



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

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

DECISIONE

sui ricorsi riuniti in appello:

A. - n. 5651 del 2004, proposto da ENTERPRISE DIGITAL ARCHITECTS S.P.A., in proprio e nella qualità di mandataria capogruppo del costituendo RTI con RSO S.P.A., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Cardarelli, elettivamente domiciliata presso lo studio del medesimo in Roma, Vicolo Orbitelli n. 31,

contro

il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, in persona del Ministro pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale è per legge domiciliato, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

e nei confronti

- di Engineering Ingegneria Informatica s.p.a., in proprio e quale mandataria del RTI con G.F.I. Ois s.p.a. ed Ecosfera Studi di Fattibilità per l'Economia e la Riqualificazione Ambientale s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Vinti, elettivamente domiciliata presso lo studio del medesimo in Roma, Via Emilia n. 88,

N. 826/2005

Reg.Dec.

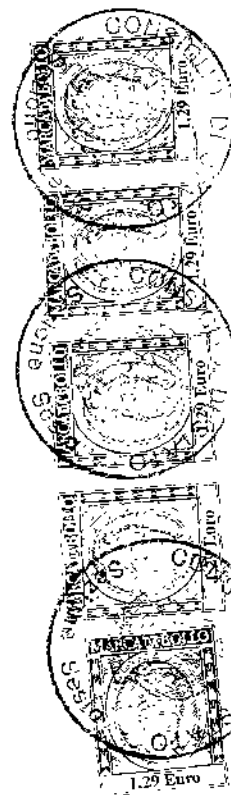
N. 5651-5755 Reg.Ric.

ANNO 2004

Disp.vo 528/2004

RES. n. 2004

2.c.



- di Finsiel – Consulenza ed Applicazioni Informatiche s.p.a., in proprio e quale mandataria capogruppo del costituendo RTI con Getronics Solutions Italia s.p.a. ed Eustema s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Lattanzi e Filippo Satta, elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma Via P.L. da Palestrina n. 47;

- di Unisys s.p.a. in proprio e quale mandataria del R.T.I., con Consedin s.p.a. in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Clarizia e Augusto Bianchi, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, Via Principessa Clotilde n. 2;

- di Consedin s.p.a. in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Augusto Sinagra, elettivamente domiciliata presso lo studio del medesimo in Roma, Viale Gorizia n. 14;

B. – n. 5755 del 2004, proposto dal MINISTERO DEL LAVORO E DELLE POLITICHE SOCIALI, in persona del Ministro pro-tempore, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso la quale è per legge domiciliato, in Roma, via dei Portoghesi, n. 12,

contro

- Unisys Italia s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Clarizia e Augusto Bianchi, elettivamente domiciliata presso lo studio del primo in Roma, Via Principessa Clotilde n. 2;

- Consedin s.p.a, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Augusto Sinagra, elettivamente domiciliata presso lo studio del medesimo in Roma, Viale Gorizia n. 14;
- Finsiel - Consulenza ed Applicazioni Informatiche s.p.a., in proprio e quale mandataria capogruppo del costituendo RTI con Getronics Solutions Italia s.p.a. ed Eustema s.p.a., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Lattanzi e Filippo Satta, elettivamente domiciliata presso lo studio del secondo in Roma Via P.L. da Palestrina n. 47;
- Enterprise Digital Architects s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria capogruppo del costituendo RTI con RSO S.P.A. , in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Cardarelli, elettivamente domiciliata presso lo studio del medesimo in Roma, Vicolo Orbitelli n. 31

e nei confronti

di Engineering Ingegneria Informatica s.p.a., in proprio e quale mandataria del RTI con G.F.I. Ois s.p.a. ed Ecosfera Studi di Fattibilità per l'Economia e la Riqualificazione Ambientale s.p.a , in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Stefano Vinti, elettivamente domiciliata presso lo studio del medesimo in Roma, Via Emilia n. 88,

per l'annullamento

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale del Lazio, Sez. III bis n. 983 del 3 febbraio 2004.

Visti i ricorsi con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, di Engineering Ingegneria Informatica s.p.a., di Finsiel - Consulenza ed Applicazioni Informatiche s.p.a., di Unisys s.p.a. e di Consedin s.p.a., nel ricorso n. 5651/2004;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Engineering Ingegneria Informatica s.p.a., di Finsiel - Consulenza ed Applicazioni Informatiche spa, di Unisys s.p.a., di Consedin s.p.a. e di Enterprise Digital Architects s.p.a., nel ricorso n. 5755/2004;

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

Visti gli atti tutti della causa;

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

Relatore, alla pubblica udienza del 10 dicembre 2004, il Cons. Giuseppe Minicone;

Uditi gli avv.ti Cardarelli, Vinti, Lattanzi e Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue:

FATTO E DIRITTO

1. Con bando di gara pubblicato sulla G.U.C.E. del 30 maggio 2002, il Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali indiceva una gara a procedura aperta per l'affidamento, in un unico lotto, dei servizi di assistenza tecnica informatica a sostegno organizzativo e gestionale all'UCOFPL, per le attività connesse ai QCS (Quadri comunitari di Sostegno), programmazioni 1994-1999 e 2000-2006, ai sensi dell'art. 6 lettera A del D.Lgs.vo. n. 157 del 17 marzo 1995.

