

Verifica di anomalia dell'offerta

di Giusy Casamassima

Data di pubblicazione: 28-7-2016

Nessun interesse residuerebbe in capo all'appellante per dimostrare la fondatezza della censura una volta che sia stata accertata la legittimità del giudizio sull'iniziale anomalia dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario che a giusto titolo non è stato escluso dalla gara.

Pertanto, posto che, in presenza di anomalie e incongruenze tra prezzi unitari e prezzo complessivo e ribasso d'asta, la soluzione del caso si rinviene nella stessa disciplina di gara, la commissione ha correttamente ritenuto vincolante il ribasso percentuale offerto dal raggruppamento qui appellato nella misura del 28,036%.

Corretta appare e non smentita da specifici argomenti di segno contrario la scelta della stazione appaltante di tenere per definitivo il ribasso percentuale offerto dall'aggiudicataria e di considerare giustificabili gli scostamenti riscontrati nell'offerta in considerazione del consistente margine percentuale delle spese generali e dell'utile.

Guida alla lettura

Con la sentenza in commento il Consiglio di Stato è chiamato a pronunciarsi sulla legittimità del sub procedimento di verifica di congruità dell'offerta risultata aggiudicata nel corso della gara d'appalto indetta da Laziodisu (ente per il diritto agli studi universitari nel Lazio) alla luce degli artt. 86, 87, 88 D.lgs. 163/2006, 32 e 121 D.P.R. 207/2010, nonché art. 12 del disciplinare di gara.

Ponendo particolare riferimento a quest'ultima disposizione, il Collegio ritiene che la soluzione del caso vada rinvenuta nella medesima disciplina di gara, a tenore della quale in presenza di anomalie e incongruenze tra prezzi unitari e prezzo complessivo e ribasso d'asta la Commissione deve correttamente ritenere vincolante il ribasso percentuale nella misura del 28,036%, in tal modo adottando la soluzione più favorevole all'ente appaltatore.

Nel sancire quanto appena esposto la Corte ribadisce come **il giudizio di anomalia va tarato sull'offerta nel suo complesso, e non sui singoli prezzi unitari offerti**, i quali ben possono subire modificazioni correttive in esito alle operazioni di riparametrazione imposte dalla

necessità di vincolare l'offerente al ribasso d'asta complessivamente offerto.

A *latere* rispetto al principio di diritto esposto i Giudici di Palazzo Spada soffermano la loro attenzione su ulteriori profili problematici, tra i quali particolare pregio merita quello attinente i limiti del sindacato giurisdizionale sulla valutazione dell'offerta tecnica.

Sul punto il Collegio, in linea con la giurisprudenza maggioritaria, ritiene che **in presenza di offerte tecniche il potere valutativo del giudice risulta circoscritto all'individuazione di eventuali illogicità e incongruenze, ex adverso lo stesso non potendo rieditare analiticamente gli apprezzamenti discrezionali di ciascuna componente dell'offerta, *prima facie* risultanti immuni dai suddetti vizi.**

Così ricostruito il percorso argomentativo sviluppato dal Consiglio di Stato, per completezza espositiva preme evidenziare che con l'avvento del nuovo Codice appalti (D.lgs. 50/2016) la disciplina concernente le offerte anormalmente basse è stata inserita all'interno della disposizione di cui all'art. 97.

Il mutamento della disciplina di riferimento, tuttavia, non ha prodotto una variazione contenutistica: in presenza di offerte che, sulla base di un giudizio tecnico di congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità, appaiono anormalmente basse, la stazione appaltante invita gli operatori economici a fornire giustificazioni sul prezzo o sui costi proposti nell'offerta, le quali saranno attentamente valutate dalla medesima stazione appaltante.

