

N. 01224/2014REG.PROV.COLL.

N. 04555/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4555 del 2013, proposto da:

Valori Scarl Consorzio Stabile in proprio e quale Mandatario Rti, rappresentato e difeso dagli avv. Francesco Mollica, Giancarlo Catavello, Stefano Crisci, con domicilio eletto presso Francesco Mollica in Roma, via Marianna Dionigi 43; Rti Doronzo Infrastrutture Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Giancarlo Catavello, Stefano Crisci, Francesco Mollica, con domicilio eletto presso Francesco Mollica in Roma, via Marianna Dionigi 43;

contro

Anas Spa, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui Uffici, ope legis, domicilia, in Roma, via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

Salvatore Matarrese Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Gennaro Notarnicola, con domicilio eletto presso Gennaro Notarnicola in Roma, via Cosseria, 2 c/o Placidi A.; Cavalleri Ottavio Spa;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE II n. 00859/2013, resa tra le parti, concernente affidamento dei lavori di esecuzione dell'opera S.S. 96 barese - ris.danni - Mcp

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e di Salvatore Matarrese Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 novembre 2013 il Cons. Nicola Russo e uditi per le parti gli avvocati Stefano Crisci, l'Avvocato dello Stato Marco Stigliano Messuti e Gennaro Notarnicola;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Consorzio Stabile Valori s.c.a r.l. e la Doronzo Infrastrutture S.r.l., componenti di un raggruppamento partecipante alla gara, impugnavano dinanzi al T.A.R. Puglia, sede di Bari, gli atti della procedura ristretta indetta dalla A.N.A.S. S.p.A. - Direzione Generale, per l'affidamento dei "lavori di esecuzione dell'opera S.S. 96 "Barese" - Lavori di adeguamento alla sezione III delle norme C.N.R 80 ~ Tronco: Variante di Altamura - 1° Lotto S.S. 96 dal km 85+000 (inizio variante di Altamura) al km 81+300 (innesto con la S.S. 99)". La gara si è conclusa con l'aggiudicazione alla società Salvatore Matarrese S.p.A., seguita in graduatoria dalla Cavalieri Ottavio S.p.A. e, infine, dalla A.T.I. ricorrente.

Sostenevano le istanti che sia la Salvatore Matarrese sia la Cavalieri Ottavio dovevano essere escluse perché entrambe, prive di alcune qualificazioni occorrenti per concorrere alla gara (obbligatorie ma sub-appaltabili), avevano sì reso la dichiarazione di **subappalto**, ma senza indicare le relative ditte.

Si costituivano la Stazione appaltante e l'aggiudicataria, che produceva altresì ricorso incidentale.

Sussistendone i presupposti ex articolo 60 del decreto legislativo 2 luglio 2010 n. 104, sulle conclusioni delle parti, il T.A.R. adito definiva la causa con sentenza breve, alla camera di consiglio del 16 maggio 2013, la n. 859/2013, depositata in data 29 maggio 2013.

Il giudice di prime cure riteneva che il ricorso principale proposto dalla Valori s.c. a r.l. e dalla Doronzo Infrastrutture S.r.l. fosse infondato e, pertanto, lo respingeva, dichiarando inammissibile il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria e compensando le spese di lite.

Avverso tale pronuncia hanno proposto appello il consorzio stabile Valori s.c.a r.l. e la Doronzo Infrastrutture s.r.l., deducendone l'erroneità e l'ingiustizia per un unico articolato motivo di impugnazione e riproponendo la domanda risarcitoria non esaminata in prime cure per il caso che il conseguimento del bene della vita costituito dall'aggiudicazione risultasse impossibile.

Resistono l'Anas s.p.a. e l'impresa Salvatore Matarrese s.p.a., che chiedono il rigetto dell'appello per infondatezza nel merito, con vittoria delle spese del giudizio. L'impresa Salvatore Matarrese ha, altresì, proposto appello incidentale, riproponendo le censure di cui al ricorso incidentale, non esaminate dal giudice di prime cure in quanto ritenute assorbite dalla pronuncia di infondatezza dell'impugnazione principale.

Con ordinanza n. 2576/2013 la domanda cautelare è stata accolta ai fini della sollecita fissazione del merito.

