

Importo della cauzione provvisoria rapportata ad un solo anno e non a tutta la durata contrattuale: *il favor participationis* giustifica l'adeguamento successivo a causa dell'ambiguità delle disposizioni di gara

L'incameramento della provvisoria (funzione di clausola penale) non esclude la possibilità del committente di richiedere il maggior danno per la lesione patrimoniale derivatagli dal comportamento dell'aggiudicatario

Sintesi di Consiglio di Stato, Sezione V, decisione numero 5676 dell' 1 ottobre 2003

Parole chiave:

appalto di servizi – ati - art. 11 del d.lg 157/1995 - ciascuna delle imprese raggruppate avrebbe dovuto produrre la documentazione richiesta - a pena di esclusione dalla gara - la ditta subappaltatrice non fa parte dell'associazione temporanea – legittima la non ammissione

Prime cure :difetto di legittimazione e carenza di interesse a proporre il ricorso principale, da parte delle ditte escluse perché non in possesso del requisito richiesto - non una mera omessa produzione documentale bensì la sostanziale assenza del requisito

Cauzione provvisoria – importo in relazione ad un solo anno e non all'importo contrattuale complessivo di quattro anni – adeguamento successivo – *lex specialis* non priva di ambiguità – giustificata l'applicazione del principio del *favor participationis* – ove possibile, più adatto importo maggiore – principio per il quale maggior importo della provvisoria NON significa maggior affidabilità della ditta partecipante.

Funzione della cauzione provvisoria – garantire la serietà dell'offerta – sufficiente la mera constatazione dell'inadempienza alla sottoscrizione del contratto per giustificare l'escussione

Incameramento cauzione provvisoria – funzione di clausola penale - caparra confirmatoria - non è preclusa la risarcibilità del maggior danno da inadempimento -

Decisione primo grado

Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise 13 giugno 2002, n. 461,*** resa *inter partes*, con la quale è stato accolto il ricorso incidentale delle appaltate e pertanto è stato dichiarato inammissibile il ricorso proposto dall'attuale appellante, in tema di gara per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione impianti di presidi ospedalieri

Esito del giudizio di appello:

I ricorso di primo grado proposto dall'attuale appellante va, nel merito, integralmente rigettato.

Conseguenze operative:

L'atteggiamento dell'Amministrazione sanitaria è stato quanto meno fuorviante, se è vero che in relazione ad apposito quesito formulato da una partecipante, l'Azienda sanitaria, nella persona del dirigente dell'Unità operativa, precisava – in maniera in verità non perfettamente univoca – che per la certificazione richiesta al punto 8) del Capitolato e per il servizio di manutenzione degli ascensori e montacarichi (per un'incidenza complessiva di appena il 3% dell'importo complessivo dei servizi da affidarsi) l'impresa richiedente “poteva provvedere al subappalto”, in questo modo dunque lasciando intendere che per la stazione appaltante era sufficiente una qualificazione “indiretta” del concorrente, ovvero tramite subappaltatore.

LMP

Tale approccio interpretativo, reso pubblico dal Responsabile del procedimento nella riunione fissata per tutte le imprese partecipanti, comportava per coerenza, secondo l'avviso esplicitato dall'appellante, che a questo punto **la documentazione comprovante l'abilitazione della ditta subappaltatrice potesse essere prodotta in un momento successivo, come di norma avverrebbe in siffatte fattispecie**

la Sezione, recentemente, non ha potuto disconoscere che un'interpretazione rispondente a logica ed alla tipica natura, oltre che alla *ratio*, di tale istituto di garanzia indirizzi verso un naturale riguardo, ai fini del calcolo dell'importo della cauzione in argomento, **al valore complessivo dell'appalto, e non al solo importo annuale a base d'asta.**

La cauzione provvisoria svolge senza dubbio la funzione di garantire la serietà dell'offerta, nel senso che l'aggiudicatario, ove non si presenti per la stipulazione del contratto, decade dall'aggiudicazione e la cauzione viene incamerata dall'organo preposto all'esecuzione del contratto, sulla base della mera constatazione dell'inadempienza.

La tradizionale prospettazione della cauzione di cui si discute, finalizzata - come si accennava - a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto proprio dell'aggiudicatario, come istituto svolgente la medesima funzione della clausola penale, atteso che è diretta a predeterminare la conseguenza dell'inadempimento (incameramento della cauzione) in funzione di liquidazione forfettaria del danno, prescindendo dall'esatta quantificazione del nocumento patito dalla Pubblica amministrazione, tant'è che generalmente non viene prevista espressamente la risarcibilità del danno eventualmente non coperto dalla cauzione in parola, è stata di recente rivisitata, nel senso che si è affermato che **il suo incameramento non esclude la possibilità del committente di richiedere il maggior danno per la lesione patrimoniale derivatagli dal comportamento dell'aggiudicatario, trattandosi più correttamente di una caparra confirmatoria, che non preclude la risarcibilità del maggior danno da inadempimento** (cfr. Cons. Stato, IV, 29 marzo 2001, n. 1840 che ha meditatamente riformato la posizione espressa da TAR Lazio, III, 29 marzo 2000, n. 2443).

Orbene, la recente evoluzione della configurazione dell'istituto *de quo* nel dibattito giurisprudenziale, oltre che in quello dottrinario, conforta l'opzione interpretativa che vuole la sua commisurazione rapportata al valore reale complessivo dell'appalto.

Ma, al tempo stesso, e qui entra in gioco la fattispecie in trattazione, occorre dare conto del generalissimo e consolidato principio per cui la Pubblica amministrazione, nel predisporre gli atti di una gara d'appalto, ha l'onere di indicare con estrema chiarezza i requisiti richiesti alle imprese partecipanti, onde evitare che il principio di massima concorrenza tra le stesse imprese, cui si correla l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta, possa essere in concreto vanificato da clausole equivoche non chiaramente percepibili dai soggetti partecipanti; pertanto, le disposizioni con le quali siano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara, ove indichino in modo equivoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni e, quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili (cfr. già Cons. Stato, VI, 12 giugno 1992, n. 481).

Se pertanto, da una parte, la circostanza dell'indicazione, negli atti di gara, del solo importo a base d'asta annuale e non di quello complessivo può essere spiegata con l'impossibilità di determinare preventivamente in modo compiuto e puntuale l'importo complessivo dell'appalto, non può però pretendersi, dall'altra parte, l'applicazione rigida di misure espulsive sulla base di opzioni interpretative che, per quanto obiettivamente più logiche, scontano, e non di poco, una sembianza formale della normativa di gara per più versi fuorviante. Il tutto, deve concludersi, nel doveroso perseguimento dell'interesse pubblico a veder ampliata la platea degli aventi diritto alla partecipazione alla gara, sicuramente prevalente, nel caso di specie, rispetto all'esigenza di imporre,

fin da subito, cauzioni e garanzie di importo maggiore, che di per sé non denotano una maggiore affidabilità delle ditte offerenti (cfr. Cons. Stato, V, 18 febbraio 2003, n. 873).

Di Sonia LAZZINI

REPUBBLICA ITALIANA N. 5676/03 REG.DEC.

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO N. 5798 REG.RIC.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Quinta Sezione ANNO 2002
ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5798/02, proposto dall' Impresa ***** s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Salvatore Napolitano e Michele De Cilla, ed elettivamente domiciliata presso di loro in Roma, v. Zara n. 16,

contro

la ASL n. 4 "Basso Molise" di Termoli (CB), in persona del Direttore Generale legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Luigi De Rosa, ed elettivamente domiciliata in Roma, Corso Trieste n. 88 (studio Recchia),

e nei confronti

delle ditte ***** s.r.l., ***** Impianti s.r.l. e ***** s.r.l., in proprio e in quanto mandataria e mandanti della costituenda ATI, in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., rappresentate e difese dagli avv.ti Renato Potente e Maurizio Brizzolari, e presso di loro elettivamente domiciliati in Roma, v. della Conciliazione n. 44,

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise 13 giugno 2002, n. 461, resa *inter partes*, con la quale è stato accolto il ricorso incidentale delle appellate e pertanto è stato dichiarato inammissibile il ricorso proposto dall'attuale appellante, in tema di gara per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione impianti di presidi ospedalieri.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda sanitaria e delle appellate;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto il dispositivo della decisione in epigrafe, n. 162,

pubblicato il 30 Aprile 2003;

Relatore alla pubblica udienza del 29 aprile 2003 il Consigliere Gerardo Mastrandrea; uditi per le parti gli Avv.ti Napolitano e Brizzolari;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR del Molise, l'Impresa ***** S.p.a. impugnava gli atti della gara – espletata mediante appalto concorso con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - per l'affidamento del servizio di gestione, conduzione e manutenzione dei vari impianti relativi ai nuovi presidi ospedalieri di Termoli e Larino, comprensivamente dei verbali di gara e dell'aggiudicazione in favore delle controinteressate.

All'uopo, chiedendo l'annullamento del provvedimento di ammissione alla gara delle Ditte ***** , ***** e ***** Impianti, dei provvedimenti di aggiudicazione provvisoria e definitiva disposta nei confronti delle medesime, dei verbali di gara e, da ultimo, di ogni altro atto presupposto, consequenziale, coordinato e comunque connesso con i precedenti, la reclamante deduceva i motivi di censura che seguono.

Con il ricorso principale:

1) Violazione delle norme contenute nella lettera di invito e nel capitolato speciale d'appalto contenente le norme di gara ed in generale nella *lex specialis*; mancata osservanza delle prescrizioni tassative "a pena di esclusione"; violazione dei principi generali in materia di regolare svolgimento delle procedure di

gara, ed in particolare violazione della "*par condicio*" tra concorrenti; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche;

2) Ancora violazione della *lex specialis* e delle prescrizioni sancite a pena di esclusione; violazione dell'art. 11 del d.lg. 157/1995;

3) Ancora violazione dei principi generali in materia di regolare svolgimento delle procedure di gara e delle regole che informano il procedimento amministrativo; ancora eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche;

4) Illegittimità derivata.

Con i motivi aggiunti:

5) Ancora violazione delle norme contenute nella lettera di invito e nel C.S.A. ed in generale nella *lex specialis*; mancata osservanza delle prescrizioni tassative "a pena di esclusione"; violazione dei principi generali in materia di regolare svolgimento delle procedure di gara, ed in particolare violazione della "*par condicio*" tra concorrenti; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche;

6) Ancora violazione della "*lex specialis*" e delle prescrizioni sancite a pena di esclusione; violazione dei principi in tema di affidabilità, serietà e certezza dell'offerta.

Si costituivano in giudizio la A.S.L. n. 4 del Basso Molise e le ditte aggiudicatrici, che contestavano le avverse deduzioni e chiedevano si addivenisse alla declaratoria dell'improcedibilità del ricorso o, in subordine, si pervenisse alla reiezione dello stesso perché infondato.

Le controinteressate proponevano, altresì, ricorso incidentale, finalizzato ad ottenere l'annullamento del provvedimento di ammissione dell'impresa ***** alla gara, nonché dei verbali di gara 1,2,3,4,5, nella parte in cui ammettevano e valutavano positivamente l'offerta della ***** spa, ed in tale occasione deducevano i seguenti motivi di censura:

a) violazione e falsa applicazione del d.lg. 157/95; violazione e falsa applicazione della legge 241/90; violazione e falsa applicazione del bando, della lettera d'invito e del capitolato speciale; violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 97 Cost.;

b) eccesso di potere per contraddittorietà, insufficiente istruttoria, erroneità nei presupposti, disparità di trattamento;

c) in via subordinata, richiesta di annullamento dell'intera procedura di gara per vizi formali e sostanziali del procedimento.

2. Resi edotti i difensori delle parti costituite, alla camera di consiglio del 18 aprile 2002, dell'intendimento del primo Collegio di definire il ricorso nel merito con sentenza in forma semplificata, con la pronuncia impugnata di cui in epigrafe il TAR molisano dichiarava inammissibile il ricorso proposto dalla ***** , per effetto dell'accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale.

3. L'Impresa ***** ha dunque interposto l'appello in trattazione avverso la prefata pronuncia, riproponendo altresì le censure dedotte in primo grado tanto con il ricorso principale che con i motivi aggiunti, e concludendo anche per il risarcimento dei danni.

4. L'Azienda sanitaria intimata si è costituita in giudizio per resistere all'appello.

Altrettanto hanno fatto le ditte controinteressate aggiudicatrici, che hanno ribadito anche tutte le ragioni esposte nel ricorso incidentale di primo grado

Le parti hanno depositato memoria.

Alla pubblica udienza del 29 aprile 2003 il ricorso in appello è stato introitato per la decisione.

DIRITTO

1. L'appello non può essere favorevolmente definito, ma per i motivi appresso indicati.

2. La Sezione premette di aver trattenuto per la decisione il presente ricorso in appello senza aver assentito alla ulteriore richiesta di differimento della trattazione, formulata dalla ASL resistente, ed in ordine alla quale in sede di udienza è stata verbalizzata l'opposizione fermamente rappresentata dalla parte appellante, non ritenendo che la proroga della sospensione dei termini, disposta con ordinanza del Presidente del Consiglio dei Ministri in data 10 aprile 2003 in relazione ai noti eventi sismici che hanno riguardato il Molise, comportasse nell'attuale fase di trattazione della vertenza l'obbligo di ritardare ulteriormente il responso di giustizia atteso dalle parti, non ravvisandosi nel mancato assenso alla richiesta di (ulteriore) rinvio un *vulnus* inferto alle prerogative processuali dell'Azienda sanitaria, che ha potuto anche nel presente grado di giudizio svolgere completamente le proprie linee difensive e

controdeduttive, in relazione peraltro ad un gravame che, per le ragioni che si diranno, è comunque destinato alla reiezione.

3. Ciò detto, occorre considerare che il Tribunale di prima istanza, muovendo dal principio che “tra tutte le questioni proposte all’attenzione del Giudice, sia come domanda sia come eccezione, da qualsiasi parte costituita, devono esaminarsi con priorità logica tutte le questioni di rito e, anzitutto, tutte le questioni preliminari o pregiudiziali di rito o che comunque incidano sui presupposti processuali dell’azione”, ha dedicato prioritaria attenzione al ricorso incidentale proposto dalle controinteressate aggiudicatarie, relativamente al quale ha disatteso le eccezioni di inammissibilità sollevate dalla ricorrente principale *****.

Ha osservato, infatti, che il ricorso incidentale, secondo il consolidato orientamento della giurisprudenza, non deve necessariamente investire i medesimi atti oggetto di impugnazione nel ricorso principale, potendo viceversa concernere anche l’impugnativa di atti ulteriori e diversi, purché strumentalmente e funzionalmente collegati a quelli impugnati con il ricorso principale.

Nella specie, con il ricorso incidentale erano stati investiti atti della procedura funzionalmente connessi con quelli impugnati dalla ricorrente principale e relativi al medesimo procedimento concorsuale.

Ha rilevato, inoltre, che non poteva parlarsi di acquiescenza o tardività dell’impugnazione incidentale in relazione a prescrizioni del bando che venivano aggredite solo in via estremamente subordinata, e che non ricorreva alcun interesse all’impugnazione immediata delle prescrizioni di che trattasi in capo alle controinteressate aggiudicatarie.

Affermata l’ammissibilità del ricorso incidentale, il cui preliminare esame conseguiva all’applicazione del citato criterio della priorità logica delle questioni preliminari di rito e dei motivi che comunque incidono o possono incidere sui presupposti processuali dell’azione, il primo motivo dello stesso è stato giudicato dal TAR fondato.

Deducevano, al riguardo, le ditte ***** , ***** Impianti e ***** che la ***** s.p.a. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, con conseguente difetto di legittimazione e carenza di interesse a proporre il ricorso principale, perché non in possesso del requisito della speciale abilitazione di cui alla l. 46/90, nei termini richiesti dal capitolato speciale d’appalto, al punto n. 14.

Il capitolato speciale richiedeva, infatti, espressamente il possesso da parte delle imprese partecipanti alla gara “dell’abilitazione prevista dalla l. n. 46/90, primo comma , lettere a), b), c) d) e) f) e g). In caso di Associazione temporanea d’impresa o di Consorzi ogni ditta rilascerà tale dichiarazione almeno per le lettere relative alla propria quota d’intervento”.

Ai sensi dell’art. 11 del d.lg. 157/95, come modificato dall’art. 9 del d.lg. 65/2000, espressamente richiamato dal capitolato speciale, per il caso di associazione temporanea di imprese, ciascuna delle imprese raggruppate avrebbe dovuto produrre, tra le altre, la documentazione di cui al punto 14, a pena di esclusione dalla gara.

Il motivo in questione, avente sostanzialmente natura di eccezione di inammissibilità del ricorso principale per difetto di legittimazione e di interesse della ***** S.p.A., è stato ritenuto dal TAR degno di adesione in quanto dal verbale n. 1 del 19 luglio 2001, al punto 16, emergeva che l’impresa ***** non aveva prodotto la dichiarazione relativa al possesso dell’abilitazione ex l. 46/90 sub lett. f), afferente agli impianti di sollevamento persone e cose a mezzo di ascensori, montacarichi e scale mobili.

Sposando le tesi della difesa delle ricorrenti incidentali, dal contenuto della predetta dichiarazione si evinceva addirittura non una mera omessa produzione documentale bensì la sostanziale assenza del requisito; la ***** aveva infatti dichiarato che detta abilitazione “è posseduta dalla ditta subappaltatrice”.

Poiché era evidente che la ditta subappaltatrice non facesse parte dell’associazione temporanea e non partecipasse alla gara, risultava violata la specifica prescrizione sopra richiamata.

Replicava in proposito l’attuale ricorrente che la A.S.L. n. 4, a seguito di specifico quesito formulato dalla stessa ***** , con nota del 18 aprile 2001, prot. 12179, aveva precisato che l’impresa ***** “per quanto riguarda la certificazione richiesta al punto 8) del Capitolato e per il servizio di manutenzione degli ascensori e montacarichi, poteva provvedere al subappalto”.

A dire della ***** detta nota, in quanto interpretazione autentica del bando, avrebbe comportato una sostanziale modificazione della rigida prescrizione nello stesso contenuta.

