

In materia di appalti pubblici e procedure ad essi assimilabili, tutte le imprese raggruppate in associazione temporanea, comprese le mandanti, devono essere in possesso (in tutto od in parte, a seconda della normativa speciale di settore applicabile) dei prescritti requisiti di affidabilità economico finanziaria e tecnica, per essere chiamate alla diretta assunzione di responsabilità solidale nell'adempimento dell'intera obbligazione; sia con le clausole generali di correttezza e buona fede, che sempre presiedono alla fase delle trattative precontrattuali, anche quando parte ne sia la P.A.

il Consiglio di stato con la decisione numero 550 del 21 febbraio 2005 si sofferma su di un fondamentale principio in tema di redazione dei bandi di gara:

<la Pubblica amministrazione, nel predisporre gli atti di una gara d'appalto, ha l'onere di indicare con estrema chiarezza i requisiti richiesti alle imprese partecipanti, onde evitare che il principio di massima concorrenza tra le stesse imprese, cui si correla l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta, possa essere in concreto vanificato da clausole equivoche non chiaramente percepibili dai soggetti partecipanti; e pertanto le disposizioni con le quali siano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara, ove indichino in modo equivoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni e, quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili>

ma non solo. Lo scopo è quello di:

<di tutelare, in sostanza, l'interesse dell'Amministrazione pubblica a che le singole imprese, per la qualificazione imprenditoriale e morale che hanno, siano nelle condizioni di poter correttamente adempiere le obbligazioni che sono state riservate a ciascuna di esse>

a cura di Sonia Lazzini

R E P U B B L I C A I T A L I A N A - IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) ha pronunciato la seguente
D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 4266 del 2004, proposto da

CONSORZIO **** soc. coop. a r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

in proprio e quale designato mandatario della Società Cooperativa Edilizia **** a r.l. e della Società Cooperativa Edilizia "*****" a r.l.,

rappresentato e difeso dall'avv.to Calogero Narese ed elettivamente domiciliato presso lo studio Grez, in Roma, lungotevere Flaminio, 46, pal. IV, scala B,

c o n t r o

il COMUNE di GROSSETO,

in persona del Sindaco p.t.,

costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv.to Paolo Stolzi ed elettivamente domiciliato presso lo studio dell'avv. Roberto Ciociola, in Roma, via Flaminia, 79

e nei confronti di

- SOCIETA' COOPERATIVA EDILIZIA ***** a r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio in proprio e quale soggetto designato come mandatario del raggruppamento temporaneo con *****+;

- *****

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio;

SOCIETA' COOPERATIVA ***** a r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio;

- SOCIETA' COOPERATIVA ***** a r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio;

SOCIETA' ***** ELIO & C. a r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio;

SOCIETA' ***** COSTRUZIONI a r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

costituitasi in giudizio, rappresentata e difesa dagli avv.ti Valerio Menaldi e Carlo Malinconico ed elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo, in Roma, piazza dei Caprettari, 70;

- SOCIETA' ***** STEFANO a r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio;

ciascuna in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitesi in giudizio;

***** S.c.r.l. (CCE),

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio;

- **** s.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio;

COOPERATIVA **** s.c.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio;

- **** s.c.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio;

- ****. s.c.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio;

- **** s.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio;

in proprio tutte e quale mandataria – la prima – e quali mandanti – tutte le altre – di costituendo raggruppamento temporaneo;

DIRIGENTE del SERVIZIO FINANZIARIO del COMUNE di GROSSETO,

non costituitosi in giudizio;

COOPERATIVA **** s.c.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio;

- COOPERATIVA **** s.c.r.l.,

in persona del legale rappresentante p.t.,

non costituitasi in giudizio;

**** Antonio,

quale Presidente e legale rappresentante p.t. della COOPERATIVA ***** s.c.r.l.,

non costituitosi in giudizio,

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana n. 737/04, per la parte in cui rigetta e/o dichiara inammissibile il ricorso n. 1968/2003 ed i relativi motivi aggiunti.

Visto il ricorso, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di: COMUNE di GROSSETO; SOCIETA' COOPERATIVA EDILIZIA ***** a r.l. (in proprio e quale soggetto designato come mandatario del raggruppamento temporaneo con ***)

Visto che non si sono invece costituiti in giudizio: ***;

Visto l'appello incidentale proposto da SOCIETA' ***** COSTRUZIONI a r.l.;

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

Vista l'Ordinanza n. 2480/04, pronunciata nella Camera di Consiglio del 28 maggio 2004, di accoglimento dell'istanza incidentale di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata;

Visto il dispositivo di sentenza 494/04;

Visti gli atti tutti della causa;

Data per letta, alla pubblica udienza del 18 novembre 2004, la relazione del Consigliere Salvatore Cacace;

Uditi, alla stessa udienza, l'avv. Fausto Falorni, in sostituzione dell'avv. Calogero Narese, per l'appellante principale, l'avv.to Paolo Stolzi per il Comune di Grosseto e l'avv. Luciano Giorgi, in sostituzione dell'avv. Carlo Malinconico per l'appellante incidentale, nonché lo stesso per SOCIETA' COOPERATIVA EDILIZIA ***** a r.l.;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

F A T T O

Con ricorso ritualmente notificato, il Consorzio ***** Soc. coop. a r.l., in proprio e quale designato mandatario della Società Cooperativa Edilizia ***** a r.l. e della Società Cooperativa Edilizia "*****" a r.l., ha proposto appello avverso la sentenza indicata in epigrafe, nella parte in cui il T.A.R. per la Toscana ha respinto il ricorso principale dalla stessa proposto avverso la determinazione dirigenziale del Comune di Grosseto n. 2116 in data 13 ottobre 2003, con la quale è stata approvata la graduatoria definitiva per l'assegnazione delle aree PEEP di via de' Barbieri in Grosseto, con contestuale assegnazione dei dieci lotti del Piano di zona al costituendo raggruppamento avente quale designata mandataria la Cooperativa Edilizia ***** a r.l., nonché per l'annullamento previa sospensione di tutti gli atti presupposti, conseguenti e comunque connessi.

Si è costituita in giudizio, deducendo l'infondatezza del gravame in fatto e diritto, la controinteressata SOCIETA' COOPERATIVA EDILIZIA ***** a r.l., in proprio e quale soggetto

designato come mandatario del raggruppamento temporaneo con ****. – CONSORZIO **** ARTIGIANI EDILI SOC. COOP. A r.l., con la SOCIETA' COOPERATIVA **** a r.l., con la SOCIETA' COOPERATIVA **** a r.l., con la SOCIETA' **** ELIO & C. a r.l., con la SOCIETA' **** STEFANO a r.l.

