

In caso di Ati, la cauzione provvisoria deve essere intestata a tutte le imprese partecipanti al raggruppamento e sottoscritta dalla Capogruppo, mentre non è necessario la firma delle altre ditte

In tema di modalità di presentazione della cauzione provvisoria in caso di Ati, merita di essere segnalato quanto espresso dal Consiglio di Stato con la decisione numero 7935 emessa il 27 dicembre 2006 e pubblicata il 4 gennaio 2007::

Come la Sezione ha avuto modo di chiarire di recente, nella gara per l'aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici, alla quale partecipi un raggruppamento temporaneo di imprese non ancora costituito, la polizza fideiussoria deve essere intestata a tutte le imprese che intendono costituire il raggruppamento, non potendosi altrimenti riferire l'impegno di garanzia assunto dal fideiussore a tutte le imprese predette, con conseguente menomazione del contenuto della garanzia rispetto a quello voluto dal Legislatore; peraltro, in presenza di detta intestazione, è sufficiente la sottoscrizione della sola mandataria, atteso che l'impegno di garanzia assunto dal fideiussore è certamente riferibile a tutte le imprese

Tale orientamento è stato autorevolmente confermato proprio dall'invocata decisione dell'Adunanza Plenaria (4 ottobre 2005, n. 8) e recentemente ribaditi dalle Sezioni (crr. Sez. VI, 28 febbraio 2006, n. 893; CGA, 8 maggio 2006, n. 180).

Come chiarito negli indicati arresti, la questione della sottoscrizione da parte delle imprese associate in un raggruppamento di imprese costituendo non assume valore decisivo alla luce della peculiarità del contratto di fideiussione.

Nel contratto di fideiussione, il fideiussore garantisce l'adempimento della obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore.

Il contratto interviene tra il garante (qui l'Istituto di assicurazione) ed il beneficiario (qui la stazione appaltante) e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo (art. 1333 cod.civ.).

Il garantito (nella specie l'A.T.I. costituenda) non è parte necessaria.

La fideiussione è infatti efficace anche se il garantito non è a conoscenza del contratto (art. 1936 secondo comma c.c.).

Il fatto che nella polizza fideiussoria di specie non compaia la sottoscrizione del garantito (e maggior ragione di uno dei due componenti del raggruppamento) non assume quindi di per sé alcun rilievo ai fini del perfezionamento e dell'efficacia della garanzia.

In proposito, va sottolineato che la causa del contratto di fideiussione è la garanzia di un debito altrui e che, stante il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla (art. 1937 c.c.), deve anche indicare la obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale.

Il debito e il soggetto terzo devono essere quantomeno determinabili. Il che risponde ad un principio generale, in materia contrattuale, secondo cui l'oggetto del contratto stesso deve essere determinato o almeno determinabile a pena di nullità (artt. 1346 e 1418 c.c.).

In particolare la determinazione o la determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti non riguarda la struttura soggettiva del negozio fideiussorio (le cui parti, come detto, sono il garante e il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto della stessa in quanto consente di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive .>

Ma non solo.

Si tratta quindi di stabilire, quanto al caso di specie, quale soggetto e quale obbligazione debbano essere garantiti dalla cauzione provvisoria da depositare nelle gare d'appalto di lavori pubblici e debbano quindi essere indicati nella intestazione della polizza fideiussoria

<A questo proposito si osserva che la cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, può assolvere una duplice funzione: da un lato, una funzione indennitaria in caso di *mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario*, dall'altro una funzione più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente.

Nell'uno e nell'altro caso, in presenza di una ATI costituenda, il soggetto garantito non è la ATI nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata. Garantite sono tutte le imprese associande, che durante la gara operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, quello (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo alla impresa designata capogruppo, che stipulerà il contratto con l'Amministrazione.

Alla stregua delle considerazioni appena svolte, non è dubitabile che nella specie detto requisito sia soddisfatto, posto che la polizza è intestata ad entrambe le imprese: la mandataria e la mandante.

Né vale opporre che, comunque, la polizza risulta sottoscritta solo da Esosfera anche per quanto concerne l'approvazione delle clausole vessatorie, senza che in nessuna parte della polizza si specifichi che \*\* sottoscrive la polizza e partecipa alla gara in qualità di mandataria della costituenda a.t.i..

E' sufficiente rilevare in contrario, che la domanda di partecipazione alla gara contenente la offerta era stata sottoscritta da entrambe le imprese impegnatesi a costituire il raggruppamento con mandato di conferimento della rappresentanza ad una di essa, individuata, già in sede di offerta, nella stessa Esosfera, espressamente qualificata come capogruppo; ciò dimostra che la fideiussione con polizza rilasciata a favore della impresa capogruppo copriva tutto l'ambito della garanzia pretesa dalla legge in caso di mancata sottoscrizione del contratto, avendo ad oggetto le condotte di entrambi i componenti del raggruppamento costituendo. >

A cura di Sonia Lazzini

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Anno 2006

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

**DECISIONE**

sul ricorso n. 1618 del 2006, proposto dalla S.r.l. \* Strategy Consultants, in persona del rappresentante legale, rappresentata e difesa dall'avv. Prof. Angelo Clarizia con domicilio eletto in Roma presso lo studio del medesimo, in Roma Via Principessa Clotilde, n. 2;

**CONTRO**

Ministero dell'Economia e delle Finanze, in persona del Ministro in carica, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato presso la quale è domiciliato per legge in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12;

*E NEI CONFRONTI*

della Società \*\* S.p.a in ATI, a Società \*\*\* & Partners S.p.a., rappresentate e difese dall'Avv. Piero D'Amelio, con domicilio eletto presso lo studio del medesimo, in Roma a Via della Vite, n. 7;

PER L'ANNULLAMENTO

della sentenza del TAR Lazio - Roma (Sezione III) 5 gennaio 2006, n. 111.

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visto gli atti di costituzione in giudizio delle parti appellate.

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

Visti gli atti tutti della causa.

Relatore alla pubblica udienza del 13 giugno 2006 il consigliere Costantino Salvatore.

Uditi l'avv. Clarizia per la società appellante, l'avv. D'Amelio per la Esosfera e l'avv. dello Stato Corsini per il Ministero.

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

F A T T O

Con bando pubblicato nella Gazzetta Ufficiale delle Comunità Europee e nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, il Ministero dell'Economia (Dipartimento per le Politiche di Sviluppo e di Coesione del Ministero dell'Economia e delle Finanze, Servizio per le Politiche di Sviluppo Territoriale e le Intese) bandiva un appalto concorso per l'affidamento dei servizi di consulenza riguardanti il "Progetto monitoraggio" relativo agli Accordi di Programma Quadro, di cui al punto 1.2.2 della delibera CIPE n. 17/2003.

Il bando precisava che la procedura era di tipo ristretto e che la scelta del contraente sarebbe avvenuta mediante appalto concorso da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 23, comma 1, lett. b) del d.l.gs. 17 marzo 1995, n. 157, sulla base di un criterio ponderale che prevedeva l'attribuzione sino a 80 punti su 100 per l'offerta tecnica e sino a 20 punti su 100 per l'offerta economica.

Alla gara prendevano parte la \* Strategy Consultants s.r.l. unitamente alla \*\*\*\*\* S.p.A., indicando nella domanda di partecipazione la volontà, in caso di aggiudicazione, di costituire un raggruppamento temporaneo di imprese, nonché la Esosfera S.p.A. in RTI con la \*\*\* & Partners.

In esito alle operazioni di gara quest'ultima si collocava al primo posto con punti 86,61, mentre al secondo posto, con punti 82,23, si collocava la \*.

Quest'ultima, con ricorso al TAR Lazio, sede di Roma, impugnava il decreto del Direttore Generale del Dipartimento per le Politiche di Sviluppo e di Coesione del Ministero dell'Economia e delle Finanze, Servizio per le Politiche di Sviluppo Territoriale e le Intese, in data 4 febbraio 2005, n. 3708, recante l'aggiudicazione provvisoria della gara al R.T.I. \*\* S.p.A. e \*\*\* & Partners S.p.A., ed ogni altro atto connesso e consequenziale, tra cui i verbali di gara, la nota raccomandata del Responsabile del Procedimento del 4 febbraio 2005, prot. 3779, di comunicazione della graduatoria, nonché, con atto di motivi aggiunti, il provvedimento di data e contenuto sconosciuto con il quale il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha provveduto all'aggiudicazione definitiva della gara medesima e la nota 31 maggio 2005 di comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione definitiva.

Il ricorso era affidato a cinque censure, sostanzialmente identiche a quelle sollevate con i motivi aggiunti, tutte volte a dimostrare che l'aggiudicatario non aveva i requisiti per partecipare alla gara.

Al ricorso resistevano sia il Ministero sia il raggruppamento risultato aggiudicatario. Quest'ultimo, in particolare, eccepiva, in via preliminare, la tardività del ricorso, in quanto notificato oltre il termine di decadenza di cui all'art. 21 della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, atteso che i provvedimenti impugnati del 4 febbraio 2005 e, segnatamente, quello avente ad oggetto la comunicazione della graduatoria finale e la conferma dell'aggiudicazione provvisoria al RTI \*\* - \*\*\*, sarebbe stato comunicato alla \* e a tutti gli altri concorrenti non solo a mezzo raccomandata A/R, ma anche, e precedentemente, a mezzo fax, nella stessa data del 4 febbraio 2005, nonché la sua inammissibilità per difetto di interesse in quanto l'impugnazione era stata proposta dalla \*

esclusivamente in nome proprio e non quale mandataria del costituendo raggruppamento di imprese con \*\*\*\*\* spa. Nel merito, l'A.T.I. deduceva l'infondatezza del ricorso.

Il raggruppamento risultato aggiudicatario, inoltre, proponeva ricorso incidentale, con il quale impugnava, per quanto di ragione, tutti i verbali di gara, ed in particolare quello in data 15 aprile 2004, che acquisisce il parere legale dell'8 aprile 2004 commissionato dal seggio di gara; la risposta del MEF al quesito n. 14 formulato dai concorrenti in corso di gara, nonché i provvedimenti adottati durante la procedura, ivi compresa la graduatoria finale, nella parte in cui non dispongono l'esclusione della ricorrente principale \* Strategy Consultants s.r.l. – e del raggruppamento di cui è mandataria – dalla procedura concorsuale per mancanza dei requisiti economico-finanziari richiesti al punto III.2.1.2 lett. b) del bando di gara.

Le censure sollevate con il ricorso incidentale sono sostanzialmente volte a dimostrare che ad essere esclusa deve essere proprio la ricorrente principale per mancanza dei relativi requisiti (attività strategica, fatturato specifico e polizza fideiussoria quasi identica a quella di \*\*).

Il TAR, prescindendo dall'esame delle questioni pregiudiziali, respingeva il ricorso principale e dichiarava assorbito quello incidentale.

Contro le statuizioni del primo giudice è stato proposto il presente appello, con il quale l'originaria ricorrente confuta le argomentazioni poste a base della sentenza, chiedendone l'integrale riforma.

Resistono all'appello sia il Ministero sia + & Parteners.

Le parti hanno ulteriormente illustrato le rispettive tesi difensive con apposita memoria.

L'appello è stato trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 13 giugno 2006.

## D I R I T T O

1. Poiché l'appello è ad avviso della Sezione fondato, occorre esaminare le eccezioni di rito sollevate da Esosfera nel giudizio di primo grado, non esaminate dal TAR e riproposte in questo grado.

A questo proposito, non può condividersi la tesi dell'odierna appellante, secondo cui, avendo il TAR esplicitamente statuito sulle eccezioni sollevate dalla \*\* e dalla \*\*\* in prime cure, disattendendole in quanto ritenute "non dirimenti", le appellate avrebbero dovuto riproporle in appello mediante idonea impugnazione incidentale, in carenza della quale si è formato un esplicito giudicato di rigetto su dette eccezioni.

In realtà, al di là del termine usato, il TAR ha espressamente dichiarato di *prescindere dall'esame delle medesime*, stante l'infondatezza nel merito del ricorso.

1.1. Ciò precisato, l'eccezione di tardività del ricorso di prime cure perché proposto oltre il termine decadenziale di 60 giorni, decorrenti dalla ricezione, tramite fax, della nota dell'Amministrazione del 4 febbraio 2005, recante l'aggiudicazione provvisoria, è infondata.

Il Collegio non ignora che anche il fax costituisce uno strumento idoneo a garantire l'effettività della comunicazione, atteso che, come è stato evidenziato (Cfr., Sez. V, 24 aprile 2002, n. 2207), una tale forma di comunicazione viene attuata mediante l'utilizzo di un sistema - garantito da protocolli universalmente accettati - basato su linee di trasmissione di dati ed apparecchiature che consentono di poter documentare sia la partenza del messaggio dall'apparato trasmittente che, attraverso il cosiddetto rapporto di trasmissione, la ricezione del medesimo in quello ricevente e che in tal senso appare orientata anche la normativa più recente (d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445), che consente un uso generalizzato del fax nel corso dell'istruttoria, sia per la presentazione di istanze e dichiarazioni da parte dei privati (articolo 38, comma 1) che per l'acquisizione d'ufficio da parte dell'amministrazione di certezze giuridiche (articolo 43, comma 3). Deve, tuttavia, osservare che una tale modalità di comunicazione, allorché la legge non preveda una forma particolare per la notificazione degli atti amministrativi, può assurgere a strumento idoneo a far decorrere il termine per l'impugnazione, solo se espressamente prevista dal bando di gara: condizione questa che non ricorre nel caso in esame, ove si consideri che l'art. 4.14 del capitolato speciale di gara, penultimo capoverso, prevede che "*l'Amministrazione aggiudicatrice comunicherà a ciascun concorrente l'esito della gara a mezzo raccomandata con avviso di ricevimento*".

In presenza di questa specifica previsione del bando, si deve concludere che il ricorso di primo grado, essendo stato notificato entro il termine di sessanta giorni decorrenti dalla data di ricezione della raccomandata, è tempestivo.

La riconosciuta tempestività dell'originaria impugnazione rende superfluo l'esame della inammissibilità dei motivi aggiunti proposti contro l'aggiudicazione definitiva, i quali, essendo collegati ad un ricorso tempestivo, sono pienamente ammissibili.

1.2. La seconda eccezione attiene all'asserita inammissibilità del gravame, in quanto proposto dalla \* “in nome proprio e non quale mandataria del costituendo raggruppamento di imprese con \*\*\*\*\* S.p.A.”.

Anche questa eccezione è infondata.

Secondo consolidato orientamento di questo Consiglio di Stato (C.d.S., VI, 19 novembre 2003, n. 7473; V, 25 febbraio 2003 n. 1012; V, 15 aprile 2004, n. 2148), ribadito anche di recente (IV, 21 febbraio 2005, n. 564), il raggruppamento d'impresе non e' un soggetto giuridico, e nemmeno un centro di imputazione di atti e rapporti giuridici distinto ed autonomo rispetto alle imprese raggruppate, con la conseguenza che, in relazione alla questione della cd. legittimazione attiva, intesa come titolarità in astratto della posizione soggettiva di cui si chiede tutela, la legittimazione ad impugnare in via autonoma il risultato della gara sussiste in capo alle singole imprese costituite in raggruppamento temporaneo, atteso che l'impugnazione non fa venir meno il mandato conferito e ciascuna impresa, già associata o ancora da associare, è titolare di un autonomo interesse legittimo a conseguire l'aggiudicazione.

Va, quindi, ribadito (C.d.S., sez. IV, 23 gennaio 2002, n. 397) che la legittimazione deve riconoscersi in capo all'impresa singola facente parte di un'associazione temporanea di imprese, sia che il raggruppamento sia già costituito al momento della presentazione dell'offerta, sia che questo debba costituirsi all'esito dell'aggiudicazione: ciò in quanto il conferimento del mandato speciale collettivo irrevocabile gratuito all'impresa capogruppo, attribuisce al legale rappresentante di quest'ultima la rappresentanza processuale nei confronti dell'amministrazione e delle imprese terze controinteressate ma non preclude o limita la facoltà delle singole imprese mandanti di agire in giudizio *singulatim*, mancando una espressa previsione in tal senso nella normativa comunitaria di riferimento ed in quella nazionale di recepimento, non solo in materia di appalti di servizi (cfr. art. 11 D. Lgs. n. 157 del 1995), ma anche in tema di appalti di lavori (cfr. art. 11 e 13 L. n. 109 del 1994) e forniture (cfr. art. 11 D. Lgs. n. 358 del 1992).

Da tale orientamento non vi è motivo per discostarsi, per cui la relativa eccezione deve essere disattesa. Né a queste conclusioni può opporsi il richiamo alla sentenza della Corte di Giustizia dell'8 settembre 2005 in causa C-129/04.

Il caso considerato dalla Corte concerne un'A.T.I. che era stata già costituita e la questione pregiudiziale rimessa alla Corte dal Consiglio di Stato belga consisteva nell'accertare “se l'art. 1 della direttiva 89/665 (...) osti ad una disposizione legislativa nazionale – come l'art. 19, primo comma, delle leggi sul Consiglio di Stato, coordinate il 12 gennaio 1973 – che viene interpretata nel senso che essa impone ai membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, che ha partecipato in quanto tale ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico senza ottenerne l'aggiudicazione, di proporre ricorso avverso la decisione di aggiudicazione del suddetto appalto soltanto agendo tutti insieme, nella loro qualità di associati o in nome proprio”. Come è agevole constatare e come esattamente rileva la società appellante, nel caso esaminato dalla Corte, il presupposto è che l'A.T.I. è stata costituita e che ha partecipato alla gara in quanto A.T.I.: in questo caso il diritto processuale belga impone, in una certa interpretazione, che siano tutti gli associati ad agire in giudizio: norma, questa, che non ha alcun corrispondente nel diritto processuale amministrativo italiano.

Questa conclusione è confortata dalla considerazione, secondo la Corte “l'art. 1 della direttiva 89/665 deve essere interpretato nel senso che non osta a che, secondo il diritto nazionale, il ricorso contro una decisione di aggiudicazione di un appalto possa essere proposto unicamente dalla totalità dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica – che ha partecipato, in quanto tale, ad una procedura d'aggiudicazione di un appalto pubblico e non si è vista attribuire il detto appalto – e non da uno solo dei membri della detta associazione a titolo individuale”. La precisazione che l'indicato art. 1 della direttiva 89/665 “non osta”, vale a dire, non è di ostacolo ad una normativa nazionale che impone il ricorso unicamente dalla totalità dei membri di un'associazione temporanea priva di personalità giuridica, e non anche da uno solo dei membri di detta associazione, non può essere intesa nel senso che essa “impone” identica soluzione nell'ambito di un altro Stato membro, nel cui ordinamento non esiste alcuna norma processuale simile a quella belga, sussistendo, invece, un diritto vivente di segno esattamente opposto.

Per le considerazioni che precedono, l'eccezione è infondata anche sotto questo profilo, mentre la richiesta di sospensione del presente giudizio ai sensi dell'art. 234 del Trattato va disattesa, posto che nella specie non sembra sussistere la necessità di risolvere una questione interpretativa.

2. Sempre in via prioritaria, vanno esaminate le questioni preliminari di merito, sollevate con il ricorso incidentale e qui riproposte dall'ATI \*\* S.p.a - \*\*\* & Partners S.p.a..

La prima di tali questioni attiene all'ammissibilità stessa del costituendo RTI, originario ricorrente.

Ad avviso dell'appellata, difatti, il costituendo "RTI \* - \*\*\*\*\*" sarebbe privo del requisito relativo al fatturato specifico, atteso che questo non sarebbe stato calcolato sulla base del fatturato globale della costituenda ATI, ma, erroneamente, in relazione a ciascuna singola impresa ed al relativo fatturato globale.

Nel caso in esame, pertanto, poiché il fatturato globale del costituendo "RTI \* - \*\*\*\*\*" è pari a €. 2.358.469.304,26, \* dovrebbe possedere un fatturato specifico (60% del fatturato specifico del "r.t.i."), pari a €. 943.387.721,70.

Ne deriverebbe che per l'indicato RTI i 2/3 del fatturato specifico che avrebbe dovuto possedere sarebbe pari a €. 1.572.312.869,50, mentre quello risultante sarebbe di €. 1.128.085.697,00, di cui \* possiede €. 61.249.697,00.

La doglianza deve essere disattesa.

Le previsioni del bando invocate da \*\* – vale a dire il possesso, da parte della capogruppo di un R.T.I., del 60% almeno del fatturato specifico dell'intero R.T.I. - si riferiscono, come esattamente rileva l'originaria ricorrente, ai raggruppamenti temporanei di imprese già costituiti, laddove \* ed \*\*\*\*\* hanno presentato domanda congiunta, ed offerta congiunta, alla gara *de qua*, senza formalizzare l'A.T.I..

Conforta questa conclusione lo stesso dato testuale del bando, il quale parla sempre di R.T.I., sia al primo comma che al penultimo del punto III.2.1.2) del bando di gara, e quindi di associazione temporanea già formalmente costituita, con affidamento appunto alla capogruppo, del mandato speciale previsto dalla vigente legislazione.

La seconda questione sollevata con il ricorso incidentale è che \*, possedendo da sola sia il requisito di fatturato globale che quello specifico, andava esclusa dalla procedura di gara ai sensi del punto VI.4, lett c) del bando, che commina l'esclusione dalla procedura di ATI. composti da imprese in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici di partecipazione.

Anche questa censura deve essere disattesa, perché palesemente infondata alla stregua dell'invocata previsione del bando.

Quest'ultimo, invero, al punto VI.4), lett. c), recita testualmente: "in ragione della *ratio* riconosciuta all'istituto del R.T.I. – da individuarsi nell'ampliamento del novero dei partecipanti alla gara – non è ammessa la partecipazione in R.T.I. di *più di due imprese* che siano in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici di partecipazione, pena l'esclusione dalla gara del r.t.i. così composto".

Ora, come emerge dalla semplice lettura della citata disposizione, il bando si riferisce a quei RTI, nell'ambito dei quali il numero di imprese in grado di soddisfare singolarmente i requisiti economici e tecnici di partecipazione siano superiori a due.

Nel caso in esame, invece, solo \* era in possesso del requisito di fatturato specifico previsto dalla lett. b) del punto III.2.1.2) del bando di gara, fatturato coincidente, come riconoscono le stesse appellate, con quello globale, poiché l'attività di \* si esplica esclusivamente nel settore della consulenza strategica.