La tesi non è stata ritenuta condivisibile dal Tribunale territoriale, atteso che detta nota interpretativa non poteva rivestire valore di interpretazione autentica, promanando da organo diverso, e ancor meno poteva importare un effetto modificativo delle prescrizioni della *lex specialis* di cui al capitolato, nè integrativo delle stesse, non solo perché promanante da organo diverso, ma anche perché non avente natura provvedimento e, soprattutto, perché diretta esclusivamente nei confronti della *****; in assenza, quindi, di alcuna forma di pubblicità *erga omnes* o quanto meno nei confronti degli altri soggetti partecipanti alla gara.

Senza peraltro considerare che comunque, anche a voler intendere sussistente un possibile effetto integrativo o modificativo del capitolato speciale, restava il fatto che la citata documentazione non risultava prodotta neanche con riferimento all'eventuale ditta subappaltatrice.

Poiché la *lex specialis* della gara prevedeva, invece, tale iscrizione e speciale abilitazione come requisito di partecipazione alla gara, l'Impresa ***** S.p.A., sfornita di tale requisito, meritava l'esclusione dalla gara.

Di qui, ulteriormente, il difetto di interesse della ***** in ordine al ricorso introduttivo, puntualmente dichiarato con la pronuncia avversata, "assorbiti tutti gli altri profili di censura dedotti sia nel ricorso principale che nel ricorso incidentale", dal Tribunale amministrativo molisano, che ha osservato, in sede di conclusioni, come l'accoglimento del ricorso incidentale, attesa la fondatezza del primo motivo in esso contenuto, da intendersi sostanzialmente quale eccezione di inammissibilità del ricorso principale, realizzasse in tale guisa esaustivamente l'interesse conservativo fatto valere, in prima analisi, dalle ricorrenti incidentali e relativo al mantenimento della aggiudicazione.

Ragioni eque hanno indotto, nondimeno, a disporre la compensazione delle spese di giudizio tra tutte le parti.

4. Le lagnanze espresse, al riguardo, dalla ditta appellante avverso la sentenza appellata non appaiono prive di riscontri di fondatezza.

A tacer d'altro, l'atteggiamento dell'Amministrazione sanitaria è stato quanto meno fuorviante, se è vero che in relazione ad apposito quesito formulato dalla ***** l'Azienda sanitaria, nella persona del dirigente dell'Unità operativa, precisava – in maniera in verità non perfettamente univoca – che per la certificazione richiesta al punto 8) del Capitolato e per il servizio di manutenzione degli ascensori e montacarichi (per un'incidenza complessiva di appena il 3% dell'importo complessivo dei servizi da affidarsi) l'impresa richiedente "poteva provvedere al subappalto", in questo modo dunque lasciando intendere che per la stazione appaltante era sufficiente una qualificazione "indiretta" del concorrente, ovvero tramite subappaltatore.

Tale approccio interpretativo, reso pubblico dal Responsabile del procedimento nella riunione fissata per tutte le imprese partecipanti, comportava per coerenza, secondo l'avviso esplicitato dall'appellante, che a questo punto la documentazione comprovante l'abilitazione della ditta subappaltatrice potesse essere prodotta in un momento successivo, come di norma avverrebbe in siffatte fattispecie.

5. In ordine, poi, al secondo motivo del ricorso incidentale proposto in prime cure dalle imprese controinteressate, assorbito dal TAR adito e relativo ad una presunta violazione, sempre da parte della *****; dei requisiti tecnici minimi previsti dalla *lex specialis*, nonché dalla vigente specifica normativa in materia di sicurezza sul lavoro, convincenti si appalesano le controdeduzioni dell'odierno appellante, sia in punto di fatto che nel merito delle affermazioni contestate, non raggiungendosi comunque il livello minimo significativo per poter disporre effettivamente un provvedimento espulsivo.

6. Per quanto attiene, infine, alla richiesta, formulata in via estremamente gradata dalle odierne appellate, di annullamento dell'intera gara per avere la Commissione di gara proceduto – dopo l'esame della documentazione tecnica – alla suddivisione dei già analitici punteggi previsti dalla normativa di gara in ulteriori sub-criteri, occorre notare come il motivo - sicuramente di portata pregnante alla stregua anche della giurisprudenza di questo Consiglio, dovendosi fortemente dubitare che l'agire degli organi preposti abbia risposto al legittimo esercizio del potere di specificare ulteriormente i criteri indicati nella *lex specialis* di un appalto concorso, essendo il tutto avvenuto, come può evincersi dal verbale n. 1 dei lavori della Commissione tecnico-amministrativa in data 19 luglio 2001 (a seguire dalla terzultima pagina), quando anche le buste "B" contenenti la documentazione tecnico-progettuale di tutte le imprese concorrenti erano state aperte - necessiti tuttavia di una valutazione preliminare in ordine all'interesse.

Non può, infatti, passare sotto traccia come la lagnanza sia stata formulata dalle stesse aggiudicatrici, ovvero dai soggetti che in definitiva hanno tratto vantaggio dalla procedura adottata e, non da ultimo, dall'ulteriore formulazione dei criteri di valutazione e di attribuzione dei punteggi.

Quanto meno il suo esame (ed analogo discorso va riservato alla presunta violazione dei principi di continuità e concentrazione delle operazioni di gara), non incidendo tale profilo di doglianza incidentale – a differenza dei primi due – sull'originaria legittimazione a ricorrere della *****, della quale in questo caso infatti non viene lamentata la mancata esclusione, deve essere necessariamente posposto alla disamina dei (sei) mezzi complessivamente riproposti dall'appellante, già ricorrente principale in primo grado, ed all'eventuale responso di fondatezza riservato ad almeno uno di essi.

7. Circostanza che però non ricorre, come ci si accinge ad esporre, atteso che tutti e sei i mezzi di doglianza, comprensivamente dei motivi aggiunti, riproposti in questo grado di giudizio (dopo aver affermato, come si è detto, l'erroneità della sentenza impugnata) non meritano adesione.