In linea di continuità con il passato l'ordinamento mostra così di aderire al principio di massima apertura della partecipazione ad una gara pubblica, il provvedimento di esclusione dalla stessa non potendo indossare i panni di una sanzione discrezionalmente erogata dalla stazione appaltante (in virtù di un potere di scelta materializzatosi nella fase genetica di formazione del bando di gara, ovvero esecutiva dell'individuazione del futuro contraente), al contrario dovendo più correttamente costituire una *extrema ratio*, un passaggio obbligato finalisticamente preordinato a tutelare il concreto, efficiente ed efficace perseguimento dell'interesse collettivo.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3538 del 2016, proposto da:

Dicos s.p.a., in persona del legale rappresentante, in proprio e in qualità di mandataria del Raggruppamento temporaneo di imprese con la società Baglioni srl Rti, e dalla società Baglioni Srl, in persona del legale rappresentante, in proprio e quale mandante del Raggruppamento temporaneo con l'impresa Dicos s.p.a., rappresentati e difesi dagli avvocati Lorenzo Grisostomi Travaglini e Stefano Bertuzzi, con domicilio eletto presso l'avvocato Stefano Bertuzzi in Roma, piazza Attilio Friggeri, 13;

contro

Laziodisu - Ente per il diritto agli studi universitari nel Lazio, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici domicilia in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

nei confronti di

il Raggruppamento temporaneo tra il Consorzio nazionale cooperative di produzione e lavoro "Ciro Menotti" società cooperativa per azioni, in qualità di mandataria, e l'Organizzazione Romana Impianti-Ori srl, in qualità di mandante, rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Lilli, Angelo Clarizia, Francesco Maria Fucci e Fabio Massimo Pellicano, con domicilio eletto presso l'avvocato Francesco Lilli in Roma, viale Val Fiorita, 90;

la Società Cooperativa La Bollita Costruzioni, non costituita in questo grado;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE I TER n. 2878/2016, resa tra le parti, concernente affidamento lavori per la realizzazione di una residenza universitaria per n. 200 posti letto e risarcimento dei danni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Laziodisu - Ente per il diritto agli studi universitari nel Lazio e del Raggruppamento temporaneo tra il Consorzio nazionale di cooperativa di produzione e lavoro "Ciro Menotti" e l'Organizzazione Romana Impianti-Ori Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, nell'udienza pubblica del giorno 23 giugno 2016, il Consigliere di Stato Giulio Castriota Scanderbeg e uditi per le parti gli avvocati Grisostomi Travaglini, Bertuzzi, Lilli, Clarizia, Fucci e l'avvocato dello Stato Figliolia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Il Raggruppamento temporaneo di imprese tra la società DI.COS s.p.a. e la società Baglioni S.r.l. impugna la sentenza del Tribunale amministrativo regionale del Lazio 4 marzo 2016 n. 2878 che ha respinto il ricorso dalla stessa proposto avverso l'aggiudicazione della gara d'appalto, indetta da Laziodisu (Ente per il diritto agli studi universitari nel Lazio con bando pubblicato in data 7 marzo 2014 per la realizzazione di una residenza universitaria per 200 posti letto in vicolo Savini - località Valco S. Paolo in Roma, nonché di ogni altro atto (ed in particolare degli atti e provvedimenti del sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta del Consorzio "Ciro Menotti") e del contratto d'appalto, se nelle more sottoscritto.

L'appellante raggruppamento si duole della erroneità della gravata sentenza e riproponendo i motivi disattesi in primo grado ne chiede la riforma con consequenziale annullamento, in accoglimento dell'appello e del ricorso di primo grado degli atti in quella sede impugnati.

Si è costituita in giudizio l'amministrazione appaltante Laziodisu nonché il Raggruppamento contro interessato per resistere all'appello e chiederne la reiezione.

All'udienza pubblica del 23 giugno 2016 il ricorso è stato trattenuto per la sentenza.

2.- L'appello è infondato e va respinto.

3.- Va premesso che l'appalto per cui è giudizio è stato bandito per un importo complessivo pari ad euro 18.131.465,69, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mediante offerta a prezzi unitari ex art. 119, comma 5, del d.P.R. n. 207/2010 e s.m.i..

