

Publicato il 04/01/2018

N. 00053/2018REG.PROV.COLL.

N. 04948/2017 REG.RIC.



# REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 4948 del 2017, proposto da: Codisab s.r.l., in persona del rappresentante legale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio Morgante, domiciliata ex art. 25 cod. proc. amm. presso la segreteria del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;

contro

Astral – Azienda Strade Lazio s.p.a., in persona dell'amministratore unico e legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Silvio Crapolicchio, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, viale Parioli, n. 44;

nei confronti di

Mario Cipriani s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Cancrini e Francesco Vagnucci, con domicilio eletto presso lo studio legale Cancrini e Partners, in Roma, piazza San Bernardo, n. 101; Ircop Costruzioni Generali s.p.a., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, Sez. I *quater*, n. 3922/2017, resa tra le parti, concernente la procedura di affidamento in appalto dei lavori di collegamento stradale esterno all'abitato di Tivoli - variante al Ponte degli Arci.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Astral - Azienda Strade Lazio s.p.a. e della Mario Cipriani s.r.l., che ha spiegato anche appello incidentale;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Michele Guzzo, in sostituzione dell'avvocato Morgante, Alessandro Pace, in sostituzione dell'avvocato Crapolicchio, e Francesco Toscano, su delega dell'avvocato Cancrini;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, integrato da motivi aggiunti, la Codisab s.r.l. impugnava gli atti della procedura di affidamento in appalto dei lavori di collegamento stradale esterno all'abitato di Tivoli - variante al Ponte degli Arci (bando pubblicato il 6 marzo 2015), nella quale si era classificata al terzo posto della graduatoria finale, dietro l'aggiudicataria definitiva Mario Cipriani s.r.l. (determinazione di aggiudicazione dell'amministratore unico di Astral n. 40 del 25 marzo 2016) e la Ircop Costruzioni s.p.a., seconda graduata.

La Codisab sosteneva sotto plurimi profili che entrambe le due concorrenti che l'avevano preceduta avrebbero dovuto essere escluse dalla gara e che l'aggiudicazione avrebbe pertanto dovuto essere disposta in proprio favore.

2. Con la sentenza in epigrafe il tribunale adito esaminava le censure indirizzate nei confronti della Mario Cipriani respingendole e dichiarando conseguentemente improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse quelle formulate dalla stessa Codisab nei confronti della Ircop Costruzioni. Del pari era dichiarato improcedibile il ricorso incidentale "escludente" dell'aggiudicataria.

3. Alcune delle medesime censure sono riproposte dalla Codisab con l'appello principale, mentre con appello incidentale la controinteressata Mario Cipriani ha riproposto il proprio ricorso ex art. 42 cod. proc. amm.

4. La Astral si è costituita in resistenza ad entrambi i mezzi di impugnazione.

## DIRITTO

1. Con il primo motivo d'appello la Codisab ripropone le censure dirette a sostenere che per qualificarsi nelle categorie di lavorazioni di cui era sfornita delle necessarie attestazioni SOA l'aggiudicataria Mario Cipriani avrebbe fatto ricorso ad un contratto di avvalimento indeterminato. Secondo l'originaria ricorrente il contratto di avvalimento carente - tra i due stipulati dalla Mario Cipriani, con la Cmp s.r.l. per la categoria OS18/A e con la Tensacciai s.r.l. per la categoria OS11 - sarebbe quest'ultimo. In particolare tale contratto sarebbe privo della determinazione dei mezzi e

delle risorse messe a disposizione per l'esecuzione del contratto d'appalto, in violazione dell'art. 49 dell'allora vigente codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

2. Il motivo è infondato.

3. Deve premettersi in fatto che il contratto di avvalimento in contestazione reca l'espressa messa a disposizione a favore della Mario Cipriani dell'attestazione di qualificazione SOA OS11 posseduta la Tensacciai (n. 14685/AL/16/00, rilasciata il 19 dicembre 2014 dall'organismo di attestazione SOA Nord Alpi s.p.a., avente scadenza al 18 dicembre 2019) «*nella misura integrale richiesta*» (art. 2 del contratto). Nel medesimo contesto si specifica che la messa a disposizione a favore della concorrente Mario Cipriani comprende, «*in relazione al possesso del sistema di qualità*» sulla cui base è stata conseguita l'attestazione SOA, «*le risorse e le condizioni che hanno consentito l'ottenimento della certificazione di cui all'art. 3, comma 1, lett. mm), del DPR 207/2010*».

4. Ciò premesso in fatto, la specificazione dell'oggetto dell'avvalimento così formulata soddisfa i requisiti di determinabilità ex art. 1346 cod. civ. sanciti al riguardo dall'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato con la sentenza 4 novembre 2016, n. 23.

Infatti, è chiara nel contratto in esame la *relatio* operata dei contraenti alle risorse aziendali che hanno consentito all'ausiliaria di ottenere la certificazione di qualità e quindi l'attestazione di qualificazione SOA nella categoria OS11. Sulla base della descritta tecnica negoziale di determinazione dell'oggetto del contratto si ricava quindi che l'aggiudicataria Mario Cipriani ha acquisito dalla Tensacciai il diritto di impiegare nell'esecuzione dei lavori affidati con la procedura di gara qui in contestazione tutti i mezzi e le risorse di quest'ultima società. La medesima ausiliaria ha dunque assunto il correlato obbligo che la stazione appaltante può fare valere nella fase di esecuzione dell'appalto, in virtù della solidarietà passiva tra la prima e l'appaltatore prevista dal comma 4 del citato art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006.

5. Con specifico riguardo all'avvalimento di un'attestazione SOA va ancora richiamata la giurisprudenza di questa Sezione, ormai consolidata nel senso di ritenere necessario che la messa a disposizione dall'ausiliaria alla concorrente riguardi l'intera organizzazione aziendale, comprensiva di tutti i fattori della produzione e di tutte le risorse che, complessivamente considerate, le hanno consentito di acquisire l'attestazione da mettere a disposizione (da ultimo: Cons. Stato, V, 12 maggio 2017, n. 2226, che ha ritenuto insufficiente a tal fine un avvalimento dell'attestazione SOA non comprensivo della certificazione di qualità aziendale).

Si è in particolare sottolineato che, in base al combinato disposto dell'art. 40 del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (codice dei contratti pubblici) e 76 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (regolamento di esecuzione ed attuazione al detto codice), l'attestazione SOA è rilasciata da appositi organismi a seguito di un'articolata verifica istruttoria volta a constatare che l'impresa richiedente disponga, oltre che dei requisiti di ordine generale, di quelli indicati nell'art. 79 del citato D.P.R. n. 207 del 2010, e cioè, nello specifico: «*a) adeguata capacità economica e finanziaria; b) adeguata idoneità tecnica e organizzativa; c) adeguata dotazione di attrezzature tecniche; d) adeguato organico medio annuo*». Al medesimo riguardo, si è evidenziato che ai sensi dell'art. 63, comma 1, del medesimo D.P.R. n. 207 del 2010, per poter ottenere la qualificazione, in classifiche superiori alla I e alla II, «*le imprese devono possedere il sistema di qualità aziendale conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000*». Dal che discende – sempre secondo questa impostazione - che l'attestazione SOA costituisce il frutto di una valutazione complessiva degli svariati elementi facenti parte dell'organizzazione aziendale, che non coincide con la mera sommatoria degli stessi e che non ne consente una considerazione atomistica.

Dalle descritte premesse la giurisprudenza ha tratto il corollario che il contratto di avvalimento finalizzato a munire l'impresa concorrente dell'attestazione SOA necessaria per partecipare alla gara deve consistere nel prestito dell'insieme delle dette risorse e che, quindi, ai sensi dell'art. 88, comma 1, del citato d.P.R. n. 207 del 2010, l'oggetto del prestito deve essere determinato in modo puntuale dal contratto ovvero agevolmente determinabile dal tenore complessivo del documento, secondo quanto affermato dall'Adunanza Plenaria nella citata sentenza 4 novembre 2016, n. 23 (in questo senso, in particolare: Cons. Stato, V, 23 febbraio 2017, n. 852, in un caso in cui solo alcuni dei mezzi aziendali dell'ausiliaria in possesso dell'attestazione SOA erano stati messi a disposizione della concorrente).

6. Alla luce di quanto finora rilevato deve concludersi nel senso che il contratto di avvalimento tra la Mario Cipriani e la Tensacciai soddisfa i requisiti di determinabilità dell'oggetto in grado di rendere l'obbligazione dell'ausiliaria coercibile tanto dalla concorrente che dovrà eseguire il contratto quanto dalla stazione appaltante, per cui tutte le censure formulate sul punto dalla Codisab sono infondate.