La base d'asta era stabilita in € 7.800.000 e il contratto di fornitura avrebbe avuto una durata di 60 mesi, con possibilità di rinnovo per ulteriori 24 mesi.

Nel bando di gara, al punto 4.a, si prevedeva la possibilità di presentazione della domanda anche da parte di raggruppamenti di prestatori di servizi; in questo caso si chiedeva di indicare, a pena di esclusione, all'interno dell'offerta tecnica, le parti del servizio di competenza di ciascun prestatore e, all'interno dell'offerta economica, la ripartizione del corrispettivo fra i medesimi componenti del raggruppamento.

Nel capitolato di gara, erano contenute le istruzioni per la formulazione delle offerte nonché le modalità di espletamento della gara.

In particolare, per quanto concerne il contenuto della busta A, si prescriveva fra l'altro, a pena di esclusione, che la dimostrazione dei requisiti di cui ai punti da a) ad n) del punto 4 del capitolato (previsti ai fini della partecipazione, della dimostrazione della capacità economica e finanziaria e della capacità tecnica) sarebbe stata fornita dalla presentazione (lett. m) di una dichiarazione sostitutiva di atto notorio resa dal legale rappresentante ai sensi dell'art. 47 del DPR n. 445/2000.

1.1. Entro i termini fissati, pervenivano undici offerte.

La Commissione, nominata con decreto direttoriale 19 novembre 2002, iniziava le operazioni valutative il 3 dicembre e, all'esito della fase di esame delle componenti tecniche e, successivamente, delle offerte economiche, nella seduta del 2 aprile 2003, redigeva la graduatoria, che vedeva al primo posto il RTI Enterprise Digital Architects s.p.a. - RSO s.p.a., con 84 punti; al secondo posto, il RTI Engineering Ingegneria

Informatica spa - G.F.I. Ois s.p.a. - Ecosfera studi di fattibilità per l'economia e la riqualificazione ambientale s.p.a., con punti 78,67; al terzo posto, il RTI Finsiel s.p.a.- Getronics Solutions Italia s.p.a. - Eustema s.p.a., con 75,78 punti, e, al quarto posto, il RTI Unisys s.p.a - Consedin s.p.a., con punti 68, 84.

1.2. Effettuata la verifica dell'offerta presentata da Enterprise, risultata anomala, la Commissione di gara, tuttavia, con successivo verbale del 28 aprile 2003, ne proponeva l'esclusione, in quanto non era stato possibile rinvenire, all'interno della documentazione trasmessa, la presenza di elementi atti a ricavare la ripartizione dei corrispettivi contrattuali tra i componenti del costituendo RTI, come, invece richiesto tassativamente al punto 4° del bando di gara.

Di conseguenza, con provvedimento dirigenziale del 7 maggio 2000, l'Amministrazione, con tale motivazione, provvedeva ad escludere dalla procedura di gara detto raggruppamento.

1.3. Con successiva nota del 16 giugno 2003, l'Amministrazione provvedeva, poi, ad escludere anche l'offerta del RTI facente capo a Finsiel s.p.a., per difformità da quanto prescritto al punto 4° del bando di gara.

1.4. Con decreto del 6 maggio 2003 l'Amministrazione, intanto, aveva disposto l'aggiudicazione della gara al RTI facente capo ad Engineering s.p.a., secondo classificato, confermando il verbale del 28.4.2003, con il quale si era rilevato che "la prescritta ripartizione dei corrispettivi contrattuali maturandi risultava in questo caso già esattamente esplicitata a livello di quote, nel documento contenente la dichiarazione dell'intenzione di costituirsi in RTI presentato all'interno della busta A".

2. Con ricorso depositato il 5 luglio 2003 il RTI Unisys s.p.a. - Consedin s.p.a. ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione di cui al D.M. 6 maggio 2003 e i verbali di gara del 3 dicembre 2002 e del 28 aprile 2003, per i seguenti motivi:

a) illegittimità della mancata esclusione del RTI aggiudicatario per avere un componente dello stesso (la società Engineering) prodotto la dichiarazione - richiesta a dimostrazione dei requisiti di partecipazione, da rendersi a norma dell'art. 47 del DPR 445/00 - priva della sottoscrizione del dichiarante;

b) ulteriore illegittimità della mancata esclusione del medesimo RTI aggiudicatario per non avere quest'ultimo adeguatamente adempiuto all'onere, imposto dal bando di gara, di esplicitare, nell'offerta economica, la ripartizione dei corrispettivi contrattuali tra i componenti del RTI..

2.1. Il RTI facente capo ad Engineering ha proposto, a sua volta, ricorso incidentale, deducendo l'illegittimità dell'offerta del RTI facente capo ad Unisys s.p.a., sia per non essere stata specificata, nell'offerta tecnica, la suddivisione dei servizi in capo a ciascun membro del raggruppamento sia perché non sarebbe stato indicato a quale società erano riferibili le figure professionali deputate allo svolgimento delle attività.