Alla procedura di gara hanno preso parte numerosi soggetti, tra cui il Raggruppamento DI.COS. S.p.A. - Società Baglioni S.r.l., odierno appellante, ed il Raggruppamento Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti" - Impresa Organizzazione Romana Impianti - O.R.I. S.r.l., aggiudicatario dell'appalto e attuale controinteressato costituito in sede processuale.

Sempre in fatto, giova premettere che il 17 febbraio 2015, rilevata l'anomalia dell'offerta del richiamato Raggruppamento Consorzio Nazionale Cooperative di Produzione e Lavoro "Ciro Menotti S.p.A. - Impresa Organizzazione Romana Impianti - O.R.I. S.r.l.", la commissione di gara, in seduta riservata, ha deciso di avviare il relativo sub-procedimento di verifica della anomalia e, dopo aver acquisito le giustificazioni fornite, ha comunicato ai concorrenti rimasti in gara, nella seduta pubblica del 28.4.2015, di averle ritenute sufficienti a provare la non anomalia dell'offerta.

Con determinazione n. 484 del 19.5.2015, Laziodisu ha aggiudicato definitivamente l'appalto al R.T.I. Consorzio "Ciro Menotti" - O.R.I., con il punteggio complessivo di 96,85; il R.T.I. qui appellante si è classificato invece al secondo posto, con totali 73,27 punti.

4.- Con il primo motivo il Raggruppamento appellante torna a prospettare il vizio di violazione e/o falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 del d.lgs. n. 163 del 2006 nonché degli art. 32 e 121 del d.P.R. n. 207 del 2010 e dell'art. 12 del disciplinare di gara.

E' contestata, in particolare, la legittimità del sub-procedimento di verifica di congruità dell'offerta risultata aggiudicataria, assumendosi che la Commissione non avrebbe rilevato gravi incongruenze presenti nella lista delle lavorazioni compilate dal Raggruppamento, incongruenze che inciderebbero sull'attendibilità della proposta contrattuale.

In particolare, l'importo parziale dei lavori a corpo "lavorazioni di progetto", indicato nella lista delle categorie in € 9.643.184,34, in realtà sarebbe di € 9.662.527,81, mentre l'importo "parziale migliorie da fogli allegati di seguito", indicato in € 2.897.732,26, sarebbe in realtà di € 4.134.356,08. Conseguentemente l'importo totale sarebbe, non già pari a quello indicato di € 12.540.916,65, bensì di € 13.796.883,89 ed il ribasso applicato sarebbe, non quello esposto del 28,036%, ma del 20,828%. Inoltre, dall'analisi dei prezzi unitari aggiunti emergerebbero incongruenze tra prezzo risultante dalla loro analisi e prezzo offerto.

La sentenza è anzitutto criticata nella parte in cui ravvisa un difetto di interesse in capo al raggruppamento qui appellante a coltivare il dedotto motivo di censura (sotto il profilo che anche un'offerta di ribasso percentuale corretta al 20,828% sarebbe risultata comunque vincente rispetto a quella del Raggruppamento appellato, pari al 19,87%), senza tuttavia avvedersi che il motivo di primo grado mirava ad ottenere l'esclusione della concorrente, in quanto proponente un'offerta inaffidabile, con conseguente interesse del raggruppamento DI.COS alla eliminazione di un concorrente ed allo scorrimento delle posizioni di graduatoria.

Osserva il Collegio che tale primo rilievo censorio appare superabile alla luce delle condivisibili osservazioni svolte dal giudice di primo grado nel merito delle offerte a confronto e delle conclusioni, anch'esse convincenti, riguardo alla attendibilità e congruità dell'offerta dell'aggiudicataria in esito al sub-procedimento di verifica dell'anomalia.

Nessun interesse, infatti, residuerebbe in capo all'appellante per dimostrare la fondatezza della censura una volta che sia stata accertata la legittimità del giudizio sulla iniziale anomalia della offerta del raggruppamento aggiudicatario che, per quanto subito si dirà, a giusto titolo non è stato escluso dalla gara.

