

Sul principio di ultravigenza delle attestazioni SOA

di Daniela Dell'Oro

Data di pubblicazione: 10-10-2016

1. Per il superiore principio di economia processuale, il Giudice può, in concreto, ritenere preferibile esaminare prioritariamente il ricorso principale, quanto meno se esso sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile, e tale facoltà non deve essere negata a priori, sempre che il suo esercizio non incida sul diritto di difesa del controinteressato e consenta un'effettiva accelerazione della definizione della controversia, ferma restando, in generale, la priorità logica della questione pregiudiziale.
2. È ammissibile l'ultravigenza della pregressa attestazione in pendenza dell'espletamento della procedura di verifica, se ritualmente e tempestivamente attivata.
3. Il principio di ultravigenza (enunciato per l'ipotesi della tempestiva richiesta della verifica triennale dell'attestazione SOA) si applica anche in caso di tempestiva richiesta volta al rinnovo dell'attestazione presso un Organismo diverso da quello che aveva originariamente rilasciato l'attestazione, utilizzata ai fini della partecipazione alla gara e venuta in scadenza ed è garantito dalla stipula da parte dell'aggiudicataria di due contratti di attestazione (uno anteriore alla scadenza dell'attestazione e uno successivo).
4. La valutazione dell'anomalia dell'offerta non ha carattere sanzionatorio e mira non ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione, ma piuttosto ad accertare in concreto che l'offerta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto. (1).

(1) *In senso conforme: Adunanza Plenaria n. 9 del 2014, Corte di Giustizia dell'UE con la sentenza 4 luglio 2013 in causa C-100/12 –Fastweb, Adunanza Plenaria n. 4/2011, Corte di giustizia dell'UE del 5 aprile 2016 in causa C-689/13 (Puligienica), Adunanza Plenaria n. 27 del 2012, Adunanza plenaria n. 8 del 2015, Cons. Stato, IV, 22 giugno 2016, n. 2751; id., V, 22 marzo 2016, n. 1175; id., IV, 9 febbraio 2016, n. 520.*

Guida alla lettura

La sentenza che si annota, dopo aver chiarito quale sia il corretto ordine di esame dell'appello principale e dell'appello incidentale, si occupa di definire l'applicazione del principio di ultravigenza in caso di tempestiva richiesta volta al rinnovo dell'attestazione presso un Organismo diverso da quello che aveva originariamente rilasciato l'attestazione, utilizzata ai fini della partecipazione alla gara e venuta in scadenza, verificando se la stipula da parte dell'aggiudicataria di due contratti di attestazione (uno anteriore alla scadenza dell'attestazione e uno successivo) sia sufficiente a garantirne l'operatività.

Il Collegio, dopo aver rilevato che i Giudici di prime cure hanno esaminato in via prioritaria e sostanzialmente esclusiva il ricorso principale e, ritenuto infondato, hanno ritenuto di prescindere dall'esame del ricorso principale, dichiarandolo improcedibile, e che l'appello incidentale mira a colpire proprio tale parte della sentenza di primo grado, ha risolto la questione, ampiamente dibattuta nell'ambito della giurisprudenza nazionale ed eurounitaria, applicando le statuizioni rese dal Consiglio di Stato in sede di Adunanza Plenaria.

L'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014, infatti, in seguito ai chiarimenti resi dalla Corte di Giustizia dell'UE con la sentenza *Fastweb*, ha temperato il principio (già espresso con la precedente decisione n. 4/2011) della necessaria priorità nell'ordine di esame del ricorso incidentale di carattere escludente ed ha sancito l'obbligo per il Giudice amministrativo di esaminare sia il ricorso principale che quello incidentale, quanto meno nelle ipotesi in cui tali ricorsi siano caratterizzati da 'simmetria escludente' nell'ambito della medesima fase della procedura.

Il Collegio sottolinea, tuttavia, come l'Adunanza Plenaria abbia chiarito che, per il superiore principio di economia processuale, il Giudice può, in concreto, ritenere preferibile esaminare prioritariamente il ricorso principale, quanto meno nei casi in cui esso sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile, sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, co. 2, e 74 c.p.a. e che tale facoltà non deve essere negata a priori, sempre che il suo esercizio non incida sul diritto di difesa del controinteressato e consenta un'effettiva accelerazione della definizione della controversia. In linea di principio resta, quindi, ferma la priorità logica della questione pregiudiziale, ma eccezionali esigenze di semplificazione possono giustificare l'esame prioritario di altri aspetti della lite.

Il Collegio applica, quindi, le conclusioni cui è pervenuta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, conclusioni che non reputa in alcun modo superate dalla più recente sentenza *Puligenica* della Corte di Giustizia dell'UE.

Passando ad esaminare il merito della controversia, relativo alla sussistenza o meno della continuità nella qualificazione dell'impresa aggiudicataria, imposta dal principio di ultravigenza dell'attestazione, il Collegio ha stabilito che:

- le previsioni di cui agli articoli 76 e 77 del d.P.R. 207 del 2010 (in tema – rispettivamente – di rilascio di una nuova attestazione SOA e di verifica triennale) devono essere interpretate nel senso di ammettere l'ultravigenza della pregressa attestazione in pendenza dell'espletamento della procedura di verifica, laddove ritualmente e tempestivamente attivata;
- il meccanismo di ultravigenza – come affermato dall'Adunanza Plenaria n. 27 del 2012 – è

idoneo a temperare, in una logica di adeguato contemperamento fra i diversi interessi in gioco, il rigoroso principio (da ultimo sancito dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 8 del 2015) secondo cui le imprese concorrenti devono mantenere i requisiti generali e speciali di partecipazione – compresa la qualificazione – non solo per tutta la durata della procedura, ma fino all'aggiudicazione definitiva e alla successiva stipula del contratto;

- per ragioni di carattere sistematico e per evitare ingiustificate disparità di trattamento, il principio di ultravigenza (enunciato per l'ipotesi della tempestiva richiesta della verifica triennale dell'attestazione SOA) si deve applicare anche al caso di specie della tempestiva richiesta volta al rinnovo dell'attestazione presso un Organismo diverso da quello che aveva originariamente rilasciato l'attestazione utilizzata ai fini della partecipazione alla gara e venuta in scadenza.

Il Collegio, dopo aver rimarcato la natura generale dei principi enunciati, esamina il *thema decidendum* per stabilire se fosse idonea a garantire il richiamato meccanismo di ultrattività la stipula da parte dell'aggiudicataria di due contratti di attestazione e conclude che l'intervenuta stipula di due contratti di qualificazione (uno anteriore alla scadenza dell'attestazione e uno successivo) si conciliano con il meccanismo di ultrattività, posto che entrambi i contratti in questione derivano dalla medesima iniziativa.

La V Sezione ha ritenuto che la tempestiva stipula di un contratto di attestazione valesse di per sé a garantire all'impresa gli effetti del meccanismo di ultravigenza ed ha rigettato sia la tesi contraria, perché ingiustificatamente in contrasto con il principio del *favor participationis*, sia la tesi che equipara nella sostanza il mancato rilascio di un certificato direttamente riferibile al primo contratto di attestazione ad un diniego di attestazione.

Né si potrebbe giungere a conclusioni diverse in considerazione dell'iniziativa della stazione appaltante che – seppure in modo irrituale – ha contattato le società deputate al rilascio e alla verifica dell'attestazione per accertare che la qualificazione fosse stata conseguita secondo modalità effettivamente idonee a garantire l'operatività del meccanismo di ultrattività, iniziativa cui il Collegio attribuisce un carattere 'neutro' nell'ambito della fattispecie, non adducendo né elementi favorevoli, né sfavorevoli rispetto al dato storico rappresentato dalla tempestiva attivazione da parte dell'impresa al fine di ottenere il rinnovo dell'attestazione SOA.

Infine, il Collegio riporta il consolidato orientamento in merito alla valutazione dell'anomalia dell'offerta, secondo cui il relativo procedimento di verifica non ha carattere sanzionatorio e mira non ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione, ma piuttosto ad accertare in concreto che l'offerta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto, dal momento che il complessivo esito della gara può essere travolto solo laddove sia concretamente revocata in dubbio l'attendibilità di voci dell'offerta che presentino significativa rilevanza in relazione alla credibilità dell'offerta nel suo complesso.

REPUBBLICA ITALIANA**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO****Il Consiglio di Stato****in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1209 del 2016, proposto dalla C.M.B. Società cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi in proprio e in qualità di mandataria di R.T.I., Dicos S.p.a. in proprio e in qualità di mandante di R.T.I., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Claudio De Portu C.F. DPRCLD64L10G902S e Stefano Bertuzzi C.F. BRTSFN72S03H501D, con domicilio eletto presso Claudio De Portu in Roma, via Flaminia, 354

contro

Roma Capitale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi D'Ottavi C.F. DTTTLGU73R13H501M, domiciliata in Roma, via del Tempio di Giove, 21

nei confronti di

Società Appalti Costruzioni – S.A.C. S.p.a., Alfredo Cecchini S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Valentino Vulpetti C.F. VLPVNT64C19D423V, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sabotino, 2/A

per la riforma della sentenza del T.A.R. del Lazio, Sezione II, n. 14142/2015

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale, della Società Appalti Costruzioni S.p.a. e della Alfredo Cecchini S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2016 il Cons. Claudio Contessa e uditi per le parti gli avvocati Claudio De Portu, Luigi D'Ottavi e Valentino Vulpetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue

FATTO

Con ricorso proposto dinanzi al T.A.R. del Lazio e recante il n. 6566/2015 la CMB – Società Cooperativa Muratori e Braccianti di Carpi (d'ora in poi: 'la CMB') riferiva di aver partecipato alla gara indetta dal Comune di Roma (Roma Capitale) per l'affidamento di un appalto per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori di "*Costruzione dell'edificio da destinare a Museo Nazionale della Shoah*", in Roma, Via Alessandro Torlonia (ora Largo Simon Wiesenthal).

A fronte di un importo complessivo di appalto pari ad euro 18.826.821,19 (IVA esclusa), era prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con possibilità di soluzioni tecniche migliorative in sede di partecipazione alla gara.

Tra l'altro, a termini del bando di gara (art. III.2.1. lett. D) e del disciplinare di gara - art. 5.4.) era prevista, a pena di esclusione, la produzione all'atto di partecipazione alla gara dell'originale dell'attestazione di qualificazione – in corso di validità – rilasciata da una SOA regolarmente autorizzata; salva la possibilità (ai sensi dell'art. 5.11) di poter produrre copia conforme all'originale con allegato documento di identità del dichiarante.

Le operazioni afferenti alla procedura in esame venivano espletate dalla commissione giudicatrice, nominata con determinazione dirigenziale rep. 1396 del 4 ottobre 2013, composta dall'arch. Chiara Cecilia Cuccaro (dirigente del Dipartimento Sviluppo Infrastrutture e Manutenzione Urbana), in qualità di Presidente, dall'Ing. Roberto Botta (dirigente della Direzione Programmazione e Pianificazione del Territorio del relativo Dipartimento) in qualità di membro, dall'Ing. Carla Cappiello (Presidente dell'Ordine degli Ingegneri della Provincia di Roma) e dall'arch. Fabrizio Pistolesi (Vicepresidente dell'Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori di Roma e Provincia), in qualità di membri, dalla dottoressa Caterina Casale (funzionario amministrativo del Segretariato, Direzione Generale, Direzione Appalti e Contratti), in qualità di membro, nonché dai dottori Loredana Agliani e Cristiano Vespa con funzioni di segreteria.

Le valutazioni delle offerte tecniche si svolgevano in 23 sedute riservate, dal 12 novembre 2013 al 29 ottobre 2014, in conseguenza della proroga dell'incarico e del termine di conclusione dei lavori disposto dalla stazione appaltante.

All'esito della procedura, il R.T.I. costituendo tra S.A.C. Società Appalti Costruzioni s.p.a. e Alfredo Cecchini s.r.l. (d'ora in poi: 'la SAC') si classificava al primo posto con i seguenti punteggi: parte tecnica 74,709, parte economica 21,194 (giusta ribasso del 26,17 per cento ed offerta pari ad euro 13.299.173,70), totale 95,903, mentre il R.T.I. proposto dalle odierne

appellanti si classificava al secondo posto con i seguenti punteggi: parte tecnica 75, parte economica 15,27 (giusta ribasso del 18.856 per cento ed offerta pari ad euro 14.616.661,94 (totale punti 90,27).

A seguito della determinazione della soglia di anomalia, giusta verbale n. 1271 del 4 novembre 2014, la stazione appaltante sottoponeva il R.T.I. provvisoriamente aggiudicatario alla verifica di congruità dell'offerta economica, avendo lo stesso conseguito un punteggio superiore ai quattro quinti dei punteggi massimi previsti dal bando di gara.

In esito al subprocedimento di verifica dell'anomalia, la stazione appaltante riteneva di confermare la congruità ed adeguatezza economica del R.T.I. aggiudicatario, nei confronti del quale, pertanto, disponeva l'aggiudicazione definitiva.

Gli atti conclusivi della gara venivano impugnati dinanzi al T.A.R. del Lazio dalla CMB la quale ne chiedeva l'annullamento sollevando plurimi motivi di illegittimità.

Nel giudizio di primo grado si costituiva il Comune di Roma (Roma Capitale) il quale concludeva nel senso della reiezione del ricorso.

Si costituiva altresì l'aggiudicatario SAC il quale concludeva nel senso della reiezione del ricorso e proponeva altresì ricorso incidentale con il quale lamentava la mancata esclusione dalla gara del raggruppamento ricorrente nonostante la sussistenza di numerose ragioni di esclusione.

Con la sentenza in epigrafe il T.A.R. del Lazio ha respinto il ricorso principale e ha dichiarato improcedibile il ricorso incidentale.

La sentenza in questione è stata impugnata in appello dalla CMB la quale ne ha chiesto la riforma articolando plurimi motivi.

Si è costituito in giudizio il Comune di Roma (Roma Capitale) il quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello.

Si è costituita in giudizio la SAC la quale ha concluso nel senso della reiezione dell'appello e ha riproposto, ai sensi dell'articolo 101, comma 2 del cod. proc. amm., i motivi di ricorso ritenuti assorbiti dai primi Giudici.

La SAC ha, altresì, proposto appello incidentale con il quale ha chiesto la riforma della sentenza in oggetto per la parte in cui è stata dichiarata l'improcedibilità del ricorso incidentale di primo grado.

Con ordinanza n. 1193/2016 (resa all'esito della camera di consiglio del 7 aprile 2016) questo Consiglio ha respinto l'istanza di sospensione cautelare degli effetti della sentenza in epigrafe.

Alla pubblica udienza del 19 maggio 2016 l'appello è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. Giunge alla decisione del Collegio il ricorso in appello proposto da una società attiva nel settore dei lavori (la quale aveva partecipato all'appalto integrato indetto dal Comune di Roma per la progettazione definitiva e l'esecuzione del 'Museo della Shoah) avverso la sentenza del T.A.R. del Lazio con cui è stato respinto il ricorso dalla stessa proposto avverso gli atti con cui il Comune ha aggiudicato la gara ad altra concorrente.

2. In primo luogo il Collegio ritiene di chiarire quale sia il corretto ordine di esame dell'appello principale proposto dalla CMB (in larga parte riproduttivo del ricorso principale di primo grado) e dell'appello incidentale proposto dalla SAC (di fatto riproduttivo del ricorso incidentale di primo grado).

Come si è anticipato in narrativa, i primi Giudici hanno esaminato in via prioritaria e sostanzialmente esclusiva il ricorso principale proposto dalla CMB e, ritenuto infondato, hanno ritenuto di poter prescindere dall'esame del ricorso principale proposto dalla SAC, dichiarandolo improcedibile.

La SAC ha proposto appello incidentale avverso tale parte della sentenza di primo grado e ha ribadito che non sia venuto meno all'esame da parte del Giudice amministrativo dei motivi con cui si era contestata la legittimità dell'ammissione della CMB alla procedura all'origine dei fatti di causa. Al contrario, la SAC ha affermato che, conformemente a quanto stabilito dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio n. 4 del 2011, graverebbe sempre sul Giudice amministrativo l'onere di esaminare in via prioritaria il ricorso incidentale, laddove volto a palesare la carenza di legittimazione o di interesse all'articolazione del ricorso principale.

L'impostazione in parola è stata contestata dalla CMB la quale ha invece affermato che l'applicazione del principio processuale di 'parità delle armi' (per come chiarita dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'UE) imporrebbe invece sempre e comunque l'esame sia del ricorso principale che di quello incidentale.

2.1. Il Collegio ritiene che la questione appena richiamata (che, come è noto, è stata ampiamente dibattuta in tempi recenti nell'ambito della giurisprudenza nazionale ed eurounitaria) possa essere affrontata e risolta rinviando alle statuizioni rese dall'Adunanza plenaria n. 9 del 2014.

Come è noto con la decisione in parola (resa all'indomani dei chiarimenti resi dalla Corte di Giustizia dell'UE con la sentenza 4 luglio 2013 in causa C-100/12 –*Fastweb* -) l'Adunanza plenaria, ha temperato il principio (già espresso con la precedente decisione n. 4/2011) della necessaria priorità nell'ordine di esame del ricorso incidentale di carattere escludente ed ha sancito l'obbligo per il Giudice amministrativo di esaminare sia il ricorso principale che quello incidentale, quanto meno nelle ipotesi in cui tali ricorsi siano caratterizzati da 'simmetria escludente' nell'ambito della medesima fase della procedura.

L'Adunanza plenaria ha tuttavia chiarito che, in ossequio al superiore principio di economia processuale, il Giudice può, in concreto, ritenere preferibile esaminare prioritariamente il

ricorso principale, quanto meno nei casi in cui esso sia palesemente infondato, irricevibile, inammissibile o improcedibile, sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, co. 2, e 74 c.p.a.

Ha specificato al riguardo che tale facoltà non deve essere negata, a priori, sempre che il suo esercizio non incida sul diritto di difesa del controinteressato e consenta un'effettiva accelerazione della definizione della controversia; in linea di principio resta ferma la priorità logica della questione pregiudiziale, ma eccezionali esigenze di semplificazione possono giustificare l'esame prioritario di altri aspetti della lite.

Il Collegio ritiene che le conclusioni cui è pervenuta la sentenza appena richiamata risultino del tutto condivisibili e applicabili al caso in esame (in quanto esse coniugano in modo adeguato il richiamato principio della 'parità delle armi' con il concomitante principio dell'economia processuale) e che esse non risultino in alcun modo revocate in dubbio all'indomani della sentenza della Corte di giustizia dell'UE del 5 aprile 2016 in causa C-689/13 (*Puligienica*).

3. Il Collegio ritiene quindi di poter procedere all'esame prioritario dell'appello principale proposto dalla CMB, ritenendone (per le ragioni che fra breve si esporranno) la palese infondatezza.

4. Con il primo motivo di appello (in sostanza reiterativo di analogo motivo già articolato in primo grado e dichiarato infondato dal T.A.R.) la CMB osserva che la SAC avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura per difetto della continuità nella qualificazione della Alfredo Cecchini s.r.l. (mandante dell'aggiudicataria).

In particolare, pacifico essendo che in corso di procedura la Alfredo Cecchini fosse rimasta priva del requisito di qualificazione per circa sei mesi (dal 2 dicembre 2013 al 10 giugno 2014), il T.A.R. avrebbe erroneamente ammesso che la stessa avesse tempestivamente attivato il procedimento di verifica triennale, in tal modo fruendo dell'ultrattività dell'attestazione rilasciata dalla Italsoa, medio tempore venuta a scadenza.

In tal modo decidendo il T.A.R. avrebbe erroneamente interpretato ed applicato i principi affermati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato n. 8 del 2015, nonché i principi in tema di ultrattività dell'attestazione enunciati dall'Adunanza plenaria n. 27 del 2012.

4.1. Il motivo è nel complesso infondato.

Al riguardo i primi Giudici hanno condivisibilmente affermato:

- che le previsioni di cui agli articoli 76 e 77 del d.P.R. 207 del 2010 (in tema – rispettivamente – di rilascio di una nuova attestazione SOA e di verifica triennale) devono essere interpretate nel senso di ammettere l'ultravigenza della pregressa attestazione in pendenza dell'espletamento della procedura di verifica, laddove ritualmente e tempestivamente attivata;

- che, secondo quanto chiarito dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio n. 27 del 2012, il richiamato meccanismo di ultravigenza è idoneo a temperare, in una logica di adeguato

contemperamento fra i diversi interessi in gioco, il rigoroso principio (da ultimo sancito in termini particolarmente netti dalla sentenza dell'Adunanza plenaria n. 8 del 2015) secondo cui le imprese concorrenti devono mantenere i requisiti generali e speciali di partecipazione – ivi compresa la qualificazione – per tutta la durata della procedura e fino all'aggiudicazione definitiva e alla successiva stipula del contratto;

- che, per evidenti ragioni di carattere sistematico e al fine di evitare ingiustificate disparità di trattamento, il richiamato principio di ultravigenza (enunciato con riguardo al caso della tempestiva richiesta della verifica triennale dell'attestazione SOA) deve trovare applicazione anche al caso – che qui ricorre – della altrettanto tempestiva richiesta volta al rinnovo dell'attestazione presso un Organismo diverso da quello che aveva originariamente rilasciato l'attestazione utilizzata ai fini della partecipazione alla gara e venuta in scadenza.

Si tratta di principi di valenza generale in ordine ai quali, a ben vedere, vi è una sostanziale comunanza di vedute anche fra le parti in causa.

4.2. Ebbene, una volta impostati in tal modo i termini generali della questione, emerge che il *thema decidendum* consista nello stabilire se fosse idonea a garantire il richiamato meccanismo di ultrattività la stipula da parte della Cecchini di due contratti di attestazione con la SOANC (il primo, in data 25 ottobre 2013, anteriore alla scadenza dell'efficacia della pregressa attestazione e il secondo, in data 15 aprile 2014, successivo a tale scadenza).

Ad avviso del Collegio è del tutto condivisibile la tesi espressa dai primi Giudici, secondo i quali l'intervenuta stipula di due contratti di qualificazione (uno anteriore alla scadenza dell'attestazione e uno successivo) non impedissero il richiamo al ridetto meccanismo di ultrattività.

E' stato condivisibilmente osservato e viene qui soggiunto al riguardo:

- che entrambi i contratti in questione derivano dalla medesima iniziativa (l'istanza in data 26 agosto 2013, da riguardare in senso sostanziale quale proposta contrattuale);

- che la tempestiva stipula di un contratto di attestazione (quello in data 25 ottobre 2013, anteriore rispetto alla perdita di efficacia della precedente attestazione) valesse di per sé a garantire alla Cecchini gli effetti del più voler chiamato meccanismo di ultravigenza e che l'adesione alla tesi contraria si porrebbe ingiustificatamente in contrasto con il principio del *favor participationis*;

- che non può essere condivisa la tesi dell'appellante secondo cui il mancato rilascio di un certificato direttamente riferibile al primo contratto di attestazione (quello in data 25 ottobre 2013) equivarrebbe nella sostanza a un diniego di attestazione;

- che non possa giungersi a conclusioni diverse rispetto a quelle sin qui evidenziate in considerazione dell'iniziativa del Comune di Roma (Roma Capitale) il quale – in modo invero irrituale – ha contattato le società deputate al rilascio e alla verifica dell'attestazione per accertare che la qualificazione fosse stata conseguita secondo modalità effettivamente idonee

a garantire l'operatività del più volte richiamato meccanismo di ultrattività. Ad avviso del Collegio, infatti, l'iniziativa in tal modo assunta dal Comune assume un carattere 'neutro' nell'ambito della fattispecie, non adducendo né elementi favorevoli, né sfavorevoli rispetto al dato storico rappresentato dalla tempestiva attivazione da parte della Cecchini al fine di ottenere il rinnovo dell'attestazione SOA.

4.3. Il motivo in questione deve quindi essere respinto.

5. Con il secondo motivo di appello la CMB chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui i primi Giudici hanno ritenuto in parte inammissibile e in parte infondato il motivo di ricorso con cui si era lamentata la complessiva incongruità dell'offerta di gara della SAC.

In tal modo decidendo i primi Giudici:

- avrebbero applicato in modo indistinto e immotivato il (pur condiviso) principio secondo cui il giudizio di anomalia non ha carattere sanzionatorio, non ha per oggetto la ricerca di singole inesattezze nella formulazione dell'offerta economica e non può che avere ad oggetto la complessiva congruità e sostenibilità dell'offerta;

- avrebbero erroneamente respinto il motivo riferito alla congruità del costo di manodopera rappresentato dalla SAC;

- avrebbero ingiustificatamente omissivo di esaminare le incongruenze rilevate in ordine a tre elementi costitutivi dell'offerta, e precisamente: i) i costi riferibili al carico e al trasporto a discarica di tipo A2; ii) i costi riferibili alla pavimentazione in gomma fonoassorbente; iii) i costi riferibili al compenso alle discariche autorizzate o impianto di riciclaggio.

5.1. Il motivo nel suo complesso non può trovare accoglimento.

Occorre in primo luogo osservare che i primi Giudici hanno del tutto correttamente richiamato il consolidato orientamento secondo cui il procedimento di verifica in ordine all'anomalia dell'offerta non ha carattere sanzionatorio e non mira ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione, mirando piuttosto ad accertare in concreto che l'offerta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto (in tal senso –*ex multis* -: Cons. Stato, IV, 22 giugno 2016, n. 2751; *id.*, V, 22 marzo 2016, n. 1175; *id.*, IV, 9 febbraio 2016, n. 520).

In modo parimenti condivisibile è stato richiamato l'orientamento secondo cui il complessivo esito della gara può essere travolto solo laddove sia concretamente revocata in dubbio l'attendibilità di voci dell'offerta che presentino significativa rilevanza in relazione alla credibilità dell'offerta nel suo complesso.

5.2. Ebbene, anche a tenere in massima considerazione le osservazioni svolte dall'appellante in ordine alle richiamati voci dell'offerta economica, non ne risulta revocata in dubbio la complessiva attendibilità e sostenibilità economico-finanziaria dell'offerta formulata dall'aggiudicataria.

5.2.1. Si osserva in primo luogo al riguardo che non risultano idonee a porre radicalmente in dubbio la complessiva congruità dell'offerta le deduzioni svolte dall'appellante per ciò che riguarda i costi di carico e trasporto a discarica di tipo A2 esposti dalla SAC in sede di offerta.

In particolare:

- risulta formulata in modo generico (e non suffragata da puntuali allegazioni in fatto) la deduzione secondo cui ragioni tecnico-logistiche non consentirebbero il transito, sulle strade di accesso alle aree di cantiere, di mezzi con portata superiore ai nove metri cubi;
- risulta formulata in modo parimenti generico la deduzione relativa a ipotetici fattori perturbativi che imporrebbero lunghi tempi di attesa per l'utilizzo della pala meccanica;
- la circostanza secondo cui talune voci nell'ambito della stessa categoria sarebbero state 'prezzate' dalla SAC in modo disomogeneo risulta giustificata – secondo quanto persuasivamente dedotto dalla Difesa comunale – dal fatto che uno degli articoli richiamati dall'appellante è stato quantificato 'a corpo' e l'altro 'a misura'.

Nessuna ingiustificabile incongruenza è quindi ravvisabile in relazione a tale voce dell'offerta.

5.2.2. Si osserva in secondo luogo che non risultano idonee a porre in dubbio la complessiva congruità dell'offerta formulata dalla SAC le deduzioni relative ai costi per la pavimentazione in gomma fonoassorbente.

L'appellante ha rilevato al riguardo che

- mentre in sede di offerta l'impresa incaricata della fornitura e posa in opera aveva esposto un costo al metro quadrato pari a 27 euro;
- in sede di verifica successiva era invece emerso un maggiore costo al metro quadrato pari a 32 euro.

Si osserva sul punto che pur tenendo conto della richiamata discrasia (effettivamente sussistente), essa non risulta idonea a produrre effetti negativi circa la complessiva attendibilità dell'offerta.

Ed infatti, moltiplicando il maggiore costo unitario (che in realtà va parametrato sulla maggior somma di euro 28,19, secondo quanto indicato dalla scheda dell'impresa incaricata) per le superfici complessive da coprire, il maggior costo complessivo è pari ad euro 3.837,80 (pari ad appena lo 0,03 per cento del valore dell'intera commessa [è qui importante ribadire che il valore a base d'asta era dell'opera per cui è causa è pari a circa 18,8 milioni di euro]).

Ma anche a voler assumere quale criterio di computo l'intera differenza rappresentata dall'appellante (pari a $32 - 27 = 5$ euro al metro quadrato, la discrasia totale sarebbe pari a 18.275,25 euro, pari a circa un millesimo del valore complessivo della commessa.

Pertanto, anche in relazione a tale voce dell'offerta non è ravvisabile alcuna ingiustificabile incongruenza.

5.2.3. Si osserva in terzo luogo che non può pervenirsi a conclusioni diverse da quelle sin qui esposte neppure in relazione alle ravvisate incongruenze relative al costo per la manodopera.

L'appellante afferma al riguardo che, laddove si fosse tenuto conto della differenza del valore orario fra le tariffe indicate in sede di offerta e quelle di cui alle pertinenti tabelle ministeriali, ne sarebbe emersa la complessiva inattendibilità delle indicazioni formulate in sede di offerta e della percentuale di manodopera dichiarata.

L'argomento non può essere condiviso in quanto, pur dandosi atto delle lamentate differenze (e conformemente a quanto affermato dal T.A.R.), esse non risultano nel complesso idonee – stante la loro esiguità quantitativa – a palesare la complessiva inattendibilità dell'offerta.

Si osserva al riguardo:

- che, per quanto riguarda il costo orario della manodopera per un operaio specializzato, la differenza oraria era pari ad appena $(27,67 - 27,62 =) 0,05$ euro l'ora;
- che, per quanto riguarda il costo orario della manodopera per un operaio qualificato, la differenza oraria era pari ad appena $(25,76 - 25,68 =) 0,08$ euro l'ora;
- che, per quanto riguarda il costo orario della manodopera per un operaio comune, la differenza oraria era pari ad appena $(23,28 - 23,16 =) 0,12$ euro l'ora.

Ebbene, anche proiettando le richiamate discrasie sul totale delle lavorazioni, esse determinano una differenza pari ad appena 385 ore, con un'incidenza sul totale pari ad appena lo 0,04 per cento del totale.

Anche in relazione a tale voce dell'offerta, quindi, non è ravvisabile alcuna ingiustificabile incongruenza.

5.2.4. Si osserva in quarto luogo che non può pervenirsi a conclusioni diverse da quelle sin qui esposte neppure in relazione alle ravvisate incongruenze relative al compenso alle discariche autorizzate o impianto di riciclaggio.

Al riguardo l'appellante ha lamentato che la SAC non avrebbe indicato in sede di offerta alcun elemento relativo al conferimento in discarica ovvero alla caratterizzazione delle terre di scavo.

In senso contrario il Comune ha persuasivamente obiettato:

- che l'appellante non ha allegato in atti alcun elemento di carattere tecnico/economico al fine di suffragare la tesi relativa alla inattendibilità in parte qua del contenuto dell'offerta;
- che del pari, l'appellante non ha allegato alcun elemento idoneo ad invalidare le conclusioni

(cui l'amministrazione è pervenuta all'esito delle prescritte indagini geognostiche) in base alle quali l'area di sedime non risulta caratterizzata dalla presenza di particolari sostanze inquinanti le quali impongano maggiori costi per particolari indagini e per l'avviamento in discarica.

Anche sotto tale aspetto, quindi, non è ravvisabile alcuna ingiustificabile incongruenza in relazione al contenuto dell'offerta economica formulata dalla SAC.

6. Con il terzo motivo di appello la CMB chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui i primi Giudici hanno dichiarato infondato l'argomento basato sull'illegittima composizione della Commissione.

Secondo l'appellante, in particolare, il T.A.R. avrebbe erroneamente omissso di considerare:

- che i membri della Commissione (composta, fra gli altri, dal Presidente dell'Ordine degli Ingegneri e dal Vicepresidente dell'Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori) erano stati individuati in violazione dell'articolo 84 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (il quale fissa in modo tassativo le ipotesi in cui della Commissione possono essere chiamati a fare parte membri diversi dai dipendenti della stessa amministrazione);

- - che, anche ad ammettere la particolare complessità dell'intervento all'origine dei fatti di causa, il Comune di Roma (Roma Capitale) avrebbe omissso di indicare in modo puntuale le "esigenze oggettive e comprovate" che avrebbero giustificato la nomina di commissari esterni;

- che la modalità di nomina dei membri neppure risulterebbe giustificata dalla regolamentazione interna adottata dagli Ordini interessati;

- che neppure potrebbe affermarsi la legittimità delle disposte nomine in base all'argomento secondo il quale il Presidente dell'Ordine degli Ingegneri e il Vicepresidente dell'Ordine degli Architetti Pianificatori Paesaggisti e Conservatori sarebbero qualificabili come funzionari di altre amministrazioni aggiudicatrici nei cui confronti è possibile la scelta fiduciaria ai sensi dell'articolo 84, comma 8 del decreto legislativo n. 163 del 2006.

6.1. Il motivo è nel suo complesso infondato.

6.1.1. Si osserva in primo luogo al riguardo che del tutto condivisibilmente i primi Giudici hanno ritenuto sussistenti nel caso di specie i presupposti per fare eccezione al principio (che costituisce la regola) secondo cui i commissari diversi dal presidente devono essere ordinariamente selezionati tra i funzionari della medesima stazione appellante.

E' noto al riguardo che l'articolo 84, comma 8 del previgente 'Codice dei contratti' stabiliva al riguardo che *"in caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti [a specifiche categorie professionali]"*.

Ebbene, nel caso in esame è pacifico che non ricorra la prima delle richiamate ipotesi abilitante (quella della accertata carenza nell'organico dell'amministrazione aggiudicatrice di adeguate professionalità).

Ricorre, tuttavia, la seconda delle richiamate ipotesi (che consta in un rinvio alle ipotesi contemplate dal regolamento n. 207 del 2010).

Viene in rilievo al riguardo l'articolo 120, comma 4 del regolamento il quale (in combinato disposto con il precedente articolo 3, comma 1, lettera l) stabilisce che “è possibile ricorrere alla nomina dei commissari, ai sensi dell'articolo 84, comma 8, secondo periodo, del codice, nel caso di interventi complessi di cui all'articolo 3, comma 1, lettera l) (...)”, laddove fra le ipotesi di cui al richiamato articolo 3, comma 1, lettera l) figurano gli interventi di *particolare complessità tecnica e logistica* (cui è certamente da annoverare l'intervento all'origine dei fatti di causa).

Si può dunque già concludere nel senso che nel caso in esame ricorresse una delle ipotesi eccezionali di cui al richiamato articolo 84, comma 4.

Si tratta ora di stabilire se, ferma restando la sussistenza del richiamato presupposto, il Comune abbia legittimamente operato nell'individuazione dei professionisti da coinvolgere nell'ambito della Commissione.

Ad avviso del Collegio al quesito deve essere fornita risposta in senso positivo (e conforme a quanto statuito dal T.A.R.), se solo si consideri:

- che il più volte richiamato articolo 84, comma 8 del decreto legislativo 163 del 2006 consentiva certamente la scelta dei funzionari diversi dal Presidente fra le amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25 del medesimo 'Codice';

- che non è contestabile la qualificabilità degli Ordini professionali come 'amministrazioni aggiudicatrici' (in tal senso –*ex multis* -: Cass. Civ., sent. 14 ottobre 2011, n. 21226);

- che il Comune di Roma (Roma Capitale) aveva ritualmente rivolto l'istanza volta all'indicazione di nominativi da includere nella Commissione ai richiamati Ordini professionali e che gli stessi avevano indicato alcune fra le più elevate cariche istituzionali (nell'evidente consapevolezza della grande rilevanza anche istituzionale di tale designazione);

- che non può essere condivisa la tesi secondo cui l'istanza fosse stata irrivalentemente rivolta alle persone fisiche dei Presidenti dei due Ordini in parola. Al contrario, è evidente che le istanze fossero state indirizzate ai Presidenti *pro tempore ratione officii*;

- che la disposizione regolamentare (articolo 4, comma 7) richiamata alla pagina 26 dell'appello non può supportare l'argomento – ivi contenuto - secondo cui essa avrebbe impedito la nomina del Presidente dell'Ordine degli architetti. Al riguardo ci si limita ad osservare che nel caso in esame l'Ordine degli Architetti aveva in effetti indicato una rosa di tre possibili membri fra i quali era stato estratto il nominativo dell'Arch. Pistolesi, che non

ricopriva la carica di Presidente.

E' appena il caso di sottolineare, poi, che (come rilevato dalla Difesa del Comune e della SAC), nessuna censura è stata avanzata in ordine alla specifica professionalità dei membri in tal modo nominati, né sono stati allegati profili di incompatibilità soggettiva a carico di tali membri.

6.2. Anche per questa ragione il motivo in questione non può trovare accoglimento.

7. Con il quarto motivo (anch'esso in sostanza reiterativo di analogo motivo già articolato in primo grado e ritenuto infondato dal T.A.R.) la CMB chiede la riforma della sentenza in epigrafe per la parte in cui i primi Giudici non avrebbero correttamente apprezzato le conseguenze invalidanti connesse al superamento del termine inizialmente previsto per il completamento del procedimento di gara.

7.1. Al riguardo i primi Giudici hanno condivisibilmente osservato che nessuna disposizione di legge o regolamento connette in modo diretto conseguenze preclusive o invalidanti agli atti al superamento del termine previsto per il completamento delle operazioni di gara. Del resto, laddove si accedesse a una siffatta interpretazione, si perverrebbe alla conclusione (invero inammissibilmente contraria al principio di continuità ed efficacia dell'operato delle amministrazioni aggiudicatrici) secondo cui il decorso del termine inizialmente fissato comporterebbe la sostanziale consumazione di ogni potere in capo alla Commissione, in tal modo imponendo la sostanziale ripetizione delle operazioni di gara, con ogni conseguenza pregiudizievole sulla celerità delle pubbliche gare.

E' inoltre rilevante osservare che, nel caso di specie, l'amministrazione aggiudicatrice (in modo forse opinabile ma comunque conforme alla normativa di settore) aveva comunque proceduto – e per tre volte – alla rituale proroga dell'incarico in favore della Commissione di gara.

Si trattava, del resto (come persuasivamente rilevato dall'amministrazione comunale), di proroghe che trovavano una ratio giustificativa nell'oggettiva complessità delle soluzioni progettuali proposte, nella numerosità dei concorrenti e nell'ipotizzata delocalizzazione dell'opera che aveva comportato – e per un tempo apprezzabile – una sostanziale stasi dei lavori della Commissione.

8. L'appello principale deve quindi essere respinto.

9. Per le ragioni già esposte retro, sub 2 e 2.1 l'applicazione dei canoni interpretativi enunciati dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio n. 9 del 2014 potrebbe esimere il Collegio – in ragione del canone della c.d. pregiudizialità logica necessaria – dall'esaminare i motivi dell'appello incidentale con i quali – come si è già anticipato – la SAC ha lamentato il mancato accoglimento dei motivi articolati in primo grado con i quali si era lamentata la mancata esclusione dalla gara del raggruppamento appellante.

9.1. Ai limitati fini che qui rilevano si osserva comunque che l'appello incidentale è comunque

meritevole di accoglimento in quanto la CMB avrebbe in effetti dovuto essere esclusa dalla gara.

9.2. In particolare, risulta fondato quanto meno il primo motivo dell'appello incidentale, con il quale si è affermato che la società in questione avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per la mancata presentazione delle dichiarazioni di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c) da parte del signor Guido Mannella, che era stato nominato direttore tecnico della società il 13 marzo 2012 ed era cessato dalla carica l'11 luglio 2012 (*i.e.*: meno di un anno prima della pubblicazione del bando inditivo della procedura – 17 maggio 2013 -).

Si osserva al riguardo:

- che, ai sensi del richiamato articolo 38, comma 1, lettera c), il direttore tecnico cessato dalla carica nell'anno anteriore avrebbe in effetti dovuto rendere le dichiarazioni in ordine ai requisiti di ordine soggettivo di cui al ridetto articolo 38;

- che il mancato rispetto della richiamata previsione normativa avrebbe comportato ex se l'obbligo di escludere la CMB dalla gara all'origine dei fatti di causa.

9.3. Per la ragione appena esposta (la cui fondatezza comporta l'assorbimento degli ulteriori motivi dell'appello incidentale) l'appello incidentale deve essere accolto e di conseguenza la sentenza in epigrafe deve essere riformata per la parte in cui i primi Giudici non hanno ravvisato la sussistenza di un motivo che avrebbe comportato l'obbligo di esclusione dalla gara della ricorrente principale CMB.

10. Per le ragioni sin qui esposte l'appello principale deve essere respinto e l'appello incidentale deve essere accolto, nei sensi di cui in motivazione.

Il Collegio ritiene che sussistano giusti ed eccezionali motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l'appello principale e accoglie l'appello incidentale nei sensi di cui in motivazione.

Spese del doppio grado compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 maggio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere, Estensore

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere