorrenti di proporre “*valori per servizio superiori alla base di gara*”. Nonostante ciò, l'offerta dell'aggiudicataria presentava tre servizi con offerte in aumento (i servizi B2, B3 e C1).

2 – Violazione e /o erronea applicazione delle norme e dei principi in tema di presentazione delle offerte nelle pubbliche gare; nello specifico, violazione del punto 4 del disciplinare, laddove prescriveva che tutta la documentazione fosse redatta in lingua italiana e non contenere correzioni; illogicità – difetto istruttorio – travisamento – difetto motivo. Il disciplinare richiedeva che tutta la documentazione venisse redatta in lingua italiana, laddove gli allegati dell'offerta della controinteressata riguardanti gli impianti di servizi tecnici sono stati redatti in lingua tedesca.

3 – Violazione e/o erronea applicazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006; nello specifico, violazione e/o erronea applicazione del punto 5 – Paragrafo I del disciplinare di gara – Assoluta carenza motiva sul punto. Il disciplinare prescriveva la doverosa indicazione, da parte dei partecipanti alla procedura, di tutte le condanne subite, senza o con il beneficio della non menzione; la stazione appaltante si è riservata il giudizio sulla affidabilità morale e professionale

dell'impresa. Il legale rappresentante della Koinos a r.l. ha dichiarato di avere subito una serie di condanne penali, rispetto alle quali solo in un caso il reato risulta estinto, mentre negli altri i reati continuano a produrre i loro effetti collaterali: la stazione appaltante avrebbe quindi dovuto effettuare la verifica di affidabilità, mentre invece manca ogni motivazione sul punto nei provvedimenti con cui è stata disposta l'aggiudicazione.

4 – Violazione e/o erronea applicazione dell'art. 75 d.lgs. n. 163/2006; nello specifico, violazione e/o erronea applicazione del punto 5 – Paragrafo VI del disciplinare, in tema di cauzione provvisoria – illogicità – travisamento – difetto motivo ed istruttorio. Il disciplinare prevedeva la presentazione della cauzione a nome di tutte le imprese facenti parte del raggruppamento. Per contro, la cauzione presentata dal raggruppamento controinteressato, rilasciata dalla compagnia assicuratrice Aurora, vede come contraente e obbligato principale solo il C.S.A. Consorzio Servizi e Appalti, società mandataria, e non anche le altre imprese raggruppate.

5 – Violazione e/o erronea applicazione del combinato disposto degli artt. 10 e 11, nonché dell'art. 125, del d.lgs. n. 163/2006; illogicità – difetto di motivazione – travisamento – contraddittorietà. La stazione appaltante ha chiesto alla ricorrente, precedente gestrice del servizio, a decorrere dall'agosto del 2010, la restituzione degli immobili e degli impianti: e questo nonostante la disponibilità della medesima a continuare ad assicurare, *medio tempore*, la gestione. Appare in tal modo violata la disposizione di cui all'art. 11 punto 9 d.lgs. 163/2006, che considera l'esecuzione d'urgenza in attesa del contratto un'eccezione alla regola generale. Inoltre, ai sensi dell'art. 125 c. 11 d.lgs. 163/2006 l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento è consentito per i servizi di importo inferiore ad euro 20.000, mentre per le somme superiori è necessario svolgere una procedura negoziata.

Si costituivano in giudizio in resistenza all'impugnativa il Comune di Reggio Emilia nonché l'Istituzione comunale Scuole e Nidi d'Infanzia, oltre al Consorzio Servizi e Appalti controinteressato, in proprio e quale mandatario del costituito raggruppamento con Koinos soc. cons. a r.l. e Guerrato s.p.a..

Quest'ultimo raggruppamento proponeva altresì un ricorso incidentale, con il quale chiedeva l'annullamento degli atti di gara nella parte in cui non era stata disposta l'esclusione del raggruppamento ricorrente, instando per la conseguente dichiarazione di inammissibilità per difetto di interesse del ricorso principale.

Con sentenza n. 52 del 2011 del Tribunale adito il ricorso della Coopservice veniva respinto.

La ricorrente esperiva dunque il presente appello, riproponendo le proprie doglianze ed argomentazioni di primo grado e censurando la pronuncia appellata per averle disattese.

Anche in questo grado di giudizio si costituivano in resistenza al gravame le amministrazioni intimate ed il Consorzio controinteressato, il quale riproponeva il proprio ricorso incidentale.

Le parti illustravano ed approfondivano le proprie tesi con successive memorie.

All'udienza pubblica del 3 maggio 2011 la causa è stata trattenuta in decisione.

La sicura infondatezza dell'appello induce la Sezione a seguire lo stesso schema logico-espositivo del T.A.R., che ha senza indugio concentrato la propria verifica di legittimità dell'azione amministrativa sul ricorso principale, prescindendo dall'esame del ricorso incidentale pur proposto *ex adverso* (sulla possibilità di questa opzione cfr., da ultimo, C.d.S., A.Pl., n. 4 del 7 aprile 2011), ed ha evidenziato all'esito l'immunità dei provvedimenti impugnati dai vizi dedotti dalla ricorrente, il cui gravame è stato pertanto respinto.

1 Con il primo motivo è stata lamentata una violazione delle prescrizioni dei punti 1 e 7.2 della *lex specialis*, in tema di offerta economica. L'appalto, pur essendo a

lotto unico, si componeva di svariati servizi (specificati nelle pagine da 31 a 45 dello stesso bando), cui veniva attribuito un valore presunto per il periodo contrattuale; l'aggiudicazione era stata prevista con riferimento al ribasso effettuato sul prezzo complessivo della sommatoria di tutti i servizi: nel contempo era stato però anche vietato ai concorrenti di proporre *“valori per servizio superiori alla base di gara”*. Nonostante ciò, l'offerta dell'aggiudicataria presentava tre servizi con offerte in aumento rispetto al valore per essi posto a base di gara (i servizi B2, B3 e C1).

La sentenza che forma oggetto del presente appello ha rigettato il mezzo sulla scorta delle seguenti considerazioni.

In punto di fatto, la base di gara ammontava ad euro 8.314.058,33, laddove l'offerta della controinteressata aggiudicataria ammontava ad euro 8.026.961,41 e quella del raggruppamento ricorrente ad euro 8.224.665,02, per cui l'aggiudicazione al raggruppamento CSA, Koinos e Guerrato aveva comportato un significativo vantaggio economico per l'Amministrazione.

La norma sopra richiamata, inoltre, non prevedeva la sanzione dell'esclusione per l'eventuale offerta in rialzo sui singoli servizi che andavano a comporre il lotto unico, di talché avrebbe costituito una violazione del principio di massima partecipazione escludere la controinteressata per il mero fatto di avere indicato su taluni dei singoli servizi, non influenti sul prezzo finale complessivo offerto, dei valori maggiori rispetto a quelli indicati nell'Allegato 1.

In ogni caso, appare corretta la valutazione dell'Amministrazione, che ha sostanzialmente salvaguardato il criterio di massima partecipazione, indirizzando la propria scelta secondo un canone di buona amministrazione che le ha consentito di scegliere l'offerta per essa più vantaggiosa, sia in termini economici che tecnici.

Questo capo della pronuncia del Tribunale è stato investito dai rilievi di fondo di seguito esposti:

- la lettera della *lex specialis* sarebbe stata inequivoca nel senso della inammissibilità di offerte recanti valori per singolo servizio superiori alla base di gara, in quanto una previsione di “*non ammissione*” equivale, in pratica, ad una di “*esclusione*”;
- una cosa è ciò che rileva ai fini della comparazione delle offerte e dell’aggiudicazione alla migliore di esse, ed altra è ciò che occorre invece considerare, ancor prima, ai fini dell’ammissibilità delle offerte medesime: e a questo secondo scopo, nel caso concreto, sarebbero stati posti sullo stesso piano tanto l’importo complessivo quanto quello riguardante ciascun singolo servizio;
- la *ratio* della previsione del divieto di superare i prezzi-base di ciascun servizio starebbe in ciò, che in concreto la controinteressata, nel mentre ha fortemente ribassato “*i servizi opzionali od a misura, di cui non è certa l’effettuazione*”, ha invece aumentato i servizi che necessariamente “*debbono essere resi*”; in altre parole, cioè, essa, “*utilizzando i servizi opzionali, con relativo ribasso, ha potuto, mediando il loro importo con quello dei servizi certi, rientrare nel totale complessivo posto a base di gara*” (pagg. 22-23 dell’appello).

Il motivo è infondato.

Nell’ambito della controversia è pacifico, per un verso, che ai fini dell’aggiudicazione il bando attribuisca rilievo unicamente al valore complessivo a base di gara; per altro verso, che in relazione ad alcuni servizi il raggruppamento controinteressato abbia effettivamente indicato importi superiori a quelli esposti dall’allegato al bando di gara.

Ciò premesso, la Sezione condivide la valutazione del primo Giudice secondo la quale la disciplina di gara non può essere reputata sufficientemente univoca nel senso sostenuto dalla ricorrente, e quindi, in coerenza con il principio di massima partecipazione ed apertura alla concorrenza (tanto più in una gara con due soli competitori), non varrebbe a giustificare l’esclusione dell’aggiudicataria.

La procedura in esame è connotata, come si è detto, dal fatto che la gara riguarda un lotto unico, e che il bando attribuisce rilievo, almeno ai fini dell'aggiudicazione, unicamente al valore complessivo a base dell'appalto.

In questo quadro, è agevole considerare che eventuali eccedenze sul prezzo offerto per un singolo servizio avrebbero ben potuto, naturalmente, essere corrette e compensate da valori anche cospicuamente inferiori offerti dallo stesso concorrente per altri servizi, e solo da una considerazione complessiva dell'intera offerta economica sarebbe potuto scaturire un apprezzamento fedele e completo della medesima.

Ciò posto, un'esclusione aprioristica dalla procedura basata sul mero fatto che un'offerta proponga per un singolo servizio (sugli almeno dieci servizi contemplati) un corrispettivo superiore al valore per esso indicato negli atti di gara, in tanto si può giustificare, in quanto sia sorretta da una previsione testuale sufficientemente univoca della *lex specialis*, o quantomeno sia imposta da una inoppugnabile considerazione di ordine sostanziale-finalistico.

Nessuna delle due condizioni, tuttavia, ricorre in concreto.

Sul piano testuale, la stessa appellante è stata costretta a riconoscere che *“la prima parte dell'art. 7.2, parlando genericamente di non ammissione di offerte in aumento rispetto agli importi posti a base di gara, poteva far sorgere dei dubbi”* (memoria di appello, pag. 4), pur soggiungendo la stessa deducente che la seconda parte dell'articolo sarebbe valsa a fugarli. Il fatto è, però, che la prima parte, quella appunto dubbia, è la più importante, in quanto è proprio quella che recherebbe, in tesi, un equipollente di comminatoria di esclusione (*“Non sono ammesse offerte in aumento ...”*); laddove la seconda parte, che segue la prima dopo quasi due facciate di testo, ha una formulazione comparativamente più specifica, sì, ma meno perentoria, in quanto sprovvista di comminatoria (*“Si ricorda che i concorrenti non possono proporre ...”*).

Né soccorre la *ratio*, sopra esposta, che la ricorrente perviene a cogliere (senza peraltro che il bando offra lumi in proposito) alla base della previsione in discussione, e che attiene alla –mera- non convenienza economica di offerte strutturate come quella della controinteressata.

Merita invero attenzione la circostanza che i valori dell’offerta economica di quest’ultima risultino inferiori alla base di gara non solo se considerati nel loro complesso, ma anche ove si disarticoli il relativo totale nei tre gruppi delle prestazioni a canone, a misura e a richiesta (memoria della Stazione appaltante, pag. 8). Di conseguenza, dinanzi all’assunto della ricorrente per cui l’avversaria, *“utilizzando i servizi opzionali, con relativo ribasso, ha potuto, mediando il loro importo con quello dei servizi certi, rientrare nel totale complessivo posto a base di gara”*, è agevole opporre che l’offerta aggiudicataria si colloca al di sotto della base di gara anche per ciò che attiene al gruppo delle prestazioni a canone.

Da ciò la conclusione che, a parte la non completa univocità della disciplina di gara sulla perentorietà della prescrizione in discorso, non è nemmeno dato comprendere rispetto a quale interesse sostanziale sarebbe stata servente l’invocata esclusione della controinteressata, la cui offerta, del resto, è risultata all’esito preferibile sia sotto il profilo economico che sotto quello tecnico.

2 Con il proprio secondo mezzo d’impugnativa la ricorrente prospettava, in sintesi, una violazione del punto 4 del disciplinare, dove prescriveva che tutta la documentazione d’offerta dovesse essere redatta in lingua italiana, per il fatto che gli allegati dell’offerta della controinteressata riguardanti gli impianti di servizi tecnici erano stati invece redatti in lingua tedesca.

La doglianza è stata disattesa dal primo Giudice con la seguente motivazione.

“Il motivo è infondato, atteso che la disposizione citata del punto 4 (peraltro non assistita dalla sanzione dell’esclusione per la sua violazione) deve essere integrata con quanto stabilito dal medesimo disciplinare al punto 7, ove si precisano le modalità di redazione dell’offerta tecnica: è

evidente che questa parte dell'offerta dovrà essere redatta in lingua italiana, ma ciò non esclude che eventuali allegati (che pure vengono citati al punto 7 relativamente alla documentazione cartacea) possano essere prodotti in altra lingua. Nel caso di specie, è stato prodotto in lingua tedesca un allegato che si riferisce alla scheda tecnica di un prodotto che costituisce materiale isolante, peraltro accompagnato da una presentazione in lingua italiana, per cui l'offerta tecnica nel suo complesso deve ritenersi che sia risultata sufficientemente intellegibile per la commissione di gara.”

La ricorrente avversa la decisione reiettiva riproponendo la propria censura sulla scorta, in pratica, delle seguenti obiezioni di fondo: anche in difetto di una espressa comminatoria, l'uso di una lingua straniera, rendendo l'offerta non valutabile, deve comunque essere sanzionato con l'esclusione; gli allegati in questione dovevano inoltre ritenersi parte integrante dell'offerta.

In contrario va però subito rilevato, sotto il primo profilo (e concentrando l'analisi sulla specifica vicenda in controversia), che la mancanza di una comminatoria di esclusione vale già di per se stessa come indice deponente nel senso del carattere non viziante dell'irregolarità commessa rispetto alla disciplina di gara.

Sotto il secondo profilo si può poi notare che, venendo in rilievo degli allegati all'offerta, e come tali, per lo meno di regola, dei complementi eventuali ed inessenziali di tale documento, la mancata traduzione in lingua italiana di simili elementi non è in grado di cagionare, normalmente, alcun *vulnus* alla procedura.

In questo senso, il Consorzio appellato ha rimarcato che la documentazione in questione riguardava schede tecniche relative a materiali isolanti “*di rilevanza assolutamente marginale rispetto ai contenuti propri dell'offerta tecnica*”, e “*del tutto inidonee ad incidere sull'intellegibilità di quest'ultima*” (memoria del 15\4\2011, pag. 8; ma obiezione analoga è stata mossa anche dalla difesa comunale). E questo senza incontrare *ex adverso* alcuna puntuale obiezione, atta a dimostrare invece il rilievo sostanziale rivestito dalla documentazione in discorso.

In questo contesto, si comprende come l'appellante non potesse limitarsi al semplice assunto per cui gli allegati in questione "dovevano ritenersi" parte integrante dell'offerta, ma avrebbe dovuto fornire dimostrazione di tanto, facendo constare, in particolare, che una, o più, delle informazioni identificate nel paragr. 7 del bando (altrimenti detto, un elemento essenziale dell'offerta) era stata sottoposta dalla controinteressata alla Commissione, attraverso gli allegati in questione, esclusivamente in lingua straniera, attentando così alla decifrabilità complessiva dell'offerta.

In difetto, per le considerazioni che precedono (ed anche in coerenza con il canone del *favor participationis*, opportunamente richiamato in fattispecie simile da C.d.S., VI, 22 novembre 2005, n. 6519) si impone la reiezione della censura.

3 Infondato è anche il mezzo successivo, con il quale è stata denunciata una violazione dell'art. 38 d.lgs. n. 163/2006 e del punto 5 del disciplinare di gara.

Il legale rappresentante della Koinos a r.l., del raggruppamento controinteressato, ha dichiarato di avere subito una serie di condanne penali, rispetto alle quali la stazione appaltante, cui il disciplinare aveva riservato il giudizio sull'affidabilità morale e professionale dell'impresa, avrebbe dovuto effettuare la verifica di affidabilità, mentre invece non consta istruttoria e manca ogni motivazione sul punto.

Si riportano subito le motivazioni con le quali il TAR ha superato la doglianza.

“L'art. 5 del bando di gara, che si assume violato, prevede, al paragrafo I, che i concorrenti, tramite dichiarazione sostitutiva ai sensi del d.P.R. n. 445/2000, debbano comunicare, tra l'altro, tutte le condanne subite, senza o con il beneficio della non menzione, al fine di verificare se esse incidano sull'affidabilità morale professionale del soggetto partecipante ai fini dell'eventuale esclusione ai sensi dell'art. 38, comma 1, del d.lgs. 163/2006.

L'articolo 38 si pone, infatti, l'obiettivo di far sì che non partecipino alle pubbliche gare coloro che hanno commesso reati accertati rilevanti ai fini della presenza o meno in capo agli stessi della moralità professionale.

Nel caso di specie, il legale rappresentante della Koinos ha dichiarato, seguendo le prescrizioni del bando, di avere subito cinque procedimenti penali, uno per un reato amnistiato, un altro dichiarato estinto ai sensi dell'art. 445, comma 2, c.p.p., tre conclusi con sentenza di patteggiamento della pena. Ciò che potrebbe rilevare ai fini dell'accertamento della moralità professionale sono le tre sentenze di patteggiamento, tuttavia le tre condanne sono state irrogate per tre reati (omicidio colposo, omicidio colposo a seguito di incidente stradale, lesioni colpose) che non sembrano avere incidenza sulla moralità professionale, anche in considerazione della loro natura colposa. ... Peraltro, un onere motivazionale stringente può predicarsi nel caso in cui i reati accertati comportino l'esclusione a seguito della positiva valutazione di incidenza sulla affidabilità morale e professionale del concorrente, non nel caso in cui vi sia pacificamente l'ammissione alla procedura di gara (...).”

Con il presente appello a siffatto giudizio viene in sintesi opposto: che il giudizio sulla affidabilità morale e professionale delle imprese appartiene in via esclusiva alla Stazione appaltante, cui al Giudice amministrativo non è consentito sostituirsi; che, mentre la *lex specialis* rimetteva, appunto, alla prima la valutazione sulla rilevanza delle condotte illecite emerse, la medesima in concreto tutto ha fatto meno che esprimerlo.

Queste obiezioni non sono persuasive.

Il Tribunale non ha preteso di sostituirsi all'Amministrazione nel compiere il giudizio del quale si tratta, ma si è limitato alla obiettiva constatazione che i precedenti emersi non avevano alcuna particolare connessione con l'affidabilità morale professionale dell'impresa, né col rapporto fiduciario da instaurare a mezzo del nuovo contratto.

D'altra parte, mentre l'art. 38 d.lgs. n. 163\2006 prevede l'esclusione in presenza di condanne che, oltre ad incidere sulla morale professionale, riguardino "*reati gravi in danno dello Stato o della Comunità*", non si presentano tali quelli riscontrati nella fattispecie, che significativamente non hanno nemmeno alcun elemento di pur lontana affinità o prossimità con le condanne che sono qualificate dalla stessa norma di legge come cause di esclusione vincolata.

L'Amministrazione, quindi, ha ragionevolmente ritenuto che i precedenti dichiarati non compromettessero l'affidabilità dell'Impresa, con la conseguenza che questa, con il proprio raggruppamento, all'esito della verifica della complessiva documentazione presentata dai concorrenti in merito ai requisiti generali e speciali, e non essendo emersi profili ostativi alla partecipazione, è stata ammessa alla gara.

A conferma della legittimità dell'azione amministrativa si osserva che, né la disciplina speciale di gara, né il Codice degli appalti, prescrivono che il giudizio favorevole all'ammissione di un concorrente debba essere necessariamente esplicitato e formalizzato. La giurisprudenza di questo Consiglio è infatti nel senso che la Stazione appaltante, che non ritenga il precedente penale dichiarato dal concorrente incisivo della sua moralità professionale, non è tenuta ad esplicitare in maniera analitica le ragioni di siffatto convincimento, potendo la motivazione di non gravità del reato risultare anche implicita o per *facta concludentia*, ossia con l'ammissione alla gara dell'impresa, mentre è la valutazione di gravità, semmai, che richiede l'assolvimento di un particolare onere motivazionale (C.d.S., III, 11 marzo 2011, n. 1583). La stazione appaltante deve invero motivare puntualmente le esclusioni, e non anche le ammissioni, se su di esse non vi è, in gara, contestazione (C.d.S., VI, 24 giugno 2010, n. 4019).

Per quanto precede, se può ammettersi che un'esigenza di motivazione espressa si imponga, al più, al cospetto di precedenti penali che obiettivamente si presentino, *prima facie*, riconducibili all'area dei "*reati gravi in danno dello Stato o della Comunità*" ed

incidenti sulla morale professionale, si da esigere una specifica valutazione amministrativa al riguardo, la necessità di una formalizzazione del giudizio di ammissione va invece con sicurezza esclusa in tutti i casi, come quello corrente, in cui si manifesti subito la non incidenza delle condotte emerse sull'affidabilità professionale dell'impresa.

4 Nemmeno il penultimo mezzo può trovare adesione.

La doglianza chiama in causa l'art. 75 d.lgs. n. 163/2006 ed il punto 5, paragrafo VI, del disciplinare, in tema di cauzione provvisoria.

Il disciplinare prevedeva (in linea con l'art. 75, comma 1, d.lgs. cit.) la presentazione della cauzione a nome di tutte le imprese facenti parte del raggruppamento non ancora costituito: per contro, la cauzione presentata dal raggruppamento controinteressato vedrebbe come contraente e obbligato principale la sola mandataria C.S.A. Consorzio Servizi e Appalti, e non anche le altre imprese raggruppate.

Il T.A.R. ha respinto la censura sulla base di queste argomenti.

La garanzia presentata dalla controinteressata e rilasciata da "Aurora Assicurazioni" contiene l'impegno del garante, nei confronti della Stazione appaltante, al pagamento delle somme dovute dal contraente per il mancato adempimento degli obblighi ed oneri inerenti alla partecipazione alla gara. La polizza contiene, però, anche una clausola con cui *"si dà e si prende atto che la contraente C.S.A. è capogruppo della costituenda A.T.I. formata dalle seguenti mandanti: Koinos e Guerrato"*. E tale affermazione è apparsa al primo Giudice sufficiente a sancire l'impegno del garante verso la stazione appaltante per il mancato adempimento della totalità degli obblighi inerenti alla partecipazione alla gara del contraente C.S.A., anche nella sua qualità di mandataria del raggruppamento costituendo.

Gli obblighi discendenti dalla partecipazione alla procedura sono stati infatti assunti solidalmente dalle imprese facenti parte del raggruppamento, le quali, a termini del bando di gara, hanno presentato un'offerta sottoscrivendola congiuntamente. Venendo quindi in rilievo il vincolo di solidarietà tra i partecipanti al raggruppamento che hanno sottoscritto l'offerta, il garante è tenuto a rispondere per gli inadempimenti eventualmente realizzati da qualsiasi sottoscrittore dell'offerta congiunta.

La decisione così motivata forma oggetto di contestazione con l'appello in esame, con il quale la soc. COOPSERVICE muove in sostanza le seguenti obiezioni.

Come contraente ed obbligato principale rispetto alla cauzione figura, viene ribadito, solo la mandataria C.S.A. Consorzio Servizi e Appalti, e non anche le altre imprese raggruppate. Né giova la clausola integrativa apposta, che non varrebbe ad estendere la garanzia alle imprese associate, come invece richiesto dal bando. Non sarebbero poi utili le sottoscrizioni apposte sul documento da queste ultime, giacché ciò che rileva in questa materia è unicamente la volontà del garante. E la cauzione sarebbe stata prestata dal medesimo, per l'appunto, solo a nome dell'impresa mandataria, e non delle mandanti.

Neppure queste critiche risultano convincenti.

In giurisprudenza si è da tempo affermato il principio per cui, nel caso di partecipazione di un costituendo raggruppamento temporaneo di imprese ad una gara di appalto, la polizza fideiussoria, mediante la quale viene costituita la cauzione provvisoria, deve essere intestata non solo alla società capogruppo, ma anche alle mandanti. Ciò al fine di evitare il configurarsi una carenza di garanzia per la stazione appaltante con riferimento a quei casi in cui l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma appunto dalle mandanti (Cons. Stato, Ad.Pl. n. 8/2005; VI, 23 luglio 2009, n. 4648).

La stessa giurisprudenza ha precisato, peraltro, che il fidejussore, per assicurare in modo pieno l'operatività della garanzia di fronte ai possibili inadempimenti da “coprire” con la cauzione provvisoria, deve richiamare la natura collettiva della partecipazione alla gara di più imprese, identificandole singolarmente e contestualmente, e deve dichiarare di garantire con la cauzione provvisoria non solo la mancata sottoscrizione del contratto, ma anche ogni altro obbligo derivante dalla partecipazione alla gara, pena l'esclusione dal procedimento (Consiglio Stato Ad. Pl., 4 ottobre 2005, n. 8).

Orbene, queste condizioni nella specie sono state puntualmente rispettate.

Il contrario avviso dell'appellante è frutto del fraintendimento del senso e dell'importanza della clausola che connota la garanzia fornita dalla controinteressata, la quale, sotto la rubrica “Integrazioni e\o modifiche ai contenuti di polizza”, reca il testo dianzi riportato.

Da tale clausola si desume, invero : che il Consorzio Servizi e Appalti ha stipulato la scrittura fideiussoria nella propria specifica qualità di capogruppo mandataria, in procinto di presentare offerta in gara per l'affidamento dell'appalto in discussione; di riflesso, che la garanzia prestata, che riguarda il “*pagamento delle somme dovute dal contraente per il mancato adempimento degli obblighi ed oneri inerenti alla partecipazione alla gara*”, attiene a tutti gli obblighi discendenti dalla partecipazione del raggruppamento alla gara, e quindi non solo a quelli che gravano il predetto Consorzio in proprio, ma anche a quelli che gli si riversano quale mandatario, onde la stessa garanzia è destinata ad operare per tutte le somme che nella detta qualità possano essere pretese nei confronti del medesimo Consorzio.

Rientrano, dunque, nella portata della garanzia anche le inadempienze ascrivibili a fatti –non della capogruppo ma- di una delle imprese mandanti, di cui la mandataria dovrebbe pur sempre rispondere, per il vincolo di solidarietà che discende dalla presentazione dell'offerta congiunta, anche ai sensi dell'art. 6 del

disciplinare di gara. E questo è esattamente quanto richiesto dalla giurisprudenza dominante e dalla normativa di gara, la quale ultima, con la prescrizione per cui *“la cauzione dovrà prestarsi a nome di tutte le imprese facenti parte del raggruppamento ... non ancora costituito”*, esigeva proprio -e semplicemente- che la garanzia coprisse anche i fatti imputabili alle imprese mandanti (cfr. C.d.S., V, 21 aprile 2009, n. 2400).

Solo per completezza si ricorda, quindi, che nella sentenza n. 8/2005 dell'Adunanza Plenaria si è ritenuta decisiva, per pervenire al risultato dell'inidoneità della garanzia, la circostanza che nella polizza fideiussoria del caso non si facesse riferimento (contrariamente a quanto occorso nella presente vicenda) al fatto che l'impresa cui la polizza era intestata aveva partecipato all'incanto in qualità di mandataria di una costituenda ATI (nel senso dell'essenzialità di tale puntualizzazione ai fini della completezza della garanzia v. anche C.d.S., V, 28 maggio 2010, n. 3401).

La conclusione della regolarità della cauzione provvisoria presentata dall'attuale appellata trova ulteriore fondamento in ciò, che *“la non necessità della sottoscrizione da parte dei soggetti che concorrono alla gara ai fini del perfezionamento di un contratto che può soggiacere al procedimento semplificato di formazione di cui all'art. 1333 c.c., non toglie che l'intervento della sottoscrizione ... sia comunque apprezzabile, congiuntamente a tutti gli ulteriori elementi sopra specificati, al fine di individuare i soggetti beneficiari della polizza e, quindi, la perimetrazione del rischio garantito”* (C.d.S., V, 7 aprile 2011 n. 2169).

Donde la reiezione anche di questo mezzo.

5 Non vi è luogo, infine, ad esaminare nel merito il riproposto quinto motivo dell'originario ricorso al T.A.R., in tema di gestione interinale del servizio, stante la dichiarazione resa in proposito dall'appellante (memoria del 19\4\2011, pag. 9) di avere perduto ogni interesse al vaglio della relativa censura.

6 Per le ragioni esposte, in definitiva, l'appello va nel suo insieme respinto.

Si ravvisano, tuttavia, ragioni tali da giustificare la compensazione tra le parti delle spese processuali di questo grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello in epigrafe, lo respinge.

Dispone la compensazione tra le parti delle spese processuali di questo grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella Camera di consiglio del giorno 3 maggio 2011 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Piscitello, Presidente

Aldo Scola, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Adolfo Metro, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 30/06/2011

IL SEGRETARIO

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