In definitiva, l'apprezzamento della censura in esame suppone l'avvenuta dimostrazione (*quod non*) che l'aggiudicatario doveva essere escluso dalla gara per inattendibilità dell'offerta laddove, affermata la sussistenza del titolo a parteciparvi, appare ragionevole il rilievo del giudice di primo grado secondo cui l'offerta della parte qui appellante sarebbe stata in ogni caso postergata a quella dell'aggiudicataria (anche in esito alle operazioni di rettifica delle poste integranti l'offerta).

Con altra declinazione del primo motivo, l'appellante sottopone a critica la sentenza impugnata nella parte in cui la stessa ha utilizzato i meccanismi correttivi di cui alle citate disposizioni normative per giungere a ritenere congrua e attendibile l'offerta del raggruppamento aggiudicatario, nonostante le macroscopiche incongruenze rilevate dalla

stessa stazione appaltante in sede di verifica dell'offerta, soprattutto in relazione alla voce relativa alle miglorie proposte dal RTI Ciro Menotti. Secondo l'assunto dell'appellante avrebbe in particolare errato il giudice di primo grado nel desumere genericamente le giustificazioni dell'offerta attingendo alle voci relative alle spese generali ed all'utile di impresa, senza calcolare l'effettiva incidenza di dette voci a fronte delle discordanze riscontrate nell'offerta.

Giova al proposito ricordare che la procedura in esame prevedeva che il prezzo offerto fosse determinato mediante prezzi unitari, ai sensi dell'art. 119 del d.P.R. n. 207/2010: i singoli operatori economici partecipanti alla gara erano tenuti a presentare l'offerta utilizzando la lista delle lavorazioni e delle forniture predisposta dalla Stazione appaltante.

Nella predetta lista sono riportati, per ogni lavorazione: nella prima colonna, il numero di riferimento dell'elenco delle descrizioni delle varie lavorazioni e forniture previste in progetto; nella seconda, la descrizione sintetica delle stesse; nella terza, invece, le unità di misura; nella quarta colonna il quantitativo previsto in progetto per ogni voce.

Le imprese concorrenti dovevano compilare la quinta e la sesta colonna, con l'indicazione dei prezzi unitari offerti per ogni lavorazione, espressi in cifre ed in lettere, e la settima colonna, con i prodotti dei quantitativi risultanti dalla quarta colonna per i prezzi indicati nella sesta. Di conseguenza, il prezzo complessivo offerto, rappresentato dalla somma di tali prodotti, doveva essere indicato dal concorrente in calce al modulo stesso, unitamente al conseguente ribasso percentuale rispetto al prezzo complessivo posto a base di gara.

La *lex specialis*, all'art. 12, precisava che la somma di tutti gli importi riportati nella lista costituiva il prezzo globale offerto, indicato in calce alla lista stessa, con il conseguente ribasso percentuale rispetto al prezzo complessivo posto a base di gara, che inoltre la lista aveva valore ai soli fini dell'aggiudicazione, e non anche per la determinazione del corrispettivo, stabilito invece, in caso di contratto "a corpo", nell'ammontare fisso ed invariabile riportato in contratto, che soprattutto, nell'ipotesi di discordanza fra prezzi unitari offerti relativi a medesime categorie di lavorazioni o forniture sarebbe stato considerato prezzo contrattuale quello di importo minore, che i prezzi unitari offerti sarebbero stati utilizzati, ove fosse stato necessario redigere perizie di varianti, sia per determinare i costi delle lavorazioni non eseguite sia per determinare i costi delle nuove lavorazioni.

A fronte di tali inequivoche previsioni della *lex specialis* di gara, non par dubbio che il T.a.r. abbia correttamente ritenuto legittimo il giudizio di congruità espresso dal seggio di gara all'indirizzo dell'offerta del raggruppamento aggiudicatario.

Il citato art. 12 prevedeva altresì che *"la stazione appaltante, dopo l'aggiudicazione definitiva e prima della stipulazione del contratto, procede alla verifica dei conteggi delle 'liste delle categorie di lavorazione e forniture previste per l'esecuzione dei lavori' tenendo per validi ed immutabili le quantità ed i prezzi unitari offerti, espressi in lettere, correggendo, ove si riscontrino errori di calcolo, i prodotti e/o la somma. In caso di discordanza fra il prezzo complessivo risultante da tale verifica e quello dipendente dal ribasso percentuale come indicato nella dichiarazione di cui al punto 1), tutti i prezzi unitari offerti saranno corretti in*

modo costante in senso più favorevole alla stazione appaltante”.

Pertanto, posto che, in presenza di anomalie ed incongruenze tra prezzi unitari e prezzo complessivo e ribasso d'asta, la soluzione del caso si rinviene nella stessa disciplina di gara, la commissione ha correttamente ritenuto vincolante il ribasso percentuale offerto dal raggruppamento qui appellato nella misura del 28,036%, adottando la soluzione più favorevole a Laziodisu conformemente alle indicazioni interpretative rivenienti dalla suindicata disciplina.

D'altra parte il giudizio di anomalia va tarato sull'offerta nel suo complesso e non sui singoli prezzi unitari offerti che, ai sensi della citata disposizione, possono subire modificazioni correttive, in esito alle operazioni di riparametrazione imposte dalla necessità di vincolare l'offerente al ribasso d'asta complessivamente offerto.

Corretta pertanto appare e non smentita da specifici argomenti di segno contrario la scelta della stazione appaltante di tenere per definitivo il ribasso percentuale offerto dall'aggiudicatario e di considerare giustificabili gli scostamenti riscontrati nell'offerta (soprattutto sulla voce relativa alle migliori, indicata al lordo del ribasso percentuale offerto) in considerazione del consistente margine percentuale delle spese generali e dell'utile, superiore all'effettiva incidenza di tali costi ed all'entità media dell'utile previsto dalle imprese.

Vale ricordare che l'aggiudicatario, con riferimento alle spese generali, ne ha precisato un'incidenza del 15%, comprensivo dell'1% per oneri della sicurezza diretti e dell'1,5% per oneri di cantiere specifici, nettamente superiore all'incidenza percentuale effettiva dei soggetti raggruppati, pari al 6%, per cui tale maggiore aliquota servirebbe ad assorbire/compensare eventuali sviste o diseconomie di processo o ad incrementare l'utile. Ed anche l'utile d'impresa è stato quantificato nella misura del 10%, pur essendo sufficiente una percentuale inferiore a giustificare l'offerta, il che vale vieppiù a compensare eventuali incongruenze dell'offerta.

L'appellante torna a contestare che non sarebbe stata indicata la composizione delle spese generali, in ogni caso comunque comprensive anche dei costi della sicurezza, la cui incidenza sarebbe consistente, tenuto conto del punteggio massimo riconosciuto al Raggruppamento aggiudicatario per la migliore organizzazione e sicurezza. E che, pur in assenza di una chiara rappresentazione delle spese generali, la Commissione avrebbe ommesso ogni necessario approfondimento.

Il Collegio rileva come detta censura, già articolata in primo grado, appare qui generica ed inammissibile sotto il profilo che non vengono in concreto evidenziate le specifiche ragioni in base alle quali le voci relative alle spese generali ed all'utile di impresa, oggettivamente sovrabbondanti, non siano di per sé sufficienti a giustificare eventuali discrepanze nella indicazione di alcune voci della offerta, come correttamente ritenuto dalla stazione appaltante con giudizio ritenuto immune da vizi logici da parte del giudice di primo grado.

5.- Con il secondo motivo di appello, l'appellante torna a prospettare la violazione dell'art. 76 del d.lgs. 163/2006, nonché degli artt. 11 e 13 del disciplinare di gara, con riferimento alle erronee modalità di attribuzione dei punteggi sulle offerte tecniche in competizione. In

particolare, il R.T.I. appellante che non sarebbero stati applicati correttamente i criteri prestabiliti per l'esame dell'offerta tecnica, contesta inoltre puntualmente il punteggio attribuito in relazione ad alcuni di tali criteri ed infine lamenta l'omissione di qualunque specifica motivazione.

Ritiene il Collegio che sia anzitutto condivisibile quanto osservato dal giudice di primo grado a proposito dei tradizionali limiti del sindacato giurisdizionale sulla valutazione dell'offerta tecnica eseguita dalla stazione appaltante, circoscritti all'individuazione di eventuali illogicità ed incongruenze, non potendo il giudice rieditare analiticamente gli apprezzamenti discrezionali di ciascuna componente dell'offerta che risultino *prima facie* immuni dai predetti vizi.

Ciò detto, occorre evidenziare che le operazioni di valutazione della commissione di gara si sono svolte con il metodo del confronto a coppie delle offerte, sulla base di ben sette criteri motivazionali predeterminati: l'attribuzione del punteggio aritmetico costituisce pertanto, in tale contesto giuridico-fattuale, idoneo strumento di espressione delle preferenze accordate dal seggio di gara all'una o all'altro profilo di ciascuna offerta, onde è palesemente infondato il vizio di difetto di motivazione dedotto a proposito dell'operato della commissione di gara.

Quanto alle specifiche censure dedotte in relazione ai punteggi attribuiti a proposito del criterio motivazionale n. 1 (risparmio energetico etc.), n. 2 (sistemi di miglioramento acustico) e n. 7 (sistemazione spazi esterni) il Collegio osserva che, come eccepito dalla parte appellata, si tratta di censure nuove, proposte per la prima volta in appello e sulle quali non è stato accettato il contraddittorio. Anche in ordine alla erronea attribuzione dei punteggi sulle migliori presentate dal raggruppamento aggiudicatario, prive secondo l'assunto dell'appellante di *calcoli analitici di dettaglio* e non meritevoli di valutazione in sede di attribuzione di punteggio ulteriore, l'appellante traccia un quadro nuovo e apodittico dei diversi punteggi che avrebbero dovuto essere assegnati ai concorrenti concludendo tale parziale disamina con l'affermazione della necessaria preferenza che avrebbe dovuto essere accordata all'offerta di esso raggruppamento appellante.

Il Collegio ritiene che anche tale motivo di appello vada respinto e che debba trovare conferma la impugnata sentenza, attesa la piena con divisibilità delle pertinenti osservazioni svolte in tema dal giudice di prime cure.

6.- Con il terzo motivo l'appellante torna a riproporre in questo grado la questione della illeggibilità della firma apposta sulla polizza fideiussoria prodotta in gara dall'aggiudicatario ed integrante la cauzione provvisoria richiesta dalla *lex specialis*.

Il T.a.r. ha ritenuto superabile la questione della non leggibilità della firma sia perché la polizza è stata redatta su carta intestata della società aggiudicatrice, sia perché con il numero della polizza -timbrata su ogni foglio e sullo spazio finale e l'indicazione dell'agenzia sarebbe stato possibile risalire all'agente procuratore sia infine perché la firma non sarebbe stata incomprensibile.

L'appellante contesta tali argomentazioni, sostenendo che una firma illeggibile equivale alla

manca della stessa, con conseguente necessità di escludere il concorrente che sia incorso in tale violazione, senza possibilità di esperire il soccorso istruttorio, ai sensi dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/06, pena la violazione del principio della *par condicio competitorum*.

Anche tale motivo è infondato.

Va osservato in senso dirimente che, come rilevato dal T.a.r., l'art. 5 del disciplinare di gara, in tema di cauzioni e garanzie, prevede la comminatoria dell'esclusione soltanto per l'ipotesi, nella specie non ricorrente, di "garanzia non sottoscritta dal garante", e non anche per il caso di sottoscrizione non leggibile. Nel caso di specie, è pacifico che la cauzione sia stata prestata ed è altrettanto pacifico che vi sia una sottoscrizione. Di tal che si tratterebbe di una fattispecie, a tutto concedere, in cui dovrebbe essere ammesso il soccorso istruttorio, a specificazione e chiarimento di dati documentali già acquisiti al seggio di gara.

In senso ancor più dirimente si osserva che, in ogni caso, la firma di che trattasi non appare illeggibile, per come correttamente evidenziato il giudice di primo grado (risultando possibile evincere sia il nome che il cognome del sottoscrittore).

Inoltre, l'art. 75 d.lgs. 163/06, sempre in tema di garanzie, non prevede l'esclusione per la mancanza ed i vizi della cauzione provvisoria, a differenza di quanto stabilisce, al comma 8, per la carenza dell'impegno del fidejussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto (cauzione definitiva).

Da ultimo, in assenza di una specifica ed espressa clausola di esclusione, sia nella *lex specialis* sia nella legge, legittimo si appalesa l'operato della stazione appaltante, che non ha proceduto all'esclusione del raggruppamento odierno controinteressato.

Alla luce di tutte le ragioni suesposte, il motivo d'appello va respinto.

7.- Con distinto motivo, l'appellante reitera in questo grado il motivo afferente la mancata disamina, da parte della Stazione appaltante, delle annotazioni esistenti a carico del Consorzio Ciro Menotti presso il Casellario informatico dell'ANAC per inadempienze contrattuali contestate al predetto soggetto.

L'appellante si duole che il seggio di gara non si sia dato carico di verificare l'incompatibilità della partecipazione alla gara di tale soggetto, nonostante le predette annotazioni, rilevanti in quanto sintomatiche di gravi errori professionali idonei ad incidere sull'affidabilità del concorrente; e critica la impugnata sentenza nella parte in cui la stessa ha ritenuto che la motivazione di irrilevanza di tali annotazioni potesse desumersi implicitamente dalla ammissione del concorrente all'ulteriore corso della gara.

Ritiene il Collegio che anche tale motivo d'appello vada disatteso.

Deve essere anzitutto ricordato che il legale rappresentante del Consorzio Ciro Menotti, pur attestando l'esistenza delle predette annotazioni nel casellario ANAC, ha nondimeno dichiarato l'insussistenza delle clausole di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), del

d.lgs. n. 163/2006, segnatamente *“di non aver commesso grave negligenza o malafede nell’esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante e di non aver commesso errore grave nell’esercizio della sua attività professionale”*.

Va anche premesso che la mera esistenza di un errore professionale non determina di per sé l’automatica esclusione; infatti la valutazione circa la sussistenza in concreto di un errore grave nell’esercizio dell’attività professionale, da parte del soggetto partecipante alla procedura di gara, è rimessa al giudizio discrezionale della stazione appaltante.

Nella fattispecie in esame il Consorzio Ciro Menotti ha analiticamente illustrato i contenuti di ciascuna annotazione e le circostanze ad esse sottese, in sede di chiarimenti resi al seggio di gara; nondimeno il seggio di gara si è determinato, ancorchè in forma tacita, a non ritenere sussistente l’ipotesi di grave errore professionale capace di determinare l’espulsione dalla gara del partecipante.

Ciò appare pienamente conforme al quadro normativo di riferimento, posto che la legge (art. 38, comma 1, lett. f) d.lgs. n. 163/06) impone l’onere di una congrua motivazione espressa soltanto in caso di adozione di un provvedimento di esclusione, non invece per il caso di mancata esclusione.

Inoltre, la determinazione tacita della stazione appaltante di non esclusione del concorrente non appare immotivata posto che le annotazioni del casellario di che trattasi non irragionevolmente sono state ritenute tali da non incrinare l’affidabilità del concorrente.

Per tali ragioni, correttamente la sentenza impugnata ha concluso per il rigetto anche di tale motivo di gravame.

8.- Con ulteriore motivo di appello, viene nuovamente dedotta la violazione e/o falsa applicazione dell’art. 49 del d.lgs. n. 163/2006, violazione e/o falsa applicazione dell’art. 88 del d.P.R. n. 207/2010, con riferimento al contratto di avvalimento prodotto in gara dal raggruppamento poi risultato aggiudicatario.

La parte ricorrente assume l’asserita inadeguatezza dell’avvalimento posto in essere dall’aggiudicatario, in ragione dell’omesso chiarimento circa il personale concretamente messo a disposizione dall’impresa ausiliaria E.C.M. S.r.l. nei confronti dell’impresa avvalente O.R.I. S.r.l..

L’appellante si duole della erroneità della sentenza, che avrebbe ritenuto possibile superare i profili di estrema genericità dell’avvalimento cui ha fatto ricorso la mandante O.R.I., in relazione alle qualificazioni richieste dalla lex specialis (requisiti di qualificazione di attestazione SOA commisurati alla percentuale di partecipazione al raggruppamento: OG1 class. IV e OG11 class. IV bis), assumendosi, in particolare, che non sarebbe stato indicato il personale tecnico e qualificato messo a disposizione dell’ausiliata.

Anche tale motivo tuttavia a parere del Collegio non appare meritevole di condivisione e va disatteso.

In base al disposto dell'art. 49, comma 2, lett. d), del d.lgs. n. 163/2006 l'impresa ausiliaria deve presentare una dichiarazione con cui si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto *"le risorse necessarie di cui è carente il concorrente"*. L'art. 88, comma 1, lett. a), del d.P.R. n. 207/2010 (recante il regolamento di esecuzione del Codice dei contratti) prevede poi che il contratto di avvalimento *"deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente...le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico"*.

Ritiene il Collegio che tali disposizioni debbano essere interpretate in modo da non frustrare l'applicazione dell'istituto, di matrice comunitaria, dell'avvalimento, implementato negli ordinamenti degli Stati membri in funzione di un allargamento della platea dei concorrenti alle pubbliche gare d'appalto.

Ciò premesso, nel caso in esame l'ausiliaria E.C.M. S.r.l. si è impegnata (art. 2 del contratto) a mettere a disposizione di ORI, per tutta la durata dell'appalto, il proprio requisito SOA, *"unitamente al proprio apparato organizzativo e tecnico, oltre ai mezzi ed alle attrezzature che hanno permesso il rilascio dell'attestazione SOA per le categorie e le classifiche oggetto di avvalimento,...nonché la fornitura del personale qualificato, dei propri direttori tecnici cui è connessa la qualificazione SOA e altre figure specializzate"*. Insieme al contratto di avvalimento il concorrente ha prodotto tutti i *curricula* dei tecnici qualificati, allo stesso allegati.

A fronte di tali emergenze fattuali e del contenuto delle citate disposizioni normative, il Collegio ritiene che il contratto presenti i requisiti di sufficiente determinatezza dei suoi contenuti essenziali.

E che sia ben chiaro, dalla sua formulazione letterale, che a formare oggetto dell'avvalimento sia non soltanto il requisito SOA ma anche tutto ciò che la *spendita* di tale requisito sottende, in termini di organizzazione, di mezzi e di personale.

In definitiva, l'impresa ausiliaria ha assunto concretamente ed effettivamente, sia nei confronti del concorrente ausiliato sia nei confronti della Stazione appaltante, l'obbligazione di mettere a disposizione tutte le risorse e l'apparato organizzativo che hanno giustificato l'attribuzione di quella specifica qualificazione SOA.

9.- Attesa l'infondatezza di tutti i motivi dedotti, l'appello va respinto.

10.- Le spese del presente grado di giudizio possono essere compensate tra le parti, ricorrendo giusti motivi.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta) definitivamente pronunciando sull'appello (RG n. 3538/2016), come in epigrafe proposto, lo respinge.

Spese del presente grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 23 giugno 2016 con l'intervento dei magistrati:

Sergio Santoro, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere, Estensore

Marco Buricelli, Consigliere

Francesco Mele, Consigliere