In vista dell'udienza di discussione le parti hanno depositato memorie illustrative.

Alla pubblica udienza del 26 novembre 2013 la causa è stata spedita in decisione ed in data 27 novembre 2013 è stato pubblicato il dispositivo di sentenza n. 5678/2013, di accoglimento dell'appello, con compensazione delle spese di giudizio.

DIRITTO

La controversia in esame concerne l'impugnazione della sentenza del T.A.R. Puglia, sede di Bari, n. 859 del 2013, che ha affrontato la vexata quaestio se l'art. 118, comma secondo, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 imponga già in sede di presentazione delle offerte l'individuazione e l'indicazione nominativa dei subappaltatori, per il caso in cui la concorrente risulti sfornita in proprio della qualificazione per le lavorazioni che dichiara di voler subappaltare, ovvero per il caso di **subappalto** c.d. "necessario".

I primi giudici hanno ritenuto che l'art. 118 del Codice dei contratti pubblici e gli artt. 92, 108 e 109 del D.P.R. n. 207 del 2010, consentano ai concorrenti che siano sprovvisti della relativa qualificazione di subappaltare i lavori rientranti nelle categorie non prevalenti e scorporabili, fermo restando l'obbligo di riservarne l'esecuzione a soggetti in possesso della corrispondente attestazione SOA; in quest'ipotesi, afferma il giudice di primo grado, quando il **subappalto** è utilizzato come strumento d'integrazione della qualificazione, espressamente il legislatore ha preteso unicamente che l'importo delle categorie subappaltate debba essere compensato attraverso un corrispondente incremento della qualificazione nella categoria prevalente, senza richiedere anche l'indicazione del nominativo del subappaltatore in fase di gara, in quanto l'art. 118 del regolamento si limita a richiedere al concorrente l'indicazione della volontà di subappaltare, rimandando alla successiva fase di esecuzione dei lavori il deposito del contratto di **subappalto** e la certificazione dei requisiti di qualificazione e di quelli generali, di cui all'art. 38 del decreto legislativo n. 163/2006, in capo alle imprese subappaltatrici, a differenza di quanto accade nell'avvalimento con riguardo all'ausiliaria (che non rappresenta un soggetto terzo rispetto alla gara, dovendosi essa impegnare sia verso l'impresa concorrente sia - solidalmente - verso la stazione appaltante).

Reputa, tuttavia il Collegio, in accoglimento delle tesi esposte dall'appellante, che l'art. 118, co. 2, del D.Lgs. n. 163/2006 sottopone l'affidamento in **subappalto** alla condizione, fra le altre, che i concorrenti all'atto dell'offerta abbiano indicato i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che intendono subappaltare o concedere in cottimo. Secondo la giurisprudenza prevalente, la disposizione – che non richiede espressamente l'indicazione preventiva del nominativo del subappaltatore – va peraltro interpretata nel senso che la dichiarazione in questione deve contenere anche l'indicazione del subappaltatore unitamente alla dimostrazione del possesso, in capo a costui, dei requisiti di qualificazione, ogniqualvolta il ricorso al **subappalto** si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione, potendo essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un **subappalto** nelle sole ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al **subappalto** rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara (cfr. Cons. St., sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900; id., sez. VI, 2 maggio 2012, n. 2508; id., sez. V, 20 giugno 2011, n. 3698). L'affermazione appare pienamente coerente con lo speculare e consolidato indirizzo giurisprudenziale che circoscrive i casi di legittima esclusione del concorrente autore di una incompleta o erronea dichiarazione di **subappalto** alle sole ipotesi in cui il concorrente stesso risulti sfornito in proprio della qualificazione per le lavorazioni che ha dichiarato di voler subappaltare, mentre negli altri casi gli unici effetti negativi si avrebbero in fase esecutiva, sotto il profilo dell'impossibilità di ricorrere al **subappalto** come dichiarato (cfr., per tutte, Cons. St., sez. V, 26 marzo 2012, n. 1726; id., sez. IV, 30 ottobre 2009, n. 6708; id., sez. IV, 12 giugno 2009, n. 3696).

