

N. 05830/2014REG.PROV.COLL.

N. 03142/2014 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3142 del 2014, proposto da:

Ames S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Lodovico Visone, con domicilio eletto in Roma, via del Gesù, n. 62;

contro

- Impresa Marsilli S.p.A., anche quale mandataria di RTI con Pre Metal S.p.A. e PVB Solutions S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Alessio Petretti e Andrea Maria Valorzi, con domicilio eletto presso Alessio Petretti in Roma, via degli Scipioni, n. 268/A;

- Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avv. Andrea Manzi e Marco Pisoni, con domicilio eletto presso Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.R.G.A. di Trento n. 95 del 13 marzo 2014, resa tra le parti, concernente l'affidamento della progettazione definitiva ed esecutiva, dei lavori e della fornitura delle attrezzature e degli arredi per la preparazione dei pasti dell'Ospedale di Trento.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Impresa Marsilli S.p.A. e dell'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 ottobre 2014 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti gli avvocati Visone, Petretti e Manzi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- L'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento, con determinazione n. 1353 del 4 settembre 2013, ha disposto l'aggiudicazione della gara per la progettazione e la realizzazione di una struttura prefabbricata destinata alla preparazione dei pasti dell'Ospedale di Trento e per la fornitura delle attrezzature e degli arredi da cucina, in favore del RTI con mandataria l'Impresa Marsilli e mandanti le società Pre Metal e PVB Solutions, di seguito RTI Marsilli, che si era classificato al primo posto della relativa graduatoria con punti 100 (punti 35 per l'offerta tecnica e punti 65 per l'offerta economica).

2.- La società Ames, classificatasi al secondo posto nella gara, con punti 87,42 (punti 33,9 per l'offerta tecnica e punti 53,52 per l'offerta economica), ha impugnato davanti al T.R.G.A. di Trento la citata determinazione dell'Azienda provinciale per i servizi sanitari di Trento, nonché gli atti connessi e conseguenti.

2.1- Al ricorso si sono opposti l'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento e il RTI Marsilli che ha anche proposto ricorso incidentale.

3.- Il T.R.G.A. di Trento ha ritenuto di dover esaminare preliminarmente il ricorso incidentale proposto dal RTI Marsilli e, dopo aver respinto un'eccezione di irricevibilità, sollevata dalla ricorrente società Ames, lo ha accolto, con sentenza n. 95 del 13 marzo 2014, dichiarando quindi improcedibile, per sopravvenuto difetto di interesse, il ricorso principale della società Ames.

In particolare, il T.R.G.A. di Trento, ha ritenuto che l'offerta della ricorrente doveva essere esclusa *«in quanto numerosi elaborati, costituenti il progetto definitivo (parte 3 dell'offerta tecnica: vd. pag. 11 delle norme di partecipazione) non recano le dovute sottoscrizioni nemmeno in calce. Tra questi: la relazione di calcolo sulle strutture in acciaio e la relazione geotecnica sulle fondazioni, la relazione tecnica specialistica sul calcolo e dimensionamento degli impianti elettrici, la relazione sulla gestione dei materiali, la verifica illuminotecnica, la relazione di verifica degli scarichi atmosferici (vd. doc. n. 11 prodotto dalla ricorrente incidentale, su supporto CD)»*.

Il T.R.G.A. di Trento ha, quindi, aggiunto, che *«per tali inescusabili carenze della sottoscrizione»* la ricorrente doveva essere esclusa dalla gara, *«in coerente applicazione della citata clausola, ammissibile ex art. 46 co. 1-bis, d. lgs. 163/2006, fissata dalla lex specialis a pag. 11»*.

4.- La società Ames ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea sotto diversi profili.

In particolare ha sostenuto che:

il ricorso incidentale del RTI Marsilli doveva essere dichiarato tardivo perché la notifica del ricorso principale era stata regolarmente effettuato all'indirizzo della controparte risultante alla Camera di Commercio;

erroneamente il T.R.G.A. ha esaminato prima il ricorso incidentale del RTI Marsilli in quanto il motivo poi accolto, riguardante la mancata sottoscrizione di alcuni documenti dell'offerta, era stato analogamente proposto nel ricorso principale in relazione all'offerta presentata dal RTI Marsilli nella quale il progettista non ha sottoscritto diversi documenti di gara e, in particolare, il quadro economico; inoltre anche il vizio riguardante la mancata presentazione della dichiarazione di cui all'art. 38 del codice dei contratti da parte del progettista del RTI Marsilli doveva precedere logicamente l'esame dei vizi riguardanti la regolarità dell'offerta;

i documenti per i quali è stata rilevata la mancanza di sottoscrizione non sono parte del progetto definitivo e, quindi, dell'offerta tecnica; inoltre tale carenza è stata rilevata sul CD informatico e non sul supporto cartaceo.

La società Ames ha poi riproposto i motivi del ricorso di primo grado che non sono stati esaminati dal T.R.G.A., insistendo, in particolare, sulla questione riguardante l'avvenuta integrazione del nominativo del progettista del RTI Marsilli, che sarebbe stata illegittimamente ammessa dalla Stazione appaltante, e sulla mancata avvenuta presentazione, da parte di tale progettista, della dichiarazione di cui all'art. 38 del codice dei contratti.

4.1.- All'appello si oppongono l'aggiudicatario RTI Marsilli e l'Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari di Trento.

4.2.- Il RTI Marsilli ha riproposto anche i motivi del ricorso incidentale, non esaminati (perché assorbiti) dal giudice di primo grado, ed ha inoltre sollevato un'eccezione di inammissibilità dell'appello, per violazione dell'art. 101 c.p.a., per la mancata corretta indicazione del numero della sentenza impugnata.

L'eccezione è tuttavia chiaramente infondata.

Sebbene la società Ames abbia indicato erroneamente il numero della sentenza appellata (n. 5 del 13 marzo 2014 anziché n. 95 del 13 marzo 2014), tuttavia tale errore non può impedire la sicura individuazione della sentenza oggetto dell'impugnazione, tenuto conto della data di pubblicazione, dell'individuazione delle parti in giudizio e dell'oggetto della controversia.

5.- Ciò premesso, il Collegio ritiene di dover esaminare i motivi dell'appello nell'ordine con il quale gli stessi stati proposti, facendo riferimento ai contenuti dell'appellata sentenza del T.R.G.A. di Trento.

5.1.- Come questa Sezione ha di recente affermato, infatti, oggetto dell'appello è innanzitutto la sentenza appellata e solo in via mediata la controversia sollevata nel giudizio di primo grado nel quale era stata contestata la legittimità di uno o più atti amministrativi. Solo l'eliminazione della sentenza appellata consente poi al giudice di appello di poter esaminare, nei limiti dei motivi di impugnazione, le altre questioni che hanno formato oggetto del giudizio di primo grado (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 5057 del 13 ottobre 2014).

6.- Con il primo motivo di appello la società Ames ha sostenuto che erroneamente il T.R.G.A. ha ritenuto non tardivo (e quindi ricevibile) il ricorso incidentale proposto dal RTI Marsilli.

Sostiene, in particolare, la società Ames che la notifica del ricorso principale nei confronti dell'Impresa Marsilli era stata regolarmente effettuata presso l'indirizzo risultante alla Camera di Commercio e che, quindi, erroneamente il T.R.G.A. aveva dato rilievo alla circostanza che il plico postale non era stato effettivamente consegnato a causa del trasferimento in altra sede dell'Impresa Marsilli.

6.1.- Al riguardo, si deve ricordare, in fatto, che il ricorso principale, come emerge dagli atti, era stato notificato a mezzo posta, con consegna all'ufficio postale l'11 ottobre 2013, ed era stato depositato il 16 ottobre successivo.

Tuttavia, la consegna del plico postale recante il ricorso principale non si era perfezionata all'indirizzo dell'Impresa Marsilli in Rovereto, avendo questa nel frattempo trasferita la propria sede in Trento.

L'Impresa Marsilli, che aveva avuto notizia via fax il 16 ottobre 2013 della richiesta, da parte della società Ames, di misure cautelari urgenti, si era poi costituita in giudizio il 5 novembre 2013, in vista della trattazione della domanda cautelare fissata per il 7 novembre 2013 (poi spostata al 22 novembre 2013) ed aveva notificato il 4 dicembre 2013 il suo ricorso incidentale, depositato il successivo 12 dicembre.

6.2.- Alla luce di tale ricostruzione il motivo è chiaramente infondato.

Per principio pacifico, infatti, mentre la notifica si perfeziona, per il notificante, al momento della consegna dell'atto all'Ufficiale giudiziario, poiché sarebbe irragionevole e lesivo del diritto di difesa far derivare una decadenza dal ritardo nel compimento di un'attività svolta da soggetti diversi rispetto allo stesso notificante, la notifica, per il destinatario, si perfeziona solo nel momento in cui l'atto è stato ricevuto dallo stesso.

Mentre l'ordinamento disciplina i casi in cui la notifica non può perfezionarsi per cause riconducibili al destinatario o nel caso di soggetti irreperibili (articoli 139 e segg. del c.p.c.). In particolare, ai sensi dell'art. 140 del c.p.c., se non è possibile eseguire la consegna per irreperibilità o per incapacità o rifiuto delle persone indicate nell'articolo precedente, l'ufficiale giudiziario deposita la copia nella casa del comune dove la notificazione deve eseguirsi, affigge avviso del deposito in busta chiusa e sigillata alla porta dell'abitazione o dell'ufficio o dell'azienda del destinatario, e gliene dà notizia per raccomandata con avviso di ricevimento.

Peraltro la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 3 del 2010, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 140 del c.p.c., nella parte in cui prevedeva che la notifica si perfezionava, per il destinatario, con la spedizione della raccomandata informativa, anziché con il ricevimento della stessa o, comunque, decorsi dieci giorni dalla relativa spedizione.

6.3.- Coerentemente, l'art. 42 del c.p.a., prevede che il termine per la presentazione del ricorso incidentale decorre *«dalla ricevuta notificazione del ricorso principale»* che, nella specie, come ha evidenziato il T.R.G.A., non si era perfezionata (non per rifiuto di ricevere l'atto, ma per il trasferimento di sede dell'impresa).

7.- La società Ames ha sostenuto che, comunque, l'Impresa Marsilli aveva avuto piena conoscenza del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione quando aveva conosciuto, attraverso la citata comunicazione via fax (in data il 16 ottobre 2013), la richiesta di misure cautelari urgenti, con la conseguenza che (almeno) da tale data doveva farsi decorrere il termine per la proposizione del ricorso incidentale.

7.1.- Ma anche sotto profilo il motivo con il quale viene riproposta l'eccezione di tardività del ricorso incidentale non è fondato.

Se è vero che l'Impresa Marsilli ha avuto conoscenza della proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione il 16 ottobre 2013, quando ha ricevuto il fax riguardante la richiesta di misure cautelari urgenti nel ricorso proposto dalla società Ames, non vi è peraltro alcuna prova che abbia anche conosciuto i contenuti del ricorso prima della sua costituzione in giudizio, avvenuta per difendersi dalle misure cautelari il 5 novembre 2013.

Non può quindi farsi decorrere dalla data del 16 ottobre 2013 il termine per la proposizione del ricorso incidentale.

8.- Né si può giungere a conclusione diversa facendo riferimento, come ha fatto l'appellante, a quanto disposto dall'art. 120 del c.p.a., secondo il quale il termine per la proposizione del ricorso decorre dalla data della comunicazione della disposta aggiudicazione della gara.

8.1.- In proposito, si deve ricordare che l'art. 120, comma 5, del c.p.a., al fine di dare certezza alle situazioni giuridiche ed accelerare la soluzione dei possibili contenziosi riguardanti la materia degli appalti pubblici, e quindi per dare rilievo al preminente interesse pubblico alla celerità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, ha stabilito che le impugnative avverso gli atti delle

procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture devono essere proposte nel termine abbreviato di trenta giorni, decorrente dalla ricezione della comunicazione di cui all'art. 79 del d. lgs. n. 163 del 2006, recante il codice dei contratti pubblici.

8.2.- L'art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, a sua volta, prevede che:

- le stazioni appaltanti comunicano ad ogni offerente che abbia presentato un'offerta selezionabile, le caratteristiche e i vantaggi dell'offerta selezionata e il nome dell'offerente cui è stato aggiudicato il contratto o delle parti dell'accordo quadro (comma 2, lettera c);

- l'amministrazione comunica d'ufficio l'aggiudicazione definitiva, tempestivamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, all'aggiudicatario, al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione, o sono in termini per presentare dette impugnazioni, nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se dette impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva (comma 5, lettera a).

8.3. - L'articolo 79 del codice dei contratti pubblici prevede, inoltre, al comma 5-quater, che *«fermi i divieti e differimenti dell'accesso previsti dall'articolo 13, l'accesso agli atti del procedimento in cui sono adottati i provvedimenti oggetto di comunicazione ai sensi del presente articolo è consentito entro dieci giorni dall'invio della comunicazione dei provvedimenti medesimi mediante visione ed estrazione di copia...»*.

8.4.- Facendo applicazione di tali disposizioni, si è affermato il principio secondo cui la comunicazione della decisione di aggiudicazione, prevista dall'articolo 79, commi 2 e 5 del d. lgs. n. 163 del 2006, rappresenta la condizione sufficiente per realizzare la piena conoscenza del provvedimento (di aggiudicazione) lesivo ed è quindi idonea a far decorrere il termine decadenziale per l'eventuale impugnazione. Tale comunicazione determina, infatti, a carico dell'impresa interessata un onere di immediata impugnazione dell'esito della gara, entro il termine di 30 giorni, fatta salva la possibilità di proporre motivi aggiunti in relazione ad eventuali vizi di legittimità divenuti conoscibili successivamente.

8.5.- Parte della giurisprudenza ha, peraltro, rilevato che la sola comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione (e della relativa documentazione), ai sensi dell'art. 79 del codice dei contratti, può

non essere sufficiente per l'individuazione di possibili profili di illegittimità della stessa aggiudicazione.

Si è, infatti, sostenuto che non è condivisibile far decorrere il termine per l'impugnativa dal momento della semplice conoscenza degli elementi essenziali dell'offerta risultata vincitrice nelle ipotesi in cui da tale comunicazione non siano in alcun modo evincibili gli ulteriori e diversi aspetti sui quali si sono in seguito innestate le censure di illegittimità, di cui l'interessato è potuto venire a conoscenza solo a seguito dell'accesso ai documenti di gara e, quindi, se con la comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione la parte non è stata anche messa in grado di conoscere gli atti e la documentazione di gara (Consiglio di Stato, Sez. III, sentenze n. 2407 del 24 aprile 2012 e n. 1428 del 14 marzo 2012).

8.6.- La Sez. VI del Consiglio di Stato ha, pertanto, ritenuto, con ordinanza n. 790 dell'11 febbraio 2013, di rimettere la questione all'esame dell'Adunanza Plenaria.

Ma l'Adunanza Plenaria, con la decisione n. 14 del 20 maggio 2013, ha ritenuto di non doversi pronunciare sulla questione anche in vista della decisione che doveva essere presa dalla Corte di Giustizia CE su analoga questione sollevata dal T.A.R. per la Puglia, Sede di Bari, con ordinanza n. 427 del 2013.

8.7.- La Corte di Giustizia CE si è poi pronunciata sulla questione con la decisione della V Sezione, 8 maggio 2014, in causa C-161/13 nella quale, in particolare, ha affermato che *«ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni»* (punto 37) e che *«una possibilità, come quella prevista dall'articolo 43 del decreto legislativo n. 104/2010, di sollevare “motivi aggiunti” nell'ambito di un ricorso iniziale proposto nei termini contro la decisione di aggiudicazione dell'appalto non costituisce sempre un'alternativa valida di tutela giurisdizionale effettiva. Infatti, in una situazione come quella di cui al procedimento principale, gli offerenti sarebbero costretti a impugnare in abstracto la decisione di aggiudicazione dell'appalto, senza conoscere, in quel momento, i motivi che giustificano tale ricorso»* (punto 40).

8.8.- La Corte di Giustizia CE ha poi anche affermato che, *«in applicazione del principio della certezza del diritto, in caso di irregolarità asseritamente commesse prima della decisione di*

aggiudicazione dell'appalto, un offerente è legittimato a proporre un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione soltanto entro il termine specifico previsto a tal fine dal diritto nazionale, salvo espressa disposizione del diritto nazionale a garanzia di tale diritto di ricorso, conformemente al diritto dell'Unione».

8.9.- Avendo la Corte di Giustizia affermato, nella suddetta decisione, che ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione possono essere garantiti soltanto se i termini imposti per proporre tali ricorsi comincino a decorrere dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza, o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni, e che, per le irregolarità asseritamente commesse prima della decisione di aggiudicazione dell'appalto, un offerente è legittimato a proporre un ricorso di annullamento contro la decisione di aggiudicazione soltanto entro il termine specifico previsto a tal fine dal diritto nazionale, si è ritenuto di dover fornire una interpretazione delle disposizioni del diritto nazionale (che si sono prima richiamate), riguardanti il termine di impugnazione di una aggiudicazione di un appalto pubblico, coerente con tali principi.

9.- Questa Sezione, anche in considerazione delle particolari esigenze di tutela connesse alla derivazione comunitaria delle disposizioni sostanziali e processuali richiamate, e nel bilanciamento fra i vari interessi coinvolti, ha, pertanto, di recente, sostenuto che debba essere condiviso il principio interpretativo, sostenuto dal Consiglio di Stato, Sez. VI, nella già citata ordinanza n. 790 dell'11 febbraio 2013, secondo cui il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre dal momento della comunicazione, di cui ai commi 2 e 5 dell'articolo 79, ma può essere *«incrementato di un numero di giorni pari a quello necessario affinché il soggetto (che si ritenga) leso dall'aggiudicazione possa avere piena conoscenza del contenuto dell'atto e dei relativi profili di illegittimità (laddove questi non fossero oggettivamente evincibili dalla richiamata comunicazione e – comunque – entro il limite dei dieci giorni che il richiamato comma 5-quater fissa per esperire la particolare forma di accesso - semplificato ed accelerato - ivi disciplinata»* (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 4432 del 28 agosto 2014).

9.1.- Tale interpretazione, infatti, consente il sostanziale rispetto delle esigenze acceleratorie, di cui è portatore il citato art. 120 del c.p.a., e, nello stesso tempo, consente il rispetto del consolidato principio secondo il quale solo dalla piena conoscenza dell'atto censurato (o comunque dalla sua piena conoscibilità) inizia a decorrere il termine per la sua impugnazione.

9.2.- Facendo applicazione di tale principio anche nella fattispecie in esame, nella quale non si pongono le specifiche limitazioni dettate dalle particolari modalità per l'accesso, disciplinate dall'art. 79 del codice dei contratti, l'eccezione di tardività del ricorso incidentale di primo grado, sollevata dalla società Ames, anche sotto tale profilo non può ritenersi fondata.

10.- La società Ames ha ulteriormente sostenuto che la conoscenza integrale del ricorso (da parte del RTI Marsilli) non era necessaria nella fattispecie, tenuto conto che l'art. 42 c.p.a. espressamente prevede, al comma 1, che per i soggetti intervenuti in giudizio il termine per il ricorso incidentale decorre dall'effettiva conoscenza della proposizione del ricorso principale.

10.1.- Ma anche sotto tale ulteriore profilo l'eccezione non è fondata.

Diversa, infatti, è la posizione in giudizio della parte nei cui confronti è proposto il ricorso (o l'appello), che, ai sensi dell'art. 42, comma 1, primo periodo, del c.p.a., può proporre ricorso incidentale «*nel termine di sessanta giorni decorrente dalla ricevuta notificazione del ricorso principale*» (termine che è ridotto per le procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture, ai sensi dell'art. 120 del c.p.a.), dalla posizione di chi interviene in giudizio ad altro titolo, che può proporre ricorso incidentale dalla «*conoscenza della proposizione del ricorso principale*».

Peraltro il riferimento all'avvenuta "conoscenza" del ricorso principale si giustifica con il fatto che la disposizione fa riferimento agli altri soggetti che hanno comunque un interesse alla decisione ed ai quali il ricorso potrebbe non essere stato notificato.

Ma tale disposizione non può certo determinare un diverso e deteriore trattamento per i soggetti ai quali il ricorso (o l'appello), tenuto conto della loro condizione soggettiva, deve essere notificato.

10.2.- Al RTI Marsilli, aggiudicatario della gara, non può che essere, quindi, applicato il primo periodo del comma 1 dell'art. 42 del c.p.a. che fa decorrere il termine per la proposizione del ricorso incidentale dalla ricevuta notificazione del ricorso (e, quindi, dall'avvenuta conoscenza dei motivi del ricorso) e non dalla semplice conoscenza dell'esistenza del ricorso.

11.- In conclusione sul punto, si deve ritenere corretta la decisione del T.R.G.A. che ha ritenuto non tardivo (e quindi ricevibile) il ricorso incidentale proposto dal RTI Marsilli.

12.- La società Ames ha poi sostenuto che erroneamente il T.R.G.A. ha ritenuto di dover esaminare in via prioritaria il ricorso incidentale proposto dal RTI Marsilli (poi accolto) tenuto conto che il

motivo del ricorso incidentale ritenuto fondato (riguardante la mancata sottoscrizione di alcuni elaborati progettuali) era stato proposto anche con il ricorso principale e non poteva essere quindi esaminato in via prioritaria senza tenere conto di tale circostanza.

12.1.- La società Ames ha, inoltre, sostenuto che l'esame dei motivi con i quali, nel suo ricorso principale, aveva censurato la mancata presentazione, da parte del progettista incaricato dal RTI Marsilli, della dichiarazione prevista dall'art. 38 del codice dei contratti, ed aveva sostenuto la carenza dei requisiti di qualificazione del RTI Marsilli dovevano essere esaminati in via prioritaria perché riguardanti una fase della gara che precede quella riguardante l'esame dell'offerta tecnica e la sua regolarità.

13.- Con riferimento alla questione riguardante l'ordine di esame dei ricorsi, si deve ricordare che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella nota decisione n. 4 del 2011, ha affermato il principio di diritto secondo cui l'esame del ricorso incidentale diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara (e quindi escludente), deve precedere l'esame del ricorso principale, a meno che il collegio non ritenga, per ragioni di economia processuale, di dover prima esaminare il ricorso principale evidentemente irricevibile, inammissibile o infondato.

13.1.- Tale principio di diritto è stato sostanzialmente confermato dalla recente Adunanza Plenaria n. 9 del 25 febbraio 2014, che ha ricordato che il ricorso incidentale non va esaminato prima del ricorso principale allorquando non presenti carattere "escludente" e quindi quando il ricorso incidentale censuri valutazioni ed operazioni di gara svolte dall'amministrazione nel presupposto della regolare partecipazione alla procedura del ricorrente principale.

13.2.- L'Adunanza Plenaria ha, peraltro, poi richiamato il principio affermato dalla Corte di Giustizia UE, Sez. X, 4 luglio 2013, C-100/12 (nel caso Fastweb), secondo cui il ricorso incidentale dell'aggiudicatario non può comportare il rigetto del ricorso di un offerente nell'ipotesi in cui la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori venga contestata nell'ambito del medesimo procedimento e per motivi identici, ed ha ricordato che il principio della cd. "parità delle armi" (e quindi della parità delle parti) conduce, in tal caso, all'esame congiunto del ricorso incidentale e del ricorso principale, in quanto, in una situazione del genere, *«ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre l'amministrazione aggiudicatrice a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare»*.

Ciò tuttavia a condizione che: *«I) si versi all'interno del medesimo procedimento; II) gli operatori rimasti in gara siano solo due; III) il vizio che affligge le offerte sia identico per entrambe».*

13.3.- Infatti, ha aggiunto l'Adunanza Plenaria, *«se entrambe le offerte sono inficiate dal medesimo vizio che le rende inammissibili, apparirebbe prima facie contrario all'uguaglianza concorrenziale escludere solo l'offerta del ricorrente principale, dichiarandone inammissibile il ricorso, e confermare invece l'offerta dell'aggiudicatario ricorrente incidentale, benché suscettibile di esclusione per la medesima ragione. Ma in realtà ciò avviene perché, essendo il vizio fatto valere da entrambi i contendenti il medesimo, in concreto neppure si pone un problema di esame prioritario del ricorso incidentale rispetto al ricorso principale: prioritario, in questo peculiare caso, è l'esame del vizio; se questo sussiste, entrambi i ricorsi devono essere accolti, se non sussiste entrambi dovranno essere disattesi e l'aggiudicazione sarà confermata».*

Mentre in tutte le altre non caratterizzate dalla comunanza del motivo escludente, *«la caduta dell'interesse del ricorrente principale ad ottenere tutela, rende irrilevante esaminare (per lo meno in sede di ricorso giurisdizionale ad istanza di parte, rimanendo fermo il potere di autotutela della stazione appaltante ..., se l'intervenuta aggiudicazione sia, sotto altri profili, conforme o meno al diritto ovvero se sussistano vizi della procedura (cui il ricorrente non aveva titolo a partecipare), capaci di travolgere l'intera gara».*

13.4.- Con riferimento poi all'individuazione delle situazioni nelle quali può configurarsi l'identità del vizio, l'Adunanza Plenaria ha affermato che *«deve ritenersi comune la causa di esclusione che afferisce alla medesima sub fase del segmento procedimentale destinato all'accertamento del titolo di ammissione alla gara dell'impresa e della sua offerta, correlando le sorti delle due concorrenti in una situazione di simmetria invalidante»*, anche se deve escludersi che si richieda l'assoluta identità causale del vizio.

L'Adunanza Plenaria ha quindi, concluso che, a tal fine, devono ritenersi comuni i vizi ricompresi esclusivamente all'interno delle seguenti tre, alternative, categorie:

- a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi (trattandosi in ordine cronologico e logico dei primi parametri di validazione del titolo di ammissione alla gara);
- b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa (comprensivi dei requisiti economici, finanziari, tecnici, organizzativi e di qualificazione);

c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione (comprensiva delle ipotesi di incertezza assoluta del contenuto dell'offerta o della sua provenienza).

14.- Facendo applicazione di tali principi, si deve preliminarmente osservare che, nella fattispecie, solo due delle partecipanti alla gara sono state inserite nella graduatoria finale (essendo stati invece esclusi dalla Commissione due dei costituenti RTI che avevano presentato domanda di partecipazione).

15.- Ciò posto, ci si deve domandare se effettivamente il vizio sollevato dal RTI Marsilli con il ricorso incidentale (ritenuto fondato dal T.R.G.A.) doveva portare all'esclusione dalla gara della ricorrente principale Ames e se lo stesso (asseritamente identico) vizio sollevato dalla società Ames nel suo ricorso principale poteva portare all'esclusione dalla gara anche del RTI Marsilli, in applicazione del principio di diritto affermato dall'Adunanza Plenaria n. 9 del 2014.

16.- La società Ames ha, sul punto, innanzitutto sostenuto l'erroneità della decisione appellata nella parte in cui ha ritenuto fondato il motivo del ricorso incidentale proposto dall'Impresa Marsilli riguardante la mancata sottoscrizione di alcuni documenti dell'offerta tecnica.

16.1.- Sulla questione, come ha ricordato anche il T.R.G.A., la giurisprudenza non ha assunto una posizione univoca. Ma ciò, in realtà, è spesso dipeso dalla rilevanza delle omissioni riscontrate e dal contesto nel quale le stesse si sono manifestate (nonché dalla espressa indicazione negli atti di gara di una specifica causa escludente).

16.2.- In alcune decisioni si è, quindi, affermato, in modo più rigoroso, che la mancata sottoscrizione di parti dell'offerta tecnica, soprattutto se la stazione appaltante ha previsto l'esclusione dalla gara, deve comportare l'applicazione della sanzione dell'esclusione (Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2100 del 2012).

In altre decisioni si è affermata, in modo meno rigoroso, la sostanziale irrilevanza di eventuali omissioni, quando era comunque chiaramente desumibile la provenienza dalla parte dell'offerta nella sua interezza (Consiglio di Stato, Sez. IV n. 3344 del 2014; Sez. VI n. 4663 del 2013).

Si è, infatti, ritenuto che, in tal caso, un'eventuale clausola escludente doveva considerarsi eccessivamente formalistica, in contrasto con il divieto di aggravamento degli oneri burocratici e con l'esigenza di tutelare la concorrenza, dovendosi riconoscere la rilevanza dell'inosservanza delle

regole solo quando impediscono il conseguimento del risultato dell'azione amministrativa, nella specie volta ad accertare l'autenticità e la certezza del contenuto integrale dell'offerta.

Si è, peraltro, ribadito che l'esclusione può essere determinata dall'assoluta incertezza sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta (come nel caso della mancanza delle firme in ogni pagina dell'offerta tecnica o di quella economica).

16.3.- Anche questa Sezione (come il T.R.G.A.) ritiene che, in generale, debba essere privilegiata la soluzione meno formalistica e che, quindi, non debbano essere escluse da una gara quelle offerte che risultino certamente riferibili all'offerente anche se prive, per errore, di qualche sottoscrizione. Purché naturalmente l'omissione non riguardi parti essenziali dell'offerta.

17.- Tuttavia, nella fattispecie, le Norme di Partecipazione alla gara prescrivevano (a pagina 11) che all'interno della busta contenente l'offerta tecnica doveva essere inserito (punto 3), il progetto definitivo, completo di tutti gli elaborati elencati nello stesso punto 3, «*sottoscritto a pena di esclusione in ogni sua pagina e tavola*» dai legali rappresentanti delle ditte concorrenti e dal progettista abilitato.

17.1.- Considerato che, come ha evidenziato il giudice di primo grado, l'offerta tecnica presentata dalla società Ames risultava priva della necessaria sottoscrizione in numerosi documenti, fra i quali, come evidenzia la sentenza appellata, la relazione di calcolo sulle strutture in acciaio e la relazione geotecnica sulle fondazioni, la relazione tecnica specialistica sul calcolo e dimensionamento degli impianti elettrici, la relazione sulla gestione dei materiali, la verifica illuminotecnica, la relazione di verifica degli scarichi atmosferici, non può ritenersi censurabile la decisione del T.R.G.A. che ha ritenuto insuperabile il vizio denunciato per il numero e la rilevanza delle omissioni riscontrate.

17.2.- Né si può giungere a diversa conclusione in relazione alla circostanza che, come sostenuto nell'appello, nei documenti cartacei alcuni degli atti indicati contengono la firma o sigla "sulla testata" e/o anche sull'ultima pagina. Resta, infatti, comunque confermata la mancata o incompleta sottoscrizione di numerosi elaborati progettuali facenti parte dell'offerta tecnica. E tale carenza era sanzionata con l'esclusione.

17.3.- Non può giungersi poi a diversa conclusione nemmeno tenendo conto della circostanza, evidenziata nell'appello, che tutti gli elaborati progettuali erano stati indicati in un apposito elenco sottoscritto sia nella pagina iniziale che in calce.

18.- A questo punto, facendo applicazione del principio di diritto affermato dalla citata Adunanza Plenaria n. 9 del 2014, occorre esaminare il vizio che secondo l'appellante Ames appartiene alla stessa fase procedimentale del vizio sollevato dal resistente RTI Marsilli con il suo ricorso incidentale.

Infatti, benché il vizio sollevato nel ricorso principale dalla società Ames, della mancata sottoscrizione del quadro economico da parte del progettista incaricato dall'Impresa Marsilli, poteva essere rilevato in una fase successiva rispetto a quella concernente l'esame delle offerte tecniche, nella quale poteva essere rilevato il vizio sollevato nel ricorso incidentale dal RTI Marsilli (riguardante la mancata sottoscrizione, da parte della società Ames, di alcuni elaborati progettuali contenuti nell'offerta tecnica), tuttavia l'Adunanza Plenaria ha affermato il principio che devono considerarsi appartenenti alla stessa fase i vizi riguardanti la carenza di elementi essenziali dell'offerta e, quindi sia i vizi dell'offerta tecnica che i vizi dell'offerta economica, che *«afferiscono alla medesima categoria»*.

18.1.- Ha sostenuto la società Ames che il progettista incaricato dal RTI Marsilli non aveva sottoscritto gli elaborati con la stima analitica dei costi e il quadro economico del progetto definitivo, come era invece previsto dalle Norme di Partecipazione, nella voce "offerta economica".

Il motivo non è fondato.

Effettivamente, come ha sostenuto la società Ames, le Norme di Partecipazione prevedevano che all'interno della Busta n. 3, oltre all'offerta economica -- che doveva essere redatta secondo lo schema allegato, con indicazione del prezzo offerto per ogni macrovoce (in cifre e in lettere), con indicazione del prezzo complessivo (in cifre e in lettere) e con il ribasso percentuale sulla base d'asta (pari ad € 1.871.000,00) -- dovevano essere inseriti anche gli elaborati con la stima analitica dei costi e il quadro economico del progetto definitivo, sottoscritti dai legali rappresentanti delle ditte concorrenti e dal progettista abilitato (pagina 13 delle Norme di Partecipazione).

Ma la mancata sottoscrizione del progettista su tali elaborati non poteva comportare l'esclusione dalla gara del RTI Marsilli tenuto conto che non vi era alcuna incertezza sulla sicura provenienza della medesima offerta economica dal RTI che l'ha presentata, con la sottoscrizione dei suoi rappresentanti legali, e considerato che le stesse norme di partecipazione prevedevano l'esclusione (solo) nel caso di mancata sottoscrizione dell'offerta economica (pag. 13), precisando (a pag. 14)

che l'offerta doveva essere sottoscritta da tutti i legali rappresentanti delle imprese raggruppande o dalle persone abilitate ad impegnare validamente le stesse.

19.- Per le ragioni esposte l'appello proposto dalla società Ames deve essere respinto.

20.- Per completezza si può, comunque, aggiungere che anche gli altri motivi del ricorso principale della società Ames, riproposti in appello, non sono fondati.

21.- Non è fondato, innanzitutto, il motivo con il quale la società Ames ha sostenuto che la mancata presentazione della dichiarazione prevista dall'art. 38 del codice dei contratti, da parte del progettista incaricato dal RTI Marsilli, doveva determinare l'esclusione dalla gara dell'aggiudicataria.

Negli atti di gara non era, infatti, previsto che la dichiarazione sui requisiti soggettivi di partecipazione, di cui all'art. 38 del codice dei contratti, dovesse essere presentata anche dai progettisti incaricati dalle imprese partecipanti e, quindi, dal progettista incaricato dal RTI Marsilli o comunque, per suo conto, dai rappresentanti legali della stessa mandataria.

Peraltro, ben avrebbe potuto l'Amministrazione, se avesse ritenuto necessario acquisire anche tale dichiarazione, chiedere la regolarizzazione di tale posizione.

22.- Infondato risulta anche il motivo con il quale la società Ames ha sostenuto che l'Impresa Marsilli non ha la qualificazione necessaria per la progettazione e non dispone della qualificazione della categoria OS/18/A ritenuta prevalente.

In proposito si deve osservare che gli atti di gara non prevedevano il possesso di specifica qualificazione per la prestazione di progettazione avendo solo richiesto (nelle Norme di Partecipazione e nel Capitolato del progetto preliminare) che le partecipanti alla gara dovevano avvalersi (per la progettazione) di professionisti incaricati della progettazione, definitiva ed esecutiva, iscritti all'albo o al collegio professionale alla data di pubblicazione del bando.

Il progettista incaricato, in possesso dei requisiti richiesti, poteva, quindi, anche non essere associato al RTI. Con la conseguenza che non può essere censurata la circostanza che il RTI Marsilli si è affidato, per la progettazione, ad un professionista esterno in possesso dei requisiti professionali richiesti.

22.1.- Anche la qualificazione della categoria OS/18/A (componenti strutturali in acciaio) non risultava richiesta e, comunque, il RTI Marsilli ha sostenuto che tale requisito è posseduto dalla mandante società Pre Metal. E tale circostanza non risulta contraddetta dall'appellante.

22.2.- Non risulta poi fondata la tesi secondo cui il progettista non poteva essere esterno, perché l'appalto doveva considerarsi in prevalenza di lavori e non di fornitura, e quindi in applicazione degli artt. 53 e 90 del codice dei contratti.

Emerge, infatti, chiaramente dagli atti la natura mista dell'appalto in questione, nella quale la componente della fornitura risulta prevalente (essendo stata prevista una spesa di € 412.000 per lavori ed € 1.395.000 per forniture), con la conseguente applicazione delle relative regole.

23.- In relazione al motivo principale di doglianza della società Ames, riguardante la regolarizzazione della documentazione presentata dal RTI Marsilli, con l'indicazione "postuma" del progettista incaricato, non può essere censurato il comportamento della Stazione appaltante che si è limitata a richiedere al RTI Marsilli il nominativo del progettista incaricato che non emergeva dalla documentazione di carattere generale presentata.

23.1.- L'Impresa Marsilli aveva, infatti, solo dichiarato che il progettista incaricato era regolarmente iscritto all'albo ed era quindi in possesso dei requisiti richiesti, ma non ne aveva anche indicato il nome.

La Commissione di gara, nella seduta del 18 aprile 2013 aveva pertanto rilevato che il RTI Marsilli aveva ommesso l'indicazione del professionista incaricato della progettazione che, con la sottoscrizione del progetto, ne doveva assumere la responsabilità.

La Stazione appaltante aveva, quindi, chiesto la regolarizzazione di tale omissione, in data 22 aprile 2013, e il RTI Marsilli aveva comunicato, in data 24 aprile 2013, il nome del professionista incaricato della progettazione (l'ing. Kurdoglu Orhan Cesare) che corrispondeva esattamente al soggetto che aveva elaborato il progetto contenuto nell'offerta tecnica e il cui nome era poi risultato nei documenti dell'offerta tecnica.

23.2.- Tale procedura, che ha consentito la regolarizzazione della domanda di partecipazione alla procedura di gara di un elemento comunque desumibile dagli altri atti dell'offerta presentata, non può essere censurata tenuto conto che tale mancata indicazione, negli atti di gara, non era stata

prevista a pena di esclusione (e si può anche dubitare della legittimità di una eventuale clausola escludente).

Mentre le “Norme di Partecipazione” alla gara in questione prevedevano espressamente, alla pagina 9 (Ulteriori informazioni), che sarebbe stata «*consentita la regolarizzazione delle inadempienze rilevate nella documentazione di gara dei concorrenti, salvo quelle comportanti obbligo di esclusione – perché elementi essenziali – ai sensi dell’art. 46, comma 1 bis del DLgs 163/2006*».

24.- Si può, infine, sinteticamente aggiungere, in relazione agli altri motivi sollevati, che, a prescindere da una possibile inammissibilità, per la sua genericità, è comunque infondata la questione sollevata in relazione all’avvalimento del RTI Marsilli con la società Electrolux, per la fornitura di arredi ed attrezzature di cucina, alla luce dei documenti esibiti dal RTI Marsilli attestanti i rapporti con la Electrolux fornitrice di materiali dalla stessa azienda prodotti.

24.1.- Non sussiste poi la dedotta incompetenza, nell’adozione degli atti impugnati, del Direttore Tecnostruttura Area Tecnica che risulta delegato con atto del Direttore Generale dell’Azienda Provinciale per i Servizi Sanitari resistente.

24.2.- Infine, la doglianza riguardante la riduzione del termine per la presentazione dell’offerta è manifestamente tardiva, perché andava eventualmente presentata nei confronti del bando. Nè risulta che la società Ames abbia chiesto per tempo una proroga dei tempi concessi.

25.- In conclusione, per tutti gli esposti motivi, l’appello deve essere respinto.

Le spese del doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna l’appellante Ames S.p.A. al pagamento di € 5.000,00 in favore di ciascuna delle parti resistenti (per un totale di € 10.000,00), per le spese e competenze del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 ottobre 2014 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Roberto Capuzzi, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Silvestro Maria Russo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/11/2014

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)