



Confservizi

Area Giuridica

**Gruppo di lavoro
“Legislazione e Regole Comunitarie”**

PARTE II

Roma 25 settembre 2008

Gruppo di Lavoro “Legislazione e Regole Comunitarie”

Roma, 25 settembre 2008

AGGIORNAMENTI NORMATIVI E GIURISPRUDENZIALI SUL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Schema di decreto legislativo recante "Ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62".	1
Consiglio di Stato, sez. consultiva per gli atti normativi - parere 14 luglio 2008, n. 2357/08 sullo Schema di decreto legislativo recante "Ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62".	16
Circolare Confservizi prot. n. 304/08/AG/GC/gg del 26 agosto 2008: Pubblicazione in G.U. della Deliberazione del Consiglio dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici del 30 luglio 2008 recante modifiche alla precedente delibera 24 gennaio 2008 concernente il versamento del contributo a favore dell'Autorità.	25
Corte Costituzionale - sentenza 30 luglio 2008, n. 320_sulla competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza per ciò che concerne la disciplina delle gare di appalto ed in particolare sull'illegittimità di una disposizione dettata da una legge della Regione Calabria che prevede una disciplina derogatoria del Codice dei contratti pubblici.	28
Corte Costituzionale - sentenza 1 agosto 2008, n. 322_ sulla competenza statale esclusiva ex art. 117, secondo comma, Cost. in materia di tutela della concorrenza; dichiara illegittime alcune norme dettate dalla Regione Veneto in materia di appalti in contrasto con quelle previste dal Codice dei contratti pubblici.	33
CGA, sez. giurisdizionale - sentenza 4 luglio 2008, n. 584_sulla legittimità o meno della clausola del bando di un appalto per l'affidamento di servizi che, nel prevedere che i direttori tecnici delle imprese partecipanti devono essere in possesso di specifici titoli di studio, esclude la possibilità che le imprese possano far ricorso a professionisti esterni.	40
CGA, sez. giurisdizionale - sentenza 4 luglio 2008, n. 585_sulla natura perentoria o sollecitatoria del termine previsto per la presentazione delle giustificazioni, sulla possibilità o meno per l'amministrazione di valutare la non imputabilità del ritardo all'impresa e sulla sussistenza o meno del potere della P.A. appaltante di chiedere ulteriori giustificazioni	43
Consiglio di Stato, sez. V - sentenza 8 luglio 2008, n. 3391_sulla possibilità o meno di disporre la proroga od il rinnovo dei contratti di appalto scaduti in forza delle clausole che sono previste nel contratto di appalto e sulla nullità o meno di tali clausole; fattispecie relativa a delibera che ha disposto la proroga per 4 anni di un appalto di servizi in forza di apposita clausola prevista dal contratto.	48
Consiglio di Stato, sez. VI - sentenza 11 luglio 2008, n. 3499_sulla possibilità o meno che una società mista partecipi ad una gara indetta dalla P.A. che è proprietaria di parte del suo pacchetto azionario e sulla possibilità o meno di applicare, per la dimostrazione del possesso dei requisiti prescritti, l'istituto dell'avvalimento anche in assenza di previsioni del bando di gara.	54
Consiglio di Stato, sez. IV - ordinanza 22 luglio 2008, n. 3886_sull'ammissibilità o meno di una mera dichiarazione di avvalimento, non accompagnata dalla documentazione di cui all'art. 49, 2° comma, del D.Lgs. n. 163/2006, in sede di prequalificazione delle imprese e sulla possibilità o meno di far ricorso al c.d. "doppio avvalimento".	63

Consiglio di Stato, sez. V - sentenza 20 agosto 2008, n. 3973_sulla necessità o meno per le r.t.i. costituenti, secondo la disciplina vigente prima del Codice dei contratti pubblici, di indicare le quote di partecipazione ai lavori delle singole imprese già in sede di gara, in difetto di espressa previsione del bando.	65
Consiglio di Stato, sez. V - sentenza 20 agosto 2008, n. 4000_sulla legittimità o meno dell'esclusione di una ditta da una gara pubblica, motivata con riferimento al fatto che, alla data di scadenza della domanda di partecipazione, tale ditta era titolare di un d.u.r.c. negativo e sulla possibilità o meno di contestare innanzi al giudice amministrativo le risultanze di quest'ultimo certificato.	69
TAR Puglia - Bari, sez. I - sentenza 16 luglio 2008, n. 1755_sulla sussistenza o meno del potere dalla P.A. appaltante di valutare le risultanze del D.U.R.C. ai fini dell'accertamento del possesso del requisito della regolarità contributiva, sulla legittimità o meno dell'esclusione dalla gara di una impresa che ha omesso di dichiarare l'esistenza di alcuni contenziosi con un ente previdenziale e sull'ammissibilità o meno dell'impugnazione dell'atto di segnalazione all'Autorità di vigilanza.	72
TAR Lazio - Roma, sez. III - sentenza 29 luglio 2008, n. 7591_sulla natura tassativa o meno dell'elencazione dei soggetti ammessi alle gare di appalto contenuta nell'art. 34 del Codice dei contratti pubblici ed in particolare sull'ammissibilità o meno della partecipazione di una fondazione.	85
TAR Abruzzo - Pescara, sez. I - sentenza 12 agosto 2008, n. 728_sulla legittimità o meno della stipula del contratto di appalto, con urgenza, ai sensi dell'art. 11, comma 10, d.lgs. n. 163 del 2006, motivata con riferimento all'eccessiva onerosità della fase transitoria di rinnovo-proroga del precedente contratto.	91
TAR Lazio - Roma, sez. III quater - sentenza 14 agosto 2008, n. 7842_sulla data alla quale va posseduto e comprovato il possesso del requisito della regolarità contributiva richiesto per la partecipazione alle gare di appalto e sulla necessità o meno di allegare il documento richiamato nel caso di motivazione ob relationem).	95

Ulteriori disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62

VISTI gli articoli 76 e 87 della Costituzione;

VISTA la direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali;

VISTA la direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi;

VISTO il regolamento (CE) 1874/2004 della Commissione, del 28 ottobre 2004, che modifica le direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti;

VISTO il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture;

VISTA la legge 18 aprile 2005, n. 62, recante disposizioni per l'adeguamento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - legge comunitaria 2004, ed in particolare l'articolo 25, comma 3, che prevede la possibilità di emanare disposizioni correttive ed integrative del citato decreto legislativo n. 163 del 2006;

VISTO il decreto legislativo 26 gennaio 2007, n. 6, recante disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62;

VISTO il decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113, recante ulteriori disposizioni correttive ed integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163;

VISTA la infrazione n. 2007/2309, e la nota di costituzione in mora inviata il 1° febbraio 2008 dalla Commissione delle Comunità europee alla rappresentanza permanente dell'Italia presso l'Unione europea;

VISTA la sentenza della Corte di giustizia 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06;

VISTA la preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 27 giugno 2008;

ACQUISITO il parere della Conferenza unificata di cui all'articolo 8 del decreto legislativo 28 agosto 1997, n. 281, reso nella seduta del 10 luglio 2008;

UDITO il parere del Consiglio di Stato, espresso dalla sezione consultiva per gli atti normativi nell'Adunanza del 14 luglio 2008;

ACQUISITI i pareri delle competenti Commissioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica;

VISTA la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 1° agosto 2008;

SULLA PROPOSTA del Ministro per le politiche europee e del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con i Ministri degli affari esteri, della giustizia, dell'economia e delle finanze, dell'interno, del lavoro, della salute e delle politiche sociali, dello sviluppo economico, dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, e per i rapporti con le regioni;

EMANA il seguente decreto legislativo:

Art. 1 Disposizioni di adeguamento comunitario

1. Al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all'articolo 3, comma 8, primo periodo, dopo le parole: "I <>" sono inserite le seguenti: "di cui all'allegato I" e al terzo periodo, le parole: "di cui all'allegato I" sono soppresse;

b) all'articolo 13, dopo la rubrica, nell'elenco di riferimenti normativi, le parole "art. 13, direttiva 2004/17" sono sostituite con le parole "artt. 13 e 35, direttiva 2004/17"; dopo il comma 7 è aggiunto, in fine, il seguente: "7-bis. Gli enti aggiudicatori mettono a disposizione degli operatori economici interessati e che ne fanno domanda le specifiche tecniche regolarmente previste nei loro

appalti di forniture, di lavori o di servizi, o le specifiche tecniche alle quali intendono riferirsi per gli appalti che sono oggetto di avvisi periodici indicativi. Quando le specifiche tecniche sono basate su documenti accessibili agli operatori economici interessati, si considera sufficiente l'indicazione del riferimento a tali documenti.”;

c) all'articolo 18, dopo la rubrica, nell'elenco dei riferimenti normativi, le parole “art. 22, direttiva 2004/17” sono sostituite dalle seguenti “artt. 12 e 22, direttiva 2004/17”; dopo il comma 1 è inserito il seguente: “1-bis. In sede di aggiudicazione degli appalti da parte degli enti aggiudicatori, gli stessi applicano condizioni favorevoli quanto quelle che sono concesse dai paesi terzi agli operatori economici italiani in applicazione dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio.”;

d) all'articolo 21, comma 1, le parole: “all'articolo che precede” sono sostituite dalle seguenti: “all'articolo 20, comma 1”;

e) l'articolo 24 è sostituito dal seguente:

“Art. 24 Appalti aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi

(art. 12, direttiva 2004/18; art. 19, direttiva 2004/17; art. 4, lett. b), d.lgs. n. 358/1992; art. 8, co. 1, lett. b), d. lgs. n. 158/1995)

1. Il presente codice non si applica agli appalti nei settori di cui alla parte III aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi, quando l'ente aggiudicatore non gode di alcun diritto speciale o esclusivo per la vendita o la locazione dell'oggetto di tali appalti e quando altri enti possono liberamente venderlo o darlo in locazione alle stesse condizioni.

2. Gli enti aggiudicatori comunicano alla Commissione, su sua richiesta, tutte le categorie di prodotti o attività che considerano escluse in virtù del comma 1, entro il termine stabilito dalla Commissione medesima. Nelle comunicazioni possono indicare quali informazioni hanno carattere commerciale sensibile.”;

f) la lettera g), del comma 1, dell'articolo 32 è sostituita dalla seguente: “g) lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150.

L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, l'avente diritto a richiedere il permesso di costruire presenti all'amministrazione stessa, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare delle opere da eseguire, con l'indicazione del tempo massimo in cui devono essere completate, allegando lo schema del relativo contratto di appalto. L'amministrazione, sulla base del progetto preliminare, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 55. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori e per gli oneri di sicurezza.”;

g) all'articolo 34, comma 1, dopo la lettera f) è inserita la seguente: “f-bis) operatori economici, ai sensi dell'articolo 3, comma 22, stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi.”;

h) all'articolo 37, il comma 11 è sostituito dal seguente: “11. Qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi in valore il quindici per cento dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'articolo 118, comma 2, terzo periodo; il regolamento definisce l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione, che possono essere periodicamente revisionati con il regolamento stesso. L'eventuale subappalto non può essere, senza ragioni

obiettive, suddiviso. In caso di subappalto la stazione appaltante provvede alla corresponsione diretta al subappaltatore dell'importo delle prestazioni eseguite dallo stesso, nei limiti del contratto di subappalto; si applica l'articolo 118 comma 3, ultimo periodo.”;

i) all'articolo 45, dopo il comma 1 è inserito il seguente: “1-bis. Per gli operatori economici facenti parte di un gruppo che dispongono di mezzi forniti da altre società del gruppo, l'iscrizione negli elenchi indica specificamente i mezzi di cui si avvalgono, la proprietà degli stessi e le condizioni contrattuali dell'avvalimento.”;

l) all'articolo 47:

1) nella rubrica, le parole: “Imprese stabilite” sono sostituite dalle seguenti: “Operatori economici stabiliti”;

2) al comma 1, le parole: “alle imprese stabilite” sono sostituite dalle seguenti: “agli operatori economici stabiliti”;

3) al comma 2, le parole: “le imprese” sono sostituite dalle seguenti: “gli operatori economici”; la parola “Esse” è sostituita dalla seguente: “Essi”; le parole “delle imprese italiane” sono sostituite dalle seguenti: “degli operatori economici italiani”;

m) all'articolo 48, dopo il comma 1 è inserito il seguente: “1-bis: “Quando le stazioni appaltanti si avvalgono della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare, ai sensi dell'articolo 62, comma 1, richiedono ai soggetti invitati di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa, eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando, in sede di offerta, la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito in originale o copia conforme ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Non si applica il comma 1 primo periodo.”;

n) all'articolo 49 sono apportate le seguenti modificazioni:

1) il comma 6 è sostituito dal seguente: “6. Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria.”;

2) il comma 7 è soppresso;

o) all'articolo 50, comma 4, la parola: “diversi” è soppressa e dopo la parola: “servizi” sono aggiunte le seguenti: “e forniture”;

p) all'articolo 58 sono apportate le seguenti modifiche:

1) il comma 13 è abrogato;

2) al comma 15, le parole: “e di quelli fissati ai sensi del comma 13”, sono soppresse;

q) all'articolo 64, comma 4, le parole: “, punto 3, “ sono soppresse;

r) all'articolo 65 ,comma 5, le parole: “, punto 5, “ sono soppresse;

s) all'articolo 70, comma 12, le parole: “ e nel dialogo competitivo” sono soppresse;

t) all'articolo 79, comma 5, dopo la lettera b) è aggiunta la seguente: “b-bis) la decisione, a tutti i candidati, di non aggiudicare un appalto ovvero di non concludere un accordo quadro.”;

u) il terzo periodo del comma 4 dell'articolo 83 è soppresso;

v) all'articolo 90 sono apportate le seguenti modificazioni:

1) al comma 1, dopo la lettera f) è inserita la seguente: “f-bis) da prestatori di servizi di ingegneria ed architettura di cui alla categoria 12 dell'allegato II A stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi;”;

2) al comma 1, lettera g), le parole: “ed f)” sono sostituite dalle seguenti: “, f), f-bis) e h)”;

3) al comma 6, le parole: “f), g)” sono sostituite dalle seguenti: “f), f-bis), g)”;

z) all'articolo 91, comma 2, le parole: “f), g)” sono sostituite dalle seguenti: “f), f-bis), g)”;

aa) all'articolo 101, comma 2, le parole: “f), g),” sono sostituite dalle seguenti: “f), f-bis), g) e ”;

bb) all'articolo 122, sono apportate le seguenti modificazioni:

1) il comma 8 è sostituito dal seguente: “8. Per l’affidamento dei lavori pubblici di cui all’articolo 32, comma 1, lettera g), si applica la procedura prevista dall’articolo 57, comma 6; l’invito è rivolto ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei.”;

2) all’inizio del primo periodo del comma 9 sono inserite le seguenti parole: “Per lavori d’importo inferiore o pari a 1 milione di euro” e, al secondo periodo, le parole: “inferiore a cinque” sono sostituite dalle seguenti: “inferiore a dieci;”;

cc) all’inizio del primo periodo del comma 8 dell’articolo 124 sono inserite le seguenti parole: “Per servizi e forniture d’importo inferiore o pari a 100.000 euro” e, al secondo periodo, le parole: “inferiore a cinque” sono sostituite dalle seguenti: “inferiore a dieci;”;

dd) all’articolo 140, sono apportate le seguenti modificazioni:

1) al comma 1, dopo le parole: “che ha formulato la prima migliore offerta,” sono inserite le seguenti: “ fino al quinto migliore offerente ”;

2) il comma 2 è sostituito dal seguente: “2. L’affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall’originario aggiudicatario in sede in offerta.”.

3) i commi 3 e 4 sono abrogati;

ee) L’articolo 153 è sostituito dal seguente:

“Art. 153 Finanza di progetto

1. Per la realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità, inseriti nella programmazione triennale e nell’elenco annuale di cui all’articolo 128, ovvero negli strumenti di programmazione formalmente approvati dall’amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente, finanziabili in tutto o in parte con capitali privati, le amministrazioni aggiudicatrici possono, in alternativa all’affidamento mediante concessione ai sensi dell’articolo 143, affidare una concessione ponendo a base di gara uno studio di fattibilità, mediante pubblicazione di un bando finalizzato alla presentazione di offerte che contemplino l’utilizzo di risorse totalmente o parzialmente a carico dei soggetti proponenti.

2. Il bando di gara è pubblicato con le modalità di cui all’articolo 66 ovvero di cui all’articolo 122, secondo l’importo dei lavori, ponendo a base di gara lo studio di fattibilità predisposto dall’amministrazione aggiudicatrice o adottato ai sensi del comma 19.

3. Il bando, oltre al contenuto previsto dall’articolo 144, specifica:

a) che l’amministrazione aggiudicatrice ha la possibilità di richiedere al promotore prescelto, di cui al comma 10, lettera b), di apportare al progetto preliminare, da esso presentato, le modifiche eventualmente intervenute in fase di approvazione del progetto e che in tal caso la concessione è aggiudicata al promotore solo successivamente all’accettazione, da parte di quest’ultimo, delle modifiche progettuali nonché del conseguente eventuale adeguamento del piano economico-finanziario;

b) che, in caso di mancata accettazione da parte del promotore di apportare modifiche al progetto preliminare, l’amministrazione ha facoltà di chiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l’accettazione delle modifiche da apportare al progetto preliminare presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.

4. Le amministrazioni aggiudicatrici valutano le offerte presentate con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa di cui all’articolo 83.

5. Oltre a quanto previsto dall’articolo 83 per il caso delle concessioni, l’esame delle proposte è esteso agli aspetti relativi alla qualità del progetto preliminare presentato, al valore economico e finanziario del piano e al contenuto della bozza di convenzione.

6. Il bando indica i criteri, secondo l’ordine di importanza loro attribuita, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte.

7. Il disciplinare di gara, richiamato espressamente nel bando, indica, in particolare, l’ubicazione e la descrizione dell’intervento da realizzare, la destinazione urbanistica, la consistenza, le tipologie del servizio da gestire, in modo da consentire che le proposte siano presentate secondo presupposti omogenei.

8. Alla procedura sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti previsti dal regolamento per il concessionario anche associando o consorziando altri soggetti, fermi restando i requisiti di cui all'articolo 38.

9. Le offerte devono contenere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, un piano economico-finanziario asseverato da una banca nonché la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione; il regolamento detta indicazioni per chiarire e agevolare le attività di asseverazione ai fini della valutazione degli elementi economici e finanziari. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. Tale importo, non può superare il 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara.

10. L'amministrazione aggiudicatrice:

- a) prende in esame le offerte che sono pervenute nei termini indicati nel bando;
- b) redige una graduatoria e nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta; la nomina del promotore può aver luogo anche in presenza di una sola offerta;
- c) pone in approvazione il progetto preliminare presentato dal promotore, con le modalità indicate all'articolo 97. In tale fase è onere del promotore procedere alle modifiche progettuali necessarie ai fini dell'approvazione del progetto, nonché a tutti gli adempimenti di legge anche ai fini della valutazione di impatto ambientale, senza che ciò comporti alcun compenso aggiuntivo, né incremento delle spese sostenute per la predisposizione delle offerte indicate nel piano finanziario;
- d) quando il progetto non necessita di modifiche progettuali, procede direttamente alla stipula della concessione;
- e) qualora il promotore non accetti di modificare il progetto, ha facoltà di richiedere progressivamente ai concorrenti successivi in graduatoria l'accettazione delle modifiche al progetto presentato dal promotore alle stesse condizioni proposte al promotore e non accettate dallo stesso.

11. La stipulazione del contratto di concessione può avvenire solamente a seguito della conclusione, con esito positivo, della procedura di approvazione del progetto preliminare e della accettazione delle modifiche progettuali da parte del promotore, ovvero del diverso concorrente aggiudicatario.

12. Nel caso in cui risulti aggiudicatario della concessione un soggetto diverso dal promotore, quest'ultimo ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese di cui al comma 9, terzo periodo.

13. Le offerte sono corredate dalla garanzia di cui all'articolo 75 e da un'ulteriore cauzione fissata dal bando in misura pari al 2,5 per cento del valore dell'investimento, come desumibile dallo studio di fattibilità posto a base di gara. Il soggetto aggiudicatario è tenuto a prestare la cauzione definitiva di cui all'articolo 113. Dalla data di inizio dell'esercizio del servizio, da parte del concessionario è dovuta una cauzione a garanzia delle penali relative al mancato o inesatto adempimento di tutti gli obblighi contrattuali relativi alla gestione dell'opera, da prestarsi nella misura del 10 per cento del costo annuo operativo di esercizio e con le modalità di cui all'articolo 113; la mancata presentazione di tale cauzione costituisce grave inadempimento contrattuale.

14. Si applicano, ove necessario, le disposizioni di cui al decreto del Presidente della Repubblica 8 giugno 2001, n. 327 e successive modificazioni.

15. Le amministrazioni aggiudicatrici, ferme restando le disposizioni relative al contenuto del bando previste dal comma 3, primo periodo, possono, in alternativa a quanto prescritto dal comma 3, lettere a) e b), procedere come segue:

- a) pubblicare un bando precisando che la procedura non comporta l'aggiudicazione al promotore prescelto, ma l'attribuzione allo stesso del diritto di essere preferito al migliore offerente individuato con le modalità di cui alle successive lettere del presente comma, ove il promotore prescelto intenda adeguare la propria offerta a quella ritenuta più vantaggiosa;
- b) provvedere alla approvazione del progetto preliminare in conformità al comma 10, lettera c);

c) bandire una nuova procedura selettiva, ponendo a base di gara il progetto preliminare approvato e le condizioni economiche e contrattuali offerte dal promotore, con il criterio della offerta economicamente più vantaggiosa;

d) ove non siano state presentate offerte valutate economicamente più vantaggiose rispetto a quella del promotore, il contratto è aggiudicato a quest'ultimo;

e) ove siano state presentate una o più offerte valutate economicamente più vantaggiose di quella del promotore posta a base di gara, quest'ultimo può, entro quarantacinque giorni dalla comunicazione dell'amministrazione aggiudicatrice, adeguare la propria proposta a quella del migliore offerente, aggiudicandosi il contratto. In questo caso l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al migliore offerente, a spese del promotore, le spese sostenute per la partecipazione alla gara, nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo;

f) ove il promotore non adegui nel termine indicato alla precedente lettera e) la propria proposta a quella del miglior offerente individuato in gara, quest'ultimo è aggiudicatario del contratto e l'amministrazione aggiudicatrice rimborsa al promotore, a spese dell'aggiudicatario, le spese sostenute nella misura massima di cui al comma 9, terzo periodo.

Qualora le amministrazioni aggiudicatrici si avvalgano delle disposizioni del presente comma, non si applicano il comma 10, lettere d), e), il comma 11 e il comma 12, ferma restando l'applicazione degli altri commi che precedono.

16. In relazione a ciascun lavoro inserito nell'elenco annuale di cui al comma 1, per il quale le amministrazioni aggiudicatrici non provvedano alla pubblicazione dei bandi entro sei mesi dalla approvazione dello stesso elenco annuale, i soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8 possono presentare, entro e non oltre quattro mesi dal decorso di detto termine, una proposta avente il contenuto dell'offerta di cui al comma 9, garantita dalla cauzione di cui all'articolo 75, corredata dalla documentazione dimostrativa del possesso dei requisiti soggettivi e dell'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara ai sensi delle lettere a), b), c) del presente comma. Entro sessanta giorni dalla scadenza del termine di quattro mesi di cui al periodo precedente, le amministrazioni aggiudicatrici provvedono, anche nel caso in cui sia prevenuta una sola proposta, a pubblicare un avviso con le modalità di cui all'articolo 66 ovvero di cui all'articolo 122, secondo l'importo dei lavori, contenente i criteri in base ai quali si procede alla valutazione delle proposte. Le eventuali proposte rielaborate e ripresentate alla luce dei suddetti criteri e le nuove proposte sono presentate entro novanta giorni dalla pubblicazione di detto avviso; le amministrazioni aggiudicatrici esaminano dette proposte, unitamente alle proposte già presentate e non rielaborate, entro sei mesi dalla scadenza di detto termine. Le amministrazioni aggiudicatrici, verificato preliminarmente il possesso dei requisiti, individuano la proposta ritenuta di pubblico interesse, procedendo poi in via alternativa a:

a) se il progetto preliminare necessita di modifiche, qualora ricorrano le condizioni di cui all'articolo 58, comma 2, indire un dialogo competitivo ponendo a base di esso il progetto preliminare e la proposta;

b) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, bandire una concessione ai sensi dell'articolo 143, ponendo lo stesso progetto a base di gara ed invitando alla gara il promotore;

c) se il progetto preliminare non necessita di modifiche, previa approvazione del progetto preliminare presentato dal promotore, procedere ai sensi del comma 15, lettere c), d), e), f), ponendo lo stesso progetto a base di gara e invitando alla gara il promotore.

17. Se il soggetto che ha presentato la proposta prescelta ai sensi del comma 16 non partecipa alle gare di cui alle lettere a), b) e c) del comma 16, l'amministrazione aggiudicatrice incamera la garanzia di cui all'articolo 75. Nelle gare di cui al comma 16, lettere a), b), c), si applica il comma 13.

18. Il promotore che non risulti aggiudicatario nella procedura di cui al comma 16, lettera a), ha diritto al rimborso, con onere a carico dell'affidatario, delle spese sostenute nella misura massima di

cui al comma 9, terzo periodo. Al promotore che non risulti aggiudicatario nelle procedure di cui al comma 16, lettere b) e c), si applica quanto previsto dal comma 15, lettere e) ed f).

19. I soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8, nonché i soggetti di cui al comma 20 possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici, a mezzo di studi di fattibilità, proposte relative alla realizzazione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale di cui all'articolo 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. Le amministrazioni sono tenute a valutare le proposte entro sei mesi dal loro ricevimento e possono adottare, nell'ambito dei propri programmi, gli studi di fattibilità ritenuti di pubblico interesse; l'adozione non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione dei lavori, né alla gestione dei relativi servizi. Qualora le amministrazioni adottino gli studi di fattibilità, si applicano le disposizioni del presente articolo.

20. Possono presentare le proposte di cui al comma 19 anche i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché i soggetti di cui agli articoli 34 e 90, comma 2, lettera b), eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi. La realizzazione di lavori pubblici o di pubblica utilità rientra tra i settori ammessi di cui all'articolo 1, comma 1, lettera c-bis), del decreto legislativo 17 maggio 1999, n. 153. Le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura, nell'ambito degli scopi di utilità sociale e di promozione dello sviluppo economico dalle stesse perseguiti, possono presentare studi di fattibilità, ovvero aggregarsi alla presentazione di proposte di realizzazione di lavori pubblici di cui al comma 1, ferma restando la loro autonomia decisionale.

21. Limitatamente alle ipotesi di cui i commi 16, 19 e 20, i soggetti che hanno presentato le proposte possono recedere dalla composizione dei proponenti in ogni fase della procedura fino alla pubblicazione del bando di gara purché tale recesso non faccia venir meno la presenza dei requisiti per la qualificazione. In ogni caso, la mancanza dei requisiti in capo a singoli soggetti comporta l'esclusione dei soggetti medesimi senza inficiare la validità della proposta, a condizione che i restanti componenti posseggano i requisiti necessari per la qualificazione.”;

ff) gli articoli 154 e 155 sono abrogati;

gg) all'articolo 156, comma 1, le parole: “all'articolo 155” sono sostituite dalle seguenti: “all'articolo 153”;

hh) all'articolo 172 sono apportate le seguenti modificazioni:

1) dopo il comma 1 è inserito il seguente: “1-bis: Per lo svolgimento delle competenze di cui al secondo periodo del comma 1, le società pubbliche di progetto applicano le disposizioni del presente codice.”;

2) il comma 3 è sostituito dal seguente: “3. La società pubblica di progetto è istituita allo scopo di garantire il coordinamento tra i soggetti pubblici volto a promuovere la realizzazione ed eventualmente la gestione dell'infrastruttura, e a promuovere altresì la partecipazione al finanziamento; la società è organismo di diritto pubblico ai sensi del presente codice e soggetto aggiudicatore ai sensi del presente capo.”;

ii) all'articolo 174, il comma 5 è abrogato;

ll) all'articolo 175 sono apportate le seguenti modifiche:

1) il comma 1 è sostituito dal seguente: “1. Il Ministero pubblica sul sito informatico di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici in data 6 aprile 2001, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 100 del 2 maggio 2001, nonché nella Gazzetta Ufficiale italiana e comunitaria, la lista delle infrastrutture, inserite nel programma di cui al comma 1 dell'articolo 162, per le quali i soggetti aggiudicatori intendono avviare le procedure di cui all'articolo 153. Nella lista è precisato, per ciascuna infrastruttura, l'ufficio del soggetto aggiudicatore presso il quale gli interessati possono ottenere le informazioni ritenute utili.”;

2) al comma 2, le parole: “di cui all'articolo 153, comma 2” sono sostituite dalle seguenti: “di cui all'articolo 153, comma 20,”;

3) al comma 3, le parole: “, ove valuti le proposte, presentate a seguito dell’avviso indicativo di cui al comma 1 di pubblico interesse ai sensi dell’articolo 154,” sono soppresse;

4) al comma 5 le parole: “di cui all’articolo 155” sono sostituite dalle seguenti: “di cui all’articolo 153”;

mm) all’articolo 176, comma 6, dopo le parole: “le sole disposizioni di cui” sono inserite le seguenti: “alla parte I e”;

nn) all’articolo 179, il comma 7 è sostituito dal seguente: “7. Relativamente alle infrastrutture strategiche per l’approvvigionamento energetico gli enti aggiudicatori di cui all’articolo 207 applicano le disposizioni di cui alla parte III.”;

oo) all’articolo 225, comma 7, le parole: “comma 7” sono sostituite con le parole “comma 9”;

pp) all’articolo 230, al comma 4, dopo le parole: “articoli 49 e 50” sono inserite le seguenti: “con esclusione del comma 1, lettera a)”

qq) all’articolo 232, sono apportate le seguenti modificazioni:

1) al comma 4, le parole: “del comma 4” sono sostituite dalle seguenti: “del comma 3”;

2) al comma 6, dopo le parole: “dell’articolo 50” sono inserite le seguenti: “con esclusione del comma 1, lettera a)”;

rr) all’articolo 237, dopo le parole: “del capo III” sono aggiunte le seguenti: “con esclusione dell’articolo 221”.

2. La disciplina recata dall’articolo 153 del codice, come sostituito dal presente decreto, si applica alle procedure i cui bandi siano stati pubblicati dopo la data di entrata in vigore del presente decreto; in sede di prima applicazione della nuova disciplina, il termine di sei mesi di cui all’articolo 153, comma 16, primo periodo, decorre dalla data di approvazione del programma triennale 2009-2011.

Art. 2 Disposizioni di coordinamento

1. Al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modificazioni:

a) all’articolo 3:

1) dopo il comma 15 è inserito il seguente: “15-bis. <> è il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l’esecuzione di lavori.”;

2) dopo il comma 15-bis è inserito il seguente: “15-ter. Ai fini del presente codice, i “contratti di partenariato pubblico privato” sono contratti aventi per oggetto una o più prestazioni quali la progettazione, la costruzione, la gestione o la manutenzione di un’opera pubblica o di pubblica utilità, oppure la fornitura di un servizio, compreso in ogni caso il finanziamento totale o parziale a carico di privati, anche in forme diverse, di tali prestazioni, con allocazione dei rischi ai sensi delle prescrizioni e degli indirizzi comunitari vigenti. Rientrano, a titolo esemplificativo, tra i contratti di partenariato pubblico privato la concessione di lavori, la concessione di servizi, la locazione finanziaria, l’affidamento di lavori mediante finanza di progetto, le società miste. Possono rientrare altresì tra le operazioni di partenariato pubblico privato l’affidamento a contraente generale ove il corrispettivo per la realizzazione dell’opera sia in tutto o in parte posticipato e collegato alla disponibilità dell’opera per il committente o per utenti terzi. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall’articolo 44, comma 1-bis del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31, alle operazioni di partenariato pubblico privato si applicano i contenuti delle decisioni Eurostat.”;

b) all’articolo 5, comma 6, dopo le parole: “sulla cooperazione allo sviluppo,” sono inserite le seguenti: “nonché per lavori su immobili all’estero ad uso dell’amministrazione del Ministero degli affari esteri.”;

c) all’articolo 6:

1) al comma 3, primo periodo, le parole: “cinque anni” sono sostituite dalle seguenti: “sette anni fino all’approvazione della legge di riordino delle autorità indipendenti”;

- 2) al comma 9, lettera a), dopo le parole “agli operatori economici esecutori dei contratti,” sono inserite le seguenti: “alle SOA”;
- d) all’articolo 7:
- 1) al comma 4, lettera d), la parola: “semestralmente” è sostituita dalle seguenti: “annualmente per estremi”;
- 2) all’inizio del comma 10 sono inserite le seguenti parole “É istituito il casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture presso l’Osservatorio” e dopo le parole: “di cui all’articolo 5 disciplina” sono inserite le seguenti: “il casellario informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nonché”;
- e) all’articolo 13, comma 2, dopo la lettera c) è aggiunta la seguente: “c-bis) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell’offerta, fino all’aggiudicazione definitiva.”;
- f) all’articolo 36, il comma 5, è sostituito dal seguente: “5. I consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l’articolo 353 del codice penale. È vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile. Qualora le stazioni appaltanti si avvalgano della facoltà di cui all’articolo 122, comma 9, e all’articolo 124, comma 8, è vietata la partecipazione alla medesima procedura di affidamento del consorzio stabile e dei consorziati; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l’articolo 353 del codice penale.”;
- g) all’articolo 37, comma 7, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Per i consorzi di cui all’articolo 34, comma 1, lettera b), qualora le stazioni appaltanti si avvalgano della facoltà di cui all’articolo 122, comma 9, e all’articolo 124, comma 8, è vietata la partecipazione alla medesima procedura di affidamento del consorzio e dei consorziati; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l’articolo 353 del codice penale.”;
- h) all’articolo 38:
- 1) al comma 1, lettera h), dopo le parole: “procedure di gara” sono inserite le seguenti: “e per l’affidamento dei subappalti”;
- 2) al comma 1, lettera m-bis), la parola: “revoca” è sostituita dalla seguente: “decadenza” e le parole: “ da parte dell’Autorità” sono soppresse;
- i) all’articolo 40:
- 1) al comma 3, le parole: “, sentita un'apposita commissione consultiva istituita presso l'Autorità medesima. Alle spese di finanziamento della commissione consultiva si provvede a carico del bilancio dell'Autorità, nei limiti delle risorse disponibili” sono soppresse;
- 2) al comma 4, la lettera a), è soppressa;
- 3) al comma 4, lettere b) e g), la parola: “revoca” è sostituita dalla seguente: “decadenza”;
- 4) al comma 4, dopo la lettera g), è inserita la seguente: “g-bis) la previsione delle sanzioni pecuniarie di cui all’articolo 6, comma 11, e di sanzioni interdittive, fino alla decadenza dell’attestazione di qualificazione, nei confronti degli operatori economici che non rispondono a richieste di informazioni e atti formulate dall’Autorità nell’esercizio del potere di vigilanza sul sistema di qualificazione, ovvero forniscono informazioni o atti non veritieri.”;
- 5) al comma 9-bis , la parola: “revoca” è sostituita dalla seguente: “decadenza”;
- 6) all’inizio del comma 9-ter è inserito il seguente periodo: “Le SOA hanno l’obbligo di comunicare all’Autorità l’avvio del procedimento di accertamento del possesso dei requisiti nei confronti delle imprese nonché il relativo esito”, le parole: “di revocare l’attestazione” sono sostituite dalle seguenti: “di dichiarare la decadenza dell’attestazione” e le parole: “a revocare alla SOA l’autorizzazione” sono sostituite dalle seguenti: “a dichiarare la decadenza dell’autorizzazione alla SOA”;
- l) all’articolo 41:
- 1) il comma 1 è sostituito dal seguente:
- “1. Negli appalti di forniture o servizi, la dimostrazione della capacità finanziaria ed economica delle imprese concorrenti può essere fornita mediante uno o più dei seguenti documenti:

- a) dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385;
- b) bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa, ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445;
- c) dichiarazione, sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445, concernente il fatturato globale d'impresa e l'importo relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara, realizzati negli ultimi tre esercizi.”;
- 2) il comma 4 è sostituito dal seguente:
 “4. La dichiarazione di cui al comma 1, lettera a), è presentata già in sede di offerta. Il concorrente aggiudicatario è tenuto ad esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni di cui al comma 1, lettere b) e c).”;
- m) all'articolo 53:
- 1) il quinto periodo della lettera c) del comma 2 è soppresso;
- 2) al comma 2, dopo l'ultimo periodo, è aggiunto il seguente: “Ai fini della valutazione del progetto, il regolamento disciplina i fattori ponderali da assegnare ai «pesi» o «punteggi» in modo da valorizzare la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali e le caratteristiche ambientali.”;
- 3) al comma 4, il primo ed il secondo periodo sono sostituiti dai seguenti: “I contratti di appalto di cui al comma 2, sono stipulati a corpo. È facoltà delle stazioni appaltanti stipulare a misura i contratti di appalto di sola esecuzione di importo inferiore a 500.000 euro, i contratti di appalto relativi a manutenzione, restauro e scavi archeologici, nonché le opere in sotterraneo, ivi comprese le opere in fondazione, e quelle di consolidamento dei terreni.”;
- n) all'articolo 58, comma 15, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Per i lavori, la procedura si può concludere con l'affidamento di una concessione di cui all'articolo 143.”;
- o) al primo periodo del comma 3 dell'articolo 74 le parole: Il mancato utilizzo” sono sostituite dalle seguenti: “Salvo che l'offerta del prezzo sia determinata mediante prezzi unitari, il mancato utilizzo”;
- p) all'articolo 75, comma 7, primo periodo, le parole “, ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema.” sono soppresse;
- q) all'articolo 85:
- 1) al comma 7, dopo le parole: “le stazioni appaltanti effettuano” sono inserite le seguenti: “, in seduta riservata,”;
- 2) al comma 13, le parole: “Per l'acquisto di beni e servizi” sono soppresse.
- r) all'articolo 88:
- 1) il comma 6 è soppresso;
- 2) al comma 7 le parole: “, se la esclude,” sono sostituite dalle seguenti: “, se la ritiene anomala,” e, in fine, è aggiunto il seguente periodo: “All'esito del procedimento di verifica la stazione appaltante dichiara le eventuali esclusioni di ciascuna offerta che, in base all'esame degli elementi forniti, risulta, nel suo complesso, inaffidabile, e dichiara l'aggiudicazione definitiva in favore della migliore offerta non anomala.”;
- s) all'articolo 91:
- 1) al comma 1, le parole: “e di coordinamento” sono sostituite dalle seguenti: “, di coordinamento” e dopo le parole: “in fase di esecuzione” sono inserite le seguenti: “e di collaudo nel rispetto di quanto disposto all'articolo 120, comma 2-bis, ”;
- 2) al comma 2, le parole: “e di coordinamento” sono sostituite dalle seguenti: “, di coordinamento” e dopo le parole “in fase di esecuzione” sono inserite le seguenti: “e di collaudo nel rispetto di quanto disposto all'articolo 120, comma 2-bis, ”;
- t) all'articolo 92:
- 1) la rubrica è sostituita dalla seguente “Corrispettivi, incentivi per la progettazione e fondi a disposizione delle stazioni appaltanti”;

- 2) al comma 2, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “I corrispettivi di cui al comma 3 possono essere utilizzati dalle stazioni appaltanti, ove motivatamente ritenuti adeguati, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dell'importo da porre a base dell'affidamento.”;
- 3) al comma 3, le parole: “ai fini della determinazione dell'importo da porre a base dell'affidamento” sono soppresse;
- 4) il comma 4 è abrogato;
- 5) dopo il comma 7 è inserito aggiunto, in fine, il seguente: “ 7-bis. Tra le spese tecniche da prevedere nel quadro economico di ciascun intervento sono comprese l'assicurazione dei dipendenti, nonché le spese di carattere strumentale sostenute dalle amministrazioni aggiudicatrici in relazione all'intervento.”;
- u) all'articolo 112:
- 1) dopo il comma 4 è inserito il seguente:
 “4-bis. Il soggetto incaricato dell'attività di verifica deve essere munito, dalla data di accettazione dell'incarico, di una polizza di responsabilità civile professionale, estesa al danno all'opera, dovuta ad errori od omissioni nello svolgimento dell'attività di verifica, avente le caratteristiche indicate nel regolamento. Il premio relativo a tale copertura assicurativa, per i soggetti interni alla stazione appaltante, è a carico per intero dell'amministrazione di appartenenza ed è ricompreso all'interno del quadro economico; l'amministrazione di appartenenza vi deve obbligatoriamente provvedere entro la data di validazione del progetto. Il premio è a carico del soggetto affidatario, qualora questi sia soggetto esterno.”;
- 2) al comma 5 la lettera c) è soppressa;
- v) all'articolo 113:
- 1) al comma 1 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Si applica l'articolo 75, comma 7.”;
- 2) al comma 4, la parola: “revoca” è sostituita dalla seguente: “decadenza”;
- z) all'articolo 117, comma 3, le parole: “quindici giorni” sono sostituite dalle seguenti: “quarantacinque giorni”;
- aa) all'articolo 118:
- 1) la rubrica è sostituita dalla seguente: “Subappalto, attività che non costituiscono subappalto e tutela del lavoro”;
- 2) al secondo periodo del comma 2 le parole. “ferme restando le vigenti disposizioni che prevedono per particolari ipotesi il divieto di affidamento in subappalto” sono soppresse;
- 3) all'ultimo periodo del comma 6 le parole: “nonché copia dei versamenti agli organismi paritetici previsti dalla contrattazione collettiva, ove dovuti” sono soppresse;
- 4) il comma 6-bis è sostituito dal seguente:
 “6-bis. Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare, il documento unico di regolarità contributiva è comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa allo specifico contratto affidato. Tale congruità, per i lavori è verificata dalla Cassa Edile in base all'accordo assunto a livello nazionale tra le parti sociali firmatarie del contratto collettivo nazionale comparativamente più rappresentative per l'ambito del settore edile ed il Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali”.
- bb) all'articolo 120, dopo il comma 2, è inserito il seguente:
 “2-bis. Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, l'affidamento dell'incarico di collaudo o di verifica di conformità, in quanto attività propria delle stazioni appaltanti, è conferito dalle stesse, a propri dipendenti o a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici, con elevata e specifica qualificazione in riferimento all'oggetto del contratto, alla complessità e all'importo delle prestazioni, sulla base di criteri da fissare preventivamente, nel rispetto dei principi di rotazione e trasparenza; il provvedimento che affida l'incarico a dipendenti della stazione appaltante o di amministrazioni aggiudicatrici motiva la scelta, indicando gli specifici requisiti di competenza ed esperienza, desunti dal curriculum dell'interessato e da ogni altro elemento in possesso dell'amministrazione. Nell'ipotesi di carenza di organico all'interno della stazione appaltante di soggetti in possesso dei necessari requisiti, accertata e certificata dal responsabile del procedimento,

ovvero di difficoltà a ricorrere a dipendenti di amministrazioni aggiudicatrici con competenze specifiche in materia, la stazione appaltante affida l'incarico di collaudatore ovvero di presidente o componente della commissione collaudatrice a soggetti esterni scelti secondo le procedure e con le modalità previste per l'affidamento dei servizi; nel caso di collaudo di lavori l'affidamento dell'incarico a soggetti esterni avviene ai sensi dell'articolo 91. Nel caso di interventi finanziati da più amministrazioni aggiudicatrici, la stazione appaltante fa ricorso prioritariamente a dipendenti appartenenti a dette amministrazioni aggiudicatrici sulla base di specifiche intese che disciplinano i rapporti tra le stesse.”;

cc) all'articolo 123, comma 1, le parole: “inferiore a 750.000” sono sostituite dalle seguenti: “inferiore a 1 milione di euro”

dd) all'articolo 125, comma 6, lettera b), le parole “di importo non superiore a 100.000 euro” sono soppresse;

ee) all'articolo 128:

1) al comma 6, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: “, nonché per i lavori di cui all'articolo 153 per i quali è sufficiente lo studio di fattibilità.”;

2) al comma 11, le parole: “e sono” sono sostituite dalle seguenti “; i programmi triennali e gli elenchi annuali dei lavori sono”;

3) al comma 12, dopo la parola: “CIPE,” sono inserite le seguenti “entro trenta giorni dall'approvazione”;

ff) all'articolo 129, comma 3, primo periodo, le parole: “i contratti” sono sostituite dalle seguenti: “gli appalti”; al secondo periodo, le parole: “i contratti” sono sostituite dalle seguenti: “gli appalti”;

gg) all'articolo 133:

1) dopo il comma 1 è inserito il seguente:

“1-bis. Fermi i vigenti divieti di anticipazione del prezzo, il bando di gara può individuare i materiali da costruzione per i quali i contratti, nei limiti delle risorse disponibili, prevedono le modalità e i tempi di pagamento degli stessi, ferma restando l'applicazione dei prezzi contrattuali ovvero dei prezzi elementari desunti dagli stessi, previa presentazione da parte dell'esecutore di fattura o altro documento comprovanti il loro acquisto nella tipologia e quantità necessaria per l'esecuzione del contratto e la loro destinazione allo specifico contratto, e previa accettazione dei materiali da parte del direttore dei lavori; senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica per tali materiali non si applicano le disposizioni di cui al comma_3, nonché ai commi da 4 a 7 per variazioni in aumento. Il pagamento dei materiali da costruzione è subordinato alla costituzione di garanzia fidejussoria bancaria o assicurativa di importo pari al pagamento maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero del pagamento stesso secondo il cronoprogramma dei lavori. L'importo della garanzia è gradualmente ed automaticamente ridotto nel corso dei lavori, in rapporto al progressivo recupero del pagamento da parte delle stazioni appaltanti.”;

2) al comma 3, le parole: “entro il 30 giugno” sono sostituite dalle seguenti: “entro il 31 marzo”;

3) dopo il comma 3 è inserito il seguente:

“3-bis: A pena di decadenza, l'appaltatore presenta alla stazione appaltante l'istanza di applicazione del prezzo chiuso, ai sensi del comma 3, entro sessanta giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del decreto ministeriale di cui al medesimo comma 3.”;

4) al comma 6, le parole: “entro il 30 giugno” sono sostituite dalle seguenti: “entro il 31 marzo”;

5) dopo il comma 6 è inserito il seguente:

“6-bis: A pena di decadenza, l'appaltatore presenta alla stazione appaltante l'istanza di compensazione, ai sensi del comma 4, entro sessanta giorni dalla data di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del decreto ministeriale di cui al comma 6.”;

hh) all'articolo 135, nella rubrica e nel comma 1-bis, la parola: “revoca” è sostituita dalla seguente: “decadenza”;

ii) all'articolo 141, comma 4, il secondo periodo è soppresso;

ll) all'articolo 159:

- 1) al comma 1 le parole: “entro novanta giorni dalla comunicazione scritte da parte del concedente dell'intenzione di risolvere il rapporto” sono soppresse e la lettera b) è sostituita dalla seguente: “b) l'inadempimento del concessionario che avrebbe causato la risoluzione cessi entro i novanta giorni successivi alla scadenza del termine di cui al comma 1-bis.”;
- 2) dopo il comma 1 è inserito il seguente:
“1-bis. La designazione di cui al comma 1 deve intervenire entro il termine individuato nel contratto o, in mancanza, assegnato dall'amministrazione aggiudicatrice nella comunicazione scritta agli enti finanziatori della intenzione di risolvere il contratto.”;
- 3) dopo il comma 2 è aggiunto il seguente:
“2-bis. Il presente articolo si applica alle società di progetto costituite per qualsiasi contratto di partenariato pubblico privato di cui all'articolo 3, comma 15-ter.”;
- mm) all'articolo 160, il comma 1 è sostituito dal seguente:
“1. I crediti dei soggetti che finanziano la realizzazione di lavori pubblici, di opere di interesse pubblico o la gestione di pubblici servizi hanno privilegio generale, ai sensi degli articoli 2745 e seguenti del codice civile, sui beni mobili del concessionario e delle società di progetto che siano concessionarie o affidatarie di contratto di partenariato pubblico privato o contraenti generali ai sensi dell'articolo 176.”;
- nn) all'articolo 160-bis :
- 1) al comma 1, sono aggiunte, in fine, le seguenti parole: “, che costituisce appalto pubblico di lavori, salvo che questi ultimi abbiano un carattere meramente accessorio rispetto all'oggetto principale del contratto medesimo”;
- 2) dopo il comma 4, sono inseriti i seguenti:
“4-bis. Il soggetto finanziatore, autorizzato ai sensi del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385, e successive modificazioni, deve dimostrare alla stazione appaltante che dispone, se del caso avvalendosi delle capacità di altri soggetti, anche in associazione temporanea con un soggetto realizzatore, dei mezzi necessari ad eseguire l'appalto. Nel caso in cui l'offerente sia un contraente generale, di cui all'articolo 162, comma 1, lettera g), esso può partecipare anche ad affidamenti relativi alla realizzazione, all'acquisizione ed al completamento di opere pubbliche o di pubblica utilità non disciplinati dalla parte II, titolo III, capo IV, se in possesso dei requisiti determinati dal bando o avvalendosi delle capacità di altri soggetti.
4-ter. La stazione appaltante pone a base di gara un progetto di livello almeno preliminare. L'aggiudicatario provvede alla predisposizione dei successivi livelli progettuali ed all'esecuzione dell'opera.
4-quater. L'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria può seguire il regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi; l'opera può essere realizzata su area nella disponibilità dell'aggiudicatario.”;
- oo) all'articolo 188, comma 1, le parole “previsti nel regolamento”, sono sostituite dalle seguenti: “di cui all'articolo 38”;
- pp) all'articolo 189, comma 4, lettera b), la parola: “revoca” è sostituita dalla seguente: “decadenza”;
- qq) all'articolo 191, comma 1, lettera a), le parole: “di cui all'articolo 188” sono sostituite dalle seguenti: “di cui all'articolo 38”;
- rr) all'articolo 192:
- 1) al comma 4, alla fine del primo periodo, sono inserite le seguenti parole: “, che fissa anche le modalità tecniche e procedurali di presentazione dei documenti e rilascio delle attestazioni.” e il secondo periodo è soppresso;
- 2) il comma 5 è abrogato;
- 3) il comma 6 è abrogato;
- ss) all'articolo 194, comma 10, le parole: “terminali di riclassificazione” sono sostituite dalle seguenti: “terminali di rigassificazione”;
- tt) all'articolo 203:

1) dopo il comma 3 è inserito il seguente:

“3-bis. Per ogni intervento, il responsabile del procedimento, nella fase di progettazione preliminare, stabilisce il successivo livello progettuale da porre a base di gara e valuta motivatamente, esclusivamente sulla base della natura e delle caratteristiche del bene e dell'intervento conservativo, la possibilità di ridurre i livelli di definizione progettuale ed i relativi contenuti dei vari livelli progettuali, salvaguardandone la qualità.”;

2) dopo il comma 3-bis è inserito il seguente:

“3-ter. La progettazione esecutiva può essere omessa nelle seguenti ipotesi:

a) per i lavori su beni mobili e superfici architettoniche decorate che non presentino complessità realizzative;

b) negli altri casi, qualora il responsabile del procedimento accerti che la natura e le caratteristiche del bene, ovvero il suo stato di conservazione, siano tali da non consentire l'esecuzione di analisi e rilievi esaustivi; in tali casi, il responsabile del procedimento dispone che la progettazione esecutiva sia redatta in corso d'opera, per stralci successivi, sulla base dell'esperienza delle precedenti fasi di progettazione e di cantiere.”;

uu) dopo l'articolo 240, è inserito il seguente:

“Art. 240-bis. Definizione delle riserve (art. 32, comma 4, d.m. n. 145/2000)

1. Le domande che fanno valere pretese già oggetto di riserva non possono essere proposte per importi maggiori rispetto a quelli quantificati nelle riserve stesse.”;

vv) all'articolo 253:

1) al comma 1-quinquies, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Le disposizioni di cui all'articolo 256, comma 1, riferite alle fattispecie di cui al presente comma, continuano ad applicarsi fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 5.”;

2) al comma 2 è aggiunto, in fine, il seguente periodo: “Le disposizioni regolamentari previste ai sensi dell'articolo 40, comma 4, lettera g) e g-bis) entrano in vigore quindici giorni dopo la pubblicazione del regolamento di cui all'articolo 5.”;

3) dopo il comma 9 è inserito il seguente:

“9-bis. In relazione all'articolo 40, comma 3, lettera b), fino al 31 dicembre 2010, per la dimostrazione del requisito della cifra di affari realizzata con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, del requisito dell'adeguata dotazione di attrezzature tecniche e del requisito dell'adeguato organico medio annuo, il periodo di attività documentabile è quello relativo ai migliori cinque anni del decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA per il conseguimento della qualificazione. Per la dimostrazione del requisito dei lavori realizzati in ciascuna categoria e del requisito dell'esecuzione di un singolo lavoro ovvero di due o tre lavori in ogni singola categoria, fino al 31 dicembre 2010, sono da considerare i lavori realizzati nel decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA per il conseguimento della qualificazione. Le presenti disposizioni si applicano anche agli operatori economici di cui all'articolo 47, con le modalità ivi previste.”;

4) dopo il comma 15 è inserito il seguente:

“15-bis In relazione alle procedure di affidamento di cui articolo 91, fino al 31 dicembre 2010 per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria, il periodo di attività documentabile è quello relativo ai migliori tre anni del quinquennio precedente o ai migliori cinque anni del decennio precedente la data di pubblicazione del bando di gara. Le presenti disposizioni si applicano anche agli operatori economici di cui all'articolo 47, con le modalità ivi previste.”;

5) dopo il comma 26 è inserito il seguente:

“26-bis. In relazione all'articolo 159, comma 2, fino all'emanazione del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, i criteri e le modalità di attuazione possono essere fissati dalle parti nel contratto.”;

zz) all'articolo 256:

- 1) al comma 1, primo capoverso, dopo le parole: “345” sono inserite le seguenti: “351, 352, 353, 354 e 355”;
- 2) al comma 1, dopo il settimo capoverso è inserito il seguente: “- l'articolo 4, comma 12-bis, del decreto-legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155;”;
- 3) al comma 1, dopo il trentunesimo capoverso è inserito il seguente: “- l'articolo 32, del decreto del Ministro dei lavori pubblici 19 aprile 2000, n. 145;”;
- 4) al comma 1 dopo l'ultimo capoverso sono inseriti i seguenti:
 - “- l'articolo 2, comma 2, ultimo periodo, del decreto-legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito, con modificazioni, dalla legge 4 agosto 2006, n. 248;
 - l'articolo 19 del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 febbraio 2008, n. 31;”;
- 5) al comma 4, primo capoverso, le parole: “ 351; 352; 353; 354; 355” sono soppresse;
 - aaa) all'allegato XXI, articolo 28, comma 4, secondo periodo, le parole: “gli organismi statali di diritto pubblico” sono sostituite dalle seguenti: “le amministrazioni pubbliche”;
 - bbb) all'allegato XXI, articolo 37 sono apportate le seguenti modificazioni:
 - 1) al comma 1, le parole: “una polizza indennitaria civile per danni a terzi” sono sostituite dalle seguenti: “una polizza di responsabilità civile professionale”;
 - 2) al comma 1, lettera c), le parole: “con il limite di dieci milioni di euro” sono sostituite dalle seguenti: “con il limite di cinque milioni di euro”.

Art. 3 Norma finanziaria

1. Dall'attuazione del presente decreto non devono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica e le amministrazioni interessate vi provvedono con le risorse umane, finanziarie e strumentali disponibili a legislazione vigente.

CONSIGLIO DI STATO
Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza del 14 luglio 2008

N. della Sezione:

2357/08

OGGETTO:

MINISTERO INFRASTRUTTURE E TRASPORTI – Schema di decreto legislativo recante "Ulteriori modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 a norma dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62".

La Sezione

Vista la relazione trasmessa con nota prot. n. 0005145 del 30 giugno 2008

con la quale il ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Ufficio legislativo – ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo in oggetto.

Esaminati gli atti e uditi i relatori ed estensori Consiglieri G. Paolo Cirillo e Giuseppe Minicone;

PREMESSO

Viene sottoposto all'esame della Sezione lo schema di decreto legislativo, contenente disposizioni correttive ed integrative del Codice dei contratti pubblici, recato dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Esso viene emanato in attuazione dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62, che consente l'emanazione di disposizioni correttive ed integrative del Codice dei contratti pubblici, entro due anni dalla data di entrata in vigore dello stesso, nonché dell'articolo 1 comma 3, della stessa legge, secondo cui qualora il termine per l'espressione del parere parlamentare di cui al presente comma, ovvero i diversi termini previsti dai commi 4 e 8, scadano nei trenta giorni che precedono la scadenza dei termini previsti dai commi 1 o 5 o successivamente, questi ultimi sono prorogati di novanta giorni.

Il presente decreto è stato preceduto da due decreti legislativi correttivi: il decreto legislativo 26 gennaio 2007 n. 6 e il decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113.

Il decreto ora in esame, proseguendo l'opera di revisione al fine di giungere ad una definizione normativa organica e condivisa della materia, tiene conto: 1) delle osservazioni della Commissione europea nei confronti della Repubblica italiana in ordine alla trasposizione delle direttive in materia di contratti pubblici (lettera di messa in mora n. 2007/2309); 2) della sentenza della Corte di giustizia della comunità europea e il 15 maggio 2008, relativa all'esclusione automatica delle offerte anomale dei contratti sotto soglia; 3) delle osservazioni della Sezione, espresse nel parere n. 3262 del 2007, reso sullo schema di regolamento di esecuzione ed attuazione, ai sensi dell'articolo 5 del Codice di contratti pubblici.

Lo schema di decreto è corredato dalla relazione tecnica ed è stato bollinato dal Ministero dell'economia e delle finanze, in data 27 giugno 2008.

Inoltre è stato trasmesso alla Conferenza unificata, che ha reso il relativo parere.

Mancano gli atti espressi del concerto delle altre amministrazioni; concerto, che comunque può ritenersi acquisito con l'approvazione del provvedimento da parte del Consiglio dei ministri, avvenuto in data 27 giugno 2008.

Lo schema in data 30 giugno c.a. è stato trasmesso alle competenti commissioni parlamentari per il prescritto parere.

Lo schema si compone, oltre all'articolo di chiusura contenente la norma finanziaria, di due corposi articoli, che, secondo la tecnica della novellazione, incidono sul decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163.

In particolare l'articolo 1 contiene disposizioni di adeguamento comunitario, mentre l'articolo 2 contiene disposizioni di coordinamento.

CONSIDERATO

1. Preliminarmente la Sezione rileva che sembra corretto ritenere che lo schema si muova nei limiti temporali fissati dall'articolo 1, comma 3, applicabile ad esso in quanto richiamato dall'articolo 25, comma 3, della legge n. 62 del 2005. Tuttavia dagli atti risulta che è stato richiesto il parere delle Commissioni parlamentari senza che tale istanza fosse corredata dal parere reso in data odierna dalla Sezione. Pertanto si invita l'amministrazione richiedente ad integrare l'indicata richiesta con il parere odierno onde fornire alle Commissioni parlamentari la documentazione completa.

Nel caso di specie, non si pone – se non per aspetti marginali - il problema, già affrontato dalla Sezione a proposito di precedenti decreti correttivi, circa l'inadeguatezza di tale strumento nell'ipotesi in cui si intendano apportare variazioni sistematiche al decreto originario, in quanto lo schema contiene pressochè esclusivamente disposizioni di adeguamento alle osservazioni formulate dalla Commissione europea nell'ambito del procedimento di infrazione, apertosi nei confronti dello Stato italiano relativamente al recepimento delle direttive europee in materia, nonché norme tecniche di coordinamento. Solo a tali modifiche la Sezione deve fare riferimento, non potendo naturalmente prendere in considerazione quelle ulteriori proposte in sede di Conferenza unificata e non fatte proprie del Governo, se non come arricchimento istruttorio e sempre che riguardino le modifiche in oggetto.

2. Si passa ora all'esame delle singole disposizioni, meritevoli di osservazioni, contenute nell'articolo 1.

2.1. La modifica f) riguarda l'articolo 32, comma 1, lettera g) ed è tesa a recepire le osservazioni della Commissione europea relativamente alla realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo. Secondo la Commissione l'articolo attualmente in vigore risulta in contrasto con le regole di cui alla direttiva 2004/18/CE, laddove viene conservato il diritto di prelazione in favore del promotore individuato unicamente il titolare del permesso di costruire.

La Sezione osserva che la modifica proposta è conforme ai principi comunitari e quindi va condivisa. Tuttavia, come osserva anche la Conferenza unificata, non sembra corretto il riferimento alla figura del promotore, in quanto la fattispecie non riguarda il contratto di concessione di lavori. Anzi le opere di urbanizzazione sono interamente finanziate mediante gli oneri di concessione non corrisposti dal titolare del permesso di costruire; e quindi in sostanza con risorse pubbliche. Sicché il richiamo all'articolo 153 del Codice non appare pertinente. Quindi l'indizione della gara da parte dell'amministrazione deve avvenire con le modalità previste dall'articolo 55 del Codice medesimo. Inoltre sembra maggiormente aderente allo spirito della normativa comunitaria e alla logica di questo istituto il ricorso all'appalto di progettazione e esecuzione.

In conclusione la Sezione ritiene che l'emendamento proposto dalla Conferenza unificata risponda meglio alle esigenze di adeguamento di cui sopra. Il testo quindi diventa il seguente: "g) lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, il titolare del permesso di costruire presenti all'amministrazione medesima, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare delle opere da eseguire.

L'amministrazione, sulla base del progetto preliminare, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 55. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori, per gli oneri della sicurezza;".

2.2. La modifica g) riguarda l'articolo 34, comma 1. Secondo la Commissione europea, l'articolo - laddove elenca le categorie di operatori ammessi a partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici - nel prevedere "i consorzi" si riferisce ai consorzi costituiti secondo la legge italiana e da questa disciplinati; conseguentemente, verrebbe esclusa la partecipazione di operatori economici costituiti secondo la legislazione di altri Stati membri.

La Sezione osserva che è sufficiente ad evitare possibili ambiguità interpretative il richiamo alla nozione rigorosa della direttiva, così come recepita dall'articolo 3 del Codice. Pertanto si suggerisce l'aggiunta della seguente espressione: "Fermi i requisiti di cui all'articolo 3, commi 19 e 22,...".

2.3. La modifica h) riguarda l'articolo 37, comma 11. Secondo la Commissione la norma contrasta con le direttive, laddove vieta il subappalto, imponendo una forma giuridica determinata: il raggruppamento temporaneo di imprese di tipo verticale.

La Sezione osserva, che pur nella consapevolezza che la limitazione stabilita dalla norma attualmente in vigore serve per contrastare fenomeni di infiltrazioni della malavita negli appalti, la modifica proposta è conforme ai principi comunitari e pertanto non può essere elusa.

Quanto alla integrazione proposta dalla Conferenza unificata - ossia quella di segnalare la necessità che già in sede di gara venga identificato il subappaltatore qualificato per la categoria specialistica di appartenenza - essa non può essere assecondata dalla Sezione. Infatti l'indicazione del nominativo del subappaltatore già nella fase della presentazione dell'istanza di partecipazione alla gara finirebbe con l'assegnare un potere di condizionamento eccessivo in capo al subappaltatore, condizionando a sua volta i termini dell'offerta del partecipante, a tutto discapito del principio della libera partecipazione dei concorrenti.

La Sezione rileva che nella modifica proposta viene previsto un ribasso non superiore all'8 %, di molto inferiore a quello attualmente vigente. Siccome non viene fornita alcuna motivazione sulla scelta operata, la Sezione non può che richiamare l'attenzione circa l'opportunità di riesaminare i termini del ribasso operabile .

Va invece accolta l'osservazione dell'ANCE, pervenuta per le vie brevi, circa la opportunità di precisare meglio quanto statuito nella modifica apportata alla fine del penultimo periodo, mediante l'aggiunta dopo la parola "contratti" delle parole "di subappalto", per evitare che il riferimento possa estendersi a rapporti di altra natura (forniture).

2.4. Nello schema in esame non vengono recepite le osservazioni della Commissione relative all'istituto dell'avvalimento.

La Commissione osserva che l'articolo 49 del Codice prevede la possibilità per gli operatori che desiderano partecipare ad una gara di appalto di avvalersi della capacità di altri soggetti. Tuttavia, il comma 6 di tale articolo limita questa possibilità alle capacità di un solo soggetto terzo per ciascun requisito o categoria. Il ricorso alle capacità di più soggetti è consentito solo quando il bando di gara ammette tale possibilità in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni. Inoltre, il comma 7 del medesimo articolo prevede che il bando di gara possa limitare la possibilità di avvalersi della capacità di terzi ai soli requisiti economici o tecnici ovvero esigere che il ricorso alle capacità tecniche sia possibile solo per integrare un preesistente requisito già posseduto dal concorrente in misura o percentuale indicata nell'avviso.

In proposito la Commissione rileva che gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE, nonché l'articolo 54, paragrafo 5 e paragrafo 6 della direttiva 2004/17/CE, riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami, non essendo prevista nessuna limitazione dalle direttive, che pongono quale unica condizione quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare se il candidato disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione

dell'appalto. Pertanto le limitazioni previste dall'articolo 49, commi 6 e 7 del Codice sono, secondo la Commissione, in contrasto con le citate disposizioni delle direttive indicate.

Parimenti, la Commissione rileva che l'articolo 50 del Codice, laddove limita la possibilità di avvalersi della capacità ai soli membri del medesimo gruppo, per le imprese che desiderano ottenere l'attestazione SOA, si pone in contrasto con la direttiva 2004/18/CE, che prevede, all'articolo 52, tale limitazione solamente per le iscrizioni su elenchi ufficiali di operatori economici, ma non è invece prevista dall'articolo 53 della direttiva 2004/17/CE, per quanto riguarda i sistemi di qualificazione.

La Sezione prende atto della posizione dell'amministrazione, laddove implicitamente ritiene che le disposizioni sospettate di contrasto con la normativa comunitaria non siano in contrasto con il principio della libera concorrenza, poiché predispongono solamente un accorgimento tecnico volto ad impedire che possano formarsi nel mercato imprese che abbiano quale unico scopo sociale quello di coordinare imprese operative, realizzando per altra via una situazione di monopolio e di controllo da parte di imprese che da sole non avrebbero mai ottenuto la qualificazione.

2.5. La modifica r) riguarda l'articolo 83, comma 4, laddove sopprime il terzo periodo. La soppressione viene condivisa dalla Sezione, atteso che l'affidare alla Commissione giudicatrice il compito di fissare i criteri motivazionali per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo ed il massimo prestabiliti dal bando, può risolversi - come risulta anche da non pochi arresti giurisprudenziali - nella violazione del principio di trasparenza e di preconnoscenza di tutte le condizioni del bando da parte degli operatori economici. Tuttavia proprio per realizzare l'intento voluto dalla Commissione a che siano fissati nel bando tutti gli elementi necessari allo svolgimento della gara, la Sezione ritiene che alla fine del primo periodo del comma 4 in questione si aggiunga l'espressione "e i relativi criteri di valutazione".

2.6. Le modifiche di cui alle lettere y), z) e aa) si sono rese necessarie a seguito delle osservazioni della Commissione europea e dell'eliminazione del diritto di prelazione nella finanza di progetto, per opera del decreto legislativo n. 113 del 2007. In particolare l'articolo 153 viene completamente riscritto.

Com'è noto, il promotore è un operatore che formula una proposta per la realizzazione, in regime di concessione, di lavori inseriti nel programma triennale dell'amministrazione aggiudicatrice. Nel caso in cui la proposta di un promotore venga considerata di pubblico interesse dall'amministrazione, questa indice una procedura negoziata di messa in concorrenza costituita da due fasi: 1) l'amministrazione aggiudicatrice indice una gara, ponendo a base di gara il progetto del promotore e gli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; 2) la concessione viene aggiudicata a seguito di una procedura negoziata fra il promotore e i soggetti che hanno presentato le due migliori offerte nella prima fase, ovvero, in caso vi sia stato un solo partecipante, fra il promotore e il presentatore.

La Commissione, dopo aver preso atto del fatto che gli articoli 153 e 154 del Codice non prevedono più il diritto di prelazione a favore del promotore, ossia il diritto ad adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente e aggiudicarsi così la concessione, previsto nella precedente disciplina, ha segnalato la permanenza di residui problemi di compatibilità con il diritto comunitario. In particolare rileva l'assenza di pubblicità a livello comunitario degli avvisi diretti a scegliere il promotore e il concessionario nonché la posizione di vantaggio di cui il promotore continua a beneficiare, laddove continua a partecipare ad una sola procedura, quella negoziata, nella quale deve confrontarsi unicamente con i soggetti che hanno presentato le due migliori offerte nella gara precedente.

Orbene, la riformulazione dell'articolo 153 corrisponde ad entrambe le osservazioni svolte dalla Commissione europea, laddove al comma 3 si stabilisce che il bando di gara va pubblicato con le modalità di cui all'articolo 66 ovvero di cui all'articolo 120, e laddove al comma 3, lettera c), viene stabilito che l'amministrazione nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta e non colui il quale aveva presentato la proposta originaria, figura che sembra del tutto scomparsa nella nuova riformulazione.

La Sezione osserva tuttavia che la norma così come concepita finisce con l'essere un inutile duplicato dell'istituto della concessione, di cui al Capo II del Codice. Le uniche differenze che rimangono, infatti, attengono all'oggetto dell'offerta - che nella concessione comprende il

progetto definitivo e qui il preliminare – e alla possibilità del "promotore" di chiedere l'inserimento di un nuovo intervento nel programma.

Entrambi sono discutibili e in particolare la seconda comporta pericolose interferenze con quella attività di programmazione che è bene rimanga prerogativa della P.A..

Considerato infine che l'istituto non è previsto nelle direttive comunitarie, la Sezione invita l'amministrazione a prendere seriamente in considerazione la possibilità di sopprimerlo.

3. Per quel che concerne le modifiche ed integrazioni proposte con l'art. 2 dello schema in esame, si formulano le seguenti osservazioni.

3.1. La modifica a), volta ad inserire il comma 15-bis nell'art. 3, in aderenza al suo intento di definire l'istituto della locazione finanziaria ed in armonia con le altre definizioni recate dallo stesso articolo, dovrebbe essere così riformulata "La locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità" è il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori".

3.2. La modifica d.1), così come formulata, sostituisce, nell'art. 7, comma 4, lettera d), un concetto temporale (l'attuale pubblicazione semestrale del programma triennale e degli elenchi annuali) con l'indicazione del contenuto di tale pubblicazione ("per estremi").

La sostituzione, oltre ad interessare elementi eterogenei fra loro, lascia, senza che la relazione di accompagnamento ne dia giustificazione, indeterminata la periodicità con la quale deve avvenire la pubblicazione del programma e degli elenchi.

Appare, quindi, necessario, ove si voglia, comunque, superare il riferimento semestrale, indicare un diverso riferimento temporale.

3.3. La modifica g.6) introduce l'obbligo per le SOA di dare previa comunicazione all'Autorità dell'avvio del procedimento di decadenza dell'attestazione di qualificazione, per carenza o venir meno del possesso dei requisiti prescritti, al fine, evidentemente, di consentire all'Autorità di verificare eventuali inadempienze delle stesse SOA, per i conseguenti provvedimenti.

La disposizione, tuttavia, va completata con la previsione dell'obbligo, a carico delle SOA, di comunicare, in ogni caso, anche l'esito del procedimento avviato, dal momento che questo, a seguito dell'instaurazione del contraddittorio, potrebbe concludersi, in ipotesi, senza l'adozione del preannunciato provvedimento di decadenza.

3.4. Lo schema in esame propone, alla lettera h), una modifica, all'art. 41, comma 4, al dichiarato scopo di chiarire, per servizi e forniture, che le dichiarazioni bancarie di almeno due istituti, atte a dimostrare il requisito della capacità economica e finanziaria devono essere presentate dal concorrente già in sede di presentazione dell'offerta.

Ora, ancorché su tale prescrizione questo Consesso non abbia osservazioni da formulare, l'occasione appare opportuna per eliminare talune imperfezioni ed incongruenze che si rilevano nel testo attuale dell'articolo in esame.

In particolare, non appare corretta, innanzi tutto, l'espressione iniziale del quarto comma "Il concorrente attesta il possesso dei requisiti previsto nelle lett. b) e c) mediante...", giacché le lett. b) e c) (sottinteso, del comma 1) non indicano i requisiti, ma i mezzi di prova (bilanci, fatturato globale ecc.) della capacità economica e finanziaria.

Analogo rilievo può farsi per l'espressione di cui all'ultimo periodo ("Il requisito di cui al comma 1, lettera a) è provato...").

Al fine di rendere più coerente il testo complessivo dell'art. 41, si suggeriscono le seguenti modificazioni:

- al comma 1, lett. a) la frase "idonee dichiarazioni bancarie" dovrebbe essere sostituita dalla seguente: "dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385";

- al comma 1, lett. b) la frase "bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa" dovrebbe essere integrata con il seguente periodo: "ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445";

- al comma 1, lettera c), tra le parole "dichiarazione" e "concernente il fatturato", dovrebbe essere inserito il seguente inciso: ", sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445,";

- il comma 4 dovrebbe essere sostituito dal seguente:

"La dichiarazione di cui al comma 1, lettera a), è presentata già in sede di offerta. Il concorrente aggiudicatario è tenuto ad esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni di cui al comma 1, lettere b) e c)".

In ogni caso, non può farsi a meno di osservare che le prescrizioni di cui ai commi 1 e 4 sono suscettibili di essere vanificate da quella di cui al comma 3, tutte le volte in cui il concorrente possa far valere "giustificati motivi", per provare altrimenti la propria capacità economica e finanziaria.

3.5. Appaiono condivisibili le perplessità dell'ANCI circa l'inserimento, con la modifica i.2) all'art. 53, della obbligatorietà, per i contratti relativi a lavori di cui al comma 2 lett. b) e c), di stipulare a corpo, salve alcune eccezioni.

Del resto, il mancato recepimento nel Codice della previsione di cui all'art. 19, commi 4 e 5, della legge n. 109 del 1994 rispondeva, probabilmente, alla constatazione della inopportunità di mantenere un regime così rigido per le amministrazioni aggiudicatrici; né sono state espone ragioni di rilievo atte a giustificare un intervento siffatto, avente carattere sostanziale e, pertanto, esulante dai limiti del potere correttivo come individuati nel parere dell'Adunanza Generale n. 1750/2007 del 6 giugno 2007.

Si esprime parere negativo, pertanto, in ordine alla modifica in questione.

In via meramente incidentale, si osserva che, al comma 4-ter, il periodo "in deroga a quanto disposto dal precedente comma 4-bis primo periodo" si rivela superfluo.

3.6 L'aggiunta, con la modifica n. 5), dell'aggettivazione "tecnico-amministrativo", dopo la parola "collaudo", all'art. 92, comma 5, è giustificata, dalla relazione di accompagnamento, con l'argomentazione che il collaudo statico è disciplinato dalla legge n. 1086/1971 e non dal regolamento di attuazione del codice.

Tale giustificazione non convince.

E' da osservare che l'art. 141 del Codice disciplina il collaudo dei lavori pubblici indistintamente per ogni tipo di opere, senza operare alcuna esclusione. A sua volta, l'art. 187 del d.P.R. n. 554 del 1999, nel definire l'oggetto del collaudo, afferma espressamente che esso comprende "tutte le verifiche tecniche previste dalle leggi di settore", ivi compresa, quindi, anche la legge n. 1086 del 1971.

Dunque non vi è ragione per sottrarre il collaudo statico alla più generale categoria.

Al contrario una più analitica specificazione del collaudo, nell'ambito di una norma rivolta a determinare la somma destinata ad incentivo per tale attività, avrebbe un effetto negativo e cioè quello di non ricomprendere più il compenso per il collaudo statico nel 2% di cui all'articolo 92, compenso che pertanto finirebbe con il gravare sul quadro economico di ciascun intervento.

Il che appare incompatibile con l'art. 3 dello schema, che prevede che dall'attuazione del correttivo non possono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Sulla modifica stessa si esprime, pertanto, parere negativo.

3.7. Per le medesime ragioni, si esprime parere ugualmente negativo circa la modifica di cui alla lettera n.6), che, attraverso il comma 7-bis, riconduce, tra le spese tecniche da prevedere nel quadro economico di ciascun, intervento, l'assicurazione dei dipendenti nonché le spese di funzionamento delle amministrazioni aggiudicatrici sostenute in relazione ad esso.

Se, come sembra, con tale integrazione si intende specificare che le spese di cui sopra (alcune delle quali, oltre tutto, genericamente definite come "spese di funzionamento") non rientrano nella

somma destinata ad incentivo, di cui al comma 5 dell'articolo in esame, la disposizione (neppure menzionata nella relazione tecnica) appare anch'essa difficilmente armonizzabile con l'art. 3 dello schema circa l'invarianza degli oneri derivanti dal decreto correttivo e va, pertanto, espunta.

3.8. La modifica all'art. 112, di cui alla lettera o.1) introduce, tra l'altro, l'accollo per intero all'amministrazione del costo della polizza assicurativa per i dipendenti che effettuano la verifica, sul quale questo Consesso aveva già espresso le proprie riserve in occasione del parere n. 3262/2007, reso sullo schema di regolamento di attuazione del Codice.

Essa mira, ora, a riprodurre, a livello di decreto legislativo, per i soggetti verificatori interni, la previsione dell'art. 90, c. 5, riguardante i progettisti, la quale, però, non dispone l'assunzione per intero del costo della polizza, ma rinvia al regolamento per i "limiti e le modalità" di tale assunzione.

Ciò posto, va osservato che neppure questa modifica è presa in considerazione dalla relazione tecnica, ancorché la stessa, ancora una volta, non si concili con l'art. 3 dello schema di decreto legislativo di modifica, relativo all'invarianza degli oneri.

Il secondo periodo del comma 4-bis, pertanto, dalle parole "Il premio relativo a tale copertura assicurativa" in poi, va soppresso.

3.9. La lettera c) del comma 5 dell'art. 112 – della quale si propone la modifica sub o.2) – appare già contenuta nella previsione del primo periodo del nuovo comma 4-bis, onde si rivela, attualmente, superflua e può essere soppressa.

3.10. La modifica di cui alla lettera q) è rivolta ad inserire nel corpo del Codice gli articoli 351, 352, 353, 354 e 355 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, risalenti nel tempo, che pongono incisivi limiti all'azione dei creditori di soggetti imprenditoriali, in relazione alla circostanza che questi ultimi risultino, all'atto dell'escussione del credito, affidatari di lavori pubblici.

Al riguardo, questo Consesso non può esimersi dall'esprimere dubbi circa la possibilità di ricomprendere nell'ambito della delega anche la materia di cui ai citati articoli, volta ad attribuire alle stazioni appaltanti un vasto potere discrezionale in ordine al soddisfacimento dei creditori, indipendentemente anche dal titolo che assista il credito.

A maggior ragione, la materia de qua non sembra poter formare ammissibile oggetto del potere di correzione e integrazione.

La modifica va pertanto soppressa.

Comunque, ove si dovesse mantenere detta disciplina nello schema in esame, va sottolineato che la formulazione proposta sembra recepire la tesi restrittiva secondo cui il limite per i creditori dell'appaltatore riguarda solo il sequestro e non anche il pignoramento delle somme dovute dalla stazione appaltante all'esecutore. Poiché, tuttavia, la giurisprudenza ha sostenuto anche la diversa tesi secondo cui l'art. 351 richiederebbe il consenso della stazione appaltante anche per il pignoramento, l'Amministrazione riferente dovrebbe valutare l'opportunità di chiarire se il pignoramento stesso rientri nell'ambito di operatività delle norme in questione ovvero ne debba essere escluso.

3.11. In ordine alla modifica apportata dalla lettera r.2) al comma 4, primo periodo, volta ad operare il coordinamento dell'art. 118 con il nuovo testo dell'art. 37, come modificato dallo schema in esame, si richiamano le osservazioni sopra svolte in relazione a quest'ultimo articolo.

3.12. Al comma 6-bis, come modificato dalla lettera r.4) l'espressione "comparativamente rappresentative" va corretta in "comparativamente più rappresentative"

Come segnalato anche dall'ANCI, è necessario, poi, sostituire il riferimento all'art. 1, commi 1173 e 1174 della legge n. 296 del 2006, poiché detti commi sono stati abrogati dall'art. 39, comma 10, lett. n), del d.l n. 112 del 2008.

3.13. Il comma 1-bis, aggiunto all'art. 120 dalla lettera s), introduce, per i contratti relativi a servizi e forniture, sostanzialmente la stessa disciplina del conferimento dell'incarico di collaudo, prevista, per i lavori pubblici, dalla successiva modifica z) all'art. 4, secondo periodo, dell'art. 141.

Poiché l'art. 120, nei primi due commi, già contempla sia i contratti relativi a servizi e forniture sia quelli relativi a lavori, si suggerisce, per semplificazione normativa ed immediatezza di lettura, di inserire, anziché il proposto comma 1-bis, un comma 3 unificato, comprendente anche il testo della modifica del secondo periodo del quarto comma dell'art. 141.

Di conseguenza, la modifica sub z) dovrebbe essere sostituita dalla seguente: "Nell'art. 141, comma 4, il secondo periodo è soppresso";

3.14. Nella modifica di cui alla lettera aa.2), la frase contenuta nel primo periodo del comma 4-bis dell'art. 160-bis, "che stipula un contratto di locazione finanziaria di opera pubbliche o di pubblica utilità", riferita al soggetto finanziatore, è superflua. Essa, oltre tutto, può essere fonte di equivoco, giacché sembra richiedere la dimostrazione del possesso dei mezzi necessari all'esecuzione nel momento della stipula del contratto di locazione finanziaria, laddove tale dimostrazione deve essere data, secondo i principi generali, in sede di offerta.

Se ne propone, pertanto, l'espunzione.

Nel secondo periodo del medesimo comma 4-bis, dopo l'espressione "un contraente generale,", sarebbe opportuno aggiungere la specificazione "come definito dall'art. 162, comma 1, lettera g)", allo scopo di chiarire che al contraente generale che partecipa alle gare per l'esecuzione di opere diverse dalle infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi si applica, comunque, la procedura di affidamento di cui agli artt. 176 e 177.

Il comma 4-quater, infine, pone un'alternativa fra l'applicazione, all'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria, del "regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi" o la sua realizzazione "su area nella disponibilità dell'aggiudicatario", alternativa che non è concettualmente omogenea, dal momento che il regime di opera pubblica, quanto meno ai fini urbanistici ed edilizi, può anche applicarsi all'opera realizzata su suolo dell'aggiudicatario.

La frase "ovvero essere realizzata su area di proprietà privata", che nulla aggiunge, del resto, alla disciplina della locazione finanziaria, va, dunque, soppressa.

3.15. L'abrogazione, ad opera della lettera ee.2), del quinto comma dell'art. 192, relativo all'istituzione della commissione per l'esame dei ricorsi amministrativi contro i provvedimenti di attestazione del possesso dei requisiti dei contraenti generali, recepisce un rilievo mosso da questo Consesso con il parere n. 3262/2007, relativo al regolamento di attuazione del Codice.

Non risulta, peraltro, accolta l'analoga osservazione dello stesso parere, riguardante la Commissione consultiva prevista dal sesto comma, la quale è stata mantenuta in vita.

Si richiama l'attenzione dell'amministrazione referente su tale discrasia, anche alla luce del disposto dell'art. 68 del d. l. 25 giugno 2008 n. 112.

3.16. I commi 3-bis e 3-ter dell'art. 203, aggiunti dalle modifiche di cui alle lettere gg.1) e gg.2), riproducono testualmente, nel corpo dello schema di decreto legislativo, due disposizioni che erano già state inserite nello schema di regolamento di attuazione del Codice e sulla cui formulazione questo Consesso aveva espresso perplessità, oltre che per sede normativa secondaria, per l'eccessiva discrezionalità lasciata al responsabile del procedimento, in relazione a beni che, per il loro carattere culturale, sono di particolare importanza.

Si rinnova, pertanto, l'invito ad una maggiore riflessione in ordine alla possibilità di adottare ulteriori cautele atte a garantire una corretta e completa progettazione.

3.17. Il periodo aggiunto alla fine del comma 1-quinquies dell'art. 253, dalla lettera ii.1), così come formulato, si rivela di difficile intelligenza e contrastante con le esigenze di chiarezza legislativa, giacché, dalla sua lettura, non è dato evincere, con la necessaria immediatezza, le norme considerate tuttora operative.

Ciò posto e poiché la precisazione appare, in realtà, superflua, in relazione al disposto del citato comma 1-quinquies, si esprime il parere che il periodo in questione vada soppresso.

3.18. La previsione (lettera ii.2) di cui al periodo aggiunto al secondo comma dell'art. 253, secondo il quale "Le disposizioni regolamentari previste ai sensi dell'articolo 40, comma 4, lettera g) e g-bis)" - ovverosia quelle che prevedono sanzioni pecuniarie e interdittive a carico delle SOA e degli operatori economici inottemperanti alle richieste di informazioni - "entrano in vigore il giorno successivo alla pubblicazione del regolamento di cui all'articolo 5", innova radicalmente l'orientamento seguito in sede di emanazione del Codice, il quale, pur prevedendo già tali sanzioni

(sia pure solo nei riguardi delle SOA), aveva ritenuto di indicare, per tale disciplina, lo stesso momento di entrata in vigore della generalità delle norme regolamentari (centottanta giorni dalla pubblicazione).

Trattandosi, pertanto, di un intervento di carattere sostanziale e non meramente correttivo e integrativo, si esprime parere negativo, sulla scorta delle considerazioni formulate dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato n. 1750/2007 del 6 giugno 2007.

In ogni caso, avuto riguardo alla natura delle disposizioni considerate, non si ritiene che possa derogarsi, quanto meno, al periodo minimo di quindici giorni, stabilito, in via generale, dall'art. 10 delle pre-leggi.

3.19. La lettera ii.3), attraverso l'introduzione del comma 9-bis dell'art. 253, amplia, fino al 31 dicembre 2010, a 10 anni il periodo di riferimento per la dimostrazione dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari da parte delle imprese che debbono conseguire la qualificazione.

Detta possibilità, secondo quanto afferma l'Amministrazione referente, viene consentita in regime transitorio, per far fronte alla crisi attuale del mercato, in particolare per le piccole e medie imprese e per evitare il fenomeno della c.d. "rincorsa al fatturato", che sarebbe fonte di squilibri nel mercato e di alterazione dell'affidabilità del sistema stesso della qualificazione.

La modifica sarebbe, altresì, compatibile con il diritto comunitario, tenuto conto della peculiarità dell'ordinamento italiano che prevede il regime di previa qualificazione delle imprese, a differenza dell'ordinamento comunitario che prevede la qualificazione "gara per gara", e che, dunque, può essere più favorevole o penalizzante per le imprese nazionali a seconda del caso concreto.

La tesi non è persuasiva.

Va notato che la norma riproduce, nell'ispirazione, quella dell'art. 22 del d.P.R. n. 34 del 2000, la quale, tuttavia, emanata in un diverso contesto, era limitata alle categorie OG5, OG9 e OG10 ed ha cessato di operare definitivamente con il 31 dicembre 2005, in forza della proroga concessa dal d.l. 26 aprile 2004 n. 107 convertito dalla legge 24 giugno 2004 n. 162.

La stessa rappresenta, quindi, una innovazione sostanziale e pone, ad avviso di questo Consesso, problemi sia di compatibilità con la normativa comunitaria sia di applicazione concreta, per la coesistenza contemporanea di certificazioni SOA, ancora valide, rilasciate in base al regime ordinario, più rigoroso, e certificazioni SOA rilasciate sulla base di un periodo più ampio e, quindi, meno garantistico circa il possesso attuale di requisiti adeguati all'appalto da assumere.

Si suggerisce quindi una attenta rimediazione della proposta e, in ogni caso, si esprime parere negativo in ordine all'ampliamento del periodo di riferimento per quel che riguarda la dimostrazione del possesso di adeguate attrezzature tecniche e dell'adeguato organico medio, che sono requisiti strutturali dell'impresa e non correlati, quindi, al fatturato contingente.

3.20. Per quel che riguarda le modifiche sub jj.2, jj.3 e jj.4, si osserva che il sostantivo "alinea" è di genere maschile e che, pertanto, vanno declinati al maschile tutti gli aggettivi che ad esso si riferiscono.

Inoltre, l'alinea "l'art. 32 del d.m. 19 aprile 2000, n. 145", di cui alla lettera sub jj.3, va così corretto: "l'art. 32, quarto comma, del d.m. 19 aprile 2000, n. 145", dal momento che soltanto il quarto comma è stato riprodotto nel Codice.

P.Q.M.

Esprime parere favorevole condizionato nei sensi di cui in motivazione

Il Presidente della Sezione Gli Estensori

(Giancarlo Coraggio) (G. Paolo Cirillo)

(Giuseppe Minicone)

Il dirigente (Licia Grassucci)



Confservizi

Area Giuridica

Roma, 26 agosto 2008

Prot. n. 304/08/AG/GC/gg

Ai Presidenti, Amm.ri Delegati e Direttori
delle Imprese e degli Enti associati

Ai Presidenti e Direttori
- delle Federazioni
- delle Associazioni regionali

LORO SEDI

Oggetto: Pubblicazione in G.U. della Deliberazione del Consiglio dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici del 30 luglio 2008 recante modifiche alla precedente delibera 24 gennaio 2008 concernente il versamento del contributo a favore dell'Autorità.

Si informa il sistema delle aziende associate che la Deliberazione del Consiglio dell'Autorità per la Vigilanza sui Lavori Pubblici del 30 luglio 2008 recante: "Modificazione della deliberazione 24 gennaio 2008, concernente l'entità e le modalità di versamento del contributo a favore dell'Autorità sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture" – il cui testo si allega alla presente – è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale, n. 193 del 19 agosto scorso.

Il provvedimento, che consta di un unico articolo, sostituisce il precedente comma 4, dell'art. 3 della Delibera 24 gennaio cit., prevedendo che, nel caso di procedure suddivise in più lotti, le stazioni appaltanti corrispondano il contributo (non più per ogni singolo lotto in ragione del relativo importo ma) sulla base dell'importo totale posto a base di gara ai sensi dell'art. 2, co. 1, Delibera 24 gennaio. Resta invariato, invece, il criterio della determinazione del contributo in ragione del singolo lotto per i soggetti economici.

Le nuove disposizioni entreranno in vigore dal prossimo 1° settembre.

Distinti saluti

Il Direttore
Giuseppe Sverzellati


Allegati 1



AUTORITÀ PER LA VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E
FORNITURE

DELIBERAZIONE 30 luglio 2008

Modificazione della deliberazione 24 gennaio 2008, concernente l'entità e le modalità di versamento del contributo a favore dell'Autorità sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

IL CONSIGLIO

Visto il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e, in particolare, l'art. 6, che prevede, tra l'altro, che l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici assume la denominazione di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, l'art. 7 e l'art. 8, comma 12, in cui è previsto che all'attuazione dei nuovi compiti l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture fa fronte senza nuovi e maggiori oneri a carico del bilancio dello Stato, ai sensi dell'art. 1, comma 67, della legge 23 dicembre 2005, n. 266;

Vista la legge 23 dicembre 2005, n. 266 e, in particolare, l'art. 1, comma 65, che pone le spese di funzionamento dell'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici a carico del mercato di competenza, per la parte non coperta dal finanziamento a carico del bilancio dello Stato, nonché il comma 67 del citato art. 1, il quale dispone che l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, ai fini della copertura dei costi relativi al proprio funzionamento, determina annualmente l'ammontare delle contribuzioni dovute dai soggetti, pubblici e privati, sottoposti alla sua vigilanza, nonché le relative modalità di riscossione;

Viste le deliberazioni 26 gennaio 2006 e 10 gennaio 2007, con le quali l'Autorità, ha dato attuazione a quanto previsto dall'art. 1, commi 65 e 67, della predetta legge 23 dicembre 2005, n. 266, rispettivamente per l'anno 2006 e per l'anno 2007, tenendo conto degli stanziamenti a carico del bilancio dello Stato previsti dalle leggi finanziarie relative ai pertinenti esercizi finanziari;

Vista la deliberazione di questa Autorità del 20 dicembre 2007, con cui è stato approvato il bilancio di previsione per l'anno 2008;

Vista la deliberazione 24 gennaio 2008, con la quale sono state determinate entità e modalità per coprire, per l'anno 2008, i costi di funzionamento dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, per la parte non finanziata a carico del bilancio dello Stato, mediante ricorso al mercato di competenza;

Preso atto che, per effetto della innovazione riguardante le modalità di versamento del contributo per le gare articolate in lotti, introdotta all'art. 3, comma 4, della deliberazione 24 gennaio 2008, si è registrata una diminuzione dell'onere contributivo a carico dei soggetti economici e, invece, un sensibile e significativo aumento dello stesso onere a carico delle stazioni appaltanti che fanno frequente ricorso a gare articolate in lotti, in particolare CONSIP e aziende sanitarie e ospedaliere;

Ritenuto opportuno, anche al fine di proseguire nella direzione della progressiva diminuzione del contributo, avviata già a partire dalla deliberazione del 10 gennaio 2007, modificare le modalità che le stazioni appaltanti dovranno osservare nel caso di gare per lotti, così da ridurre anche l'entità del contributo dovuto dai menzionati soggetti incisi, fermo restando, invece, per i soggetti economici il criterio, meno oneroso, della determinazione del contributo stesso in ragione del singolo lotto;

Vista la deliberazione di questa Autorità del 21-22 maggio 2008, con cui e' stata approvata la modifica alla succitata deliberazione del 24 gennaio 2008, secondo il testo recepito nello schema del presente provvedimento, con riserva di apportare le conseguenti variazioni al bilancio preventivo per l'anno 2008, approvato con la sopra menzionata deliberazione del 20 dicembre 2007;

Vista la nota del 19 giugno 2008, con cui tale schema e' stato trasmesso al Presidente del Consiglio dei Ministri;

Delibera:

Articolo unico

1. L'art. 3, comma 4, della deliberazione del Consiglio dell' Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e' soppresso e sostituito dal seguente:

«4. Per le procedure di selezione del contraente, per contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, suddivise in più lotti, le stazioni appaltanti sono tenute a corrispondere il contributo secondo l'importo totale posto a base di gara ai sensi dell'art. 2, comma 1; gli operatori economici che partecipano a uno o più lotti devono versare il contributo per ogni singolo lotto in ragione del relativo importo.».

2. Il presente provvedimento e' pubblicato nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e sul Bollettino ufficiale dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ed entra in vigore il 1° settembre 2008

Roma, 30 luglio 2008

Il presidente: Giampaolino

CORTE COSTITUZIONALE - sentenza 30 luglio 2008 n. 320 - Pres. Bile, Red. Tesauro - (giudizi promossi con n. 2 ricorsi del Presidente del Consiglio dei ministri, notificati il 12 luglio ed il 2 agosto 2007, depositati in cancelleria il 21 luglio ed il 6 agosto 2007 ed iscritti ai nn. 33 e 35 del registro ricorsi 2007).

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Franco BILE Presidente
- Giovanni Maria FLICK Giudice
- Francesco AMIRANTE "
- Ugo DE SIERVO "
- Paolo MADDALENA "
- Alfonso QUARANTA "
- Franco GALLO "
- Luigi MAZZELLA "
- Gaetano SILVESTRI "
- Sabino CASSESE "
- Maria Rita SAULLE "
- Giuseppe TESAURO "
- Paolo Maria NAPOLITANO "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nei giudizi di legittimità costituzionale dell'art. 20, comma 4, della legge della Regione Calabria 11 maggio 2007, n. 9 (Provvedimento generale recante norme di tipo ordinamentale e finanziario – collegato alla manovra di finanza regionale per l'anno 2007, art. 3, comma 4, della legge regionale n. 8/2002) e degli artt. 1 e 2 della legge della Regione Calabria 20 giugno 2007, n. 12 (Modifica alla legge regionale 11 maggio 2007, n. 9, ed ulteriori disposizioni di carattere ordinamentale e finanziario), promossi con n. 2 ricorsi del Presidente del Consiglio dei ministri, notificati il 12 luglio ed il 2 agosto 2007, depositati in cancelleria il 21 luglio ed il 6 agosto 2007 ed iscritti ai nn. 33 e 35 del registro ricorsi 2007.

Visti gli atti di costituzione della Regione Calabria;

udito nell'udienza pubblica dell'8 luglio 2008 il Giudice relatore Giuseppe Tesauro;

uditi l'avvocato dello Stato Carlo Sica per il Presidente del Consiglio dei ministri e l'avvocato Francesco Saverio Marini per la Regione Calabria.

Ritenuto in fatto

1. – Con ricorso (n. 33 del 2007), notificato in data 12 luglio 2007 e depositato il successivo 21 luglio, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha promosso questione di legittimità costituzionale dell'art. 20, comma 4, della legge della Regione Calabria 11 maggio 2007, n. 9 (Provvedimento generale recante norme di tipo ordinamentale e finanziario –collegato alla manovra di finanza regionale per l'anno 2007, art. 3, comma 4, della legge regionale n. 8/2002), in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione in relazione con gli artt. 20, 28 e 35, par. 2, della direttiva 2004/18/CE, inerenti ai contratti «sopra soglia», e con gli artt. 43 e 49 del Trattato istitutivo CE relativi a tutti i tipi di contratto, nonché in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione.

Il ricorrente sostiene che la norma regionale impugnata, nella parte in cui autorizza la Giunta regionale a prorogare i contratti concernenti la gestione dei «servizi integrati del patrimonio immobiliare, della difesa dell'ambiente, del territorio e dell'amministrazione», viola l'art. 117, primo comma, della Costituzione, che impone anche alle Regioni l'osservanza dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali, essendo in contrasto con i citati artt. 20, 28 e 35, par. 2, della direttiva 2004/18/CE (Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi), relativa ai contratti sopra soglia, e con gli artt. 43 e 49 del Trattato istitutivo CE, che trovano applicazione per tutti i tipi di contratti.

Detta norma violerebbe, altresì, l'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, in quanto disciplinerebbe una materia, la tutela della concorrenza, riservata alla competenza esclusiva statale, «ai sensi dell'art. 4 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (recante il cd Codice dei contratti)».

Nel giudizio si è costituita la Regione Calabria, chiedendo che la Corte costituzionale dichiari inammissibile ovvero infondata la questione sollevata; in subordine, che venga promosso rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ai sensi dell'art. 234 del Trattato, avente ad oggetto l'interpretazione delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici ed in particolare degli artt. 20, 28 e 35 della direttiva 2004/18/CE.

1.2. – Con memoria depositata in data 4 marzo 2008, il Presidente del Consiglio dei ministri ha rinunciato all'impugnazione dell'articolo 20, comma 4, della legge regionale n. 9 del 2007, in considerazione dell'avvenuta modificazione della suddetta disposizione ad opera dell'art. 1 della legge della Regione Calabria 7 dicembre 2007, n. 24 (Modifiche ed integrazioni alla legge regionale 11 maggio 2007, n. 9).

2. – Con ricorso (n. 35 del 2007), notificato in data 2 agosto 2007, depositato il successivo 6 agosto, il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha promosso questione di legittimità costituzionale degli artt. 1 e 2 della legge della Regione Calabria 20 giugno 2007, n. 12 (Modifica alla legge regionale 11 maggio 2007, n. 9, ed ulteriori disposizioni di carattere ordinamentale e finanziario), in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione con gli artt. 20, 28 e 35, par. 2, della direttiva 2004/18/CE, inerenti ai contratti «sopra soglia», e con gli artt. 43 e 49 del Trattato istitutivo CE, applicabili a tutti i tipi di contratto, nonché in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione.

2.1. – Secondo il ricorrente, le predette norme, nella parte in cui, rispettivamente, autorizzano la proroga dei contratti concernenti la gestione dei «servizi integrati del patrimonio immobiliare, della difesa dell'ambiente, del territorio e dell'amministrazione» (art. 1), e dispongono la proroga dei contratti per la gestione del servizio di elisoccorso regionale fino al 31 dicembre 2007 (art. 2), sarebbero costituzionalmente illegittime in quanto disciplinerebbero una materia, la tutela della concorrenza, riservata alla competenza esclusiva statale, «ai sensi dell'art. 4 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (recante il cd Codice dei contratti)».

Esse determinerebbero, inoltre, una palese violazione del principio di concorrenza, pubblicità e parità di trattamento, di cui agli artt. 20, 28 e 35, par. 2, della direttiva 2004/18/CE, relativa ai contratti sopra soglia, nonché agli artt. 43 e 49 del Trattato istitutivo CE, che trovano applicazione per tutti i tipi di contratti, in contrasto con l'art. 117, primo comma, della Costituzione.

2.2. – Anche in tale giudizio si è costituita la Regione Calabria, che, in primo luogo, chiede che questa Corte dichiari il ricorso inammissibile per carenza di motivazione.

Nel merito, la Regione deduce l'infondatezza della questione proposta, ritenendo le norme regionali impugnate riconducibili alla competenza legislativa regionale in materia di organizzazione e servizi regionali.

Inoltre, esse non contrasterebbero con la disciplina comunitaria, ma mirerebbero proprio a favorirne l'applicazione e l'esecuzione, contemperandola con la necessità, per quanto riguarda l'art. 1, di non frustrare il buon andamento dell'amministrazione e, per quanto riguarda l'art. 2, di fornire in modo continuativo un servizio a tutela della salute.

D'altro canto, la Regione osserva che, nel caso di dubbi in ordine all'interpretazione delle disposizioni comunitarie in materia di appalti pubblici, dovrebbe essere disposto il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ex art. 234, primo comma, lettere a) e b), e terzo comma, del Trattato CE.

2.3. – Con memoria depositata in data 4 marzo 2008, il Presidente del Consiglio dei ministri ha rinunciato in parte al ricorso, con riferimento esclusivamente all'impugnazione dell'articolo 1 della legge regionale n. 12 del 2007, in considerazione dell'avvenuta modificazione della suddetta disposizione ad opera dell'art. 1 della legge regionale n. 24 del 2007.

3. – All'udienza pubblica il Presidente del Consiglio dei ministri ha insistito per l'accoglimento delle conclusioni formulate nelle difese scritte.

Considerato in diritto

1. – Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, con due distinti ricorsi, ha promosso questioni di legittimità costituzionale, in via principale, di alcune disposizioni di leggi della Regione Calabria in tema di appalti di servizi pubblici.

1.1. – Con il primo ricorso, ha impugnato l'art. 20, comma 4, della legge della Regione Calabria 11 maggio 2007, n. 9 (Provvedimento generale recante norme di tipo ordinamentale e finanziario – collegato alla manovra di finanza regionale per l'anno 2007, art. 3, comma 4, della legge regionale n. 8/2002), nella parte in cui autorizza la Giunta regionale a prorogare i contratti concernenti la gestione dei «servizi integrati del patrimonio immobiliare, della difesa dell'ambiente, del territorio e dell'amministrazione».

Tale norma, ad avviso del ricorrente, sarebbe costituzionalmente illegittima in quanto inciderebbe su una materia, la tutela della concorrenza, riservata alla competenza esclusiva statale e contrasterebbe con i già citati artt. 20, 28 e 35, par. 2, della direttiva 2004/18/CE, relativa ai contratti sopra soglia, e con gli artt. 43 e 49 del Trattato istitutivo CE, che trovano applicazione per tutti i tipi di contratti, in violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, che impone anche alle Regioni l'osservanza dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali.

1.2. – Con il secondo ricorso, sono stati impugnati gli artt. 1 e 2 della legge della Regione Calabria 20 giugno 2007, n. 12 (Modifica alla legge regionale 11 maggio 2007, n. 9, ed ulteriori disposizioni di carattere ordinamentale e finanziario), nella parte in cui, rispettivamente, autorizzano la proroga dei contratti concernenti la gestione dei «servizi integrati del patrimonio immobiliare, della difesa dell'ambiente, del territorio e dell'amministrazione» (art. 1), modificando il testo dell'art. 20, comma 4, della legge regionale n. 9 del 2007, e dispongono la proroga dei contratti per la gestione del servizio di elisoccorso regionale fino al 31 dicembre 2007 (art. 2).

Secondo il ricorrente, le norme suindicate sarebbero lesive della competenza esclusiva statale in materia di tutela della concorrenza e si porrebbero in contrasto con il principio di concorrenza, pubblicità e parità di trattamento, di cui agli artt. 20, 28 e 35, par. 2, della direttiva 2004/18/CE, relativa ai contratti sopra soglia, nonché agli artt. 43 e 49 del Trattato istitutivo CE, che trovano applicazione per tutti i tipi di contratti, determinando in tal modo la violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione.

2. – Ponendo i predetti ricorsi questioni analoghe, deve essere disposta la riunione dei relativi giudizi ai fini di un trattazione unitaria e di un'unica decisione.

3. – In relazione alle censure sollevate nei confronti dell'art. 20, comma 4, della legge regionale 11 maggio 2007, n. 9, va rilevato che sono venute meno le ragioni della controversia.

Infatti, successivamente alla proposizione del ricorso, è entrato in vigore l'art. 1, comma 1, della legge della Regione Calabria 7 dicembre 2007, n. 24 (Modifiche ed integrazioni della legge regionale 11 maggio 2007, n. 9), che ha espressamente sostituito l'articolo 20, comma 4, della legge regionale 11 maggio 2007, n. 9. Proprio in considerazione dell'intervenuta abrogazione della norma impugnata, il ricorrente ha rinunciato al ricorso, ritenendo che, adottando la nuova norma, il legislatore regionale si sia adeguato ai rilievi governativi.

Secondo la giurisprudenza di questa Corte, la dichiarazione di rinuncia non accettata dalla controparte, pur non potendo comportare l'estinzione del processo, può fondare, unitamente ad altri elementi, una dichiarazione di cessazione della materia del contendere (ordinanza n. 345 del 2006).

Nella specie, la norma impugnata è stata abrogata e non risulta che abbia avuto *medio tempore* applicazione.

Pertanto, posto che il suindicato intervento normativo può ritenersi totalmente soddisfacente della pretesa avanzata con il ricorso, anche tenuto conto dell'inequivoco contenuto dell'atto di rinuncia, deve dichiararsi cessata la materia del contendere, in conformità con la giurisprudenza di questa Corte (*ex plurimis*, ordinanze n. 345 del 2006, n. 477 del 2005 e n. 428 del 2005).

4. – In relazione alle questioni sollevate nei confronti degli artt. 1 e 2 della legge regionale n. 12 del 2007, in via preliminare, devono essere dichiarate infondate le eccezioni di inammissibilità del ricorso proposte dalla Regione resistente per difetto di motivazione delle censure.

Le argomentazioni svolte a sostegno delle censure, sebbene sintetiche, consentono, infatti, l'inequivoca determinazione dell'oggetto del giudizio e delle ragioni che fondano i dubbi di legittimità costituzionale sollevati, nonché il vaglio, *in limine litis*, attraverso l'esame della motivazione e del suo contenuto, della sussistenza dello specifico interesse a ricorrere in relazione alle disposizioni impugnate (sentenze n. 25 del 2008, n. 248 e n. 215 del 2006, n. 450 e n. 360 del 2005, n. 213 del 2003).

5. – Deve, tuttavia, essere dichiarata cessata la materia del contendere in relazione alle censure sollevate nei confronti dell'art. 1 della legge regionale n. 12 del 2007.

Tale norma, che aveva modificato l'articolo 20, comma 4, della legge regionale 11 maggio 2007, n. 9, è stata sostituita dall'art. 1 della legge regionale n. 24 del 2007. In conseguenza di tale modifica, il ricorrente ha proposto rinuncia parziale al ricorso, ritenendola soddisfacente della pretesa avanzata con l'impugnazione.

Pertanto, posto che la norma impugnata è stata modificata in conformità ai rilievi espressi dal ricorrente e che non risulta abbia avuto *medio tempore* applicazione, devono ritenersi venute meno le ragioni della controversia.

6. – Nel merito, le censure sollevate nei confronti dell'art. 2 della legge regionale n. 12 del 2007, in riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione, sono fondate.

L'art. 2 della legge regionale n. 14 del 2007 va ricondotto alla «tutela della concorrenza».

Come questa Corte ha già rilevato, per l'identificazione della materia nella quale si collocano le norme impugnate, occorre fare riferimento all'oggetto ed alla disciplina stabilita dalle stesse, per ciò che esse dispongono, alla luce della *ratio* dell'intervento legislativo nel suo complesso e nei suoi punti fondamentali, tralasciando gli aspetti marginali e gli effetti riflessi delle norme medesime, così da identificare correttamente e compiutamente anche l'interesse tutelato (sentenza n. 165 del 2007).

Sulla base di tali criteri, la disciplina delle procedure di gara e, in particolare, la regolamentazione della qualificazione e selezione dei concorrenti, delle procedure di affidamento e dei criteri di aggiudicazione, in quanto mirano a consentire la piena apertura del mercato nel settore degli appalti, sono state ricondotte all'ambito della tutela della concorrenza (art. 117, secondo comma, lettera e, della Costituzione), di esclusiva competenza del legislatore statale. L'esclusività di tale competenza si traduce nella legittima adozione, da parte del legislatore statale, di una disciplina integrale e dettagliata delle richiamate procedure e nell'inderogabilità delle relative disposizioni, idonee ad incidere, nei limiti della loro specificità e dei

contenuti normativi che di esse sono propri, sulla totalità degli àmbiti materiali entro i quali si applicano (sentenza n. 430 del 2007).

La norma regionale impugnata, disponendo la proroga dei contratti di gestione dei servizi di elisoccorso regionale fino al 31 dicembre 2007, disciplina le procedure di affidamento dell'appalto di un servizio pubblico regionale, peraltro in deroga alle procedure di gara. Per ciò stesso, la disposizione invade la sfera di competenza esclusiva del legislatore statale, esercitata con il decreto legislativo n. 163 del 2006 (sentenza n. 401 del 2007), fra le cui disposizioni inderogabili si colloca l'art. 4, il quale espressamente stabilisce, fra l'altro, che «le Regioni, nel rispetto dell'articolo 117, comma secondo, della Costituzione, non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente codice in relazione: alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento [...]; ai criteri di aggiudicazione [...]».

L'art. 2 della legge regionale n. 14 del 2007, deve, quindi, essere dichiarato costituzionalmente illegittimo per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettera e), della Costituzione.

2.5.– Restano assorbite le censure sollevate, nei confronti del medesimo art. 2, in riferimento all'art. 117, primo comma, della Costituzione.

Per questi motivi

LA CORTE COSTITUZIONALE

riuniti i giudizi,

dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 2 della legge della Regione Calabria 20 giugno 2007, n. 12 (Modifica alla legge regionale 11 maggio 2007, n. 9, ed ulteriori disposizioni di carattere ordinamentale e finanziario);

dichiara cessata la materia del contendere relativamente alle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 20, comma 4, della legge della Regione Calabria 11 maggio 2007, n. 9 (Provvedimento generale recante norme di tipo ordinamentale e finanziario – collegato alla manovra di finanza regionale per l'anno 2007, art. 3, comma 4, della legge regionale n. 8/2002), sollevate dal Presidente del Consiglio dei ministri, in relazione all'art. 117, primo e secondo comma, lettera e), della Costituzione, con il ricorso n. 33 del 2007;

dichiara cessata la materia del contendere relativamente alle questioni di legittimità costituzionale dell'art. 1 della legge della Regione Calabria 20 giugno 2007, n. 12 (Modifica alla legge regionale 11 maggio 2007, n. 9, ed ulteriori disposizioni di carattere ordinamentale e finanziario), sollevate dal Presidente del Consiglio dei ministri, in relazione all'art. 117, primo e secondo comma, lettera e), della Costituzione, con il ricorso n. 35 del 2007.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 29 luglio 2008.

F.to:

Franco BILE, Presidente

Giuseppe TESAURO, Redattore

Giuseppe DI PAOLA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria il 30 luglio 2008.

CORTE COSTITUZIONALE - sentenza 1 agosto 2008 n. 322 - Pres. Bile, Red. Cassese - (giudizio promosso con ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri notificato il 21 settembre 2007, depositato in cancelleria il 26 settembre 2007 ed iscritto al n. 40 del registro ricorsi 2007)

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

LA CORTE COSTITUZIONALE

composta dai signori:

- Franco BILE Presidente
- Giovanni Maria FLICK Giudice
- Francesco AMIRANTE "
- Ugo DE SIERVO "
- Paolo MADDALENA "
- Alfonso QUARANTA "
- Franco GALLO "
- Luigi MAZZELLA "
- Gaetano SILVESTRI "
- Sabino CASSESE "
- Maria Rita SAULLE "
- Giuseppe TESAURO "
- Paolo Maria NAPOLITANO "

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

nel giudizio di legittimità costituzionale degli articoli 6, comma 1, 7, commi 2 e 3, 8, 22, 24, 29, 32, 43, comma 1, della legge della Regione Veneto del 20 luglio 2007, n. 17 (Modifiche alla legge regionale 7 novembre 2003, n. 27, «Disposizioni generali in materia di lavori pubblici di interesse regionale e per le costruzioni in zone classificate sismiche»), promosso con ricorso del Presidente del Consiglio dei ministri notificato il 21 settembre 2007, depositato in cancelleria il 26 settembre 2007 ed iscritto al n. 40 del registro ricorsi 2007.

Visto l'atto di costituzione della Regione Veneto;

udito nell'udienza pubblica dell'8 luglio 2008 il Giudice relatore Sabino Cassese;

uditi l'avvocato dello Stato Maurizio Borgo per il Presidente del Consiglio dei ministri e gli avvocati Vittorio Domenichelli e Luigi Manzi per la Regione Veneto.

Ritenuto in fatto

1. – Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha proposto questioni di legittimità costituzionale in via principale nei confronti degli articoli 6, comma 1, 7, commi 2 e 3, 8, 22, 24, 29, 32, 43, comma 1, della legge della Regione Veneto del 20 luglio 2007, n. 17 (Modifiche alla legge regionale 7 novembre 2003, n. 27, «Disposizioni generali in materia di lavori pubblici di interesse regionale e per le costruzioni in zone classificate sismiche»), con riferimento all'art. 117, secondo comma, lettere e), l), m) e s) della Costituzione.

Ritiene l'Avvocatura generale dello Stato che il settore degli appalti pubblici «non appartiene per residualità alla competenza legislativa delle Regioni» e che tutto ciò che attiene alla fase dell'affidamento dell'appalto rientri nel generale concetto di regolazione della concorrenza e del mercato, appartenente in quanto tale alla competenza legislativa dello Stato in via esclusiva.

A parere del ricorrente, in tale ambito, viene in considerazione non soltanto la «tutela della concorrenza» sancita dall'art. 117, secondo comma, lettera e), ma anche la materia dell'«ordinamento civile» e quella della «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili (fra le quali può annoverarsi l'attività imprenditoriale a cui è dedicato il libro V del codice civile)», previste dall'art. 117, comma secondo, lettere l) e m), anch'esse rientranti nella potestà legislativa dello Stato.

1.1. – Il Governo, in primo luogo, censura l'art. 6, comma 1, della legge n. 17 del 2007, che modifica l'art. 8, comma 1, della legge n. 27 del 2003 (in tema di affidamento dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria) e l'art. 7, commi 2 e 3, che modifica l'art. 9, commi 1 e 2, della stessa legge regionale (in tema di criteri di affidamento, forme di pubblicità e bandi tipo), per violazione dell'art. 117, secondo comma, lettere e), l) e m), Cost. ed in particolare l'art. 6, comma 1, «nella parte in cui richiama l'art. 9, commi 1 e 2, della stessa legge».

Secondo la difesa erariale entrambe le norme impugnate incidono sulle procedure e sui criteri di affidamento dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria e sugli incarichi di progettazione, nonché sulle forme di pubblicità, preventiva e successiva, dei medesimi, la cui disciplina, secondo l'art. 4, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), appartiene alla competenza esclusiva dello Stato.

In particolare, le norme censurate prevedono: a) una soglia diversa per l'affidamento dei servizi di architettura e ingegneria (da 40 mila a 100 mila euro e sotto la soglia dei 40 mila euro) rispetto alla soglia comunitaria prevista dall'art. 91 del codice dei contratti pubblici; b) criteri – individuati con provvedimento della Giunta regionale – per l'affidamento di tali servizi, che prevedono un'ampia libertà di scelta della Regione in ordine all'affidamento dell'incarico; c) un sistema di pubblicità peculiare (esposizione del provvedimento di incarico all'albo della stazione appaltante e successiva trasmissione all'osservatorio regionale) in difformità da quanto previsto dagli artt. 91 e 124 del d. lgs. n. 163 del 2006 [d'ora in poi: codice dei contratti pubblici].

Ad avviso dell'Avvocatura generale, le norme censurate si discosterebbero dalla disciplina statale in particolare con riferimento alla individuazione di una diversa soglia per l'affidamento di servizi di architettura ed ingegneria comportanti un compenso tra 40 mila euro e 100 mila [cosiddetta soglia comunitaria] (art. 91, comma 2, del codice dei contratti pubblici), alla regolamentazione dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e dei criteri, individuati con provvedimento della Giunta (art. 90 del codice dei contratti pubblici), alla disciplina dell'affidamento dei servizi remunerati meno di 40 mila euro e, infine, prevedendo un peculiare sistema di pubblicità (art. 124 del codice dei contratti pubblici). Sottolinea il Governo, in particolare, che la disciplina della pubblicità degli incarichi aventi ad oggetto i servizi in esame non possa rientrare nelle misure organizzative, atteso che la pubblicizzazione dell'incarico in vista della sua attribuzione costituisce l'atto che apre la sequenza procedimentale con cui la singola amministrazione avvia la procedura di affidamento ed «è indubbio che esso viene a tutti gli effetti a costituire parte di essa» e che le predette forme di pubblicità garantiscono un «pieno ed effettivo confronto concorrenziale».

1.2. – In secondo luogo, il Governo impugna l'art. 8 della legge regionale n. 17 del 2007, che modifica l'art. 10 della legge regionale n. 27 del 2003 (in tema di verifica e validazione del progetto), con riferimento all'art. 117, secondo comma, lettere e), l) e m), Cost., «nella parte in cui prevede che tali operazioni debbano essere attribuite nel rispetto dei criteri di affidamento e delle condizioni di pubblicità previsti dall'art. 9, commi 1 e 2, della stessa legge».

La norma prevede che la verifica e la validazione dei progetti per lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria possono essere attribuite dalla stazione appaltante a soggetti individuati «nel rispetto dei criteri di affidamento e delle condizioni di pubblicità previsti dall'articolo 9, commi 1 e 2».

Lo Stato sottolinea come la disciplina regionale in tema di verifica e validazione del progetto si differenzia «nettamente» da quella stabilita dal legislatore nazionale (art. 112, comma 1, del codice dei contratti pubblici). Ad avviso del Governo, la competenza a legiferare in materia di progettazione è riservata allo Stato, tenuto conto della delicatezza della fase del procedimento consistente nella verifica e nella validazione dei progetti attraverso cui le amministrazioni debbono provvedere alla realizzazione delle opere pubbliche.

1.3. – In terzo luogo, il Governo impugna l'art. 22 della legge regionale n. 17 del 2007, che modifica l'art. 31-*bis*, commi 1 e 2, della legge regionale n. 27 del 2003 (in tema di affidamento e criteri di aggiudicazione dei lavori) con riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera *e*), Cost., «nella parte in cui rende facoltativa la verifica della congruità dell'offerta che presenta una percentuale inferiore alla soglia di anomalia e nella parte in cui prescrive la facoltatività e non l'obbligatorietà delle giustificazioni del prezzo».

La norma regionale prevede: a) la facoltatività della verifica di congruità per i contratti sotto soglia; b) che le giustificazioni siano fornite esclusivamente su richiesta della stazione appaltante.

A parere della difesa erariale, tale disciplina in tema di offerte anomale si differenzia significativamente da quella stabilita dal legislatore nazionale (art. 86 del codice dei contratti pubblici). Pertanto, tale disposizione violerebbe l'ambito della tutela della concorrenza, competenza legislativa esclusiva dello Stato prevista dall'art. 117, comma secondo, lettera *e*), Cost.

1.4. – In quarto luogo, lo Stato impugna l'art. 24 della legge regionale n. 17 del 2007, che modifica l'art. 33 della legge regionale n. 27 del 2003 (in tema di procedura negoziata), con riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera *e*), Cost., nella parte in cui «non distingue tra procedura negoziata previa e senza previa pubblicazione del bando e nella parte in cui non rispetta le condizioni tassative di ricorso a detta procedura in recepimento della direttiva 2004/18/CE e nella parte in cui sono introdotte nuove disposizioni e diverse ipotesi (interventi inferiori a 500 mila euro, lavori complementari e, interventi imposti dal pericolo per la pubblica incolumità e per la salute pubblica) previste dalla menzionata direttiva in cui le amministrazioni aggiudicatrici possono fare ricorso alla predetta procedura».

A parere dell'Avvocatura, pertanto, la Regione avrebbe sconfinato dall'ambito ad essa riservato atteso che le disposizioni in esame non concernono aspetti di carattere organizzativo, ma «stravolgono la fisionomia della procedura cui le stazioni appaltanti possono far ricorso con maggior libertà» e la differenziano rispetto alla disciplina statale dettata in materia (artt. 56 e 57 del codice dei contratti pubblici), incidendo sulle modalità attraverso cui si svolge il confronto concorrenziale e limitandolo «pesantemente».

1.5. – In quinto luogo, il Governo impugna l'art. 29 della legge regionale n. 17 del 2007, che modifica l'art. 38, comma 3, della legge regionale n. 27 del 2003 (in tema di subappalti), con riferimento all'art. 117, secondo comma, lettere *e*), *l*) e *m*), Cost., nella parte in cui «stabilisce la sospensione del pagamento del corrispettivo solo limitatamente alla somma non corrisposta dal subappaltatore nel caso di mancata trasmissione delle fatture quietanzate».

La norma impugnata prevede, tra l'altro, che: «Nel caso di mancata trasmissione delle fatture quietanzate, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore dell'appaltatore, limitatamente alla somma non corrisposta al subappaltatore risultante dalla fattura non quietanzata».

La difesa erariale osserva che la norma censurata si discosta dalla disciplina statale (art. 118, comma 3, del codice dei contratti pubblici) e ritiene tale intervento non consentito atteso che l'art. 4, comma 3, del codice dei contratti pubblici riserva alla competenza statale esclusiva l'istituto del subappalto, trattandosi di una disciplina che va ad incidere sulla materia dell'ordinamento civile.

1.6. – Il Governo impugna, in sesto luogo, l'art. 32 della legge n. 27 del 2007, che inserisce un Capo VII-*bis* (*leasing* immobiliare) all'interno della legge n. 17 del 2003, costituito da un unico art. 46-*bis* (procedure di realizzazione), in relazione all'art. 117, secondo comma, lettere *e*), *m*) e *l*), Cost.

L'art. 46-*bis* stabilisce, tra l'altro, che: «Qualora i soggetti di cui all'articolo 2 della presente legge intendano acquisire immobili da costruire o ristrutturare con il ricorso a contratti di locazione finanziaria, si osservano le disposizioni di cui al presente capo, particolarmente con riguardo alla realizzazione dei lavori necessari alla fruizione degli immobili da parte del committente» (1 comma).

Il Governo osserva che la norma censurata si discosta dalla disciplina statale (art. 160-*bis* del codice dei contratti pubblici) prevista in materia di *leasing* finanziario e ritiene che la Regione abbia disciplinato un

settore riservato a norma dell'art. 117, secondo comma, lettere e), l) e m), Cost. e dell'art. 4, comma 3, del codice dei contratti pubblici, alla competenza esclusiva dello Stato.

1.7. – Infine, la difesa erariale censura l'art. 43 della legge n. 27 del 2007, che ha inserito l'art. 70-*bis* nella legge regionale n. 17 del 2003 (in tema di verifica preventiva dell'interesse archeologico per i lavori pubblici di competenza regionale), con riferimento all'art. 117, secondo comma, lettere e), l), m), s), Cost., nella parte in cui «prevede che per i lavori di competenza regionale le indagini geologiche e archeologiche preliminari siano eseguite da soggetti individuati con i criteri di affidamento e le modalità di pubblicità previsti dagli artt. 8, comma 1, e 9, commi 1 e 2, della stessa legge e nella parte in cui prevede delle deroghe rispetto alle procedure di verifica dell'interesse archeologico disciplinate dagli artt. 95 e 96 del codice dei contratti pubblici».

Rammenta il Governo che le norme regionali, oggetto di rinvio interno nella disposizione in esame, oggetto di separate censure, sono affette «dall'evidente sconfinamento del legislatore regionale in ambito riservato alla potestà legislativa del legislatore statale» e che, per le medesime ragioni per le quali sono state censurate le norme oggetto di rinvio, è costituzionalmente illegittima la norma regionale in esame.

Inoltre, la difesa erariale osserva che il secondo comma della disposizione impugnata contrasta anche con quanto disposto dall'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost., poiché incide sui contratti relativi alla materia della tutela dei beni culturali riservata alla potestà legislativa esclusiva dello Stato.

2. – Nel giudizio si è costituita la Regione Veneto, chiedendo che il ricorso sia dichiarato inammissibile o infondato.

2.1. – In prossimità della data fissata per l'udienza pubblica, la Regione Veneto ha depositato una memoria, osservando, innanzitutto, che l'*iter* di approvazione della legge regionale impugnata, di modifica della precedente legge n. 27 del 2003, «ha avuto motivo soprattutto dalla esigenza di rendere la disciplina regionale maggiormente conforme alla normativa comunitaria». Segnala, altresì, che, con deliberazione della Giunta regionale n. 547 dell'11 marzo 2008, sono stati dettati «Indirizzi operativi per l'applicazione della legge regionale n. 27/2003 a séguito della sentenza della Corte costituzionale n. 401/2007», in attesa di una ulteriore modifica della stessa legge regionale.

2.2. – In via preliminare, la difesa regionale eccepisce l'inammissibilità delle censure sollevate con riferimento al parametro costituzionale previsto dall'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., relativo alla competenza esclusiva statale in ordine alla determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che debbono essere garantiti su tutto il territorio nazionale, parametro neppure evocato dalla relazione del Dipartimento degli Affari regionali, allegata alla deliberazione del Consiglio dei ministri.

2.3. – In relazione alle prime due questioni prospettate nel ricorso dello Stato, la Regione ritiene, da un lato, inammissibile la questione formulata con riferimento alla materia dell'ordinamento civile e, dall'altro, sottolinea che le disposizioni regionali in esame non sono «in contrasto con i vincoli derivanti dall'esercizio, da parte dello Stato, della propria competenza esclusiva in materia di tutela della concorrenza», atteso che sarebbe «irragionevole» contestare una disciplina normativa regionale che, nel settore degli affidamenti, prevede norme più severe per gli incarichi che vanno da un importo di 40 mila euro sino alla soglia comunitaria nonché delle forme di pubblicità da stabilirsi con provvedimento della Giunta regionale.

A parere della Regione Veneto, ciò sarebbe consentito atteso che la Regione può disciplinare la fase amministrativa che conduce al contratto nelle materie residuali riservate all'organizzazione della Regione e degli enti da essa dipendenti nonché all'organizzazione degli enti territoriali per gli aspetti diversi da quelli previsti dall'art. 117, secondo comma, lettera p), Cost. Ciò si evincerebbe, secondo la Regione, dallo stesso carattere finalistico della tutela della concorrenza e da quanto previsto dall'art. 2, comma 3, del codice dei contratti pubblici secondo cui «per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento si esplicano secondo la legge n. 241 del 1990».

Quanto alla distinzione tra servizi di rilevanza comunitaria e servizi sotto soglia, la Regione osserva che il fondamento delle peculiarità dettate dalla disciplina regionale rispetto alla normativa statale sarebbero da rintracciare in una «scelta semplificatrice» della Regione che consente di calibrare gli adempimenti in argomento tenendo conto della varietà di condizioni e circostanze con riferimento sia al numero degli incarichi da attribuire sia alle dimensioni dell'ente appaltatore. Pertanto, le norme regionali assumerebbero, anche nell'ambito della competenza esclusiva dello Stato in tema di concorrenza, la natura di regole di adattamento in sede locale.

2.4. – In ordine alla terza questione prospettata dal ricorso governativo, la Regione Veneto si rimette a quanto argomentato, sia in punto di inammissibilità sia in punto di infondatezza, a proposito delle prime due questioni e rileva «l'inconferenza» della normativa statale posta a confronto con quella regionale, atteso che l'art. 112 del codice dei contratti pubblici concerne le modalità di verifica dei progetti e i requisiti di qualificazione dei verificatori (rinviate alla predisposizione di un regolamento ancora non emanato dall'esecutivo), mentre la disposizione della legge regionale ha un oggetto diverso relativo «ai criteri di affidamento degli incarichi».

2.5. – In ordine alla quarta questione, la Regione osserva che l'unica innovazione regionale consiste nel non richiedere necessariamente le (prime) giustificazioni all'atto stesso della presentazione dell'offerta, regola rientrante nell'organizzazione interna della stazione appaltante e dettata per esigenze di semplificazione.

2.6. – In ordine alla quinta questione sollevata in tema di procedura negoziata, la Regione premette che la norma censurata consente l'affidamento con procedura negoziata dei lavori complementari nelle stesse ipotesi contemplate nell'art. 163 del codice dei contratti pubblici, «salve alcune varianti lessicali». Sottolinea inoltre che per le ipotesi di ricorso alla procedura negoziata nei casi di urgenza le censure dello Stato non sarebbero adeguatamente argomentate. Sostiene infine che, a differenza di quanto ritiene la difesa statale, la novella restringe il ricorso alla procedura negoziata regionale e trova corrispondenza con quanto statuito nell'art. 57, comma 2, lettera c), del codice dei contratti pubblici.

2.7. – In ordine alla sesta questione sollevata in tema di subappalto, la Regione osserva che, a differenza della norma statale, quella regionale prevede la sospensione a favore dell'appaltatore «limitatamente alla somma non corrisposta al subappaltatore risultante dalla fattura non quietanzata». Eccepisce l'inammissibilità degli invocati parametri della tutela della concorrenza e dei livelli essenziali delle prestazioni perché non motivati. Quanto invece, al parametro concernente la materia dell'ordinamento civile, rileva in primo luogo la contraddittorietà della censura statale, ponendo a confronto quanto sostenuto nella motivazione del ricorso e quanto nel *petitum*, e, in secondo luogo, l'infondatezza della censura stessa, atteso che la norma impugnata disciplina legittimamente l'attività interna della stazione appaltante.

2.8. – In relazione alla settima questione sollevata in tema di *leasing* immobiliare, la Regione Veneto ribadisce l'eccezione di inammissibilità della censura relativa all'invocato parametro costituzionale costituito dall'art. 117, secondo comma, lettera *m*), perché immotivata.

Nel merito, ritiene la censura infondata, atteso che la norma regionale non ha contraddetto la normativa nazionale, ma si è limitata a porre una regolamentazione di dettaglio consentita dalla stessa disciplina statale.

2.9. – In relazione all'ottava questione sollevata in tema di verifica preventiva dell'interesse archeologico per i lavori pubblici di competenza regionale, la Regione Veneto ritiene la censura infondata atteso che, da un lato, le norme previste dagli articoli 95 e 96 del codice dei contratti pubblici non sarebbero inderogabili e, dall'altro, la norma censurata non derogherebbe affatto alla legislazione dello Stato, ma rappresenterebbe un ragionevole svolgimento dei criteri da essa posti.

Considerato in diritto

1. – Il Presidente del Consiglio dei ministri, rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, ha proposto questioni di legittimità costituzionale in via principale nei confronti degli articoli 6, comma 1, 7, commi 2 e 3, 8, 22, 24, 29, 32, 43, comma 1, della legge della Regione Veneto del 20 luglio 2007, n. 17 (Modifiche alla legge regionale 7 novembre 2003, n. 27, «Disposizioni generali in materia di lavori pubblici di interesse regionale e per le costruzioni in zone classificate sismiche»), con riferimento all'art. 117, secondo comma, lettere *e*), *l*), *m*) e *s*), della Costituzione.

Il Governo ricorrente impugna le richiamate disposizioni della legge regionale n. 17 del 2007 – concernenti sia gli appalti dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria, gli incarichi di progettazione e la verifica e la validazione dei medesimi, sia la verifica di congruità delle offerte sotto soglia, le procedure negoziate e le verifiche preventive dell'interesse archeologico per i lavori pubblici di competenza regionale, sia, infine, l'attività contrattuale della Regione in tema di subappalto e di locazione finanziaria – in quanto ritenute lesive della competenza statale esclusiva in materia di «tutela della concorrenza», in materia di «ordinamento civile» e in materia di «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili (fra le quali può annoverarsi l'attività imprenditoriale a cui è dedicato il libro V del codice civile)», nonché, con specifico riferimento ai lavori pubblici di interesse archeologico, perché lesive, inoltre, della competenza statale esclusiva in materia di «tutela dei beni culturali».

In particolare, ad avviso del ricorrente, le norme che disciplinano gli appalti dei servizi relativi all'architettura e gli incarichi di progettazione (art. 6, comma 1, e art. 7, commi 2 e 3), la verifica e la validazione dei progetti (art. 8) e le verifiche preventive dell'interesse archeologico per i lavori pubblici di competenza regionale (art. 43, comma 1), sarebbero costituzionalmente illegittime in quanto riferibili, da un lato, alla tutela della concorrenza sancita dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. e, dall'altro, alla materia dell'ordinamento civile e a quella della «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili (fra le quali può annoverarsi l'attività imprenditoriale a cui è dedicato il libro V del codice civile)», previste dall'art. 117, secondo comma, lettere l) e m), Cost., anch'esse rientranti nella potestà legislativa esclusiva dello Stato.

Inoltre, secondo il ricorrente, la norma sulle verifiche preventive dei lavori pubblici regionali di interesse archeologico (art. 43, comma 1), sarebbe costituzionalmente illegittima anche perché riferibile alla tutela dei beni culturali prevista dall'art. 117, secondo comma, lettera s), Cost. e rientrante nella competenza legislativa esclusiva dello Stato.

Le ulteriori norme regionali inerenti alle offerte anomale (art. 22) e alla procedura negoziata (art. 24), sarebbero, ad avviso del Governo, costituzionalmente illegittime in quanto riferibili alla tutela della concorrenza sancita dall'art. 117, secondo comma, lettera e), Cost. e quelle concernenti il subappalto (art. 29) e il *leasing* immobiliare (art. 32), sarebbero illegittime in quanto riferibili alla materia dell'ordinamento civile, competenze, entrambe, attribuite all'esclusiva potestà legislativa statale.

2. – Va ricordato preliminarmente che la legge regionale oggetto di censura è stata approvata il 20 luglio ed è entrata in vigore l'8 agosto 2007.

Intervenuta la sentenza 23 novembre 2007, n. 401, di questa Corte, la Regione Veneto, in data 11 marzo 2008, ha adottato un documento contenente «Indirizzi operativi per l'applicazione della L.R. 27/2003 a sèguito della sentenza della Corte costituzionale n. 401/2007», nel quale riconosceva «non applicabili» la maggior parte delle norme oggetto dell'impugnazione da parte dello Stato.

3. – Le questioni aventi ad oggetto gli artt. 6, comma 1, 7, commi 2 e 3, 8, 29, 32, e 43, comma 1, della legge della Regione Veneto n. 17 del 2007, con riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost., come osservato dalla Regione Veneto, non sono ammissibili perché non sorrette da specifiche argomentazioni. Il ricorrente si limita ad invocare in modo generico la «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili (fra le quali può annoverarsi l'attività imprenditoriale a cui è dedicato il libro V del codice civile)».

4. – Le questioni aventi ad oggetto gli artt. 6, comma 1, 7, commi 2 e 3, 8, 22, 24, 29, 32 e 43, comma 1, della legge della Regione Veneto n. 17 del 2007, con riferimento all'art. 117, secondo comma, lettere e) e l), Cost., sono fondate.

Questa Corte ha già osservato che, nel settore degli appalti pubblici, l'eventuale «interferenza» della disciplina statale con competenze regionali «si atteggia in modo peculiare, non realizzandosi normalmente in un intreccio in senso stretto con ambiti materiali di pertinenza regionale, bensì [mediante] la prevalenza della disciplina statale su ogni altra fonte normativa» (sentenza n. 401 del 2007).

Va premesso che è stata dichiarata non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 4, comma 3, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE), secondo cui «le Regioni non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente codice» in relazione agli ambiti di legislazione sui contratti della pubblica amministrazione riconducibili alla competenza esclusiva dello Stato in base all'art. 117, secondo comma, Cost. (sent. n. 401 del 2007).

Ora, la normativa regionale censurata dallo Stato contiene una disciplina diversa da quella del codice citato per quanto attiene ai seguenti oggetti: affidamento dei servizi tecnici relativi all'architettura e all'ingegneria (artt. 6, comma 1, e 7, commi 2 e 3) riferibile all'ambito della legislazione sulle «procedure di affidamento»; verifica e validazione del progetto (art. 8), inerente all'ambito della «progettazione»; offerte anomale (art. 22) e procedura negoziata (art. 24), relative all'ambito delle procedure di affidamento; subappalti (art. 29), relativi ad analoga materia disciplinata dal codice dei contratti pubblici; *leasing* immobiliare (art. 32), relativo in parte all'ambito della «progettazione», in parte alla «esecuzione dei contratti» e comunque rientrante, insieme all'istituto del subappalto, nella materia «ordinamento civile»; verifica preventiva dell'interesse archeologico (art. 43), inerente a «contratti relativi alla tutela dei beni culturali».

Per tutti questi oggetti, la disciplina dettata dalla Regione produce una erosione dell'area coperta da obblighi di gara. Essa, infatti, lascia le stazioni appaltanti libere di scegliere le modalità di affidamento degli incarichi di ingegneria e architettura comportanti un compenso inferiore a 40 mila euro, così riducendo il confronto concorrenziale nell'affidamento di tali servizi; consente che una deliberazione della Giunta regionale detti i criteri e le modalità di affidamento degli incarichi di ingegneria e architettura comportanti un compenso compreso tra 40 mila euro e la soglia comunitaria, nonché sulle forme di pubblicità dei medesimi e sui criteri di verifica e validazione dei progetti, incidendo in tal modo sulle regole di mercato; restringe l'ambito entro cui la stazione appaltante deve verificare la congruità delle offerte anomale; consente il ricorso alla trattativa privata senza necessità di previa pubblicazione di un bando di gara, limitando così il confronto concorrenziale; riduce la sospensione del pagamento alla sola somma non corrisposta al subappaltatore; restringe il numero di soggetti che possono aspirare a vedersi affidare l'esecuzione dei lavori aventi ad oggetto la costruzione degli immobili mediante l'introduzione dell'istituto del *leasing* immobiliare; lascia le stazioni appaltanti libere per quanto concerne l'affidamento degli incarichi aventi ad oggetto le indagini archeologiche, attribuite senza confronto concorrenziale.

La normativa regionale, dunque, detta una disciplina difforme da quella nazionale in materie riservate alla competenza legislativa esclusiva dello Stato in base all'art. 117, secondo comma, Cost., riducendo, da un lato, l'area alla quale si applicano le regole concorrenziali dirette a consentire la piena esplicazione del mercato nel settore degli appalti pubblici a tutti gli operatori economici («tutela della concorrenza») e alterando, dall'altro, le regole contrattuali che disciplinano i rapporti privati («ordinamento civile») (sentenze nn. 431 e 401 del 2007 e n. 282 del 2004).

5. – Le residue censure, riferite agli altri parametri evocati, restano assorbite.

PER QUESTI MOTIVI

LA CORTE COSTITUZIONALE

1) *dichiara* la illegittimità costituzionale degli articoli 6, comma 1, 7, commi 2 e 3, 8, 22, 24, 29, 32, 43, comma 1, della legge della Regione Veneto 20 luglio 2007, n. 17 (Modifiche alla legge regionale 7 novembre 2003, n. 27, «Disposizioni generali in materia di lavori pubblici di interesse regionale e per le costruzioni in zone classificate sismiche»);

2) *dichiara* inammissibili le questioni di legittimità costituzionale aventi ad oggetto gli articoli 6, comma 1, 7, commi 2 e 3, 8, 29, 32, e 43, comma 1, della legge della Regione Veneto n. 17 del 2007, promosse con riferimento all'art. 117, secondo comma, lettera *m*, della Costituzione, in relazione alla «determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili (fra le quali può annoverarsi l'attività imprenditoriale a cui è dedicato il libro V del codice civile)», dal Presidente del Consiglio dei ministri con il ricorso indicato in epigrafe.

Così deciso in Roma, nella sede della Corte costituzionale, Palazzo della Consulta, il 30 luglio 2008.

F.to:

Franco BILE, Presidente

Sabino CASSESE, Redattore

Giuseppe DI PAOLA, Cancelliere

Depositata in Cancelleria l'1 agosto 2008.

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE - sentenza 4 luglio 2008 n. 584- Pres. Virgilio, Est. Falcone - Ecotecnica s.r.l. (Avv. Favata) c. Lenzo Costruzioni s.r.l. (n.c.) e Comune di Bisacchino (n.c.) -

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 630/2007, proposto da

ECOTECNICA s.r.l.,

in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa in giudizio dall'avv. Andrea Favata ed elettivamente domiciliata in Palermo, via Ruggero Settimo n. 73, presso lo studio dell'avv. Anna Battaglia;

c o n t r o

la LENZO COSTRUZIONI s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

e nei confronti

del COMUNE DI BISACQUINO, in persona del Sindaco pro-tempore, non costituito in giudizio;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - sede di Palermo (sez. III) - n. 524 del 12 febbraio 2007.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 28 novembre 2007 il consigliere Pietro Falcone; nessuno è presente per le parti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

F A T T O

1. In primo grado, la Lenzo Costruzioni s.r.l. ha impugnato: - il verbale di gara del 13 dicembre 2005, relativo all'appalto del servizio di gestione e manutenzione per due anni dell'impianto di depurazione a servizio della rete fognante urbana e dell'impianto di depurazione a servizio del mattatoio comunale di Bisacchino; - il bando di gara pubblicato nella G.U.R.S., Parte II, n. 43 del 28 ottobre 2005; - il disciplinare di gara; - l'approvazione degli atti di gara; - l'aggiudicazione definitiva della gara d'appalto alla Ecotecnica s.r.l. ed il contratto di appalto, ove stipulato.

L'adito T.A.R. Sicilia ha accolto il ricorso, con sentenza n. 524 del 2007, ora impugnata dall'Ecotecnica s.r.l.

2. In sede d'appello, la ricorrente Ecotecnica S.r.l. sostiene l'erroneità della sentenza.

La Lenzo Costruzioni s.r.l. ed il Comune di Bisacchino non si sono costituiti in giudizio.

D I R I T T O

1. Oggetto del presente giudizio è l'aggiudicazione della gara per l'appalto del servizio di gestione e manutenzione per due anni dell'impianto di depurazione a servizio della rete fognante urbana e dell'impianto di depurazione a servizio del mattatoio comunale di Bisacchino.

Il bando ed il disciplinare relativi a tale appalto prevedevano espressamente, al punto 15/d, che la ditta appaltatrice avrebbe dovuto produrre: "certificato di iscrizione alla C.C.I.A.A. Registro Imprese di data non anteriore a mesi sei rispetto a quello fissato per la gara, dal quale risulti che l'impresa è iscritta per la categoria adeguata al servizio oggetto del presente bando e dal quale risulti il nominativo del direttore tecnico in possesso di uno dei seguenti titoli: laurea in Biologia, laurea in Chimica, laurea in Chimica Industriale, laurea in Ingegneria chimica, laurea in Ingegneria Ambientale e equipollenti, laurea in Ingegneria idraulica o equipollenti ...".

La ditta Lenzo Costruzioni s.r.l., i cui direttori tecnici iscritti alla C.C.I.A.A. non erano in possesso della laurea richiesta dal bando, ha ritenuto di poter sopperire a tale carenza d'organico, acquisendo la disponibilità di un tecnico esterno a prestare la propria collaborazione, in qualità di direttore tecnico, per il tempo necessario all'espletamento del servizio.

Il Comune, ravvisando nel comportamento della suddetta impresa una violazione della disposizione di bando, escludeva la Lenzo Costruzioni s.r.l. dalla gara, che aggiudicava alla Enotecnica s.r.l.

L'adito T.A.R. Sicilia ha accolto il ricorso proposto dalla Lenzo Costruzioni s.r.l., con sentenza ora impugnata dalla Ecotecnica s.r.l.

2. In sede d'appello, la ricorrente deduce l'erroneità della sentenza, per i seguenti motivi.

2.1. Violazione e falsa applicazione delle norme del bando di gara ed in particolare dell'art. 15/d ove appunto si precisava la necessità per le ditte partecipanti di aver un direttore tecnico già registrato nel certificato di iscrizione al C.C.I.A.A..

Anche nell'ipotesi prospettata dal primo Giudice che un partecipante ad una gara possa riferirsi ai requisiti tecnici di altri soggetti, la dimostrazione del possesso dei requisiti tecnici voluti dalla stazione appaltante rimane pur sempre onere di chi partecipa alla gara.

Nel caso in specie, la ditta Lenzo Costruzioni non ha provato alla stazione appaltante il possesso della capacità tecnica ad assolvere l'appalto di gestione e manutenzione dell'impianto di depurazione, limitandosi semplicemente a produrre una serie di documenti del tecnico esterno, senza però produrre alcun negozio o altro vincolo giuridico per provare l'effettiva disponibilità del servizio esterno cui intendeva avvalersi.

2.2. Violazione di legge, per tardiva impugnazione del bando di gara, nella parte in cui prevedeva l'onere per le ditte partecipanti di aver un direttore tecnico già registrato nel certificato di iscrizione al C.C.I.A.A..

3. Il ricorso va rigettato.

3.1. In tema di gara per l'affidamento di un appalto di servizio, è illegittima la clausola del bando che richiede, quale condizione necessaria per la partecipazione alla gara, che la struttura organizzativa dell'impresa sia tale da comprendere al suo interno un direttore tecnico in possesso di uno dei titoli di laurea specificamente indicati, escludendo la possibilità di fare ricorso a professionisti esterni cui conferire lo specifico incarico riferito alla prestazione del servizio oggetto della gara.

Tale clausola, infatti, costituisce ostacolo alla più ampia partecipazione alla procedura di affidamento e concreta la violazione dei principi in tema sia di concorrenza - con possibili gravi effetti distorsivi - che di libertà di organizzazione dell'impresa.

Nelle gare disciplinate dal diritto di derivazione comunitaria, il principio è espressamente affermato, nel settore dei servizi, dall'art. 32, n. 2) lett. c) della direttiva servizi 92\50\CEE e dall'art. 47, comma 2, della direttiva 2004/18/Ce del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004.

Quest'ultima norma dispone che: «Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi

ultimi (Cons. Stato, sez. IV, 14 febbraio 2005, n. 435; sez. V, 15 dicembre 2005, n. 7134 e sez. VI, 3 febbraio 2006, n. 383).

3.2. E' infondata la seconda censura, con la quale la ricorrente lamenta che la ditta Lenzo Costruzioni non ha prodotto alcun negozio o altro vincolo giuridico per provare l'effettiva disponibilità del servizio esterno cui intendeva avvalersi.

Come risulta dall'atto introduttivo del presente giudizio – non contestato da controparte – la Lenzo Costruzioni ha prodotto all'amministrazione, a corredo dell'offerta: 1) lettera di incarico della Lenzo al dott. Bartolo Capone del 18 novembre 2005; 2) atto di accettazione dell'incarico inviato dal dott. Bartolo Capone alla Lenzo Costruzioni s.r.l., in data 5 dicembre 2005, al quale sono stati allegati i documenti e le dichiarazioni sostitutive attestanti il possesso di tutti i requisiti richiesti dal bando e dal disciplinare di gara.

In tal modo, ritiene il Collegio che la Lenzo abbia provato l'effettiva disponibilità del dott. Bartolo Capone, a prescindere dalla qualificazione della natura giuridica del rapporto instaurato.

3.3. Infine, non sussiste la dedotta tardività dell'impugnazione del bando di gara, nella parte in cui prevedeva l'onere per le ditte partecipanti di aver un direttore tecnico già registrato nel certificato di iscrizione al C.C.I.A.A..

Come è noto, le disposizioni contenute nei bandi di gara e nelle lettere di invito devono ritenersi integrate con le norme aventi valore imperativo, senza necessità di uno specifico rinvio, essendo principio valido in ogni procedimento concorsuale quello per cui, anche se il bando costituisce la *lex specialis*, le leggi c.d. autoesecutive devono essere comunque applicate, benché non espressamente richiamate

Nella specie, le richiamate norme comunitarie hanno valore eterointegrativo del bando di gara per l'aggiudicazione di appalto; pertanto, la clausola di bando non poteva considerarsi immediatamente lesiva, ove correttamente applicata, alla luce dei suddetti principi e norme comunitarie.

4. La sentenza appellata va quindi confermata.

Nulla per le spese, stante la mancata costituzione in giudizio delle parti intime.

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, rigetta l'appello in epigrafe.

Nulla per le spese.

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

Così deciso in Palermo, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, nelle camere di consiglio del 28 novembre 2007 e del 2 aprile 2008, con l'intervento dei signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Claudio Zucchelli, Pietro Falcone, estensore, Antonino Corsaro, Filippo Salvia, componenti.

F.to: Riccardo Virgilio, Presidente

F.to: Pietro Falcone, Estensore

F.to: Loredana Lopez, Segretario

Depositata in segreteria il 4 luglio 2008.

CGA, SEZ. GIURISDIZIONALE - sentenza 4 luglio 2008 n. 585 - Pres. Virgilio, Est. Falcone -
Impresa Individuale Russo (Avv.ti Tigano e Santoro) c. Azienda Ospedaliera Piemonte di Messina (Avv. Caratozzolo) e Servizi Energia Calore s.r.l. (Avv. Matta)

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana, in sede giurisdizionale, ha pronunciato la seguente

D E C I S I O N E

sul ricorso in appello n. 1277/2006, proposto da

Impresa Individuale RUSSO ANTONIO ORLANDO,

in persona dell'omonimo legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Aldo Tigano e Domenico Santoro, elettivamente domiciliata in Palermo, via Trentacoste n. 89, presso lo studio Allotta,

c o n t r o

l'AZIENDA OSPEDALIERA PIEMONTE DI MESSINA, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Enrico Caratozzolo, elettivamente domiciliata in Palermo, via La Farina n. 3, presso lo studio dall'avv. Loris Mantia;

e nei confronti di

SERVIZI ENERGIA CALORE s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Luigi Matta, elettivamente domiciliata in Palermo, piazza G. Verdi n. 6, presso lo studio dello stesso;

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia - Sezione staccata di Catania (sez. II) - n. 913 del 7 giugno 2006.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'avv. E. Caratozzolo per l'Azienda Ospedaliera Piemonte di Messina e dell'avv. P.L. Matta per la Servizi Energia Calore s.r.l. ;

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

Vista l'ordinanza di questo Consiglio n. 513 del 27 giugno 2007 e la documentazione depositata, in ottemperanza alla stessa in data 21 settembre 2007;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 28 novembre 2007 il consigliere Pietro Falcone e uditi, altresì, l'avv. G. Monforte, su delega dell'avv. A. Tigano, per l'impresa appellante, l'avv. G. Pitruzzella, su delega dell'avv. E. Caratozzolo, per l'azienda ospedaliera appellata e l'avv. P.L. Matta per la società appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

F A T T O

1. La ditta Russo Antonio Orlando ha partecipato alla gara indetta dall'Azienda Ospedaliera Piemonte di Messina, per l'affidamento del servizio di conduzione, gestione, manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti tecnologici (segnatamente, impianti di condizionamento, idrici, fognanti, elettrici, di prevenzione incendi, di produzione dell'acqua calda per riscaldamento, cucina, lavanderia, ecc.), offrendo un ribasso del 30%.

Le altre due partecipanti alla procedura - Servizi Energia Calore s.r.l. e Confatek s.p.a. - hanno, invece, presentato offerte anomale (rispettivamente, 33% e 43,80%), e sono state quindi sottoposte alla rituale procedura di verifica dell'anomalia, incentrata su una richiesta di giustificazioni da produrre entro il termine di 10 giorni.

Sulla base dell'esame delle giustificazioni fornite, l'Azienda Ospedaliera ha aggiudicato la gara alla Servizi Energia Calore s.r.l..

In primo grado, l'impresa individuale Russo Antonio Orlando ha chiesto:

- l'annullamento: - del verbale del 15.6.2005 della Commissione di gara per l'affidamento dei lavori in questione; - dei verbali di gara del 31.5.2005 della Commissione tecnica, nella parte in cui vengono ritenute congrue le giustificazioni della controinteressata; - della nota n. 4025 dell'1.4.05 del presidente della Commissione tecnica di gara; - ove occorra, del bando di gara nella parte in cui richiama i criteri di cui all'art. 23 del D. Lgs. 157/1995;

- nonché il risarcimento dei danni per il mancato affidamento dei lavori.

Con la sentenza, ora impugnata, il primo giudice ha respinto il ricorso.

2. In sede d'appello, l'impresa Russo sostiene l'erroneità della sentenza e ne chiede la riforma.

Con ordinanza n. 513 del 27 giugno 2007, il Consiglio ha richiesto all'Assessore regionale ai lavori pubblici - o ad un dirigente dall'Assessorato medesimo delegato - una documentata relazione, per chiarire:

a) se i prezzi relativi alla mano d'opera offerti dalla Servizi Energia Calore s.r.l. siano riferiti al CCNL del settore metalmeccanico oppure al CCNL dell'impresa artigiana;

b) se dalla visura camerale risulti la qualifica d'impresa artigiana della Servizi Energia Calore s.r.l.; se la stessa società sia iscritta all'albo delle imprese artigiane, ai sensi dell'art. 5 della l. 8 agosto 1985, n. 443; nonché all'INPS e all'INAIL nell'apposita "sezione artigiani";

c) se l'attività della predetta società sia organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia, precisando il numero dei dipendenti;

d) quale sia l'importo del fatturato della Servizi Energia Calore s.r.l., nel 2004.

La documentazione richiesta è stata depositata il 21 settembre 2007.

L'appellante, con atto del 15 novembre 2007, ha contestato detta relazione.

3. Si sono costituite in giudizio, per resistere, le parti appellate, sopra specificate, sostenendo, con diverse memorie, l'inammissibilità del ricorso ed, in subordine, la sua infondatezza.

DIRITTO

1. Oggetto della presente controversia è l'affidamento alla Servizi Energia Calore s.r.l., da parte dell'Azienda Ospedaliera Piemonte di Messina, dei lavori di conduzione, gestione e manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti tecnologici del P.O. Piemonte.

2. Il ricorso proposto dall'impresa individuale Russo Antonio Orlando va rigettato.

a) Può prescindersi dall'esame delle questioni d'inammissibilità del ricorso sollevate dalla resistente Servizi Energia Calore s.r.l., stante l'infondatezza dello stesso.

b) La sentenza, in epigrafe specificata, è impugnata per i seguenti motivi.

2.1. Violazione dell'art. 25 D. Lgs. 157 del 1995.

In sede di procedura di verifica dell'anomalia, la controinteressata Servizi Energia Calore avrebbe riscontrato la richiesta di giustificazioni oltre il termine di dieci giorni assegnato. Infatti, la richiesta in questione, pervenuta alla ditta il 4.3.05, sarebbe stata riscontrata con nota pervenuta all'Ente Ospedaliero il 14.3.05.

La censura è infondata.

Sebbene la perentorietà del termine non sia espressamente affermata nel richiamato art. 25 D. Lgs. n. 157/95, il termine assegnato dall'amministrazione non può intendersi come meramente sollecitatorio. Invero, essendo posto a garanzia della correttezza e rapidità delle procedure di gara, sarebbe incompatibile con i tempi di svolgimento di una gara pubblica ed, in particolare, con l'immediatezza richiesta per i provvedimenti di esclusione.

Tuttavia, il Collegio ritiene che la perentorietà del termine non escluda il potere dell'amministrazione di valutare la non imputabilità del ritardo all'impresa (Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2001, n. 2780).

Nella specie, legittimamente l'amministrazione ha ritenuto che il termine di 10 giorni per la produzione di giustificazioni fosse stato rispettato, in quanto la relativa richiesta è pervenuta alla ditta il 4.3.05 ed è stata riscontrata dalla stessa con nota del 10.3.05 (materialmente pervenuta all'Ente Ospedaliero solo il 14.3.05).

2.2. Secondo la ricorrente, le giustificazioni prodotte sarebbero state ritenute insufficienti; pertanto, illegittimamente la stazione appaltante ha chiesto ulteriori chiarimenti, assegnando un ulteriore termine di dieci giorni.

Il motivo va disatteso.

In via preliminare, si osserva che il subprocedimento per la verifica dell'anomalia dell'offerta non è vincolato a formalità particolarmente stringenti, prevalendo l'interesse all'accertamento della reale possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni economiche proposte (Cons. Stato, V sez. 28 febbraio 2006, n. 890 e 18 settembre 2002, n. 4751).

In particolare, l'art. 25 D. Lgs. n. 157/95 non pone alcuna rigida regola all'indagine dell'anomalia dell'offerta; pertanto, l'accertamento della serietà e congruità dell'offerta può essere condotta in relazione alle condizioni del mercato e può svolgersi in più riprese ed attraverso più richieste di integrazioni e chiarimenti.

Una tale interpretazione è in linea con la giurisprudenza comunitaria, secondo cui, a tutela di un'effettiva concorrenza nel settore degli appalti pubblici, l'amministrazione aggiudicatrice è tenuta a prendere in considerazione, prima di assumere le sue definitive determinazioni sull'effettiva sussistenza o meno dell'anomalia dell'offerta, l'intero corpo delle giustificazioni fornite dall'offerente, senza limitazione alcuna (Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 8028).

A tal fine, l'Amministrazione può reiterare le proprie richieste di giustificazioni, chiedendo ulteriori precisazioni in relazione ai chiarimenti ricevuti (Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2003, n. 642 e 12 settembre 2001 n. 4773).

2.3. Con un'ulteriore censura, l'appellante sostiene l'inidoneità dell'ulteriore atto di giustificazioni a spiegare l'entità del ribasso offerto dalla controinteressata, sotto i seguenti profili:

a) impropriamente, la Servizi Energia Calore s.r.l. ha applicato il CCNL delle imprese artigiane del settore metalmeccanico;

b) se la società controinteressata avesse correttamente applicato il CCNL settore piccole imprese metalmeccaniche, non avrebbe prodotto alcun utile d'impresa, dichiarato pari al 2%.

Le doglianze non sono fondate.

In ottemperanza all'ordinanza di questo Consiglio n. 513 del 27 giugno 2007, il predetto dirigente regionale ha depositato in atti in data 21 settembre 2007, una documentata relazione sulla base degli accertamenti effettuati.

In detta relazione, si afferma, tra l'altro, che:

a) i prezzi relativi alla mano d'opera offerti dalla Servizi Energia Calore s.r.l. sono riferiti e corrispondono ai livelli tabellari del CCNL del settore metalmeccanico e non al CCNL dell'impresa artigiana;

b) dalla visura camerale non risulta la qualifica d'impresa artigiana della stessa Servizi Energia Calore s.r.l..

Le restanti censure - riferite al costo dei materiali, alla mancanza dei presupposti per il godimento degli sgravi fiscali ex l. 407/1990 ed all'utile dell'impresa - sono inammissibili, in quanto:

- in parte attengono all'esercizio della discrezionalità tecnica, in sede di giudizio in ordine all'adeguatezza della giustificazione della anomalia dell'offerta, che non è suscettibile di sindacato giurisdizionale, ove non affetto da deficienze istruttorie o incongruenze logico - motivazionali (Cons. Stato, sez. VI, 25 settembre 2007, n. 4933; Cass. civ., sez. un., 21 dicembre 2005, n. 28265);

- in parte si limitano a riprodurre in appello le censure dedotte innanzi al tribunale amministrativo, senza una specifica contestazione delle conclusioni alle quali quest'ultimo è pervenuto e delle argomentazioni che le sorreggono.

2.4. Per quest'ultimo motivo, è inammissibile anche la doglianza secondo cui la Servizi Energia Calore sarebbe priva dell'iscrizione camerale per la tipologia di attività oggetto dell'appalto.

Invero, sul punto, il primo giudice ha ritenuto che "il certificato camerale della controinteressata, infatti, reca l'indicazione della abilitazione per gli impianti di cui alla L. 46/1990, art. 1, lett. a, b, c (impianti di riscaldamento e di climatizzazione), d, e, f, g. Inoltre, l'oggetto sociale è talmente ampio che comprende tutte le attività concernenti gli impianti idrici, energetici, termici, elettrici, sanitari ecc."

Nella specie, l'impresa Russo si limita a riprodurre la censura senza dedurre alcun specifico rilievo a quanto deciso con la sentenza impugnata.

2.5. Con l'ultimo motivo, la ricorrente contesta l'inquadramento dell'appalto in esame nel novero dei servizi pubblici, assumendo che vada qualificato come appalto di lavori pubblici. Più in particolare, secondo la tesi di parte ricorrente, rientrerebbe nell'ambito della categoria OS 28 (impianti termici e di condizionamento) di cui al D.P.R. n. 34/2000 (Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici). Pertanto, deduce la necessaria applicazione degli artt. 21 e ss. della L. 109/1994 e l'automatica esclusione dell'offerta anomala della controinteressata.

La doglianza è infondata.

Il servizio di manutenzione di apparecchiature ed impianti rientra nella categoria 1 della tabella 1 allegata al D. Lgs. n. 157/95 (che disciplina gli appalti di servizi pubblici), e corrisponde ai servizi di manutenzione e riparazione di cui alle categorie 6112, 6122, 633 e 886 della CPC (Central Product Classification), aventi ad oggetto, tra l'altro: "macchinari e attrezzature" (Cons. Stato, sez. V, 31 gennaio 2006, n. 348; Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, deliberazione n. 76 del 19 ottobre 2006).

Invece, la categoria OS 28 del D.P.R. n. 34/2000 riguarda gli impianti termici e di condizionamento, ma sotto il profilo della loro costruzione/installazione; attività questa rientrante nel novero dei lavori pubblici.

In altri termini, la manutenzione deve essere ricondotta alla qualifica di "lavori" ogni volta che l'applicazione dell'opera dell'appaltatore comporti un'attività essenziale di modificazione della realtà fisica, con l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale. Mentre, il contratto avente ad oggetto la manutenzione di impianti deve ritenersi che assuma natura di appalto di servizi e non di opere, allorquando comporti una prestazione

continuativa e positiva di fare da effettuarsi con l'assiduo e periodico intervento di personale specializzato, al fine di procurare al committente il normale funzionamento del servizio.

3. Per quanto precede, la sentenza impugnata va confermata.

Le spese di questo grado di giudizio sono poste a carico della parte ricorrente, nella misura complessiva di € 5.000 (cinquemila).

P. Q. M.

Il Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, rigetta l'appello in epigrafe.

Condanna l'impresa individuale Russo Antonio Orlando alle spese della presente fase di giudizio nella misura complessiva di € 5.000 (cinquemila).

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

Così deciso in Palermo, dal Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana in sede giurisdizionale, nelle camere di consiglio del 28 novembre 2007 e del 2 aprile 2008, con l'intervento dei signori: Riccardo Virgilio, Presidente, Claudio Zucchelli, Pietro Falcone, estensore, Antonino Corsaro, Filippo Salvia, componenti.

F.to: Riccardo Virgilio, Presidente

F.to: Pietro Falcone, Estensore

F.to: Loredana Lopez, Segretario

Depositata in segreteria il 4 luglio 2008

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 8 luglio 2008 n. 3391- Pres. Iannotta, Est. Monticelli - Hospital Service s.r.l. ed altri (Avv.ti Cerceo, De Virgiliis e Moscarini) c. Servizi Ospedalieri s.p.a. (Avv.ti Sanino, Marchese, Baccolini e Rizzo), Servizi Italia s.p.a. (n.c.) ed A.S.L. di Chieti (Avv.ti Curzi e Pagani) -

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione ANNO 2007

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello n.654/2007, proposto dalla Hospital Service s.r.l., in proprio e quale mandante del Raggruppamento costituito con la Servizi Italia s.p.a., mandataria, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giulio Cerceo, Paola De Virgiliis e Lucio V. Moscarini ed elettivamente domiciliata presso il terzo difensore in Roma, via Sesto Rufo n.23;

contro

i Servizi ospedalieri s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Sanino, Tommaso Marchese, Stefano Baccolini e Francesco Rizzo ed elettivamente domiciliata presso

e nei confronti

-dei Servizi Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, non costituitasi in giudizio;

- dell'Azienda Sanitaria Locale di Chieti, in persona del Direttore Generale pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Corrado Curzi e Riccardo Pagani ed elettivamente domiciliata in Roma, via Avezzana n. 51 presso lo studio dell'avv. Leopoldo Aperto Bella;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo-Sezione Staccata di Pescara 18 novembre 2006 n.716.

Visto il ricorso con i relativi allegati.

Visto l'atto di costituzione in giudizio dei Servizi ospedalieri s.p.a. e dell'Azienda Sanitaria Locale di Chieti .

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

Visti gli atti tutti della causa.

Nominato relatore il Consigliere Caro Lucrezio Monticelli.

Uditi!Fine dell'espressione imprevista, alla pubblica udienza del 4 dicembre 2007, gli avv.ti Moscarini, De Virgiliis, Curzi, Rizzo e Pagani!Fine dell'espressione imprevista;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Nella sentenza n.716/2006 il Tar Abruzzo- Sezione Staccata di Pescara ha così esposto i fatti di causa:

“L’Azienda Sanitaria Locale di Chieti, previo esperimento di gara pubblica, ha aggiudicato al raggruppamento temporaneo d’imprese costituito tra le società Servizi Italia s.p.a. (mandataria) e Hospital Service s.r.l. (mandante) il servizio di lavanolo, disinfezione, gestione guardaroba, trasporto e riconsegna della biancheria per durata di quattro anni a decorrere dal 1° marzo 2003 e per un importo complessivo annuo di € 2.545.705.

Poiché, a norma di quanto previsto dall’art. 2 del capitolato speciale di appalto e dall’art. 5 del contratto, l’Azienda Sanitaria Locale di Chieti si era riservata la possibilità “di prorogare e rinnovare il contratto per pari periodo, a discrezione della Stazione appaltante”, con deliberazione 25 novembre 2005, n. 1449, il Direttore Generale dell’Azienda ha disposto di “prorogare” e di “rinnovare” per ulteriori quattro anni il contratto in questione alle condizioni economiche maturate a tale data per effetto degli incrementi ISTAT relativi al triennio 2003/2005, cioè per un importo complessivo annuo di € 2.708.975.

Con il ricorso in esame la società Servizi ospedalieri s.p.a., assumendo di essere “primaria impresa nazionale” che opera nel settore in questione, è insorta dinanzi questo Tribunale avverso tale atto, deducendo nella sostanza che l’Amministrazione non avrebbe potuto rinnovare e prorogare il contratto in questione, ma avrebbe dovuto indire nuova gara.

Ha prospettato, a tal fine, le seguenti censure:

1) Violazione dell’art. 23, I e II comma, della L. 18 aprile 2005, n. 62 e di ogni altra norma o principio in materia di concorsualità e trasparenza dell’azione amministrativa. Eccesso di potere per contraddittorietà.

2) Eccesso di potere per difetto di motivazione e di istruttoria, per falsa rappresentazione dei presupposti di fatto e per sviamento.

Conclusivamente, ha anche chiesto la condanna dell’Amministrazione intimata al risarcimento dei danni subiti.

Tali doglianze la parte ricorrente ha ulteriormente illustrato con memoria depositata il 1° giugno 2006.

L’Azienda Sanitaria Locale di Chieti si è costituita in giudizio e con memorie depositate il 23 febbraio, il 20 maggio ed il 26 ottobre 2006 ha pregiudizialmente rilevato di aver provveduto con deliberazione 22 febbraio 2006, n. 223, del Direttore Generale dell’Azienda Sanitaria ad annullare l’impugnata deliberazione 25 novembre 2005, n. 1449, di “proroga/rinnovo” del contratto relativo al servizio di lavanolo, attesa l’illegittimità di tale deliberazione, ed a “disporre la proroga tecnica della fornitura nei confronti dell’attuale affidataria, nelle more dell’espletamento della nuova procedura di evidenza pubblica”.

Si sono anche costituite in giudizio le società Servizi Italia s.p.a. e Hospital Service s.r.l., che con memorie depositate il 22 febbraio ed il 28 ottobre 2006, dopo aver pregiudizialmente eccepito il difetto di giurisdizione di questo Tribunale a conoscere dell’impugnativa proposta in quanto la delibera impugnata “si inserisce nella fase di esecuzione di un rapporto contrattuale nei confronti del quale i terzi rimangono estranei e non possono accampare alcun interesse”, hanno evidenziato, tra l’altro, di aver impugnato sia dinanzi a questo Tribunale, che dinanzi al giudice ordinario, tale sopravvenuta deliberazione e che in tali ricorsi era stato proposto regolamento preventivo di giurisdizione.

Alla pubblica udienza del 9 novembre 2006 la causa è stata introitata a decisione.”

Ciò premesso, il Tar, dopo aver disatteso le eccezioni di carattere preliminare sollevate dai resistenti, ha accolto il ricorso e, per l’effetto, ha annullato l’impugnata deliberazione 25 novembre 2005, n. 1449 del Direttore Generale dell’Azienda Sanitaria Locale di Chieti.

La Hospital Service s.r.l., in proprio e quale mandante del Raggruppamento costituito con la Servizi Italia s.p.a., ha appellato la sentenza del Tar, denunciando sotto vari profili l’erroneità di tale sentenza e chiedendone pertanto la riforma.

Si è costituita in giudizio per resistere all’appello l’Azienda Sanitaria Locale di Chieti, che ha chiesto la conferma della sentenza impugnata.

DIRITTO

1. Con il ricorso in primo grado la Servizi ospedalieri s.p.a., nella sua qualità di impresa che opera nel settore, ha impugnato dinanzi al Tar Abruzzo-Pescara la deliberazione 25 novembre 2005, n. 1449, con la quale il Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria Locale di Chieti ha deciso di "prorogare" e di "rinnovare" per ulteriori quattro anni a decorrere dal 1° marzo 2006 il contratto stipulato con il raggruppamento temporaneo d'impresе costituito tra le società Servizi Italia s.p.a. (mandataria) e Hospital Service s.r.l. (mandante) per lo svolgimento del servizio di lavanolo, disinfezione, gestione guardaroba, trasporto e riconsegna della biancheria. Tale facoltà di proroga e rinnovo era prevista dall'art. 5 del contratto, il quale disponeva che *"Il presente contratto ha la durata di quattro anni a decorrere dall'01.03.2002; l'ASL si riserva, a norma di quanto previsto dall'art.2 del capitolato speciale di prorogare e rinnovare il contratto per pari periodo, a discrezione della stazione appaltante."*

La Servizi ospedalieri s.p.a. ha assunto sostanzialmente che l'Amministrazione non avrebbe potuto rinnovare o prorogare il contratto in questione, ma avrebbe dovuto indire nuova gara.

Va poi aggiunto che nelle more del giudizio dinanzi al Tar, con la deliberazione 22 febbraio 2006, n. 223, il Direttore Generale dell'Azienda Sanitaria ha annullato l'impugnata deliberazione 25 novembre 2005, n. 1449, di "proroga/rinnovo" del contratto relativo al servizio di lavanolo e disposto *"la proroga tecnica della fornitura nei confronti dell'attuale affidataria, nelle more dell'espletamento della nuova procedura di evidenza pubblica."*

Anche quest'ultima delibera è stata impugnata dinanzi sia al medesimo Tar sia al giudice ordinario dal raggruppamento beneficiario dell'atto *"di proroga/ rinnovo"* con ricorsi, allo stato pendenti, in relazione ai quali è stato anche proposto regolamento preventivo di giurisdizione.

Tale complessa situazione ha dato adito al raggruppamento da ultimo menzionato di proporre, con riferimento alla presente controversia, due eccezioni preliminari di difetto di giurisdizione e di difetto di interesse.

Il Tar ha disatteso le eccezioni ed ha accolto il ricorso nel merito.

2. Nell'atto di appello sono state innanzi tutto riproposte le due predette eccezioni, alle quali si è aggiunta, sempre in via preliminare, una censura sul comportamento del Tar, che ha deciso di pronunciarsi immediatamente sul ricorso avverso avverso l'atto di "proroga -rinnovo", senza riunire, nonostante una richiesta in tal senso delle parti, i due ricorsi e senza comunque attendere l'esito del giudizio avente ad oggetto l'autoannullamento del citato provvedimento e la decisione sul regolamento di giurisdizione proposto nel giudizio stesso.

Quest'ultima doglianza va senz'altro disattesa, giacché rientra nel potere discrezionale del Tar disporre o meno la riunione dei ricorsi e non può ravvisarsi un rapporto di pregiudizialità necessaria né con il giudizio relativo all'autoannullamento (che come si vedrà non avrebbe comunque determinato la cessazione della materia del contendere) né con la pronuncia sulla giurisdizione delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (riguardando quest'ultima un diverso giudizio e comunque una fattispecie non coincidente, poiché viene ivi in considerazione un provvedimento di autotutela intervenuto dopo la stipulazione del contratto di "proroga -rinnovo").

3. Si può ora passare all'esame della questione centrale proposta con l'appello, e cioè la determinazione del giudice competente in ordine alla presente controversia.

Va al riguardo in primo luogo evidenziato che, in linea di principio, il rinnovo o la proroga, al di fuori dei casi contemplati dall'ordinamento, di un contratto d'appalto di servizi o di forniture stipulato da un'amministrazione pubblica da luogo a una figura di trattativa privata non consentita e legittima qualsiasi impresa del settore a far valere dinanzi al giudice amministrativo il suo interesse legittimo all'espletamento di una gara.

Ciò posto, si deve verificare quale fosse all'epoca la disciplina della materia

L'art. 6, comma 1 della L. 24 dicembre 1993, n. 537 dopo la modifica introdotta dall'art. 44 della L. 23 dicembre 1994, n. 724, disponeva che *"è vietato il rinnovo tacito dei contratti delle pubbliche"*

amministrazioni per la fornitura di beni e servizi, ivi compresi quelli affidati in concessione a soggetti iscritti in appositi albi. I contratti stipulati in violazione del predetto divieto sono nulli. Entro tre mesi dalla scadenza dei contratti, le amministrazioni accertano la sussistenza di ragioni di convenienza e di pubblico interesse per la rinnovazione dei contratti medesimi e, ove verificata detta sussistenza, comunicano al contraente la volontà di procedere alla rinnovazione”.

L'ultimo periodo del predetto comma è stato poi soppresso dall'art. 23, comma 1, della L. 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004), mentre il successivo comma. 2 dello stesso articolo ha consentito solo la “proroga” dei contratti per acquisti e forniture di beni e servizi “*per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge*”.

Sulla portata di tale normativa si è pronunciata la IV Sezione del Consiglio di Stato che, con decisione 31 ottobre 2006, n. 6457, ha avuto modo di chiarire quanto segue.

“Deve premettersi che la modifica introdotta dall'art.23 l. n.62/05 deve intendersi finalizzata, come si ricava dall'esame della relazione illustrativa e dalla collocazione sistematica della disposizione, all'archiviazione di una procedura di infrazione comunitaria (n.2003/2110) avente ad oggetto proprio la previsione normativa nazionale della facoltà di procedere al rinnovo espresso dei contratti delle pubbliche amministrazioni, ritenuta incompatibile con i principi di libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi cristallizzati negli artt.43 e 49 del Trattato CE e con la normativa europea in tema di tutela della concorrenza nell'affidamento degli appalti pubblici, e che, quindi, ogni esegesi della sua portata applicativa dev'essere coerente con la ratio e con lo scopo della relativa innovazione, per come appena evidenziati.

In conformità a tale premessa metodologica, deve osservarsi che all'eliminazione della possibilità di provvedere al rinnovo dei contratti di appalto scaduti, disposta con l'art.23 l. n.62/05, deve assegnarsi una valenza generale ed una portata preclusiva di opzioni ermeneutiche ed applicative di altre disposizioni dell'ordinamento che si risolvono, di fatto, nell'elusione del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici.

Solo rispettando il canone interpretativo appena indicato, infatti, si assicura l'effettiva conformazione dell'ordinamento interno a quello comunitario, mentre, accedendo a letture sistematiche che riducano la portata precettiva del divieto di rinnovazione dei contratti pubblici scaduti e che introducano indebite eccezioni, si finisce per vanificare la palese intenzione del legislatore del 2005 di adeguare la disciplina nazionale in materia a quella europea e, quindi, per conservare profili di conflitto con quest'ultima del regime giuridico del rinnovo dei contratti di appalto delle pubbliche amministrazioni.

Ne consegue che, in coerenza con la regola ermeneutica appena sintetizzata, non solo l'intervento normativo di cui all'art.23 l. n.62/05 dev'essere letto ed applicato in modo da escludere ed impedire, in via generale ed incondizionata, la rinnovazione di contratti di appalto scaduti, ma anche l'esegesi di altre disposizioni dell'ordinamento che consentirebbero, in deroga alle procedure ordinarie di affidamento degli appalti pubblici, l'affidamento, senza gara, degli stessi servizi per ulteriori periodi dev'essere condotta alla stregua del vincolante criterio che vieta (con valenza imperativa ed inderogabile) il rinnovo dei contratti.

Né varrebbe, ancora, sostenere l'illegittimità del controverso diniego sulla base dell'argomento della previsione della possibilità del rinnovo nel bando di gara e nel successivo contratto, posto che la natura imperativa ed inderogabile della sopravvenuta disposizione legislativa che introduce un divieto generalizzato di rinnovazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni implica la sopravvenuta inefficacia delle previsioni, amministrative e contrattuali, configgenti con il nuovo e vincolante principio, che non tollera la sopravvivenza dell'efficacia di difformi clausole negoziali (attesa la natura indisponibile degli interessi in esse coinvolti).”

Da quanto sopraesposto emerge dunque che in tema di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, ma vige il principio che, salvo espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara (salva la limitata proroga di cui sopra).

Pertanto, allorché un' impresa del settore lamenti che alla scadenza di un contratto non si è effettuata una gara, fa valere il suo interesse legittimo al rispetto delle norme dettate in materia di scelta del contraente e l'eventuale nullità o inefficacia della clausola contrattuale che preveda un rinnovo o una proroga va accertata in via incidentale dal giudice amministrativo, competente a conoscere in via principale della eventuale lesione del predetto interesse legittimo.

Deve dunque concludersi per la giurisdizione del giudice amministrativo in ordine alla presente controversia.

4. Ciò posto deve ora verificarsi se, a causa del sopravvenuto provvedimento di autotutela, si fosse determinata la cessazione della materia del contendere in ordine all'impugnazione del provvedimento di *proroga-rinnovo*.

Al quesito va data risposta negativa, in quanto, essendo il provvedimento di autotutela ancora *sub iudice*, non vi è alcuna certezza in relazione al definitivo venir meno del provvedimento in contestazione e sussiste in ogni caso l'interesse dell'istante a che sia verificata in via giurisdizionale l'illegittimità del comportamento dell'amministrazione, quanto meno al fine di veder accertati in tale sede i presupposti per il riconoscimento del risarcimento dei danni, che aveva richiesto con il ricorso di primo grado.

5. Venendo ora all'esame del merito dell'appello, va evidenziato che il provvedimento in questione si pone in contrasto con la disciplina della materia, e specificamente con l'art. 23 della L. 18 aprile 2005, n. 62, che, mentre al comma 1 ha vietato il rinnovo dei contratti, al successivo comma. 2 ha consentito, come già sopraevidenziato, solo la "proroga" dei contratti per acquisti e forniture di beni e servizi "per il tempo necessario alla stipula dei nuovi contratti a seguito di espletamento di gare ad evidenza pubblica a condizione che la proroga non superi comunque i sei mesi e che il bando di gara venga pubblicato entro e non oltre novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge".

Nella fattispecie invece la *proroga-rinnovo* è stata disposta per quattro anni e non è stato bandito alcun concorso.

Né può valere la circostanza che il disciplinare ed il contratto, relativi al quadriennio decorrente dal 1 marzo 2003, menzionato sopra, prevedessero la possibilità di proroga-rinnovo per quattro anni, perché si è già visto che, per effetto dell'entrata in vigore dell'art.23 della legge n.62/2005, deve ritenersi che si è verificata l'inefficacia sopravvenuta di qualsiasi disposizione contrattuale contrastante con detta norma.

6. L'appello deve dunque essere respinto.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo in favore della società appellata.

P. Q. M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), respinge l'appello in epigrafe.

Condanna la Hospital Service s.r.l. al pagamento, in favore dell'appellata Servizi Ospedalieri s.p.a., le spese del grado di giudizio, che liquida in complessivi euro 2000/00 (duemila/00).

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

Così deciso in Roma, addì 4 dicembre 2007, dal Consiglio di Stato in s.g. (Sez. V) riunito in camera di consiglio con l'intervento dei seguenti Magistrati:

Raffaele Iannotta PRESIDENTE

Cesare Lamberti CONSIGLIERE

Caro Lucrezio Monticelli est. CONSIGLIERE

Marzio Branca CONSIGLIERE

Francesco Giordano CONSIGLIERE

L'ESTENSORE

f.to Caro Lucrezio Monticelli

IL SEGRETARIO

f.to Rosi Graziano

DEPOSITATA IN SEGRETERIA l'08-07-08

(Art. 55. L. 27/4/1982, n. 186)

p. IL DIRIGENTE

f.to Livia Patroni Griffi

IL PRESIDENTE

f.to Raffaele Iannotta

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. VI - sentenza 11 luglio 2008 n. 3499- Pres. Ruoppolo, Est. Giovagnoli - Enel Rete Gas s.p.a. (Avv. Crisci) c. Comune di Terni (Avv.ti Clarizia e Salonico) ed Umbria Distribuzione Gas s.p.a. (Avv.ti Caia e Sanino) -

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sul ricorso in appello n. 5346/2007 proposto da E.N.E.L. RETE GAS S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dal Prof. Avv. Stefano Crisci, elettivamente domiciliata presso il suo studio in Roma, Via Parigi n. 11 (studio Carnelutti);

contro

COMUNE DI TERNI, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avv.ti Prof. Angelo Clarizia e Tommaso Salonico, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma alla via Principessa Clotilde n. 2;

e nei confronti di

UMBRIA DISTRIBUZIONE GAS S.P.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv.ti prof.ri Giuseppe Caia e Mario Sanino, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, Viale Parioli n. 180;

per l'annullamento

della sentenza del T.a.r. Umbria n. 427/2007, resa *inter partes*;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Terni e di Umbria Distribuzione Gas;

Viste le memorie depositate dalle parte a sostegno delle rispettive posizioni;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla udienza pubblica del 15 aprile 2008, il Consigliere Roberto Giovagnoli; uditi, altresì, gli avv.ti Crisci, Sanino, Clarizia e Caia;

FATTO

1. In vista della scadenza (al 31 dicembre 2006) della gestione del servizio di distribuzione del gas naturale (protrattasi dal 1929 in forza di affidamenti diretti), il Comune di Terni, in applicazione dell'articolo 14, comma 7, del d.lgs. 164/2000, ha avviato le procedure di gara per l'affidamento della relativa concessione per dodici anni.

Con determinazione dirigenziale n. 24 in data 16 maggio 2006, è stato approvato e pubblicato il bando della licitazione privata, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di cui all'articolo 24, lettera b), del d.lgs. 158/1995. Il termine per il ricevimento delle domande di partecipazione era fissato al 4 luglio 2006, il valore complessivo del contratto era indicato in 250 milioni di Euro (e l'importo della garanzia che l'aggiudicataria avrebbe dovuto presentare alla stipula del contratto di servizio, in 25 milioni di Euro).

Poiché il valore del contratto ammontava in realtà a 25 milioni di Euro (e l'importo della garanzia a 2,5 milioni di Euro), con determinazione n. 26 in data 30 maggio 2006, sono stati corretti tali errori materiali ed il termine è stato prorogato all'11 luglio 2006.

Prima della scadenza del nuovo termine, il Comune di Terni ha pubblicato sul proprio sito Internet la seguente "precisazione": "*Istituto dell'avvalimento – ai fini della partecipazione alla gara per l'assegnazione del servizio di distribuzione del gas naturale, si conferma, a seguito di numerose richieste, che si intendono automaticamente integrate nel Bando le previsioni delle Direttive Comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE, nonché del Decreto Legislativo n. 163, del 12.04.06, "Codice degli appalti", art. 49*".

Va sottolineato che al riguardo erano stati chiesti chiarimenti dall'Italgas S.p.a. (lettera in data 27 giugno 2006) e dalla Gas Natural Distribuzione Italia S.p.a. (lettera in data 29 giugno 2006).

In data 3 agosto 2006 sono state inviate le lettere d'invito, con allegato il "Documento programmatico di sviluppo per la rete di distribuzione del gas naturale nel territorio del Comune di Terni", agli undici soggetti che avevano chiesto di essere invitati alla gara.

Il Documento programmatico si articolava in tre sezioni: a) descrizione della rete e delle infrastrutture (dove veniva evidenziato, tra l'altro, che "*la rete dispone di quattro cabine REMI, tutte di recente costruzione, delle quali tre sono interconnesse, conferendo un elevato grado di affidabilità ai fini della continuità del servizio*"); b) indicazione dei dati previsionali di sviluppo del P.R.G. (dove si prevedeva, tra l'altro, che, nei dodici anni di durata della concessione, si sarebbero raggiunte le 4.472 unità abitative); c) previsione di sviluppo della rete di distribuzione (dove veniva evidenziato, tra l'altro, che sarebbe stato necessario un incremento "*pari a 3 mt/utente per complessivi 13.416 mt, che aggiunti ai 1.500 mt per il prolungamento del feeder a media pressione, porterebbero ad un totale di nuova rete per complessivi 14.916 mt. Tale valore costituisce il riferimento per il piano di Sviluppo, per la valutazione degli interventi di manutenzione straordinaria sulla rete esistente (sostituzioni), tenendo conto dei consistenti interventi effettuati negli ultimi 20 anni, con il potenziamento delle tubazioni e la totale sostituzione della ghisa, si può ragionevolmente ipotizzare un piano di sostituzioni di tubazioni nella misura di 1.300 mt/anno*").

In pendenza del termine di presentazione delle offerte, fissato al 25 settembre 2006, il Comune di Terni ha fornito chiarimenti (mediante lettere a tutti i partecipanti prot. 146853 in data 8 settembre 2006 e prot. 152409 in data 19 settembre 2006) e con determinazione dirigenziale n. 42 in data 19 settembre 2006, "*al fine di meglio valutare ed approfondire i chiarimenti forniti ai fini della presentazione dell'offerta*" ha disposto una proroga del termine fino al 28 settembre 2006. Va sottolineato che una espressa richiesta in tal senso era stata presentata dalla Trentino Servizi S.p.a. con lettera in data 18 settembre 2006.

Sono quindi pervenute nove offerte, tra cui quella della Umbria Distribuzione Gas S.p.a., poi risultata aggiudicataria, e quella della Enel Rete Gas S.p.a., seconda classificata ed odierna ricorrente.

In data 3 ottobre 2006, la Commissione tecnica di valutazione si è riunita in seduta riservata ed ha stabilito metodologie di valutazione, nel senso che:

- "*prende atto della logica comparativa che permea la lettera d'invito, come si evince, ad es. dall'esame del punto 2 par. 2.1. e 2.2. [...] e ne fa il proprio dettato metodologico, sia per l'individuazione della migliore offerta, sia per l'attribuzione dei punteggi in misura proporzionale. Pertanto la Commissione decide di esaminare tutte le proposte pervenute riservandosi di assegnare i punteggi a disposizione di questa fase solo alla conclusione dell'esame di tutte le offerte*";

- "*le offerte siano apprezzate anche in specifico riferimento a quanto si avvicineranno in termini di articolazione e completezza, oltre che accuratezza e vantaggiosità, al sistema degli elementi costituiti degli allegati alla lettera di invito*". Vale a dire, per la valutazione dei punti 2.1. e 2.1., ha adottato una logica di comparazione delle offerte, tra loro e rispetto al Documento programmatico, e di attribuzione del punteggio in misura proporzionale, decidendo inoltre :

- "*di supportare il proprio processo analitico adottando il modello allegato al presente verbale per una prima assegnazione provvisoria di punteggio, riservandosi di modificarlo a seguito di considerazioni qualitative afferenti ai criteri generali che la commissione si è data. La sintesi delle considerazioni non potrà, comunque, superare la penalizzazione di punti 5 (cinque)*". Vale a dire, ha predisposto un modello

matematico per l'attribuzione del punteggio (composto da tabelle – fogli da A ad H – da riempire con valori numerici, con alcune indicazioni esplicative) riservandosi di modificare, entro un limite prefissato, gli esiti dell'applicazione di tale modello, alla luce di considerazioni qualitative complessive.

La valutazione delle offerte tecniche è avvenuta nelle sedute dal 13 ottobre al 17 novembre 2006.

Va sottolineato che, circa l'offerta ERG, la Commissione (nella seduta del 13 ottobre 2006): quanto al criterio/punto 2.1., ha rilevato che *"la proposta sviluppata nei dettagli risulta fortemente incompleta (IDU e contatori mancanti). Discutibile il programma di esecuzione della proposta ... In considerazione della rilevanza della mancanza sopra riportata, la Commissione si riserva di valutare la validità della proposta o di non considerare, per questo punto, l'offerta"*; quanto al criterio/punto 2.2., che *"sono sempre discutibili i tempi di esecuzione, così come è discutibile la scelta del rifacimento della REMI di Collescipoli soprattutto in considerazione di quanto indicato nella lettera d'invito (all. 1 "quattro cabine REMI, tutte di recente costruzione"*; quanto al criterio/punto 4.3., *"avanza perplessità sulle percentuali proposte in quanto ritenute eccessive (100% dei controlli entro il 3° anno) tenuto conto dell'età dell'impianto di Terni, tenuto conto che la maggioranza dell'utenza è certamente anteriore al '90 e quindi all'entrata in vigore della 46/90 che regola la costruzione e la documentazione di certificazione degli impianti interni"*.

In data 17 novembre 2006, la Commissione *"Relativamente ai punti 2.1. e 2.2., in considerazione che molte delle proposte esaminate non presentano l'indicazione di realizzazione di IDU e installazione di contatori, dopo ampia discussione (...) decide di accettare tutte le proposte e di procedere, comunque alla valutazione delle offerte sulla base delle soluzioni impiantistiche presentate"*.

In data 18 novembre 2006 la commissione ha esaminato le proposte/offerte dei partecipanti in ordine ai punti 2.1. e 2.2. della lettera d'invito.

In particolare, per quanto riguarda la proposta ERG, relativamente al punto 2.1., ha osservato che *"le omissioni e la incompletezza del progetto e la inattuabilità dei tempi indicati, siano nettamente prevalenti rispetto a quanto proposto relativamente all'innovazione tecnologica ed alla riduzione dell'inquinamento. Questi interventi, seppur apprezzabili, sono da ritenere non particolarmente rilevanti ai fini della funzionalità del servizio e di peso economico marginale. Per questi motivi, la Commissione ritiene la proposta fortemente incompleta ed inadeguata alle finalità del bando"*. Relativamente al punto 2.2., ha evidenziato: per gli interventi di manutenzione straordinaria e sostituzione, una valorizzazione *"nettamente superiore ai valori medi delle altre proposte"*; per gli interventi di manutenzione straordinaria, con riferimento alla concentrazione degli interventi nell'arco di sei mesi, che *"non appare comprensibile una decisione di questo tipo in contrasto con altre proposte che adottano tempi più dilatati"*; un numero di misuratori oggetto di sostituzione *"non idoneo a lasciare un parco contatori di età massima a 25 anni alla fine del contratto di servizio"*; che il rifacimento della cabina REMI di Collescipoli *"pare alla Commissione non necessario ai fini della gestione dell'impianto"*.

La Commissione, in esito a detta valutazione, *"concorda nell'attribuire i punteggi determinatosi (sic) dall'applicazione del modello di cui al verbale del 3.10.2006 (ore pomeridiane) riconfermando le differenze generate dall'applicazione del modello e convenendone sulla loro validità non applica alcuna penalizzazione come consentito dal verbale sopra citato"*.

Ed ha attribuito i seguenti punteggi alle proposte/offerte tecniche :

- UDG: 41,71 punti (di cui 18 punti per l'elemento/punto 2.1. e 10 per l'elemento/punto 2.2. – punteggi massimi previsti);

- ERG: 33,18 punti (di cui 5,70 punti per l'elemento/punto 2.1. e 6,97 per l'elemento/punto 2.2.).

In data 1 dicembre 2006, la Commissione ha proceduto all'apertura delle buste con le offerte economiche (concernenti *"il canone annuo da riconoscere al proprietario delle reti e degli impianti per l'affidamento del servizio quale percentuale fissa ed invariabile del vincolo dei ricavi di distribuzione (VRD)"*). ERG ha offerto un canone pari al 71% dei VRD, ottenendo 50 punti – punteggio massimo previsto; UDG un canone pari al 66,13%, ottenendo 47,08 punti.

Il servizio è stato provvisoriamente aggiudicato ad UDG (prima classificata con 88,79 punti complessivi, a fronte degli 83,19 di ERG, seconda classificata), in attesa della verifica dell'anomalia dell'offerta, in applicazione degli articoli 25 del d.lgs. 158/1995 e 57 della Direttiva 2004/17/CE.

UDG ha fornito in data 18 dicembre 2006 le giustificazioni (richieste in data 14 dicembre 2006).

In data 19 dicembre 2006, la Commissione ha ritenuto la documentazione rispondente "*alla richiesta di precisazioni avanzata dall'Amministrazione poiché le valutazioni effettuate dalla società provvisoriamente aggiudicataria, si basano su uno studio approfondito e specifico che la Società ha condotto direttamente con la società ausiliaria Italgas, leader nel settore nazionale della distribuzione di gas naturale*" e, valutate le giustificazioni, ha concluso nel senso che "*il Piano rappresentato è coerente con tutti gli aspetti dell'offerta tecnica, di cui riprende le proposte di investimento e la qualità della gestione, e dell'offerta economica*".

Con determinazione n. 51 in data 27 dicembre 2006, è stata disposta l'aggiudicazione definitiva in favore di UDG.

2. La ERG ha impugnato innanzi al T.a.r. Umbria detto provvedimento, unitamente agli atti della Commissione giudicatrice presupposti, chiedendone l'annullamento e chiedendo altresì la condanna al risarcimento, anche in forma specifica, dei danni conseguentemente subiti.

La Erg, come si vedrà con maggiore dettaglio nel prosieguo, ha formulato articolate censure che possono essere raggruppate in tre categorie principali. In particolare, la ricorrente ha contestato: a) la legittimità della partecipazione alla gara di UDG in vista dei suoi rapporti con il Comune di Terni; b) la violazione della normativa in materia di avvalimento; c) la legittimità dell'operato della commissione aggiudicatrice in sede di valutazione delle offerte tecniche dei concorrenti e di valutazione dell'anomalia dell'offerta.

Con la sentenza impugnata il T.a.r. Umbria ha respinto il ricorso, compensando le spese di giudizio.

La ERG ha appellato tale sentenza innanzi al Consiglio di Stato chiedendone in via cautelare la sospensione.

A sostegno dell'appello, la Erg ripropone le censure già formulate in primo grado.

Si sono costituiti in giudizio il Comune di Terni e Umbria Gas Distribuzione chiedendo il rigetto del ricorso.

L'istanza di sospensione è stata respinta da questa Sezione con ordinanza n. 3464 del 3 luglio 2007.

In vista dell'udienza fissata per il merito, tutte le parti hanno presentato memorie a sostegno delle rispettive posizioni.

All'udienza pubblica del 15 aprile 2008, la causa è stata trattenuta per la decisione.

MOTIVI DELLA DECISIONE

1. L'atto di appello ripropone le articolate censure già formulate da ERG innanzi al Giudice di primo grado.

2. Un primo ordine di censure concerne l'illegittimità della partecipazione alla gara di UDG, alla luce dei rapporti con il Comune di Terni, sotto vari profili appresso indicati, riferiti a vizi di: violazione e falsa applicazione degli articoli 14, commi 1, 3 e 5, del d.lgs. 164/2000 e 113 del d.lgs. 267/2000; eccesso di potere per conflitto di interessi tra stazione appaltante e società aggiudicataria; violazione del principio di libera concorrenza e dei principi relativi agli appalti di rilievo comunitario circa la terzietà della stazione appaltante e la *par condicio* tra i concorrenti; violazione del principio di buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.); perplessità; sviamento.

Premesso che UDG è partecipata per il 45 % da Italgas, per il 40 % da ASM Terni S.p.a. (d'ora in poi: ASM) – società interamente posseduta dal Comune di Terni - e per il restante 15 % da ACEA S.p.a.; che ha sede negli stessi locali della ASM; che vi è intreccio tra le cariche sociali (identico è il presidente del consiglio di amministrazione, uno dei consiglieri di UDG è anche direttore generale di ASM, identici sono i sindaci); e

che, a suo dire, le norme statutarie consentono al socio di minoranza di determinare la scelta degli amministratori, la società ricorrente deduce le seguenti censure :

- la partecipazione di una società mista alla gara bandita dalla stessa amministrazione aggiudicatrice che ne è socia sarebbe stata astrattamente ammissibile per l'affidamento di un appalto, ma non lo è per l'affidamento di una concessione di pubblico servizio, ipotesi nella quale (come evidenziato nella comunicazione interpretativa della Commissione europea del 29 aprile 2000 – 2000/C 121/02) il rischio imprenditoriale deve ricadere interamente sul concessionario, senza che l'amministrazione concedente vi partecipi attraverso l'assunzione di oneri economici e gestionali.

- la legittimità della partecipazione alla gara presuppone comunque che sia esclusa ogni forma di "collegamento", anche solo sostanziale, tra la società mista e l'amministrazione concedente. Invece, i descritti rapporti tra UDG ed il Comune di Terni sono tali da non garantire la terzietà del concessionario e la promozione di situazioni pro-competitive favorevoli all'utenza. In particolare, detti rapporti fanno presumere il mancato rispetto del principio di *par condicio* tra i concorrenti, e potrebbero far sì che UDG goda di sovvenzioni pubbliche, in violazione dei principi di tutela della concorrenza.

- la società mista avrebbe dovuto essere costituita ed operativa ben prima della pubblicazione del bando di gara, mentre UDG è stata costituita in data 26 giugno 2006 ed iscritta alla C.C.I.A.A. in data 3 luglio 2006, vale a dire un giorno prima della scadenza dell'originario termine di presentazione delle domande di partecipazione alla gara.

- il Comune, per scegliere il socio privato (di ASM) in UDG, avrebbe dovuto ricorrere ad una procedura ad evidenza pubblica, preventivamente portata a conoscenza di tutti i terzi interessati. Tali circostanze concernenti la costituzione di UDG, unitamente allo spostamento del termine di presentazione delle offerte ed alla "precisazione" circa l'utilizzabilità dell'avvalimento, costituiscono sintomo di sviamento, e celano la volontà di procedere ad un affidamento diretto del servizio, in violazione dell'articolo 113 del T.U.E.L.

- in ogni caso, UDG non avrebbe potuto partecipare alla gara, in quanto il socio pubblico (ASM) è affidatario diretto di altri servizi pubblici locali (energia elettrica ed acqua) nello stesso territorio comunale, e si realizza così un "monopolio pubblico" dei servizi offerti dal Comune che confligge con i principi di apertura dei mercati dei servizi pubblici alla concorrenza, fatti propri dalle Direttive appalti (2004/17/CE e 2004/18/CE) e dalle Direttive di settore (2003/55/CE, non ancora attuata, e 98/30/CE, attuata con il d.lgs. 164/2000).

- la coincidenza tra controllore e controllato pregiudica l'effettivo esercizio da parte del Comune di Terni dei poteri di indirizzo, vigilanza, programmazione, controllo (fino al potere di recesso dal contratto di servizio per inadempimento) dell'attività di distribuzione del gas svolta dal concessionario.

Per l'ipotesi che non si ritengano fondati i profili di illegittimità suindicati, la ricorrente chiede che venga rimessa alla Corte di Giustizia, ai sensi dell'articolo 234 del Trattato, la questione della compatibilità con il diritto comunitario dell'affidamento della concessione di distribuzione del gas a società mista rispetto alla quale il concedente sia in grado di esercitare un'influenza notevole, nei termini sopra descritti.

2.1. Il motivo non è fondato.

La Sezione deve in primo luogo rilevare che la circostanza che UDG sia partecipata (per il 40%) dalla società ASM Terni s.p.a. (a sua volta partecipata integralmente dal Comune di Terni), non determina, di per sé, alcuna violazione né di norme né di principi giuridici di matrice nazionale o comunitaria.

Ed invero, come la giurisprudenza sia nazionale che comunitaria (puntualmente richiamata negli scritti difensivi delle parti resistenti) ha avuto in più occasioni modo di affermare, la compartecipazione societaria dell'amministrazione aggiudicatrice alla società concorrente non determina alcuna automatica violazione dei principi concorrenziali e di parità di trattamento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 settembre 2004, n. 6325; Cons. Giust. Amm., 24 dicembre 2002, n. 692).

Una simile limitazione a carico delle società miste a partecipazione pubblica si porrebbe, anzi, in contrasto con i principi dell'ordinamento comunitario, il quale esige che le imprese pubbliche abbiano possibilità di agire in regime di parità di trattamento con la imprese private.

Ciò si desume, innanzitutto, dall'art. 295 del Trattato CE, che lascia del tutto impregiudicato il regime di proprietà esistente negli Stati membri, e dall'art. 86 del medesimo Trattato CE che, vietando il mantenimento nei confronti delle imprese pubbliche di misure contrarie alle norme del Trattato, salvo quanto strettamente necessario all'adempimento delle specifiche missioni di interesse generale di cui esse siano eventualmente incaricate, presuppone, per ogni altro aspetto, una piena parificazione tra imprese pubbliche e private.

Coerentemente con tali norme, l'art. 1, part. 7 della Direttiva 2004/17/CE qualifica "imprenditore", "fornitore" e "prestatore di servizi", accanto a qualsiasi persona fisica o giuridica ed ai raggruppamenti di tali persone, l'ente pubblico, il quale, al pari delle prime, offra sul mercato, rispettivamente, la realizzazione di lavori e/o opere, prodotte e servizi.

Anche la Corte di Giustizia CE ha precisato che il principio di parità di trattamento non è violato per il solo fatto che l'amministrazione aggiudicatrice ammette a partecipare ad una procedura di aggiudicazione organismi che ricevono, da essa stessa o da altre amministrazioni aggiudicatrici, sovvenzioni, indipendentemente dalla loro natura (Corte Giust. CE, 7 dicembre 2000, in C 44/99) o che sono da essa partecipati (Corte Giust. CE, 11 gennaio 2005, C-26/03).

Tale indirizzo merita certamente di essere condiviso: le garanzie offerte dalla procedura dell'evidenza pubblica valgono, infatti, ad escludere che la partecipazione all'interno della società da parte dell'ente pubblico che bandisce la gara possa rappresentare, di per sé, un fattore distorsivo della concorrenza e, quindi, offrire alla società partecipata un illegittimo vantaggio a scapito delle altre imprese.

In definitiva, in assenza di prove in ordine a specifiche violazioni delle regole di evidenza pubblica, deve escludersi che la mera partecipazione dell'ente pubblico ad una società concorrente rappresenti un elemento tale da pregiudicare la regolarità della gara.

2.2. Né alcuna preclusione può ricavarsi dall'art. 14, comma 5, d.lgs. n. 164/2000, ai sensi del quale, alle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione di gas naturale "*sono ammesse, senza limitazioni territoriali, società per azioni o a responsabilità limitata, anche a partecipazione pubblica, e società cooperative a responsabilità limitata, sulla base di requisiti oggettivi, proporzionati e non discriminatori, con la sola esclusione delle società, delle loro controllate, controllanti e controllate da una medesima controllante, che, in Italia o in altri Paesi dell'Unione europea, gestiscono di fatto, o per disposizioni di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di affidamento diretto o di una procedura non ad evidenza pubblica. Alle gare sono ammessi inoltre i gruppi europei di interesse economico*".

Tale norma nel caso di specie non può trovare applicazione in quanto, a prescindere dalla questione se ASM Terni s.p.a. possa essere considerata affidataria diretto di un servizio pubblico locale, il Collegio deve escludere in radice che UDG sia controllata da ASM Terni s.p.a.

In ordine al primo profilo deve evidenziarsi che il concetto di controllo cui occorre far riferimento per l'applicazione della causa di esclusione dalle gare di cui all'art. 14, comma 5, d.lgs. n. 164/2000 è esplicitato nell'art. 2, comma 1, lett. s) dello stesso d.lgs. n. 164/2000, laddove si prevede che "impresa controllata" è "un'impresa controllata ai sensi dell'articolo 2359, commi 1° e 2°, del codice civile".

Ebbene, nel caso di specie non sussiste nessuna delle tre ipotesi di controllo (controllo interno di diritto; controllo interno di fatto; controllo esterno di fatto) contemplate dall'art. 2359 c.c.

2.2.1. Il controllo interno di diritto ai sensi dell'art. 2359, comma 1, n. 1, deve essere escluso in quanto ASM detiene solo il 40% del capitale sociale di UDG, a fronte di una partecipazione del 45% di Italgas e del 15% di Acea. Asm quindi non dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria.

2.2.2. Ugualmente, non può ritenersi sussistente controllo interno di fatto: a fronte della partecipazione di Italgas che detiene il 45% del capitale di UDG (è il socio di maggioranza relativa), deve escludersi che ASM (con la sua partecipazione di minoranza al 40%) possa determinare le scelte della società, prevalendo sulle decisioni degli altri due soci.

Né in senso contrario può argomentarsi dalla previsione statutaria che richiede una maggioranza qualificata (86%) per le deliberazioni dell'assemblea dei soci. Tale quorum deliberativo, pur attribuendo a ciascun socio

un potere di veto, conferma che ASM (con la sua partecipazione del 40%) non è in grado di determinare da sola, senza il consenso degli altri soci, le scelte dell'assemblea ordinaria della società.

Ugualmente deve ritenersi irrilevante l'eventuale sussistenza (peraltro non dimostrata dall'odierno appellante) di patti parasociali tra ASM ed altri soci ai fini del controllo della società: il Collegio condivide la tesi (maggioritaria nella dottrina e nella giurisprudenza civilistica) secondo cui la nozione di controllo civilistico (cui rinvia il d.lgs. n. 164/2000), richiede l'unicità del soggetto controllante, non bastando il c.d. controllo congiunto (ossia la circostanza che più soci, nessuno dei quali disponga della maggioranza dei voti la conseguano in concreto, in forza di previsioni, statutarie o parasociali concernenti il loro diritto di voto).

2.2.3. Deve, infine, escludersi, un controllo esterno di fatto ex art. 2359, primo comma n. 3, non risultando alcun particolare vincolo contrattuale tra ASM e UDG che permetta alla prima di esercitare una influenza dominante sulla seconda.

2.3. Non vi era, quindi, alcuna preclusione impediva della partecipazione alla gara di UDG.

2.4. Appare, pertanto, manifestamente infondata la richiesta di rinvio pregiudiziale proposta, anche in appello, dalla ricorrente ai sensi dell'art. 234 Trattato CE. Si deve, al riguardo, richiamare la c.d. "teoria dell'atto chiaro" (elaborata dalla Corte di Giustizia sin dalla sentenza CILFIT (sentenza 6 ottobre 1982, in C-283/1981) per la quale un giudice nazionale non deve operare il rinvio qualora il contenuto della norma comunitaria che si intende applicare si ponga agli occhi dell'interprete con una tale evidenza da non lasciar spazio ad alcun ragionevole dubbio. Questo Giudice ritiene, infatti, che tale evidenza si imporrebbe anche agli Giudici degli altri Stati membri e alla stessa Corte di Giustizia.

2.5. Non possono essere accolte neanche le censure con cui si contesta che il socio privato di UDG non è stato scelto mediante gara: esse, come correttamente rilevate dal T.a.r., vanno dichiarate inammissibili in quanto la società ricorrente, pur lamentando che non le sia stata a suo tempo offerta la possibilità di concorrere alla partecipazione alla società mista, non ha impugnato i provvedimenti sottostanti alla costituzione della società mista.

2.6. Ugualmente prive di fondamento sono le censure con cui si lamenta un abuso della personalità giuridica che il Comune avrebbe perpetrato nell'aggiudicare la gara ad UDG: i fatti indicati dalla società ricorrente a dimostrazione di detto abuso non hanno alcun valore sintomatico, ma, al contrario, trovano piena giustificazione nel fisiologico svolgimento della gara (come correttamente evidenziato dal primo Giudice, i modi ed i tempi della costituzione ad hoc di UDG rientrano nella prassi degli accordi tra operatori economici; le proroghe dei termini trovano riscontro in richieste dei concorrenti, ovvero in esigenze di chiarimento che non possono considerarsi pretestuose o artificiosamente costruite; la possibilità di ricorrere all'avvalimento, come appreso esposto, era imposta dal diritto comunitario).

3. Un secondo ordine di censure fa leva sull'illegittimità dell'utilizzazione dell'istituto dell'avvalimento nella gara in questione.

Ciò, poiché la previsione della possibilità per i concorrenti di utilizzare l'avvalimento, non essendo stata pubblicata dal Comune di Terni con le stesse forme di pubblicità utilizzate per il bando (pubblicazione sulla G.U.R.I. e sulla G.U.C.E., oltre che su due quotidiani nazionali) comporterebbe una modifica irrituale della *lex specialis* in violazione della *par condicio*; e poiché, in ogni caso, alla gara in esame non sarebbero applicabili, né le disposizioni del Codice dei contratti pubblici, *ratione temporis* (essendo il procedimento di gara già iniziato alla data – 1° luglio 2006 – di entrata in vigore del d.lgs. 163/2006), né quelle della Direttiva 2004/17/CE, trattandosi di norme non *self-executing*, o comunque che comportano, allorché sia scaduto il termine di recepimento, un'efficacia diretta solamente "verticale", cioè che riguarda l'ente aggiudicatore e non anche gli operatori economici.

3.1. Le censure non sono fondate.

Come questa Sezione ha recentemente precisato, (Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856) occorre ribadire che:

- anche in mancanza di specifica prescrizione del bando di gara, si può sempre ricorrere, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione, all'avvalimento parziale verticale;

- quanto disposto dall'art. 49, comma 7, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (secondo cui "Il bando di gara può prevedere che, in relazione alla natura o all'importo dell'appalto, le imprese partecipanti possano avvalersi solo dei requisiti economici o dei requisiti tecnici, ovvero che l'avvalimento possa integrare un preesistente requisito tecnico o economico già posseduto dall'impresa avvalente in misura o percentuale indicata nel bando stesso") costituisce eccezione al sistema; il quale consente - in ogni caso e a prescindere da specifica previsione del bando - al concorrente, singolo o consorziato o raggruppato, in relazione a una specifica gara di lavori, servizi e forniture, di soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti (di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo) ovvero di attestazione della certificazione SOA, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto o dell'attestazione SOA altrui (art. 49, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006); e ammette che il bando di gara possa prevedere, con riguardo ad appalti di particolare natura o importo, che il ricorso all'avvalimento sia limitato solo ai requisiti economici o a quelli tecnici, oppure all'integrazione di un preesistente requisito tecnico o economico già in possesso dell'impresa avvalente in misura o percentuale indicata dal bando;

- gli artt. 47, par. 2, e 48, par. 3, della direttiva 2004/18/CE, nonché l'art. 54, par. 5 e 6, della direttiva 2004/17/CE riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami e senza alcuna limitazione, "la sola condizione essendo quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare che il candidato/offertore disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto" [nota della Commissione delle Comunità europee n. 2007/2309/C(2208)0108 in data 30 gennaio 2008, inviata al Ministro degli affari esteri, con cui si è iniziata la procedura di infrazione ai sensi dell'art. 226 del Trattato, nella quale si rileva, tra l'altro, che le limitazioni al diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, previste dall'art. 49, commi 6 e 7, del d.lgs. n. 163/2006, "sono in contrasto con le citate disposizioni delle direttive appalti pubblici"];

Alla luce di tali principi, avendo l'istituto dell'avvalimento portata generale nel diritto comunitario, un comunicato emesso dalla stazione appaltante che ribadisca tale concetto non può che rappresentare un mero chiarimento che non integra affatto la *lex specialis* di gara.

3.2. L'appellante ha poi contestato che in relazione alla partecipazione alla gara di UDG la Commissione abbia applicato in maniera legittima le norme che disciplinano l'avvalimento.

Anche tale motivo non può essere accolto. Come correttamente evidenziato dalle resistenti, UDG ha dato certamente prova della disponibilità dei mezzi dell'impresa ausiliata: dalle produzioni documentali di UDG emerge sia il vincolo di collegamento societario tra l'ausiliaria e l'ausiliata sia l'impegno incondizionato della prima a mettere a disposizione della seconda tutto quanto necessario per l'esecuzione degli impegni assunti nei confronti del Comune di Terni.

3.3. Vanno respinte anche le doglianze con cui si contesta la violazione della normativa in materia di subappalto. Esse, invero, fanno riferimento ad un inesistente rapporto di subappalto tra UDG e Italgas per lo svolgimento della concessione. Al contrario, UDG ha inteso "avvalersi" dei requisiti di Italgas, non instaurare con la stessa un rapporto di subappalto.

4. Con i restanti motivi l'odierna appellante ripropone le censure relative all'operato della Commissione tecnica nella valutazione delle offerte denunciando di essere stata ingiustamente penalizzata dalla Commissione in relazione ai criteri discrezionali di valutazione.

4.1. Anche tali censure non possono essere accolte alla luce delle considerazioni che seguono:

a) la Commissione non aveva previsto una limitazione assoluta alle differenze tra i punteggi, bensì il solo potere di modificare i risultati del modello matematico che essa aveva preventivamente deciso di applicare. Tale potere, come evidenziato dal primo Giudice, non è stato esercitato, avendo la Commissione ritenuto che i punteggi derivanti dall'applicazione del modello fossero corretti ed idonei a dar conto della qualità delle offerte comparate;

b) l'offerta di Erg si è concentrata su elementi (quali ad esempio cabine REMI e pannelli fotovoltaici) che, alla luce del Documento di sviluppo della rete (inviato dal Comune di Terni a tutti i partecipanti alla gara insieme alla lettera di invito per orientare gli aspetti tecnici delle offerte in funzione delle esigenze del territorio ternano) non assumevano primaria rilevanza;

c) l'offerta di Erg si è dimostrata carente relativamente a due componenti fondamentali per il sistema di distribuzione del gas di Terni, emergenti dal citato Documento di sviluppo, cioè gli allacci IDU e i contatori;

d) risulta del tutto ragionevole che la Commissione abbia premiato le soluzioni progettuali che presentavano un minor costo unitario della rete espresso in €/m, essendo un elemento meritevole di considerazione la capacità del gestore di raggiungere analoghi livelli di sviluppo del servizio messo a gara a costi unitari inferiori,

e) il distacco di 15,33 punti tra le offerte tecniche di UDG e ERG non risulta quindi il frutto di un vizio del procedimento di valutazione, ma di una sottovalutazione, da parte di Erg di due tipologie di investimenti (gli allacci e i contatori) che erano stati rappresentati in sede di invito all'offerta quali elementi fondamentali per lo sviluppo della rete di distribuzione nello specifico ambito territoriale del Comune;

f) le altre carenze tecniche denunciate nell'offerta di UDG sono irrilevanti in quanto non collegate ad omissioni sanzionate a pena di esclusione o tali da provocare distorsioni nell'attribuzione dei punteggi.

5. Parimenti infondate sono le censure con cui ERG lamenta la valutazione compiuta dalla Commissione tecnica in merito alle giustificazioni fornite da UDG nel giudizio sull'anomalia dell'offerta. Come riconosciuto dal T.a.r. il giudizio con cui la Commissione ha considerato affidabile e sostenibile la proposta dell'aggiudicatario in sede di valutazione dell'anomalia dell'offerta risulta motivato per relationem alle giustificazioni e ai chiarimenti forniti da UDG.

6. Alla luce delle considerazioni che precedono, l'appello deve essere respinto.

Le spese di lite possono essere interamente compensate fra le parti, ricorrendo giusti motivi, anche in considerazione della complessità delle questioni affrontate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando, respinge l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 15 aprile 2008 con l'intervento dei Sigg.ri:

Giovanni Ruoppolo Presidente

Carmine Volpe Consigliere

Paolo Buonvino Consigliere

Roberto Chieppa Consigliere

Roberto Giovagnoli Consigliere Est

Presidente

GIOVANNI RUOPPOLO

Consigliere

ROBERTO GIOVAGNOLI

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 11/07/2008

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. IV - ordinanza 22 luglio 2008 n. 3886- Pres. Salvatore, Est. Cacace - CNIM s.a. ed altri (Avv.ti Tedeschini e Santiapichi) c. Presidenza del Consiglio dei Ministri (Avv.ra Stato), Comune di Salerno (Avv. Brancaccio) ed altri (n.c) -

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale

Sezione Quarta

composto dai Signori: Pres.ff. Costantino Salvatore; Cons. Pier Luigi Lodi; Cons. Anna Leoni; Cons. Salvatore Cacace Est.; Cons. Vito Carella

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

nella Camera di Consiglio del 22 Luglio 2008

Visto l'art. 33, commi terzo e quarto, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, come modificato dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Visto l'appello proposto da:

CNIM SA - C.GRUPPO ATI ATI DE VIZIA TRANSFER SPA ATI COGECO SCRL rappresentato e difeso dagli Avv.ti FEDERICO TEDESCHINI e SEVERINO SANTIAPICHI con domicilio eletto in Roma VIA ANTONIO BERTOLONI N. 44/46 presso SEVERINO SANTIAPICHI

contro

PRESIDENZA DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI-COMM.DEL. OPCM 3641/08 rappresentato e difeso dall'AVVOCATURA GEN. STATO con domicilio in Roma VIA DEI PORTOGHESI 12

COMUNE DI SALERNO rappresentato e difeso da: Avv. ANTONIO BRANCACCIO con domicilio eletto in Roma VIA TARANTO N. 18 presso ANTONIO BRANCACCIO

A2A SPA non costituitosi;

HERA SPA Q. MAND.RIA RTI non costituitosi;

RTI Rappresentato e difeso da SOCIETA' COOPERATIVA non costituitosi;

per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia,

della sentenza del TAR LAZIO - ROMA :Sezione I 3875/2008 , resa tra le parti, concernente LOCALIZZAZIONE E REALIZZAZIONE IMPIANTO TERMODISTRUZIONE RIFIUTIURBANI.

Visti gli atti e documenti depositati con l'appello;

Vista la domanda di sospensione dell' efficacia della sentenza di reiezione, presentata in via incidentale dalla parte appellante.

Visto l'atto di costituzione in giudizio di:

COMUNE DI SALERNO

Udito il relatore Cons. Salvatore Cacace e uditi gli avv.ti Tedeschini, Brancaccio e l'avv. dello Stato Tortora;

Ritenuto:

- che correttamente il T.A.R. ha ricondotto all'istituto dell'avvalimento la dichiarazione dell'odierna appellante di possedere, in quanto gruppo, il requisito del fatturato medio;
- che, nella sede della prequalifica, ch'è deputata alla valutazione della sussistenza dei requisiti tecnici e morali di accesso alla procedura e che è altresì volta a far conoscere all'amministrazione la disponibilità del mercato per cui il criterio interpretativo delle indicazioni di gara deve essere indirizzato a favorire la più ampia partecipazione alla gara, ove il bando, come appunto accade nel caso di specie, richiede la semplice dichiarazione (e non la dimostrazione) di essere in possesso dei requisiti di partecipazione alla gara, la dichiarazione di avvilimento (chiaramente implicita nella dichiarazione di possesso del requisito come "gruppo"), se pure non accompagnata dalla documentazione di cui al comma 2 dell'art. 49 del D. Lgs. n. 163/2006, sia sufficiente ai fini dell'ammissione alla gara, salva la dovuta presentazione della stessa in sede di successiva verifica dell'effettivo possesso dei requisiti, che, nella predetta sede di cui qui si tratta, è provato esclusivamente, come risulta esplicitamente dal bando della gara in considerazione, "mediante dichiarazione sostitutiva";
- che il "doppio avvalimento" pare consentito dalla normativa comunitaria;
- che, rivelandosi, sotto gli indicati profili, l'appello all'esame "*prima facie*" fondato e sussistendo peraltro gli estremi di cui al comma 3 dell'art. 23-bis della legge n. 1034/1971 (ma non quelli di "estrema gravità ed urgenza", di cui al comma 5 dello stesso articolo), l'istanza cautelare può essere accolta mediante fissazione dell'udienza di merito per il giorno 28 ottobre 2008;

P.Q.M.

Accoglie l'istanza cautelare (ricorso numero: 5397/2008) nei sensi di cui in motivazione e, per l'effetto, fissa l'udienza di merito per il giorno 28 ottobre 2008.

La presente ordinanza sarà eseguita dalla Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Roma, 22 luglio 2008.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 20 agosto 2008 n. 3973- Pres. Santoro, Est. Caringella
- CO.GE.FOR. s.r.l. ed altri (Avv.ti Musenga e Lilli) c. Comune di Catanzaro (Avv. Mirigliano) -

N. 3973/08 REG.DEC.

N. 1917 REG. RIC. ANNO 2007

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale Quinta Sezione

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

Sul ricorso in appello n. 1917/2007 del 06/03/2007, proposto dalla CO.GE.FOR. SRL IN P. E Q. MAND. RTI e dalla RTI MO.TER. SNC rappresentate e difese dagli avvocati ANDREA MUSENGA e FRANCESCO LILLI con domicilio eletto in Roma, presso lo studio del primo,viale AMERICA n. 11;

contro

COMUNE DI CATANZARO rappresentato e difeso dall'avv RAFFAELE MIRIGLIANI con domicilio eletto in Roma via della FREZZA n. 59;

e nei confronti di

INIZIATIVA 83 SRL-IMPRESA DI COSTRUZIONI CANTIERI EDILI, non costituitasi;

per la riforma

della sentenza del TAR CALABRIA – CATANZARO, Sez. I, n. 34/2007, concernente APPALTO PER LAVORI DI RIQUALIFICAZIONE URBANA-RIS. DANNO;

Visto l'atto di appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di CATANZARO;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti tutti della causa;

Visto l'art.23 bis, comma sesto, della legge 6 dicembre 1971, n.1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n.205;

Alla pubblica udienza del 18 Marzo 2008, relatore il Consigliere Francesco Caringella ed uditi, altresì, gli avvocati F. Lilli, R. Mirigliani;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. La CO.GE.FOR. S.r.l., quale mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo con l'Impresa MO.TER. S.n.c. ha partecipato al pubblico incanto per l'affidamento dei lavori di riqualificazione urbana di Corso Mazzini e di altre vie cittadine, dell'importo, a base d'asta, di € 7.432.548,11, oltre € 73.506,82 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso d'asta.

A seguito del procedimento di verifica di anomalia delle offerte delle prime tre qualificate (rispettivamente, ATI Cantieri Edili S.r.l. Iniziativa 83/Torchia Pietro; ATI CO.GE.FOR S.r.l./MO.TER. S.n.c.; ATI Caruso Costruzioni S.r.l./CO.GE.MI S.r.l.), la gara è stata aggiudicata, come da verbale del 23 giugno 2005, alla costituenda ATI Cantieri Edili S.r.l. Iniziativa 83/Torchia Pietro, per un importo di € 4.864.438,124, pari ad un ribasso del 33,75%, oltre € 73.506,82 per oneri di sicurezza.

Con la sentenza appellata i Primi Giudici hanno respinto il ricorso proposto da ATI CO.GE.FOR S.r.l./MO.TER. S.n.c., avverso detto atto, nonché avverso il successivo provvedimento di aggiudicazione definitiva. Segnatamente i Primi Giudici hanno respinto i motivi di ricorso con i quali si lamentava la mancata esclusione delle imprese aggiudicatrici, successivamente costitutesi in ATI, nonostante l'omissione della dichiarazione in ordine alle rispettive quote di partecipazione alla compagine associativa. Ha osservato sul punto Il Collegio di primo grado ha osservato che "il punto da cui prendere le mosse è la constatazione che non è rinvenibile alcuna norma che preveda espressamente tale onere. L'esistenza di esso, peraltro, non può essere desunto dalla mancata riscrittura del primo comma dell'art. 13 della legge n. 109/1994, atteso che l'inedita possibilità di presentare offerte prima ancora della costituzione dell'ATI trova una disciplina esaustiva nel 5° comma dell'art. 13 in discorso, di talché un problema di compatibilità o convivenza con la norma di cui al primo comma, che si occupa delle associazioni di imprese già costituite prima della presentazione delle offerte, neanche si pone.

D'altra parte, secondo quanto precisato nella pronuncia or ora richiamata (TAR Friuli n. 753/2005), la norma di cui all'art. 13 impone alle associazioni temporanee di essere già in possesso dei requisiti di qualificazione, ma non fa cenno alcuno alle quote di partecipazione al raggruppamento ed ai lavori da eseguire. Orbene, i requisiti di qualificazione si riferiscono all'accertamento della capacità economico-finanziaria ed organizzativa e non riguardano la divisione in quote dell'appalto, giacché, alla stregua della disciplina vigente, l'impresa è abilitata a partecipare alla gara nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto e le imprese raggruppate sono ammesse purché in possesso di una classifica pari ad almeno un quinto dell'importo dei lavori a base di gara.

Con il ricorso in appello la ricorrente ripropone le censure disattese in prime cure.

Resiste il Comune intimato.

Le parti hanno affidato al deposito di apposite memorie l'ulteriore illustrazione delle rispettive posizioni.

All'udienza del 18 marzo 2008 la causa è stata trattenuta per la decisione.

2. I motivi di ricorso con cui l'appellante ripropone la domanda impugnatoria sono fondati.

Ai sensi dell'art. 13, comma 5, l. 109/1994, razione temporis vigente, "è consentita la presentazione di offerte da parte dei soggetti di cui all'articolo 10, comma 1, lettere d) ed e), anche se non ancora costituiti. In tal caso l'offerta deve essere sottoscritta da tutte le imprese che costituiranno i raggruppamenti o i consorzi e contenere l'impegno che, in caso di aggiudicazione della gara, le stesse imprese conferiranno mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, da indicare in sede di offerta e qualificata come capogruppo, la quale stipulerà il contratto in nome e per conto proprio e delle mandanti". Ai sensi dell'art. 93, comma 1, d.P.R. 554/1999, inoltre, sono ammessi a presentare offerta per gli appalti e le concessioni di lavori pubblici imprese riunite che abbiano conferito o si impegnino a conferire, mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una di esse, detta capogruppo; nel caso di associazione temporanea le imprese devono eseguire i lavori nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento" (art. 93, comma 4, d.P.R. 554/99).

L'art. 95 d.P.R. 554/1999 a sua volta, recita: "1. L'impresa singola può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle categorie scorporabili per i singoli importi. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non posseduti dall'impresa devono da questa essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente. 2. Per le associazioni

temporanee di imprese e per i consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere d), e) ed e-bis), della Legge di tipo orizzontale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nelle misure minime del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento. L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria. 3. Per le associazioni temporanee di imprese e per i consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere d), e) ed e-bis), della Legge di tipo verticale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono posseduti dalla capogruppo nella categoria prevalente; nelle categorie scorporate ciascuna mandante possiede i requisiti previsti per l'importo dei lavori della categoria che intende assumere e nella misura indicata per l'impresa singola. I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte da imprese mandanti sono posseduti dalla impresa mandataria con riferimento alla categoria prevalente. 4. Se l'impresa singola o le imprese che intendano riunirsi in associazione temporanea hanno i requisiti di cui al presente articolo, possono associare altre imprese qualificate anche per categorie ed importi diversi da quelli richiesti nel bando, a condizione che i lavori eseguiti da queste ultime non superino il 20 per cento dell'importo complessivo dei lavori e che l'ammontare complessivo delle qualificazioni possedute da ciascuna sia almeno pari all'importo dei lavori che saranno ad essa affidati. 5. Il mandato conferito all'impresa capogruppo dalle altre imprese riunite deve risultare da scrittura privata autenticata. La relativa procura è conferita al legale rappresentante dell'impresa capogruppo. Il mandato è gratuito ed irrevocabile e la sua revoca per giusta causa non ha effetto nei confronti della stazione appaltante. 6. Al mandatario spetta la rappresentanza esclusiva, anche processuale, delle imprese mandanti nei confronti della stazione appaltante per tutte le operazioni e gli atti di qualsiasi natura dipendenti dall'appalto, anche dopo il collaudo dei lavori, fino alla estinzione di ogni rapporto. La stazione appaltante, tuttavia, può far valere direttamente le responsabilità facenti capo alle imprese mandanti. 7. Ai fini del presente regolamento, il rapporto di mandato non determina di per sé organizzazione o associazione delle imprese riunite, ognuna delle quali conserva la propria autonomia ai fini della gestione, degli adempimenti fiscali e degli oneri sociali".

Le disposizioni in questione non recano una disciplina espressa circa il momento in cui la ATI partecipante è tenuta a dichiarare l'importo dei lavori del raggruppamento in relazione alle singole compartecipanti, e cioè se sin dall'ammissione alla gara o successivamente all'aggiudicazione.

Tuttavia dalla lettura delle norme in parola, e soprattutto dalla loro parziale modifica nel tempo, può evincersi l'obbligo per le imprese del costituendo raggruppamento, orizzontale e verticale, di indicare l'importo dei lavori in relazione alle singole partecipanti anche in assenza di specifica previsione in seno alla *lex specialis*. Ragionando diversamente, infatti, non si comprenderebbe la ragione per cui la legge 415/1998 non ha modificato l'art. 13, comma 1, l. 109/94 pur ammettendo alla procedura le costituenti associazioni temporanee. Infatti, se il legislatore in fase di riscrittura dell'art. 13, non ha inteso emendare il comma 1 laddove subordina la partecipazione alla procedura concorsuale delle associazioni temporanee alla condizione che la mandataria e le altre imprese del raggruppamento siano già in possesso dei requisiti di qualificazione per la rispettiva quota percentuale, con ciò evidentemente ha riaffermato la necessità della previa indicazione delle quote di partecipazione. Una volta caduto il divieto di ammettere i raggruppamenti ancora da costituire, infatti, la previsione contenuta all'art. 13, comma 1, l. 109/94 è chiaro indice dell'intento del legislatore di conservare la preventiva verifica dei requisiti in relazione alle singole quote di partecipazione anche nel nuovo regime.

Il principio di buon andamento e di trasparenza impone, inoltre, che le imprese partecipanti ad un costituendo raggruppamento indichino le quote di lavori che ciascuna di loro eseguirà in modo da permettere subito la verifica dei requisiti in parola atteso che la normativa vigente «si impernia su un principio di corrispondenza sostanziale, già nella fase della offerta, tra quote di qualificazione e quote di partecipazione all'ATI (cfr. art. 13 comma 1 della legge n. 109/1994) e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione (art. 93 comma 4 d.P.R. n. 554/1999)». Peraltro è proprio la normativa regolamentare a sottintendere tale "principio di corrispondenza sostanziale, già nella fase della offerta, tra quote di qualificazione e quote di partecipazione all'ATI (cfr. art. 13 comma 1 della legge) e tra quote di partecipazione e quote di esecuzione (art. 93 comma 4)". Risulta, quindi, condivisibile l'affermazione resa sul punto dalla decisione n. 2310/2007 resa dalla Sesta Sezione di questo Consiglio a tenore della quale "ampliando l'orizzonte di riferimento, si desume dal combinato disposto degli artt. 8, 13, I e V comma, della legge n. 109/94 e 93, IV comma, del D.P.R. n. 554/99 il principio di corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione all'A.T.I. e quote di esecuzione dei lavori, con la conseguenza che le quote di partecipazione al raggruppamento non possono essere evidenziate ex post, in sede di esecuzione del contratto, costituendo, quand'anche non esplicitato dalla *lex specialis*, un requisito di ammissione, la cui inosservanza determina l'esclusione dalla gara" (così, ancora, Cons. giust. amm. Sicilia, 31/3/2006, n. 116).

Il ricorso merita quindi per questa parte accoglimento con conseguente annullamento degli atti di gara.

2. Non può invece trovare accoglimento la domanda risarcitoria proposta dalla ricorrente stante la mancata integrazione dell'elemento soggettivo necessario ai fini del perfezionamento dell'illecito extracontrattuale ai sensi dell'art. 2043 c.c.. La questione della sussistenza di un onere, sanzionato a pena di esclusione, di indicare le quote di partecipazione al raggruppamento, anche in caso di mancanza di apposita prescrizione in seno alla *lex specialis*, è infatti obiettivamente opinabile ed oggetto di oscillazioni giurisprudenziali all'epoca dell'adozione degli atti relativi alla gara in questione. Ne consegue la scusabilità dell'errore, con correlativa mancanza dell'estremo della colpa in capo alla pubblica amministrazione.

3. Il ricorso deve quindi essere accolto in parte nei sensi sopra specificati.

Sussistono giusti motivi per disporre la compensazione delle spese del giudizio d'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie in parte l'appello.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 18 Marzo 2008 con l'intervento dei Sigg.ri:

Pres. Sergio Santoro

Cons. Cesare Lamberti

Cons. Marco Lipari

Cons. Vito Poli

Cons. Francesco Caringella Est.

ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.TO Francesco Caringella f.to Sergio Santoro

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 20/08/08.

CONSIGLIO DI STATO, SEZ. V - sentenza 20 agosto 2008 n. 4000- Pres. Santoro, Est. Russo - De Vizia Transfer s.p.a. (Avv.ti Contieri, Clarizia e Macri) c. Comune di Cassino (Avv.ti Cerasi e D'Ambrosio) e Clin Industrie Città s.p.a. (Avv.ti Sorrentino e Naccarato) -

N. 4000/08 REG.DEC.

N. 2534 REG.RIC. ANNO 2007

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, (Quinta Sezione)

ha pronunciato la seguente

DECISIONE

sul ricorso in appello r.g. n. 2534/07 proposto dalla SOC. De Vizia Transfer S.P.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Alfredo Contieri, Angelo Clarizia e Gennaro Macri, con domicilio eletto in Roma, Via Zara, 16 presso l'avv. Michele De Cilla;

contro

il Comune di Cassino, rappresentato e difeso dagli avv.ti Luigi Cerasi e Rodolfo D'Ambrosio, con domicilio eletto in Roma, Via Augusto Vera, 19 presso l'avv. Luigi Cerasi;

la Soc. S.p.A. Clin Industrie Città' – CIC, rappresentata e difes dagli avv.ti Federico Sorrentino e Giuseppe Naccarato, con domicilio eletto in Roma, Lungotevere delle Navi 30, presso l'avv. Federico Sorrentino;

per la riforma, previa sospensione dell'efficacia, della sentenza del TAR Lazio - Latina 45/2007, resa tra le parti, concernente affidamento servizi di raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani.

Visti gli atti e documenti depositati con l'appello;

Vista la domanda di sospensione dell'efficacia della sentenza di accoglimento, presentata in via incidentale dalla parte appellante.

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Cassino e della Soc. S.p.A. Clin Industrie Città' – CIC;

Viste le memorie prodotte dalle parti;

Udito all'udienza del 26 febbraio 2008 il relatore Cons. Nicola Russo e uditi, altresì, per le parti gli avv.ti Clarizia, D'Ambrosio e Sorrentino;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue:

FATTO

L'appello concerne l'affidamento, da parte del Comune di Cassino, del servizio di raccolta e smaltimento dei rifiuti solidi urbani. Il relativo esito è stato impugnato dalla CLIN Industrie Città s.p.a. (oggi s.r.l. autorizzata dal g.d. del Tribunale di Roma), seconda classificata, mentre resiste l'aggiudicataria De Vizia Transfer s.p.a.

L'impugnazione della Clin, alla quale la De Vizia ha opposto anche impugnazione incidentale, è stata definita dal TAR Lazio, Sezione di Latina, con sentenza n. 45/07.

In particolare, il TAR: in parziale accoglimento del ricorso principale, ha annullato l'aggiudicazione perché la De Vizia avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara non avendo prodotto l'autorizzazione prevista dal d.lgs. 22/97; in accoglimento di un motivo aggiunto al ricorso incidentale, ha dichiarato che anche la CLIN non avrebbe potuto partecipare alla gara per mancanza del requisito della regolarità contributiva; in vista della ripetizione della gara, ha infine stabilito che il bando risultava illegittimo nella parte in cui questo prevedeva, tra i criteri di valutazione dell'offerta, aspetti attinenti alle qualità soggettive dell'offerente e non dell'offerta.

L'originaria aggiudicataria ha proposto appello; la seconda classificata ha proposto impugnazione incidentale. Il Comune di Cassino si è costituito insistendo nel senso della necessità di escludere la CLIN per mancanza del requisito della regolarità contributiva.

La causa è passata in decisione all'udienza del 26 febbraio 2008.

DIRITTO

1. Va in primo luogo rigettata l'eccezione di improcedibilità dell'appello per intervenuto fallimento della CLIN. A prescindere dalla questione della capacità di partecipare a pubbliche gare da parte di un'azienda gestita dal fallimento, è assorbente la considerazione che il permanere dell'interesse ad una pronuncia sul merito della controversia discende dalla possibilità, in caso di successo dell'iniziativa giurisdizionale, di proporre azione risarcitoria.
2. Passando all'esame delle contrapposte censure secondo un criterio logico-cronologico, la sentenza merita conferma nella parte in cui ha stabilito che la CLIN andava esclusa dalla procedura concorsuale perché alla data di scadenza della domanda di partecipazione essa era titolare di un d.u.r.c. negativo. A nulla valgono le giustificazioni opposte dalla stessa CLIN (e pure già confutate dalla sentenza impugnata) perché il prevalente orientamento della giurisprudenza amministrativa sul punto è nel senso che la contestazione delle risultanze poste a base del d.u.r.c. possono esser fatte valere solo in apposito giudizio di accertamento davanti al giudice ordinario (Cons. Stato, Sez. IV, 13 aprile 2007, ord. n. 1843).
3. La sentenza impugnata va invece riformata nella parte in cui ha stabilito che anche l'aggiudicataria andava esclusa dalla gara. Rileva il Collegio che avendo la De Vizia documentato l'iscrizione all'Albo nazionale degli smaltitori (iscrizione che presuppone il possesso dell'autorizzazione ex d.lgs. 22/97) si trattava al più di vicenda suscettibile di regolarizzazione documentale: la documentata iscrizione all'albo consentiva infatti di far ritenere, non inesistente, ma solo irregolare la prova del possesso dell'autorizzazione richiamata, con conseguente obbligo della stazione appaltante di far luogo alla relativa procedura.
4. Atteso che i concorrenti in gara erano soltanto due (e che, in tale contesto, va salvaguardato anche l'interesse strumentale alla ripetizione della gara) va ora esaminata la censura, già respinta dal TAR, e riproposta con impugnazione incidentale, secondo la quale la De Vizia avrebbe dovuto esser esclusa dalla gara per aver omesso di presentare apposita domanda di partecipazione. Sul punto la sentenza di primo grado merita conferma perché parlare di mancanza di volontà di contrarre in presenza di una serie di elementi orientati in tal senso (primo fra i quali l'offerta economica) vorrebbe appunto dire attestarsi su un linea vuotamente formalistica, oltretutto contrastante con il principio di proporzionalità.
5. Confermata, all'esito dello scrutinio delle contrapposte censure, la correttezza della partecipazione alla gara della De Vizia e, al contrario, la doverosità dell'esclusione della CLIN, non vi è luogo a provvedere sulle ulteriori censure che la stessa CLIN ha proposto con riferimento ai criteri di valutazione delle offerte. Ciò perché, a seguito della esclusione comminata in sede giurisdizionale, la posizione di tale impresa, con riferimento ai segmenti della procedura concorsuale posti a valle della fase di ammissione, è equiparata al soggetto non partecipante e, quindi, sfornito di legittimazione a dolersi dei relativi esiti in sede giurisdizionale.
6. La complessità della vicenda consente di far luogo a compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, accoglie l'appello principale nei sensi di cui in motivazione, mentre in parte respinge e in parte dichiara inammissibile per difetto di interesse l'appello incidentale.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella Camera di Consiglio del 26 febbraio 2008 con l'intervento dei Sigg.ri:

Pres. Sergio Santoro

Cons. Cesare Lamberti

Cons. Marco Lipari

Cons. Marzio Branca

Cons. Nicola Russo Est.

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

F.to Nicola Russo F.to Sergio Santoro

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 20/08/08.

TAR PUGLIA - BARI, SEZ. I - sentenza 16 luglio 2008 n. 1755- Pres. Allegretta, Est. Durante - Acciona Agua S.A. (Avv. Nardelli e Nardelli) c. Acquedotto Pugliese S.p.a. (Avv. Nardelli), Istituto Nazionale della Previdenza Sociale - I.N.P.S. (Avv.ti Correra, Lisanti, Loizzi), Costruzioni Ruta S.r.l. (Avv. Loiodice).

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia

Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1474 del 2007, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Acciona Agua S.A. in proprio e nella qualità di Capogruppo mandataria dell'a.t.i. con Apulia S.r.l., Lucente S.p.a., Opus Gas Metano S.r.l., Lombardi Ecologia S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Sante Nardelli e Giovanni Vittorio Nardelli, con domicilio eletto in Bari, Piazza Umberto I°, n. 62;

contro

l'Acquedotto Pugliese S.p.a., rappresentato e difeso dall'avv. Giovanni Nardelli, con domicilio eletto in Bari, Via Putignani, n. 128;

l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale - I.N.P.S.- Roma, rappresentato e difeso dagli avv. Fabrizio Correra, Antonio Lisanti, Luigi Loizzi, con domicilio eletto presso Antonio Lisanti in Bari, Via Putignani, n. 108 (Ufficio Avvocatura Inps);

nei confronti di

Costruzioni Ruta S.r.l. in proprio e quale Capogruppo mandataria dell'a.t.i. con Euro Costruzioni S.r.l., Costruzioni Mazzeo S.r.l., Russo Costruzioni S.r.l., Cooperativa Giovanni XXIII e Soc. Cooperativa Sociale San Francesco, rappresentata e difesa dall'avv. Aldo Loiodice, con domicilio eletto in Bari, via Nicolai, n. 29;

sul ricorso numero di registro generale 1495 del 2007, proposto da:

La Lucente S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Giacomo Valla, con domicilio eletto in Bari, via Quintino Sella, n. 36;

contro

l'Acquedotto Pugliese S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Nardelli, con domicilio eletto in Bari, via Putignani 128;

l'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale - I.N.P.S.- Roma, rappresentato e difeso dagli avv. Antonio Lisanti, Luigi Loizzi, con domicilio eletto presso Antonio Lisanti in Bari, via Putignani, 108;

l'Autorita' di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture, rappresentata e difesa dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato di Bari, domiciliataria per legge con ufficio in Bari, via Melo, 97;

nei confronti di

Costruzioni Ruta S.r.l. in proprio e quale Capogruppo mandataria dell'a.t.i. con Euro Costruzioni S.r.l., Costruzioni Mazzeo S.r.l., Russo Costruzioni S.r.l., Cooperativa Giovanni XXIII e Soc. Cooperativa Sociale San Francesco, rappresentata e difesa dall'avv. Aldo Loiodice, con domicilio eletto in Bari, via Nicolai, 29;

sul ricorso numero di registro generale 1587 del 2007, proposto da:

Opus Gas Metano S.r.l. in proprio e nella qualità di mandante della Pridesa Proyectos Y Servicios S.A (attualmente Acciona Agua S.A.), rappresentata e difesa dagli avv. Luca Alberto Clarizio e Antonia Molfetta, con domicilio eletto presso Luca Alberto Clarizio in Bari, via Vito Nicola De Nicolò, n.7;

contro

l'Acquedotto Pugliese S.p.a., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Nardelli, con domicilio eletto in Bari, via Putignani 128;

e con l'intervento di

Costruzioni Ruta S.r.l. in proprio e nella qualità di Capogruppo mandataria dell'a.t.i. con Euro Costruzioni S.r.l., Costruzioni Mazzeo S.r.l., Russo Costruzioni S.r.l., Cooperativa Giovanni XXIII e Soc. Cooperativa Sociale San Francesco, rappresentata e difesa dall'avv. Aldo Loiodice, con domicilio eletto in Bari, via Nicolai, 29;

per l'annullamento previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso n. 1474 del 2007:

I) con il ricorso principale:

del provvedimento del 13 luglio 2007, con cui l'Acquedotto Pugliese s.p.a. ha disposto l'esclusione dell'a.t.i. rappresentata dalla società Pridesa Proyectos y Servicios s.a. dalla gara per l'appalto del servizio di custodia, conduzione e ispezione, compresa l'attività di pronto intervento, pulizia e sanificazione delle opere fognarie, nonché dei lavori di manutenzione ordinaria sulle reti idriche negli abitati dell'Ambito 4 ed ha annullato l'aggiudicazione definitiva dell'11 maggio 2007 procedendo altresì all'incameramento della cauzione provvisoria ed alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici;

- del provvedimento del 16 luglio 2007 con cui è stato comunicato il sopra citato provvedimento di esclusione;

- degli atti e provvedimenti presupposti e connessi ivi compresa la nota del 26 giugno 2007 a firma del responsabile del procedimento e Dirigente della Direzione Approvvigionamenti e Contratti dell'A.Q.P. s.p.a., il parere dell'Unità Tutela Giuridica di A.Q.P. s.p.a. del 25 giugno 2007, la nota del 28 giugno 2007 con cui l'A.Q.P. s.p.a. ha comunicato l'avvio del procedimento teso alla esclusione dell'a.t.i. Pridesa, la nota del 12 luglio 2007 dell'Unità Tutela Giuridica di A.Q.P. s.p.a., la nota A.Q.P. s.p.a. del 9 agosto 2007;

- del documento unico di regolarità contributiva (d.u.r.c.) datato 11 maggio 2007 citato nel provvedimento impugnato e delle note I.N.P.S. del 20 giugno 2007 nelle quali si afferma che la società Lucente s.p.a., alle date del 3 agosto 2006 e del 18 ottobre 2006, "non può essere considerata regolare" in relazione agli obblighi contributivi previdenziali e assistenziali;

- nonché della determinazione del 6 agosto 2007 con cui A.Q.P. s.p.a. ha indetto una nuova gara per l'affidamento del medesimo servizio oggetto dell'appalto cui ha partecipato la ricorrente, nonché del relativo bando di gara e dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione;

II) con i motivi aggiunti:

del provvedimento del 9 ottobre 2007 di aggiudicazione dell'appalto in favore dell'a.t.i. composta dalla società Costruzioni RUTA s.r.l. (mandataria), Russo Costruzioni s.r.l., D'Agostino Rag. Francesco Costruzioni s.r.l., Cooperativa Giovanni XXIII, Costruzioni Mazzeo s.r.l. e Fatigati s.r.l. (mandanti) nonché di tutti gli atti

ed i provvedimenti ad esso presupposti, consequenziali e connessi, ivi compresi il bando di gara approvato con provvedimento del 6 agosto 2007, il relativo disciplinare di gara e l'eventuale contratto stipulato;

B) quanto al ricorso n. 1495 del 2007:

I) con il ricorso principale:

- del provvedimento del 13 luglio 2007 con cui l'Acquedotto Pugliese s.p.a. ha disposto l'esclusione dell'a.t.i. rappresentata dalla società Pridesa Proyectos y Servicios s.a. dalla gara per l'appalto del servizio di custodia, conduzione e ispezione, compresa l'attività di pronto intervento, pulizia e sanificazione delle opere fognarie, nonché dei lavori di manutenzione ordinaria sulle reti idriche negli abitati dell'Ambito 4 ed ha annullato l'aggiudicazione definitiva dell'11 maggio 2007 procedendo altresì all'incameramento della cauzione provvisoria ed alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ivi comprese la proposta formulata dal responsabile del procedimento con nota del 26.6.2007, il parere reso dall'Unità Tutela Giuridica con note del 25.6.2007 e del 12.7.2007, nonché la nota del responsabile del procedimento di trasmissione del provvedimento impugnato del 16.7.2007;

- nonché per il risarcimento del danno ingiusto prodotto alla ricorrente dalla esecuzione dei provvedimenti impugnati;

II) con i motivi aggiunti:

della determinazione dell'Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici del 3.3.2008 di iscrizione nel Casellario informatico del provvedimento di esclusione dalla gara della ricorrente, con applicazione dell'ulteriore sanzione della sospensione per un anno con decorrenza dal 27.9.2007;

di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, compresa la nota dell'A.Q.P. s.p.a., acquisita al protocollo dell'Autorità di Vigilanza il 27.9.2007, di comunicazione del provvedimento di esclusione, nonché la nota dell'Autorità di Vigilanza del 3.3.2008 di comunicazione alla ricorrente dell'avvenuta iscrizione e dell'applicazione della sospensione;

C) quanto al ricorso n. 1587 del 2007:

- del provvedimento dell'Amministratore Unico dell'Acquedotto Pugliese s.p.a. del 13.7.2007 con cui si è disposta l'esclusione dell'a.t.i. rappresentata dalla società Pridesa Proyectos y Servicios s.a. dalla gara per l'appalto del servizio di custodia, conduzione e ispezione, compresa l'attività di pronto intervento, pulizia e sanificazione delle opere fognarie, nonché dei lavori di manutenzione ordinaria sulle reti idriche negli abitati dell'Ambito 4 ed ha annullato l'aggiudicazione definitiva dell'11 maggio 2007 procedendo altresì all'incameramento della cauzione provvisoria ed alla segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente ivi compresa la relazione istruttoria del 26.6.2007, il parere reso dall'Unità di Tutela Giuridica con nota del 25.6.2006, la nota della Direzione Approvvigionamento e contratti del 28.6.2007 di comunicazione di avvio del procedimento di autotutela, la nota del 12.7.2007 dell'Unità di Tutela Giuridica, la determinazione di indizione della nuova gara per l'affidamento del medesimo servizio e il provvedimento di aggiudicazione.

Visti i ricorsi ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Acquedotto Pugliese S.p.a.;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale - I.N.P.S. - Roma;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Autorità di Vigilanza Sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il consigliere Doris Durante;

Uditi nell'udienza pubblica del giorno 2 aprile – 9 maggio 2008 i difensori delle parti come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

Con i ricorsi in esame le società Acciona Agua s.a., La Lucente s.p.a., Opus Gas Metano s.r.l. impugnano il provvedimento di esclusione del 13 luglio 2007 e gli altri atti indicati in premessa, relativi alla gara d'appalto indetto dall'Acquedotto Pugliese s.p.a. per l'affidamento del servizio di custodia, conduzione e ispezione, compresa l'attività di pronto intervento, pulizia e sanificazione delle opere fognarie, nonché dei lavori di manutenzione ordinaria delle reti idriche ubicate negli abitati dell'Ambito 4 (Comuni di Andria, Barletta, Bisceglie, Canosa di Puglia, margherita di Savoia, Minervino Murge, San Ferdinando di Puglia, Spinazzola, Trani, Trinitapoli).

In particolare, con il primo dei ricorsi in esame, notificato il 18.10.2007 ed iscritto al numero di registro generale 1474 del 2007, la Acciona Agua s.a. (già Pridesa Proyectos y Servicios s.a.) impugna gli atti meglio specificati in epigrafe, deducendo in sintesi:

- 1) violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 48 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 ed eccesso di potere in relazione alla insussistenza di dichiarazioni mendaci che avrebbero causato la turbativa del procedimento di gara e la esclusione dell'a.t.i. ricorrente; violazione degli artt. 75 e 76 del D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445 e dei paragrafi III 2.1 e VI 3 del bando di gara nella parte in cui è prevista l'esclusione del concorrente in caso di dichiarazione non veritiera;
- 2) violazione e falsa applicazione della normativa di gara e dei principi generali in materia di procedure di evidenza pubblica, per l'assenza di qualsiasi intento di rendere dichiarazioni mendaci, nonché violazione dei principi della "par condicio" tra i concorrenti, del "favor participationis", di buon andamento e imparzialità dell'azione amministrativa, eccesso di potere per illogicità della motivazione ed erroneità dei presupposti di fatto e di diritto, violazione del principio del giusto procedimento;
- 3) violazione e falsa applicazione dell'art. 46 del D.Lgs. 163/2006, della normativa di gara e dei principi generali in materia di procedure di evidenza pubblica, in relazione al mancato esercizio del potere di integrazione probatoria da parte della stazione appaltante;
- 4) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 comma 1 lettera i) del D.Lgs. 163/2006 e degli artt. 3 e 10 della L. 7 agosto 1990 n. 241 ed eccesso di potere, in relazione alla insussistenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali;
- 5) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 e degli artt. 3 e 10 della L. 241/90 ed eccesso di potere per la mancanza dell'ipotesi di esclusione indicata al comma 1, lett. c);
- 6) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 comma 1 lettera i) del D.Lgs. 163/2006, violazione degli artt. 3 e 10 della L. 7 agosto 1990 n. 241, eccesso di potere per carenza di istruttoria e difetto di motivazione, erroneità dei presupposti, contraddittorietà con precedenti provvedimenti, illegittimità dei documenti unici di regolarità contributiva (d.u.r.c.) rilasciati dagli istituti previdenziali menzionati nel provvedimento di esclusione gravato;
- 7) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 comma 1 lettera c) del D.Lgs. 163/2006 con riferimento alla causa di esclusione costituita dall'aver riportato condanne penali passate in giudicato, decreti penali irrevocabili o sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale, violazione degli artt. 3 e 10 della L. 241/90, eccesso di potere per carenza di istruttoria e difetto di motivazione;
- 8) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 comma 1 lettera e) del D.Lgs. 163/2006 ed eccesso di potere;

9) violazione e falsa applicazione dell'art. 48 D.Lgs. 163/2006 ed eccesso di potere per difetto di istruttoria, illegittimità derivata dell'incameramento della cauzione e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici;

10) violazione e falsa applicazione dell'art. 48 del D.Lgs. 163/2006 ed eccesso di potere, violazione e falsa applicazione dell'art. 230 del D.Lgs. 163/2006, considerato che l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici non potevano essere disposte nel caso di mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale.

Con ordinanza del 7.11.2007 il Tribunale ha respinto la domanda incidentale di sospensione dei provvedimenti impugnati.

Con motivi aggiunti notificati il 18.10.2007, la Acciona Agua s.a. ha impugnato altresì il provvedimento del 9.10.2007 recante l'aggiudicazione dell'appalto in favore della a.t.i. mandataria Costruzioni RUTA. s.r.l. ed i relativi atti connessi e presupposti, tra cui il bando di gara del 6.8.2007, il relativo disciplinare di gara e l'eventuale contratto stipulato, articolando le medesime censure contenute nel ricorso principale.

Si è costituita in giudizio l'Acquedotto Pugliese s.p.a. che eccepisce l'improcedibilità del ricorso nonché il difetto di giurisdizione del giudice amministrativo con riguardo all'impugnazione del d.u.r.c., replicando analiticamente alle censure di parte ricorrente, chiedendo infine il rigetto del gravame siccome infondato nel merito.

Resiste altresì in giudizio la Costruzioni RUTA s.r.l. rilevando in limine l'inammissibilità del gravame e chiedendo la reiezione dell'impugnazione.

Con il secondo dei ricorsi in epigrafe, notificato il 18.10.2007 ed iscritto al numero di registro generale 1495 del 2007, la società La Lucente s.p.a. chiede l'annullamento del provvedimento di esclusione del 13.7.2007, deducendo in sintesi:

1) violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 ed eccesso di potere per sviamento, erroneità dei presupposti e contraddittorietà (in relazione all'asserita violazione degli obblighi contributivi);

2) violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 ed eccesso di potere per sviamento ed erroneità dei presupposti (in relazione al precedente penale ascritto al legale rappresentante sig. Giuseppe Volpe);

3) violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 ed eccesso di potere per sviamento, erroneità e travisamento dei presupposti (in relazione alle asserite dichiarazioni mendaci);

4) violazione dei principi generali dell'ordinamento ed eccesso di potere per sviamento ed erroneo apprezzamento dei presupposti (insussistenza di intento fraudolento);

5) violazione degli artt. 38 e 48 del D.Lgs. 163/2006 ed eccesso di potere per sviamento ed erroneità dei presupposti (in relazione all'incameramento della cauzione provvisoria ed alla segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici);

6) violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 ed eccesso di potere per sviamento ed erroneità dei presupposti, con riguardo agli addebiti mossi alla Opus Gas Metano s.r.l. per irregolarità contributive e previdenziali;

7) violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 ed eccesso di potere per sviamento ed erroneità dei presupposti, per la insussistenza di decreti penali di condanna irrevocabili a carico degli esponenti aziendali della Opus Gas Metano s.r.l.;

8) eccesso di potere per sviamento ed erroneità dei presupposti, per la inesistenza di dichiarazioni mendaci rese dalla Opus Gas Metano s.r.l. in ordine alla propria situazione di regolarità contributiva ed all'assenza di precedenti penali a carico dei propri esponenti.

Con motivi aggiunti notificati il 12.3.2008, la Lucente s.p.a. impugna inoltre i successivi atti adottati dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici deducendo:

I) illegittimità derivata delle determinazioni dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici;

II) illegittimità dell'iscrizione nel casellario informatico per violazione dell'art. 48 del D.Lgs. 163/2006, violazione dell'art. 7 della L. 241/1990 e del principio del contraddittorio, eccesso di potere per sviamento, omessa istruttoria, motivazione carente e difetto dei presupposti;

III) illegittimità dell'iscrizione nel casellario informatico per difetto di istruttoria ed omesso apprezzamento dei presupposti;

IV) illegittimità della determinazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici n. 1 del 10.1.2008 per incompetenza e violazione dell'art. 5 del D.Lgs. 163/2006;

V) illegittimità dell'iscrizione nel casellario informatico per violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 ed eccesso di potere per erroneità dei presupposti.

Resiste in giudizio l'A.Q.P. e la Costruzioni RUTA s.r.l. eccependo l'inammissibilità dei gravami e chiedendone il rigetto nel merito. Si è altresì costituita con il patrocinio dell'Avvocatura Distrettuale dello Stato, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, eccependo l'inammissibilità dei motivi aggiunti ed affermandone in ogni caso l'infondatezza.

L'Istituto Nazionale della Previdenza Sociale ha depositato, all'udienza pubblica del 9.5.2008, memoria difensiva che deve considerarsi tardiva e perciò irricevibile.

Con ordinanza emessa il 9.5.2008 il Tribunale ha accolto la domanda incidentale di sospensiva degli atti impugnati avanzata dalla Lucente s.p.a. con i motivi aggiunti in relazione al periculum in mora.

Con il terzo dei ricorsi in esame, notificato il 30.10.2007 ed iscritto al numero di registro generale 1587 del 2007, la Opus Gas Metano s.r.l. impugna gli atti meglio specificati in epigrafe, deducendo in sintesi:

1) violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006, violazione del paragrafo III 2.1 del bando di gara e dell'art. 75 del D.P.R. 445/2000; eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto ed in diritto, travisamento e difetto di istruttoria (con riferimento al decreto penale di condanna pendente a carico del direttore tecnico Enrico Tatò);

2) violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006; violazione del paragrafo III 2.1 del bando di gara e dell'art. 75 del D.P.R. 445/2000; eccesso di potere per erronea presupposizione in fatto ed in diritto, travisamento e difetto di istruttoria (assenza di violazioni gravi e definitivamente accertate alle norme previdenziali);

3) violazione dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006; violazione del paragrafo III 2.1 del bando di gara; eccesso di potere per erronea presupposizione e difetto di istruttoria, manifesta illogicità e contraddittorietà (inesistenza di dichiarazioni mendaci);

4) violazione degli artt. 38 e 48 del D.Lgs. 163/2006 ed eccesso di potere per erronea presupposizione e difetto di istruttoria, manifesta illogicità e contraddittorietà (illegittimità derivata dell'incameramento della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza);

5) violazione dell'art. 48 del D.Lgs. 163/2006 ed eccesso di potere per erronea presupposizione e difetto di istruttoria, manifesta illogicità e contraddittorietà (illegittimità diretta dell'incameramento della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di Vigilanza).

Si è costituita in giudizio l'Acquedotto Pugliese s.p.a. argomentando per l'improcedibilità ovvero l'infondatezza del ricorso.

E' intervenuta *ad opponendum* la Costruzioni RUTA s.r.l. eccependo improcedibilità ed inammissibilità del gravame e concludendo per la reiezione dello stesso.

Alle pubbliche udienze del 2 aprile 2008 e del 9 maggio 2008 le cause venivano trattate in decisione.

DIRITTO

Attesa la loro evidente connessione soggettiva ed oggettiva, i ricorsi in esame vengono riuniti per essere decisi con un'unica sentenza.

Occorre premettere brevi cenni in fatto al fine di inquadrare compiutamente l'oggetto del giudizio.

L'Acquedotto Pugliese s.p.a. (in sigla A.Q.P.) indiceva una gara d'appalto per l'affidamento del servizio di custodia, conduzione e ispezione, compresa l'attività di pronto intervento, pulizia e sanificazione delle opere fognarie, nonché dei lavori di manutenzione ordinaria delle reti idriche, ubicate negli abitati dell'Ambito 4 (Comuni di Andria, Barletta, Bisceglie, Canosa di Puglia, Margherita di Savoia, Minervino Murge, San Ferdinando di Puglia, Spinazzola, Trani, Trinitapoli), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con importo a base d'asta pari a Euro 11.708.332,26.

Con provvedimento del 7.12.2006 la gara veniva aggiudicata all'a.t.i. Costruzioni RUTA s.r.l. mentre seconda graduata risultava l'a.t.i. Pridesa Proyectos y Servicios s.a..

A seguito delle rituali verifiche sul possesso dei requisiti dichiarati dalle imprese aggiudicatrici, la stazione appaltante disponeva l'esclusione dalla gara dell'a.t.i. Costruzioni RUTA s.r.l. ed annullava in autotutela l'aggiudicazione già disposta in favore della stessa avendo riscontrato la produzione di un documento unico di regolarità contributiva risultato contraffatto ed intestato alla mandante Euro Costruzioni s.r.l..

L'appalto veniva quindi aggiudicato all'a.t.i. Pridesa con provvedimento dell'11.5.2007. Tuttavia, anche nei confronti di quest'ultima veniva successivamente disposta l'esclusione dalla gara. La stazione appaltante infatti riscontrava difformità tra il contenuto delle dichiarazioni presentate, nella fase di prequalificazione, dalle mandanti Opus Gas Metano s.r.l. e La Lucente s.p.a., circa l'insussistenza delle cause di esclusione dalle gare d'appalto di cui all'art. 38 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, e le informazioni provenienti dagli enti previdenziali e ricavabili dai casellari giudiziari dei rispettivi amministratori ed esponenti aziendali.

Pertanto, con l'impugnato provvedimento del 13.7.2007, veniva disposta l'esclusione dalla gara dell'a.t.i. Pridesa Proyectos y Servicios s.a., accompagnata dall'incameramento della cauzione provvisoria e dalla segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Con determinazione del 3.3.2008 comunicata alle ricorrenti La Lucente s.p.a. e Opus Gas Metano s.r.l., l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici disponeva l'annotazione, nel casellario informatico degli operatori economici, del provvedimento di esclusione e la conseguente applicazione della sospensione di un anno (ai sensi dell'art. 38, primo comma – lett. h, del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163) con decorrenza dal 27.9.2007. Con successivo provvedimento del 3.4.2008 l'Autorità ha infine disposto la cancellazione della iscrizione a carico della Opus Gas Metano s.r.l..

In seguito, l'A.Q.P. indiceva una nuova gara d'appalto relativa al medesimo servizio che veniva aggiudicata all'a.t.i. RUTA in diversa composizione rispetto a quella della gara precedente.

1. Il primo gravame, iscritto al numero di registro generale 1474 del 2007, è proposto da Acciona Agua s.a. (già Pridesa Proyectos y Servicios s.a.), in proprio e nella qualità di impresa capogruppo dell'a.t.i. con le società Opus Gas Metano s.r.l., Lombardi Ecologia s.r.l., La Lucente s.p.a. e Apulia s.r.l..

Tanto premesso, devono respingersi le eccezioni sollevate dall'Acquedotto Pugliese s.p.a. e Costruzioni RUTA s.r.l. secondo le quali il gravame è inammissibile per omessa impugnazione del bando della nuova gara (svoltasi successivamente all'adozione del provvedimento impugnato) e della relativa aggiudicazione nonché per non aver la ricorrente partecipato alla nuova procedura.

In realtà Acciona Agua s.a. ha impugnato con motivi aggiunti gli atti della nuova procedura, ivi compresi il nuovo bando di gara del 6.8.2007 e l'aggiudicazione del 9.10.2007 pronunciata in favore dell'a.t.i. RUTA in diversa composizione. Sussiste inoltre l'interesse della Acciona ad ottenere l'annullamento del provvedimento di esclusione e, per l'effetto, la conseguente aggiudicazione della prima gara d'appalto, tenuto conto che la nuova gara vi è stata solo in quanto sono stati annullati gli atti della prima procedura e la stessa è stata dichiarata deserta per mancanza di altre offerte.

Ugualmente infondata è la richiesta di interruzione del giudizio, avanzata dalla difesa dell'Acquedotto Pugliese s.p.a. in relazione alla dichiarata estinzione della Pridesa Proyectos y Servicios s.a., che risulterebbe acquisita dalla Acciona Agua s.a. per incorporazione.

Dall'esame degli atti di causa emerge infatti che, in data 27.8.2007, sono stati depositati presso il notaio Lainati di Milano gli atti di modifica di sede e di denominazione sociale della Pridesa Proyectos y Servicios s.a., la quale ha assunto la nuova denominazione di Acciona Agua s.a., come risulta peraltro dalle delibere accluse al ricorso principale e dalle relative traduzioni asseverate con verbale di giuramento del consulente ex art. 193 cod. proc. civ.; non è provata una effettiva fusione per incorporazione della prima nella seconda e, in ogni caso, anche accedendo a tale ipotesi, permarrrebbe la legittimazione processuale della società incorporante, dal momento che il fenomeno della fusione o incorporazione di società realizza una successione universale e postula la sussistenza di un soggetto risultante o incorporante, che rappresenta il nuovo centro d'imputazione e di legittimazione dei rapporti giuridici già riguardanti i soggetti fusi o incorporati, con l'ulteriore conseguenza che ogni atto di natura sostanziale o processuale deve essere indirizzato al nuovo ente (cfr. Cass. Civ., Sez. V, 6 maggio 2005 n. 9432).

In ogni caso, ai sensi dell'art. 24 della L. 6 dicembre 1971 n. 1034 e dell'art. 300 cod. proc. civ., l'interruzione del processo va dichiarata per sopravvenuta perdita della capacità di stare in giudizio della parte verificatasi in corso di causa, mentre il ricorso in esame è stato proposto in via autonoma dalla Acciona Agua s.a., che non è subentrata nel corso del giudizio.

Passando al merito, osserva il Collegio che l'impugnato provvedimento di esclusione appare sostanzialmente retto da due distinte e concorrenti motivazioni, ognuna delle quali è autonomamente in grado di sorreggerlo: l'omessa indicazione dei precedenti penali addebitabili agli amministratori aziendali, ai sensi dell'art. 38 - lett. c) del Codice dei contratti pubblici, e l'omessa o falsa dichiarazione delle pendenze contributive, ai sensi dell'art. 38 - lett. i) del Codice, da parte delle società mandanti Opus Gas s.r.l. e La Lucente s.p.a..

Sotto il primo profilo, il direttore tecnico della Opus Gas s.r.l. (Enrico Tatò) ed il presidente del consiglio di amministrazione della La Lucente s.p.a. (Giuseppe Volpe) avevano riportato condanne penali, non dichiarate in sede di domanda di partecipazione alla gara, ed in particolare:

- a carico di Tatò risultava decreto penale di condanna emesso il 28.8.2003 dal G.I.P. presso il Tribunale di Taranto, per i reati di cui all'art. 41 del D.Lgs. 19 settembre 1994 n. 626 (violazione delle norme riguardanti la sicurezza e la salute dei lavoratori), art. 40 del D.P.R. 19 marzo 1956 n. 303 (norme generali per l'igiene del lavoro), art. 2 del D.Lgs. 14 agosto 1996 n. 493 (prescrizioni minime per la segnaletica di sicurezza e di salute sul luogo di lavoro), art. 34 del D.P.R. 27 aprile 1955 n. 547 (norme per la prevenzione degli infortuni sul lavoro);

- a carico di Volpe risultava decreto penale di condanna emesso il 26.10.1992 dal G.I.P. presso il Tribunale di Brindisi, per il reato di cui all'art. 1 della L. 5 gennaio 1953 n. 4 (norme concernenti l'obbligo di corrispondere le retribuzioni ai lavoratori a mezzo di prospetti paga).

Quanto alle violazioni in materia di contributi previdenziali ed assistenziali, la stazione appaltante verificava che le società Opus Gas Metano s.r.l. e Lucente s.p.a., al 3.8.2006 (data di scadenza per la presentazione delle domande di ammissione alla gara) non erano in regola con l'assolvimento degli obblighi di versamento dei contributi assistenziali e previdenziali ed inoltre la Lucente s.p.a. non risultava altresì in regola alla data del 18.10.2006 (data di scadenza per la presentazione delle offerte).

Il Collegio deve prendere atto che, in relazione al primo profilo, la stazione appaltante (non ritenendo di attendere l'esito del giudizio) ha mutato il proprio convincimento in corso di causa e, con atto del 18.4.2008 assunto in via di autotutela, ha espunto dalle cause di esclusione dell'a.t.i. ricorrente la controversa esistenza del decreto penale di condanna definitivo a carico dell'amministratore della Opus Gas Metano s.r.l., confermando tuttavia l'esclusione dell'a.t.i. stessa in relazione alla autocertificazione non veritiera prodotta dalla mandante La Lucente s.p.a.; donde l'improcedibilità del ricorso, nella parte relativa agli addebiti inizialmente mossi alla Opus Gas Metano s.r.l. e poi revocati in autotutela.

Devono perciò esaminarsi le censure svolte dalla ricorrente circa le dichiarazioni in materia contributiva, presentate dalla mandante La Lucente s.p.a. e giudicate non veritiera dalla stazione appaltante, poiché alle date citate (3.8.2006 e 18.10.2006) il d.u.r.c. acquisito agli atti avrebbe rivelato irregolarità nel versamento dei contributi assistenziali e previdenziali.

In particolare, afferma la ricorrente che l'I.N.P.S. di Frosinone avrebbe successivamente rettificato la certificazione all'origine negativa e che, d'altra parte, le irregolarità segnalate a carico dell'impresa per i contratti di formazione e lavoro stipulati nel periodo 1995 – 2001 non sarebbero definitive, in quanto oggetto di ricorso amministrativo tuttora pendente. Il provvedimento di esclusione si porrebbe perciò in contrasto con l'art. 38, primo comma lett. i), del nuovo Codice dei contratti pubblici, secondo il quale devono essere esclusi i soli concorrenti che abbiano commesso violazioni "gravi" e "definitivamente accertate" in materia di contributi previdenziali ed assistenziali.

Il Collegio condivide i rilievi svolti dalla ricorrente sul piano strettamente esegetico: stando alla norma da ultimo richiamata, che riprende la formulazione dell'art. 75, primo comma lett. e) del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554, le Amministrazioni procedenti non possono legittimamente arrestarsi alla presa d'atto del responso "sintetico" fornito dall'ente previdenziale per mezzo del d.u.r.c., bensì devono effettuare un'autonoma istruttoria circa i caratteri della irregolarità contributiva cumulativamente richiesti dal legislatore, ossia la "gravità" e la "definitività". Tale attività di verifica ed apprezzamento, da svolgersi in contraddittorio con l'impresa interessata, non può essere surrogata dalla certificazione formata dall'ente previdenziale, al quale solo compete di attestare l'esistenza e l'entità del rapporto debitorio. Del pari, spetta al giudice amministrativo il sindacato sulla motivazione adottata dalla stazione appaltante, all'atto dell'esclusione dalla gara, circa la ricorrenza dei presupposti di gravità e definitività delle pendenze contributive (condivisibile, in tal senso, Cons. Stato, Sez. IV, 20 settembre 2005 n. 4817, riferita all'art. 75 del previgente regolamento sui lavori pubblici).

Può oggi aggiungersi che una diversa interpretazione, oltre a tradire il tenore letterale del primo comma dell'art. 38 del Codice, si porrebbe in contrasto con l'art. 45, terzo comma, della direttiva 2004/18/CE il quale, introducendo un principio immediatamente precettivo rivolto alle Amministrazioni aggiudicatrici, consente sì di accettare il certificato come "prova sufficiente" che attesta che l'operatore economico non si trova in nessuna delle situazioni di esclusione, ma viceversa non autorizza a far discendere l'esclusione automatica dell'impresa dalle risultanze di detto certificato.

L'esplicazione del potere di apprezzamento della gravità e della definitività delle violazioni contributive, da parte della stazione appaltante, non può che collocarsi nella fase della qualificazione dei soggetti offerenti, allorché si svolge la consueta verifica dei requisiti di partecipazione prescritti dalla legge e dal bando di gara. La previsione del terzo comma dell'art. 38 del Codice, che fa obbligo all'aggiudicatario provvisorio di consegnare all'Amministrazione il d.u.r.c., non esclude che già in fase di presentazione della domanda di partecipazione tutte le ditte concorrenti debbano diligentemente dichiarare la propria posizione contributiva (non diversamente, ad esempio, dai precedenti penali degli amministratori), proprio allo scopo di consentire la doverosa valutazione degli eventuali debiti previdenziali, in punto di "gravità" e "definitività".

Va osservato, tuttavia che la previsione del terzo comma dell'art. 38 del codice che fa obbligo all'aggiudicatario provvisorio di consegnare all'amministrazione Durc non esclude che già in fase di presentazione della domanda di partecipazione tutte le ditte concorrenti debbano diligentemente dichiarare la propria posizione contributiva (non diversamente, ad es., dei precedenti penali degli amministratori) proprio allo scopo di consentire la doverosa valutazione degli eventuali debiti previdenziali, in punto di "gravità e definitività".

Proprio il riconoscimento di penetranti spazi di discrezionalità, in capo alla stazione appaltante, nei riguardi delle pendenze contributive risultanti dal d.u.r.c. porta con sé, quale corollario, che ciascuna impresa che abbia in corso un procedimento di accertamento previdenziale non può dichiarare di essere in regola, ma deve manifestare fin dall'inizio l'esistenza di tale situazione, alla cui valutazione provvederà l'Autorità destinataria della dichiarazione medesima; come ripetutamente rilevato dalla giurisprudenza, infatti, in un contesto di positivo rinnovamento della legislazione in tema di rapporti tra cittadino e pubblici poteri, e quindi in tema di certificazioni e di autocertificazione, è indispensabile che il cittadino stesso sia anche responsabile (e responsabilizzato) delle dichiarazioni che rilascia, all'evidente scopo di evitare che un importante strumento di civiltà giuridico-amministrativa, quale l'autocertificazione, possa finire con l'essere comodo mezzo per aggirare ben precisi precetti di legge (TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 15 settembre 2005 n. 1590).

Da ciò si ricava che le imprese che intendano partecipare alle pubbliche gare d'appalto, hanno l'onere, allorché rendono le autodichiarazioni previste dalla legge o dal bando, di rendersi particolarmente diligenti nel verificare preliminarmente (attraverso la documentazione in loro possesso o anche accedendo ai dati dei competenti uffici) che tali autodichiarazioni siano veritiere. La falsa o incompleta attestazione dei requisiti di partecipazione ha rilevanza oggettiva, sicché il relativo inadempimento non tollera ulteriori indagini da parte

dell'Amministrazione in ordine all'elemento psicologico (se cioè la reticenza sia dovuta a dolo o colpa dell'imprenditore) e alla gravità della violazione (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile 2003 n. 2081; Id., 9 dicembre 2002 n. 6768).

Con specifico riguardo alla dichiarazione di regolarità contributiva, deve perciò distinguersi. E' illegittima l'esclusione quando l'impresa abbia tempestivamente impugnato, prima della pubblicazione del bando, la richiesta di pagamento degli oneri contributivi, ma a diversa conclusione si perviene nel caso in cui l'impresa abbia dichiarato espressamente, nella domanda di partecipazione, di essere in regola con i doveri contributivi e fiscali, nonostante l'effettiva presenza di contenziosi pendenti: in tal caso infatti la dichiarazione, a pena di esclusione, deve essere completa dell'indicazione di detto contenzioso (in questo senso Cons. Giust. Amm. Sicilia, 28 luglio 2006 n. 470).

Nella fattispecie in esame, è provato che la società mandante La Lucente s.p.a. avesse intrapreso fin dal 2005 un contenzioso, non definito all'epoca della presentazione dell'offerta, nei confronti dell'I.N.P.S. per il mancato pagamento di contributi in relazione a contratti di formazione e lavoro, e che di tale pendenza non avesse fatto menzione nella domanda di partecipazione.

Si aggiunga che il bando di gara prevedeva espressamente, al paragrafo VI 3. (pag. 11), che la dichiarazione resa dalle società partecipanti, attestante l'insussistenza ai sensi dell'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 di una delle cause di esclusione dalla gara, viene rilasciata ai sensi degli artt. 46 e 47 del D.P.R. 445/2000, può essere verificata in ogni momento dalla stazione appaltante e, in caso di dichiarazione non veritiera, comporta l'esclusione del concorrente ai sensi dell'art. 75 del D.P.R. 445/2000, che appunto prevede la decadenza dai benefici ottenuti con la suddetta dichiarazione.

Pertanto, la violazione del principio del "clare loqui" e la mancata indicazione dei debiti previdenziali ed assistenziali di cui la partecipante sia a conoscenza integra una dichiarazione non veritiera sul possesso dei requisiti di partecipazione alla gara e si configura come causa autonoma di esclusione dalla stessa.

Quanto al mancato esercizio da parte della stazione appaltante della facoltà prevista dall'art. 46 del D.Lgs. 163/2006, dedotto con il terzo motivo di ricorso, deve in contrario evidenziarsi che il potere di integrazione istruttoria in corso di gara trova un limite nel principio della "par condicio" tra i concorrenti e pertanto non può essere utilizzato, come nel caso in esame, per supplire alla inosservanza di adempimenti procedurali o alla omessa produzione di documenti richiesti a pena di esclusione dalla gara (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2006 n. 1068).

In conclusione, Acquedotto Pugliese s.p.a. ha legittimamente escluso l'a.t.i. ricorrente per la mancata indicazione, da parte di una delle società mandanti, del contenzioso pendente con gli enti previdenziali al momento della presentazione della domanda.

Per questa parte, il ricorso deve ritenersi infondato.

Discende da quanto detto, altresì, l'infondatezza del nono motivo di ricorso, in relazione alla pretesa illegittimità derivata dall'incameramento della cauzione provvisoria e della segnalazione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici.

Quest'ultima non è autonomamente impugnabile, in quanto mero atto d'impulso del procedimento da svolgersi dinanzi all'Autorità medesima (TAR Lombardia, Milano, sez. I, 17 aprile 2002 n. 1489). Il ricorso è dunque per tale parte inammissibile.

Viceversa infondata è la doglianza con la quale si afferma che la sanzione accessoria dell'incameramento della cauzione provvisoria non potrebbe essere disposta nell'ipotesi di mancata dimostrazione del possesso dei requisiti di ordine generale, secondo il disposto dell'art. 48 del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Rileva in contrario il Collegio che, nelle procedure ad evidenza pubblica per la scelta del contraente, la cauzione provvisoria ha tradizionalmente avuto la funzione di garantire l'amministrazione per il caso in cui l'affidatario dei lavori non si prestasse poi a stipulare il relativo contratto (v. l'art. 332 della L. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F; gli artt. 2 e 4 del D.P.R. 16 luglio 1962, n. 1063; l'art. 30, comma 1, della L. 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni).

Recentemente, però, essa è venuta assumendo l'ulteriore funzione di garantire la veridicità delle dichiarazioni fornite dalle imprese, in sede di partecipazione alla gara, circa il possesso dei requisiti prescritti dal bando, così da garantire l'affidabilità dell'offerta, il cui primo indice è rappresentato proprio dalla correttezza e serietà del comportamento del concorrente in relazione agli obblighi derivanti dalla *lex specialis* di gara, che refluisce sul regolare svolgimento dell'intero procedimento di gara (principio pacifico in giurisprudenza: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 giugno 2004 n. 4789).

La cauzione provvisoria rappresenta, salvo prova di maggior danno, una liquidazione anticipata dei danni derivanti all'amministrazione dall'inadempimento di tale obbligo di serietà da parte del concorrente. L'escussione della cauzione, quindi, è conseguenza diretta ed automatica del verificarsi del presupposto correlato alla descritta funzione della cauzione, vale a dire dell'inadempimento del partecipante, senza bisogno che specifica norma di gara disponga espressamente in tal senso (in questo senso Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 2003 n. 6769).

Così, anche in vigenza dell'art. 48 del D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, l'escussione della cauzione è possibile, ed anzi rappresenta atto dovuto, quando le dichiarazioni rese dall'aggiudicatario ai fini della partecipazione alla gara non siano confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione e l'Amministrazione provveda, a norma della *lex specialis*, alla esclusione dell'impresa ed all'annullamento dell'eventuale aggiudicazione, i cui esiti condizionano direttamente la (mancata) stipula del contratto, risultando indifferente la natura del requisito di partecipazione falsamente dichiarato.

Conclusivamente, il ricorso R.G. 1474/07 proposto da Acciona Agua s.a. è inammissibile in relazione all'impugnazione della segnalazione all'Autorità di vigilanza, improcedibile in relazione alla parte di provvedimento annullata in autotutela da Acquedotto Pugliese s.p.a., ed è per il resto infondato.

2. Passando al secondo dei ricorsi in epigrafe, proposto da La Lucente s.p.a. ed iscritto al numero di registro generale 1495 del 2007, appaiono preliminarmente infondate le eccezioni di inammissibilità sollevate rispettivamente dall'Autorità di Vigilanza (per essere stato il provvedimento di esclusione già gravato dall'a.t.i. di cui la Lucente s.p.a. fa parte) e da A.Q.P. e RUTA s.r.l. (per mancata impugnazione del nuovo bando di gara e della nuova aggiudicazione del 9 ottobre in favore di RUTA s.r.l.).

Invero, sussiste l'interesse autonomo della ricorrente alla decisione nei limiti del pregiudizio derivatole dai successivi atti adottati dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, con particolare riferimento alla determinazione del 3.3.2008 recante iscrizione della esclusione nel casellario informatico, con applicazione della sospensione per un anno a decorrere dal 27.9.2007 (quest'ultima impugnata con motivi aggiunti).

Le censure articolate nei confronti dell'esclusione deliberata da Acquedotto Pugliese s.p.a. (e del conseguente incameramento della cauzione provvisoria), di tenore del tutto analogo a quelle esaminate in relazione al ricorso R.G. 1474/07, devono essere tutte respinte per le considerazioni dianzi svolte, che si intendono qui richiamate: in sintesi, l'omessa dichiarazione da parte della mandante La Lucente s.p.a. delle pendenze contributive e del contenzioso in essere con l'istituto previdenziale costituiva presupposto sufficiente per giustificare l'esclusione del raggruppamento.

I motivi aggiunti proposti avverso l'iscrizione nel Casellario informatico dell'Autorità di vigilanza richiedono invece apposito scrutinio, fatta eccezione per la prospettata illegittimità derivata connessa all'atto di esclusione, anch'essa infondata per le ragioni esposte.

Sotto un primo profilo, non può condividersi quanto affermato dalla ricorrente in ordine alla mancata comunicazione di avvio del procedimento ed al difetto di istruttoria in cui sarebbe incorsa l'Autorità, che avrebbe illegittimamente effettuato l'annotazione senza acquisire elementi conoscitivi dall'impresa.

Invero, l'Autorità di vigilanza successivamente alla segnalazione deve procedere alla annotazione dei contenuti del provvedimento di esclusione nel Casellario informatico, non avendo alcun potere di valutare autonomamente il contenuto di detto provvedimento, salvo il caso di inesistenza in punto di fatto dei presupposti o l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante, ed ha perciò il dovere di inserire la notizia nel Casellario informatico, istituito al solo fine di dare pubblicità-notizia alle decisioni adottate dalle stazioni appaltanti.

L'attività dell'Autorità che si esplica nell'annotazione nel Casellario informatico ha carattere meramente esecutivo e non provvedimentale, con la sola finalità di rendere facilmente e immediatamente accessibili

notizie che comunque potrebbero essere acquisite direttamente dall'Osservatorio sui lavori pubblici tramite domanda. Essa non irroga nessuna sanzione, ma conferisce pubblicità ad una comunicazione che la stazione appaltante è obbligata a trasmettere, e non abbisogna di preventiva instaurazione del contraddittorio (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2007, n. 5003; Id., Sez. IV, 19 ottobre 2006 n. 6212).

Ugualmente infondato è il mezzo con cui la ricorrente domanda altresì l'annullamento della presupposta determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 1 del 10.1.2008, che avrebbe illegittimamente esteso l'applicazione del Casellario al settore dei servizi, in assenza del regolamento previsto dall'art. 5 del Codice dei contratti pubblici.

Deve infatti escludersi che il menzionato art. 5 abbia riservato all'emanando regolamento la disciplina del Casellario informatico e delle modalità di accesso, da parte delle stazioni appaltanti, alle informazioni inerenti alle cause di esclusione di cui all'art. 38 del Codice. All'Autorità di vigilanza deve riconoscersi, per tale ambito, ampia autonomia regolamentare ed organizzativa, in conformità al disposto dell'art. 6 del D.Lgs. 163/2006.

La conclusione, come correttamente rilevato dalla difesa erariale, è rafforzata dalla norma transitoria contenuta al secondo comma dell'art. 257 del Codice, che esplicitamente differisce di un anno l'entrata in vigore delle disposizioni in tema di obblighi di comunicazione, nei confronti dell'Autorità e dell'Osservatorio, che riguardano servizi e forniture (ivi comprese le comunicazioni finalizzate a rendere conoscibili le cause di esclusione ex art. 38).

Quanto, infine, alla lamenta erronea decorrenza dell'effetto interdittivo, fatta risalire dall'impugnato atto dell'Autorità al 27.9.2007, data di acquisizione dell'informativa, anziché alla data di commissione del fatto (la falsa dichiarazione), il Collegio ritiene di aderire, sul punto, al prevalente indirizzo giurisprudenziale formatosi in materia di lavori pubblici ed oggi estendibile alle annotazioni relative a servizi e forniture, nel senso che il termine annuale decorra dal momento in cui è stata resa la dichiarazione (cfr. TAR Toscana, Sez. I, 7 giugno 2004 n. 1881). Nel caso in esame, pertanto, il dies a quo va correttamente individuato nella data del 26.7.2006, data dell'autocertificazione del legale rappresentante della Lucente s.p.a. contenente la predetta dichiarazione non veritiera.

La riconosciuta infondatezza della domanda impugnatoria comporta la reiezione anche della pretesa risarcitoria, peraltro avanzata in forma del tutto generica.

Conclusivamente, il ricorso R.G. 1495/07 proposto da La Lucente s.p.a. è accolto limitatamente al termine di decorrenza degli effetti derivanti dall'annotazione nel Casellario informatico dell'Autorità di vigilanza, per il resto è respinto.

3. Infine, quanto al terzo dei ricorsi in epigrafe, proposto da Opus Gas Metano s.r.l. ed iscritto al numero di registro generale 1587 del 2007 occorre distinguere.

Con riferimento alla impugnazione della nuova aggiudicazione in favore dell'a.t.i. RUTA in diversa composizione, coglie nel segno l'eccezione di inammissibilità opposta dalla interveniente RUTA s.r.l. per omessa notifica alla controinteressata, considerato che il ricorso è stato notificato solo alla A.Q.P..

Quanto alle censure rivolte contro le sanzioni conseguenti alla esclusione dell'a.t.i. Pridesa, il gravame deve ritenersi improcedibile per carenza di interesse in seguito al provvedimento dell'A.Q.P. del 18.4.2008 con cui la stazione appaltante, come si è visto, ha di fatto stralciato la posizione dell'Opus Gas (espungendo dalle cause di esclusione dell'a.t.i. la pendenza del decreto penale di condanna a carico del direttore tecnico della ricorrente) confermando l'esclusione solo in relazione alla autocertificazione non veritiera prodotta dalla mandante La Lucente s.p.a..

Per il resto il ricorso è infondato, per le ragioni diffusivamente esposte in relazione al ricorso R.G. 1474/07 che si richiamano integralmente in questa sede.

4. Le spese processuali, in considerazione della complessità delle questioni dedotte in giudizio, possono essere integralmente compensate tra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Prima Sezione, definitivamente pronunciando in ordine ai ricorsi indicati in epigrafe, previa loro riunione, così provvede:

1) respinge in parte il ricorso R.G. 1474/07 proposto da Acciona Agua s.a., in parte lo dichiara inammissibile ed in parte lo dichiara improcedibile;

2) accoglie in parte il ricorso R.G. 1495/07 proposto da La Lucente s.p.a., nei sensi di cui in motivazione e limitatamente al termine di decorrenza degli effetti derivanti dall'annotazione nel Casellario informatico dell'Autorità di vigilanza, per il resto lo respinge;

3) respinge in parte il ricorso R.G. 1587/07 proposto da Opus Gas Metano s.r.l., in parte lo dichiara inammissibile; in parte lo dichiara improcedibile.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio dei giorni 2 aprile e 9 maggio 2008 con l'intervento dei Magistrati:

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno aprile – 9 maggio 2008 con l'intervento dei Magistrati:

Corrado Allegretta, Presidente

Doris Durante, Consigliere, Estensore

Gianluca Di Vita, Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 16/07/2008.

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. III - sentenza 29 luglio 2008 n. 7591- Pres. Baccarini, Est. Altavista - Soc. Advanced Accelerator Applications Italy s.r.l. (Avv.ti Manzi, Finocchiaro e Pedace) c. Università degli studi di Milano Bicocca (Avv.ra Stato) -

Reg. generale : 1521/2008

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale

per il Lazio

SEZIONE TERZA

composto dai Signori: STEFANO BACCARINI Presidente

GIUSEPPE SAPONE Cons.

CECILIA ALTAVISTA Primo Ref. , relatore

ha pronunciato la

SENTENZA

Sul ricorso 1521/2008 proposto da:

SOC ADVANCED ACCELERATOR APPLICATIONS ITALY SRL (AVDANCED)

rappresentata e difesa da:

MANZI AVV. ANDREA

FINOCCHIARO AVV. ANTONIO

PEDACE AVV. STEFANIA

con domicilio eletto in ROMA

VIA F. CONFALONIERI, 5

presso

MANZI AVV. ANDREA

contro

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO - BICOCCA

rappresentato e difeso da:

AVVOCATURA DELLO STATO

con domicilio eletto in ROMA

VIA DEI PORTOGHESI, 12

presso la sua sede

MINISTERO DELLA SALUTE

e nei confronti di

SOC IBA MOLECULAR ITALY SRL + RTI

e nei confronti di

FONDAZIONE SAN RAFFAELE DEL MONTE TABOR DI MILANO

per l'annullamento

di tutti gli atti indicati nell'epigrafe del ricorso;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione del giudizio di

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI MILANO - BICOCCA

Visti gli atti della causa;

Visto l'art. 23 bis comma sesto della legge 6 dicembre 1971, n. 1034, introdotto dalla legge 21 luglio 2000, n. 205;

Uditi nella pubblica udienza del 21 maggio 2008, Primo Referendario Cecilia ALTAVISTA, gli avvocati come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO

Con bando pubblicato il 9-6-2007, la Università degli studi di Milano Bicocca ha bandito una gara d'appalto per la fornitura di fluorodesossiglucosio per attività diagnostica.

Nel disciplinare, allegato al bando di gara, era prevista espressamente la partecipazione dei soggetti di cui all'art 34 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006 e dei raggruppamenti di cui all'art 37.

Presentavano offerte il raggruppamento costituito dalla società IBA molecular Italy s.r.l.e dalla Fondazione San Raffaele del Monte Tabor; la Advanced Applications s.r.l. e la GE Healthcare s.r.l.. A seguito della valutazione delle offerte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa risultava primo classificato il raggruppamento formato da IBA molecular Italy s.r.l.e dalla Fondazione San Raffaele del Monte Tabor.

Pertanto veniva disposta l'aggiudicazione a favore di tale raggruppamento in data 25 luglio 2007.

Avverso tale provvedimento, avverso il provvedimento di aggiudicazione provvisoria, avverso il bando di gara e avverso il D.M. del 19-11-2003 relativo alle modalità di preparazione del radiofarmaco, è stato proposto ricorso davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia per i per i seguenti motivi:

violazione di legge con riferimento agli artt. 3 e 6, 50 e 51 del d.lgs. n° 219 del 24-4-2006;

eccesso di potere sotto il profilo della irragionevolezza e incongruità; della illogicità, della ingiustizia grave e manifesta; della violazione della par condicio;

violazione di legge con riferimento all'art 42 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006;

eccesso di potere sotto il profilo della irragionevolezza e incongruità; della illogicità, della ingiustizia grave e manifesta; del travisamento dei fatti e dei presupposti; della disparità di trattamento;

violazione di legge con riferimento all'art 83 del d.lgs. n° 163 del 2006;

eccesso di potere sotto il profilo della irragionevolezza e incongruità; della illogicità, della ingiustizia grave e manifesta; della disparità di trattamento;

violazione di legge con riferimento all'art 34 del d.lgs. n° 163 del 2006; eccesso di potere per contraddittorietà con il disciplinare di gara;

in relazione al D.M. 19 novembre 2003 venivano poi formulate le seguenti censure:

violazione di legge con riferimento agli artt. 3 e 6, 50 e 51 del d.lgs. n° 219 del 24-4-2006;

eccesso di potere sotto il profilo della irragionevolezza e incongruità; della illogicità, della ingiustizia grave e manifesta; della violazione della par condicio;

violazione della direttiva 2001/83 e 2003/94;

violazione del Trattato Ce;

violazione degli artt 41 e 117 della Costituzione.

In relazione alla impugnazione del D.M. veniva proposto Regolamento di competenza a cui aderiva il ricorrente, con conseguente trasmissione degli atti a questo Tribunale.

All'udienza del 21-5-2008, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Suscettibile di immediato accoglimento e idoneo alla definizione della controversia è il motivo di ricorso relativo alla partecipazione alla gara nel raggruppamento aggiudicatario di una fondazione.

Sostiene il ricorrente la violazione dell'art 34 del d.lgs. n° 163 del 12-4-2006, in quanto tale norma non ammetterebbe la partecipazione alle gare pubbliche di soggetti diversi da quelli espressamente previsti.

Tale motivo di censura è fondato.

Ai sensi dell'art 34 del d.lgs. n° 163 del 2006 sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici i seguenti soggetti, salvo i limiti espressamente indicati: a) gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative; b) i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422, e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443 ; c) i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36; d) i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37; e) i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo

37; f) i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240; si applicano al riguardo le disposizioni dell'articolo 37.

Tale elencazione deve ritenersi tassativa. Infatti la elencazione espressa di una serie di ipotesi tra cui le cooperative, i consorzi, il gruppo europeo di interesse economico, che pure potrebbero rientrare latamente in un concetto di impresa, conduce a ritenere che le singole previsioni facciano riferimento allo specifico istituto come regolamentato nell'ordinamento e che non ci sia spazio per una interpretazione estensiva.

Ne deriva che, ai sensi dell'art 34, non possono essere ammesse a partecipare alle gare pubbliche, in mancanza di espressa previsione, le fondazioni, le quali costituiscono un soggetto espressamente considerato dall'ordinamento secondo specifiche peculiarità.

In base agli artt 14 e segg del codice civile, e secondo le ricostruzioni dottrinarie prevalenti, si tratta di un soggetto, costituito da un patrimonio, personificato dall'ordinamento per la realizzazione di uno scopo determinato, considerato di utilità sociale.

In relazione alla previsione espressa dell'art 34 la rilevanza sociale dello scopo, di carattere non lucrativo impedisce qualsiasi assimilazione delle fondazioni alle società commerciali, il cui elemento fondamentale è costituito invece dalla divisione degli utili tra i soci.

Nel caso di specie, di fronte alla norma espressa, non risulta rilevante la questione relativa alla natura della fondazione e se possa considerarsi una impresa commerciale.

La giurisprudenza citata dall'Avvocatura dello Stato, che sembrerebbe ammettere alle gare pubbliche le fondazioni è precedente alla previsione espressa dell'art 34 del codice degli appalti.

La citata sentenza del Consiglio di Stato n° 2785 del 2003 si riferiva alla disciplina del dlgs. n.157/95 e dalla direttiva CEE 92/50 del 18 giugno 1992, che considerava prestatori di servizi "le persone fisiche o giuridiche, inclusi gli enti pubblici che forniscono servizi"; secondo il Consiglio di Stato già tale previsione comportava una limitazione dei soggetti ammessi tale da escludere ad esempio le associazioni non riconosciute.

In particolare, secondo le affermazioni del Consiglio di Stato, pur non potendosi intendere la previsione comunitaria come assolutamente preclusiva della partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica di soggetti di diritto diversi da quelli ivi espressamente elencati (tenuto conto della peculiarità degli ordinamenti nazionali nella complessa materia della regolamentazione della soggettività giuridica), l'espressa catalogazione dei tipi di soggetti legittimati alla conclusione dei contratti in questione assume il chiaro significato di una limitazione soggettiva nell'accesso alla contrattazione con le amministrazioni aggiudicatrici e che un'interpretazione che estenda indistintamente la qualità di prestatore di servizi a qualsiasi soggetto giuridico che nel mercato di riferimento offre quella prestazione dovrebbe essere rifiutata in quanto contraria al canone ermeneutico che preclude l'assegnazione di un significato che impedisce alla disposizione di produrre qualsiasi utile effetto (posto che in quel caso l'indicazione dei soggetti titolati si rivelerebbe del tutto pleonastica). Secondo il Consiglio di Stato in via interpretativa, si doveva riconoscere nella disposizione in esame, per come formulata, la ratio di circoscrivere il novero dei soggetti ammessi alla contrattazione con le amministrazioni aggiudicatrici (nella materia degli appalti pubblici di servizi) a quelli che, secondo la disciplina degli Stati membri, garantiscono, per un verso, un sicuro regime di responsabilità, personale e patrimoniale, e di imputazione degli effetti del contratto (così dovendosi intendere il riferimento, in qualche modo limitativo, alle persone fisiche e giuridiche) e, per un altro, una evidente capacità all'esercizio dell'attività d'impresa (nella quale si risolve la prestazione di un servizio in favore di un'amministrazione), cosa che nel caso di specie escludeva trattandosi di una associazione non riconosciuta.

Tali argomentazioni sono solo in parte adattabili alla nuova previsione dell'art 34 del codice dei contratti, che elenca in maniera specifica i soggetti ammessi alle gare; non si pone, infatti, in tal caso, il problema di una questione interpretativa, anche alla luce della normativa comunitaria. Si deve invece considerare la volontà espressa del legislatore di limitare l'accesso alle gare a soggetti determinati a garanzia non solo dell'affidabilità dei soggetti partecipanti, ma anche e soprattutto della concorrenza.

In ogni caso, l'art 4 della direttiva n° 18 del 2004 prevede che i candidati o gli offerenti che, in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti, sono autorizzati a fornire la prestazione di cui trattasi non possono essere respinti soltanto per il fatto che, secondo la normativa dello Stato membro nel quale è aggiudicato l'appalto, essi avrebbero dovuto essere persone fisiche o persone giuridiche.

Tale norma impedisce ai legislatori nazionali di introdurre limitazioni relative al possesso di un requisito formale, come la personalità giuridica, ma non impedisce le limitazioni che riguardino il profilo sostanziale dei partecipanti, come appunto quello dei soggetti che perseguono particolari finalità che gli attribuiscono, inoltre, nell'ordinamento nazionale, un regime di favore.

Nel caso di specie, la scelta del legislatore deriva dalla esigenza di evitare che soggetti i quali godono di un particolare regime di favore in forza del vincolo di scopo, basta far riferimento al regime fiscale con la forte riduzione della imposta sulla società, possano partecipare in condizioni di parità con gli altri operatori economici.

Pertanto neppure si può ritenere rilevante, nel caso di specie, alla luce della disciplina espressa del codice degli appalti la interpretazione resa dal Tar Lazio n° 3176 del 2004 rispetto al d.lgs. n° 157 del 1995, che ha ammesso la partecipazione delle fondazioni in quanto soggetti che svolgono attività di impresa.

Come detto, nell'ambito della dottrina civilistica, è discussa la natura di imprenditore commerciale delle fondazioni, in quanto se anche svolgono attività di impresa questa resta collaterale e comunque finalizzata ad uno scopo non di lucro.

Qualora assuma i caratteri della impresa commerciale ai sensi dell'art 2082, per cui è imprenditore chi esercita professionalmente una attività economica organizzata al fine della produzione di beni e servizi, sarebbe illegittimo il decreto di riconoscimento e dovrebbe essere disapplicato (Tribunale di Milano 22-1-1998). Inoltre, allorché l'attività di impresa di una fondazione (per le modalità con cui si svolge, per le dimensioni che raggiunge e per i risultati cui perviene) non appaia più strumentale rispetto ai fini di pubblica utilità dell'ente, si deve ritenere che quella attività non faccia più capo alla fondazione, ma al soggetto od ai soggetti che hanno agito utilizzando l'ente quale "paravento" (Tribunale Milano, 16 luglio 1998)

Inoltre la previsione dell'art 34 si riferisce alla nozione di impresa solo per l'imprenditore individuale, mentre per i soggetti collettivi o personificati, fa riferimento espresso alle società commerciali, che come è noto sono i tipi previsti dagli artt. 2291 e segg. del codice civile.

Sotto tale profilo il ricorso è fondato e va accolto con conseguente annullamento dell'aggiudicazione. L'annullamento per tale motivo di ricorso comporta l'assorbimento degli ulteriori motivi.

Quanto alla domanda di risarcimento danni, non è stata fornita alcuna allegazione del danno subito.

La materia del risarcimento del danno riguardando questioni attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo è regolata dal principio dell'onere della prova di cui all'art 2697 del codice civile, in base al quale chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento. La domanda di risarcimento del danno proposta in maniera generica e non sostenuta dalle allegazioni necessarie all'accertamento della responsabilità dell'amministrazione va respinta.

In considerazione della complessità della vicenda sussistono giusti motivi per la compensazione delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, Sezione III, accoglie la domanda di annullamento.

Dichiara inammissibile la domanda risarcitoria.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'Autorità Amministrativa.

Così deciso nella Camera di Consiglio del 21 maggio 2008.

Il Presidente: Stefano Baccarini

L'Estensore: Cecilia Altavista

Depositata in data 29 luglio 2008.

TAR ABRUZZO - PESCARA, SEZ. I - sentenza 12 agosto 2008 n. 728- Pres. Zuballi, Est. Nazzaro - Hospital Service S.r.l. (Avv.ti Clarizia, De Virgiliis, Milia, Montanino e Moscarini) c. ASL - Chieti (Avv. Pagani) e Servizi Ospedalieri S.p.a. - (Avv.ti Baccolini, Rizzo e Toppetti)

N. 00728/2008 REG.SEN.

N. 00137/2008 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Abruzzo

sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

Sul ricorso numero di registro generale =137 del 2008=, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

"HOSPITAL Service – Srl", rappresentata e difesa dagli avv. Angelo Clarizia, Paola De Virgiliis, Giuliano Milia, Carlo Montanino, Lucio V. Moscarini, con domicilio eletto presso Carlo Montanino in Pescara, via Pesaro 21;

contro

"ASL – Chieti", rappresentata e difesa dall'avv. Riccardo Pagani, con domicilio eletto presso Tar Segreteria in Pescara, via Lo Feudo n. 1;

nei confronti di

"SERVIZI Ospedalieri – Spa", rappresentata e difesa dagli avv. Stefano Baccolini, Francesco Rizzo, Valeria Toppetti, con domicilio eletto presso Valeria Toppetti in Pescara, viale G. D'Annunzio, 267;

per l'annullamento

DELLA DELIBERA ASL/CH N. 126/5.3.2008: ESCLUSIONE dalla gara del servizio lavatoio, disinfezione, gestione guardaroba, e dell'AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA ALLA "SERVIZI OSPEDALIERI SPA", CON RICHIESTA DI RISARCIMENTO.

Visto il ricorso ed i motivi aggiunti, con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Asl - Chieti;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Servizi Ospedalieri - Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19/06/2008 il cons. Dino Nazzaro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO

La ricorrente, già gestore del servizio, ha partecipato alla nuova gara, risultando aggiudicataria provvisoria, con offerta sottoposta a verifica ai sensi dell'art. 88 D.LGS. n. 163/2006 e dichiarata inaffidabile.

Successivamente vi è stata l'aggiudicazione definitiva alla ditta controinteressata, in via d'urgenza e con contratto stipulato il 14.3.2008, dopo l'annullamento della proroga – contratto con l'H. S., risultata eccessivamente costosa (sent. Tar PE n. 716/2006 e C.S., V, n. 580/2007).

La H. S. srl deduce i seguenti motivi: 1) violazione dell'art. 11, commi 8, 10 e 12, del D. LGS. n. 163/2006 (inesistenza dell'urgenza per la stipula del contratto e mancata valutazione degli interessi coinvolti), 2) eccesso di potere sotto vari profili.

Si fa leva sul dissenso di un membro della commissione (prof. F.S. Scioppa) e l'erronea valutazione da parte della commissione delle giustificazioni addotte in punto di prezzi offerti, di ammortamento aziendale, di costo del personale, nonché sulle omesse verifiche a carico dell'aggiudicataria.

L'ASL/CH e la ditta "Servizi ospedalieri spa", che ha anche proposto ricorso incidentale, confutano analiticamente tutte le censure, sostenendo la piena validità dell'operato dell'Amministrazione; la S.O. spa, inoltre, impugna i verbali di gara n.n. 12,13,14,15 e 16/2008, per non aver la commissione decretato l'esclusione della H.S. srl, per assenza della dichiarazione sostitutiva di possesso dei requisiti di moralità professionale.

Discussa la causa alla pubblica udienza, la stessa è stata assunta in decisione.

DIRITTO

IL ricorso incidentale, diretto nei confronti di atti infraprocedimentali, per omessa decisione, è inammissibile, dovendo essere impugnata la delibera del D.G. n. 36/22.1.2008, che ha determinato, in via definitiva, di non procedere all'esclusione della H.O. srl, per l'omessa dichiarazione sostitutiva.

Parte ricorrente è stata esclusa dal servizio – fornitura ospedaliera (lavaggio, disinfezione, gestione guardaroba, trasporto, ritiro e riconsegna biancheria piana, divise complete, calzature e DPI, materassi in poliuretano espanso antidecubito statico dei presidi ospedalieri SS. Annunziata, S. Camillo de Lellis di Chieti, SS. Immacolata di Guardiagrele, G. Bernabeo di Ortona e le strutture extra-ospedaliere della Ausl di Chieti), prima attraverso l'annullamento della "proroga" (eccessivamente costosa) e poi con la dichiarata "inaffidabilità" dell'offerta anomala.

Con la delibera n. 126/2008, la Ausl/Ch ha approvato gli atti di gara, aggiudicato in via definitiva l'appalto alla S.O. spa, con la dichiarazione d'urgenza ai sensi dell'art. 11, comma 10[^], D.LGS. n. 163/2006, che ha consentito la stipulazione del contratto prima dei previsti gg. =30= ordinari.

In merito, l'effettività dell'urgenza è un valutazione rimessa all'amministrazione, che deve assicurare la "buona amministrazione" (art. 97 cost.), ampiamente motivata con l'onerosità eccessiva della fase transitoria, come documentata dall'annullamento del rinnovo – proroga, che ha già superato l'esame di legittimità, con conferma, da parte del C.S., V, n.580/07, della sentenza di questo Tribunale n.716/06; va, infine, ricordato come la stessa procedura di gara è definita "accelerata".

Altra questione sollevata dalla H.S. srl. è quella del possesso dei requisiti generali da parte della società aggiudicataria.

La ditta ricorrente, invero, non eccepisce che essi manchino, ma sostiene che non vi sarebbe stato l'accertamento da parte dell'Amministrazione; trattasi di una censura ipotetica che è superata dalla stessa delibera n. 126/2008, che, a pag. =3=, con riferimento ai controlli ex art. 38 D.LGS. n. 163/2006, dice essere gli stessi "già esperiti e riscontrati positivamente, direttamente da parte di questa Direzione generale".

Il punto fondamentale della controversia è la questione della "inaffidabilità" dell'offerta della H.S. srl., per esser il prezzo "complessivo", indicato in €1.480.000.000=, in palese contrasto con l'elenco prezzi che dà un totale di €1.547.000.000,22=, nonché per l'assenza nei bilanci 2004/06 dei costi di ammortamento, diluiti in un quinquennio e non nel dovuto periodo fiscale di anni 2,5=, e del costo del personale, con riferimento alle retribuzioni tabellari, al part-time ed, in particolare, al responsabile di commessa.

La verifica dell'offerta è iniziata con la richiesta del 24.1.2008 e proseguita con i verbali n.n. 17,18,19,20,21 e 22/2008, in forma puntuale e dialettica; la H.S. srl ha sintetizzato la sua posizione in una relazione scritta da parte di due consulenti e dell'amministratore unico, allegata al verbale della riunione del 20.2.2008. In essa si conferma: 1) la validità dell'importo globale di €1.480.000.000,00= per la biancheria piana, le divise, le calzature, DPI, materassi e cuscini, dovendosi fare richiamo ai "prezzi unitari relativi all'offerte dei fornitori", contenuti nei "preventivi", che comportano "sconti notevoli" e che, come da suddivisione interna fatta (€887.219,75= per biancheria piana, materassi e guanciali, biancheria comparti operatori; €551.729,80= per divise e calzature; €41.050,45= per acquisti precauzionali) danno il totale complessivo indicato; 2) che l'ammortamento dei costi, dovuto allo "utilizzo pluriennale", va fatto per la durata del contratto (5 anni) e non con il criterio fiscale; 3) nel bilancio di esercizio 2004/06, il costo di acquisto dei beni di biancheria "et similia", sarebbero stati inseriti in altre voci (materie prime, beni materiali ammortizzabili, attrezzature); 4) il costo del personale è rapportato ai livelli retributivi del CCNL, con le varie incidenze, escluso gli apprendisti e considerando il "responsabile di commessa", previsto dall'art. 38 capitolato speciale, un supervisore non esclusivo, in modo continuo, per questo servizio, ma utilizzato dalla società anche per altre attività e, quindi, da collocare tra le spese generali della stessa.

Tali controdeduzioni esplicative, sono apparse sufficienti al membro della commissione F.S. Scioppa, che, peraltro, ha riconosciuto la sua relativa competenza e si è astenuto (verbale n. 21/2008); ad esse la commissione ha dato un riscontro analitico nel verbale n. 21/2008 e nella delibera n. 126/2008, che fa propri i verbali n.n. 17 e 22/2008.

Il progetto tecnico prospettato dalla H.S. srl è stato, invero, ritenuto non supportato da un'offerta economica "proporzionata" perché: a) nella quantificazione del valore della biancheria piana e confezionata, escluse le calzature, DPI, materassi, cuscini, il prezzo totale, in base a quelli che sono quelli singoli unitari del prezzario allegato dalla ditta medesima ed ai quantitativi stabiliti dal capo. 3 dell'elaborato tecnico, è €1.547.328,22=. La giustificazione che i prezzi unitari indicati non sono quelli reali scontati, non ha pregio, poiché si sostituirebbe, in sede di "giustificazioni", il prezzo originariamente indicato. Trattasi di una modificazione postuma del prezzario, ad aggiudicazione provvisoria avvenuta, fatta per dare valore al prezzo complessivo indicato, in palese violazione della "parità di trattamento".

Altro aspetto decisivo, al di là dei bilanci con relativi ammortamenti, che comunque devono essere espliciti nelle voci e conformi alle previsioni di legge, è il dato del personale indicato nell'organigramma di commessa, che ha il "responsabile di commessa" (valutato in sede di attribuzione del punteggio di qualità), il quale non può non essere computato tra i costi del personale impegnato, diversamente si ha l'attribuzione di un punteggio di qualità per una figura inesistente in concreto.

Circa il costo del personale, le retribuzioni espresse dal CCNL sono plurime e differenziate; quel che fa testo è sempre la tabella ministeriale (art. 87, comma 2[^], D.LGS. n. 163/2006) che ha nel costo medio orario il parametro unico ed oggettivo.

Il ricorso va respinto e le spese seguono la soccombenza.

P.Q.M.

RESPINGE il ricorso in epigrafe;

-condanna la Hospital Service srl, quale rappresentata, al pagamento delle spese di giudizio (onorari, diritti e spese vive), in favore della ASL/Chieti e della ditta "Servizi Ospedalieri spa", liquidate in complessivi €5.000(cinquemila)=, ovvero €2.500(duemilacinquecento)= cadauno.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 19/06/2008 con l'intervento dei Magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Dino Nazzaro, Consigliere, Estensore

Alfonso Graziano, Referendario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA il 12/08/2008.

TAR LAZIO - ROMA, SEZ. III QUATER - sentenza 14 agosto 2008 n. 7842- Pres. Di Giuseppe, Est. Amicuzzi - Consorzio A.GE.CO. - Ambrosiana General Contractor ed altro (Avv. Pesce) c. I.S.T.A.T. (Avv.ra Stato) - (

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

IL TRIBUNALE AMMINISTRATIVO REGIONALE DEL LAZIO

SEZIONE TERZA QUATER

composto dai signori Magistrati:

Consigliere Mario DI GIUSEPPE - Presidente

Consigliere Antonio AMICUZZI - Componente, relatore

Consigliere Carlo TAGLIENTI - Componente

ha pronunciato la seguente

SENTENZA

sul ricorso n. 4607 del 2008 proposto dal CONSORZIO A.GE.CO. - AMBROSIANA GENERAL CONTRACTOR, con sede in Torino, e EUROGRUP soc. coop. a. r. l., con sede in Roma, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avv. Giovanni Pesce, unitamente al quale sono elettivamente domiciliati in Roma, alla Via XX Settembre, n. 1;

CONTRO

l'I.S.T.A.T., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato per legge;

per l'annullamento

del provvedimento del 19.3.2008 dell'I.S.T.A.T., di esclusione dalla procedura aperta per l'aggiudicazione del servizio di pulizia e di manutenzione apparecchiature (ed altro), delle sedi I.S.T.A.T. di Roma;

degli atti collegati e connessi, in particolare della nota dell'I.S.T.A.T. del 20.3.2008, di escussione della polizza fideiussoria rilasciata a garanzia dell'offerta e del provvedimento di aggiudicazione della gara, di estremi e contenuti ignoti;

nonché per il risarcimento del danno, da liquidare secondo legge (art. 35 del D. Lgs. n. 80 del 1989) o secondo equità;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'I.S.T.A.T.;

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

Vista la propria ordinanza 28 maggio 2008, n. 2643;

Visti gli atti tutti della causa;

Uditi, alla pubblica udienza del 16.7.2008, con designazione del Consigliere Antonio Amicuzzi relatore della causa, i procuratori delle parti comparsi come da verbale d'udienza;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato il 30.4.2008, depositato il 14.5.2008, il Consorzio A.Ge.Co. – Ambrosiana General Contractor, con sede in Torino, e Eurogrup soc. coop. a. r. l., con sede in Roma, premesso di aver partecipato alla gara indetta dall'I.S.T.A.T. con bando del 19.7.2007, per l'appalto del servizio di pulizia, di locazione e di manutenzione delle apparecchiature igieniche, di disinfezione e di disinfestazione dei locali delle proprie sedi di Roma, hanno impugnato il provvedimento di esclusione dalla gara, nonché quello di escussione della cauzione provvisoria e gli altri in epigrafe indicati, chiedendo altresì il risarcimento dei danni subiti e deducendo i seguenti motivi:

1.- Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 163 del 2006). Illogicità manifesta ed errore nei presupposti, per essere stato illegittimamente ritenuto che non sussistessero i requisiti di cui alla lettera c) di detto art. 38 (perché era stato accertato che una dipendente, peraltro non munita di poteri di rappresentanza analoghi a quelli indicati da detto articolo, era stata oggetto di sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti).

2.- Violazione, sotto altro profilo, dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006. Difetto assoluto di motivazione. Non sarebbe stata valutata l'incidenza della condanna suddetta sulla affidabilità morale del concorrente, tenuto conto del tipo di reato, delle circostanze, della pena irrogata e del tempo trascorso dalla commissione.

3.- Violazione dell'art. 38, comma g), del D. Lgs. n. 163 del del 2006, per essere stato erroneamente ritenuto che la società Eurogrup non fosse in regola con gli obblighi di pagamento delle imposte e tasse.

Con atto depositato il 22.5.2008 si è costituito in giudizio l'I.S.T.A.T..

Con memoria depositata il 23.5.2008 l'Amministrazione resistente ha dedotto la infondatezza dei motivi di ricorso, concludendo per la reiezione.

Con ordinanza 28 maggio 2008, n. 2643 il Tribunale ha accolto la istanza di emanazione di misure cautelari, limitatamente alla disposta escussione della polizza fideiussoria.

Con memoria depositata il 10.7.2008 parte ricorrente ha ribadito tesi e richieste.

Alla pubblica udienza del 16.7.2008 il ricorso è stato trattenuto in decisione alla presenza degli avvocati delle parti, come da verbale di causa agli atti del giudizio.

DIRITTO

1.- Con il ricorso in esame le società in epigrafe indicate, premesso di aver partecipato alla gara indetta dall'I.S.T.A.T. con bando del 19.7.2007, per l'appalto del servizio di pulizia, di locazione e di manutenzione delle apparecchiature igieniche, di disinfezione e di disinfestazione dei locali delle proprie sedi di Roma, hanno impugnato il provvedimento del 19.3.2008 di detto Istituto, di esclusione da detta procedura e gli atti collegati e connessi, in particolare la nota dell'I.S.T.A.T. del 20.3.2008, di escussione della polizza fideiussoria rilasciata a garanzia dell'offerta e il provvedimento di aggiudicazione della gara, di estremi e contenuti ignoti; inoltre hanno chiesto il risarcimento del danno, da liquidare secondo legge (art. 35 del D. Lgs. n. 80 del 1989) o secondo equità.

2.- Il Collegio, per motivi di logica processuale, ritiene di dover esaminare in primo luogo il terzo motivo di gravame, atteso che è sufficiente per la conservazione del provvedimento amministrativo sorretto da più ragioni giustificatrici, tra loro autonome e non contraddittorie, che sia fondata anche una sola di esse; pertanto, nel giudizio promosso contro un tale provvedimento, il Giudice, ove ritenga infondate le censure dedotte avverso una delle autonome ragioni poste alla base dell'atto impugnato (idonea, di per sé, a sorreggere la legittimità del provvedimento impugnato), ha la potestà di respingere il ricorso su tale base, con declaratoria di "assorbimento" delle censure dedotte contro altro capo del provvedimento,

indipendentemente dall'ordine in cui le censure sono articolate dall'interessato nel ricorso; ciò perché la conservazione dell'atto (indipendentemente dalla eventuale invalidità di taluna delle autonome argomentazioni che lo sorreggono) fa venir meno l'interesse del ricorrente all'esame dei motivi dedotti contro tali ulteriori argomentazioni (Consiglio Stato, sez. V, 10 giugno 2005, n. 3052).

Nel caso che occupa, invero, il provvedimento impugnato è basato sulla rilevata sussistenza di due autonomi motivi di esclusione delle ricorrenti dalla gara, cioè la circostanza che non era veritiera la dichiarazione sostitutiva resa dal preposto alla gestione tecnica della società Eurogrup (per non recare, in violazione dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, la indicazione della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti risultante dal casellario giudiziale) e la circostanza che detta società non fosse in regola con gli obblighi, relativi al pagamento di imposte e tasse, di cui all'art. 38, comma g), del detto D. Lgs. n. 163 del 2006.

Il Collegio ritiene di verificare in primo luogo se siano suscettibili di positivo apprezzamento le censure rivolte contro il secondo di detti motivi di esclusione, il che esimerebbe dall'esaminare la fondatezza delle censure svolte contro il primo di essi motivi di esclusione, essendo il secondo motivo, se immune dalle censure mosse dalle ricorrenti, idoneo di per sé a sorreggere autonomamente il provvedimento impugnato.

3.- Con riferimento al secondo dei motivi di esclusione, con il terzo motivo di ricorso, è stata dedotta violazione di detto art. 38, comma g), del D. Lgs. n. 163 del 2006, per essere stato erroneamente ritenuto che la società Eurogrup non fosse in regola con gli obblighi di pagamento delle imposte e tasse in base a un certificato rilasciato dall'Agenzia delle Entrate.

Ciò in particolare perché, se tanto fosse stato ricollegabile ad una cartella di pagamento relativa all'anno di imposta 2003, erroneamente emessa per importi che l'Ufficio ha provveduto a correggere, non sarebbe stato tenuto conto della circostanza che la società aveva provveduto "a pagare". Rispetto a tale isolato episodio, peraltro "risolto o in via di definitiva risoluzione" con il versamento di quanto effettivamente dovuto, sarebbe abnorme la disposta esclusione, anche perché la norma relativa alla esclusione dei soggetti non in regola con il pagamento delle imposte e delle tasse riguarderebbe situazioni in atto al momento della presentazione delle domande, e non pregresse, e perché la regolarizzazione postuma consentirebbe di ammettere l'impresa inadempiente al momento della scadenza del termine per la partecipazione alla gara. Inoltre non sarebbe definitivo l'accertamento della violazione contestata, e sussisterebbe difetto di motivazione del provvedimento impugnato.

Osserva il Collegio che l'art. 38, lettera g), del D. Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi (né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti), tra gli altri, i soggetti che hanno commesso violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti.

Risulta dalla nota prot. n. AS/CA/2007/102434 del 7.2.2008 dell'Ufficio di Roma 4 della Agenzia delle Entrate (con timbro tondo datato 25 feb 008), prodotta in atti dalla resistente Amministrazione, la sussistenza di un debito di imposta della Eurogrup soc. Coop. a r.l., per l'accertamento IVA del 1997, n. 800794/02, "con istanza di adesione da parte del contribuente", nonché di un accertamento II.DD. anno d'imposta 1997, con notifica del 5.11.2002, pari ad € 46.221,35; risultano ancora verifiche II.DD. anno d'imposta 1998, n. 759 redatto "GDF", un ruolo anno 2003 pari a € 45.335,96, con presenza di cartella esattoriale notificata il 31.5.2007 (esito positivo) e un ruolo anno 2003 pari ad € 21.884,24 con presenza di cartella esattoriale (esito positivo).

Risulta inoltre dalla nota prot. n. AS/CA/2007/102434 del 7.2.2008 dell'Ufficio di Roma 4 della Agenzia delle Entrate (con timbro tondo datato 12 mag 008), pure prodotta in atti dalla resistente Amministrazione, la sussistenza alla data del 27.12.2007 dei due ruoli da ultimo indicati, con la annotazione "non risulta contenzioso in corso".

Parte ricorrente ha prodotto in giudizio copia di uno sgravio di detto Ufficio del 5.12.2007 prot. n. 200752902152 riferito all'anno di imposta 2003, da cui risulta che di non tutti i tributi è stato disposto lo sgravio, ma solo dei tributi 0141 e 0431; inoltre copia di uno sgravio di detto Ufficio del 24.3.2008 prot. n. 20085326170 riferito all'anno di imposta 2003, da cui risulta che dei tributi 905A e 912A è stato disposto il totale sgravio, mentre dei tributi 916A e 916B è stato disposto solo il parziale sgravio.

Quanto sopra evidenziato dimostra che la esclusione non era ricollegabile solo ad una cartella di pagamento relativa all'anno di imposta 2003, pur erroneamente emessa per importi che l'Ufficio ha provveduto a correggere, ma solo parzialmente, e che non trattavasi solo di un isolato episodio, "risolto o in via di definitiva risoluzione" con il versamento di quanto effettivamente dovuto. Ritiene quindi il Collegio che l'I.S.T.A.T. abbia fatto legittima applicazione delle disposizioni di cui all'art. 38, lettera g), del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Aggiungasi che a nulla vale la circostanza che, come risulta da certificato di detto Ufficio prot. AS/CA/2007/28872 del 23.5.2008 prodotto in copia in atti dalle ricorrenti, alla data del 22.4.2008 non esistessero più debiti di natura erariale a carico della Eurogrup soc. Coop. a r.l., atteso che la situazione cui è stato fatto correttamente riferimento da parte dell'I.S.T.A.T. era quella precedente relativa all'epoca di verifica della sussistenza delle condizioni dichiarate alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura de qua.

Quanto alla censura secondo la quale la esclusione dei soggetti non in regola con il pagamento delle imposte e delle tasse riguarderebbe situazioni in atto al momento della presentazione delle domande, e non pregresse, osserva il Collegio (premesso che la giurisprudenza al riguardo formatasi era relativa al disposto dell'art. 12, del D. Lgs. n. 157 del 1995, mentre l'art. 38, lettera g), del D. Lgs. n. 163 del 2006 fa riferimento non al mancato pagamento di imposte e tasse ma al pregresso compimento di violazioni definitivamente accertate rispetto agli obblighi di pagamento delle stesse) che nel caso che occupa da detta nota del 7.2.2008 dell'Agenzia delle Entrate, Ufficio di Roma 4, risulta che alla data del 27.12.2007 la Eurogrup Soc. coop. a r.l. era debitrice di carichi di imposta e di pendenze, che, in quanto riferite agli anni di imposta 1997, 1998 e 2003, non potevano alla data ultima di presentazione della domanda di partecipazione alla procedura de qua (l'11.9.2007, come da punto IV.3.4 del bando di gara, depositato in copia in atti) che essere state già accertate, in linea con quanto previsto dall'art. 38, lettera g), del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Del resto la tesi che la regolarizzazione postuma consentirebbe la ammissione alle gare è, oltre che in concreto inaccoglibile perché non dimostrata nel caso che occupa, comunque inidonea a convincere il Collegio della illegittimità dell'impugnato provvedimento.

Invero con indicazioni della Corte di giustizia dell'Unione Europea, Sez. I, con sentenza del 9 febbraio 2006, è stato risposto ai quesiti formulati al fine di conoscere se, in base alle disposizioni di cui alle lettere e) ed f) dell'articolo 29, primo comma, della Direttiva 92/50/CEE del 18 giugno 1992, la regolarità contributiva debba riferirsi esclusivamente alla data di scadenza del termine di presentazione delle domande di partecipazione ad una pubblica gara (ovvero in epoca comunque anteriore all'aggiudicazione), con esclusione di ogni successiva regolarizzazione, ovvero se il legislatore nazionale possa consentire la regolarizzazione prima dell'aggiudicazione, non ponendosi ciò in contrasto con fondamentali principi di carattere comunitario.

In proposito la Corte di Giustizia si era espressa nel senso che la citata direttiva non precludeva la possibilità, in base ad una normativa o ad una prassi amministrativa nazionale, della successiva regolarizzazione di adempimenti in materia di contributi previdenziali e di imposte e tasse in genere, conformemente alle norme vigenti in materia, a condizione che ne venisse fornita la prova entro il termine stabilito dalla normativa o dalla prassi amministrativa nazionale.

Tenuto conto di ciò, va rilevato che, secondo la normativa nazionale vigente, il termine ultimo entro il quale le ditte invitate a partecipare alla gara hanno l'obbligo di dimostrare il possesso dei requisiti prescritti (tra cui quello della regolarità contributiva), va fatto coincidere con la scadenza del termine della presentazione delle domande, e nel caso di specie la prova di tale regolarizzazione non è stata di certo fornita alla data suddetta, essendo stata accertata solo in seguito la sussistenza di inadempimenti fiscali.

Aggiungasi che le disposizioni di cui all'art. 38, lettera g), del D. Lgs. n. 163 del 2006 non sono, secondo il Collegio, volte semplicemente a sanzionare la inadempienza fiscale, ma soprattutto il mancato riscontro tra quanto era oggetto della dichiarazione rilasciata all'atto della presentazione della domanda di partecipazione alla gara e gli accertamenti al riguardo svolti dall'Amministrazione, che comporta la conseguente perdita di affidabilità della impresa aspirante alla aggiudicazione della gara stessa.

Ritiene infine il Collegio che la dedotta circostanza che l'accertamento della violazione contestata non sarebbe definitivo è, oltre che non concretamente e idoneamente dimostrata, contraddetta dalla circostanza che la nota prot. n. AS/CA/2007/102434 del 7.2.2008 dell'Ufficio di Roma 4 della Agenzia delle Entrate (con timbro tondo datato 25 feb 008), prodotta in copia in giudizio dalla resistente Amministrazione, su cui è

basato il provvedimento impugnato, non solo non fa alcun riferimento alla pendenza di ricorsi contro i carichi di imposta e le pendenze ivi indicate (anzi esclude altre contestazioni in corso o già definite per le quali i debiti non siano stati soddisfatti), ma attesta la sussistenza, tra l'altro, di un debito di imposta della Eurogrup soc. Coop. a r.l., per l'accertamento IVA del 1997, n. 800794/02, "con istanza di adesione da parte del contribuente", il che esclude la non definitività quanto meno in relazione all'accertamento stesso.

Infine l'atto impugnato risulta essere sufficientemente motivato ob relationem, atteso che copia della citata nota dell'Agenzia delle Entrate, richiamata, sia pure senza indicazione dei relativi estremi, avrebbe potuto agevolmente essere acquisita dalle ricorrenti mediante semplice richiesta di accesso all'I.S.T.A.T..

È infatti legittima la motivazione ob relationem del provvedimento amministrativo, a condizione che l'atto richiamato sia messo a disposizione del destinatario del provvedimento, tenuto conto che il concetto di disponibilità non comporta che l'atto amministrativo richiamato sia imprescindibilmente unito al provvedimento finale, bensì che il documento sia reso disponibile a norma della stessa legge, vale a dire che esso possa essere acquisito utilizzando il procedimento di accesso ai documenti amministrativi.

4.- Quanto in precedenza evidenziato, circa la infondatezza delle censure rivolte contro una delle autonome ragioni poste a giustificazione dei provvedimenti impugnati, idonea a sorreggerne comunque la legittimità, esclude la necessità di esaminare la fondatezza del primo motivo di gravame con il quale (in relazione al motivo di esclusione fondato sull'accertamento della circostanza che una dipendente, peraltro non munita di poteri di rappresentanza analoghi a quelli indicati da detto articolo, era stata oggetto di sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti) sono stati dedotti violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici (D. Lgs. n. 163 del 2006) ed illogicità manifesta ed errore nei presupposti, per essere stato al riguardo illegittimamente ritenuto che non sussistessero i requisiti di cui alla lettera c) di detto art. 38.

5.- Neppure permane, secondo il Collegio, la necessità di esame della fondatezza del secondo motivo di ricorso, con il quale sono stati dedotti violazione, sotto altro profilo, dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e difetto assoluto di motivazione, perché non sarebbe stata valutata l'incidenza della condanna subita dalla preposta alla gestione tecnica delle Eurogrup soc. Coop. a r.l. sulla affidabilità morale del concorrente, tenuto conto del tipo di reato, delle circostanze, della pena irrogata e del tempo trascorso dalla commissione.

Ed invero, stante la ritenuta sufficienza dell'autonomo motivo di esclusione delle ricorrenti per negativa verifica della circostanza che la Eurogrup soc. Coop. a r.l. fosse in regola con gli obblighi di pagamento di imposte e tasse, risulta inutile verificare la fondatezza dell'ulteriore motivo posto a base della disposta esclusione, essendo sufficiente l'altro motivo a sorreggere la legittimità del provvedimento in esame.

Aggiungasi, quanto alla disposta escussione della cauzione, che essa è possibile, anzi rappresenta atto dovuto, ogni volta che, non risultando le dichiarazioni rese dall'aggiudicatario ai fini della partecipazione alla gara confermate dal successivo riscontro della relativa documentazione, l'Amministrazione abbia provveduto, a norma della lex specialis, all'esclusione dell'impresa dalla procedura. In altre parole, l'escussione della cauzione deve essere disposta come effetto automatico di quella determinata infrazione e l'Amministrazione difetta di facoltà di scelta in merito, senza la possibilità di diversificare l'ipotesi dell'assoluta mancanza del requisito da quella della sua difformità da quanto dichiarato senza, cioè, che possa assumere rilievo il carattere psicologico della violazione (T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 14 gennaio 2008, n. 18).

6.- Alla infondatezza dei motivi di ricorso consegue la inaccogliabilità della domanda di risarcimento danni, non essendo stato dimostrato il nesso di causalità tra i danni lamentati dal ricorrente e attività illegittima della P.A..

7.- Il ricorso e la richiesta di risarcimento danni ivi contenuta devono essere, pertanto, respinti.

8.- Le spese del giudizio, stante la particolarità della fattispecie, possono essere compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione terza quater - **respinge** il ricorso e la richiesta di risarcimento danni in epigrafe indicati.

Spese compensate.

Ordina che la presente sentenza sia eseguita dalla pubblica amministrazione.

Così deciso in Roma, dal Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio - Sezione III quater -, nella camera di consiglio del 16.7.2008, con l'intervento dei signori Magistrati elencati in epigrafe.

Consigliere Mario DI GIUSEPPE Presidente

Consigliere Antonio AMICUZZI Estensore

Depositata in Segreteria il 14 agosto 2008.