

Il preavviso di DURC negativo opera solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale

di Eugenio Viterbo

Data di pubblicazione: 11-7-2016

Non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, con l'irrelevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, tenendo presente che l'istituto dell'invito alla regolarizzazione – il c.d. preavviso di documento unico di regolarità contributiva negativo – già previsto dall'art. 7, comma 3, D.M. 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, D.L. 21 giugno 2013, n. 69 può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale

Conf.: Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2016, n. 2727; Cons. Stato, Ad. Plen., 29 febbraio 2016, nn. 5 e 6.

Guida alla lettura

Tra gli accertamenti che la stazione appaltante deve espletare nei confronti della ditta aggiudicataria relativi ai requisiti di ordine generale di cui all'**art. 38, D.Lgs. n. 163/2006 (oggi, artt. 80 e 83, D.Lgs. n. 50/2016)** figura, tra gli altri, il Documento unico di regolarità contributiva (cd. DURC).

Il DURC è un documento al cui possesso sono tenuti sia i datori di lavoro che i lavoratori autonomi ed ha ad oggetto tutti i contratti pubblici (tranne i ccdd. contratti esclusi di cui alla Parte I, Titolo II del vecchio Codice, come ad esempio i contratti di servizio di arbitrato e conciliazione)

Lo scopo del DURC, che deve essere **acquisito direttamente dalla stazione appaltante** (art. 16-bis, co. 10, D.L. n. 185/2008, secondo cui, appunto, «*le stazioni appaltanti pubbliche acquisiscono d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il documento unico di regolarità contributiva (DURC) dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge*»), è **attestare l'assolvimento da parte dell'impresa degli obblighi legislativi e contrattuali nei confronti dell'Inps e dell'Inail**. Esso ha un periodo di validità di 120 giorni,

così come stabilito dall'art. 31, co. 5 e 8-sexies, D.Lgs. n. 69/2013.

Rimandando alla disciplina di dettaglio prevista dal Decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, in tema di "*Semplificazione in materia di documento unico di regolarità contributiva*" (prevedendosi, tra l'altro, che dal 1° luglio 2015, la verifica della regolarità contributiva ai fini dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti, ai sensi dell'art. 38, D.Lgs. n. 163/2006, non potrà più avvenire attraverso il sistema AVCpass, ma esclusivamente attraverso la nuova procedura di acquisizione del DURC nelle modalità previste dal D.M. del 30.1.2015, così come specificate dallo stesso Ministero con circ. n. 19/2015; e, cioè, con modalità esclusivamente telematiche ed in tempo reale indicando esclusivamente il codice fiscale del soggetto da verificare), *in parte qua* si vuole entrare in merito a una problematica puntuale affrontata dalla pronuncia in esame: l'invito alla regolarizzazione; cioè, il **cd. preavviso di DURC negativo**.

Ai fini dell'attestazione della regolarità contributiva è previsto, in caso di inadempienza contributiva, l'invio di un preavviso di accertamento negativo con **l'invito a regolarizzare la propria posizione**.

Il dibattito su tale istituto – di recente, risolto dall'Adunanza Plenaria – ha visto, in passato, contrapporsi due tesi: secondo un primo orientamento, la verifica della sussistenza della regolarità contributiva era preclusa alle stazioni appaltanti, rientrando nell'esclusiva competenza degli enti previdenziali, in quanto mere dichiarazioni di scienza; secondo una diversa tesi, invece, era dovere della stazioni appaltanti non fermarsi alla mera presa d'atto del documento, ma aveva potere per effettuare un'autonoma istruttoria.

Tale contrasto pretorio era sopravvissuto, anzi è stato proprio alimentato con il sopra citato *Decreto del Fare*, D.L. 21 giugno 2013, n. 69 (convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto 2013, n. 98), in quanto il comma 8 dell'articolo 31 ha attribuito rango legislativo alla disposizione regolamentare di cui al D.M. 24 ottobre 2007, secondo cui «*Ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 novembre 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità*».

Questa disposizione attiene propriamente **solo ai soggetti preposti al rilascio del DURC, agli enti previdenziali cioè**, gli unici che hanno il potere-dovere di invitare gli interessati a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente tutte le cause di irregolarità.

La possibilità di estendere l'ambito soggettivo di tale obbligo anche in capo alle stazioni appaltanti, in sede di verifica della dichiarazione resa dall'impresa, ex art. 38, comma 1, lett. *i*, D.Lgs. n. 163/2006 (oggi, art. 80, co. 4, D.Lgs. n. 50/2016) ha generato un ulteriore **dibattito**

pretorio.

Secondo un **primo orientamento di carattere restrittivo**, la richiesta di regolarizzazione contributiva non trova applicazione nel caso di richiesta di certificazione preordinata ai fini della partecipazione a gare, perché la stazione appaltante attenersi al dettato di cui al citato art. 38 e, quindi, verificare che il possesso dei requisiti sia già sussistente al momento della presentazione delle offerte, persistendo un divieto di regolarizzazione postuma.

Secondo una **tesi dal carattere più estensivo**, il *dies ad quem* in cui verificare la regolarità in esame da parte della P.A. ex art. 38, co. 1, lett. *i*, andrebbe spostato al termine dei quindici giorni assegnati dall'ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva; non più, perciò, al momento della domanda di ammissione alla procedura di gara.

La questione, rimessa al vaglio dell'**Adunanza Plenaria**, è stata da quest'ultima risolta – con le sentenze nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016 – **aderendo alla prima tesi**: la disposizione di cui all'art. 31, co. 8, D.L. n. 69/2013, non è suscettibile di applicazione analogica alle ipotesi di DURC richiesto dalla stazione appaltante, ma opera solo nei rapporti tra impresa e ente previdenziale e, per l'effetto, i requisiti previsti per la partecipazione alla gara pubblica devono sussistere già al momento in cui è resa la dichiarazione, non essendo consentito che possano perfezionarsi in un momento successivo.

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo) può, pertanto, operare solo nei rapporti tra impresa ed ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall'impresa, e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante, per la verifica della veridicità dell'autodichiarazione resa ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. *i* ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

In termini, la pronuncia in parola, che sposa l'indirizzo dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenze nn. 5 e 6 del 29.2.2016.

“Va poi rilevato che, come affermato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 8 del 20.7.2015, che richiama le sentenze n. 10 del 25.2.2014, nn. 15 e 20 del 2013; nn. 8 e 27 del 2012; n. 1 del 2010), il possesso dei requisiti di ammissione – continua il TAR Lazio – si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, in quanto, per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col principio del favor participationis, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente, dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica. Tale previsione è a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e, perciò, della sicurezza, per la stazione appaltante, dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine generale e tecnico-economico-professionale necessari per contrattare con la Pubblica Amministrazione”.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**(Sezione Seconda)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12380 del 2014, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

R*** G*** Spa, in proprio e in qualità di mandataria R.T.I. con Consorzio Stabile R*** F*** Services 2010, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Raffaele Ferola, Renato Ferola e Bianca Luisa Napolitano, presso i quali elettivamente domicilia in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;

contro

Soc. Consip Spa, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, Via Principessa Clotilde, 2;

nei confronti di

Soc C*** C*** Coop, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Gianni Marco Di Paolo e Pierluigi Piselli, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Pierluigi Piselli in Roma, Via G. Mercalli, 13;

per l'annullamento

del provvedimento di esclusione dalla gara per l'affidamento del Servizio Integrato Energia per le pubbliche amministrazioni, SIE 3, comunicato con nota del 17 luglio 2014;

dei verbali di gara, ivi compresi il verbale n. 48 e i verbali di sedute riservate per la verifica di anomalia e, segnatamente, del verbale n. 72 del 9 giugno 2014 e del verbale, non conosciuto, del 23 luglio 2014;

della aggiudicazione provvisoria e della aggiudicazione definitiva, se intervenute, nonché del contratto se eventualmente stipulato;

di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale

nonché per l'annullamento, quanto ai primi motivi aggiunti,

dell'aggiudicazione definitiva, già impugnata con il ricorso principale, e della relativa nota di comunicazione in data 4 dicembre 2014;

di tutti gli atti del subprocedimento di verifica dell'offerta di CPL C***;

di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale

nonché per l'annullamento, quanto al secondo atto di motivi aggiunti,

della nota Consip del 30 novembre 2015, con cui è stata disposta l'archiviazione del procedimento per la revoca/aggiudicazione a CPL C*** della gara per Servizi Integrati Energia (SIE3), lotti 7 e 9;

nonché per l'annullamento, quanto al ricorso incidentale

della mancata esclusione dalla gara del RTI R*** G***.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip Spa e della controinteressata Soc. CPL C*** Coop;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata Soc. CPL C*** Coop;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 aprile 2016 il dott. Roberto Caponigro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente espone che la Consip, con bando in data 23 maggio 2013, ha indetto una gara per l'affidamento del Servizio Integrato Energia per le pubbliche amministrazioni, SIE 3, suddiviso in 12 lotti con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più

vantaggiosa.

Soggiunge di avere partecipato alla gara, in raggruppamento temporaneo di imprese con il Consorzio Stabile F*** Service 2010, per i lotti 2, 7 e 9, e che, nella seduta riservata dell'11 luglio 2013, la Commissione di gara ha redatto la graduatoria provvisoria dei lotti collocando la R*** G*** al secondo posto per il lotto 9 e la CPL C*** al primo posto.

Rappresenta altresì che la Commissione, per alcune offerte, tra cui quella di R*** G***, ha verbalizzato che risultano presenti elementi idonei a indurre il sospetto di anomalia ai sensi dell'art. 86, comma 3.

La Consip, con l'impugnato provvedimento del 17 luglio 2014, in accoglimento della proposta formulata dalla Commissione e dal responsabile del procedimento, ha disposto l'esclusione del RTI costituito tra R*** G*** Spa e Consorzio Stabile R*** F*** S*** 2010 dal lotto n. 9 per anomalia dell'offerta che risulta nel suo complesso non remunerativa.

Il ricorso è articolato nei seguenti motivi di impugnativa:

Violazione degli artt. 86, 87, 88 d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, falso presupposto, difetto di motivazione, arbitrarietà, violazione del contraddittorio, del giusto procedimento e del principio di economicità, sviamento.

Per attivare la verifica di congruità facoltativa di cui all'art. 86, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 dovrebbe sussistere un *fumus* che indichi il sospetto di anomalia risultante da specifici elementi.

Il provvedimento di esclusione è basato sulla sottovalutazione dei costi del personale impiegato e sulla sottovalutazione dei materiali necessari per dette attività, ma il costo del personale e quello dei materiali non sarebbero indicati quali specifici elementi idonei ad indurre il sospetto di anomalia nella prima richiesta di giustificazioni del 30 luglio 2013, sicché l'amministrazione avrebbe illegittimamente avviato il sub procedimento di verifica.

La richiesta di giustificazioni "a tappeto" sarebbe ammessa solo nel caso di cui all'art. 86, comma 2, del codice dei contratti pubblici, in cui ricorre un criterio automatico di individuazione della sospetta anomalia, ma non anche nell'ipotesi di cui al terzo comma in cui la legge impone alla stazione appaltante l'onere di specificare gli elementi che fondano il sospetto onde attivare discrezionalmente il sub procedimento.

Il giudizio di anomalia sarebbe illegittimo in quanto il costo del personale e dei materiali, non indicato quale specifico elemento nella prima richiesta di giustificazioni del 30 luglio 2013, è stato introdotto con successiva richiesta, in data 13 novembre 2013, nel corso del subprocedimento di anomalia.

Il giudizio finale di anomalia sarebbe stato formulato sulla base della consulenza tecnica di ufficio redatta dal Prof. Cerri relativamente a diversi ricorsi proposti nel 2007 all'esito di precedente edizione della medesima gara senza che a tale perizia, ovvero ai parametri dalla

stessa desunti, sia stato fatto alcun riferimento nel corso del sub procedimento svolto con l'offerente,

Violazione degli artt. 86, 87, 88 d.lgs. 163/2006. Illogicità ed arbitrarietà manifeste, contraddittorietà interna.

L'incidenza del 56,69% stimata dalla Commissione all'esito dell'erroneo ricalcolo dei costi del personale e dei materiali non sarebbe coerente con i parametri standard e ritenuti dalla stessa Commissione; l'incidenza dei costi diversi dal combustibile rispetto al totale corrispettivo dell'appalto risulterebbe pari al 60,18%, in luogo del 25% di cui ai parametri standard, mentre rispetto al costo del combustibile ascenderebbe all'84,68% in luogo del 33,3% di cui ai parametri standard.

Violazione degli artt. 86, 87, 88 d.lgs. 163/2006. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, falso presupposto, difetto di motivazione, arbitrarietà. Sviamento.

Le differenze incrementative imputate dalla Commissione alle voci del costo del personale e del costo dei materiali sarebbero abnormi in quanto ascendono ad oltre il quadruplo di quanto stimato e dichiarato dalla R*** G***.

Le aziende specializzate avrebbero sviluppato modelli industriali di ottimizzazione della propria struttura interna di produzione, tali da consentire di organizzare il singolo processo di produzione utilizzando il proprio specifico know how prestazionale e tecnologico.

Quanto al presunto sottodimensionamento del personale, la motivazione sarebbe basata sull'erroneo presupposto che il numero delle risorse necessario per le attività di manutenzione e conduzione degli impianti sia desumibile dalla volumetria servita. La Commissione di gara ha stabilito di valutare la congruità dell'offerta rispetto alla "volumetria lorda servita per personale equivalente", utilizzando come parametro un valore pari a 1 FTE ogni 116.000 metri cubi; detto valore sarebbe stato asseritamente desunto dalla consulenza tecnica d'ufficio redatta dal Prof. Cerri relativamente ai diversi ricorsi proposti nel 2007 all'esito della precedente edizione della medesima gara per l'affidamento del Servizio Integrato Energia per le pubbliche amministrazioni, SIE1.

Il dimensionamento organizzativo relativo alla manutenzione e conduzione degli impianti non sarebbe la volumetria, bensì la complessità impiantistica e, al limite, il numero delle centrali termiche in quanto l'attività prevalente dei manutentori si svolgerebbe nelle centrali termiche e queste sarebbero, nella stragrande maggioranza dei casi, in rapporto di 1 per ogni edificio, indipendentemente dalla volumetria servita.

Il parametro volumetria dell'edificio invece, potrebbe essere utilizzato per la stima dei consumi di combustibile che sono proporzionali alla dimensione complessiva degli ambienti da termoregolare perché correlati alla effettiva quantità di aria da trattare (riscaldare o raffreddare).

L'errata adozione da parte della Commissione di gara del parametro "volumetria dell'edificio"

contrasterebbe perfino con la perizia del Prof. Cerri, che individuerebbe nel numero di edifici serviti il parametro corretto per la misurazione del fabbisogno di personale.

Il compendio immobiliare al quale fa riferimento il Prof. Cerri, lotto 8 della gara SIE1, riguarda le regioni Abruzzo e Molise, territorio ricadente in una zona climatica ben diversa da quella in cui ricade la Campania (il periodo di effettivo funzionamento delle caldaie per la Campania sarebbe sensibilmente inferiore a quello concernente il caso esaminato dal consulente tecnico ed indebitamente assunto a riferimento dalla Commissione di gara).

I dati di cui alla consulenza tecnica, prodotti nel novembre del 2008 con riferimento ad una gara del 2006, dovrebbero essere rivisti in quanto l'evoluzione tecnologica ben giustificerebbe un risparmio di personale operativo per le specifiche attività oggetto di gara di almeno il 30%.

Il calcolo che pone a confronto le due gare sarebbe errato in quanto si considerano immobili aventi esigenze manutentive diverse: le strutture ospedaliere della gara MIES, che prevede un servizio di conduzione e manutenzione degli impianti termici h 24, 365 giorni/anno, con gli immobili delle pubbliche amministrazioni di SIE3, che prevede il servizio energia prevalentemente per 4 mesi l'anno in orario di funzionamento degli uffici dal lunedì al venerdì.

L'errore della Commissione per il costo dei materiali sarebbe direttamente correlato all'errore di sovrastima del costo del personale in quanto la valutazione del costo dei materiali sarebbe proporzionale rispetto a quello del personale direttamente impegnato nelle attività.

La Commissione di gara, in altri termini, avendo erroneamente stimato un rilevantissimo incremento dei costi del personale avrebbe indebitamente incrementato in automatico anche i valori del costo dei materiali.

Eccesso di potere per illogicità, errore manifesto, carenza di istruttoria, falso presupposto, difetto di motivazione, contraddittorietà, arbitrarietà. Sviamento. Violazione della dir. 18/2004 e dei principi del trattato UE in materia di concorrenza.

La Commissione di gara avrebbe ritenuto anomala l'offerta della R*** G*** che prevede ribassi inferiori a quelli offerti da CPL, la cui offerta non è stata ritenuta anomala.

CPL C***, inoltre, risulterebbe prima nei lotti 7 e 9, mentre è stata esclusa nel lotto 1 ove ha presentato un'offerta coincidente con quella dei lotti 7 e 9.

A seguito della acquisizione di documentazione in sede di accesso, R*** G*** ha proposto motivi aggiunti avverso l'aggiudicazione del lotto n. 9 in favore di CPL sostenendo l'arbitrarietà e l'irragionevolezza del *modus procedendi* seguito dalla stazione appaltante nella valutazione di anomalia dell'aggiudicataria,

In particolare, ha dedotto:

Violazione del disciplinare di gara e del capitolato tecnico. Violazione degli artt. 86, 87, 88

d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, errore manifesto, illogicità e arbitrarietà. Violazione della par condicio e del divieto di modificazione dell'offerta.

La verifica di congruità dovrebbe essere orientata a ricercare gli indici della effettiva sostenibilità dell'offerta e, soprattutto, ad escludere che le giustificazioni siano utilizzate come un espediente per "far quadrare i conti" attraverso una operazione di "finanza creativa", in contrasto con il principio giurisprudenziale secondo cui "l'offerta, una volta presentata, non è suscettibile di modificazione, pena la violazione della par condicio tra i concorrenti".

CPL C*** ha offerto una percentuale di risparmio energetico pari al 25% per il servizio calore e al 10% per il servizio elettrico, in entrambi i casi con un coefficiente di condivisione pari al 10%.

La prova più evidente dell'incongruità dell'offerta economica CPL sarebbe nell'analisi del prezzo unitario offerto per il servizio energia A in quanto dalle giustificazioni risulta che il costo sostenuto da CPL per l'acquisto del gas metano è superiore al prezzo di vendita offerto in fase di gara. L'offerta sarebbe palesemente incongrua, atteso che il costo sopportato da CPL per l'acquisto della sola materia prima (gas metano) supererebbe di gran lunga il corrispondente ricavo.

A fronte della perdita, nel tentativo di rendere congrua l'offerta, CPL avrebbe adottato una serie di artifici contabili nascosti dietro la complessità dei calcoli energetici e di consistenza giungendo a sopravvalutare i fabbisogni energetici degli edifici di ben 3 volte e a minimizzare la reale incidenza percentuale del servizio energia.

CPL, non potendo dimostrare la congruità di un'offerta insostenibile, sarebbe stata costretta a modificarla traendo in inganno la stazione appaltante.

Violazione degli artt. 86, 87 e 88 d.lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere per carenza di istruttoria, illogicità, errore manifesto, contraddittorietà. Sviamento.

Sarebbe manifestamente illogico che, nel coevo giudizio di anomalia, la stazione appaltante abbia giudicato incongrua l'offerta della ricorrente che espone un numero di personale maggiore di 3 volte a fronte di una cubatura inferiore, mentre avrebbe ignorato i dati indicati da CPL, notevolmente sottodimensionati.

I vizi si ripercuoterebbero anche sui costi dei materiali.

Violazione del disciplinare di gara, par. 6, e del principio di segretezza delle offerta in relazione agli artt. 2409 nonies e 2409 terdecies cod. civ. Violazione della par condicio. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e falso presupposto. Sviamento.

Il Consorzio C*** C*** è mandante dell'ATI con mandataria CPL; la Commissione di gara, senza però trarne le dovute conclusioni, ha rilevato che il signor Mauro Masi riveste la carica di consigliere di sorveglianza nel CCC e di consigliere di gestione di Manutencoop Facility Management Spa. Poiché Manutencoop ha partecipato alla gara per l'affidamento della convenzione SIE3, sarebbe evidente che le offerte di CCC, quale mandante dell'ATI CPL, e di

Manutencoop sono inficiate da reciproca conoscenza per il tramite dell'esponente signor Masi.

Violazione dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater, d.lgs. n. 163 del 2006. Violazione del bando, punto III.2, e del disciplinare, par. 6. Violazione dei principi generali in materia di partecipazione alle pubbliche gare. Eccesso di potere per carenza di istruttoria e falso presupposto. Sviamento.

Nell'ATI CPL, il mandante CCC ha dichiarato di concorrere, tra le altre, per la consorziata UNIFICA, la quale è una società cooperativa consortile e annovera tra le sue associate Manutencoop Facility Management Spa.

Vi sarebbero indizi dell'esistenza del collegamento sostanziale tra i due concorrenti.

La controinteressata CPL C*** ha contestato la fondatezza delle censure dedotte concludendo per il rigetto del ricorso; ha inoltre proposto ricorso incidentale impugnando la mancata esclusione del RTI R***.

Il ricorso incidentale è articolato nei seguenti motivi di impugnativa:

*Sulla illegittimità della mancata esclusione del RTI R*** G*** per illegittima modificazione, nel corso della procedura di gara, della composizione del mandante Consorzio Stabile R*** F*** S*** 2010.*

Violazione e falsa applicazione di legge, con particolare riferimento agli artt. 92, comma 1, d.P.R. n. 207 del 2010 e 37, comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006.

Violazione dei principi ordinamentali di buon andamento, imparzialità, proporzionalità e ragionevolezza (art. 97 Cost.).

Eccesso di potere per carenza di istruttoria ed ingiustizia manifesta.

Il RTI R*** avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura *de qua* avendo illegittimamente modificato, nel corso della procedura, la sua composizione soggettiva rispetto alla compagine risultante in sede di presentazione dell'offerta, come dichiarata dal RTI medesimo e ciò in quanto, dall'esame della visura CCIAA della mandante Consorzio Stabile R*** F*** Service 2010, risulterebbe la fuoriuscita - mediante esclusione dal Consorzio disposta dal Consiglio Direttivo - di almeno due delle consorziate indicate espressamente dal Consorzio Stabile quali ditte esecutrici dell'appalto in questione (imprese SO.GE.IMM. Srl e Mariani Petroli Srl).

Il principio di immodificabilità soggettiva dei Consorzi si applicherebbe a maggior ragione ai Consorzi Stabili i quali, ove non intendano eseguire direttamente la commessa, sono tenuti, ai sensi dell'art. 94 d.P.R. n. 207 del 2010, a svolgere la commessa inderogabilmente per mezzo delle consorziate indicate in gara quali esecutrici dell'appalto medesimo.

*Sulla illegittimità della mancata esclusione del RTI R*** per violazione e falsa applicazione*

dell'art. 38, comma 1, lett. a), d.lgs. n. 163 del 2006 e del divieto di modificazione, nel corso della procedura di gara, della composizione del concorrente.

Violazione dei principi ordinamentali di buon andamento, imparzialità, proporzionalità e ragionevolezza (art. 97 Cost.).

Eccesso di potere per carenza di istruttoria ed ingiustizia manifesta.

La fuoriuscita dal Consorzio della Mariani Petroli Srl sarebbe dipesa dalla perdita medio tempore intervenuta del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. a). In particolare, la Società avrebbe depositato, in data 18 settembre 2014, presso il Tribunale di Lodi, una proposta di concordato preventivo e, immediatamente dopo la proposta, in data 29 settembre 2014, il Consorzio Stabile R*** F*** Service 2010 ha escluso dal consorzio medesimo la consorziata Mariani Petroli Srl.

La modificazione della compagine soggettiva del Consorzio non potrebbe comunque avere luogo per eludere la legge di gara ed evitare l'esclusione per difetto dei requisiti in capo al componente dell'RTI.

A seguito di accesso agli atti, CPL C*** ha depositato i seguenti motivi aggiunti al ricorso incidentale.

*Sulla illegittima mancata esclusione del RTI R*** per violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 nonché del par. 6.2 del disciplinare di gara. Violazione dei principi ordinamentali di buon andamento, imparzialità, proporzionalità e ragionevolezza (art. 97 Cost.).*

Eccesso di potere per carenza di istruttoria ed ingiustizia manifesta.

Il RTI R*** avrebbe omesso di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006.

La SO.GE.IMM., prima che intervenisse la sua esclusione dal Consorzio, ha stipulato un contratto di affitto di ramo d'azienda con la Società Grivan Group Srl della durata di 24 mesi, dal 4 giugno 2013 al 3 giugno 2015, e, successivamente, la Grivan Group Srl ha acquistato a sua volta un ramo d'azienda dalla Sala Giuseppe Srl; la Grivan Group non avrebbe mai reso edotta la stazione appaltante di tale circostanza e non avrebbe reso le dichiarazioni prescritte dall'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 relativamente ai soggetti apicali della concedente Sala Giuseppe Srl.

*Sulla illegittimità della mancata esclusione del RTI R*** per violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006.*

Violazione dei principi ordinamentali di buon andamento, imparzialità, proporzionalità e ragionevolezza (art. 97 Cost.).

Eccesso di potere per carenza di istruttoria ed ingiustizia manifesta.

La Grivan Group Srl avrebbe omesso di rendere la dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 con riferimento al direttore tecnico cessato nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara.

L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza 25 febbraio 2015, n. 874, dalla Terza Sezione di questo Tribunale con la seguente motivazione:

“Rilevato che il ricorso proposto da R*** G*** s.p.a. avverso l'esclusione dalla gara oggetto del ricorso non pare, ad un primo sommario esame proprio della fase cautelare, provvisto di profili di fondatezza, in quanto:

- le doglianze del ricorrente risultano smentite dal raffronto tra la nota del 30 luglio 2013 (doc. 7 di parte ricorrente, in particolare pagine 2 e 3) ed il provvedimento di esclusione, in quanto nella prima la stazione appaltante ha chiesto conto al RTI R*** dei costi relativi alla struttura operativa addetta a gestione, conduzione e manutenzione per servizio energia “A”, servizio energetico elettrico “B”, servizio tecnologico impianti di climatizzazione estiva “C”, servizio tecnologico impianti elettrici “D”, in reazione al “dettaglio del personale e dei materiali impiegati” per ciascuno di tali settori di attività, voci che trovano sostanziale riscontro nell'atto di esclusione;

- che, quanto alle successive censure, non pare potersi dare luogo, da parte del Giudice Amministrativo, alla verifica della congruità dell'offerta presentata e delle sue singole voci, posta la mancanza di elementi che -almeno prima facie- ne possa fare ritenere l'illogicità; (C.d.S., IV, 27 giugno 2011, n. 3862; V, 28 ottobre 2010, n. 7631; sez. V, 16 gennaio 2015 n. 89)”.