Pertanto, l'indicazione del fatturato, sia globale che specifico, in € 61.249.697,00 da parte di \* soddisfaceva ampiamente sia il punto a) che il punto b) della richiamata norma di gara, senza che la presenza del fatturato aggiuntivo di \*\*\*\*\* potesse minimamente incidere sul calcolo del requisito, atteso che il fatturato di \*\*\*\*\* è maturato, per la sua maggior parte, in servizi ed attività diverse da quelle oggetto di gara.

Pertanto, sia ai fini della *ratio* sottesa all'istituto dell'associazione temporanea di imprese – si ripete, peraltro non costituita tra \* ed \*\*\*\*\* – sia alla stregua del punto VI.4) del bando, lett. c), la censura avversaria è infondata, sia perché la normativa di gara ammetteva addirittura la partecipazione in r.t.i. di due imprese che fossero ciascuna in possesso di tutti i requisiti, generali e specifici, di fatturato, sia perché è indiscutibile che ad una gara pubblica possano partecipare in r.t.i.- comunque

nella specie non costituito – due imprese di cui solo una possieda integralmente i requisiti di partecipazione.

Per contrastare tale conclusione, non giova invocare il parere dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato del 30 gennaio 2003, rispetto al quale la previsione di cui al punto VI.4) del bando, lett. c), è perfettamente rispondente, posto che anche l’indicato parere ritiene contraria alla ratio dell’istituto l’ipotesi in cui nel raggruppamento siano presenti due o più imprese che, singolarmente, in possesso di tutti i requisiti di partecipazione: circostanza – è appena il caso di ribadire – nel caso in esame è stata esplicitamente disciplinata, posto che l’amministrazione ha introdotto il limite delle due imprese.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve concludere che, essendo incontestato che \* era in possesso, da sola, sia del requisito del fatturato globale sia di quello specifico e che \*\*\*\*\* non era in possesso del requisito del fatturato specifico (come puntualmente dichiarato), correttamente l’amministrazione ha valutato la sussistenza dei requisiti economico-finanziari di cui al punto III.2.1.2) del bando senza tenere conto, ai fini del calcolo del fatturato specifico, del fatturato globale di \*\*\*\*\* , assolutamente irrilevante in quanto, come riconoscono le stesse appellate, quel fatturato non è stato conseguito in attività di consulenza strategica.

E ciò, anche in adesione al parere reso dall’Avv. Lipani all’amministrazione, laddove si afferma che “... se, nel raggruppamento temporaneo, una sola delle imprese partecipanti li possiede, tale possesso è sufficiente e giova all’intero raggruppamento unitariamente considerato, e ciò sia nel caso in cui i requisiti non siano frazionabili sia nel caso in cui essi lo siano ...”.

Né vale sostenere che con tale parere si sarebbe determinata una “sostanziale modificazione delle regole di gara successiva alla scadenza del termine di presentazione delle domande da parte dei concorrenti”, e ciò perché molte imprese si sarebbero determinate a concorrere o singolarmente, se in possesso dei requisiti, o in raggruppamento con imprese il cui fatturato globale non fosse di dimensioni tali da impedire il raggiungimento del fatturato specifico.

A confutazione di tale assunto, è sufficiente evidenziare che nessuna norma di bando stabiliva che tutte le imprese riunite in RR.TT.II. costituiti (o costituendi, sui quali ultimi il bando tace) dovessero possedere in una qualche misura o nella totalità i requisiti di carattere economico-finanziario; il parere, quindi, non ha in alcun modo modificata e tanto meno violata il bando di gara, ma ha solo contribuito ad una sua corretta interpretazione ed applicazione, di cui sono state rese edotte tutte le imprese aspiranti alla partecipazione alla gara.

Del resto, come esattamente osserva l’appellante, l’amministrazione, introducendo nell’esercizio della propria discrezionalità, una norma limitativa della partecipazione in RR.TT.II. ad imprese in possesso, da sole, degli specifici requisiti [punto VI.4) del bando, lett. c)], mostra di avere implicitamente ammesso sia la partecipazione di RR.TT.II. composti da (non più di) due imprese in possesso, ciascuna, dei requisiti, sia, ed a maggior ragione, di RR.TT.II. in cui una sola impresa possedesse detti requisiti.

3. Definite negativamente le questioni pregiudiziali di rito e quelle preliminari di merito, sollevate con il ricorso incidentale, si può passare all’esame delle censure dedotte dall’appellante nei confronti della gravata sentenza.

3.1. Con il primo motivo si assume che la \*\* – avuto riguardo a quello che, ai sensi del punto II.1.6 del bando, era l’oggetto della gara (prestazione di servizi di consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi) – non era in possesso del requisito di affidabilità economico-finanziaria previsto al punto III.2.1.2 lettera b), vale a dire del fatturato specifico non inferiore al 2/3 del fatturato globale nel triennio 2001-2003 per servizi afferenti alle aree sopra specificate, allo scopo di assicurare all’Amministrazione aggiudicatrice la sussistenza, in capo all’aggiudicatario, di qualificazioni e competenze specialistiche nel settore della consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi.

Ad avviso della società appellante, infatti, dagli accertamenti svolti in sede di accesso agli atti e dalla documentazione acquisita sarebbe emerso che \*\* non svolge istituzionalmente, né ha svolto prevalentemente e comunque nella misura richiesta dal bando alcuna attività riferibile a quella oggetto di appalto, che deve essere, quella di “...consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi” e, in via residuale, di “consulenza nei sistemi e/o servizi informatici di supporto, secondo le indicazioni di dettaglio contenute nel Capitolato tecnico”.

Il motivo è stato respinto dal TAR, sul rilievo che, per espressa previsione del bando (punto II.1.3.), il tipo di appalto in questione appartiene alla duplice categoria “11” e “7”, di cui all’ art. 1 D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157, afferenti rispettivamente ai “Servizi di consulenza gestionale e affini” ed ai “Servizi informatici e affini” (cfr.) e che, in base al successivo punto II.1.5, il servizio appaltato ha ad oggetto la “consulenza da espletare nell’ambito del <Progetto monitoraggio> relativo agli accordi di programma quadro”.

Deriva da ciò, ad avviso del primo giudice, che il bando, contrariamente a quanto sostenuto dalla società ricorrente, non richiede che le ditte concorrenti debbano aver svolto attività strategica, organizzativa e di analisi dei processi, ma più semplicemente che le stesse abbiano prestato la (similare e più ampia) attività di consulenza da espletare nell’ambito del progetto monitoraggio relativo agli accordi di programma quadro, perché in base al citato punto II.1.5 è questa - come anzidetto - la tipologia del servizio da espletare.

Né a supporto dell’assunto che oggetto dell’appalto fosse soltanto il servizio di consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi, potrebbe invocarsi il successivo punto II.1.6., intitolato “Descrizione/oggetto dell’appalto”, in quanto la finalità di detta disposizione è quella di descrivere più in dettaglio la tipologia dell’attività di consulenza che l’affidataria del servizio avrebbe svolto concretamente e, in ogni caso, tale attività rappresenta solo una componente (anche se prevalente) del servizio appaltato.

Neppure potrebbe sostenersi fondatamente che il bando avrebbe dovuto richiedere, quale requisito oggettivo di partecipazione, l’avvenuto espletamento dell’attività di consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi, in quanto questa censura, ad avviso del primo giudice, oltre ad essere inammissibile per omessa impugnativa del bando (punto II.1.5 del bando), sarebbe stata anche illegittima, perché in contrasto con le specifiche “categorie” di servizi tassativamente previste ed elencate nell’art. 1 del d.lgs. 157/95, che non annoverano affatto il servizio di consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi.

### 3.2. Le conclusioni del TAR non possono essere condivise.

Come esattamente rileva l’appellante, la circostanza che “il tipo di appalto in questione appartiene alla duplice categoria “11” e “7” afferenti rispettivamente ai *Servizi di consulenza gestionale ed affini* ed ai *Servizi informatici ed affini*, è irrilevante ai fini dell’esatta individuazione e specificazione dell’oggetto dell’appalto. Le categorie di servizi elencate nell’Allegato “P” al D. Lgs 17 marzo 1995, n. 157, sono categorie generali, all’interno delle quali le stazioni appaltanti possono individuare e specificare, in maniera più dettagliata, l’oggetto concreto dell’appalto e precisare il tipo di prestazione richiesta ai fini dell’affidamento del medesimo.

Il riferimento a dette categorie, pertanto, non può di per sé valere ad individuare né l’oggetto del servizio né tanto meno il novero delle attività alle quali i concorrenti avrebbero potuto fare riferimento per dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione, essendo, viceversa, necessario fare riferimento, ai fini predetti, alle specifiche prescrizioni del bando di gara e dei rispettivi disciplinari di gara.

Si deve, di conseguenza, convenire con l’appellante che non sono queste categorie quelle decisive ai fini della individuazione dei requisiti soggettivi ed oggettivi di partecipazione alla gara, e segnatamente alla correlazione tra codesti requisiti e contenuto delle prestazioni da assicurare all’amministrazione aggiudicatrice, ben potendo quest’ultima specificare, nel bando di gara e nei relativi disciplinari e capitolati tecnici, i requisiti di partecipazione in relazione al contenuto ed alla tipologia delle prestazioni oggetto del futuro contratto.

E ciò in coerenza con l’orientamento di questo Consiglio di Stato (CdS, Sez. IV, 13 aprile 2005, n. 1698), secondo cui “costituisce precisa attuazione dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell’azione amministrativa, predicati dall’art. 97, Cost., il potere-dovere assegnato all’amministrazione di apprestare - proprio attraverso la specifica individuazione degli specifici requisiti di ammissione e di partecipazione ad una gara - gli strumenti e le misure più adeguati, opportuni, congrui, efficienti ed efficaci ai fini del corretto ed effettivo perseguimento dell’interesse pubblico concreto, oggetto dell’appalto da affidare”.

3.3. Fatte queste precisazioni di ordine generale, appare evidente che, ai fini dell’individuazione dei requisiti soggettivi ed oggettivi richiesti per la partecipazione alla gara, occorre riportarsi alle specifiche previsioni del bando, che costituisce la *lex specialis* della gara.



In proposito, va rilevato che la Sezione II del bando, relativa all'oggetto dell'appalto, indica la tipologia, [punto II.1.3): appalto di servizi rientrante nelle categorie 11 e 7], specifica la denominazione conferita all'appalto dall'amministrazione aggiudicatrice [punto II.1.5) gara per l'affidamento dei servizi da espletare nell'ambito del "Progetto monitoraggio" relativo agli Accordi di Programma Quadro], descrive l'oggetto dell'appalto al punto II.1.6) nel modo seguente: "Affidamento dei servizi di consulenza riguardanti le attività di 'Valutazione' e 'Piano di azione' del 'Progetto monitoraggio' relativo agli Accordi di Programma Quadro, di cui al punto 1.2.2. della Delibera CIPE n. 17/2003, con una prevalente componente di attività di consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi, nonché una componente residuale di consulenza dei sistemi e/o servizi informatici di supporto, secondo le indicazioni di dettaglio contenute nel Capitolato tecnico".

Già questo testuale richiamo alle prescrizioni del bando, dimostra, ad avviso del Collegio, come le conclusioni del TAR non possano essere condivise.

Secondo il giudice di primo grado, difatti, da un lato, la *lex specialis* non richiede che le ditte concorrenti debbano aver svolto attività strategica, organizzativa e di analisi dei processi, ma più semplicemente che le stesse abbiano prestato la (similare e più ampia) attività di consulenza da espletare nell'ambito del programma monitoraggio relativo agli accordi di programma quadro, perché in base al citato punto II.1.5 è questa la tipologia del servizio da espletare; dall'altro lato, non può sostenersi che oggetto dell'appalto sia soltanto il servizio di consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi unicamente perché richiamata dal successivo punto II.1.6., in quanto la finalità di detta disposizione è quella di descrivere più in dettaglio la tipologia dell'attività di consulenza che l'affidataria del servizio avrebbe svolto concretamente e, in ogni caso, tale attività rappresenta solo una componente (anche se prevalente) del servizio appaltato.

Si tratta di affermazioni che sono frutto di una non corretta interpretazione delle prescrizioni del bando e, quindi, non condivisibili.

E' facile replicare, quanto alla prima, che il citato punto II.1.5 si limita ad indicare, come, peraltro, specificato in rubrica, la "denominazione conferita all'appalto dall'amministrazione aggiudicatrice", e non, quindi, la "tipologia del servizio da espletare"; quanto alla seconda, che il punto II.1.6. non si limita a descrivere più in dettaglio la tipologia dell'attività di consulenza che l'affidataria del servizio avrebbe svolto concretamente, ma contiene, come anche in questo caso da specifica rubrica, l'oggetto vero e proprio dell'appalto, stabilendo che l'affidamento dei servizi di consulenza deve essere caratterizzata – come ricorda ammette lo stesso TAR – da una "prevalente componente di attività di consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi" e solo da una "componente residuale di consulenza nei sistemi e/o servizi informatici di supporto".

Se poi si considerano i requisiti di affidabilità economica-finanziaria che, ai sensi del punto III.2.1.2), lett. b) del bando di gara, ogni singola impresa deve possedere, a pena di esclusione [a) fatturato globale non inferiore ad € 50.000.000,00 (cinquantamiliardi/00), IVA esclusa, nell'ultimo triennio (2001- 2002 – 2003); b) gestione di servizi di consulenza strategica e/o organizzativa e/o di analisi dei processi, per un fatturato specifico non inferiore ai 2/3 del fatturato globale, come sopra determinato ... . In caso di r.t.i., consorzio o gruppo, la capogruppo dovrà possedere almeno il 60% dei requisiti di cui alle precedenti lettere a) e b)], non può esservi dubbio, come esattamente sostiene l'appellante, circa l'ambito oggettivo delle attività tra le quali i requisiti di fatturato ed esperienza dovevano essere stati maturati dalle concorrenti: vale a dire un fatturato specifico non inferiore al 2/3 del fatturato globale nel triennio 2001-2003 per servizi afferenti alle aree sopra specificate, allo scopo di assicurare all'Amministrazione aggiudicatrice la sussistenza, in capo all'aggiudicatario, di qualificazioni e competenze specialistiche nel settore della consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi.

Di fronte al chiaro tenore testuale del punto II.1.6 del bando perde di consistenza anche l'assunto delle appellate (pagg. da 35 a 39 della memoria del 30 marzo 2006), secondo cui oggetto dell'appalto sono i servizi di consulenza riguardanti le attività cd. "Valutazione" e "Piano di Azione" del Progetto di monitoraggio, analiticamente descritte nel capitolato, mentre l'attività di "consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi" - che astrattamente ed isolatamente considerata non è idonea a qualificare l'oggetto dell'appalto - altro non è se non la descrizione sintetica e meramente indicativa (di una parte) delle attività attraverso le quali l'appaltatore esegue e realizza l'oggetto dello specifico appalto; attività, dunque, che costituiscono "mezzo al fine" da perseguire, dove il fine perseguito, ovvero

l'oggetto dell'appalto, è la consulenza alla PA per la realizzazione del Progetto di Monitoraggio degli APQ, e più precisamente il raggiungimento dei risultati delle fasi di "Valutazione" e "Piano di Azione" in cui si articola l'appalto de quo.

La tesi non considera che, sebbene i servizi di consulenza debbano riguardare le attività cd. "Valutazione" e "Piano di Azione" del Progetto di monitoraggio, essi devono comunque essere caratterizzati da una prevalente componente di attività di consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi, nonché da una componente residuale di consulenza dei sistemi e/o servizi informatici di supporto, secondo le indicazioni di dettaglio contenute nel Capitolato tecnico.

Va confermato, pertanto, che l'oggetto dell'appalto era costituito, diversamente da quanto sostenuto dal primo giudice, da servizi afferenti alle aree di consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi, rispetto ai quali, come puntualmente ed analiticamente osservato dall'appellante, le odierne appellate non potevano vantare l'esperienza richiesta.

Se si considerano l'oggetto sociale di Esosfera, come riportato al punto 4 della domanda di partecipazione alla gara nonché nel certificato della Camera di Commercio, si deve convenire con la società appellante che nessuno dei servizi indicati può essere annoverato tra quelli di consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi: essi, infatti, attengono a progetti di fattibilità per investimenti pubblici e privati, ad analisi e programmi di sviluppo territoriale, a monitoraggi sull'attivazione di programmi di investimento. Lo stesso dicasi per la certificazione di qualità UNI EN ISO 9001:2000 della \*\* S.p.A., dalla quale si ricava che la Società è conforme alla norma non per attività di consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi, bensì per le attività di valutazione di programmi comunitari e di assistenza tecnica, monitoraggio e consulenza ai soggetti istituzionali; per il documento "referenze del proponente" nel quale manca qualsiasi indicazione in merito alla prestazione di servizi di consulenza strategica, organizzativa e di analisi di processi, né si chiarisce l'ammontare del fatturato specifico realizzato per la prestazione di detti servizi; per le schede relative alle principali referenze della \*\* S.p.A, inserite nel citato documento "Referenze del proponente", allegato all'Offerta Tecnica.

Nessuno di tali documenti, come esattamente rileva l'appellante, contiene elementi idonei a dimostrare il possesso delle competenze funzionali e gestionali relative a servizi di consulenza strategica, organizzativa e di analisi di processo necessarie e richieste dalla legge speciale di gara per condurre a termine con successo le attività richieste, limitandosi a fare riferimento a progetti di valutazione di programmi comunitari, al monitoraggio di programmi comunitari, al monitoraggio di programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio, a studi di fattibilità per la riqualificazione urbana.

Riferimenti questi che non sono comparabili né per natura né per contenuti né per tipologia con la natura e le caratteristiche richieste per lo svolgimento di attività di consulenza strategica, organizzativa e di analisi di processi, prescritte dal bando per documentare l'esperienza acquisita.

Questa conclusione è avvalorata dal punto 1.1 della appendice 2 al disciplinare, che, a proposito delle "modalità di redazione dell'offerta tecnica", stabilisce che "le referenze del fornitore dovranno consentire di valutare la rispondenza dell'esperienza già maturata rispetto alle esigenze del progetto. Di conseguenza è richiesto un elenco delle esperienze già acquisite in progetti dello stesso tipo che dimostrino il possesso delle competenze funzionali e gestionali necessarie per condurre a termine con successo le attività richieste", e dal punto 5 del Capitolato Tecnico, il quale descrive dettagliatamente in cosa devono consistere le "attività richieste".

Dall'esame di tali documenti si evince, come anche su questo punto osserva l'appellante, da un lato, che le attività indicate dalle appellate incluse nell'oggetto sociale della \*\* non hanno nulla a che fare con dette "attività richieste"; dall'altro lato, che le referenze prodotte dalla \*\* S.p.A, inserite nel citato documento "Referenze del proponente", allegato all'Offerta Tecnica, non dimostrano il possesso delle competenze funzionali e gestionali relative a servizi di consulenza strategica, organizzativa e di analisi di processo necessarie e richieste dalla legge speciale di gara per condurre a termine con successo le attività richieste, ma contengono il mero riferimento a progetti di valutazione di programmi comunitari, di monitoraggio di programmi comunitari, di monitoraggio di programmi di riqualificazione urbana e di sviluppo sostenibile del territorio, di studi di fattibilità per la riqualificazione urbana.

A dimostrazione della diversità delle attività richieste dal bando, basta rinviare alla “Guida all’utilizzo della consulenza organizzativa e direzionale”, elaborata dal Dipartimento della Funzione Pubblica della Presidenza del Consiglio dei Ministri in collaborazione con Assoconsult (Associazione Società di Consulenza Direzionale e Organizzativa), nella quale sono compiutamente delineati i concetti di “consulenza strategica”, di “consulenza organizzativa”, di “analisi dei processi” (vedasi memoria \* del 3 giugno 2006, pagg. 18-19).

A contrastare queste conclusioni non vale invocare la risposta al quesito n. 9 che, ad avviso delle appellate, le avrebbe autorizzato a comprovare il requisito tramite l’avvenuta prestazione di “servizi riconducibili alla categoria 11 (servizi di consulenza gestionale ed affini) dell’allegato 1 al d.lgs. 17 marzo 1995, n. 157”.

Il quesito era: “*relativamente al punto III.2.1.2.) del bando - ‘Capacità economica e finanziaria – prove richieste’, si chiede più specificamente quale tipologia di servizi deve essere indicata alla lett b). Verrà considerato requisito valido aver espletato servizi unicamente nella categoria 11 e non anche nella categoria 7?’*”

La risposta fornita dall’amministrazione è stata la seguente: “si precisa che ai sensi della lettera b) del paragrafo III.2.1.2 del bando di gara, riguardante il fatturato specifico richiesto per la partecipazione alla procedura, *sono ammessi alla selezione soggetti che abbiano svolto servizi di consulenza strategica e/o organizzativa e/o di analisi dei processi per un fatturato non inferiore ai 2/3 del fatturato globale, determinato ai sensi della lettera a) dello stesso paragrafo. Ai fini del rispetto del requisito di cui alla lettera b) del paragrafo III.2.1.2 del Bando i gara, pertanto, rileva l’intervenuta prestazione di servizi riconducibili alla categoria 11 (servizi di consulenza gestionale ed affini) dell’allegato 1 al D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157”.*

Come giustamente rileva l’appellante, la risposta al quesito non fa che richiamare e ribadire la dizione testuale del bando di gara, sottolineando che i concorrenti dovevano dimostrare di avere realizzato il fatturato nella prestazione di servizi di consulenza strategica e/o organizzativa e/o di analisi dei processi e limitandosi solo a chiarire che, tra questi servizi, “rilevavano” anche quelli di consulenza gestionale ed affini, circostanza che, peraltro, la \* non ha mai messo in discussione.

Poiché detta risposta non muta i termini della corretta interpretazione del bando di gara, appare evidente come \* non aveva l’onere di impugnare tale risposta al quesito n. 9, tanto più che, alla luce della documentazione in atti, \*\* non raggiunge la soglia minima di fatturato richiesta dal bando neppure facendo riferimento ai servizi di consulenza gestionale ed affini.

Un’ultima precisazione da fare concerne la parte della sentenza in cui il TAR, prospettandosi l’ipotesi che il bando avrebbe dovuto richiedere, quale requisito oggettivo di partecipazione, l’avvenuto espletamento dell’attività di *consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi*, afferma che – in disparte l’inammissibilità di una siffatta censura per omessa impugnativa del punto II.1.5 del bando – una clausola di tal fatta sarebbe stata senz’altro illegittima, poiché in contrasto con le specifiche ‘categorie’ di servizi tassativamente previste ed elencate nell’all. 1 del d.lgs. 157/95, che non annoverano affatto il servizio di *consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi*, aggiungendo che è lo stesso bando, al punto III.2.1.2., a chiarire che le pregresse esperienze da documentare possono essere state espletate anche – disgiuntivamente – nei settori della consulenza strategica e/o organizzativa e/o di analisi dei processi.

Si tratta di affermazioni ininfluenti, posto che l’originaria ricorrente non ha mai sostenuto che il bando avrebbe dovuto richiedere, quale requisito oggettivo di partecipazione, l’avvenuto espletamento dell’attività di *consulenza strategica, organizzativa e di analisi dei processi*, limitandosi a dedurre, con le proprie censure, solo la violazione delle norme del bando, per cui non aveva alcun onere di impugnazione del bando.

Anche per quel che concerne le pregresse esperienze da documentare, la \* non ha mai escluso che potevano essere state “espletate anche – disgiuntivamente – nei settori della consulenza strategica e/o organizzativa e/o di analisi dei processi”, ma si è solo limitata a sostenere che, alla luce degli elementi acquisiti in sede di accesso documentale sino alla definizione del giudizio di prime cure, era emerso che \*\* non aveva maturato un’esperienza sufficiente – e quindi neppure un adeguato livello di fatturato, come richiesto dal bando – in alcuno dei tre settori considerati dal bando, e ciò anche in via “disgiuntiva”.

Dalle considerazioni che precedono deriva la fondatezza del primo motivo di appello.

4. A conclusioni identiche deve pervenirsi in merito al secondo motivo di appello.

Si tratta del secondo motivo del ricorso originario, con il quale \* assumeva che il valore pari a Euro 23.200.000,00, riportato nella domanda di partecipazione alla procedura di gara da \*\* S.p.A., al punto 10, riferito ad un fatturato specifico per servizi di consulenza strategica e/o organizzativa e/o di analisi dei processi per il triennio 2001-2003, era incongruente con quanto dichiarato nello stesso documento, al punto 15 (Fatturato specifico impresa mandataria o capogruppo \*\* S.p.A.), nel quale si riporta una percentuale pari al 62,13% del requisito minimo di cui al punto III.2.1.2 lettera b) del Bando di gara. Difatti, applicando tale percentuale allo stesso requisito minimo si ricava, infatti, un fatturato specifico per servizi di consulenza strategica e/o organizzativa e/o di analisi dei processi per il triennio 2001-2003 pari a Euro 20.710.000,00, con conseguente incertezza assoluta sulle attività e sui fatturati specifici della Società.

Questa incongruenza avrebbe dovuto indurre, ad avviso dell'originaria ricorrente, a ritenere che la \*\* S.p.A., e quindi il raggruppamento temporaneo di imprese dalla medesima capeggiato, non disponeva dei requisiti di affidabilità economico-finanziaria richiesti al punto III.2.1.2 lettera b) del Bando di gara né, in particolare, della capacità tecnica e delle specifiche competenze necessarie alla corretta e proficua esecuzione del progetto, con conseguente necessaria esclusione sin dalla fase della prequalifica.

Il motivo è stato respinto dal primo giudice, ad avviso del quale, le società \*\* s.p.a. e \*\*\* & Partners, nella qualità rispettivamente di mandataria e mandante del costituendo raggruppamento risultato aggiudicatario, possiedono entrambe i requisiti di affidabilità economico-finanziaria, richiesti al punto III.2.1.2 lettera b) del Bando di gara atteso che:

- a) la mandante \*\*\* & Partners possiede un fatturato pari al 51,51% e, con riguardo alla *consulenza strategica e/o organizzativa e/o di analisi di processi*, un fatturato specifico pari al 68,02% di quello globale;
- b) la capogruppo \*\* s.p.a. ha un fatturato pari al 60,5% e, con riguardo alla *consulenza strategica e/o organizzativa e/o di analisi di processi*, un fatturato specifico pari al 62,13%, sicchè risulta soddisfatto anche l'ulteriore requisito previsto per la mandataria essendo i due valori suindicati entrambi superiori al 60% previsto dal bando di gara.

Quanto all'ipotizzata *incertezza assoluta sulle attività e sui fatturati specifici*, il rilievo è stato disatteso, atteso che il 60% di euro 33.333.333,33 (che è il valore pari ai 2/3 di euro 50.000.000,00) corrisponde ad euro 19.999.999,99; mentre il fatturato specifico di \*\* s.p.a. è superiore a tale valore, sicchè anche in questo caso resta dimostrato come la mandataria soddisfa (per oltre il 60%) il requisito di capacità economico-finanziaria.

4.1. Queste conclusioni vengono censurate dall'appellante, poiché basate esclusivamente sul riscontro delle indimostrate dichiarazioni rese in sede di offerta da \*\* e \*\*\* & Partners e frutto della reiezione della richiesta istruttoria formulata in primo grado.

A questo proposito, la \* ha analizzato, in maniera analitica (pagg. 24 a 32 del ricorso in appello) la documentazione presentata dalla Esosfera, della quale è venuta nel frattempo in possesso a seguito di apposita azione di accesso, avendo presente il contenuto della "Guida all'utilizzo della consulenza organizzativa e direzionale", pubblicata nel 2001, nella quale la Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione Pubblica, ha definito un'elencazione, a titolo esemplificativo delle principali tipologie di consulenza. Da tale guida, l'appellante ha ricavato le definizioni di: *Consulenza strategica, Sviluppo Organizzativo e Change management, Analisi e reingegnerizzazione dei processi*.

Ha poi ricordato che \*\* S.p.A. ha dichiarato un fatturato specifico per servizi di consulenza strategica, e/o organizzativa e/o di analisi dei processi, nel triennio 2001 – 2003, pari a 23.814.656,34 euro e relativo al 62,13% del proprio fatturato totale, che tale fatturato specifico si riferisce a 197 contratti di fornitura di servizi e a circa 650 fatture, che i contratti, ed il relativo fatturato di competenza 2001 – 2003, sono stati classificati da \*\* S.p.A. in 6 macrocategorie così denominate:

A1: Attività di consulenza strategica, organizzativa e di analisi di processo svolta nei servizi di assistenza tecnica e monitoraggio dei Programmi cofinanziati con i fondi Comunitari (46 contratti, per un fatturato 2001 – 2003 pari a 9.575.793,00 euro);

A2: Attività di consulenza strategica, organizzativa e di analisi di processo svolta nei servizi di valutazione *ex ante*, *in itinere* ed *ex post* di Programmi di sviluppo cofinanziati dai Fondi Strutturali (32 contratti, per un fatturato 2001 – 2003 di 3.571.731,00 euro);

A3: Attività di consulenza strategica, organizzativa e di analisi di processo svolta nei servizi di controllo finanziario e certificazione delle spese effettuate a valere su Programmi di sviluppo cofinanziati dai Fondi Strutturali (4 contratti, per un fatturato 2001 – 2003 pari a 373.667,00 euro);

B1: Attività di consulenza strategica, organizzativa e di analisi di processo svolta nei servizi di supporto ed affiancamento della Pubblica Amministrazione nel governo dei progetti complessi di trasformazione territoriale (41 contratti, per un fatturato 2001 – 2003 pari a 3.836.711,00 euro);

B2: Attività di consulenza strategica, organizzativa e di analisi di processo svolta nei servizi di analisi e di valutazione di fattibilità tecnico-territoriale, economico-finanziaria ed amministrativo istituzionale di interventi di trasformazione territoriale (39 contratti, per un fatturato 2001 – 2003 pari a 4.616.662, 17 euro);

B3: Attività di consulenza strategica, organizzativa e di analisi di processo svolta nei servizi di supporto alla Pubblica Amministrazione per l'attuazione di programmi di sviluppo locale e di animazione socioeconomica (35 contratti, per un fatturato 2001 – 2003 pari a 1.840.092,17).

Secondo la ricorrente, l'analisi dei contratti e delle relative fatture evidenzia come, in realtà, alcune delle macro - categorie che \*\* S.p.A. include nel proprio fatturato specifico non hanno nulla a che vedere con servizi e attività di consulenza strategica, e/o organizzativa e/o di analisi di processo.

In particolare, i contratti e le fatture di tre delle sei macro categorie identificate da \*\* S.p.A. non presentano alcun riferimento, nemmeno residuale, a tali tipologie di servizi, atteso che le stesse parole chiave “strategia”, “organizzazione” e “analisi dei processi” non figurano mai né nell'oggetto e nella descrizione dei contratti, né tanto meno nel riferimento delle fatture.

In particolare le tre macro – categorie in questione sono:

A2: *Servizi di valutazione ex ante, in itinere ed ex post di programmi di sviluppo* cofinanziati dai Fondi Strutturali;

B1: Servizi di supporto ed affiancamento della Pubblica Amministrazione nel governo dei progetti complessi di *trasformazione territoriale*;

B2: Servizi di analisi e di valutazione di fattibilità tecnico-territoriale, economico-finanziaria ed amministrativo istituzionale di *interventi di trasformazione territoriale*.

L'analisi dei contratti e delle fatture relativa ai servizi della macro categoria A.2 evidenzia che tale categoria include progetti di *valutazione di programmi di sviluppo territoriale*. Le attività caratteristiche di questa tipologia di servizi sono:

Analisi dei contenuti di documenti che illustrano programmi di sviluppo territoriale (es. PON, POR, DOCUP)

Analisi *ex ante* dei risultati attesi dei programmi

Valutazione sulla effettiva realizzazione dei programmi

Applicazione di metodologie e di indicatori di valutazione dei programmi

Stesura di relazioni intermedie e finali

Vengono di seguito forniti a titolo esemplificativo l'oggetto e la descrizione del servizio di alcuni fra i principali contratti che rientrano nella macro categoria:

Ministero dell'Interno: Servizio di valutazione indipendente intermedia del programma operativo nazionale “sicurezza per lo sviluppo del mezzogiorno”

Regione Lombardia: Servizio di valutazione intermedia del programma operativo obiettivo 3 della Regione Lombardia 2000 – 2006

Ministero dell'Economia e delle Finanze: Servizio di valutazione indipendente intermedia del programma operativo nazionale – Assistenza tecnica ed azioni di sistema (QCS Obiettivo 1).

Conseguentemente, *il fatturato relativo a tali tipologie di servizi, pari a 3.571.731,00 euro, non rientra nel fatturato specifico per servizi di consulenza strategica e/o organizzativa e/o di analisi dei processi*, come richiesto dal bando di gara.

Anche l'analisi dei contratti e delle fatture relativa ai servizi della macro categoria B.1 evidenzia che tale categoria include progetti di assistenza tecnica alla Pubblica Amministrazione per *l'attuazione di piani di trasformazione territoriale o di riqualificazione urbana*, meglio conosciuti come PRUSST. Le attività caratteristiche di questa tipologia di servizi sono:

Analisi di sostenibilità, in termini di efficienza e praticabilità degli interventi di trasformazione urbanistica e del territorio

Predisposizione di studi di fattibilità

Supporto ed assistenza nell'espletamento delle procedure amministrative necessarie alla stipula di protocolli di intesa ed alla realizzazione degli interventi

Assistenza tecnica per il monitoraggio finanziario ed amministrativo degli interventi

Vengono di seguito forniti a titolo esemplificativo l'oggetto e la descrizione del servizio di alcuni fra i principali contratti che rientrano nella macro categoria:

Comune di Roma: Programma di riqualificazione urbana e sviluppo sostenibile del territorio

Comune di Castelvetro: PRUSST – Assistenza tecnica e progettazione di massima degli interventi di sistema

Provincia di Varese: Servizio di assistenza per l'attuazione del PRUSST

Conseguentemente, *il fatturato relativo a tali tipologie di servizi, pari a 3.836.711,00 euro, non rientra nel fatturato specifico per servizi di consulenza strategica e/o organizzativa e/o di analisi dei processi*, come richiesto dal bando di gara.

Infine, l'analisi dei contratti e delle fatture relativa ai servizi della macro categoria B.2 evidenzia che tale categoria include progetti *di analisi e valutazione di fattibilità tecnica, in ambito di interventi di urbanistica e sviluppo territoriale*. Le attività caratteristiche di questa tipologia di servizi sono:

Analisi tecnico-territoriali, con riferimento agli assetti ambientali, morfologici e figurativi dello spazio fisico in cui si produrrebbero le azioni di progetto

Analisi economico-finanziarie, con l'elaborazione di modelli finanziari (flussi di cassa) ed economici (costi/benefici) per le diverse alternative progettuali

Analisi amministrativo-istituzionali, con riferimento alla creazione delle condizioni necessarie per procedere alla realizzazione delle iniziative, quali, ad esempio, la predisposizione di documentazione amministrativa, la gestione di attività di controllo e rendicontazione

Vengono di seguito forniti a titolo esemplificativo l'oggetto e la descrizione del servizio di alcuni fra i principali contratti che rientrano nella macro categoria:

Comune di Palermo: Studio di fattibilità per la reinterpretazione in chiave urbana della circonvallazione di Palermo

Soprintendenza Caserta: Studio di fattibilità per la riqualificazione delle aree di cava abbandonate nell'area circostante il complesso Vanvitelliano di Caserta e le reali delizie borboniche in terra di lavoro

Comune di Monte Argentario: Studio di fattibilità per un corridoio multimodale di mobilità

Conseguentemente, *il fatturato relativo a tali tipologie di servizi, pari a 4.616.662,17 euro, non rientra nel fatturato specifico per servizi di consulenza strategica e/o organizzativa e/o di analisi dei processi*, come richiesto dal bando di gara.

Ne deriva, ad avviso dell'appellante, che il fatturato specifico per servizi di consulenza strategica e/o organizzativa e/o di analisi dei processi dichiarato da \*\* S.p.A. *include servizi per un fatturato complessivo 2001 – 2003 pari a 12.025.104,17 euro, relativi ad attività non riconducibili al fatturato specifico richiesto dal punto III.2.1.2 lettera b) del bando di gara.*

Sempre ad avviso della ricorrente, anche il restante fatturato dichiarato, pari a 11.789.552,17 euro (determinato come differenza tra il fatturato complessivo pari a 23.814.656,34 euro ed a quello non riconducibile al fatturato specifico richiesto dal bando di gara, pari a 12.025.104,17 euro), include un numero significativo di contratti e servizi che *solo in parte residuale* si riferiscono ad attività per servizi di consulenza strategica e/o organizzativa e/o di analisi dei processi.

A dimostrazione di tale ultima affermazione, vengono di seguito elencati, a titolo esemplificativo, alcuni progetti indicati nelle macro-categorie A.1, A.3 e B.3 all'interno dei quali le attività di consulenza strategica e/o organizzativa e/o di analisi dei processi rivestono un ruolo marginale o, in alcuni casi, sono del tutto assenti.

A.1. Servizi di assistenza tecnica e monitoraggio dei Programmi cofinanziati con i fondi Comunitari

Ministero dei Lavori Pubblici: Assistenza tecnica per il progetto pilota per la predisposizione dei piani regolatori urbanistici

Comune di Torino: Consulenza per lo sviluppo urbano sostenibile Urban II (iniziativa comunitaria del Fondo europeo di sviluppo regionale a favore dello sviluppo sostenibile di città e quartieri in crisi dell'Unione europea per il periodo 2000-2006).

A.3. Servizi di controllo finanziario e certificazione delle spese effettuate a valere su Programmi di sviluppo cofinanziati dai Fondi Strutturali

Regione Molise: Servizio di controllo finanziario e certificazione del POP 1994/99

B.3. Servizi di supporto alla Pubblica Amministrazione per l'attuazione di programmi di sviluppo locale e di animazione socioeconomica

Provincia di Varese: Servizio di assistenza tecnica all'attuazione del patto territoriale

Provincia di Verona: Servizio di assistenza tecnica all'attuazione del patto territoriale.

Le conclusioni che, secondo la ricorrente, si ricavano dall'ampia e dettagliata analisi avanzi minuziosamente citata, è che \*\* ha documentato, al più, un fatturato specifico relativo al triennio 2001 – 2003 per euro 11.789.552,17, largamente inferiore, quindi, alla soglia minima, individuata dalla stessa sentenza appellata, di euro 19.999.999,99.

Il Collegio ritiene che la tesi dell'appellante, in quanto sorretta da una minuziosa e compiuta analisi dei contratti e delle fatture, sia fondata e vada, quindi, accolta.

Né queste conclusioni possono esse superate dalle repliche sollevate da Esosfera nella memoria del 30 marzo 2006, atteso che esse non sono in grado di dimostrare che i contratti versati in atti in sede di appello evidenzerebbero che l'esperienza di \*\* sarebbe maturata nell'ambito dei servizi di consulenza strategica, consulenza organizzativa ed analisi dei processi.

Sotto un profilo generale, si deve dissentire dalla tesi, secondo cui “per individuare quali siano le attività effettivamente espletate nell'ambito di un appalto ... non è sufficiente fare riferimento all'oggetto indicato nel contratto”, ma occorrerebbe riferirsi al bando ed al capitolato tecnico, essendo evidente che, se il requisito richiesto è il fatturato specifico, questo requisito è dato, ovviamente, solo dalle fatture, e le fatture sono state emesse in esecuzione di specifici contratti, prodotti dalle appellate, unitamente alle fatture, a comprova delle dichiarazioni rilasciate in sede di prequalifica.

Con riguardo all'affermazione che due dei tre capitolati relativi ai tre contratti della macro categoria A.2, relativi ai servizi di “valutazione intermedia”, farebbero riferimento ad un altro documento, intitolato “linee guida per la valutazione intermedia dei programmi operativi”, dal quale si desumerebbe che l'attività di valutazione che caratterizza detti contratti rivestirebbe un ruolo essenziale “nell'ambito della strategia dell'Autorità di Gestione (Regione, Ministero)”, essa, come esattamente rileva la ricorrente, è infondata per due ragioni: in primo luogo perché, come documentalmente dimostrato, nessuno dei contratti di cui trattasi ha ad oggetto servizi di consulenza strategica o organizzativa o di analisi dei processi.

In secondo luogo perché, come recitano le stesse linee guida citate da controparte, il servizio è strumentale a fornire all'amministrazione non una consulenza strategica, ma “elementi per il miglioramento del meccanismo di attuazione del programma”.

In realtà, dalla documentazione in atti emerge che i contratti in questione hanno ad oggetto la valutazione *di programmi di sviluppo territoriale*, e non la consulenza strategica od organizzativa o d'analisi dei processi relativa all'attività degli enti.

In senso negativo deve risolversi anche la tesi esposta con riguardo alla macro categoria B.1, secondo cui i servizi di assistenza tecnica all'attuazione dei PRUSST sarebbe da ricondurre al concetto di “consulenza organizzativa”.

L'esame del contenuto dei contratti allegati agli atti, tutti relativi ad attività specifiche, quali analisi di sostenibilità, in termini di efficienza e praticabilità degli interventi di trasformazione urbanistica e del territorio, predisposizione di studi di fattibilità, supporto ed assistenza nell'espletamento delle procedure amministrative necessarie alla stipula di protocolli di intesa ed alla realizzazione degli interventi, assistenza tecnica per il monitoraggio finanziario ed amministrativo degli interventi, dimostra agevolmente che si tratta di attività svolte esclusivamente nell'ambito delle procedure di attuazione dei piani di trasformazione territoriale o di riqualificazione urbana (PRUSST), che non possono in alcun modo integrare servizi di consulenza strategica, o organizzativa o di analisi dei processi.

Analoga conclusione vale per la macrocategoria B.2, relativa a studi di fattibilità, atteso che risulta documentalmente provato che i tre contratti in questione concernono analisi e valutazioni di fattibilità tecnica nell'ambito di interventi di urbanistica e sviluppo territoriale: circonvallazione di Palermo, riqualificazione delle aree di cava abbandonate nell'area circostante il complesso Vanvitelliano di Caserta, corridoio multimodale di mobilità in Comune di Monte Argentario, servizi tutti che,

all'evidenza, non attengono ad attività di "consulenza organizzativa", ma viceversa ad analisi tecnico-territoriali, economiche e burocratiche per interventi di urbanistica e sviluppo territoriale.

In conclusione, anche il secondo motivo di appello è fondato.

5. Il terzo motivo di appello ripropone la questione della regolarità della polizza fideiussoria da parte di Esosfera, sollevata con il terzo motivo del gravame originario ritenuto infondato dal giudice di primo grado.

Va premesso, al riguardo che il bando di gara, al punto III.1.1., a proposito della cauzione che i concorrenti dovevano presentare, contestualmente all'offerta, precisa che "in caso di r.t.i., Consorzio o gruppo, la cauzione provvisoria sarà presentata dalla mandataria o dalla designata quale referente responsabile del Consorzio, in nome proprio ed in nome e per conto delle imprese componenti il r.t.i., Consorzio o gruppo" e che le originarie controinteressate hanno presentato una fideiussione rilasciata dalla Unipol Assicurazioni in data 20 maggio 2004, che individua quale "ditta obbligata" \*\* spa/\*\* & Partners spa" ma sottoscritta dalla sola \*\*.

Tale tipo di fideiussione è stata ritenuta pienamente valida ed efficace dal giudice di primo grado, sul rilievo che la previsione del bando, pur precisando che in caso di associazione temporanea di imprese la cauzione debba essere presentata dalla mandataria in nome e per conto delle imprese componenti il raggruppamento, non imponeva che la polizza fideiussoria fosse sottoscritta da entrambe le società appartenenti al raggruppamento.

Nel caso in esame, difatti, la fideiussione assicurativa - che individua quale ditta "obbligata" il R.T.I. e sottoscritta soltanto dalla \*\* s.p.a. - deve ritenersi valida a tutti gli effetti perché coerente sia con la stessa impostazione del bando sia con l'orientamento della giurisprudenza amministrativa che attribuisce rilievo alla cauzione prestata dalla sola impresa mandataria in nome e per conto delle mandanti.

Le conclusioni del TAR vengono diffusamente censurate dalla società appellante, la quale insiste nella sua tesi anche alla luce dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato con decisione 4 ottobre 2005, n. 8.

Si sostiene, in proposito che dalla polizza non risulta in alcun modo che la fideiussione è rilasciata e presentata anche in nome e per conto della \*\* & Partners, come espressamente richiesto dal punto III.1.1. del bando e come ribadito dal punto 3.1, lett. c) del disciplinare di gara; che l'indicazione della "ditta obbligata" nello spazio riservato dalla polizza alla sottoscrizione del contratto, contempla sempre e solo \*\* s.p.a., sia in sede di sottoscrizione del contratto, sia in sede di specifica approvazione delle clausole vessatorie; che in nessuna parte della polizza si specifica che \*\* sottoscrive la polizza e partecipa alla gara in qualità di mandataria della costituenda a.t.i.

