

•

N. 00424/2016REG.PROV.COLL.

N. 00573/2014 REG.RIC.

N. 00477/2014 REG.RIC.

N. 01172/2014 REG.RIC.

N. 08827/2014 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 numero di registro generale 477 del 2014, proposto dalla Co.Res. – Costruzioni e Restauri s.r.l., in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo con le imprese F.lli Falco s.r.l. e Re.co – Restauratori consorziati, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Gentile, Antonio Bifulco e Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso Bifulco Antonio Eulex Galli & Associati in Roma, via Orsini 19;

contro

Comune di Caserta, rappresentato e difeso dall'avvocato Fausta Sorrentino, con domicilio eletto presso Domenico Sorrentino in Roma, via Oslavia 30;

nei confronti di

Coedi s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio eletto presso l'avvocato Raffaele Titomanlio in Roma, via Terenzio 7;

C.R. Appalti e Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Ernesto Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina 26;

sul ricorso numero di registro generale 573 del 2014, proposto dalla Coedi s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Terenzio 7;

contro

Co.Res. – Costruzioni e Restauri s.r.l., in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo con le imprese F.lli Falco s.r.l. e Re.co – Restauratori consorziati, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Gentile, Antonio Bifulco e Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso Bifulco Antonio Eulex Galli & associati in Roma, via Orsini 19;

nei confronti di

Comune di Caserta, rappresentato e difeso dall'avvocato Fausta Sorrentino, con domicilio eletto presso Domenico Sorrentino in Roma, via Oslavia 30;

sul ricorso numero di registro generale 1172 del 2014, proposto da: Comune di Caserta, rappresentato e difeso dall'avvocato Fausta Sorrentino, con domicilio eletto presso Domenico Sorrentino in Roma, via Oslavia 30;

contro

Co.Res. - Costruzioni e Restauri s.r.l., in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo con le imprese F.lli Falco s.r.l. e Re.co – Restauratori consorziati, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Gentile, Antonio Bifulco e Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso Bifulco Antonio Eulex Galli & associati in Roma, via Orsini 19;

nei confronti di

Coedi s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio eletto presso lo studio Titomanlio in Roma, via Terenzio 7; Angelo Del Rosso;

sul ricorso numero di registro generale 8827 del 2014, proposto dalla C.R. Appalti e Costruzioni s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina 26;

contro

Comune di Caserta, rappresentato e difeso dall'avvocato Lidia Gallo, con domicilio eletto presso Francesco Casertano in Roma, via Panama 74;

nei confronti di

Coedi s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Luigi Maria D'Angiolella, con domicilio eletto presso lo studio Titomanlio in Roma, via Terenzio 7; Co.Res. – Costruzioni e Restauri s.r.l., in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo con le imprese F.lli Falco s.r.l. e Re.co – Restauratori consorziati, rappresentata e difesa dagli avvocati Domenico Gentile, Antonio Bifulco e Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso Bifulco Antonio Eulex Galli & associati in Roma, via Orsini 19;

per la riforma

quanto ai ricorsi nn. 477, 573 e 1172 del 2014:

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE I, n. 5549/2013, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento dell'appalto integrato per la progettazione ed esecuzione dei lavori di recupero funzionale della

ex caserma Sacchi di Caserta;

quanto al ricorso n. 8827 del 2014:

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE I, n. 3218/2014, resa tra le parti, concernente la medesima procedura di affidamento

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti i rispettivi atti di costituzione in giudizio di Co.res. - Costruzione e Restauri s.r.l., Coedi s.r.l., Comune di Caserta e C.R. Appalti e Costruzioni s.r.l.;

Visto l'atto di intervento in opposizione di terzo ex artt. 108 e 109 cod. proc. amm. della C.R. Appalti e Costruzioni s.r.l. nell'appello della Co.res. - Costruzione e Restauri s.r.l.;

Vista l'ordinanza interlocutoria della Sezione del 25 giugno 2015, n. 3204;

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 17 novembre 2015 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Luigi Maria D'Angiolella, Lorenzo Lentini, Maria Stefania Masini, su delega dell'avvocato Fausta Sorrentino, ed Ernesto Sticchi Damiani su delega dell'avvocato Saverio Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Oggetto del presente giudizio è la procedura aperta indetta dal Comune di Caserta con bando pubblicato l'11 febbraio 2013 per l'affidamento dell'appalto integrato ex art. 53, comma 2, lett. c), cod. contratti pubblici dei lavori di recupero funzionale della ex Caserma Sacchi, da aggiudicare sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sulla base d'asta di € 4.880.000.

Tra le altre, partecipava alla gara il raggruppamento temporaneo di imprese con

capogruppo Co.res. Costruzioni e e Restauri s.r.l., tuttavia successivamente escluso, a causa dell'omessa indicazione nell'offerta degli oneri per la sicurezza aziendale (verbale n. 8 del 9 agosto 2013).

2. Contro quest'atto e la riammissione alla gara della Coedi s.r.l. (verbale n. 2 del 6 giugno 2013), poi dichiarata aggiudicataria definitiva, la Co.res. proponeva ricorso al TAR Campania – sede di Napoli, integrato da motivi aggiunti nei confronti dell'aggiudicazione in favore della prima.

3. Il TAR adito accoglieva in parte l'impugnativa (sentenza n. 5549 del 4 dicembre 2013).

Il giudice di primo grado riteneva da un lato legittima l'esclusione, statuendo che negli appalti pubblici di lavori *«l'indicazione degli oneri di sicurezza (cd. aziendali) deve essere imprescindibilmente presente all'interno dell'offerta presentata da ciascun candidato»*. Accoglieva nondimeno la censura subordinata della ricorrente di violazione del dovere di custodia dei plichi contenenti le offerte da parte della commissione giudicatrice, annullando conseguentemente gli atti di gara per violazione dei principi pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa. Al riguardo, dopo avere rilevato la mancanza qualsiasi indicazione negli atti di gara circa tali modalità di conservazione, il giudice di primo grado riteneva sintomatica della lesione dei citati principi la vicenda dell'aggiudicataria Coedi: esclusa alla prima seduta per mancanza delle dichiarazioni ex art. 38 cod. contratti pubblici, ma poi riammessa a quella successiva, nella quale la documentazione era stata rinvenuta.

4. La sentenza è separatamente appellata per quanto di rispettivo interesse dalla Co.res. (r.g. n. 477/2014), dalla Coedi (r.g. n. 573/2014) e dal Comune di Caserta (r.g. n. 1172/2014).

5. Nel giudizio conseguente all'appello della Co.res. è intervenuta con atto di opposizione di terzo ex artt. 108 e 109, comma 2, cod. proc. amm. la C.R. Appalti e Costruzioni s.r.l., partecipante alla medesima gara, ma esclusavi nella medesima

seduta n. 8 del 9 agosto 2013, per non avere sottoscritto in calce il documento contenente l'analisi dei prezzi unitari non compresi in tariffari ufficiali, da produrre a corredo dell'offerta economica, e la cui separata impugnativa proposta davanti al TAR Campania – sede di Napoli è stata da questo dichiarata irricevibile (sentenza n. 3218 del 10 giugno 2014).

6. La stessa C.R. Appalti e Costruzioni s.r.l. ha quindi appellato quest'ultima sentenza (appello r.g. n. 8827/2014).

7. Con ordinanza interlocutoria n. 3204 del 25 giugno 2015 gli appelli sono stati riuniti, ed è stata contestualmente disposta istruttoria in punto ricevibilità del ricorso della CR Appalti e Costruzioni, essendosi chiesti al Comune di Caserta chiarimenti in ordine alle istanze di accesso ex art. 13 cod. contratti pubblici agli atti della procedura di gara in contestazione formulate dalla società;

8. L'amministrazione ha adempiuto all'ordine istruttorio con relazione depositata il 28 settembre 2015.

9. All'udienza del 17 novembre 2015 gli appelli sono stati quindi trattenuti in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente va confermata la riunione dei quattro appelli, per le ragioni già esposte nell'ordinanza interlocutoria n. 3204 del 25 giugno 2015, cui si fa integrale rinvio.

2. Passando al merito, costituiscono punti decisivi della controversia ex artt. 120, comma 10, e 74 cod. proc. amm., con specifico riguardo alla posizione della Co.res.:

- se sia o meno legittima la sua esclusione per mancata indicazione nella propria offerta degli oneri per la sicurezza aziendale;
- se la stessa società, in caso positivo al presente quesito, vanti nondimeno un titolo legittimo per contestare la gara sotto il profilo accolto dal TAR, e cioè per

violazione del principio di segretezza delle offerte.

3. Il primo punto va risolto nel senso della legittimità dell'esclusione, già ritenuta in primo grado, sulla base dei principi stabiliti in materia dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, vincolanti per questo collegio ai sensi dell'art. 99, comma 3, del codice del processo di cui al d.lgs. n. 104/2010.

Infatti, l'organo di nomofilachia ha dapprima stabilito che nelle procedure di affidamento di appalti pubblici l'indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale costituisce un precetto inderogabile ai sensi del combinato disposto degli artt. 86, comma 3-*bis*, e 87, comma 4, cod. contratti pubblici e 26, comma 6, t.u. sicurezza sul lavoro di cui al d.lgs. n. 81/2008, al cui rispetto le imprese partecipanti sono tenute anche in assenza di esplicita previsione di *lex specialis* (che dunque deve ritenersi così eterointegrata), e la cui violazione rende legittima l'esclusione dalla gara, (sentenza 20 marzo 2015, n. 3). Quindi, la stessa Adunanza plenaria ha chiarito che il principio in questione è operante anche per le procedure di gara svoltesi in epoca anteriore alla sua affermazione, negando che la pronuncia di nomofilachia, quale risultante dell'attività interpretativa ed enunciativa del significato e della portata di norme di legge, possa essere assimilata allo *ius superveniens* (sentenza 2 novembre 2015, n. 9). Con quest'ultima pronuncia si è inoltre escluso che l'omessa indicazione degli oneri per la sicurezza aziendale possa essere sanata mediante il potere di soccorso istruttorio ex art. 46, comma 1, cod. contratti pubblici.

L'incontestato inadempimento della Co.res. a tale obbligo ne rende pertanto legittima l'esclusione da essa impugnato nel presente giudizio.

4. L'altro punto sopra esposto va invece definito in senso contrario alle conclusioni cui è giunto il TAR.

Infatti, l'assenza di un legittimo titolo di partecipazione alla gara priva la concorrente del diritto a contestarne in sede giurisdizionale gli esiti (da ultimo in

questo senso, *ex multis*, Sez. V, 12 novembre 2015, n. 5182). Ciò in applicazione dei principi costantemente affermati dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, secondo cui la legittimazione ad agire si correla necessariamente ad una situazione giuridica differenziata e bisognosa di tutela giurisdizionale, che in materia di procedure di affidamento di contratti pubblici non può vantare chi non vi abbia legittimamente partecipato, al di fuori delle ipotesi eccezionali e derogatorie, qui non ricorrenti, della contestazione della gara in sé o all'inverso della sua mancata indizione pur in presenza di un obbligo di legge, o ancora dell'impugnazione di clausole immediatamente escludenti (Ad. plen. 7 aprile 2011, n. 4 e 25 febbraio 2014, n. 9; Sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491, Sez. IV, 16 giugno 2015, n. 2982; 12 febbraio 2015, n. 753; Sez. V, 3 giugno 2015, n. 2713, 6 maggio 2015, n. 2256). Nell'ambito di questo indirizzo si afferma quindi che la mera partecipazione (di fatto) alla gara non è sufficiente per attribuire la legittimazione al ricorso, essendo invece necessario che sia accertata la legittima ammissione alla stessa. Pertanto, la definitiva esclusione (come, all'opposto, l'accertamento dell'illegittimità dell'ammissione) impedisce di riconoscere al concorrente la titolarità di una situazione sostanziale che lo abiliti ad impugnare gli atti della procedura selettiva (in termini: Sez. V, 7 luglio 2015, n. 3339, 9 giugno 2015, n. 2839).

5. In applicazione dei principi ora espressi, una volta accertata la legittimità dell'esclusione della Co.res., le censure della medesima concorrente contro lo svolgimento della gara dovevano essere dichiarate inammissibili per difetto di legittimazione ad agire.

In particolare, l'assenza di tale condizione dell'azione non consente di annettere rilievo all'interesse strumentale, come invece ritenuto dal TAR. Infatti, richiamati i principi affermati sul punto dall'Adunanza plenaria nella citata sentenza 7 aprile 2011, n. 4, rispetto ad ogni questione inerente all'interesse ad agire è necessariamente prioritaria la verifica dell'esistenza in capo alla parte che agisce di

una posizione giuridica differenziata rispetto al *quivis de populo* e qualificata dalla legge, sulla cui base fondare la legittimazione a proporre l'impugnativa (cfr. in particolare i §§ 40 – 52 della sentenza citata).

6. In conseguenza di tutto quanto finora rilevato:

- deve essere integralmente respinto l'appello della Co.res., compresi dunque i motivi del proprio ricorso diretti a contestare l'ammissione alla gara dell'aggiudicataria Coedi, in conformità a quanto finora rilevato a proposito dell'interesse strumentale ad ottenere l'annullamento e rinnovazione parziale della gara;

- devono invece essere accolti nei sensi sopra esposti gli appelli della Coedi e del Comune di Caserta, nonché l'atto di opposizione di terzo ex artt. 108 e 109 cod. proc. amm. della C.R. Appalti e Costruzioni: tutti questi mezzi censurano infatti la statuizione di accoglimento parziale del ricorso della Co.res., sotto l'unico profilo della violazione dei principi di segretezza delle offerte e trasparenza della gara;

- pertanto, in riforma della sentenza del TAR di Napoli n. 5549 del 4 dicembre 2013 devono essere integralmente respinti il ricorso ed i motivi aggiunti della Co.res. (r.g. 4752/2013).

7. A questo punto residua l'esame dell'impugnativa della C.R. Appalti e Costruzioni, e cioè l'appello n. di r.g. 8827/2014, rivolto contro la sentenza del TAR di Napoli n. 3218 del 10 giugno 2014, dichiarativa dell'irricevibilità del ricorso della medesima società contro la propria esclusione dalla procedura di gara in contestazione (r.g. 5450/2013), sul presupposto che di tale provvedimento la società odierna appellante, della quale nessun rappresentante era presente al momento della sua adozione (seduta n. 8 del 9 agosto 2013), ha comunque avuto conoscenza in occasione del primo accesso agli atti di gara, avvenuto il 30 agosto 2013, a fronte di un ricorso notificato il successivo 22 novembre.

8. Come accennato nella parte in fatto, con riguardo alla dirimente questione della

ricevibilità dell'impugnativa della C.R. Appalti e Costruzioni, sono stati chiesti chiarimenti al Comune di Caserta. Dalla relazione conseguentemente depositata dall'amministrazione risulta quanto segue:

- la C.R. Appalti e Costruzioni ha formulato una prima istanza di accesso ex art. 13 cod. contratti pubblici acquisita dall'amministrazione il 20 agosto 2013;
- in essa la società istante ha chiesto l'estrazione di copia dei seguenti documenti, concernenti le offerte di Coedi e Co.res.: a) documentazione amministrativa; b) offerta tecnica; c) offerta economica; d) verbali di gara;
- la Co.res. si è opposta all'ostensione della propria offerta tecnica, adducendo l'esistenza del segreto tecnico e commerciale, ai sensi del comma 5, lett. a), dell'art. 13 citato (nota del 27 agosto 2013);
- su tale istanza sono quindi apposti timbro e firma dell'impresa ricorrente *«per ricevuta documenti»*, con indicazione della data del 30 agosto 2013;
- nell'attestazione di ricevuta non sono invece specificati i documenti ottenuti;
- con una seconda istanza d'accesso, nella quale si menziona espressamente l'intervenuta conoscenza dell'aggiudicazione definitiva della gara in favore della Coedi, acquisita con comunicazione in data 24 ottobre 2013, la C.R. Appalti e Costruzioni ha chiesto di ottenere copia delle offerte tecniche ed economiche di Co.res. e Coedi, nonché dei *«verbali di gara relativi alla valutazione delle offerte quantitative»*;
- l'istanza è datata 31 ottobre 2013 e reca un timbro di protocollo del Comune di Caserta del 4 ottobre precedente;
- nei chiarimenti forniti in esecuzione dell'ordinanza istruttoria, l'amministrazione ha specificato che quest'ultima indicazione è frutto di mero errore materiale, essendo l'istanza stata acquisita al proprio protocollo il 4 novembre;
- sul retro dell'istanza medesima vi è quindi l'attestazione manoscritta di ricevuta della documentazione con essa richiesta, ivi menzionandosi espressamente il

verbale di gara n. 8 del 9 agosto 2013, con indicazione della data del 4 novembre 2013 ed in calce timbro della società;

- nella citata relazione di chiarimenti, il Comune di Caserta ha riconosciuto di non avere ai propri atti alcun elenco dei singoli documenti di gara nei confronti dei quali è stato consentito l'accesso della C.R. Appalti e Costruzioni, né altri elementi a comprova di questa specifica circostanza.

9. Tutto ciò precisato, può innanzitutto rilevarsi che sulla base degli elementi descritti si ha la prova storica (o diretta) che la conoscenza del verbale in questione risale al 4 novembre 2013. Ciò in particolare alla luce dei chiarimenti forniti del Comune di Caserta, sopra esaminati.

Peraltro, questa prova era ricavabile anche sul piano logico ed induttivo, sulla base del fatto che nell'istanza è menzionata la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva del 24 ottobre 2013, ovvero un fatto antecedente alla protocollazione dell'istanza, il che è all'evidenza impossibile.

10. Il punto è tuttavia quello di stabilire se tale conoscenza possa essere fatta risalire alla prima ostensione documentale, e cioè al 30 agosto 2013, come ritenuto dal TAR, dacché deriverebbe la conferma della pronuncia di irricevibilità del ricorso qui censurata.

Al riguardo, deve affermarsi in linea generale che la prova della conoscenza dell'atto, ai fini della decorrenza del termine ex art. 41, comma 2, cod. proc. amm. per proporre l'impugnativa giurisdizionale, deve essere fornita dalla parte che eccepisce la tardività di quest'ultima, trattandosi di un fatto impeditivo ex art. 2697, comma 2, cod. civ. dell'accoglimento della pretesa azionata in giudizio. In questa prospettiva, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato richiede che questa prova sia fornita in modo rigoroso, affinché non sia vanificato in modo irragionevole il diritto di azione nei confronti dei provvedimenti dell'amministrazione riconosciuto dal combinato disposto degli artt. 24 e 113 Cost.

(*ex multis*: : Sez. IV, 29 ottobre 2015, n. 4945, 6 ottobre 2015, n. 4642, 19 marzo 2013, n. 1605; Sez. V, 7 maggio 2013, n. 2462, citata dalla C.R. Appalti e Costruzioni).

Sempre in linea generale, va precisato che, come qualsiasi fatto rilevante ai fini della decisione, la prova in questione può essere fornita anche in via logica, mediante induzione, e cioè sulla base di elementi di carattere indiziario, purché questi siano muniti dei requisiti della gravità, precisione e concordanza fissati dall'art. 2729 cod. civ.

11. A questo scopo, constatata l'assenza di una prova storica di una conoscenza antecedente alla citata data del 4 novembre 2013 – come poc'anzi accennato – con la più volte ricordata ordinanza interlocutoria n. 3204 del 25 giugno 2015 questa Sezione ha ritenuto di effettuare apposita istruttoria.

Ebbene, l'esito di quest'ultima non ha fornito quegli elementi di carattere indiziario idonei ai sensi del citato art. 2729 cod. civ. a collocare la conoscenza del verbale di gara n. 8 del 9 agosto 2013 in capo alla C.R. Appalti e Costruzioni ad un'epoca anteriore al 4 novembre successivo.

Ciò per le seguenti ragioni:

- come sottolineato dal difensore della C.R. Appalti e Costruzioni in sede di discussione, il contenuto delle due istanze di accesso è diverso, essendo in parte diversi i documenti richiesti in visione, dacché se ne deve desumere in linea di principio che solo nei confronti di una parte di essi è stato consentito l'accesso nella prima occasione;
- a questo specifico riguardo, poiché nella seconda istanza si chiede copia dei verbali relativi alle sedute in cui la commissione ha effettuato la valutazione delle offerte (si tratta di quelli relativi alle sedute riservate dalla nn. 4 a 7, concernenti le offerte tecniche), i quali sono comunque da ritenersi compresi nella prima istanza, si può inferire la circostanza che il primo accesso non è stato integrale (o, in

negativo, che non vi è prova certa che l'ostensione sia avvenuta per tutti i documenti di gara oggetto dell'istanza);

- a conferma di ciò può evidenziarsi che nella seconda istanza C.R. Appalti e Costruzioni ha chiesto copia della documentazione tecnica ed amministrativa concernente le offerte delle altre concorrenti, dopo avere formulato analoga richiesta nella prima istanza, non ravvisandosi alcuna spiegazione per tale reiterazione se non quella che l'accesso in tale occasione non è stato integrale;

- il che è del resto ulteriormente evincibile dall'opposizione formulata al riguardo dalla controinteressata Co.res.;

- inoltre, nella medesima seconda istanza si chiede di visionare l'offerta tecnica ed economica di quest'ultima, la quale era invece stata esclusa dalla gara alla medesima seduta in cui analogo provvedimento è stato disposto nei confronti della C.R. Appalti e Costruzioni;

- la richiesta si appalesa dunque priva di plausibile interesse e non altrimenti spiegabile se non in virtù del fatto che quest'ultima società non conoscesse ancora il verbale della seduta in questione.

12. Alla luce di tutto quanto finora rilevato, l'unica possibilità di collocare la conoscenza del verbale contenente il provvedimento di esclusione al momento in cui è stato consentito il primo accesso agli atti di gara può fondarsi unicamente sulla presunzione di ordine generale, basata sull'*id quod plerumque accidit*, secondo vi è corrispondenza tra quanto richiesto nell'istanza di accesso e quanto successivamente ricevuto, quando ciò sia attestato in sede di consegna della documentazione oggetto dell'istanza.

Tuttavia, nel caso di specie il Comune di Caserta non si è dapprima curato di elencare specificamente i documenti di gara ostesi in tale occasione, così da precostituire la prova a sostegno di una circostanza solo astrattamente presumibile. Tanto meno lo stesso ente è stato quindi in grado di fornire elementi al riguardo

nel corso del presente giudizio, in risposta ai chiarimenti richiesti dalla Sezione in sede istruttoria. Al contrario, da quest'ultima sono emersi indizi ben più precisi, gravi e concordanti di ordine contrario, nel senso cioè che in occasione del primo accesso non è stata fornita alla C.R. Appalti e Costruzioni copia del verbale in cui questa concorrente è stata esclusa dalla gara.

Conseguentemente, la tardività del ricorso della C.R. Appalti e Costruzioni non può ritenersi provata, essendo quindi errata la statuizione di irricevibilità pronunciata dal TAR nella sentenza n. 3218/2014.

13. Oltre ad essere ricevibile, il ricorso della C.R. Appalti e Costruzioni è anche fondato nel merito, dovendosi quindi accogliere il motivo di impugnazione non esaminato in primo grado e riproposto con l'appello in esame.

Premesso che il disciplinare di gara imponeva di corredare l'offerta economica attraverso un documento contenente l'analisi giustificativa dei prezzi unitari dei lavori per i quali non esistono tariffe o listini ufficiali, senza contenere ulteriori specificazioni (art. 9), deve in primo luogo sottolinearsi che la funzione dell'analisi giustificativa è quella di fornire in via anticipata alla stazione appaltante, già in sede di presentazione dell'offerta economica, elementi di valutazione della congruità di quest'ultima. In ragione di tale finalità, questa Sezione ha in passato statuito l'illegittimità dell'esclusione della concorrente che non abbia inserito nella propria offerta le giustificazioni preventive dei prezzi in essa esposti (sentenza 10 settembre 2012, n. 4772; in termini anche la precedente pronuncia del 29 dicembre 2009, n. 8867).

In virtù di questo condivisibile orientamento – che tende ad evitare che elementi da utilizzare nell'ambito del sub-procedimento di verifica disciplinato dagli artt. 86 – 88 cod. contratti pubblici si trasformino surrettiziamente in requisiti di ammissione alla gara - deve ritenersi *a fortiori* che nessuna sottoscrizione si rendeva necessaria a pena di esclusione nel caso di specie e, inoltre, che quella apposta sul

solo frontespizio del documento di analisi dalla C.R. Appalti e Costruzioni è comunque ampiamente sufficiente a soddisfare l'interesse vantato della stazione appaltante, che qui viene in rilievo, che le offerte presentate in sede di gara siano certe, determinate e serie.

14. Va poi evidenziato al medesimo riguardo che nessuna previsione di *lex specialis* prevede una comminatoria esclusiva per la mancata sottoscrizione in calce al documento e che, come deduce la C.R. Appalti e Costruzioni, la stessa sarebbe in ogni caso in contrasto con il principio di tassatività sancito dall'art. 46, comma 1-*bis*, cod. contratti pubblici.

Infatti, oltre all'assenza di disposizioni del citato codice dei contratti pubblici o del regolamento di attuazione che rendano doveroso tale adempimento documentale, l'omessa sottoscrizione del documento in calce non determina alcuna incertezza sulla provenienza dell'offerta economica. Il Comune di Caserta può infatti confidare sull'esistenza, validità e coercibilità in sede esecutiva dell'offerta di tale partecipante in virtù del computo metrico estimativo e dell'elenco dei prezzi unitari, che la stessa ha debitamente prodotto, sottoscritto ed inserito nella busta contenente la propria offerta economica, in conformità a quanto previsto dal disciplinare di gara. Nella medesima busta è quindi inserita l'analisi dei prezzi in contestazione, per cui devono ribadirsi i rilievi ora svolti.

Alla luce di tali rilievi, l'esclusione per mancata sottoscrizione in calce dell'analisi giustificativa dei prezzi di lavori non previsti in tariffe o listini ufficiali costituirebbe una sanzione del tutto sproporzionata rispetto all'interesse sostanziale della stazione appaltante correlato al documento in esame, e cioè – giova ribadirlo - alla verifica della serietà e sostenibilità economica dell'offerta.

Deve al riguardo segnalarsi che di recente la VI Sezione di questo Consiglio di Stato ha ritenuto nulla per contrasto con il citato principio di tassatività di cui al citato art. 46, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 163/2006 una clausola di *lex specialis* che

imponere di sottoscrivere oltre all'offerta tecnica anche la documentazione da presentare a relativo corredo (sentenza 2 febbraio 2015, n. 461). Il principio affermato in quest'ultima pronuncia è del tutto pertinente al caso oggetto del presente giudizio, avendo la VI Sezione valorizzato l'interesse sostanziale sotteso alla causa di esclusione tipica costituita dall'incertezza dell'offerta, e condivisibilmente precisato che a presidio di tale interesse è sufficiente che sia sottoscritta quest'ultima, in modo che in sede di gara sia individuabile una manifestazione di volontà contrattuale validamente espressa dall'impresa concorrente, mentre costituiscono inutili formalismi le previsioni dei bandi di gara che invece impongono sottoscrizioni di documenti non recanti tali espressioni di volontà.

Più in generale, questa Sezione ha statuito che con la codificazione del principio di tassatività delle cause di esclusione tale conseguenza può essere disposta *«solo quando il concorrente abbia violato previsioni poste a tutela degli interessi sostanziali dell'amministrazione o a protezione della par condicio tra i concorrenti»* (Sez. V, 17 gennaio 2014, n. 193). Pertanto, la carenza essenziale del contenuto o delle modalità di presentazione che giustifica l'esclusione deve in primo luogo riferirsi all'offerta, incidendo oggettivamente sulle componenti del suo contenuto, ovvero sulle produzioni documentali a suo corredo dirette a definire il contenuto delle garanzie e l'impegno dell'aggiudicatario. In mancanza di ciò l'esclusione è illegittima e nulla per contrasto con il comma 1-*bis* dell'art. 46 d.lgs. n. 163/2006 la clausola di *lex specialis* che tale conseguenza ciò nondimeno abbia previsto.

15. L'illegittima esclusione dalla gara della C.R. Appalti e Costruzioni rende consequenzialmente illegittima l'aggiudicazione della stessa gara in favore della Coedi.

Come infatti risulta dal medesimo verbale n. 8 del 9 agosto 2013, la prima ha conseguito il maggior punteggio per l'offerta tecnica: 82,70 punti contro i 72,45

dell'aggiudicataria e, prima di essere esclusa, ha offerto un maggiore ribasso rispetto a quest'ultima, sia per la progettazione che per i lavori, e lo stesso tempo di esecuzione per entrambi rispetto alla medesima Coedi. Da ciò si ricava dunque la prova che qualora non fosse stata esclusa l'offerta della C.R. Appalti e Costruzioni avrebbe prevalso nel confronto con l'unica offerta valutata nella procedura di affidamento in contestazione.

16. In virtù di tutto quanto finora rilevato, in accoglimento dell'appello n. di r.g. 8827/2014, la sentenza n. 3218 del 10 giugno 2014 del TAR Campania – sede di Napoli deve essere riformata, essendo il ricorso della C.R. Appalti e Costruzioni n. di r.g. 5450/2013 fondato, oltre che ricevibile, e conseguentemente annullati gli atti con esso impugnati, e cioè l'esclusione in danno di questa società e l'aggiudicazione in favore della Coedi.

17. Deve quindi essere accolta anche la domanda di reintegrazione in forma specifica della medesima C.R. Appalti e Costruzioni attraverso il conseguimento dell'aggiudicazione, ai sensi dell'art. 124 cod. proc. amm., salve le verifiche di legge di competenza della stazione appaltante.

Ciò alla luce di quanto poc'anzi rilevato in punto annullamento dell'aggiudicazione invece disposta in favore della Coedi.

18. Infine, nell'estrema complessità della vicenda contenziosa si ravvisano giusti motivi per compensare integralmente le spese del doppio grado di giudizio tra tutte le parti in causa.

P.Q.M.

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

- respinge l'appello della Co.Res - Costruzione Restauri s.r.l.;
- accoglie gli appelli della Coedi s.r.l., del Comune di Caserta, della C.R. Appalti e Costruzioni s.r.l., nonché l'atto di opposizione di terzo di quest'ultima;

per l'effetto,

- in riforma della sentenza n. 5549/2013 del TAR Campania – sede di Napoli, respinge il ricorso ed i motivi aggiunti della Co.Res - Costruzione Restauri s.r.l.;

- in riforma della sentenza n. 3218/2014 del TAR Campania – sede di Napoli, accoglie il ricorso della C.R. Appalti e Costruzioni s.r.l., annullando gli atti con essa impugnati e disponendo in favore della medesima società l'aggiudicazione;

- compensa tra tutte le parti in causa le spese 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 17 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/02/2016

IL SEGRETARIO

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