Si è pure costituita in giudizio per resistere la **** Costruzioni s.r.l., anch'essa mandataria del citato raggruppamento, che ha altresì proposto appello incidentale al fine di censurare la stessa pronuncia nelle parti in cui ha respinto le eccezioni e doglianze da essa proposte, anche con ricorso incidentale, in primo grado.

Si è pure costituito in giudizio il Comune di Grosseto, che contesta la fondatezza delle censure tanto dell'appello principale quanto dell'appello incidentale.

Con Ordinanza collegiale della Sezione n. 2480/04, pronunciata nella Camera di Consiglio del 28 maggio 2004, è stata accolta l'istanza incidentale di sospensione dell'efficacia della sentenza impugnata.

Le parti hanno poi ribadito le rispettive domande e difese con articolate memorie.

La causa è stata chiamata e trattenuta in decisione alla udienza pubblica del 18 novembre 2004.

DIRITTO

1. – In fatto giova premettere quanto segue.

1.1 - Con delibere della Giunta Comunale n. 355 del 2001, n. 599 del 2001, n. 731 del 2001, n. 864 del 2001, il Comune di Grosseto approvava un avviso di gara – successivamente modificato con delibera della Giunta Comunale n. 215 del 2002 - per l'assegnazione unitaria del comparto PEEP ubicato in Grosseto, alla via de' Barbieri; la procedura di scelta del contraente del Comune era regolata dal Regolamento per la concessione del diritto di superficie e per la cessione del diritto di proprietà sulle aree destinate ad Edilizia Residenziale Pubblica, approvato con delibera di Consiglio Comunale n. 136 del 21 dicembre 2000.

Il menzionato avviso prevedeva, al punto 4, la possibilità che potessero partecipare alla gara anche imprese temporaneamente riunite, disponendo che esse, in tale ipotesi, dovessero possedere i requisiti stabiliti dal Regolamento Comunale Assegnazioni Aree Peep, approvato con la delibera di Consiglio Comunale n. 136 del 2000 e precisava che “tali requisiti devono essere posseduti da tutti i soggetti partecipanti alla data di scadenza del presente Avviso”.

Il punto 4 del citato Regolamento per la concessione del diritto di superficie e per la cessione del diritto di proprietà sulle aree destinate ad Edilizia Residenziale Pubblica disponeva che “qualora la domanda pervenga da Imprese e/o da loro Consorzi e/o da Associazioni temporaneamente riunite di Imprese deve essere allegata la seguente documentazione:

(... omissis ...)

c) certificazione comprovante il possesso dei requisiti di tipo generale e speciale introdotti con il D.P.R. 34/2000 e successive modificazioni in un ambito temporale di almeno 10 anni”.

Prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte, la Cooperativa edilizia **** richiedeva all'Amministrazione Comunale alcuni chiarimenti in merito alla appena riportata disposizione, domandando se “in caso di presentazione della domanda di partecipazione da parte di

Associazione/Raggruppamento temporaneo le imprese devono possedere la certificazione SOA”, interrogativo cui il Comune di Grosseto rispondeva con nota del 19 luglio 2002, affermando che “le imprese esecutrici dei lavori debbono possedere le qualificazioni per le categorie delle opere eseguite”.

All’avviso di gara rispondevano quattro raggruppamenti temporanei, tra i quali il costituendo raggruppamento ***** – di cui faceva parte l’Impresa ***** s.r.l. - , quello di cui era designato mandatario il Consorzio *****, nonché l’associazione temporanea di imprese i “Barbareschi”.

Il 27 agosto 2002 veniva nominata la Commissione di valutazione tecnica ed il 24 gennaio 2003 quest’ultima procedeva all’apertura dei plichi contenenti le proposte di progetto unitario depositate dai concorrenti.

Nel corso della riunione del 26 febbraio 2003 – oggetto del verbale n. 3 – la Commissione procedeva alla verifica del raggruppamento i “Barbareschi” e delle Imprese temporaneamente riunite di cui era mandataria la *****.

Con riferimento all’Associazione i “Barbareschi” la Commissione rilevava che la Coop.va ***** 1 non aveva sufficientemente dimostrato il possesso di alcuni dei requisiti richiesti.

In particolare, la Commissione rilevava che dalla documentazione prodotta non era possibile stabilire che la Coop.va ***** 1 non fosse in stato di fallimento e non fosse stata sottoposta a procedure fallimentari nel quinquennio antecedente la data del bando di gara, inoltre non aveva fornito l’elenco dei soci interessati al programma del bando né era stato dichiarato il possesso dei requisiti del socio e relativo nucleo familiare.

In relazione al raggruppamento di cui era mandataria la ***** la Commissione rilevava che l’Impresa ***** non aveva presentato la certificazione SOA.

Nella seduta del 5 marzo 2003 la Commissione di valutazione tecnica decideva di richiedere a tutti i partecipanti l’integrazione delle domande; la Coop. ***** 1 rispondeva con raccomandata del 1° aprile 2003 e trasmetteva: 1. certificato della C.C.I.A.A. di Grosseto attestante l’insussistenza di stato di fallimento, di liquidazione, di ammissione a concordato preventivo o amministrazione controllata, relativamente al quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara; 2. dichiarazione del Presidente della Cooperativa da quale risultava il numero dei soci iscritti alla data del bando, con indicazione del capitale sociale della Cooperativa e 3. autodichiarazione del Presidente della Cooperativa relativa ai requisiti soggettivi posseduti anche dai componenti del nucleo familiare dei soci elencati nella domanda di partecipazione al bando.

L’Impresa ***** rispondeva alla richiesta dell’Amministrazione con raccomandata del 28 marzo 2003, in allegato alla quale trasmetteva copia del proprio statuto e con la quale precisava – in relazione alla certificazione SOA – che essa, pur possedendo i requisiti, non aveva la certificazione SOA al momento della pubblicazione dell’avviso pubblico e che essa – sulla scorta della risposta avuta dall’Amministrazione in relazione alla richiesta di chiarimenti – non avrebbe eseguito direttamente alcun lavoro tra quelli da realizzare per l’intervento di cui all’avviso pubblico del PEEP di via de’ Barbieri, in Grosseto.

Nella seduta del 13 giugno 2003 – oggetto del verbale n. 5 – la Commissione riteneva ammissibile la partecipazione del raggruppamento di cui è mandataria la ***** – evidenziando che “soltanto le imprese esecutrici dei lavori potranno essere coloro che risultavano alla data del bando

e al momento dell'esecuzione dei lavori in possesso del requisito della certificazione SOA" – ed escludeva dalla gara il raggruppamento denominato i "Barbareschi".

A conclusione dei suoi lavori, la Commissione nel corso della seduta del 4 luglio 2003 – oggetto del verbale n. 6 – formulava la proposta di graduatoria provvisoria, nella quale il costituendo raggruppamento **** risultava primo graduato, con 68 punti, mentre il costituendo raggruppamento Consorzio **** riportava 62 punti.

Di tale proposta di graduatoria la Giunta comunale prendeva atto con deliberazione n. 486 del 15 luglio 2003 e con deliberazione n. 1572 del 17 luglio 2003 il dirigente approvava la graduatoria provvisoria, che veniva pubblicata all'albo pretorio, onde consentire la formulazione di eventuali osservazioni ed opposizioni.

L'associazione temporanea i "Barbareschi" presentava motivi di opposizione alla graduatoria provvisoria, che venivano esaminati e respinti dalla Commissione in data 24 settembre 2003; il costituendo raggruppamento Consorzio **** presentava in data 28 luglio 2003 le proprie osservazioni ed opposizioni, che venivano respinte dalla Commissione e la graduatoria definitiva veniva approvata con determinazione dirigenziale n. 2116 del 13 ottobre 2003.

Il Consorzio **** – in proprio e quale soggetto designato mandatario – con atto notificato il giorno 11 novembre 2003, proponeva, avverso gli indicati provvedimenti, ricorso dinanzi al T.A.R. per la Toscana (R.g. n. 1968/2003); in data 15 dicembre 2003 formulava motivi aggiunti.

L'Impresa **** – mandante nel raggruppamento avente quale designata mandataria la Coop. **** – formulava ricorso incidentale nel citato procedimento con atto notificato in data 15 dicembre 2003.

Con la sentenza indicata in epigrafe il T.A.R. respingeva sia il ricorso incidentale che quello principale.

Avverso la sentenza medesima (per la parte in cui il T.A.R. per la Toscana ha respinto il ricorso principale dalla stessa proposto avverso la determinazione dirigenziale del Comune di Grosseto n. 2116 in data 13 ottobre 2003, con la quale è stata approvata la graduatoria definitiva per l'assegnazione delle aree PEEP di via de' Barbieri in Grosseto, con contestuale assegnazione dei dieci lotti del Piano di zona al costituendo raggruppamento avente quale designata mandataria la Cooperativa Edilizia **** a r. l., nonché per l'annullamento previa sospensione di tutti gli atti presupposti, conseguenti e comunque connessi) ha proposto appello principale il Consorzio **** Soc. coop. a r.l., in proprio e quale designato mandatario della Società Cooperativa Edilizia **** a r.l. e della Società Cooperativa Edilizia "*****" a r.l.

La controinteressata **** Costruzioni s.r.l., mandataria del citato raggruppamento ****, ha proposto appello incidentale al fine di censurare la stessa pronuncia nelle parti in cui ha respinto le eccezioni e doglianze da essa proposte, anche con ricorso incidentale, in primo grado.

2. – Venendo, ordunque, agli odierni appelli, tra tutte le questioni proposte all'attenzione del Giudice, sia come domanda sia come eccezione, da qualsiasi parte costituita, devono esaminarsi con priorità logica tutte le questioni di rito, o che comunque incidano sui presupposti processuali dell'azione.

Va, dunque, dedicata prioritaria attenzione all'appello incidentale proposto da **** Costruzioni s.r.l., mandante nel raggruppamento risultato aggiudicatario nella procedura de qua ed avente quale

designata mandataria la Cooperativa Edilizia **** a r. l., laddove ripropone le eccezioni e doglianze già formulate in primo grado, anche con ricorso incidentale, e respinte dal T.A.R.

Va premesso che il secondo motivo di tale appello investe con una eccezione di irricevibilità, a ben vedere, non tanto l'intero ricorso principale di primo grado, quanto la sua sola prima censura, corrispondente alla prima delle doglianze svolte con l'appello principale qui all'esame, sicché varrà posporre la sua trattazione all'atto dell'esame di detta doglianza.

Quanto al terzo motivo dell'appello incidentale, con il quale si censurano passi della motivazione che ha condotto il T.A.R. a respingere la citata prima doglianza del ricorso principale di primo grado (statuizione comunque in sé favorevole, nelle sue conclusioni, all'odierna appellante incidentale), la sua trattazione seguirà logicamente quella del mérito del già indicato primo motivo dell'appello principale.

Resta da esaminare, dunque, al momento, la prima censura dell'appello incidentale, il cui preliminare esame consegue all'applicazione del citato criterio della priorità logica delle questioni preliminari di rito e dei motivi che comunque incidono o possono incidere sui presupposti processuali dell'azione, avendo il motivo in questione sostanzialmente natura di eccezione di inammissibilità dell'appello principale per difetto di legittimazione e di interesse del Consorzio **** Soc. coop. a r.l.

Deduce, infatti, l'appellante incidentale che il Consorzio **** Soc. coop. a r.l. avrebbe dovuto essere escluso dalla gara per non aver prodotto lo studio idrologico – idraulico richiesto dall'avviso pubblico, che ha regolato la procedura selettiva de qua.

Secondo le tesi della difesa dell'appellante incidentale, “le previsioni degli atti di gara in ordine all'obbligo, a pena di esclusione, dell'allegazione dello studio idrogeologico – idraulico non erano dubbie: e sul punto il ragionamento del TAR [che ha respinto uguale doglianza formulata in primo grado] si profila come viziato per palese travisamento delle previsioni richiamate e per error in iudicando” (pag. 39 app. inc.).

Risulta anzitutto evidente, dagli atti di gara, che il Consorzio **** Soc. coop. a r.l. non ha presentato, nella sede della procedura selettiva de qua, il citato studio.

Ciò non comporta, tuttavia, ad avviso del Collegio, che la proposta dal Consorzio formulata dovesse per questo essere esclusa dalla procedura medesima.

Prevede, invero, il punto 2. dell'avviso in questione che “All'assegnatario in diritto di proprietà dei lotti dell'intero comparto P.E.E.P. n. 1 – 2 Via de Barberi, compete ... la esecuzione diretta, a propria cura e spese, contestualmente alla realizzazione dell'intervento edificatorio sull'intero comparto, delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria. La realizzazione diretta di tali opere deve intendersi effettuata: ... b. secondo quanto previsto dal Piano di Zona di detto comparto ed in conformità al progetto esecutivo redatto dall'assegnatario ed approvato da parte del Comune di Grosseto”.

Proprio al fine di garantire il rispetto di tale prescrizione, è poi previsto, alla lett. c. del successivo punto 4., l'obbligo di produrre una dichiarazione di “impegno dei proponenti, a presentare la progettazione esecutiva, per la realizzazione delle opere di urbanizzazione, anche per stralci funzionali, in osservanza della proposta unitaria, compatibilmente con le Norme di Attuazione del Piano, da presentare entro 60 giorni dalla data di assegnazione dell'area”.

E' in tale contesto che va dunque letta la prescrizione, di cui al prologo dell'avviso medesimo, secondo cui "il progetto delle opere di urbanizzazione primaria del P.E.E.P. dovrà essere corredato dello studio idrologico – idraulico ...".

Poiché, infatti, per "progetto delle opere di urbanizzazione primaria del P.E.E.P" non può che intendersi quello di cui ai veduti punti 2. e 4.c. dell'avviso, è evidente che lo studio, del cui preteso obbligo di produzione a pena di esclusione dalla gara si controverte, a tale progetto esecutivo va allegato e non certo alla proposta, presentata nella gara all'esame ai fini della assegnazione dei lotti del P.E.E.P. in argomento; e tanto meno pare potersi ravvisare un obbligo di allegazione a detta proposta a pena di esclusione, dal momento che, in assenza di qualsiasi riferimento testuale in tal senso rinvenibile nell'avviso di gara in esame, è da applicarsi il ben noto principio, secondo cui nelle pubbliche gare le cause di esclusione, incidendo sull'autonomia privata delle imprese e limitando la libertà di concorrenza nonché il principio di massima partecipazione alle gare pubbliche, sono tassative e non possono essere interpretate analogicamente (v. Consiglio Stato, sez. IV, 21 agosto 2002, n. 4268).

L'avviso di gara è dunque, a parere del Collegio, chiaro nel non prescrivere l'obbligo di presentazione del detto studio in sede di partecipazione alla gara; ed a diversa conclusione non può pervenirsi sol per il fatto che, come previsto dall'avviso stesso, "la proposta di progetto unitario che risulterà aggiudicataria ... sarà recepita dall'Amministrazione Comunale e costituirà oggetto di apposita variante urbanistica del Piano di Zona ...", atteso che, ove, dalla detta natura di proposta di variante urbanistica assunta dalla proposta vincitrice, potesse inferirsi la necessità di allegazione alla stessa del discusso studio ideologico – geologico, il bando avrebbe dovuto esser fatto oggetto di apposita e tempestiva impugnazione, il che non è stato.

D'altra parte, anche a voler seguire l'appellante incidentale nei suoi richiami alla normativa sui lavori pubblici (per vero non del tutto pertinenti, vertendosi in un ambito che né dal punto di vista oggettivo né da quello soggettivo pare riconducibile a quello che la legge n. 109/94 individua per l'applicabilità delle sue disposizioni e del relativo regolamento), valga notare che l'art. 25 del D.P.R. n. 554/99 ricomprende lo studio idrogeologico fra i documenti posti a base della "relazione descrittiva del progetto definitivo", per poi porre in relazione detto studio con le soluzioni adottate in sede di progetto definitivo (art 37).

Appare chiaro che a nessuna di dette fasi della progettazione è riconducibile il "progetto unitario di massima", richiesto, ai fini della formulazione della proposta, ai concorrenti della gara in questione, sì che va condivisa l'affermazione del T.A.R., secondo cui lo studio idrologico – idraulico non doveva "essere presentato ai fini dell'assegnazione e, pertanto, non facesse parte dell'offerta" (pag. 13 sent.).

Anche, poi, a voler rinvenire nel citato "progetto unitario" richiesto nella gara de qua (anche) i caratteri di progetto preliminare delle opere di urbanizzazione primaria (ma ciò, invero, sembra ben arduo, mancandone tutti gli elementi indicati dagli artt. 18 e 19 del D.P.R. n. 554/99), valga notare che, in sede di progetto preliminare di lavori pubblici, sono necessarie, nel campo idrogeologico, non un vero e proprio "studio", ma "indagini ... preliminari" e cioè "indagini ... di prima approssimazione delle aree interessate", che rappresentano qualcosa di ben diverso dallo "studio", che l'odierno appellante incidentale pretende esser dovuto in sede di formulazione della proposta, di cui si discute.

Se così è e se dunque nessuno studio ideologico – geologico doveva essere presentato ai fini della valida partecipazione alla procedura in argomento in vista della assegnazione di aree P.E.E.P., appare corretta l'impostazione data alla gara dal Comune, che ha conferito rilievo alla "valutazione

– per quanto generale e di massima – dello stato idraulico – idrologico dell’area ... ad opera delle partecipanti” (pag. 11 mem. depositata in data 5 novembre 2004), in sede di criteri di attribuzione di punteggio per la “qualità del progetto”.

Il primo motivo dell’appello incidentale, in definitiva, è da respingere.

3. – Viene ora in rilievo la prima censura formulata con l’appello principale, con la quale viene riproposto, ampiamente criticando la sentenza di primo grado che lo ha disatteso, il primo motivo dell’originario ricorso principale, con cui si lamentava la violazione delle norme di gara per la mancata esclusione dalla gara stessa del costituendo raggruppamento avente quale designata mandataria la ****, in ragione della mancanza della certificazione SOA in capo alla mandante ****, la quale – al momento della presentazione dell’offerta – era certamente di essa priva; e, ove dette norme (avviso e Regolamento) dovessero essere interpretate nel senso di consentire la partecipazione alla gara ad imprese prive di attestazione SOA, l’illegittimità delle stesse, per violazione delle disposizioni in materia di qualificazione delle imprese, contenute nella legge n. 109/94, nel D.P.R. n. 554/99 e nel D.P.R. n. 34/2000.

3.1 – A detto motivo si appalesa preliminare l’eccezione di irricevibilità formulata con l’appello incidentale, a tenore della quale l’impugnazione sarebbe tardiva in relazione alla “immediata lesività della nota dell’Amministrazione Comunale del 19.07.2002 (le imprese esecutrici dei lavori debbono possedere le qualificazioni per le categorie da eseguire) il cui contenuto viene recepito dalla Commissione, che, nella seduta del 13.06.2003, sulla scorta delle integrazioni presentate dalla **** ed afferenti tale nota, riteneva ammissibile la partecipazione” (pag. 55 app. inc.).

L’eccezione si rivela infondata.