7. Con il secondo motivo d'appello l'originaria ricorrente sostiene che la Mario Cipriani avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non avere prodotto le dichiarazioni di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 degli amministratori cessati nell'anno precedente alla pubblicazione del bando di gara: la dichiarazione omessa sarebbe in particolare quella relativa alla sig.ra Silvia Bocci, vice presidente del consiglio d'amministrazione dell'altra società ausiliaria, e cioè la Cmp s.r.l.

8. Anche questo motivo è infondato.

9. La censura ha carattere formalistico, circoscritto ad una pretesa omissione dichiarativa ed avulso da qualsiasi rilievo in ordine all'assenza del requisito della moralità professionale sul piano sostanziale.

Ai fini del rigetto di tale motivo di impugnazione va peraltro evidenziato che nessuna norma di legge, né tanto meno della *lex specialis* della procedura di affidamento in contestazione nel presente giudizio, impone al soggetto precedentemente titolare di una carica sociale all'interno della società ausiliaria di rendere una dichiarazione circa i precedenti penali indicenti sulla sua moralità professionale.

In particolare, l'art. 49, comma 2, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 prevede che l'ausiliaria sia tenuta a rendere «una dichiarazione sottoscritta (...) attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38» del medesimo codice dei contratti pubblici. La norma di legge in esame obbliga dunque l'ausiliaria ad una dichiarazione di carattere generale, senza alcuna ulteriore specificazione.

10. A questo specifico riguardo, pur nell'ambito del consolidato principio dell'equiparazione quanto ai requisiti di affidabilità morale, tra operatori economici partecipanti nelle procedure di affidamento di appalti pubblici in veste di concorrenti e quelli invece partecipanti in veste di ausiliari (da ultimo: Cons. Stato, V, 5 maggio 2016, n. 1817; in precedenza: 15 novembre 2012 n. 5780, 23 maggio 2011, n. 3077 e 16 novembre 2010, n. 8059), la giurisprudenza di questa Sezione ha nondimeno differenziato i due soggetti in questione quanto agli obblighi dichiarativi. In particolare, muovendo dal principio della tassatività delle cause di esclusione, dal dato letterale dell'art. 49, comma 2, lett. c), e dal differente ruolo assunto dall'ausiliario rispetto al concorrente ai fini dell'esecuzione del contratto d'appalto (cfr. comma 10 del medesimo art. 49, secondo cui tale contratto «è in ogni caso eseguito dall'impresa che partecipa alla gara, alla quale è rilasciato il certificato di esecuzione»), la Sezione ha escluso che la verifica sul possesso dei requisiti di affidabilità morale dell'ausiliaria sia correlata necessariamente a una dichiarazione riferita a tutti i soggetti titolari di cariche sociali,

anziché alla società nel suo complesso (sentenza 14 febbraio 2013, n. 911, cui aderiscono le successive pronunce della stessa Sezione del 25 febbraio 2016, n. 779 e 1 agosto 2015, n. 3769).

11. Nel medesimo senso si è del resto espressa, in termini generali, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 30 luglio 2014, n. 16.

Quindi, come in seguito precisato sulla scia di quest'ultimo *dictum*, la dichiarazione resa ai sensi del d.p.r. 28 dicembre 2000, n. 445, dal legale rappresentante di una società in ordine all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'articolo 38 del codice dei contratti pubblici «*non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici*», con la conseguenza che una dichiarazione sostitutiva così resa «*non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio*» (Cons. Stato, VI, 28 maggio 2015, nn. 2680 e 2681). Dalle pronunce da ultimo richiamate emerge come una dichiarazione così resa da un lato non comporti alcuna violazione della *par condicio* tra i partecipanti ad una procedura di affidamento di un contratto pubblico e dall'altro lato non impedisca all'amministrazione di svolgere le verifiche di propria competenza in ordine ai requisiti di affidabilità morale.

A *fortiori* il principio espresso dall'Adunanza Plenaria nella sentenza 30 luglio 2014, n. 16, dichiaratamente intesa a superare precedenti orientamenti giurisprudenziali eccessivamente formalistici, deve ritenersi valevole per l'ausiliaria alla luce del diverso ruolo dalla stessa ricoperto rispetto all'aggiudicataria nella fase di esecuzione dell'appalto.

12. Esclusa dunque l'ipotesi della violazione di un obbligo dichiarativo la cui omissione è sanzionata con l'esclusione dalla gara, la Codisab non ha dedotto che la citata vicepresidente dall'ausiliaria Cmp sarebbe priva sul piano sostanziale dei requisiti in questione, né ha replicato alle difese della Astral, secondo cui la verifica ex art. 48 d.lgs. n. 163 del 2006 successiva all'aggiudicazione a favore della Mario Cipriani nei confronti della medesima ausiliaria si è conclusa positivamente.

13. Con il terzo motivo d'appello la Codisab reitera la censura con cui sostiene che l'offerta tecnica dell'aggiudicataria conterrebbe alcune varianti sostanziali rispetto al progetto esecutivo a base di gara da quest'ultimo non consentite, che comporterebbero in particolare la necessità che i lavori si svolgano su aree diverse da quelle previste dal medesimo progetto, per l'occupazione delle quali sarebbe necessario ottenere nuovi assenti amministrativi; il tutto in violazione del divieto contenuto nel disciplinare di gara (punto 17).

La varianti in questione consisterebbero nella realizzazione: di un ponte con pila centrale a "cavalletto" poggiante su entrambe le sponde del fosso Empiglione, anziché nel fosso medesimo, tale da comportare l'interessamento di aree interessate da ritrovamenti archeologici nelle indagini appositamente condotte (in destra idraulica); di una passerella pedonale; nel "varo a spinta" dei piloni del ponte. Secondo l'odierna appellante principale tali soluzioni progettuali si porrebbero in contrasto con il parere reso dalla Soprintendenza per i beni architettonici e paesaggistici di Roma, Rieti e Viterbo (nota n. 121771 del 9 settembre 2009) nell'ambito della conferenza di servizi tenutasi per l'approvazione del progetto (riunione del 23 luglio 2009) e con le conseguenti previsioni progettuali elaborate dalla Astral.

14. Il motivo è in parte infondato e in parte inammissibile.

Con riguardo alla prima asserita difformità progettuale, risulta dalla relazione tecnico-metodologica presentata dalla Mario Cipriani quale componente dell'offerta tecnica che la pila centrale "a

cavalletto” del ponte di accesso all’abitato di Tivoli consiste in *«modifica dell’architettura»* di tale elemento strutturale che l’aggiudicataria ha ritenuto di proporre per *«salvaguardare le preesistenti archeologiche»*, al contempo *«mantenendo la stessa posizione della soluzione a base di gara»*, senza inoltre *«modificare il corso del torrente Empiglione e di non spostare il corso d’acqua su aree non indagate archeologicamente»* (§ 2 della relazione).

Nella relazione tecnica dell’aggiudicataria è inoltre spiegato che la soluzione prefigurata nel progetto esecutivo a base di gara avrebbe invece comportato un notevole impatto sull’andamento del corso d’acqua, donde l’offerta di una soluzione architettonica consistente nella forma a “cavalletto”, *«che permette di scavalcare il fosso appoggiandosi su entrambe le sponde dell’alveo»* (§ 5 della relazione).

15. Per quanto riguarda le possibili interferenze con i reperti archeologici, nella relazione si riferisce di una *«ulteriore verifica diretta sul posto, con un rilievo a terra della situazione attuale, dei resti archeologici e con picchettamento della posizione dei due plinti»* e dei relativi risultati, i quali *«hanno escluso la possibilità di tale interferenza e hanno confermato la bontà della soluzione proposta»* (*ibidem*).

16. Tutto ciò premesso in fatto, la censura della Codisab non prende posizione espressa sulle analitiche spiegazioni di carattere tecnico che la Mariano Cipriani ha fornito in ordine alla migliore offerta.

Se dunque la censura rimane su un piano di genericità, che ne impedisce finanche un apprezzamento nel merito, va ulteriormente sottolineato che la soluzione tecnica qui in contestazione risulta conforme al progetto a base di gara e alle prescrizioni formulate in sede di approvazione di quest’ultimo dagli enti pubblici competenti.

17. Infatti, con specifico riguardo alla posizione assunta dalla Soprintendenza ai beni architettonici, alla citata conferenza di servizi del 23 luglio 2009, va evidenziato che tale amministrazione ha rilasciato parere favorevole con prescrizioni, consistenti in particolare nella *«verifica della situazione degli eventuali resti archeologici»* e nella *«realizzazione di eventuali indagini sul terreno, ove si rinvenivano elementi / strutture archeologiche»*.

Quindi, nella relazione generale al progetto esecutivo posto a gara si dà atto del parere favorevole successivamente emesso dalla Soprintendenza in ordine alla soluzione consistente in un’unica pila *«in luogo delle due previste»* nel progetto definitivo, all’esito della campagna di scavi appositamente svolta, le quali *«hanno evidenziato lungo il Fosso d’Empiglione la presenza di resti in sito di strutture di età romana»*.