Ove si consideri, poi, che la ragione sociale della \*\* & Partners figura solo nella epigrafe del documento ("\*\* s.p.a./\*\* & Partners s.p.a.") ma non si specifica affatto che codeste due ditte siano parti di una costituenda a.t.i. né che la \*\* sottoscrive da sola la polizza in quanto partecipa alla gara quale impresa mandataria nella costituenda a.t.i., ne deriva che, come chiarito dalla citata sentenza dell'Adunanza plenaria, la polizza non può ritenersi valida ed efficace.

5.1. Il motivo è infondato.

Come la Sezione ha avuto modo di chiarire di recente, nella gara per l'aggiudicazione di un appalto di lavori pubblici, alla quale partecipi un raggruppamento temporaneo di imprese non ancora costituito, la polizza fideiussoria deve essere intestata a tutte le imprese che intendono costituire il raggruppamento, non potendosi altrimenti riferire l'impegno di garanzia assunto dal fideiussore a tutte le imprese predette, con conseguente menomazione del contenuto della garanzia rispetto a quello voluto dal Legislatore; peraltro, in presenza di detta intestazione, è sufficiente la sottoscrizione della sola mandataria, atteso che l'impegno di garanzia assunto dal fideiussore è certamente riferibile a tutte le imprese (Sez. IV, 15 novembre 2004, n. 7380).

Tale orientamento è stato autorevolmente confermato proprio dall'invocata decisione dell'Adunanza Plenaria (4 ottobre 2005, n. 8) e recentemente ribaditi dalle Sezioni (crr. Sez. VI, 28 febbraio 2006, n. 893; CGA, 8 maggio 2006, n. 180).

Come chiarito negli indicati arresti, la questione della sottoscrizione da parte delle imprese associate in un raggruppamento di imprese costituendo non assume valore decisivo alla luce della peculiarità del contratto di fideiussione.



Nel contratto di fideiussione, il fideiussore garantisce l'adempimento della obbligazione altrui, obbligandosi personalmente verso il creditore.

Il contratto interviene tra il garante (qui l'Istituto di assicurazione) ed il beneficiario (qui la stazione appaltante) e si perfeziona con la comunicazione a quest'ultimo (art. 1333 cod.civ.).

Il garantito (nella specie l'A.T.I. costituenda) non è parte necessaria.

La fideiussione è infatti efficace anche se il garantito non è a conoscenza del contratto (art. 1936 secondo comma c.c.).

Il fatto che nella polizza fideiussoria di specie non compaia la sottoscrizione del garantito (e maggior ragione di uno dei due componenti del raggruppamento) non assume quindi di per sé alcun rilievo ai fini del perfezionamento e dell'efficacia della garanzia.

In proposito, va sottolineato che la causa del contratto di fideiussione è la garanzia di un debito altrui e che, stante il carattere accessorio della garanzia, il fideiussore, nel manifestare in modo espresso la volontà di prestarla (art. 1937 c.c.), deve anche indicare la obbligazione principale garantita, il soggetto garantito, le eventuali condizioni e limitazioni soggettive ed oggettive della garanzia rispetto all'obbligazione principale.

Il debito e il soggetto terzo devono essere quantomeno determinabili. Il che risponde ad un principio generale, in materia contrattuale, secondo cui l'oggetto del contratto stesso deve essere determinato o almeno determinabile a pena di nullità (artt. 1346 e 1418 c.c.).

In particolare la determinazione o la determinabilità del debitore o dei debitori principali garantiti non riguarda la struttura soggettiva del negozio fideiussorio (le cui parti, come detto, sono il garante e il beneficiario e non anche il garantito), ma l'oggetto della stessa in quanto consente di individuare l'obbligazione garantita in tutti i suoi elementi e le sue componenti oggettive e soggettive.

Si tratta quindi di stabilire, quanto al caso di specie, quale soggetto e quale obbligazione debbano essere garantiti dalla cauzione provvisoria da depositare nelle gare d'appalto di lavori pubblici e debbano quindi essere indicati nella intestazione della polizza fideiussoria.

A questo proposito si osserva che la cauzione provvisoria, con la possibilità del suo incameramento da parte della stazione appaltante, può assolvere una duplice funzione: da un lato, una funzione indennitaria in caso di *mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'aggiudicatario*, dall'altro una funzione più strettamente sanzionatoria in caso di altri inadempimenti procedurali del concorrente.

Nell'uno e nell'altro caso, in presenza di una ATI costituenda, il soggetto garantito non è la ATI nel suo complesso (non essendo ancora costituita) e non è neppure la sola capogruppo designata. Garantite sono tutte le imprese associande, che durante la gara operano individualmente e responsabilmente nell'assolvimento degli impegni connessi alla partecipazione alla gara, ivi compreso, in caso di aggiudicazione, quello (per le future mandanti) di conferire il mandato collettivo alla impresa designata capogruppo, che stipulerà il contratto con l'Amministrazione.

Alla stregua delle considerazioni appena svolte, non è dubitabile che nella specie detto requisito sia soddisfatto, posto che la polizza è intestata ad entrambe le imprese: la mandataria e la mandante.

Né vale opporre che, comunque, la polizza risulta sottoscritta solo da Esosfera anche per quanto concerne l'approvazione delle clausole vessatorie, senza che in nessuna parte della polizza si specifichi che \*\* sottoscrive la polizza e partecipa alla gara in qualità di mandataria della costituenda a.t.i..

E' sufficiente rilevare in contrario, che la domanda di partecipazione alla gara contenente la offerta era stata sottoscritta da entrambe le imprese impegnatesi a costituire il raggruppamento con mandato di conferimento della rappresentanza ad una di essa, individuata, già in sede di offerta, nella stessa Esosfera, espressamente qualificata come capogruppo; ciò dimostra che la fideiussione con polizza rilasciata a favore della impresa capogruppo copriva tutto l'ambito della garanzia pretesa dalla legge in caso di mancata sottoscrizione del contratto, avendo ad oggetto le condotte di entrambi i componenti del raggruppamento costituendo.

Nel caso sottoposto all'esame dell'Adunanza Plenaria prima citata, invece, l'impresa mandante non risultava in alcun modo menzionata e la polizza era intestata solo all'impresa asseritamente mandataria, con l'ovvia conseguenza che quest'ultima ben poteva avere partecipato alla gara in qualità di impresa singola.

Alla luce delle considerazioni appena svolte, si deve concludere, in applicazione del principio enunciato dall'Adunanza Plenaria, che ciò che rileva non è affatto la sottoscrizione del contratto da parte di tutte

le società componenti la costituenda ATI, essendo invece necessario e sufficiente che la garanzia risulti intestata a tutte le associate: ciò che, nella specie, è puntualmente avvenuto.

Il terzo motivo di appello va, pertanto, respinto.

6. Il quarto e quinto motivo di appello, con i quali vengono riproposte le corrispondenti due censure già articolate in primo grado, possono essere esaminati congiuntamente, perché attengono all'asserita mancata presentazione, nel termine previsto dal disciplinare di gara, di alcuni documenti, pena la revoca dell'aggiudicazione provvisoria in favore della prima graduata e l'attribuzione dell'appalto alla seconda graduata, vale a dire la ricorrente\*.

In particolare, ad avviso dell'appellante, il raggruppamento aggiudicatario non avrebbe presentato, nei 15 giorni successivi alla comunicazione dell'aggiudicazione provvisoria in suo favore, né il certificato di regolarità contributiva della \*\*\* & Partners (quarto motivo), né la certificazione attestante che \*\* non si trova nelle condizioni di esclusione dalla gara di cui all'art.1-bis della legge 18 ottobre 2001, n.383 e successive modificazioni (quinto motiv), in palese violazione della prescrizione di cui al punto 5.1, lettere c) e d) del disciplinare di gara.

Entrambi i motivi sono stati disattesi dal TAR sulla base delle considerazioni che seguono.

6.1. Con riferimento al certificato di regolarità contributiva della \*\*\* & Partners, il primo giudice ha osservato che la mandante non si è limitata a presentare, in luogo della suddetta certificazione, la dichiarazione autocertificativa ai sensi del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 attestante la regolarità contributiva, ma ha, altresì, prodotto l'originale dell'istanza 17 gennaio 2005 inoltrata alla sede dell'INPS di Milano, contenente la richiesta di rilascio del certificato in questione.

Ad avviso del TAR, l'avvenuta esibizione della domanda presentata all'INPS e dell'autocertificazione sostitutiva, soddisferebbero l'onere contenuto nella clausola del disciplinare, specie ove si consideri che, nella specie, nessuna disposizione vietava il ricorso all'alternativa fra il certificato e la dichiarazione autocertificativa del partecipante alla gara.

Tale conclusione sarebbe coerente con il contenuto dell'art. 77 bis del d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445 (introdotto con l'art. 15 della legge 16 gennaio 2003, n. 3), che ha consentito l'applicazione della normativa in materia di documentazione amministrativa anche in materia di appalti pubblici, ivi compresa quella relativa alle autocertificazioni.

6.2. Il Collegio ritiene che le conclusioni del giudice di primo grado debbano essere confermate.

A diversa conclusione non possono condurre le diffuse argomentazioni svolte dall'odierna appellante, la quale insiste sulla circostanza che il disciplinare di gara, prescrivendo la presentazione del certificato entro un termine perentorio, escludeva di per sé la possibilità di qualsiasi alternativa, ivi compresa quella dell'autocertificazione.

Come esattamente rileva la società appellata, la domanda di rilascio del certificato è stata inoltrata alla competente sede dell'INPS di Milano in data 17 gennaio 2005, vale a dire ancor prima di venire a conoscenza della graduatoria definitiva e della aggiudicazione provvisoria della gara (comunicata dal MEF con fax del 4 febbraio 2005), in quanto il certificato in esame non è rilasciato a vista al richiedente ma secondo i tempi considerati necessari all'Istituto competente per il suo rilascio. La Esosfera aggiunge che, essendo i tempi suddetti variabili da città a città e di regola, specie con riferimento alla sede di Milano, ben maggiori dei 15 giorni solitamente previsti nei bandi di gara, costituisce pratica invalsa che l'INPS spedisca il certificato di sua competenza direttamente all'Amministrazione interessata (che deve essere specificamente indicata nella richiesta dell'Impresa) e che quest'ultima, a sua volta, accetti la copia della richiesta presentata all'Istituto congiuntamente alla dichiarazione sostitutiva di regolarità contributiva resa dalle imprese, e ciò, del resto, in conformità di quanto espressamente previsto dall'art.18, comma 2 della novellata l.n.241/90, secondo cui qualora l'interessato dichiari che il certificato è in possesso di altra amministrazione - come nel caso di specie - il responsabile del procedimento provvede d'ufficio alla acquisizione del certificato stesso, potendo (l'amministrazione procedente) limitarsi a richiedere all'interessato soltanto quegli elementi necessari alla sua ricerca.

Questo modo di procedere, sempre secondo l'appellata, da un lato, fa salva l'esigenza, che è alla base della previsione del disciplinare di mettere l'Amministrazione appaltante in condizione di verificare che l'aggiudicatario sia effettivamente in regola con l'obbligo di versamento dei contributi; dall'altro lato, elimina il rischio di revoche (dell'aggiudicazione) meramente formali, in quanto dovute non già alla effettiva mancanza del requisito, ma a questioni temporali non imputabili al soggetto aggiudicatario

(bensì ai tempi tecnici degli Istituti previdenziali). In questo modo, la revoca dell'aggiudicazione, in presenza della dichiarazione sostitutiva attestante la regolarità contributiva ed in presenza di specifica richiesta di rilascio della relativa certificazione all'INPS, potrà essere disposta solo quando la certificazione rilasciata dall'Istituto dovesse avere contenuto negativo.

I rilievi anzidetti, come giustamente aggiunge l'appellata, hanno trovato conferma nella circostanza che, come risulta agli atti, in data 21 aprile 2005 (a distanza di circa tre mesi dalla richiesta) l'INPS di Milano ha inoltrato direttamente al Ministero delle Finanze, e p.c. alla \*\*\* & Partners srl, il certificato di regolarità contributiva della società mandante, confermando così la veridicità della dichiarazione precedentemente resa ex DPR n.445/2000.

La tesi dell'appellante non considera che la facoltà di presentare l'autocertificazione, riconosciuta espressamente dall'art. 77 bis della T.U. 28 dicembre 2000, n. 445 proprio con riguardo alle procedure di gara, era stata invero riconosciuta dalla stessa Committente con una comunicazione via e-mail del 3 febbraio 2005, nella quale si confermava la possibilità di sostituire il certificato di regolarità contributiva con un'autocertificazione *"fino all'ottenimento del certificato stesso"*.

Né vale sostenere che la prescrizione del disciplinare di gara, prevedendo uno specifico certificato a pena di revoca dell'aggiudicazione, non consentiva la produzione di documenti alternativi, come si ricaverebbe, a contrario, dalla previsione di dichiarazione sostitutive solo in relazione all'assenza di condanne penali o misure di prevenzione (art. 5.1, lett. a). A confutazione di tale affermazione si può osservare che, il certificato di regolarità contributiva è requisito di ammissione alla gara e deve, di conseguenza, essere posseduto al momento della presentazione della domanda di partecipazione, con la conseguenza che la presentazione della dichiarazione sostitutiva, accompagnata dalla successiva trasmissione a cura dell'INPS del relativo certificato, soddisfa pienamente l'esigenza che è alla base di tale documento: garantire che l'amministrazione sia posta in grado di verificare che l'aggiudicatario sia in regola con il pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali.

Il quarto motivo di appello deve, pertanto, essere respinto.

6.3. A conclusioni negative deve pervenirsi in ordine al quinto motivo di gravame, riguardante la asserita mancata produzione della certificazione di cui all'art.1-bis della legge 18 dicembre 2001, n. 383, attestante che \*\* non si trova in periodo di emersione.

Al riguardo, va premesso che la disposizione citata ha istituito in ogni capoluogo di provincia, presso le direzioni provinciali del lavoro, i cd. CLES, ovvero i Comitati per il Lavoro e l'Emersione del Sommerso, prevedendo che gli imprenditori interessati possono presentare al CLES, anche in forma anonima, un "piano individuale di emersione" contenente proposte per la regolarizzazione e/o l'adeguamento agli obblighi di legge in materia fiscale e contributiva, nonché in materia di trattamento economico dei lavoratori, con l'indicazione del numero e la remunerazione dei lavoratori che si intende regolarizzare.

Il CLES valuta ed autorizza le proposte degli imprenditori, approvando e/o modificando il piano di emersione individuale, ovvero rigettandolo.

L'attuazione del piano di emersione, verificata dalle competenti autorità, determina l'estinzione dei reati contravvenzionali e delle sanzioni connesse alla violazione degli obblighi in questione.

La norma, peraltro, al comma 14, prevede che "i soggetti che si avvalgono dei piani individuali di emersione sono esclusi dalle gare di appalto pubblico fino alla conclusione del periodo di emersione".

Va, ancora, precisato in punto di fatto, che la società \*\*, con nota 22 marzo 2005, aveva chiesto al CLES della Direzione Provinciale del Lavoro di Roma la necessaria certificazione, ricevendo in risposta la nota 23 marzo 2005, con la quale l'Ufficio predetto fa presente testualmente che *"... la condizione di cui all'art.1 bis della legge 382/2001 così come modificata dall'art.1 della legge 266/2002 (la ditta non si è avvalsa di piani di emersione) può essere autocertificata alla stazione appaltante dal partecipante alle gare di appalto. Ai sensi della normativa vigente è la stazione appaltante che, a campione, procede alla verifica di quanto dichiarato presso l'autorità competente"*, aggiungendo che, essendo consentito dalla legge in esame la presentazione da parte dei datori di lavoro di un piano anche in forma anonima, *"il CLES istituito presso la Direzione Provinciale del Lavoro non è in possesso di archivi nominativi idonei a produrre la certificazione richiesta"*.

In dipendenza di tale risposta, \*\* ha prodotto un'autocertificazione con cui ha attestato di non trovarsi in periodo di emersione, utilizzando la facoltà riconosciuta espressamente dall'art. 77 bis della T.U. 28 dicembre 2000, n.445, nonché dalla stessa Committente con una comunicazione via e-mail del 3

febbraio 2005, nella quale precisava che la certificazione in parola poteva *"essere sostituita da autocertificazione fino all'ottenimento del predetto certificato"*.

Il TAR ha respinto il motivo di ricorso, osservando che la \*\* non avrebbe potuto esibire la certificazione del CLES, non avendo mai presentato alcun piano individuale di emersione, contenente proposte per la regolarizzazione in materia di trattamento economico dei lavoratori dipendenti.

A tale esito il primo giudice è pervenuto sul rilievo che, in base al contenuto della nota 23 marzo 2005 del CLES della Direzione provinciale del lavoro di Roma, la ditta non si è avvalsa di piani di emersione, sicchè il citato ufficio non avrebbe potuto rilasciare la certificazione richiesta dal bando; da qui la conclusione che la dichiarazione/attestazione del CLES, secondo cui la società non si troverebbe in periodo di emersione per non aver presentato alcun piano individuale di emersione, può ritenersi senz'altro idonea a dimostrare l'insussistenza delle condizioni di cui al citato art. 1-bis della 18 dicembre 2001, n. 383, e successive modificazioni e integrazioni.

6.4. L'appellante contesta l'affermazione del TAR perché, a suo avviso, infondata in fatto.

Detta nota recita testualmente: "la condizione di cui all'art. 1 bis della legge 383/2001 così come modificata dall'art. 1 della legge 266/2002 (la ditta non si è avvalsa di piani di emersione) può essere autocertificata ...".

Difatti, la nota del CLES non afferma affatto che la \*\* non si sia mai avvalsa di piani di emersione, ma si limita a comunicare che "la condizione di cui all'art. 1 bis della legge 383/2001 così come modificata dall'art. 1 della legge 266/2002", vale a dire che "i soggetti che si avvalgono dei piani individuali di emersione sono esclusi dalle gare di appalto fino alla conclusione del periodo di emersione", può essere autocertificata alla stazione appaltante dal partecipante alla gara di appalto, aggiungendo che è la stazione appaltante che, a campione, procede alla verifica di quanto dichiarato presso l'autorità competente.

Poiché la legge prevede la possibilità di presentare i piani di emersione anche in forma anonima, il CLES ha comunicato di non essere in possesso di archivi nominativi idonei a produrre la certificazione richiesta": ciò che confermerebbe, secondo l'appellante, l'assunto che il CLES non ha assolutamente dichiarato che la \*\* non avrebbe "mai presentato alcun piano individuale di emersione contenente proposte per la regolarizzazione in materia di trattamento economico dei lavoratori dipendenti", essendosi, al contrario, limitato a dichiarare di non essere in grado di certificare alcunché in merito, non possedendo archivi nominativi dei soggetti che hanno presentato piani di emersione.

Da qui l'erroneità dell'affermazione del TAR, secondo cui la nota del CLES sarebbe idonea a dimostrare l'insussistenza delle condizioni di cui al citato art. 1-bis della legge 18 ottobre 2001, n. 383.

Da quanto sopra deriverebbe che, non prevedendo il disciplinare di gara, in alternativa alla certificazione, un'autocertificazione, la specificità della prescrizione non poteva essere disapplicata, se non con violazione dello stesso disciplinare, della par condicio, e delle legittime aspettative di chi, come la appellante, seguiva in graduatoria l'aggiudicataria inadempiente.

6.5. Il Collegio osserva che, pur dovendosi convenire con l'appellante circa la non corretta interpretazione da parte del TAR della ripetuta nota del CLES, non per questo il motivo di ricorso era fondato.

Com'è noto, infatti, l'eventuale carenza o insufficienza di motivazione del giudice di primo grado in ordine al rigetto di un motivo di ricorso, può essere integrata dal giudice di appello, al quale è devoluta in toto la cognizione della censura sollevata con il ricorso introduttivo.

Ciò precisato, osserva il Collegio che a conforto della reiezione di questa censura è sufficiente richiamarsi alle considerazioni svolte per respingere il quarto motivo (6.2.) sia per quanto concerne il principio generale sulla possibilità di sostituire le certificazioni con una dichiarazione sostitutiva, prevista espressamente dall'art. 77 bis della T.U. 28 dicembre 2000, n. 445 proprio con riguardo alle procedure di gara, sia con riferimento alla comunicazione via e-mail del 3 febbraio 2005 della stessa Committente, con la quale si confermava la possibilità di sostituire il certificato di regolarità contributiva con un'autocertificazione *"fino all'ottenimento del certificato stesso"*.

A nulla rilevando, sotto quest'ultimo aspetto che detta comunicazione proviene da un singolo commissario e non dalla Commissione, che, peraltro, secondo l'appellante, aveva esaurito i propri poteri

7. – Conclusivamente, alla stregua della riconosciuta fondatezza dei primi due motivi di gravame, l'appello deve essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, devono essere annullati i provvedimenti impugnati in primo grado.

Per l'effetto il ricorso incidentale del RTI controinteressato resta ovviamente assorbito.

Le spese di lite del doppio grado vanno poste, come di regola, a carico delle parti appellate, in ragione della metà ciascuna e nella misura liquidata in dispositivo.

*P.Q.M.*

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez. IV), pronunciando sull'appello in epigrafe specificato, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, annulla i provvedimenti impugnati in primo grado.

Condanna l'odierna appellata e il Ministero dell'economia al pagamento in favore dell'originaria ricorrente delle spese del doppio grado, che liquida in complessivi €. 10.000,00 (diecimila euro) in ragione della metà per ciascuna delle parti appellate, oltre I.V.A. e C.P.A., se dovute.

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

Così deciso in Roma il 13 e 22 giugno 2006 dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sez.IV), riunito in camera di consiglio, con l'intervento dei signori

Stenio Riccio		Presidente
Costantino Salvatore		Consigliere est.
Pier Luigi Lodi		Consigliere
Vito Poli		Consigliere
Anna Leoni		Consigliere

L'ESTENSORE

Costantino Salvatore

IL PRESIDENTE

Stenio Riccio

IL SEGRETARIO

Rosario Giorgio Carnabuci

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

27 dicembre 2006

(art. 55, L. 27.4.1982 n. 186)

Il Dirigente

Antonio Serrao