2.2. Con ricorso depositato il 9 luglio 2003, il RTI facente capo a Finsiel s.p.a. ha impugnato la nota ministeriale 16 giugno 2003, di esclusione dalla gara, e il D.M. 6 maggio 2003, di aggiudicazione dell'appalto al RTI facente capo ad Engineering, per i seguenti motivi:

a) illegittimità della clausola del bando che prescriveva l'esplicitazione della ripartizione dei corrispettivi tra i componenti del

raggruppamento, per contrasto con gli artt. 11, secondo comma, e 14, terzo comma, del D. Lgs. vo n. 157/95;

b) irragionevolezza e disparità di trattamento rispetto alla posizione del RTI aggiudicatario, per essere ricavabile *aliunde* (e, in particolare, dall'esame congiunto offerta tecnica - economica) la ripartizione dei corrispettivi tra i componenti del RTI ricorrente;

c) omessa esclusione del RTI aggiudicatario, in virtù della mancata sottoscrizione della dichiarazione sostitutiva di atto notorio, prescritta per la dimostrazione di alcuni requisiti di ammissibilità.

2.3. Con ricorso depositato il 10 luglio 2003, il RTI facente capo ad Enterprise Digital Architects ha impugnato la propria esclusione dalla gara (di cui al verbale del 28 aprile 2003 e alla nota ministeriale 7 maggio 2003) e il D.M. 6 maggio 2003 di aggiudicazione della gara stessa ai RTI Engineering, per i seguenti motivi:

a) illegittimità del provvedimento di esclusione, per illegittimità della clausola del bando che prescriveva l'esplicitazione della ripartizione dei corrispettivi tra i componenti del RTI, clausola da ritenersi in contrasto con l'art. 11 del D. Lgs. vo n. 157/95 e con il principio di proporzionalità sancito dal successivo art. 14, terzo comma;

b) irragionevolezza e contraddittorietà rispetto a precedenti determinazioni della stessa amministrazione che, avviando il sub-procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta, avrebbe tacitamente riconosciuto l'esistenza dei requisiti di partecipazione;

c) contraddittorietà e disparità di trattamento rispetto alla posizione dell'aggiudicatario, che aveva esplicitato la ripartizione dei corrispettivi, ma con violazione dei dettami del bando di gara.

2.4. Anche in tale gravame il RTI Engineering ha proposto ricorso incidentale.

3. Il giudice adito, con la sentenza in epigrafe, riuniti i tre ricorsi:

- ha accolto il primo motivo del ricorso della Unisys s.p.a. (corrispondente al terzo motivo del ricorso della Finsiel s.p.a., anch'esso, in effetti, accolto, sulla base delle medesime argomentazioni), affermando la nullità della dichiarazione sostitutiva di atto notorio resa dal legale rappresentate di Engineering, in quanto priva di sottoscrizione, attesa la funzione primaria della sottoscrizione stessa, che è quella di imputare l'atto scritto al dichiarante, che ne assume la paternità nei confronti dei terzi;

- ha accolto anche il secondo motivo del ricorso della Unisys s.p.a. (corrispondente al primo motivo del ricorso Finsiel s.p.a. e al terzo motivo del ricorso Enterprise s.p.a., anch'essi, in effetti, accolti sulla base delle medesime argomentazioni), sul rilievo che illegittimamente l'Amministrazione, per quel che concerne l'aggiudicatario Engineering, aveva ricavato da documenti diversi dall'offerta economica la ripartizione dei corrispettivi contrattuali, dal momento che il bando di gara espressamente stabiliva che questi ultimi andavano inseriti, a pena di esclusione, nell'offerta economica;

- ha dichiarato inammissibili i ricorsi incidentali proposti dal RTI Engineering nei ricorsi principali di Unisys e di Enterprise, per essere stati

gli stessi depositati oltre il termine dimezzato previsto dall'art. 23 bis, secondo comma, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034;

- ha dichiarato inammissibili le impugnative, da parte della società Finsiel e della società Enterprise, della clausola del bando che prescriveva, a pena di esclusione, l'esplicitazione, nell'offerta economica, della ripartizione dei corrispettivi fra i componenti del raggruppamento, con conseguente conferma della legittimità dell'esclusione di entrambe, per mancato rispetto di tale prescrizione, a nulla rilevando, per quel che concerne, in particolare il secondo raggruppamento, la circostanza che l'esclusione fosse stata disposta successivamente alla verifica positiva dell'offerta giudicata anomala.

3.1. In conclusione, il T.A.R. ha annullato il D.M. 6 maggio 2003, di aggiudicazione della gara al RTI facente capo alla società Engineering, confermando, invece, la legittimità dell'esclusione dei RTI facenti, rispettivamente, capo ad Enterprise s.p.a. e a Finsiel s.p.a.

4. Avverso detta decisione hanno proposto distinti appelli la Enterprise Digital Architects s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria capogruppo del costituendo RTI con RDO s.p.a., e il Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali.

4.1. La soc. Enterprise ha sostenuto, innanzi tutto, l'erroneità della decisione impugnata, nella parte in cui ha dichiarato inammissibile, per tardività, l'impugnazione della clausola del bando che sanciva l'esclusione delle offerte che non recassero, nella parte economica, la ripartizione dei corrispettivi dell'appalto, non essendo detta clausola da considerarsi

immediatamente lesiva, alla luce dei principi sanciti dalla decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1/2003.

Nel merito, ha riaffermato l'illegittimità di detta clausola (e, conseguentemente dell'esclusione che, sulla base di essa, era stata disposta nei suoi confronti), per non essere la stessa prevista dal d. lgs. n. 157/1995 e per aver imposto un obbligo irragionevole e sproporzionato, in assenza di qualunque finalità di interesse pubblico funzionale all'aggiudicazione.

Ha sostenuto, infine, la contraddittorietà del comportamento dell'Amministrazione, che è pervenuta all'esclusione, dopo aver sottoposto positivamente a verifica l'offerta da essa presentata e aver acquisito, in tale autonomo procedimento, proprio gli elementi di ripartizione del corrispettivo, prescritti dalla clausola (illegittima) del bando.

4.2. L'Amministrazione, da parte sua, ha censurato il formalistico rigore che avrebbe ispirato il primo giudice nell'interpretare le prescrizioni del bando, in contrasto con il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche.

4.2.1. In particolare, la mancata sottoscrizione della dichiarazione dovrebbe ascriversi a mera irregolarità, come tale sanabile, tenuto conto, da un lato, che alcuni dei requisiti oggetto di tale dichiarazione risultavano comprovati dall'allegazione della relativa certificazione; dall'altro, che la dichiarazione era contenuta in un plico chiuso, recante sui lembi la firma e il timbro del legale rappresentante dell'impresa nonché il documento di identità di quest'ultimo; dall'altro ancora, che in altra gara, la commissione, presieduta dal medesimo funzionario, aveva potuto prendere visione di analoga dichiarazione, onde vi erano indizi certi dell'ascrivibilità della

dichiarazione stessa al suo autore, tali da consentire la regolarizzazione, ai sensi dell'art. 16 del D. Lgs.vo n. 157/95, espressamente richiamato dalla *lex* di gara.

4.2.2. Quanto alla violazione, da parte dell'aggiudicataria Engineering, della clausola del bando, che prescriveva, a pena di esclusione, l'indicazione, nell'offerta economica, della ripartizione dei corrispettivi, premessa, in contrasto con quanto affermato dall'appellante Enterprise, la legittimità della stessa, il Ministero appellante ha sostenuto che, nella specie, tale indicazione era stata fornita, attraverso la specificazione della quota di partecipazione al costituendo RTI, irrilevante dovendosi considerare che tale specificazione non fosse contenuta nell'offerta economica.

4.2.3. In ogni caso, il T.A.R. avrebbe ommesso di rilevare che analogo vizio inficiava anche l'offerta del RTI facente capo ad Unisys (che non aveva indicato, nell'offerta tecnica, la suddivisione dei servizi facenti capo a ciascun componente), con conseguente carenza di interesse a ricorrere anche di questo raggruppamento.

Ed uguale carenza di interesse avrebbe dovuta in apice essere rilevata anche nei confronti del RTI facente capo a Finsiel, per cui il ricorso di quest'ultima avrebbe dovuto essere dichiarato in toto inammissibile.

4.2.4. Censurabile sarebbe, infine, la decisione impugnata anche nella parte in cui ha affermato la contraddittorietà dell'operato dell'Amministrazione, per avere quest'ultima ritenuto che Engineering s.p.a. avesse esattamente esplicitato la ripartizione dei corrispettivi contrattuali (laddove tale ripartizione si riferiva alle attività), in quanto tratterebbesi,

anche in questo caso, di infrazione meramente formale e, comunque, di natura ben diversa da quella che era stata rilevata a carico di Enterprise s.p.a., per la quale la ripartizione in parola non era ricavabile ad alcun altro documento.

5. Si sono costituite, in entrambi gli appelli, la Unisys Italia s.p.a, la Consedin s.p.a., la Finsiel s.p.a., la Engineering s.p.a..

5.1. La Consedin s.p.a. ha dichiarato "di rinunciare agli atti di entrambi i giudizi per quanto essi possano rilevare" per essa.

5.2. La Unisys Italia s.p.a. ha chiesto il rigetto di entrambi gli appelli in quanto infondati e la conferma della sentenza di primo grado.

5.3. La Finsiel s.p.a., con atto depositato il 3 luglio 2004, si è riservata "di articolare la propria difesa con separata memoria", che non è stata, poi, prodotta.

5.4. La Engineering s.p.a. ha chiesto l'accoglimento dell'appello del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali e il rigetto dell'appello della società Enterprise.

5.5. La società Enterprise si è costituita nell'appello del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali, chiedendone il rigetto.

5.6. L'Avvocatura dello Stato ha depositato, in data 7 dicembre 2004, memoria tardiva, da considerarsi inammissibile, in quanto non ha esibito, come sarebbe stato suo onere, il consenso di controparte.

6. I due appelli vanno necessariamente riuniti in quanto diretti contro la medesima sentenza.

7. Stante la complessità della vicenda sopra descritta e la posizione articolata assunta dalle parti che vi sono state coinvolte, il Collegio ritiene

opportuno, per la chiarezza dell'esposizione, prima di procedere all'esame delle questioni prospettate dagli appelli, effettuare alcune necessarie puntualizzazioni.

7.1. Va, innanzi tutto, osservato che il RTI facente capo alla Finsiel s.p.a., non ha proposto alcuna impugnazione contro il capo della sentenza che ha dichiarato inammissibile il ricorso da esso proposto contro la clausola del bando che prescriveva l'esplicitazione, a pena di esclusione, della ripartizione dei corrispettivi fra i componenti del raggruppamento.