La ratio di tale orientamento – che il Collegio ritiene di dover condividere, non ravvisando valide argomentazioni per discostarsene – risiede nell'esigenza, ricavabile in via sistematica, che la stazione appaltante sia posta in condizione di valutare sin dall'inizio l'idoneità di un'impresa, la quale dimostri di possedere in proprio, o attraverso l'apporto altrui, le qualificazioni necessarie per l'aggiudicazione del contratto, mentre non può ammettersi che l'aggiudicazione venga disposta "al buio" in favore di un soggetto pacificamente sprovvisto dei necessari requisiti di qualificazione, al quale dovrebbe accordarsi la possibilità non soltanto di dimostrare, ma addirittura di acquisire i requisiti medesimi a gara conclusa, in violazione del principio della par condicio e con il rischio per l'amministrazione precedente che l'appaltatore così designato non onori l'impegno assunto, rendendo necessaria la ripetizione della gara (cfr., in particolare, Cons. St., n. 5900/2012 e 2508/2012, cit.).

Non convince, di contro, l'opposto orientamento, abbracciato dal giudice di prime cure ed invocato dalla difesa degli appellati, pure emerso in giurisprudenza, che, sulla scorta del dato testuale, non rinvia nell'art. 118 D.Lgs. n. 163/2006 alcun obbligo di indicare – tantomeno a pena di esclusione – il nominativo dell'impresa subappaltatrice, ancorché si tratti di lavorazioni per le quali la concorrente sia priva di qualificazione; e rifiuta, di conseguenza, la possibilità che la stessa legge di gara debba ritenersi di volta in volta eterointegrata dalla previsione di un siffatto, inesistente, obbligo (così Cons. St., sez. V, 16 gennaio 2012, n. 139). La lettera dell'art. 118 è, infatti, compatibile, come già osservato, con la sola ipotesi "fisiologica" in cui il partecipante alla gara, essendo autonomamente in possesso dei requisiti di aggiudicazione, può riservarsi per la fase esecutiva del contratto la facoltà di subappaltare una parte delle lavorazioni; nel caso in cui il **subappalto** rappresenti, invece, lo strumento per acquisire requisiti obbligatori mancanti, la riserva sul nome del subappaltatore finisce per collidere con la ragion d'essere e con il funzionamento del sistema di qualificazione delineato dal legislatore, tale apparente contraddizione dovendo allora essere superata facendo ricorso a criteri sistematici e teleologici che valorizzino, piuttosto, la funzione e i limiti connotati all'istituto del **subappalto**, attraverso il quale non possono eludersi le norme tassative sul possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

Non può dirsi d'altro canto, come, invece, erroneamente ritenuto dai primi giudici, che, aderendo all'opzione ermeneutica che distingue il **subappalto** "facoltativo" da quello "necessario", ne risulti violato il principio di tassatività delle cause di esclusione sancito dall'art. 46 co. 1-bis del D.Lgs. n. 163/2006. Nell'accezione sostanzialista fatta propria dall'Adunanza Plenaria con la sentenza 7 giugno 2012, n. 21, il principio di tassatività va inteso nel senso che l'esclusione dalle gare possa essere disposta non nei soli casi in cui disposizioni del codice o del regolamento la prevedano espressamente, ma anche nei casi in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione: e fra tali ipotesi rientra senz'altro quella del possesso dei titoli di qualificazione indispensabili per l'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto.

Merita, tuttavia, una espressa confutazione l'obiezione con cui si lamenta che la tesi, sin qui seguita dal Collegio, erroneamente finirebbe per equiparare il **subappalto** all'avvalimento sotto il profilo della qualificazione.

A riguardo, va richiamata quella consolidata giurisprudenza (Cons. St. Sez. IV, 30.10.2009, n. 6708; 12.6.2009, n. 3696; 22.9.2008, n. 4572) che, nel circoscrivere i casi di esclusione dell'impresa offerente che abbia dichiarato di volersi avvalere di un subappaltatore alle sole fattispecie in cui essa non disponga della qualificazione in relazione ai lavori interessati dal **subappalto**, implicitamente ammette che, legittimamente, l'offerente possa ricorrere al **subappalto** proprio allo scopo di integrare requisiti di qualificazione di cui non sia in possesso.