8. Procedendo per gradi, con il primo motivo la ***** torna a lamentare che le ditte controinteressate, aggiudicatrici, hanno prodotto una cauzione provvisoria del 2 % rapportata ad un quarto del dovuto (£ 60.000.000), in quanto in pratica correlata all'importo di un solo anno (£ 3.000.000.000) e non all'importo contrattuale complessivo di quattro anni. La Commissione di gara, anziché dichiararne l'esclusione dalla gara, avrebbe consentito ad esse l'adeguamento della polizza, correlata finalmente all'importo complessivo dell'appalto.

La censura non è fondata.

Contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente, la lettura della normativa di gara non depone nel senso della chiarezza e univocità proclamate dalla medesima.

Il bando di gara, infatti, al punto n.2, nell'indicare l'importo presunto a base d'asta così si esprimeva: "Riferimento CPC:886; Importo annuo presunto a base d'asta: £ 3.000.000.000 IVA esclusa."

A sua volta, la lettera d'invito, al terzo capoverso, parlava di "importo globale annuo ed omnicomprensivo indicativamente stimato in lire 3.000.000.000 (tremiliardi) IVA esclusa, mentre l'importo contrattuale sarà quello derivante dall'offerta della ditta aggiudicataria".

Il capitolato speciale, da parte sua, si limitava a pretendere una "cauzione provvisoria pari al 2% (due per cento) dell'importo dei lavori e forniture...", senza dunque in alcun modo specificare che dovesse rapportarsi all'importo complessivo quadriennale (presunto), peraltro mai indicato.

Le previsioni della *lex specialis* non erano dunque, in disparte la natura e l'oggetto specifici dell'appalto, prive, al riguardo, di connotati di ambiguità e quindi era giustificata l'applicazione del principio del *favor participationis*.

Conseguentemente, non va attribuito soverchio rilievo alla circostanza, priva peraltro di riscontri documentali, secondo cui la stessa Amministrazione, rispondendo a specifico quesito, avrebbe avuto modo di precisare, prima della gara, che l'importo sul quale doveva essere calcolata la cauzione era l'importo annuale indicato chiaramente negli atti di gara, né al profilo della consentita regolarizzazione della cauzione.

D'altra parte, va detto per completezza ed a chiusura sul punto, la Sezione, recentemente, non ha potuto disconoscere che un'interpretazione rispondente a logica ed alla tipica natura, oltre che alla *ratio*, di tale istituto di garanzia indirizzi verso un naturale riguardo, ai fini del calcolo dell'importo della cauzione in argomento, al valore complessivo dell'appalto, e non al solo importo annuale a base d'asta.

La cauzione provvisoria svolge senza dubbio la funzione di garantire la serietà dell'offerta, nel senso che l'aggiudicatario, ove non si presenti per la stipulazione del contratto, decade dall'aggiudicazione e la cauzione viene incamerata dall'organo preposto all'esecuzione del contratto, sulla base della mera constatazione dell'inadempimento.

La tradizionale prospettazione della cauzione di cui si discute, finalizzata - come si accennava - a coprire la mancata sottoscrizione del contratto per fatto proprio dell'aggiudicatario, come istituto svolgente la medesima funzione della clausola penale, atteso che è diretta a predeterminare la conseguenza dell'inadempimento (incameramento della cauzione) in funzione di liquidazione forfettaria del danno, prescindendo dall'esatta quantificazione del nocuo patito dalla Pubblica amministrazione, tant'è che generalmente non viene prevista espressamente la risarcibilità del danno eventualmente non coperto dalla cauzione in parola, è stata di recente rivisitata, nel senso che si è affermato che il suo incameramento non esclude la possibilità del committente di richiedere il maggior

danno per la lesione patrimoniale derivatagli dal comportamento dell'aggiudicatario, trattandosi più correttamente di una caparra confirmatoria, che non preclude la risarcibilità del maggior danno da inadempimento (cfr. Cons. Stato, IV, 29 marzo 2001, n. 1840 che ha meditatamente riformato la posizione espressa da TAR Lazio, III, 29 marzo 2000, n. 2443).

Orbene, la recente evoluzione della configurazione dell'istituto *de quo* nel dibattito giurisprudenziale, oltre che in quello dottrinario, conforta l'opzione interpretativa che vuole la sua commisurazione rapportata al valore reale complessivo dell'appalto.

Ma, al tempo stesso, e qui entra in gioco la fattispecie in trattazione, occorre dare conto del generalissimo e consolidato principio per cui la Pubblica amministrazione, nel predisporre gli atti di una gara d'appalto, ha l'onere di indicare con estrema chiarezza i requisiti richiesti alle imprese partecipanti, onde evitare che il principio di massima concorrenza tra le stesse imprese, cui si correla l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta, possa essere in concreto vanificato da clausole equivoche non chiaramente percepibili dai soggetti partecipanti; pertanto, le disposizioni con le quali siano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara, ove indichino in modo equivoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni e, quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili (cfr. già Cons. Stato, VI, 12 giugno 1992, n. 481).

Se pertanto, da una parte, la circostanza dell'indicazione, negli atti di gara, del solo importo a base d'asta annuale e non di quello complessivo può essere spiegata con l'impossibilità di determinare preventivamente in modo compiuto e puntuale l'importo complessivo dell'appalto, non può però pretendersi, dall'altra parte, l'applicazione rigida di misure espulsive sulla base di opzioni interpretative che, per quanto obiettivamente più logiche, scontano, e non di poco, una sembianza formale della normativa di gara per più versi fuorviante. Il tutto, deve concludersi, nel doveroso perseguimento dell'interesse pubblico a veder ampliata la platea degli aventi diritto alla partecipazione alla gara, sicuramente prevalente, nel caso di specie, rispetto all'esigenza di imporre, fin da subito, cauzioni e garanzie di importo maggiore, che di per sé non denotano una maggiore affidabilità delle ditte offerenti (cfr. Cons. Stato, V, 18 febbraio 2003, n. 873).

9. Con il secondo motivo già contenuto nel ricorso principale di prime cure, la ***** si duole poi del fatto che le controinteressate non sono state escluse dalle fasi successive della gara nonostante, in violazione dell'art. 11 del d.lg. 157/95, abbiano omissis di riportare nell'offerta sia la specificazione delle parti di servizio che sarebbero state eseguite dalle singole imprese sia l'impegno a costituirsi in associazione temporanea.

Il rilievo non si rivela decisivo, potendosi fare riferimento a quanto contenuto nell'"offerta tecnica" e risultando verbalizzata la presentazione della dichiarazione di "costituendo Raggruppamento Temporaneo di Imprese" tra le società appellate.

10. Risultando generica, ininfluyente e comunque destituita di ogni fondamento la terza censura (che configura la presunta mancata applicazione da parte della stessa stazione appaltante di prescrizioni poste a pena di esclusione), e trattandosi – nel caso del quarto mezzo – di meri profili di illegittimità derivata in ordine agli atti successivi, si può passare direttamente alla disamina dei due motivi aggiunti dedotti in prime cure dall'odierna appellante.

Anch'essi non sono fondati.

11. Nel primo caso l'illegittimità deriverebbe dal fatto che la ***** Impianti, una delle mandanti del costituendo raggruppamento delle controinteressate aggiudicatarie, pur avendo presentato la dichiarazione di aver avviato la procedura per ottenere la certificazione ISO 9001 non avrebbe però comprovato tale dichiarazione allegando l'ulteriore dichiarazione dell'Ente certificatore attestante che il relativo iter era effettivamente in corso.

La censura non trova riscontri in punto di fatto, né risulta necessario consentire di procedere mediante querela di falso, atteso che il verbale di gara è, al più, lacunoso (giungendo comunque, peraltro, ad una conclusione di complessiva regolarità della documentazione presentata), ma non contiene una esplicita dichiarazione di segno opposto circa il rilascio di certificazione da parte dell'Ente abilitato.

12. Non merita miglior sorte il secondo motivo aggiunto, per il tramite del quale la ditta ***** lamenta che le controinteressate avrebbero presentato un'offerta economica inammissibile siccome condizionata, in quanto dopo aver indicato il corrispettivo globale annuo offerto per l'esecuzione dei

lavori di manutenzione ordinaria, straordinaria, di gestione e condizione (pari a £ 2.480.000.000) ed il corrispettivo globale relativo ai soli lavori di miglioramento degli impianti ai fini del risparmio energetico (pari a £ 480.000.000) segnalavano in calce che la mancata esecuzione degli interventi di recupero energetico di cui al punto 3) entro il primo anno contrattuale, per ragioni non dipendenti dall'ATI, avrebbe comportato l'adeguamento del canone prestabilito, in funzione della riduzione del periodo di ritorno economico dell'investimento.

Non risulta, infatti, come efficacemente controdedotto dalle appellate, che il corrispettivo globale relativo ai soli lavori di miglioramento ai fini del risparmio energetico (pari ad un totale di £ 480.000.000), di cui alla lettera "c)", abbia concorso ai fini dell'attribuzione dei punteggi per l'assegnazione dell'appalto, né, soprattutto, che esso abbia concretamente inciso, in senso condizionante, sull'offerta economica presentata dalle aggiudicatrici.

13. Alla stregua delle considerazioni che precedono, pronunziandosi sull'appello di cui in epigrafe, il ricorso di primo grado proposto dall'attuale appellante va, nel merito, integralmente rigettato.

Le spese processuali relative al presente grado di giudizio possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso in appello in epigrafe, lo respinge, nei sensi di cui in motivazione.

Spese del presente grado di giudizio compensate tra le parti.

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

Così deciso in Roma, il 29 aprile 2003, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), in camera di consiglio, DEPOSITATA IN SEGRETERIA IL 1° Ottobre 2003

***Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise 13 giugno 2002, n. 461,
R E P U B B L I C A I T A L I A N A IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE PER IL MOLISE

composto da

Calogero Piscitello Presidente

Antonio Pasca Componente

Orazio Ciliberti Componente

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

ai sensi degli artt. 21 e 26 della L. 1034/71 così come modificata dalla L. 205/2000.

sul ricorso n. 69 del 2002 proposto da Impresa ***** S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Salvatore Napolitano e Nunzio Luciano ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Campobasso al Corso Bucci n. 11;

C O N T R O

Azienda Sanitaria Locale N. 4 Basso Molise, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'Avv. Luigi De Rosa ed elettivamente domiciliata in Campobasso alla Via U. Petrella (A.S.L. N. 3 Molise);

e nei confronti di

- Ditta ***** s.r.l., controinteressata, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli Avv.ti Salvatore Di Pardo e Giuliano Di Pardo ed elettivamente domiciliata in Campobasso alla Via Cardarelli n. 15

- Ditta ***** S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., controinteressata, non costituita;

- Ditta ***** Impianti S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., controinteressata, non costituita; per l'annullamento

- del provvedimento di ammissione alla gara delle Ditte ***** , ***** e ***** Impianti;

- del provvedimento di aggiudicazione provvisorio e definitivo disposto nei confronti delle medesime Ditte ***** , ***** e ***** Impianti;

- dei verbali di gara, in modo particolare nella parte in cui hanno disposto l'ammissione delle ditte ***** , ***** e ***** Impianti, nonché l'aggiudicazione in favore delle medesime Ditte;

- di ogni altro atto presupposto, consequenziale, coordinato e comunque connesso con i precedenti.

Visto il ricorso con i relativi allegati, nonchè i motivi aggiunti depositati il 27.2.2002;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'A.S.L. N. 4 Basso Molise e della controinteressata *****;

Visto il ricorso incidentale prodotto dalla ***** s.r.l

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Udito il relatore Cons. Antonio Pasca e uditi altresì l'Avv. N. Luciano anche in sostituzione di S. Napolitano per la parte ricorrente e l'Avv. S. Calise in sostituzione di L. De Rosa per l'Amministrazione resistente e l'Avv. S. Di Pardo e l'Avv. G. Di Pardo per le controinteressate.

Ritenuto in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Con il ricorso in esame l'Impresa ***** S.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., impugna i provvedimenti di cui in epigrafe (tutti gli atti di gara, i verbali e la aggiudicazione in favore della controinteressata) e ne chiede l'annullamento, deducendo i seguenti motivi di censura:

Nel ricorso principale:

- 1) Violazione delle norme contenute nella lettera di invito e nel C.S.A. contenente le norme di gara ed in generale, nella *lex specialis*; mancata osservanza delle prescrizioni tassative "a pena di esclusione"; violazione dei principi generali in materia di regolare svolgimento delle procedure di gara, ed in particolare violazione della "par condicio" tra concorrenti; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche;
- 2) Ancora violazione della "lex specialis" e delle prescrizioni sancite a pena di esclusione; violazione dell'art. 11 del Decr. Lgs. 157/1995;
- 3) Ancora violazione sui principi generali in materia di regolare svolgimento delle procedure di gara e delle regole che infrmano il procedimento amministrativo; ancora eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche;
- 4) Illegittimità derivata;

Nei motivi aggiunti:

- 5) Ancora violazione delle norme contenute nella lettera di invito e nel C.S.A. contenente le norme di gara ed, in generale, nella *lex specialis*; mancata osservanza delle prescrizioni tassative "a pena di esclusione"; violazione dei principi generali in materia di regolare svolgimento delle procedure di gara, ed in particolare violazione della "par condicio" tra concorrenti; eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche;
- 6) Ancora violazione della "lex specialis" e delle prescrizioni sancite a pena di esclusione; violazione dei principi in tema di affidabilità, serietà e certezza dell'offerta.

Si sono costituite in giudizio la A.S.L. n. 4 Basso Molise e la Ditta ***** s.r.l. contestando le avverse deduzioni e chiedendo dichiararsi l'improcedibilità del ricorso o, in subordine pervenirsi alla reiezione dello stesso perchè infondato.

La controinteressata ***** s.r.l. ha altresì proposto ricorso incidentale, per l'annullamento del provvedimento di ammissione dell'impresa ***** spa alla gara d'appalto concorso per la gestione, conduzione, la manutenzione, l'aggiornamento e aumento del grado di affidabilità degli impianti tecnologici nonchè dei verbali di gara 1,2,3,4,5 tutti nella parte in cui ammettono e valutano positivamente l'offerta dell'impresa ***** spa, oltre ad ogni atto presupposto, consequenziale e/o comunque connesso non noto allo stato alla ricorrente ivi compresi il bando ed il capitolato speciale, se ed in quanto necessario, ed in via subordinata per l'annullamento di tutta la procedura di gara; e deducendo i seguenti motivi di censura:

- a) violazione e falsa applicazione del D.Lgs. 159/95; violazione e falsa applicazione della L. 241/90; violazione e falsa applicazione del bando, della lettera d'invito e del capitolato speciale; violazione e falsa applicazione della costituzione artt. 3 e 97;
- b) eccesso di potere per contraddittorietà, insufficiente istruttoria, erroneità nei presupposti, disparità di trattamento.

Alla Camera di Consiglio del 18 aprile 2002 i difensori delle parti costituite sono stati resi edotti dell'intendimento del Collegio di definire il ricorso nel merito con sentenza in forma semplificata; i difensori hanno preso atto di quanto sopra senza nulla obiettare; la causa è dunque passata in decisione ai sensi degli artt. 21 e 26 della L. 1034/71 così come modificata dalla L. 205/2000.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che il ricorso proposto dalla ***** s.r.l. sia inammissibile, per effetto dell'accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale.

Occorre infatti anzitutto considerare che tra tutte le questioni proposte all'attenzione del Giudice, sia come domanda sia come eccezione, da qualsiasi parte costituita, devono esaminarsi con priorità logica tutte le questioni di rito e, anzitutto, tutte le questioni preliminari o pregiudiziali di rito o che comunque incidano sui presupposti processuali dell'azione.

Va anzitutto quindi esaminata l'eccezione di inammissibilità sollevata dal ricorrente principale nei confronti del ricorso incidentale proposto dalla ***** s.r.l. La ***** eccepisce infatti l'inammissibilità del ricorso incidentale per non avere lo stesso ad oggetto di impugnazione i medesimi atti e provvedimenti impugnati con il ricorso principale, e ciò sia con riferimento alla impugnazione dell'atto di ammissione alla gara della ditta ***** , sia con riferimento alla subordinata domanda di annullamento dell'intera procedura di gara; la ***** eccepisce inoltre inammissibilità del ricorso incidentale sotto il profilo della acquiescenza e/o tardività degli atti impugnati, in quanto le prescrizioni di gara avrebbero richiesto l'impugnazione immediata perchè immediatamente lesiva, eccependo infine l'insufficienza di un mero interesse strumentale in capo alla ***** alla ripetizione della gara in assenza della prefigurazione di un vantaggio concreto.

Le argomentazioni proposte, nonostante la suggestività dell'esposizione, non possono trovare accoglimento.

Quanto al primo profilo deve rilevarsi che il ricorso incidentale non deve necessariamente investire i medesimi atti oggetto di impugnazione nel ricorso principale, potendo viceversa concernere anche l'impugnativa di atti ulteriori e diversi purchè strumentalmente e funzionalmente collegati a quelli impugnati con il ricorso principale. In tal senso è consolidato orientamento della giurisprudenza.

Nella specie con il ricorso incidentale sono stati investiti atti della procedura funzionalmente connessi con quelli impugnati dalla ricorrente principale e relativi al medesimo procedimento concorsuale.

Va disatteso anche l'ulteriore profilo di censura. Afferma la ***** che risulterebbe singolare "che le locali imprese controinteressate contestino quei criteri sulla cui base sono risultate aggiudicatarie della gara medesima".

E' infatti evidente che l'interesse delle controinteressate risulta espresso, in sede di ricorso incidentale, solo in via subordinata e (qualora si pervenisse all'esame delle questioni di merito) secondo il criterio di priorità logica, solo per l'ipotesi di eventuale accoglimento di alcuno dei motivi proposti nel ricorso principale e, quindi, per l'ipotesi di annullamento ex tunc degli atti di gara e dell'aggiudicazione.

Non deve infatti dimenticarsi che l'azione, nel giudizio innanzi al Giudice Amministrativo, risulta in definitiva nella disponibilità delle parti, con conseguente obbligo del Giudice di esaminare le domande o eccezioni subordinate solo dopo l'esame di quelle principali, essendo logico ritenere che la controinteressata ricorrente incidentale intenda anzitutto tutelare l'interesse alla conservazione della aggiudicazione acquisita e che solo in via di subordine intenda eventualmente censurare il bando o l'intera procedura di gara.

Per le medesime considerazioni di cui sopra non può parlarsi di acquiescenza o tardività dell'impugnazione incidentale in relazione a prescrizioni del bando che vengono aggredite solo in via estremamente subordinata, nonchè considerato che non ricorreva alcun interesse all'impugnazione immediata delle prescrizioni di che trattasi in capo alla controinteressata aggiudicataria.

Non deve comunque dimenticarsi che anche detta eccezione afferisce alla pretesa inammissibilità di una domanda che nel ricorso incidentale viene chiaramente proposta come domanda subordinata.

Nè risulta condivisibile ritenere che con la subordinata domanda di annullamento dell'intera gara o delle prescrizioni del bando, proposta dalla ricorrente incidentale solo in via di estremo subordine, quest'ultima abbia fatto valere un interesse strumentale volto a conseguire la mera ripetizione della procedura, atteso che nella specie - in disparte trattarsi comunque di una domanda subordinata - esiste una chiara aspettativa o interesse all'aggiudicazione.

Premesso dunque che il ricorso incidentale risulta anzitutto ammissibile, occorre ora esaminare, in virtù del citato criterio della priorità logica delle questioni preliminari di rito e dei motivi che comunque incidono o possono incidere sui presupposti processuali dell'azione, il primo motivo del ricorso incidentale.

Deduce la *****. che la ***** s.p.a. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, con conseguente difetto di legittimazione e carenza di interesse al ricorso principale, perchè non in possesso del requisito della speciale abilitazione di cui alla L. 46/90 nei termini richiesti dal capitolato speciale d'appalto al punto 14 (pag. 14).

Il capitolato speciale richiedeva infatti espressamente il possesso da parte delle imprese partecipanti alla gara "dell'abilitazione prevista dalla L. n. 46/90, primo comma lettera a), b), c) d) e) f) e g). In caso di Associazione temporanea d'impresa o di Consorzi ogni ditta rilascerà tale dichiarazione almeno per le lettere relative alla propria quota d'intervento".

Ai sensi dell'art. 11 del D.Lgs 157/95 così come modificato dall'art. 9 del D.Lgs 65/2000, espressamente richiamato dal capitolato speciale, per il caso di associazione temporanea di imprese, ciascuna delle imprese raggruppate avrebbe dovuto produrre, tra le altre, la documentazione di cui al punto 14, a pena di esclusione dalla gara.

Il motivo in questione, avente sostanzialmente natura di eccezione di inammissibilità del ricorso principale per difetto (di legittimazione e) di interesse della ***** S.p.A., è fondato.

Ed invero dal verbale n. 1 del 19.4.2001 punto 16 emerge che l'impresa ***** non ha prodotto la dichiarazione relativa al possesso dell'abilitazione ex L. 46/90 sub lett. f), afferente agli impianti di sollevamento persone e cose a mezzo di ascensori, montacarichi e scale mobili.

Come giustamente evidenziato dalla difesa della *****., dal contenuto della predetta dichiarazione si evince addirittura non una mera omessa produzione documentale bensì la sostanziale assenza del requisito; la ***** ha infatti dichiarato che detta abilitazione "è posseduta dalla ditta subappaltatrice".

E' evidente infatti che la ditta subappaltatrice non fa parte dell'associazione temporanea e non partecipa alla gara, risultando in tal modo violata la specifica prescrizione sopra richiamata.

Replica in proposito la ricorrente principale che la A.S.L. n. 4, a seguito di specifico quesito formulato dalla stessa *****., con nota del 18.4.2001 prot. 12179 avrebbe precisato che l'impresa ***** "per quanto riguarda la certificazione richiesta al punto 8) del Capitolato e per il servizio di manutenzione degli ascensori e montacarichi, poteva provvedere al subappalto".

A dire dalla ***** detta nota, in quanto interpretazione autentica del bando, avrebbe comportato una sostanziale modificazione della rigida prescrizione nello stesso contenuta.

La tesi non è condivisibile ed invero detta nota interpretativa non può anzitutto integrare valore di interpretazione autentica promanando da organo diverso; ancor meno può importare un effetto modificativo delle prescrizioni della lex specialis di cui al capitolato, nè integrativo delle stesse, non solo perchè promanante da organo diverso, ma anche perchè non avente natura provvedimentale e, soprattutto, perchè diretto esclusivamente nei confronti della ***** in assenza di alcuna forma di pubblicità erga omnes ovvero nei confronti degli altri soggetti partecipanti alla gara.

Senza peraltro considerare che comunque, anche a voler intendere un insussistente effetto integrativo o modificativo del capitolato speciale - per assurda ipotesi - comunque la citata documentazione non risulterebbe prodotta neanche con riferimento all'eventuale ditta subappaltatrice.

La lex specialis della gara prevedeva invece tale iscrizione e speciale abilitazione come requisito di partecipazione alla gara, requisito di cui è sfornita l'impresa ***** S.p.A.; la stessa pertanto avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

L'assenza di detto requisito comporta evidentemente un difetto di interesse della ***** S.p.A. in ordine al ricorso in esame.

L'accoglimento del primo ricorso incidentale determina dunque l'inammissibilità per difetto di interesse del ricorso principale.

Restano assorbiti tutti gli altri profili di censura dedotti sia nel ricorso principale che nel ricorso incidentale.

L'accoglimento del primo ricorso incidentale, da intendersi quale sostanziale eccezione di inammissibilità del ricorso principale, realizza in tale guisa in termini esaustivi l'interesse conservativo fatto valere anzitutto dal ricorrente incidentale e relativo al mantenimento della aggiudicazione.

Ragioni equitative inducono alla compensazione delle spese di giudizio tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise, in accoglimento del primo motivo del ricorso incidentale, dichiara inammissibile il ricorso n. 69/2002 proposto dalla impresa ***** S.p.A.

Dichiara interamente compensate tra le parti le spese di giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.
Così deciso in Campobasso nella Camera di Consiglio del 18 aprile 2002.
Calogero Piscitello - Presidente
Antonio Pasca - Estensore