A parte, invero, il fatto che l’appellante incidentale non ha fornito alcuna prova circa la conoscenza della citata nota in data anteriore al 28 luglio 2003 (ch’è la data di presentazione di opposizioni alla graduatoria provvisoria da parte dell’odierna appellante principale, data rispetto alla quale il T.A.R., con statuizione non opposta e dunque passata in giudicato, ha dichiarato la tempestività sul punto del ricorso principale di primo grado) e che, invece, è principio pacifico in giurisprudenza quello secondo cui è onere dell’eccipiente la tardività dell’impugnazione fornire rigorosa prova del momento esatto in cui controparte abbia avuto piena conoscenza dell’atto lesivo, occorre sottolineare che detta nota (indirizzata peraltro non alla ricorrente originaria ed odierna appellante principale, ma alla sua controinteressata Coop. Edil – Tel) non valeva a realizzare una sostanziale modificazione delle prescrizioni in proposito contenute nell’avviso di gara, giacché, promanando da organo diverso (sia da quello che aveva emanato l’avviso di gara che dalla Commissione di valutazione), non poteva rivestire valore di interpretazione autentica ed ancor meno poteva comportare un effetto modificativo ovvero integrativo delle prescrizioni della lex specialis di cui all’avviso, non solo perché promanante da organo diverso, ma anche perché non avente natura provvedimentale e, soprattutto, perché diretta esclusivamente nei confronti di una delle odierne appellate (la Coop. Edil – Tel, mandataria del raggruppamento poi risultato aggiudicatario), in assenza, quindi, di alcuna forma di pubblicità erga omnes o quanto meno nei confronti degli altri soggetti partecipanti alla gara.

Senza, peraltro, considerare che comunque, anche a voler ritenere sussistente un possibile effetto integrativo o modificativo dell’avviso di gara ad opera della nota stessa, resta il fatto che la sua lesività non poteva che manifestarsi, nei riguardi di qualsiasi partecipante alla gara, solo nel momento in cui fosse risultato aggiudicatario della medesima un soggetto ad essa ammesso proprio in forza della detta integrazione della lex specialis della gara.

Nemmeno, poi, può parlarsi di acquiescenza o tardività della doglianza di cui al primo motivo del ricorso principale di primo grado (primo motivo dell'odierno appello principale) in relazione alle prescrizioni dell'avviso e del Regolamento, che risultano impugnate solo in via estremamente subordinata, sì che non ricorrea alcun interesse alla impugnazione immediata delle prescrizioni di che trattasi in capo al ricorrente regolarmente in possesso dell'attestazione SOA; detto interesse essendo invece suscettibile di materializzarsi (come infatti nella specie può dirsi concretizzato) solo nel momento in cui, in forza di una certa interpretazione data alle regole di gara (interpretate, cioè, nel senso della non necessità del possesso di attestazione SOA da parte di ciascuno dei partecipanti alla procedura), un siffatto concorrente fosse risultato pretermesso nella aggiudicazione al concorrente privo della discussa attestazione.

A tacer d'altro, basti comunque ricordare che la questione relativa all'onere di immediata impugnazione del bando di gara, è stata di recente esaminata dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con decisione n. 1 del 2003.

L'Adunanza Plenaria ha ribadito il costante orientamento della giurisprudenza, secondo cui solo le clausole del bando o della lettera di invito che precludono la partecipazione dell'interessato alla procedura concorsuale, appaiono idonee a generare una lesione immediata, diretta ed attuale, nella situazione soggettiva dell'interessato, ed a suscitare, di conseguenza, un interesse immediato alla impugnazione.

Ha poi osservato l'Adunanza Plenaria che "le clausole del bando che debbono essere immediatamente impugnate sono, di norma, quelle che prescrivono requisiti di ammissione o di partecipazione alle gare per l'aggiudicazione, dal momento che la loro asserita lesività non si manifesta e non opera per la prima volta con l'aggiudicazione, bensì nel momento anteriore nel quale tali requisiti sono stati assunti come regole per l'amministrazione (Cons. Stato, Sez. IV, 27 marzo 2002 n. 1747).

Ciò che quindi, appare decisivo, ai fini dell'affermazione dell'onere di immediata impugnazione delle clausole che prescrivono requisiti di partecipazione è pertanto non soltanto il fatto che esse manifestino immediatamente la loro attitudine lesiva, ma il rilievo che le stesse, essendo legate a situazioni e qualità del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara, risultino esattamente e storicamente identificate, preesistenti alla gara stessa, e non condizionate dal suo svolgimento e, perciò, in condizioni di ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto che ha chiesto di partecipare alla gara od alla procedura concorsuale.

Clausole così caratterizzate riguardano, in primo luogo, requisiti soggettivi degli aspiranti partecipanti al concorso. Val quanto dire che esse riguardano direttamente ed immediatamente i soggetti stessi (e non le loro offerte o le ulteriori attività connesse con la partecipazione alla gara), e per tale ragione producono nei loro confronti effetti diretti, identificando immediatamente i soggetti che, in quanto privi dei requisiti richiesti, da tali clausole sono immediatamente e direttamente incisi.

Esse fanno pure riferimento ad una situazione (di norma, una situazione di fatto) che è preesistente rispetto al bando, e totalmente indipendente dalle vicende successive della procedura e dei relativi adempimenti, e non richiede valutazioni o verificazioni particolari. Sotto questo profilo, non è la procedura concorsuale ed il suo svolgimento a determinare l'effetto lesivo (come avviene nel caso della valutazione dell'anomalia dell'offerta), ma direttamente il bando, che prende in considerazione una situazione storicamente ad esso preesistente e totalmente definita.

In terzo luogo, le clausole ricollegano alla situazione di fatto presa in considerazione un effetto giuridico diretto (l'impossibilità di prendere parte alla gara o alla procedura concorsuale) che appare immediatamente lesivo dell'interesse sostanziale degli aspiranti. E' quindi il bando, e non il successivo svolgimento della procedura concorsuale, a determinare esso stesso la lesione

dell'interesse degli aspiranti, escludendo per i medesimi, con la partecipazione alla procedura concorsuale, la possibilità di conseguire l'aggiudicazione ovvero (nel caso di concorso in materia di pubblico impiego) la collocazione utile in graduatoria.

Sotto questo profilo, acquista un rilievo significativo la tradizionale opinione dottrinale e giurisprudenziale che vede nei bandi di gara e di concorso (e più ampiamente, negli atti generali) dei provvedimenti destinati (a differenza degli atti normativi) alla cura concreta degli interessi pubblici, con effetti diretti nei confronti dei destinatari: e, in effetti, le clausole che identificano requisiti soggettivi di partecipazione degli interessati, provvedono esse stesse direttamente alla cura dell'interesse pubblico per la realizzazione del quale il bando è stato emanato, escludendo immediatamente dalla platea dei partecipanti - e quindi dalla possibilità dell'aggiudicazione o della collocazione utile nella graduatoria del concorso - quei soggetti il cui esito positivo nella procedura concorsuale non sembra realizzare, con una valutazione formulata direttamente con il bando, l'interesse pubblico perseguito.

L'eventuale atto dell'Amministrazione precedente, volto ad escludere l'interessato privo dei requisiti previsti dal bando dalla procedura concorsuale avrà, pertanto, valore meramente dichiarativo e ricognitivo di un effetto e di una lesione già prodottasi nei confronti di chi, avendo comunque chiesto di partecipare alla procedura, attraverso la presentazione della domanda, appare già identificato come destinatario direttamente inciso dal bando di gara o di concorso. La presentazione della domanda di partecipazione, nell'evidenziare l'interesse concreto all'impugnazione, fa del soggetto che ha provveduto a tale adempimento un destinatario identificato, direttamente inciso dal bando" (così, testualmente, Cons. St., Ad. plen., n. 1/2003). Orbene, nella fattispecie all'esame, lamentandosi la mancata esclusione del concorrente risultato aggiudicatario per carenza dei requisiti di partecipazione alla gara, alla stregua delle richiamate considerazioni, l'impugnazione avrebbe dovuto proporsi, eventualmente anche nei confronti del bando di gara (come infatti risulta ritualmente proposta), con riferimento al momento dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione in favore del concorrente non escluso, alla quale soltanto è riconducibile l'effetto di produrre una lesione giuridicamente rilevante nella sfera degli altri concorrenti; ciò perché, quand'anche nel bando vi sia una clausola più o meno espressa che consenta illegittimamente l'ammissione alla gara di concorrenti privi singolarmente di un dato requisito, è solo la effettiva partecipazione alla procedura concorsuale di un siffatto concorrente che rende applicabile la clausola stessa e determina, dunque, la lesione effettiva dell'interesse degli altri aspiranti.

3.2 – Venendo, ora, al merito della questione posta con il primo motivo dell'appello principale (concernente, come s'è già detto, la mancata esclusione dalla gara del costituendo raggruppamento avente quale designata mandataria la ***** in ragione della mancanza della certificazione SOA in capo alla mandante ***** , la quale – al momento della presentazione dell'offerta – era certamente di essa priva), va anzitutto rilevato che l'avviso pubblico di gara stabiliva, al punto 4., che “i requisiti dei soggetti partecipanti all'Associazione/Raggruppamento temporaneo sono quelli stabiliti dal Regolamento Comunale Assegnazioni Aree P.E.E.P. Tali requisiti devono essere posseduti da tutti i soggetti partecipanti alla data di scadenza del presente Avviso”.

A sua volta, il citato Regolamento, pur non contenendo una espressa elencazione dei predetti requisiti, prevede, tra la documentazione da allegarsi alla domanda di partecipazione al bando di concorso per l'assegnazione di aree P.E.E.P., “certificazione comprovante il possesso dei requisiti di tipo generale e speciale introdotti con il D.P.R. 34/2000 e successive modificazioni in un ambito temporale di dieci anni” (art. 7, comma 4, lett. c).

Ritiene il Collegio che non vi sia dubbio che la “certificazione”, cui fa riferimento la veduta norma regolamentare, non sia altro che l'attestazione SOA.

Intanto, va sottolineato che la procedura selettiva di cui trattasi concerne l'assegnazione di aree P.E.E.P. e dunque non può considerarsi ricompresa nell'ambito di applicazione del D.P.R. n. 34/2000 ("Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 8 della L. 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni"), concernente i soli lavori pubblici affidati dai soggetti di cui all'art. 2, comma 2, della legge 11 febbraio 1994, n. 109; e purtuttavia il citato D.P.R. si rende applicabile alla procedura in esame, almeno laddove definisce i requisiti di tipo generale e speciale da possedersi dalle imprese nel nuovo sistema di qualificazione, in forza del veduto richiamo per relationem contenuto nel Regolamento Comunale Assegnazioni Aree P.E.E.P. del Comune di Grosseto

Ma lo stesso Regolamento comunale richiede poi, come s'è visto, una "certificazione" di siffatti requisiti e, poiché per "certificazione" non può che intendersi che l'attestazione del possesso dei requisiti stessi proveniente dalla pubblica autorità o comunque da un soggetto (anche privato) cui la pubblica autorità medesima abbia demandato l'esercizio di tale funzione ricognitiva con valore di certezza legale, è da ritenersi che il Regolamento medesimo abbia voluto operare un rinvio al D.P.R. n. 34/2000 anche per quanto concerne le modalità di dimostrazione del possesso della qualificazione ivi prevista e cioè a quella "attestazione di qualificazione" (ch'è dichiarazione di scienza dotata di funzionalità autonoma), rilasciata dalle S.O.A., la quale "costituisce condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici" (art. 1, comma 3, del D.P.R. n. 34, cit.) e che, dunque, anche nella gara di cui trattasi, per effetto del veduto rinvio operato dalla norma regolamentare comunale, rappresenta l'unica modalità possibile di dimostrazione della qualificazione di cui al D.P.R. n. 34/2000 e cioè del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale occorrenti per la qualificazione stessa.

Né bisogna lasciarsi ingannare, nell'interpretazione della veduta clausola, dal fatto che lo stesso Regolamento comunale prevede che detta "certificazione" rientri fra quella documentazione, che "può essere sostituita con dichiarazioni sostitutive di certificazioni a norma dell'art. 2 L. 15/68 e del D.P.R. 403/98, art. 1, co. 1" (art. 7, comma 4, cit.).

Non vi è dubbio, infatti, che dette dichiarazioni rivestano natura documentale di certezza legale perché sostitutive di certificazioni provenienti dalla pubblica autorità, o, come s'è detto, dall'ente, anche di natura privatistica, cui la P.A. abbia demandato l'esercizio di siffatta funzione certatoria; talché l'autocertificazione attesta sì, sotto la responsabilità del dichiarante, il possesso attuale di quei requisiti, che altrimenti risulterebbero dal certificato sostituito (ed è sufficiente che venga attestato il possesso dei requisiti risultanti dal certificato sostituito e non anche che venga riprodotto in tutti i dettagli il contenuto del certificato medesimo: v. Consiglio Stato, sez. VI, 27 novembre 2000, n. 6318), ma non può prescindere, per quanto concerne in particolare la concreta fattispecie all'esame, dalla effettiva esistenza della sottostante attestazione SOA, che sola dimostra, nel nostro ordinamento, la sussistenza dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria, nonché d'ordine morale, ai fini dell'affidamento di lavori pubblici e dell'assegnazione, in virtù del rinvio contenuto nelle norme della gara in contestazione, delle aree P.E.E.P. nel Comune di Grosseto.

Non può, infatti, dimenticarsi che le certificazioni hanno una funzione ad un tempo dichiarativa e certativa e sono, tra l'altro, espressione di un potere discrezionale (v. Consiglio Stato, sez. V, 8 settembre 2001, n. 4683), sì che proprio per questo recano un formale ed esplicito apporto di certezza (non a caso fanno fede, fino a querela di falso o, comunque, fino a prova contraria, di quanto in esse esplicitamente riportato); le dichiarazioni sostitutive, invece, sono idonee ad assolvere solo alla funzione probatoria e conoscitiva, che è propria degli atti sostituiti (dei quali devono a tal fine indicare con completezza il contenuto, o quella parte del contenuto, che sia nel caso specifico rilevante al fine del procedimento amministrativo, ivi compreso il contenuto

meramente eventuale degli atti sostituiti, ove quest'ultimo si riferisca a fatti o qualità che debbano essere comprovate: v. Consiglio Stato, sez. VI, 14 ottobre 2003, n. 6280), ma di sicuro non quella certativa, che resta demandata alla P.A. od all'ente individuato dalla stessa come competente.

Insomma, se nel nuovo sistema "unico" di qualificazione delle imprese a progettare e realizzare opere pubbliche - disciplinato, in attuazione della legge n. 109 del 1994 e successive modificazioni ed integrazioni, dal d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34 -soltanto i previsti organismi di diritto privato (Soa: Società Organismo di Attestazione) sono competenti al rilascio dell'attestazione di qualificazione (rilascio che comporta la verifica, da parte di detti organismi, della sussistenza dei requisiti di qualificazione richiesti alle imprese che intendano concorrere per l'esecuzione di lavori pubblici), non vi è norma (né inerente la disciplina specifica di detto sistema di qualificazione, né ricavabile dal complesso normativo in materia di autocertificazioni), da cui possa desumersi, ancorché indirettamente, l'esistenza di un "potere" delle imprese stesse di "autocertificare" il possesso di detti requisiti indipendentemente ed in assenza della veduta attestazione SOA; né, si ripete, tale potere può essere ricavato in via indiretta, mediante ricorso all'ormai generale principio della c.d. autocertificazione, che non può certo spingersi fino a porre di fatto nel nulla la inderogabile disciplina dell'accertamento e della documentazione dei requisiti di capacità e di moralità richiesti in relazione alla esecuzione di lavori pubblici.

In presenza, dunque, della citata norma regolamentare, le imprese partecipanti alla gara di cui si tratta non potevano non essere in possesso dell'attestazione SOA e non allegare alla domanda di partecipazione l'attestazione medesima, od un'autocertificazione (intesa nei termini sopra riferiti), dalla quale risultasse pur sempre il possesso di detta attestazione.

Né rileva in qualche modo, ai fini della interpretazione della citata norma regolamentare, il fatto ch'essa sia stata approvata dal Comune durante il periodo transitorio di applicazione del nuovo sistema di qualificazione, essendo evidente ch'essa fa riferimento al sistema a regime, nel quale peraltro pacificamente ricade la gara in discussione.

Così come non rileva, poi, venendo alle particolarità del casso di specie, la singolare circostanza che l'Impresa **** (mandante nel costituendo raggruppamento, di cui è mandataria la Coop. Edil – Tel), in capo alla quale è pacifico il mancato possesso dell'attestazione SOA alla data di scadenza dell'avviso di gara, abbia dichiarato, in sede di controdeduzioni alla Commissione di valutazione che aveva rilevato il mancato possesso dell'attestazione SOA, "di partecipare all'Avviso, non con la finalità della esecuzione dei lavori, ma per portare al raggruppamento la propria esperienza tecnica, la propria capacità organizzativa ed il proprio apporto finanziario".

Invero, tale dichiarazione non vale in alcun modo ad esonerare l'impresa medesima, in quanto facente parte del raggruppamento Edil – Tel, dall'onere del possesso, e della dimostrazione del possesso, di tutti i requisiti stabiliti dal Regolamento comunale, che l'Avviso di gara prevede, come già visto, in caso di partecipazione di Associazione o Raggruppamento temporaneo, debbano "essere posseduti da tutti i soggetti partecipanti alla data di scadenza del presente Avviso"; e tra essi vi sono, come pure già considerato, quelli di capacità e moralità da comprovarsi, come sopra ampiamente argomentato, mediante l'attestazione SOA.

Fermo quanto sopra, il Collegio non può esimersi dal sottolineare l'evidente intento elusivo delle norme di gara, che permea la veduta dichiarazione, che si pone così in contrasto sia con il principio generale dell'ordinamento, secondo cui, in materia di appalti pubblici e procedure ad essi assimilabili, tutte le imprese raggruppate in associazione temporanea, comprese le mandanti, devono essere in possesso (in tutto od in parte, a seconda della normativa speciale di settore applicabile) dei prescritti requisiti di affidabilità economico finanziaria e tecnica, per essere

chiamate alla diretta assunzione di responsabilità solidale nell'adempimento dell'intera obbligazione; sia con le clausole generali di correttezza e buona fede, che sempre presiedono alla fase delle trattative precontrattuali, anche quando parte ne sia la P.A.

Il fatto, infine, che le considerate previsioni della *lex specialis* non fossero prive di connotati di ambiguità, in ragione della clausola che riferisce il possesso dei citati requisiti ad “un ambito temporale di almeno 10 anni”, non può, a parere della Sezione, portare a vanificare e disapplicare la prima parte della disposizione stessa, laddove prevede “il possesso dei requisiti di tipo generale e speciale introdotti con il D.P.R. 34/2000 e successive modificazioni”, da comprovarsi, come s'è visto, mediante l'allegazione dell'attestazione SOA, che peraltro, essendo state le SOA istituite solo con il D.P.R. n. 34/2000, non può certo coprire il decennio anteriore all'avviso.

Per vero, i predetti “connotati”, ad avviso del Collegio, non paiono influire sulla controversia oggetto del presente giudizio, nella quale si discute delle modalità di certificazione dei requisiti di cui al D.P.R. n. 34/2000, che non possono che individuarsi nell'attestazione SOA; mentre sarebbero stati di certo rilevanti e pregnanti in un giudizio, in cui si discutesse dell'applicazione fatta dall'Amministrazione della detta previsione di gara, che riferisce appunto al decennio il possesso dei richiesti requisiti.