Peraltro, senza negare le differenze strutturali che intercorrono tra l'avvalimento, istituto elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, recepito dall'art. 47 della direttiva 2004/18/CE e trasfuso nell'art. 49 del decreto legislativo n. 163 del 2006, volto a consentire ad un imprenditore il possesso mediato ed indiretto dei requisiti di partecipazione ad una gara, ed il **subappalto**, contratto secondario o derivato, posto "a valle" del contratto di appalto ed attinente alla sua esecuzione, devono rilevarsi numerosi profili della disciplina di cui agli artt 37, comma 11 e 118 del codice sui contratti pubblici che,

sotto il profilo funzionale, possono essere considerati indici di un sostanziale inserimento del **subappalto** tra gli strumenti idonei a garantire la maggiore concorrenza tra gli operatori economici e l'allargamento del mercato, nella prospettiva propria dell'art. 47 della direttiva 2004/18, al pari dell'avvalimento.

Tra questi meritano rilievo: l'inserimento del **subappalto** tra gli strumenti che consentono la realizzazione di lavori ad elevato contenuto tecnologico da parte di soggetti affidatari non in grado di eseguirli nell'art. 37, disciplinante i raggruppamenti temporanei; l'obbligo a carico dei concorrenti, all'atto dell'offerta, di indicare i lavori o le parti di opere che intendono subappaltare, con la conseguenza, in caso di mancata indicazione, che l'autorizzazione al **subappalto** non potrà essere accordata; l'obbligo di deposito presso la stazione appaltante del contratto di appalto e della certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti in relazione alla prestazione subappaltata oltre alla dichiarazione relativa al possesso dei requisiti di ordine generale; l'insussistenza nei confronti del subappaltatore dei divieti previsti dall'art. 10 della legge n. 575/1965 e successive modificazioni; l'autorizzazione al **subappalto** da parte della stazione appaltante, previa verifica dei requisiti in capo al subappaltatore; la possibilità che la stazione appaltante stabilisca nel bando di gara di corrispondere direttamente al subappaltatore l'importo dovuto per le sue prestazioni; l'obbligo per il subappaltatore di praticare per le prestazioni affidate in **subappalto** gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione; la responsabilità solidale dell'appaltatore degli adempimenti da parte del subappaltatore relativi agli obblighi di sicurezza.

Si tratta di disposizioni e condizioni che, nell'intento di ridurre i margini di autonomia del rapporto appaltatore – subappaltatore, attraendolo sotto il controllo diretto della stazione appaltante ed imponendo il rispetto di regole di trasparenza volte a scongiurare i rischi di aggiramento della disciplina dell'evidenza pubblica tramite il subingresso di un soggetto diverso da quello scelto tramite la gara, tendono a stabilire una relazione diretta tra committente e subappaltatore.

Nel contempo esse soddisfano la finalità dell'art. 47, p.2 della direttiva 2004/18/CE («Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare alla amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti»), già sottolineata dalla giurisprudenza comunitaria (Corte di Giustizia C.E. 2.12.1999, n. 176), di consentire all'autorità aggiudicatrice la verifica delle capacità dei terzi ai quali un prestatore, che non soddisfa da solo i requisiti minimi prescritti per partecipare alla procedura di aggiudicazione di un appalto, intenda ricorrere, con lo scopo di fornire garanzia che l'offerente avrà effettivamente a disposizione i mezzi di cui si avvarrà durante il periodo di durata dell'appalto «a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami» con l'ausiliario e, quindi, anche in virtù di un contratto di **subappalto**.

Correttamente, quindi, va considerato il **subappalto** come strumento negoziale che, pur differenziandosi dall'avvalimento sotto il profilo strutturale, ha tuttavia in comune la funzione di allargare la possibilità di partecipazione alle gare da parte di soggetti sforniti dei requisiti di partecipazione.

Tanto premesso in ordine alla fondatezza nel merito delle tesi sostenute nell'appello principale, occorre dar conto dell'eccezione sollevata dall'impresa Salvatore Matarrese s.p.a. secondo cui l'appello sarebbe inammissibile in quanto, anche a voler seguire la tesi dell'appellante - condivisa da questo Collegio - pure il RTI Valori dovrebbe essere escluso dalla procedura, in quanto, pur non essendo in possesso di una parte delle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria previste dal bando di gara (nella specie, OG11, OS10, OS11, OS12 e OS13), alla stessa stregua di quanto contestato all'impresa Matarrese, pure il RTI Valori non avrebbe indicato in sede di prequalifica il nome dei soggetti destinati ad operare quali subappaltatori, donde l'eccepcionata carenza di interesse.

L'eccezione di parte appellata è priva di fondamento, in quanto, come correttamente evidenziato dalla difesa dell'appellante RTI e come risulta documentalmente provato, il RTI Valori con la presentazione dell'offerta ha puntualmente reso una dichiarazione recante indicazione sia di tutte le categorie a qualificazione obbligatoria (tra quelle individuate dalla legge di gara) e delle sottostanti lavorazioni che si rendeva necessario subappaltare per mancanza di autonoma qualificazione, sia del nominativo delle imprese indicate come subappaltatrici per ciascuna categoria (e lavorazione) non autonomamente posseduta (Fegotto Costruzioni s.a.s. e Ritonnaro Costruzioni s.r.l.) e, al contempo, a corredo di tale indicazione, ha allegato in gara una puntuale dichiarazione di impegno, resa dagli anzidetti subappaltatori a prestare il **subappalto** in favore del RTI, nonché la documentazione attestante il possesso in capo ad entrambe le imprese subappaltatrici dei requisiti generali di moralità (dichiarazione ex art. 38) e dei requisiti speciali di qualificazione (attestazione SOA).

Le cennate indicazioni, dichiarazioni ed attestazioni sono state correttamente rese e prodotte dal RTI odierno appellante in sede di presentazione dell'offerta, ovvero esattamente nella fase della procedura all'uopo indicata dalla normativa primaria di riferimento (art. 118, co. 2, D.Lgs. n. 163/2006, a tenore del quale «i concorrenti» rendono la dichiarazione di **subappalto** «all'atto dell'offerta»), ed in conformità a quanto testualmente prescritto dal bando di gara (§ VI.3, a tenore del quale «contestualmente all'offerta dovranno indicarsi le opere che si intendono subappaltare ai sensi dell'art. 118»).

Da ciò consegue il concreto interesse del RTI Valori alla coltivazione del ricorso e dell'appello principale e l'infondatezza delle censure riproposte in via incidentale dall'impresa Matarrese, siccome tutte fondate sull'unico comune presupposto costituito dal preteso mancato adempimento degli anzidetti oneri da parte del RTI Valori in sede di prequalifica.

Ribadito che sia l'impresa Matarrese, prima graduata, che il secondo graduato Cavalleri Ottavio s.p.a. non hanno prodotto neppure in sede di offerta una valida dichiarazione di **subappalto**, vi è che, alla luce degli indici normativi vigenti in materia e delle espresse indicazioni del bando di gara, il RTI odierno appellante ha correttamente e tempestivamente assolto l'onere in questione, rendendo la dichiarazione di **subappalto** all'atto della presentazione delle offerte.

L'art. 118, co. 2, D.Lgs. n. 163/2006, infatti, prescrive che "i concorrenti" debbano rendere la dichiarazione "all'atto dell'offerta".

Riferendosi la norma rispettivamente al "concorrente" e all' "offerta" la dichiarazione di **subappalto** non può che essere resa al momento della partecipazione alla gara vera e propria che, nelle procedure ristrette quale quella in questione si ha dopo l'invito a partecipare e, quindi, dopo la fase di prequalifica.

In effetti, ove il legislatore avesse inteso anticipare la sede ed il tempo in cui rendere la dichiarazione di **subappalto**, avrebbe operato un riferimento non già ai "concorrenti", ma ai "candidati" (tali sono gli operatori che chiedono di poter partecipare ad una procedura ristretta) ed alla domanda di partecipazione (che precede l'invito a partecipare alla gara vera e propria e, quindi, la presentazione delle offerte).

Per espressa previsione del bando di gara (punto VI.3, lettera c), la dichiarazione di **subappalto** doveva essere resa dai concorrenti invitati solo al momento di presentazione dell'offerta.

La c.d. fase di prequalifica, costituisce una fase preliminare, prodromica alla gara vera e propria, mediante la quale la stazione appaltante si limita a verificare la disponibilità del mercato e, quindi, ad individuare la platea dei potenziali concorrenti da invitare alla procedura di affidamento in senso proprio.

E, invero, mentre la fase di prequalifica ha il dichiarato scopo di individuare i potenziali soggetti da invitare come concorrenti, la fase di presentazione delle offerte, invece, ha lo scopo di accertare in concreto la sussistenza dei requisiti di ordine generale e speciale in capo ai soggetti invitati e a tal fine impone di comprovare i requisiti richiesti per l'ammissione alla procedura.

Se, dunque, la fase di prequalifica assume una valenza meramente esplorativa, avente carattere sommario e prodromico rispetto al procedimento selettivo vero e proprio, ne consegue che la concreta e definitiva dimostrazione della qualificazione del concorrente mediante il **subappalto** necessario debba correttamente intervenire dopo l'espletamento della fase esplorativa preordinata ad una prima selezione dei soggetti potenzialmente idonei a concorrere (c.d. fase di prequalifica), ossia nella successiva fase di presentazione delle offerte vere e proprie, quando il candidato sia divenuto effettivamente un concorrente.

Tanto più che, come si è detto, nella specie è lo stesso bando di gara a prescrivere che le dichiarazioni circa il **subappalto** avrebbero dovuto essere rese solo all'atto della presentazione delle offerte e, quindi, dopo la celebrazione della fase di prequalifica.

Considerato, pertanto, che, conformemente ai principi applicabili al caso di specie e secondo quanto previsto dall'art. 118, co. 2 d.lgs. n. 163/2006 e dal bando di gara, i concorrenti alla procedura in discorso avrebbero dovuto qualificarsi mediante il **subappalto** necessario all'atto di presentazione dell'offerta, ANAS avrebbe dovuto escludere dalla procedura di gara tutti gli offerenti che a tale momento non risultavano compiutamente qualificati nelle categorie scorparabili a qualificazione obbligatoria, mediante indicazione nominativa dei subappaltatori.

Così individuata la regola iuris valevole per il caso in esame, l'appello principale deve trovare accoglimento.

Nel caso di specie, infatti, tanto il consorzio stabile Valori che l'impresa Doronzo Infrastrutture, odierne appellanti, in sede di prequalifica hanno entrambi attestato il possesso di qualificazione illimitata nella categoria prevalente OG3 (per la Classifica VIII^A) e quindi hanno attestato la propria potenziale idoneità a concorrere all'affidamento; successivamente, il RTI Valori, una volta invitato alla procedura, all'atto dell'offerta, ha altresì comprovato di possedere la capacità "specifica" occorrente per eseguire effettivamente l'appalto anche mediante la dichiarazione di **subappalto** necessario.

Viceversa, tale dimostrazione non è stata in alcun modo offerta né della società aggiudicataria, Matarrese, né dalla società seconda graduata, Cavalleri Ottavio.

L'acclarata illegittimità dell'ammissione delle imprese Matarrese e Cavalleri reagisce sui risultati della gara, imponendo la riformulazione della graduatoria, che vede al primo posto non più il raggruppamento controinteressato, ma l'appellante principale, cui la gara dovrà essere pertanto aggiudicata; in materia di contratti pubblici, ai sensi dell'art. 124 del codice, l'accoglimento della domanda di conseguire l'aggiudicazione e il contratto è comunque condizionato alla dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente stipulato ai sensi degli artt. 121, co. 1, e 122 (laddove, se il giudice non dichiara l'inefficacia del contratto, dispone il risarcimento del danno per equivalente, subito e provato).

La complessità della vicenda contenziosa sottoposta all'esame e gli evidenziati diversi orientamenti giurisprudenziali giustificano l'integrale compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, accoglie l'appello e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 novembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Nicola Russo, Consigliere, Estensore

Raffaele Greco, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 13/03/2014

IL SEGRETARIO

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