Ne consegue che il provvedimento ministeriale di cui alla nota in data 16 giugno 2003, recante, in applicazione di detta clausola, l'esclusione dalla gara del raggruppamento in questione, non è ormai suscettibile di essere più messo in discussione.

7.2. La rinuncia della Consedin s.p.a. agli "atti del giudizio", così come formulata, appare del tutto perplessa e, come tale, non può essere presa in considerazione.

Ed invero la medesima Consedin, ricorrente innanzi al T.A.R. in uno con Unisys, con la quale aveva dichiarato di voler costituire un RTI, è parte appellata vittoriosa in primo grado.

Peraltro, essa non ha dichiarato di rinunciare ad avvalersi degli effetti favorevoli della sentenza di primo grado e, neppure, di rinunciare agli atti del giudizio di primo grado, onde, sotto questo profilo, la sua rinuncia, genericamente rivolta agli "atti del giudizio", non è idonea a sortire effetti ai fini della procedibilità degli appelli in epigrafe.

Così come formulata, la rinuncia di cui sopra sembrerebbe, piuttosto, esprimere l'intenzione di non volersi avvalere dell'esito, eventualmente

favorevole, dell'appello; ma, in questi termini, essa appare irrilevante, ai fini processuali, in quanto destinata, semmai, ad operare nei rapporti fra le parti, successivamente alla pronuncia, la quale non può che essere resa anche nei suoi confronti, stante, appunto, la non dismessa veste di parte vittoriosa in primo grado della Consedin.

8. Nell'ordine logico di esame dei due appelli in epigrafe, carattere prioritario riveste quello proposto dalla Enterprise Digital Architects s.p.a., in proprio e quale mandataria capogruppo del costituendo RTI con la Società RSO, contro il D.M. 7 maggio 2003, che ne ha decretato l'esclusione dalla gara.

Ciò, in quanto, essendosi classificato detto raggruppamento al primo posto in graduatoria, l'eventuale accoglimento dell'appello lo reintegrerebbe nella posizione originaria e travolgerebbe, quindi, l'avvenuta aggiudicazione della gara al RTI facente capo ad Engineering, secondo classificato, privando di interesse sia l'Unisys s.p.a., ultima classificata, sia l'Amministrazione, rispettivamente, ad avversare e a sostenere la legittimità dell'aggiudicazione stessa.

9. Con il primo motivo di gravame la società Enterprise sostiene, in contrasto con quanto affermato dal primo giudice, l'assenza di un onere di impugnazione immediata della clausola del bando, che sanciva l'esclusione delle imprese che non avessero indicato, nell'offerta economica, i corrispettivi relativi a ciascun membro del raggruppamento, trattandosi di prescrizione la cui lesività si era manifestata, con i caratteri dell'attualità e della concretezza, all'atto dell'adozione del provvedimento che ne aveva fatto applicazione.

9.1. L'assunto merita condivisione.

La giurisprudenza di questo Consiglio, dopo alcune oscillazioni, si è ormai consolidata nell'indirizzo espresso dalla esaustiva decisione dell'Adunanza Plenaria n. 1 del 29 gennaio 2003, la quale, per quanto riguarda le impugnazioni dei bandi di gara, appare ispirata al principio di fondo di evitare il proliferare, in presenza di clausole ritenute, a vario titolo, illegittime, di un contenzioso diffuso e preventivo, che finirebbe con il paralizzare l'azione amministrativa, prima ancora che si determinino, con caratteri di effettività, lesioni alla sfera giuridica dei singoli partecipanti.

9.2. In questa logica, è stato affermato che l'onere di immediata impugnazione del bando di gara insorge, normalmente, per le sole clausole riguardanti i requisiti soggettivi di partecipazione, posto che le stesse, precludendo, in radice, a chi sia sfornito di tali requisiti, di poter rientrare nel novero dei concorrenti, postulano necessariamente la loro tempestiva rimozione, non potendo altrimenti procedersi alla reintegrazione della posizione degli aspiranti alla partecipazione, la cui lesione si è già del tutto consumata.

A tali clausole, stante l'identità della ratio, sono, poi, state equiparate quelle che, imponendo, ai fini della partecipazione, oneri assolutamente incomprensibili o manifestamente sproporzionati ai caratteri della gara, determinino, ugualmente, l'impossibilità dell'interessato di accedere alla stessa.

9.3. Per tutte le altre clausole illegittime (o ritenute tali), è stato, invece, riaffermato il principio generale, secondo il quale esse vanno impugnate in uno con l'atto che ne faccia applicazione, giacché è tale atto

che rende attuale e concreta, nei confronti del singolo, la lesione soltanto potenziale che esse sono suscettibili di arrecare.

9.4. Orbene, nel caso concreto, è evidente che la clausola, la quale ha prescritto, a pena di esclusione, l'indicazione, in sede di offerta economica, della ripartizione dei corrispettivi fra i componenti del raggruppamento di imprese, pur essendo vincolante per l'Amministrazione, non era immediatamente lesiva dell'interesse dei partecipanti, posto che, risolvendosi essa nell'imposizione di un onere né incomprensibile né abnorme (richiedendo solo una semplice esplicitazione di elementi che i concorrenti già avevano dovuto ponderare ai fini della formulazione dell'offerta economica complessiva), il verificarsi attuale e concreto della lesione non poteva che conseguire nel momento in cui il partecipante avesse posto in essere, come nel caso che interessa, un comportamento difforme da quello prescritto e, per questo, fosse stato escluso.

10. La doglianza mossa dalla società Enterprise contro la clausola del bando, in sede di impugnazione del provvedimento di esclusione, deve, dunque, contrariamente a quanto affermato dal T.A.R., ritenersi tempestiva e, quindi, ammissibile.

10.1. Essa è, tuttavia, infondata.

10.2. Sostiene l'appellante che la prescrizione in parola, non prevista da alcuna disposizione di legge e, pertanto, introdotta per esclusiva scelta dell'Amministrazione, sarebbe illogica e la comminatoria di esclusione, per la sua inosservanza, sarebbe sproporzionata, in quanto non rispondente ad alcun interesse pubblico.

Ed infatti, tale clausola:

- non sarebbe rilevante ai fini dell'attribuzione del punteggio per il prezzo, che è determinato con riguardo all'offerta complessiva;

- non sarebbe rilevante per la predisposizione del contratto, giacché lo schema di capitolato non lo prevede e, comunque, si tratterebbe di evento successivo all'aggiudicazione;

- non sarebbe rilevante ai fini della verifica di una corretta ripartizione delle attività tra i membri del raggruppamento, essendo, a tal fine, sufficiente la sola ripartizione dei servizi, mentre la verifica in concreto delle attività effettuate sarebbe vicenda attinente solo allo svolgimento del rapporto;

- non sarebbe rilevante ai fini della verifica della corrispondenza dei requisiti tecnici ed economici posseduti dalle singole imprese, sia perché, a differenza degli appalti pubblici di lavori, non sarebbe prevista una simmetria tra le capacità tecniche, quelle finanziarie e i limiti di importo sostenibili; sia perché, a tutto voler concedere, sarebbe sufficiente la ripartizione delle attività fra i singoli componenti per verificare la conformità dell'offerta alle referenze dichiarate; in subordine, perché, per i dati economici rilevanti (fatturato, importo per servizi analoghi) la verifica è fatta nei confronti del raggruppamento nel suo complesso;

- non sarebbe rilevante ai fini dell'accertamento della responsabilità per lo svolgimento del servizio, essendo tale responsabilità disciplinata dalla legge in modo solidale.

In conclusione, l'esclusione prevista da tale clausola rappresenterebbe un insuperabile paradigma di aggravamento del procedimento, senza assolvere alcuna funzione di pubblico interesse.

10.3. L'assunto non può essere condiviso.

Va premesso che, come già si è avuto modo di osservare precedentemente, la clausola in parola non impone alle imprese partecipanti un onere abnorme, che ne intralci intollerabilmente la stessa possibilità di partecipazione, giacché prescrive esclusivamente la esplicitazione di una ripartizione di corrispettivi, che non può non essere stata considerata dalle imprese partecipanti al raggruppamento, concorrendo ad integrare la serietà dell'offerta economica.

E del resto è la stessa appellante a dar ragione di tale circostanza, laddove nega l'immediata lesività della clausola, lesività che, invece, alla stregua della giurisprudenza da essa stessa richiamata, si sarebbe manifestata *ab origine*, ove la stessa avesse imposto un onere spropositato.

10.4. Ciò posto, va detto che la prescrizione in parola, lungi dal costituire un inutile adempimento volto ad aggravare il procedimento, trova la sua obiettiva ragion d'essere nel duplice intento, da un lato, di garantire, come si è detto, che l'offerta economica sia il risultato di una seria ponderazione di tutti gli elementi che hanno concorso a formarla, con riguardo a ciascuna delle imprese partecipanti; dall'altro, di prestabilire i parametri per una corretta verifica di eventuali anomalie dell'offerta stessa.

Se è vero, infatti, che tale verifica si svolge, come afferma l'appellante, all'interno di un procedimento autonomo, è altrettanto vero che la previa indicazione dei corrispettivi, autovincolando il raggruppamento dichiarante, impedisce che, a posteriori, in sede di giustificazione, possano trasferirsi da una ad altra delle imprese, elementi significativi per il controllo di congruità, e, in primo luogo, il margine di utile che ciascuna intende

ritrarre dall'appalto, che è fattore, il quale, ove non preventivamente ancorato a dati certi, sarebbe suscettibile di variazioni in compensazione, anche significative, senza possibilità di un controllo effettivo.

11. Le considerazioni appena svolte danno ragione dell'infondatezza anche del secondo motivo di appello, il quale, benché divenuto irrilevante, alla luce dell'affermata legittimità dell'esclusione dell'Enterprise, per le ragioni sopra esposte, merita, tuttavia, un accenno, giacché, in disparte il rilievo che deve essere riconosciuto il potere-dovere dell'Amministrazione di procedere all'esclusione dell'impresa, inosservante di una prescrizione cogente del bando, in qualunque fase della gara, esso conferma la ragionevolezza della clausola in questione, volta, appunto, a prevenire che, come è accaduto nella fattispecie, soltanto nel momento della presentazione delle giustificazioni sia indicata l'imputazione degli utili in capo a ciascuna impresa partecipante al RTI, la cui entità è uno degli elementi di valutazione di congruenza dell'offerta.

12. In conclusione, il gravame del RTI facente capo ad Enterprise s.p.a. deve essere respinto, con conseguente conferma della legittimità dell'esclusione dello stesso dalla gara.

13. L'appello dell'Amministrazione è rivolto, in linea principale, a contestare il capo della sentenza di primo grado che ha annullato, su ricorso del RTI facente capo ad Unisys s.p.a., l'aggiudicazione dell'appalto di servizi al RTI facente capo ad Engineering Ingegneria Informatica s.p.a., seconda classificata.

14. Secondo l'appellante, la pronuncia, nel dichiarare la nullità, per mancata sottoscrizione, della dichiarazione di quest'ultima, recante talune

attestazioni circa il possesso di requisiti di partecipazione (nominativo del legale rappresentante ed idoneità dei poteri di questo alla sottoscrizione degli atti di gara; non ricorrenza delle condizioni di esclusione di cui all'art. 29 della direttiva 92/50 ed all'art. 12 D. Lgs.vo 157/95; osservanza delle norme sul lavoro dei disabili; volume di affari negli ultimi tre esercizi precedenti l'anno di indizione della gara; esecuzione nel triennio precedente di servizi similari non inferiori all'importo prefissato), sarebbe ispirata a un rigore formalistico, che non potrebbe in alcun modo essere condiviso.

14.1. In particolare, la difesa dell'Amministrazione sostiene che la paternità della dichiarazione sarebbe indiscutibilmente dimostrata da molteplici circostanze:

- l'essere la dichiarazione contenuta in una busta sigiliata recante il timbro della società e la controfirma sui lembi dello stesso soggetto autore della dichiarazione;

- l'essere stata allegata la fotocopia del documento di identità del legale rappresentante;

- la produzione in altra gara, presieduta dallo stesso presidente, di analoga dichiarazione.

La mancata sottoscrizione, quindi, si tradurrebbe in una mera irregolarità, sanabile ai sensi dell'art. 16 del D. Lgs.vo n. 157/95, espressamente, del resto, richiamato dal capitolato.

14.2. La tesi non è assolutamente condivisibile.

Ai sensi degli artt. 46 e 47 DPR n. 445/2000, gli stati, le qualità personali e i fatti possono essere comprovati dall'interessato mediante la dichiarazione sostitutiva di certificazione o di atto di notorietà.

Elemento costitutivo di detta dichiarazione è, a norma degli articoli citati, la sua sottoscrizione, che ne consente l'imputabilità inequivoca alla responsabilità (anche penale) del soggetto che l'ha resa.

L'assenza, dunque, della sottoscrizione, rende l'atto non incompleto, bensì inesistente, per non essersi perfezionata la fattispecie legale, cosicché l'offerta corredata di un atto siffatto era irricevibile, da parte della stazione appaltante, sotto il duplice speculare profilo della mancanza della dichiarazione prescritta a pena di esclusione e della omessa documentazione dei fatti e qualità che tale dichiarazione avrebbe dovuto fornire.

14.3. Del resto, la giurisprudenza ha costantemente affermato che se il modello di autocertificazione non è sottoscritto, non ha nessun significato, non solo giuridico, ma neanche logico, perché viene meno la stessa riconoscibilità esteriore come forma di autocertificazione, per cui si configura l'ipotesi di omessa presentazione di un atto prescritto (Cons. Stato, V Sez. 12 giugno 1997 n. 621; 4 febbraio 2004, n. 364), in ordine alla quale, oltre tutto, la possibilità di sanatoria si porrebbe anche in violazione della *par condicio*, che preclude la produzione, in un momento successivo, di documentazione, la cui allegazione all'offerta sia prescritta a pena di esclusione./

E va riaffermato in proposito, a confutazione delle argomentazioni dell'Avvocatura dello Stato, che il principio della *par condicio*, che è elemento fondante delle procedure concorsuali, è volto anche alla tutela di chi, ritenendo, correttamente, di dover osservare tutte le prescrizioni, si sia, eventualmente, astenuto dal presentare la propria offerta, per non essere

riuscito a completare, in tempo utile, tutta la documentazione richiesta a pena di esclusione.

14.4. A ciò è da aggiungere che il rigore nell'osservanza delle prescrizioni del bando (tranne che non si traducano in sterili formalismi su elementi del tutto marginali nell'economia della gara) è indispensabile, ai fini della attuazione della *par condicio*, giacché l'ipotizzare, come fa l'Amministrazione appellante, la possibilità di derogare, in relazione a singoli casi concreti, a clausole, la cui inosservanza è sanzionata dalla *lex generalis* con l'esclusione, sulla base di un astratto concetto di ragionevolezza, finirebbe, in realtà, per affidare alla ondivaga individuazione dei limiti di tale concetto, l'ammissione o l'esclusione di un'offerta, dando ingresso a situazioni di potenziale incertezza, del tutto incompatibili con le garanzie su cui devono fare affidamento tutti i partecipanti alla procedura concorsuale.

15. Le conclusioni di cui sopra rendono, evidentemente, superfluo l'esame del secondo motivo dell'appello dell'Amministrazione, volto a contestare il riconoscimento, da parte del T.A.R., di un ulteriore vizio nell'offerta del RTI facente capo ad Engineering s.p.a. (anch'esso comportante autonomamente l'esclusione), relativo alla omessa indicazione nell'offerta economica della doverosa indicazione della ripartizione del corrispettivo fra le componenti il raggruppamento (ripartizione illegittimamente desunta, ad avviso del primo giudice, dalla suddivisione delle quote di servizi effettuata nella dichiarazione dell'intenzione di volersi costituire in RTI), giacché, anche a dare per ammessa, in via puramente ipotetica, la fondatezza dell'assunto circa la possibilità di reperire *altunde* il

dato in questione, resterebbe, comunque, insuperabile la legittimità dell'esclusione della stessa società Engineering, per le ragioni esposte al punto precedente.

15.1. In ogni caso, la censura è anche infondata, atteso che l'esigenza della preventiva dichiarazione dei corrispettivi spettanti a ciascun membro del raggruppamento, posta in luce nell'esame dell'appello di Enterprise s.p.a., non è suscettibile di essere soddisfatta dalla mera indicazione della quota di servizi facente carico ad ognuna delle imprese partecipanti al RTI, posto che, oltre tutto, non è affatto scontato che la quantità percentuale di detti servizi, corrisponda, nella stessa aliquota, al valore economico degli stessi.

16. Peraltro, l'Avvocatura dello Stato, probabilmente consapevole della serietà dei vizi affliggenti l'aggiudicazione impugnata, tenta di paralizzare, in radice, l'ingresso del ricorso in prime cure del RTI facente capo ad Unisys, imputando al T.A.R. di non aver considerato che quest'ultimo era carente di interesse all'impugnazione, in quanto, anch'esso, era incorso, in sede di offerta tecnica, in analogo (se non più grave) vizio, per non aver affatto specificato la suddivisione dei servizi facenti capo a ciascun membro, dando vita ad un'offerta a tal punto elusiva della prescrizione del capitolato, da non potersi "evincere a chi appartengano le figure professionali, delle quali erano allegati i curricula, deputate allo svolgimento di tale attività".

16.1. Sennonché tale doglianza appare, in apice, inammissibile.

Va osservato, in proposito, che una siffatta censura era stata dedotta, correttamente attraverso lo strumento del ricorso incidentale,

dall'aggiudicataria Engineering s.p.a. proprio nel ricorso principale di Unisys.

Il T.A.R., tuttavia, ha dichiarato detto ricorso inammissibile, per tardività del deposito, ed avverso tale pronuncia non è stato proposto rituale appello dalla soccombente Engineering, sicché la stessa è passata in giudicato.

Orbene, la medesima questione non può essere presa in considerazione, come pretenderebbe l'Avvocatura dello Stato, come eccezione di carenza di interesse esaminabile d'ufficio anche in sede di appello, posto che la stessa si concreta, nella sostanza, in una richiesta al giudice dell'esercizio di poteri di verifica d'ufficio della legittimità dell'inclusione in graduatoria di un'offerta (quella dell'Unisys) da nessuno ritualmente contestata e, allo stato, pertanto, dotata di validità ed efficacia; richiesta, oltre tutto, proveniente, singolarmente, dall'amministrazione titolare, essa sì, del potere (nella specie, non esercitato) di far valere, in sede di autotutela, l'asserito vizio di legittimità, ai fini dell'esclusione dell'offerta de qua.

16.2. Val la pena, peraltro, anche di aggiungere che la dedotta carenza di interesse all'impugnazione dell'aggiudicazione sarebbe, comunque, insussistente, giacché, alla luce del travolgimento di tutte le altre offerte rimaste in gara, non si potrebbe negare, quanto meno, l'interesse strumentale della Unisys s.p.a. a conseguire la rinnovazione dell'intera procedura, indipendentemente dalla regolarità dell'offerta presentata in quella attuale.

17. E' appena il caso di osservare, infine, che le residue argomentazioni dell'appello in questione, volte a sostenere la medesima tesi di carenza di interesse in capo alla Finsiel s.p.a., non meritano, a questo punto, di ricevere ingresso, stante la loro irrilevanza, una volta che, come si è detto, il provvedimento di esclusione di tale raggruppamento, adottato dall'Amministrazione, non è più suscettibile di essere rimesso in discussione.

18. In conclusione, entrambi gli appelli vanno rigettati.

Le spese del grado di giudizio, avuto riguardo a tutti gli elementi del caso concreto, possono essere equamente compensate fra tutte le parti costituite.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione VI), definitivamente pronunciando sugli appelli riuniti in epigrafe, come specificato in motivazione, li respinge entrambi.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, addì 10 dicembre 2004, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione VI) in Camera di Consiglio, con l'intervento dei Signori:

Claudio VARRONE	Presidente
Sabino LUCE	Consigliere
Luigi MARUOTTI	Consigliere
Giuseppe ROMEO	Consigliere

Giuseppe MINICONE

Consigliere Est.

Presidente

Consigliere

Segretario

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

il 01.03.2005

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

Il Direttore della Sezione

CONSIGLIO DI STATO

In Sede Giurisdizionale (Sezione Sesta)

Addi 01.03.2005 copia conforme alla presente è stata trasmessa

al Ministero LAVORO;

a norma dell'art. 87 del Regolamento di Procedura 17 agosto 1907 n.642

Il Direttore della Segreteria