E' pur vero che occorre qui dare conto del generalissimo e consolidato principio, per cui la Pubblica amministrazione, nel predisporre gli atti di una gara d'appalto, ha l'onere di indicare con estrema chiarezza i requisiti richiesti alle imprese partecipanti, onde evitare che il principio di massima concorrenza tra le stesse imprese, cui si correla l'interesse pubblico all'individuazione della migliore offerta, possa essere in concreto vanificato da clausole equivoche non chiaramente percepibili dai soggetti partecipanti; e pertanto le disposizioni con le quali siano prescritti particolari adempimenti per l'ammissione alla gara, ove indichino in modo equivoco taluni dei detti adempimenti, vanno interpretate nel senso più favorevole all'ammissione degli aspiranti, corrispondendo all'interesse pubblico di assicurare un ambito più vasto di valutazioni e, quindi, un'aggiudicazione alle condizioni migliori possibili (cfr. già Cons. Stato, VI, 12 giugno 1992, n. 481; da ultimo, Cons. St., V, 1 ottobre 2003, n. 5676).

Ma, nella fattispecie in trattazione, non si tratta della applicazione rigida di misure espulsive sulla base di una sembianza formale della normativa di gara per qualche verso fuorviante; si tratta invece del possesso, da parte degli aspiranti all'aggiudicazione, dei requisiti di moralità e capacità tecnico – economica richiesti dalla normativa di gara ed esclusivamente dimostrabili, sulla base dell'inequivoco richiamo operato dall'Amministrazione, mediante l'attestazione SOA, che, sola, vale a garantire, sotto i citati profili, l'effettiva affidabilità delle ditte offerenti.

Si tratta di tutelare, in sostanza, l'interesse dell'Amministrazione pubblica a che le singole imprese, per la qualificazione imprenditoriale e morale che hanno, siano nelle condizioni di poter correttamente adempiere le obbligazioni che sono state riservate a ciascuna di esse; interesse, questo, che risulterebbe assolutamente vanificato laddove, come ha ritenuto il T.A.R., si interpretasse la norma di gara de qua nel senso che “il possesso dei richiesti requisiti possa essere dimostrato sia attraverso la certificazione SOA che mediante autodichiarazioni che non possono riferirsi al possesso della certificazione, ma che – proprio in ragione della richiesta relativa ai dieci anni - devono riferirsi necessariamente al possesso dei requisiti, prescindendo dal possesso della certificazione” (pag. 18 sent.).

Invero, tale interpretazione:

non tiene conto del fatto che, con il richiamo operato dalla normativa regolamentare al D.P.R. n. 34/2000, l'unica "certificazione" possibile dei requisiti de quibus è l'attestazione SOA;

con il porre un'alternatività fra attestazione SOA ed autodichiarazioni non riferite al possesso di detta attestazione ma ai sottostanti requisiti, finisce col porsi in contrasto non solo con la normativa primaria (il D.P.R. n. 34/2000), ma anche con quella di gara, che prevede che il requisito di cui si tratta sia comprovabile solo mediante "certificazione" o mediante una "autocertificazione" intesa nei termini sopra definiti;

non risolve il problema del tenore incerto della clausola in argomento laddove questa riferisce il possesso dei requisiti al decennio, giacché, a voler seguire il T.A.R., risulterebbe violato il principio della par condicio dei concorrenti, di cui alcuni potrebbero validamente non riferire il possesso dei requisiti al decennio (con la produzione della attestazione SOA) ed altri, invece, in quanto non in possesso della detta attestazione, dovrebbero invece al "decennio" fare riferimento nelle loro (del tutto anomale) "autodichiarazioni";

non considera, soprattutto, che la questione del decennio di riferimento non viene in rilievo nella presente controversia, non trattandosi qui delle modalità di applicazione di tale clausola da parte della P.A.;

non prende in esame, comunque, alternative interpretative ben più logicamente valide a ricondurre a congruità detta clausola, quale quella di riferire il periodo richiesto al decennio antecedente la gara, che sarebbe "coperto" per una parte dalla attestazione SOA e, per quella più risalente, dal precedente sistema di dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e finanziaria ai fini dell'affidamento di lavori pubblici e cioè dalla iscrizione all'Albo Nazionale Costruttori (cui sembra peraltro far riferimento lo stesso Regolamento comunale laddove, riferendosi anche al requisito in questione al fine di stabilirne l'obbligo del possesso "in data anteriore a quella di pubblicazione del bando", usa il termine "iscrizione").

4. - In definitiva, in virtù del principio generale che vieta la disapplicazione del bando quale atto con cui la amministrazione si è originariamente autovincolata nell'esercizio delle potestà connesse alla conduzione della procedura selettiva, l'assorbente motivo dell'appello principale appena sopra esaminato appare fondato nei termini illustrati, con conseguente accoglimento dell'appello medesimo e, in riforma dell'impugnata sentenza, del ricorso principale di primo grado.

Restano pertanto annullati l'atto di ammissione alla gara del raggruppamento facente capo alla Soc. Coop. Edil – Tel (la cui mandante Impresa **** è risultata non essere in possesso dei prescritti requisiti) e gli atti di gara conseguenti.

Ovviamente, non occorre annullare né l'avviso di gara, né il Regolamento Comunale per l'Assegnazione di Aree P.E.E.P., censurati in subordine con lo stesso motivo d'impugnazione, i quali, per quanto precede, non risultano coinvolti dalla riscontrata illegittimità, che attiene alla mera applicazione, che di tali atti l'Amministrazione ha fatto nella gara de qua.

La riforma della statuizione T.A.R. nei termini ed in forza delle argomentazioni di cui sopra vale, chiaramente, anche respingere l'ultima censura dell'appello incidentale proposto dall'Impresa ****, relativa al percorso motivazionale seguito dal T.A.R. ai fini della reiezione della prima doglianza del ricorso principale di primo grado, che risulta travolto dalla riforma, sul punto, della sentenza di primo grado.

5. – Quanto alle spese del doppio grado del giudizio, liquidate nella misura indicata in dispositivo, di esse va fatto carico, come di regola, alle parti appellate soccombenti.

P.Q.M.

il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso indicato in epigrafe:

respinge l'appello incidentale;

accoglie l'appello principale e, per l'effetto, in riforma dell'impugnata sentenza, accoglie il ricorso principale di primo grado ed annulla gli atti con lo stesso impugnati, con salvezza dell'Avviso di gara e del Regolamento Comunale.

Condanna le parti appellate costituite al pagamento, in favore dell'appellante principale, delle spese del doppio grado, che liquida in complessivi Euro 16.000,00= oltre I.V.A. e C.P.A., di cui Euro 6.000,00= a carico del Comune di Grosseto, Euro 6.000,00= a carico di SOCIETA' **** COSTRUZIONI a r.l. ed Euro 4.000,00= a carico di SOCIETA' COOPERATIVA EDILIZIA **** a r.l.

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

Così deciso in Roma, addì 18 novembre 2004, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta –DEPOSITATA IN SEGRETERIA - 21/02/2005