Il relativo appello è stato respinto con ordinanza 29 aprile 2015, n. 1807, dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato con la seguente motivazione:

“Rilevato che i profili di doglianza dedotti a sostegno dell'appello non sono tali da scalfire le osservazioni e conclusioni assunte dal giudice di primo grado in ordine all'operato della stazione appaltante circa:

a) la rilevata non congruità dell'offerta della R*** G*** S.p.a. (fatta oggetto in primo grado di ricorso principale)

b) la valutata congruità e validità dell'offerta presentata da Società Cpl C*** (gravata in prime cure con motivi aggiunti)”.

La ricorrente principale ha eccepito l'irricevibilità del ricorso incidentale per tardività della notifica, atteso che il ricorso principale è stato notificato a CPL in data 1° ottobre 2014 ed il ricorso incidentale di CPL è stato spedito per la notifica il 15 gennaio 2015 nonché la sua improcedibilità; nel merito ha contestato la fondatezza delle censure contenute nel ricorso incidentale concludendo per il rigetto dello stesso.

La ricorrente principale ha ulteriormente rappresentato che, nelle more dello svolgimento del giudizio, la controinteressata è stata oggetto, in data 24 aprile 2015, di interdittiva antimafia del Prefetto di Modena e cancellata dalla cd. white list.

Con atto del 30 novembre 2015, la stazione appaltante, a seguito della reiscrizione di CPL C*** nella white list, ha ritenuto che non sussistono i presupposti per l'adozione di un provvedimento di esclusione, né di revoca o di annullamento dell'aggiudicazione al RTI CPL C***.

La R*** G*** ha impugnato tale atto, articolando i seguenti motivi aggiunti:

Violazione e falsa interpretazione dell'art. 38, lett. m, d.lgs. n. 163 del 2006 e del disciplinare di gara, all. 1, punto 10, lett. l), nonché dell'art. 94 d.lgs. n. 159 del 2011 e dei principi generali in materia di interdittiva antimafia e di continuità nel possesso dei requisiti. Eccesso di potere per errore sul presupposto, travisamento del parere ANAC 4.11.2005. Sviamento di potere.

L'immunità da provvedimenti interdittivi sarebbe requisito generale di partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti pubblici e non una semplice condizione per addivenire alla stipula contrattuale e tale requisito dovrebbe permanere per tutta la durata del procedimento concorsuale e sino alla stipula del contratto.

CPL C*** ha perso il requisito nel periodo intercorrente tra l'aggiudicazione definitiva ed il contratto, per cui in base al principio di continuità dovrebbe essere esclusa e l'aggiudicazione dovrebbe essere revocata.

Violazione della legge n. 241 del 1990, artt. 2, 2 bis, 6, 7 ss. e 16, comma 2, nonché dei principi del giusto procedimento, imparzialità, par condicio, ragionevolezza. Incompetenza. Sviamento per falsità di causa.

I principi esposti nel precedente motivo avrebbero anche un sicuro fondamento logico in quanto, da un lato, non sarebbe possibile consentire impunemente la partecipazione alla gara di un'impresa colpito dal sospetto di infiltrazioni mafiose, dall'altro, la sorte del procedimento concorsuale non potrebbe dipendere dai tempi impressi dalla stazione appaltante come avverrebbe ritardando ad libitum l'adozione del provvedimento espulsivo.

La ricorrente ha chiesto l'aggiudicazione della gara, previa esclusione dell'ATI CPL, e subentro nella convenzione, se già stipulata. In via del tutto subordinata, ha chiesto il risarcimento del danno per equivalente.

Consip ha contestato la fondatezza delle censure contenute nel ricorso principale concludendo per il suo rigetto.

CPL C***, in relazione all'ultimo atto di motivi aggiunti, ha dedotto la sua inammissibilità e comunque l'infondatezza nel merito.

Le parti hanno depositato altre memorie a sostegno ed illustrazione delle rispettive ragioni.

All'udienza pubblica del 20 aprile 2016, la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1. La Commissione di gara, nella seduta dell'11 luglio 2013, ha formato la graduatoria del lotto 9 nella quale è stato collocato al primo posto RTI CPL C*** con il punteggio complessivo di 89,869 (punteggio tecnico 22,621 e punteggio economico 67,248), al secondo posto RTI R*** G*** con il punteggio complessivo di 88,478 (punteggio tecnico 22,372 e punteggio economico 66,106) ed al terzo posto Antas Srl con il punteggio complessivo di 83,679 (punteggio tecnico 23,624 e punteggio economico 60,055).

Consip, con provvedimento del 17 luglio 2014, in accoglimento della proposta formulata dalla Commissione di gara e dal responsabile del procedimento, ha deliberato l'esclusione del RTI costituito tra R*** G*** Spa e Consorzio Stabile R*** F*** S*** 2010 dal lotto 9 della gara per anomalia dell'offerta che risulta nel suo complesso non remunerativa.

2. CPL C*** ha proposto ricorso incidentale "escludente", avendo impugnato la mancata esclusione del RTI R*** G*** per motivi diversi dall'anomalia dell'offerta.

La proposizione del ricorso incidentale è finalizzata alla conservazione della posizione di vantaggio derivante al concorrente destinatario del provvedimento di aggiudicazione.

Nella gara per l'affidamento di un appalto, il bene della vita oggetto di potere amministrativo è uno ed uno solo (è un bene "scarso") e può essere attribuito ad un unico concorrente, per cui le controversie *in subiecta* materia sono il terreno d'elezione per l'utilizzo dell'azione incidentale, atteso che, a fronte di un soggetto (o più soggetti) che intende (intendono) mettere in discussione il rapporto controverso, c'è sempre, ove sia intervenuta l'aggiudicazione, un soggetto che aspira a conservare il rapporto come disciplinato dall'azione amministrativa

R*** G*** ha eccepito l'irricevibilità del ricorso incidentale proposto da CPL C*** per tardività della notifica in quanto il ricorso principale è stato notificato alla controinteressata in data 1° ottobre 2014, mentre il ricorso incidentale di CPL è stato spedito per la notifica il 15 gennaio 2015.

L'eccezione non può essere condivisa.

L'art. 42 del codice del processo amministrativo prevede che i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale, da proporre entro sessanta giorni (trenta giorni per le controversie in materia di appalti ai sensi dell'art. 120, comma 5, c.p.a.) decorrente dalla ricevuta notificazione del ricorso principale.

La decorrenza del termine perentorio per proporre il ricorso incidentale, quindi, è ancorato al momento della ricevuta notifica del ricorso principale, atteso che in tale momento il controinteressato acquisisce piena conoscenza che il "bene" attribuitogli dall'amministrazione è messo in discussione e potrebbe essergli sottratto, per cui non assume rilievo ai fini della

ricevibilità dell'azione incidentale che il controinteressato sia venuto a conoscenza solo nel corso del giudizio delle circostanze che lo hanno indotto a svolgere le proprie difese incidentali.

Nella fattispecie in esame, il ricorso è stato notificato a CPL C*** il 1° ottobre 2014, mentre il ricorso incidentale è stato spedito a mezzo posta per la notificazione il 15 gennaio 2015.

Tuttavia, l'atto introduttivo del giudizio è stato proposto avverso il provvedimento di esclusione di R*** G*** dalla gara, sicché, in assenza almeno di una contestuale aggiudicazione provvisoria in favore di CPL C***, quest'ultima impresa non può essere qualificata controinteressata all'azione, con la conseguenza che il termine per proporre il ricorso incidentale non può certo decorrere dalla notificazione dell'atto introduttivo del giudizio non avendo, anzi, la Società CPL C***, da qualificare controinteressata solo a seguito dei motivi aggiunti proposti da R*** G***, alcuna posizione legittimante alla proposizione di un'azione incidentale.

Inoltre, se il *dies a quo*, come detto, è individuato con riferimento al momento in cui il controinteressato acquisisce piena conoscenza che il "bene" attribuitogli dall'amministrazione è messo in discussione e potrebbe essergli sottratto per effetto dell'azione giurisdizionale proposta dalla parte che aspira allo stesso "bene", occorre considerare che con l'atto introduttivo del giudizio, R*** G***, seconda migliore offerta, ha impugnato la propria esclusione deducendo vizi di legittimità della stessa, mentre ha esteso l'impugnativa all'aggiudicazione in favore di CPL C***, deducendo vizi di legittimità di tale atto, solo con la proposizione dei primi motivi aggiunti, sicché, avendo avuto CPL C***, ormai controinteressata, la piena conoscenza della potenziale lesione della posizione acquisita con la notificazione dei primi motivi aggiunti, è a tale data che bisogna riferirsi per verificare la tempestività o meno del ricorso incidentale.

In altri termini, l'interesse alla proposizione del ricorso incidentale, nella fattispecie in esame, è sorto con la domanda proposta con i primi motivi aggiunti, per cui è alla data di notificazione di questi che occorre riferirsi per verificare la tempestività del rimedio incidentale.

I primi motivi aggiunti sono stati notificati alla controinteressata il 2 gennaio 2015, mentre il ricorso incidentale è stato spedito, mezzo posta, per la notifica il 15 gennaio 2015, sicché l'azione incidentale è tempestiva.

3. CPL C*** ha proposto ricorso incidentale "escludente", avendo impugnato gli atti di gara nella parte in cui la stazione appaltante non ha proceduto all'esclusione del RTI R*** G*** per motivi diversi dall'anomalia dell'offerta ed afferenti alla fase c.d. della prequalifica.

La giurisprudenza ha chiarito, sin dalla metà degli anni '90, che quando il ricorso incidentale tende a paralizzare l'azione principale per ragioni di ordine processuale, occorre dare la precedenza alle questioni con lo stesso sollevate che abbiano priorità logica su quelle sollevate dal ricorrente principale e tali sono le questioni che, pur profilandosi come questioni di merito, producono effetti sull'esistenza di una condizione dell'azione e, quindi, su una questione di rito.

Tuttavia, come emerso dal successivo sviluppo giurisprudenziale, l'ordine di priorità nell'esame dei motivi non riguarda i ricorsi, ma la tipologia di censure proposte con gli stessi, nel senso che andrebbero progressivamente esaminate le censure, indifferentemente se proposte in via principale o incidentale, afferenti alle singole fasi o sub fasi del procedimento, a partire dalla fase di ammissione alla gara dei concorrenti per finire a quella di svolgimento della vera e propria gara.

In particolare, scomponendo il complessivo *iter* procedimentale dell'evidenza pubblica nelle fasi in cui logicamente e cronologicamente si divide, la giurisprudenza - ove la sola parte ricorrente principale abbia dedotto censure in ordine alla prima fase, di prequalificazione, in cui è valutata la sussistenza dei requisiti necessari alla partecipazione alla successiva fase della gara vera e propria, contestando, quindi, l'ammissione alla stessa della controparte che, invece, non ha proposto in via incidentale censure attinenti alla carenza di requisiti di prequalificazione in capo alla ricorrente principale - ha ritenuto di esaminare prioritariamente i motivi d'impugnativa proposti nel ricorso principale avverso l'ammissione alla gara della controinteressata.

La tesi è stata poi affermata dalla decisione dell'Adunanza Plenaria 15 aprile 2010, n. 1 che - in una fattispecie in cui con il ricorso principale era stata lamentata la mancata esclusione dell'aggiudicataria per difetto dei requisiti di ordine generale, mentre nel ricorso incidentale era stato sostenuto che la ricorrente principale avrebbe meritato l'esclusione per irregolarità dell'offerta tecnica, da accertare, quindi, in un momento successivo, sia logicamente che cronologicamente, a quello della verifica dei requisiti generali - ha ritenuto corretto esaminare prioritariamente il ricorso principale rispetto a quello incidentale ed ancora è stata ribadita dalla sentenza dell'Adunanza Plenaria 30 gennaio 2014, n. 7, che ha evidenziato come occorra procedere dall'esame delle doglianze che introducono cause di invalidità escludenti per proseguire con l'esame dei vizi della procedura posti in essere dal seggio di gara.

Nella stessa ottica, si è sostanzialmente posta anche la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014, relativa, peraltro, all'ipotesi di due uniche imprese in gara.

Nella fattispecie in esame, il ricorso incidentale "escludente" proposto dalla controinteressata concerne la modificazione soggettiva della mandante Consorzio Stabile R*** F*** Service 2010 nonché la fase della verifica dei requisiti di ordine generale, mentre la parte ricorrente principale ha dedotto censure relative al giudizio di anomalia dell'offerta, afferenti quindi alla fase di svolgimento della gara, successiva a quella di prequalificazione alla quale si riferiscono le censure "escludenti", e, con il primo atto di motivi aggiunti, una doglianza anch'essa volta ad escludere la legittima partecipazione dell'aggiudicataria alla gara per violazione dell'art. 38, comma 1, lett. m-quater d.lgs. n. 163 del 2006. Con un secondo atto di motivi aggiunti, la ricorrente ha impugnato il provvedimento del 30 novembre 2015, con cui la stazione appaltante, a seguito della reinscrizione di CPL C*** nella white list, ha ritenuto che non sussistono i presupposti per l'adozione di un provvedimento di esclusione, né di revoca o di annullamento dell'aggiudicazione al RTI CPL C***.

Ne consegue che le censure contenute nell'azione incidentale devono essere esaminate prioritariamente in quanto relative alla sub fase di verifica dei requisiti di ordine generale,

laddove nessuna censura afferente a sub fasi precedenti a quest'ultima è stata proposta da R*** G***.

4. Il ricorso incidentale proposto dalla CPL C*** è fondato e va di conseguenza accolto.

4.1 La controinteressata, in primo luogo, ha sostenuto che il RTI R*** avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura avendo illegittimamente modificato la sua composizione soggettiva rispetto alla compagine risultante in sede di presentazione dell'offerta, come dichiarata dal RTI medesimo e ciò in quanto, dall'esame della visura CCIAA della mandante Consorzio Stabile R*** F*** Service 2010, risulterebbe la fuoriuscita - mediante esclusione dal Consorzio disposta dal Consiglio Direttivo - di almeno due delle consorziate indicate espressamente dal Consorzio Stabile quali ditte esecutrici dell'appalto in questione (imprese SO.GE.IMM. Srl e Mariani Petroli Srl); il principio di immodificabilità soggettiva dei Consorzi, secondo la prospettazione della ricorrente incidentale, si applicherebbe a maggior ragione ai Consorzi Stabili i quali, ove non intendano eseguire direttamente la commessa, sono tenuti, ai sensi dell'art. 94 d.P.R. n. 207 del 2010, a svolgerla inderogabilmente per mezzo delle consorziate indicate in gara quali esecutrici dell'appalto medesimo.

La doglianza è fondata e va accolta.

L'art. 34, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 ammette a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'art. 2615-ter c.c., tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro.

Per consorzi stabili, ai sensi dell'art. 36 d.lgs. n. 163 del 2006, si intendono quelli in possesso dei requisiti previsti dall'art. 40, formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa.

L'art. 37, comma 9, del codice del 2006 vieta qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

Il principio di immodificabilità dei soggetti che partecipano alla gara, sancito da tale ultima disposizione nella disciplina dettata per raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari, non trova un analogo riscontro nell'art. 36 che disciplina i consorzi stabili.

Tuttavia, il quinto comma dell'art. 36 dispone che i consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il Consorzio concorre, essendo fatto divieto a questi ultimi di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara e, soprattutto, l'art. 94 del d.P.R. n. 207 del 2010 stabilisce che i consorzi stabili di cui agli artt. 34, comma 1, lett. c), e 36 del codice dei contratti eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante.

Le prestazioni contrattuali assunte dal Consorzio, in base al chiaro ed inequivoco tenore della disposizione regolamentare, pertanto, possono essere eseguite solo nei seguenti due modi: direttamente o attraverso le imprese consorziate specificamente indicate in sede di gara (senza che in tal caso sia configurabile un subappalto).

Ne consegue che l'assenza nell'ambito dell'art. 36 del d.lgs. n. 163 del 2006 di una norma analoga a quella che, all'art. 37, comma 9, sancisce il principio di immodificabilità dei soggetti partecipanti alla gara per i raggruppamenti temporanei ed i consorzi ordinari non si traduce *sic et simpliciter* nella possibilità per i consorzi stabili di modificare in corso d'opera le imprese che, in sede di offerta, sono state indicate per l'esecuzione dell'appalto.

In proposito, la giurisprudenza ha chiarito che l'attenzione del legislatore, il quale nel codice dei contratti impone l'obbligo di "... indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre" (art. 36, comma 5) sia per i consorzi stabili, sia per quelli fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 (art. 37, settimo comma), rende evidente come, in assenza di una differente e specifica indicazione, in sede esecutiva il Consorzio aggiudicatario debba avvalersi solo ed esclusivamente delle prestazioni dell'impresa specificamente designata in sede di gara; una volta fatta la designazione in sede di offerta, il Consorzio non può individuare *ad libitum* un'ulteriore impresa anche se questa è una sua associata, dovendo ritenersi del tutto preclusa - fatti salvi gli altri casi specificamente individuati dal codice - ogni possibilità di far luogo ad un meccanismo di ulteriori designazioni di soggetti, non previamente indicati in sede di gara dal Consorzio (Cons. Stato, IV, 3 luglio 2014, n. 3344).

D'altra parte, indipendentemente dalla tipologia del Consorzio partecipante ad una gara, stabile o ordinario, esso deve dimostrare il possesso dei requisiti generali di tutti i consorziati che vengono individuati come esecutori delle prestazioni scaturenti dal contratto ed infatti, tutti i soggetti che, a qualunque titolo, concorrono all'esecuzione di appalti pubblici devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 (ex multis: Cons. Stato, V, 17 maggio 2012, n. 2825).

In sostanza, la circostanza che il divieto di cui all'art. 37, comma 9, d.lgs. n. 163 del 2006 non sia con analoga formulazione previsto per i consorzi stabili, non preclude alla norma regolamentare di attuazione di stabilire, in presenza della richiamata previsione di cui all'art. 36, comma 5, del codice dei contratti pubblici, che le prestazioni contrattuali devono essere eseguite dai consorzi stabili con la propria struttura o con i consorziati indicati in sede di gara.

Di talché, ove, come nel caso di specie, siano *medio tempore* fuoriuscite dal consorzio imprese indicate espressamente in sede di gara come esecutrici dell'appalto, si rivela illegittima l'azione amministrativa che non ha escluso dalla gara il RTI di cui il consorzio faceva parte.

4.2 Parimenti fondato è il secondo motivo proposto in via incidentale, relativo alla perdita *medio tempore* intervenuta del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), da parte di Mariani Petroli Srl.

Infatti, a prescindere dal motivo sottostante la fuoriuscita di detta Società dal Consorzio,

occorre rilevare che, in data 18 settembre 2014, la stessa ha depositato presso il Tribunale di Lodi una proposta di concordato preventivo e che, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. a) del codice dei contratti pubblici è escluso dalla partecipazione alla procedura di affidamento il soggetto che si trovi in stato di concordato preventivo o nei cui confronti sia in corso un procedimento per la dichiarazione di tale situazione.

La ricorrente principale, nella propria memoria di controdeduzioni al ricorso incidentale, ha precisato che il contratto di fitto di ramo d'azienda e preliminare di cessione di ramo d'azienda tra Mariani Petroli e Facility Srl è stato stipulato in data 8 novembre 2013, per cui ha sostenuto che Facility sarebbe subentrata in tutti i rapporti attivi e passivi della cedente ben prima della domanda di ammissione alla procedura di concordato preventivo.

Il Collegio rileva che, ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 163 del 2006, qualora i candidati o concorrenti consorziati cedano o affittino l'azienda o un ramo d'azienda, il cessionario o l'affittuario sono ammessi alla gara previo accertamento sia dei requisiti di ordine generale, sia di ordine speciale, per cui l'operatività della norma postula la comunicazione alla stazione appaltante dell'avvenuto contratto di fitto o cessione del ramo di azienda e l'avvenuta comprova dei requisiti.

Nel caso di specie, il Consorzio Stabile R*** F*** Service 2010 ha escluso dal medesimo la consorziata Mariana Petroli in data 29 settembre 2014, vale a dire dopo la proposta di concordato preventivo e la stessa R*** G***, nella richiamata memoria di controdeduzioni, ha evidenziato che la fuoriuscita dal Consorzio delle due consorziate è stata rappresentata alla Consip con nota del 13 ottobre 2014 e dichiarazione in data 9 ottobre 2014, date anche esse successive a quella in cui è stato proposto il concordato preventivo.

A ciò si aggiunga che, ai sensi del punto 6.2 del disciplinare di gara, il concorrente avrebbe dovuto comunicare tempestivamente alla Consip le eventuali variazioni alle dichiarazioni di cui ai n. 1, 2, 10 dell'allegato 1 al disciplinare producendo apposita dichiarazione resa, in conformità al medesimo allegato 1, dal legale rappresentante o da persona dotata di poteri di firma.

In conclusione, alla data in cui si è maturata la causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. a), del codice degli appalti pubblici ratione temporis vigente, la stazione appaltante, in assenza di qualsivoglia comunicazione in proposito, avrebbe dovuto considerare come facente parte del Consorzio la Mariani Petroli, per cui avrebbe dovuto conseguentemente escludere il concorrente dalla gara.

4.3 La fondatezza delle esaminate censure "escludenti" determina, assorbite le censure proposte con i motivi aggiunti al ricorso incidentale, la fondatezza dell'azione incidentale e, per l'effetto, l'annullamento dell'azione amministrativa nella parte in cui la stazione appaltante non ha escluso dalla gara il RTI R*** G*** nella fase cd. di prequalificazione.

L'annullamento in parte qua dell'azione amministrativa è idoneo a determinare la carenza di interesse alle azioni di annullamento proposte dal ricorrente principale con l'atto introduttivo del giudizio e con i motivi aggiunti in quanto alla gara ha partecipato ed è stata ammessa

anche altra impresa, per cui nessuna utilità potrebbe R*** G*** conseguire dall'accoglimento delle impugnative.

L'eventuale fondatezza delle domande di annullamento proposta con l'atto introduttivo del giudizio e con i motivi aggiunti, infatti, determinerebbe l'annullamento dell'esclusione della ricorrente principale nonché l'annullamento dell'aggiudicazione in favore della controinteressata CPL C***, ma non attribuirebbe alla R*** G*** alcun utilità né finale né strumentale, con la paradossale conseguenza, non ipotizzabile in una giurisdizione di tipo soggettivo quale quella amministrativa, dell'aggiudicazione della gara e dell'affidamento dell'appalto ad una terza impresa, estranea al presente rapporto processuale.

5. Ad ogni buon conto, il Collegio - per l'ipotesi in cui la stazione appaltante, in ragione delle circostanze del caso concreto, dovesse ritenere che alla fondatezza di entrambe le azioni "escludenti" proposte nel presente giudizio, sia più opportuno rinnovare la gara anziché aggiudicarla ad una terza impresa estranea al rapporto processuale - ritiene di procedere all'esame dell'azione di annullamento del provvedimento di esclusione, in data 17 luglio 2014, proposta da R*** G*** con l'atto introduttivo del giudizio.

5.1 Con il primo motivo d'impugnativa, la R*** G*** ha sostenuto che, per verificare la congruità dell'offerta ai sensi dell'art. 86, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006, dovrebbe sussistere un *fumus* che indichi il sospetto di anomalia risultante da specifici elementi.

Il provvedimento di esclusione, sostiene la ricorrente principale, è basato sulla sottovalutazione dei costi del personale impiegato e sulla sottovalutazione dei materiali necessari per dette attività, ma il costo del personale e quello dei materiali non sarebbero indicati quali specifici elementi idonei ad indurre il sospetto di anomalia nella prima richiesta di giustificazioni del 30 luglio 2013, sicché l'amministrazione avrebbe illegittimamente avviato il sub procedimento di verifica dell'anomalia.

La richiesta di giustificazioni "a tappeto", in sostanza, sarebbe ammessa solo nel caso di cui all'art. 86, comma 2, del codice dei contratti pubblici, in cui ricorre un criterio automatico di individuazione della sospetta anomalia, ma non anche nell'ipotesi di cui al terzo comma in cui la legge impone alla stazione appaltante l'onere di specificare gli elementi che fondano il sospetto onde attivare discrezionalmente il sub procedimento.

La prospettazione non è persuasiva.

L'art. 86 d. lgs. n. 163 del 2006 prevede due distinte ipotesi nelle quali la stazione appaltante procede alla verifica dell'anomalia dell'offerta: la prima è contenuta nel comma 2, secondo il quale il giudizio di congruità dell'offerta deve essere svolto al verificarsi di una situazione aritmetica, ossia al fatto che "sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, sono entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara"; nella seconda ipotesi, il successivo comma 3 si limita a facultizzare la stazione appaltante a procedere alla verifica di anomalia sempre che l'offerta, pur in assenza delle condizioni indicate dal comma precedente, appaia in base ad elementi specifici anormalmente bassa.

Dal verbale della seduta del 26 luglio 2013, risulta che la Commissione, preso atto della comunicazione del 19 luglio 2013 con la quale il responsabile del procedimento ha domandato di procedere alla richiesta di giustificazioni in ordine, tra le altre, all'offerta presentata dal RTI R*** G*** per il lotto 9, ha deliberato di richiedere i giustificativi dell'offerta ai relativi concorrenti.

Di talché, la stazione appaltante, in data 30 luglio 2013, ha richiesto analitiche giustificazioni ai sensi dell'art. 86, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006, con specifico riferimento a molteplici voci di costo tra cui: la struttura operativa dedicata alle attività di gestione, conduzione e manutenzione ordinaria, preventiva e correttiva, degli impianti e materiali impiegati per le attività (servizio energia A, servizio energetico elettrico B, servizio tecnologico impianti di climatizzazione estiva C, servizio tecnologico impianti elettrici D); gli interventi di manutenzione straordinaria degli impianti con il dettaglio del personale e dei materiali impiegati (servizio energia A, servizio energetico elettrico B, servizio tecnologico impianti di climatizzazione estiva C, servizio tecnologico impianti elettrici D); il dettaglio del personale e dei materiali impiegati (servizio energy management E).

Le giustificazioni sono state richieste in relazione agli impegni presi ed agli scenari ipotizzati nell'ambito del lotto di riferimento di cui all'offerta tecnica.

Ne consegue che l'esercizio della facoltà discrezionale di avviare il sub procedimento di verifica dell'anomalia è stato correttamente esercitato, atteso che la Consip ha analiticamente indicato l'elenco delle voci di costo e di ricavo che devono essere presenti nel conto economico della commessa e, tra le voci di costo, ha fatto specifico riferimento alla struttura operativa, al dettaglio del personale ed ai costi dei materiali impiegati.

D'altra parte, è fisiologico che la facoltà discrezionale attribuita alle stazioni appaltanti dall'art. 86, comma 3, del codice dei contratti pubblici, nel fare riferimento ad "elementi specifici" in base ai quali l'offerta appaia anormalmente bassa, non può essere subordinata alla precisa indicazione, già in sede di richiesta di giustificazioni, delle cause che eventualmente condurranno al giudizio di anomalia, ma deve essere correttamente intesa nel senso che, anche in assenza dei parametri aritmetici in ragione dei quali l'offerta è da considerare anomala *ex lege*, la stazione appaltante, ove comunque ritenga l'offerta nel suo complesso scarsamente o per nulla remunerativa, ha il potere di avviare il sub procedimento di verifica con una richiesta prima ad ampio spettro e poi, via via che il procedimento si svolge, sempre più mirata all'evidenziazione delle cause in ragione delle quali l'offerta potrebbe essere ritenuta effettivamente anomala.

Diversamente opinando, infatti, si perverrebbe alla paradossale e non accettabile conclusione che, anche a fronte di un'offerta evidentemente troppo bassa, la stazione appaltante, ove non ancora in grado di individuare con chirurgica precisione le voci di costo che determinano la complessiva inaffidabilità dell'offerta, non potrebbe attivare il sub procedimento di verifica ex art. 86, comma 3, d.lgs. n. 163 del 2006 con conseguente *vulnus* alla ratio dell'istituto.

La fattispecie, in sostanza, si presenta necessariamente a formazione progressiva, con conseguente possibilità di "centrare" le ragioni dell'anomalia nel corso del procedimento

stesso, il quale, comunque, dovrà prendere avvio in ragione di elementi specifici che facciano apparire l'offerta anormalmente bassa e tale deve essere considerata anche l'offerta che, a prima vista, appaia sospetta perché troppo vantaggiosa nella sua entità complessiva, costituita da prezzo e qualità della prestazione promessa.

In proposito, peraltro, Consip, nella propria memoria difensiva, ha rappresentato come l'offerta sia apparsa anormalmente bassa *ictu oculi* prendendo a riferimento ciascuno dei ribassi offerti ed il ribasso medio ponderato sulle voci economiche di offerta e come tale sospetto sia emerso anche in considerazione degli impegni assunti da R*** con l'offerta tecnica, impegni pari ai valori massimi previsti, in riferimento ai punteggi tabellari concernenti gli obiettivi di risparmio energetico (punti c.1.5 e c.2.5 dell'offerta tecnica di R***) che rappresentavano una parte significativa della stessa in termini di punteggio attribuito.

Nella memoria, in definitiva, Consip ha evidenziato che i punteggi massimi ottenuti da R*** per le voci c.1.5 e c.2.5 hanno insinuato nella Commissione il sospetto circa la non sostenibilità dell'offerta e, infatti, nella richiesta di giustificazioni del 30 luglio 2013, la Commissione ha chiesto di esplicitare gli assunti sui quali il Raggruppamento ha elaborato il conto economico complessivo della commessa, in relazione agli impegni presi e agli scenari ipotizzati nell'ambito del lotto di riferimento di cui all'offerta tecnica.

Nel caso di specie, dopo la prima richiesta ad "ampio spettro" del 30 luglio 2013, in cui, come rilevato, sono state specificamente formulate richieste in ordine alla struttura operativa ed ai costi del personale e dei materiali impiegati, il procedimento è andato avanti per tappe successive sino a concentrarsi sugli elementi che hanno poi indotto la stazione appaltante a giudicare l'offerta non remunerativa e, conseguentemente, ad escludere RTI R*** G*** con l'atto impugnato.

In particolare, nella richiesta del 13 novembre 2013, Consip ha chiesto a R*** G*** in qualità di designata mandataria del RTI costituito di specificare, in relazione agli scenari ipotizzati nell'ambito del lotto di riferimento, come il "dimensionamento della struttura operativa in funzione delle fasi di sviluppo dell'appalto" incida sulle relative voci di costo riportate nel conto economico complessivo di commessa.

Infine, non può assumere rilievo che alla consulenza tecnica d'ufficio del Prof. Cerri non sia stato fatto cenno nel corso del sub procedimento di verifica, atteso che il riferimento a tale consulenza ha costituito uno snodo del percorso motivazionale sulla cui base sono state valutate le giustificazioni ed è stato formulato il giudizio di anomalia. Tale cardine dell'*iter* argomentativo, costituendo un parametro di valutazione delle giustificazioni, rappresenta, logicamente e cronologicamente, un *posterius* rispetto all'indicazione dei profili oggetto della verifica di anomalia.

Va da sé che le argomentazioni desunte dalla detta CTU possono essere contestate nell'ambito del sindacato di legittimità sull'atto conclusivo del procedimento, come d'altra parte avvenuto nel presente giudizio, in cui la parte più consistente delle censure dedotte riguarda proprio le motivazioni poste dalla stazione appaltante a base dell'esclusione.

5.2 Con un secondo gruppo di censure, R*** G*** ha sostenuto che le differenze incrementative imputate dalla Commissione alle voci del costo del personale e del costo dei materiali sarebbero abnormi in quanto ascendono ad oltre il quadruplo di quanto stimato e dichiarato dalla R*** G***. La motivazione, quanto al presunto sottodimensionamento del personale, sarebbe basata sull'erroneo presupposto che il numero delle risorse necessario per le attività di manutenzione e conduzione degli impianti sia desumibile dalla volumetria servita, il che contrasterebbe perfino con la perizia del Prof. Cerri che individuerrebbe nel numero di edifici serviti il parametro corretto per la misurazione del fabbisogno di personale.

Le doglianze sono infondate.

Il provvedimento adottato dalla stazione appaltante a conclusione del sub procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è caratterizzato da discrezionalità tecnica, facendo riferimento a scienze specialistiche prive di oggettiva certezza, per cui, ove dia conto in modo plausibile, ancorché opinabile, delle conclusioni raggiunte, non può essere efficacemente contestato nell'ambito del sindacato giurisdizionale di legittimità in quanto il giudice in nessun caso potrebbe sostituirsi all'amministrazione ritenendo illegittima una determinazione plausibile e non manifestamente illogica.

In sostanza, ove non sussistano travisamenti dei fatti ed ove la motivazione del provvedimento sia tale da dare conto delle ragioni di fatto e di diritto della manifestazione di giudizio e, conseguentemente, di volontà esercitata dalla pubblica amministrazione, il provvedimento può essere censurato solo se manifestamente illogico.

Il provvedimento del 17 luglio 2013, con cui Consip ha escluso dal lotto 9 della gara per anomalia dell'offerta il RTI R*** G*** è analiticamente motivato e giunge a conclusioni plausibili e non manifestamente illogiche.

Il corredo motivazionale del provvedimento di esclusione, tra l'altro, indica che:

il concorrente ha previsto un sottodimensionamento del personale utilizzato per le attività di gestione, conduzione e manutenzione ordinaria e straordinaria non sufficiente allo svolgimento delle suddette attività nel rispetto delle prescrizioni del capitolato tecnico, con la conseguenza di avere sottostimato i costi del relativo personale offerto;

la Commissione, ai fini della valutazione della congruità del "Personale equivalente – OFFERTO" per le attività di gestione, conduzione e manutenzione ordinaria e straordinaria in termini di FTE/anno, ha utilizzato un parametro di riferimento dato dalla "volumetria lorda servita per personale equivalente" avente valore pari a 1 FTE ogni 116.000 metri cubi;

tale valore è stato desunto dalla consulenza tecnica d'ufficio depositata dal prof. ing. Giovanni Cerri in data 19 novembre 2008 e nella relativa relazione integrativa e suppletiva depositata in data 26 marzo 2009, in relazione a contenziosi relativi alla gara SIE1, che rappresenta la prima edizione della gara in oggetto;

il valore riportato nella colonna "H – Costo Personale – RICALCOLATO" evidenzia un

incremento di costo tale da rendere non affidabile l'offerta presentata;

il prof. ing. Giovanni Cerri, nella citata consulenza tecnica d'ufficio, ha dichiarato che "per quanto attiene alla stima del personale operativo per la conduzione e manutenzione, bisogna necessariamente fare riferimento a un possibile numero di edifici" e, di conseguenza, alla volumetria servita ai fini della corretta valutazione del "Personale per gestione commessa";

la CTU ha riscontrato come un "personale impiegato (circa 20 persone anno per la manutenzione ordinaria, circa 5 persone per la manutenzione straordinaria – per un totale di circa 25 persone anno, da intendersi come FTE/anno) risulterebbe insufficiente" qualora rapportato ad una volumetria totale servita di circa 2.900.000 metri cubi che comporta più di 320 edifici; di conseguenza il rapporto (2.900.000 metri cubi ovvero 320 edifici divisi 25 persone anno) si traduce in un valore di "Volumetria lorda servita per personale equivalente" pari a FTE ogni 116.000 metri cubi ovvero in un valore di "numero di edifici per personale equivalente" pari a 1 FTE ogni 12,8 edifici da considerare come parametri di confronto ai fini della congruità della Struttura Operativa offerta per la gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti di climatizzazione invernale, termici integrati alla climatizzazione invernale e climatizzazione estiva;

l'applicazione del valore di 1 FTE ogni 116.000 metri cubi ai due scenari proposti dal concorrente porterebbe alla definizione di un "fattore incrementale" del "Personale equivalente – OFFERTO" dichiarato dallo stesso che si applica ugualmente agli associati costi;

il valore complessivo dei materiali utilizzati per lo svolgimento delle attività di gestione, conduzione e manutenzione ordinaria e straordinaria previsto dal concorrente non è sufficiente allo svolgimento delle attività nel rispetto delle prescrizioni del capitolato tecnico, per cui sono stati sottostimati i costi complessivi dei relativi materiali utilizzati in considerazione del fatto che tutte le attività di manutenzione ordinaria (preventiva, e correttiva a guasto) e straordinaria (adeguamento e sostitutiva) così come definite al paragrafo 2.2 del capitolato tecnico sono indistintamente a carico dell'aggiudicatario;

il valore riportato nella colonna "W – Costo Materiali – RICALCOLATO" comporta un incremento di costo tale da rendere non affidabile l'offerta presentata;

l'applicazione delle correzioni (1. Maggiore incidenza percentuale del costo dei materiali sul costo del personale; 2. Maggiore costo del personale) conduce alla determinazione di un maggior valore dei costi dei materiali e, di conseguenza, a un'ulteriore significativa riduzione del margine di profitto della commessa;

gli incrementi dei costi calcolati e relativi alle voci "O – Incremento Costo Personale", "X – Incremento Costi Materiali" e "Z – Sistema di controllo e monitoraggio", la cui somma determina la voce "Maggiori Costi (O+X+Z)" di cui alla tabella 11, voci di costo riguardanti una parte significativa della commessa, portano ad una non remuneratività della commessa stessa per entrambi gli scenari di attivazione dei servizi, determinandone un giudizio globale di inattendibilità e, quindi, di inaffidabilità.

La motivazione del provvedimento di esclusione, di cui sono stati riportati solo alcuni significativi passaggi, è stato quindi motivato in maniera particolarmente esaustiva in ordine alle ragioni del giudizio di non affidabilità dell'offerta proposta dal RTI R*** G***.

In particolare, dalla tabella n. 11, sulla base della ricostruzione dei valori operata dalla Commissione, per effetto dei maggiori costi, emerge una perdita di euro 10.952.646,75 per un'incidenza del 16,59% sui ricavi.

La censura centrale nella prospettazione della parte ricorrente è che la congruità del dimensionamento del personale (e conseguentemente del costo dei materiali) non avrebbe dovuto essere valutata rispetto alla "volumetria lorda servita", utilizzando come parametro un valore pari a 1 FTE ogni 116.000 metri cubi, ma rispetto alla complessità impiantistica e al numero di centrali termiche e ciò si ricaverebbe dalla stessa CTU del prof. Cerri (pag. 26), vale a dire rispetto al numero di edifici da servire.

L'argomentazione non è idonea a dimostrare la manifesta illogicità della valutazione operata dalla Commissione.

La CTU del Prof. Cerri evidenzia che "per quanto attiene alla stima del personale operativo per la conduzione e manutenzione, bisogna necessariamente fare riferimento a un possibile numero di edifici, che può essere determinato solo su basi statistiche".

Tuttavia, la stessa consulenza fa riferimento al concetto di volumetria media per edifici, quantificando il numero di edifici in ragione della stessa volumetria (fino a 5.000 metri cubi, da 5.000 a 20.000 metri cubi, oltre 20.000 metri cubi), per cui il numero globale di edifici è stato ipotizzato proprio con riferimento alla volumetria media di ciascun gruppo.

Inoltre, con riferimento al lotto n. 8 della gara all'epoca in discorso, ha specificato, in relazione alla superficie totale gestibile che potrebbe raggiungere circa 2.900.000 metri cubi che la stessa comporta più di 320 edifici e che, perciò, il personale impiegato (circa 20 persone anno per la manutenzione ordinaria, circa 5 persone per la manutenzione straordinaria) risulterebbe insufficiente.

Ne consegue che, nel caso a suo tempo esaminato, anche il rapporto di personale 1 per 116.000 metri cubi (che rappresenta esattamente il quoziente tra 2.900.000 metri cubi e 25 persone anno) fu ritenuto insufficiente.

Sotto tale profilo, in definitiva, nessuna illogicità può essere ravvisata nell'iter logico giuridico che ha portato la Consip a prendere spunto dalle argomentazioni sviluppate a suo tempo dal Prof. Cerri per valutare il sottodimensionamento del costo del personale e dei materiali utilizzati indicati dalla ricorrente principale tra le proprie voci di costo che ha previsto un valore di "volumetria lorda servita per personale equivalente" pari 1 FTE ogni 517.341,32 metri cubi.

Per quanto riguarda le ulteriori censure da cui R*** G*** vorrebbe trarre l'illegittimità del giudizio di anomalia, è sufficiente osservare che:

le affermazioni secondo cui le aziende specializzate avrebbero sviluppato modelli industriali di ottimizzazione della propria struttura interna di produzione, tali da consentire di organizzare il singolo processo di produzione utilizzando il proprio specifico know how prestazionale e tecnologico, e secondo cui i dati della consulenza tecnica dovrebbero essere rivisti in quanto l'evoluzione tecnologica ben giustificerebbe un risparmio di personale operativo per le specifiche attività oggetto di gara, pur potendo essere astrattamente condivisibili in linea generale, non sono state supportate da adeguato substrato probatorio con riferimento al caso in esame;

le differenze tra la gara oggetto del presente giudizio e la gara MIES di cui alla consulenza tecnica sono state considerate (destinazione d'uso ospedaliera per il MIES, scuola, uffici, caserme per quella in oggetto; orari di fruizione dell'immobile e di riscaldamento richiesti pari a 24 ore/giorno per la destinazione d'uso ospedaliera, fino ad un massimo di 14 ore/giorno per la destinazione d'uso diversa da ospedaliera), al punto che, proprio in ragione delle predette differenze, la Commissione ha adeguato il valore di riferimento pari a 1 FTE ogni 87.500 metri cubi di volumetria lorda servita in un parametro di confronto ai fini della congruità della struttura operativa offerta, ricompresa tra i valori di 1 FTE ogni 115.000 metri cubi e 1 FTE ogni 120.000 metri cubi di volumetria lorda servita.

5.3 Va da sé, infine, che non possono assumere alcun rilievo nel giudizio sulla legittimità del provvedimento impugnato le considerazioni secondo cui la Commissione di gara avrebbe ritenuto anomala l'offerta della R*** G*** che prevede ribassi inferiori a quelli offerti da CPL, la cui offerta non è stata ritenuta anomala, e secondo cui CPL C*** risulterebbe prima nei lotti 7 e 9, mentre è stata esclusa nel lotto 1 ove ha presentato un'offerta coincidente con quella dei lotti 7 e 9.

Infatti, non possono confondersi procedimenti diversi di valutazione dell'anomalia dell'offerta ed inferire la non anomalia dell'una offerta solo dal fatto che il ribasso è stato inferiore rispetto a quello di un'altra offerta non ritenuta anomala, atteso che, se il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'offerta va considerata non soltanto con riferimento all'elemento prezzo, ma anche con riferimento agli aspetti qualitativi dell'offerta tecnica.

L'infondatezza delle censure relative all'esclusione di R*** G*** rende evidentemente inammissibili le censure rivolte all'offerta di CPL C***.

5.4 L'azione di annullamento proposta con l'atto introduttivo del giudizio, pertanto, è infondata e va di conseguenza respinto.

6. L'infondatezza dell'azione di annullamento avverso l'esclusione dalla gara del RTI R*** G*** determina l'inammissibilità per carenza di interesse delle azioni di annullamento proposte con i primi ed i secondi motivi aggiunti e ciò in quanto la ricorrente principale, esclusa dalla gara, non potrebbe comunque trarre utilità dall'eventuale annullamento dell'aggiudicazione in favore di CPL C***.

7. Le spese del giudizio seguono la soccombenza e, liquidate complessivamente in euro

6.000,00 (seimila/00), oltre accessori di legge, sono poste a carico della R*** G*** e, in parti uguali, a favore della Consip e della CPL C***.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione Seconda, così provvede sul ricorso in epigrafe:

accoglie il ricorso incidentale proposto da CPL C*** e, per l'effetto, annulla l'attività amministrativa nella parte in cui non ha disposto l'esclusione del RTI R*** G*** nella fase c.d. di prequalificazione;

respinge l'azione di annullamento proposta da R*** G*** con l'atto introduttivo del giudizio;

dichiara inammissibili le azioni di annullamento proposte da R*** G*** con il primo ed il secondo atto di motivi aggiunti.

Condanna R*** G*** al pagamento delle spese del giudizio, liquidate complessivamente in euro 6.000,00 (seimila/00), oltre accessori di legge, in favore, in parti uguali, della Consip e della CPL C***.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 20 aprile 2016 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Silvia Martino, Consigliere

Roberto Caponigro, Consigliere, Estensore