18. In coerenza con tali prescrizioni, nei chiarimenti forniti ai concorrenti - richiamati dalla Codisab a sostegno delle proprie censure - oltre a specificare la necessità che le soluzioni tecniche fossero coerenti con le prescrizioni espresse dagli intenti partecipanti alla fase di approvazione del progetto a base di gara, la Astral ha sottolineato che tra le migliori consentite vi era la possibilità di *«modificare la conformazione architettonica della pila»* contemporaneamente *«mantenendo la stessa posizione planimetrica prevista nel progetto esecutivo»*, ed inoltre di *«minimizzare la deviazione dell’alveo del fosso Empiglione, garantendo in ogni caso le stesse caratteristiche di deflusso e gli stessi interventi di protezione previsti nel progetto esecutivo»*.

19. Da tutto ciò non è consentito ricavare l’assunto che la pila del ponte “a cavalletto” fosse vietata perché comportante la necessità di eseguire opere in aree non sottoposte a preventive indagini archeologiche.

E' per contro ricavabile la tesi opposta, secondo cui è consentito ai concorrenti di modificarne la conformazione architettonico – strutturale della pila, purché la stessa fosse mantenuta nella stessa posizione, mentre sul piano funzionale erano ritenute ammissibili tutte le soluzioni in grado di ottenere un impatto minimo della deviazione dell'alveo del fosso Empiglione.

Alla luce delle risultanze di prova sopra esaminate ciò è appunto quanto la Mario Cipriani ha inteso realizzare con la pila del ponte “a cavalletto”, alla luce delle spiegazioni tecniche dalla stessa fornite.

20. Quanto ai rischi di interessare aree caratterizzate dalla presenza di reperti archeologici, come rilevato in precedenza la Codisab non fornisce elementi atti a confutare gli esiti della «*verifica diretta sul posto*» sulla cui base l'aggiudicataria ha escluso qualsiasi rischio che la soluzione tecnica proposta potesse comportare interferenze con resti archeologici.

21. Al medesimo riguardo va ancora sottolineato che non è corretto trarre dalle prescrizioni formulate dalla Soprintendenza nella fase di approvazione del progetto esecutivo, e poi nello stesso richiamate, la conseguenza secondo cui qualsiasi modifica delle caratteristiche strutturali che comportasse l'interessamento di aree diverse da quelle previste nel progetto medesimo avrebbero costituito variazioni sostanziali dell'offerta tecnica non consentite ai concorrenti.

Dalle stesse si evince invece la necessità che nella fase esecutiva siano svolte tutte le verifiche del caso, in una zona contraddistinta da significativi reperti di origine romana, e quindi di adottare in tale fase tutte le necessarie cautele. Come sottolinea la Astral, di ciò si ha conferma dalle previsioni del capitolato speciale d'appalto, ed in particolare dall'art. art 25, comma 27, che pone a carico dell'impresa appaltatrice l'obbligo di provvedere ad assumere a propria cura e spese un archeologo che sarà eventualmente richiesto dalla Soprintendenza per l'esecuzione delle opere, laddove dovessero emergere reperti di interesse di quest'ultima.

22. Per quanto concerne le altre asserite varianti non ammesse, si tratta come eccepite dalla Mario Cipriani di censure inammissibili ex art. 104, comma 1, cod. proc. amm., poiché proposte per la prima volta in sede di appello. Infatti, nei motivi aggiunti al ricorso di primo grado la Codisab si è limitata a dedurre la difformità essenziale della sola pila “a cavalletto”.

23. In ragione del rigetto delle censure nei confronti dell'aggiudicataria non è ravvisabile alcun interesse della Codisab all'esame del quarto motivo d'appello, relativo alla partecipazione alla gara della seconda classificata Ircop Costruzioni Generali.

24. L'appello principale va quindi respinto.

L'appello incidentale della Mario Cipriani deve conseguentemente essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Le spese di causa seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli principale e incidentale, come in epigrafe proposti, così provvede:

- respinge l'appello principale;
- dichiara improcedibile l'appello incidentale;

- condanna la Codisab s.r.l. a rifondere alle parti appellate Astral – Azienda Strade Lazio s.p.a. e Mario Cipriani s.r.l. le spese di causa, liquidate per ciascuna parte in € 6.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

L'ESTENSORE  
Fabio Franconiero

IL PRESIDENTE  
Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO