

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 21/03/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38003-deposito-domanda-concordato-preventivo-con-riserva-in-bianco-non-comporta-il-venir-meno-dei-requisiti-ex-art-38>

Autore: Lazzini Sonia

Deposito domanda concordato preventivo con riserva in bianco non comporta il venir meno dei requisiti ex art 38

consentita la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici non solo alle imprese che hanno già ottenuto il decreto di ammissione al concordato con continuità aziendale, “ma anche a quelle che abbiano presentato domanda di ammissione al concordato preventivo”

sonia lazzini

Va rilevata, in via preliminare, l'infondatezza dell'eccezione di improcedibilità dell'appello dedotta dal raggruppamento aggiudicatario in relazione all'istanza - presentata al Tribunale di Roma in data 5 agosto 2015 – con cui ricorrente s.p.a. ha domandato l'ammissione al concordato preventivo con riserva, ai sensi dell'articolo 161, comma 6, della legge fallimentare (approvata con R.D. 16 marzo 1942, n. 267).

Questa istanza, proprio in quanto riservata – sostiene il raggruppamento appellato - non sarebbe idonea a garantire un concordato preventivo con caratteristiche di continuità aziendale secondo quanto previsto dall'articolo 186 bis della legge fallimentare, con la conseguenza che ricorrente s.p.a. sarebbe ora priva del requisito di cui all'articolo 38, comma 1, lettera a), del Codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale non possono partecipare a gare pubbliche i soggetti che “si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui all'art. 186 bis del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni”.

La questione è stata affrontata dalla giurisprudenza che ha rilevato come la richiamata norma del Codice dei contratti pubblici consenta la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici non solo alle imprese che hanno già ottenuto il decreto di ammissione al

concordato con continuità aziendale, “ma anche a quelle che abbiano presentato domanda di ammissione al concordato preventivo” (Cons. Stato, IV, 3 luglio 2014, n. 3344).

Né in senso contrario depone la circostanza che la domanda di concordato preventivo sia stata presentata “in bianco” o “con riserva”: come osserva l’appellante – e come risulta dallo stesso stralcio di visura camerale riportato nella memoria del raggruppamento appellato – ricorrente s.p.a. ha attivato una procedura finalizzata all’ammissione ad un concordato preventivo con caratteristiche di continuità aziendale ai sensi del richiamato articolo 186 bis della legge fallimentare.

Anche sul punto la giurisprudenza si è pronunciata espressamente affermando che il deposito della domanda di concordato preventivo con riserva (c.d. “concordato in bianco”) non comporta il venir meno dei requisiti prescritti dall’articolo 38 del Codice dei contratti pubblici (Cons. Stato, V, 22 dicembre 2014, n. 6303; 27 dicembre 2013, n. 6272; IV, n. 3344 del 2013 cit.).

Il richiamato orientamento è del resto coerente le finalità della riforma della legge fallimentare (approvata con il decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 del 2012, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 134) che - nell’interesse del mercato e degli stessi creditori - è volta a “guidare l’impresa oltre la crisi”, anche preservando “la capacità dell’impresa a soddisfare al meglio i creditori attraverso l’acquisizione di nuovi appalti” (Cons. St., V, n. 6272 del 2013 cit.)

il testo integrale di Consiglio di Stato decisione numero 426 del 3 febbraio 2016

N. 00426/2016REG.PROV.COLL.

N. 09269/2013 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

(....)

DIRITTO

1. – Va rilevata, in via preliminare, l'infondatezza dell'eccezione di improcedibilità dell'appello dedotta dal raggruppamento aggiudicatario in relazione all'istanza - presentata al Tribunale di Roma in data 5 agosto 2015 – con cui ricorrente s.p.a. ha domandato l'ammissione al concordato preventivo con riserva, ai sensi dell'articolo 161, comma 6, della legge fallimentare (approvata con R.D. 16 marzo 1942, n. 267).

Questa istanza, proprio in quanto riservata – sostiene il raggruppamento appellato - non sarebbe idonea a garantire un concordato preventivo con caratteristiche di continuità aziendale secondo quanto previsto dall'articolo 186 bis della legge fallimentare, con la conseguenza che ricorrente s.p.a. sarebbe ora priva del requisito di cui all'articolo 38, comma 1, lettera a), del Codice dei contratti pubblici, ai sensi del quale non possono partecipare a gare pubbliche i soggetti che “si trovano in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di cui *all'art. 186 bis del R.D. 16 marzo 1942, n. 267, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni*”.

La questione è stata affrontata dalla giurisprudenza che ha rilevato come la richiamata norma del Codice dei contratti pubblici consenta la partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici non solo alle imprese che hanno già ottenuto il decreto di ammissione al concordato con continuità aziendale, “ma anche a quelle che abbiano presentato domanda di ammissione al concordato preventivo” (Cons. Stato, IV, 3 luglio 2014, n. 3344).

Né in senso contrario depone la circostanza che la domanda di concordato preventivo sia stata presentata “in bianco” o “con riserva”: come osserva l'appellante – e come risulta dallo stesso stralcio di visura camerale riportato nella memoria del raggruppamento appellato – ricorrente s.p.a. ha attivato una procedura finalizzata all'ammissione ad un concordato preventivo con caratteristiche di continuità aziendale ai sensi del richiamato articolo 186 bis della legge fallimentare.

Anche sul punto la giurisprudenza si è pronunciata espressamente affermando che il deposito della domanda di concordato preventivo con riserva (c.d. “concordato in bianco”) non comporta il venir meno dei requisiti prescritti dall'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici (Cons. Stato, V, 22 dicembre 2014, n. 6303; 27 dicembre 2013, n. 6272; IV, n. 3344 del 2013 cit.).

Il richiamato orientamento è del resto coerente le finalità della riforma della legge fallimentare

(approvata con il decreto-legge 22 giugno 2012, n. 83 del 2012, convertito dalla legge 7 agosto 2012, n. 134) che - nell'interesse del mercato e degli stessi creditori - è volta a “*guidare l'impresa oltre la crisi*”, anche preservando “*la capacità dell'impresa a soddisfare al meglio i creditori attraverso l'acquisizione di nuovi appalti*” (Cons. St., V, n. 6272 del 2013 cit.).

2. – Quanto al merito, l'appello non è fondato.

Sono infatti infondate tutte le censure con cui ricorrente s.p.a. – seconda classificata nella **gara** indetta da Banca d'Italia - deduce l'erroneità e l'ingiustizia della sentenza di rigetto del ricorso proposto avverso l'aggiudicazione definitiva al raggruppamento controinteressata.

3. – Con un primo motivo la ricorrente, riproponendo la censura dedotta in primo grado, lamenta la violazione del principio di corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione in relazione a quanto disposto dall'articolo 37, commi 4 e 13, del Codice dei contratti pubblici, dall'articolo 275 del regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice medesimo (approvato con D.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010, di seguito “Regolamento”), nonché dai paragrafi 8.1.6 e 8.1.8 del disciplinare di **gara**.

La ricorrente evidenzia in particolare che la quota di esecuzione dell'appalto assegnata a controinteressata 2. s.r.l. (progettazione ed assistenza alla progettazione, pari all'1,9%) non corrisponde alla quota di partecipazione al raggruppamento controinteressata riservata a tale impresa (pari a 3,7%).

A conferma della fondatezza della censura ricorrente s.p.a. richiama la giurisprudenza che afferma come il principio generale della necessaria corrispondenza tra quota di partecipazione e quota di esecuzione – di cui al combinato dei commi 4 e 13 dell'articolo 37 del Codice dei contratti pubblici – sia posto a garanzia della stazione appaltante e del buon esito del programma contrattuale, con la conseguenza che la mancata dimostrazione di tale corrispondenza comporta l'esclusione dalla procedura.

3.a – Sul punto la sentenza impugnata – pur dando atto che il valore stimato dell'attività di progettazione assegnata a controinteressata 2 s.r.l. corrisponde ad una percentuale effettiva dell'importo complessivo dell'appalto inferiore a quella indicata nell'atto di impegno alla costituzione del raggruppamento – afferma che “ciò non produce effetti distorsivi sul criterio di corrispondenza” in quanto la dichiarazione di impegno alla costituzione del raggruppamento reca chiaramente, oltre all'indicazione delle quote percentuali delle prestazioni che ciascuna partecipante eseguirà, la puntuale descrizione dell'attività che esse si impegnano ad espletare. In particolare, osserva il giudice di primo grado, risulta “espressamente previsto che [...] controinteressata 2 *eseguirà integralmente ed in via esclusiva 'la progettazione esecutiva e il servizio di assistenza alla progettazione'*, sicché “non poteva esserci alcuna incertezza in ordine alle prestazioni che [l'] impresa partecipante al costituendo raggruppamento avrebbe svolto”.

3.b – Ad avviso della ricorrente la sentenza è errata perché non tiene conto del chiaro disposto del Codice dei contratti pubblici ai sensi del quale “i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento” (articolo 37, comma 13, nel testo vigente alla data di indizione della **gara**) e neppure della *lex specialis* che richiedeva di indicare “a pena di esclusione, le parti o le quote del servizio e/o dei lavori che saranno eseguite dalle singole imprese raggruppate o raggruppande” (par. 8.1.1).

In violazione di queste disposizioni la sentenza – accertato che la quota di esecuzione delle

prestazioni di progettazione assegnate a controinteressata 2 s.r.l. non corrispondeva alla quota di partecipazione di questa impresa al raggruppamento controinteressata – avrebbe ricavato indirettamente ed aliunde un impegno esecutivo delle imprese raggruppate diverso da quello indicato in offerta, *“presumendolo sulla base di elementi tutt’altro che chiari ed univoci”*.

A sostegno della propria tesi la ricorrente richiama inoltre l’ordinanza n. 215 del 23 gennaio 2013 con cui questa Sezione, riformando l’ordinanza di rigetto del giudice di primo grado, ha accolto la domanda di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati, ritenendo fondato il ricorso “almeno” nella parte relativa alla *“mancata corrispondenza fra la quota di esecuzione dell’appalto riservata alla mandante soc. controinteressata 2 e la quota di partecipazione al RTI alla stessa riservata”*.

La rilevata non corrispondenza tra quote di qualificazione, quote di partecipazione e quote di esecuzione induce a ritenere, aggiunge ancora la ricorrente, che a controinteressata 2 s.r.l. siano state assegnate – in assenza dei requisiti di qualificazione - prestazioni ulteriori, diverse dalla progettazione e dall’assistenza alla progettazione, delle quali si ignorano qualità e consistenza.

3.c – Il motivo non è fondato.

Va subito osservato che, come rileva la sentenza impugnata, il criterio del riparto di competenze tra le imprese partecipanti al raggruppamento controinteressata risulta evidenziato con chiarezza.

La dichiarazione di impegno a costituire il raggruppamento è infatti inequivoca nell’indicare le attività assegnate alle imprese partecipanti: controinteressata s.p.a. si è impegnata ad eseguire integralmente la componente operativa della manutenzione, mentre controinteressata 2 s.r.l. si è impegnata ad eseguire la parte del contratto concernente “progettazione esecutiva e servizio di assistenza alla progettazione”, per la quale era indicato il compenso di euro 400.000, oltre IVA.

E’ poi da rilevare che controinteressata 2 s.r.l. ha attestato di possedere la qualificazione sufficiente ad eseguire in proprio l’attività di progettazione.

A fronte di tale assenza di margini di incertezza in ordine al perimetro della parte dell’appalto che sarebbe stata espletata da controinteressata 2 s.r.l., va condivisa l’affermazione con cui la sentenza impugnata attribuisce “natura meramente materiale” all’errore - “*ictu oculi rilevabile*” – concernente l’indicazione della percentuale di esecuzione.

Deve infatti ritenersi che tale erronea indicazione del valore stimato dell’attività di progettazione – che non corrisponde alla percentuale dell’importo complessivo dell’appalto indicata nell’atto di impegno alla costituzione del raggruppamento – non avrebbe potuto comunque alterare il riparto di competenze tra le imprese partecipanti al raggruppamento medesimo, e nemmeno creare dubbi circa il criterio di riparto prescelto.

Del resto, come pure sottolinea la sentenza impugnata, “la stessa *lex specialis* di **gara** (disciplinare par. 7. 11 e 8.1.1.) prevedeva che l’atto di impegno indicasse ‘le parti o le quote’ dei servizi o dei lavori, lacontrointeressata 2^{ndo} quindi ai concorrenti la facoltà di scegliere se indicare la quota o la parte”.

In questo senso è da condividere il richiamo del giudice di primo grado al principio affermato dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che – appunto con riguardo all’invocato articolo 37, comma 4, e all’indicazione delle parti del servizio imputate alle singole imprese associate o associande – rileva la necessità di seguire “un approccio ermeneutico di natura sostanzialistica che valorizzi il dato teleologico del raggiungimento dello scopo della norma senza che assuma rilievo

dirimente il profilo estrinseco del modo in cui siffatta esigenza sia soddisfatta”; con la conseguenza che tale obbligo “dovrà allora ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini schiettamente descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate, sia in caso di indicazione quantitativa, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese” (Cons. St., Ad. Plen., 5 luglio 2012, n. 26).

Un tale approccio ermeneutico, come giustamente evidenziato dalla sentenza appellata, consente di ritenere che nella specie risulta pienamente soddisfatta l’esigenza – cui risponde l’obbligo di specificazione delle quote o delle parti del servizio assegnate a ciascuna impresa (cfr. sent. n. 26 del 2012 cit.) – di garantire alle Amministrazioni aggiudicatrici la conoscenza preventiva del soggetto che eseguirà il servizio, al fine di assicurare una maggiore speditezza nella fase di esecuzione del contratto e di effettuare ogni previa verifica sulla effettività del raggruppamento e sulla qualificazione dell’esecutore.

D’altra parte, l’assunto secondo cui la non corrispondenza tra quota di partecipazione e quota di esecuzione indurrebbe a ritenere che a controinteressata 2 s.r.l. siano state assegnate – in assenza dei requisiti di qualificazione - prestazioni ulteriori, diverse dalla progettazione e dall’assistenza alla progettazione, è affermazione non solo non dimostrata, ma anche smentita da quanto avvenuto in fase esecutiva, come rilevano entrambe le parti appellate.

4. – Con il secondo motivo ricorrente s.p.a. lamenta il difetto, in capo a controinteressata 2 s.r.l., dei requisiti di capacità e di qualificazione necessari per svolgere le attività di progettazione e di assistenza alla progettazione, deducendo violazione di legge (in relazione agli articoli 53 e 90 del Codice e dell’articolo 254 del Regolamento) e della *lex specialis*, con conseguente inammissibilità della partecipazione alla **gara** del raggruppamento controinteressata.

La ricorrente sostiene in particolare che la mandante controinteressata 2 s.r.l., alla quale sono affidate le attività di progettazione, non risulta dotata delle capacità e della qualificazione necessarie in quanto - non essendo una società di ingegneria, né una società tra professionisti e non essendo iscritta nel casellario delle società di progettazione tenuto dall’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici - non rientra in alcuna delle categorie di possibili affidatari dell’attività di progettazione contemplate dall’art. 90 del Codice. Inoltre – lamenta ancora la ricorrente – l’impresa non è dotata dei requisiti tecnico-professionali prescritti dalla normativa vigente in quanto i requisiti di qualificazione dichiarati in **gara** si riferiscono a progettazioni svolte personalmente dal direttore tecnico Ing. Marcello Scifoni (legale rappresentante di controinteressata 2 s.r.l.) e non ad attività svolta in proprio dall’impresa-persona giuridica. controinteressata 2 s.r.l. non avrebbe poi trasmesso all’Autorità di Vigilanza l’organigramma con l’indicazione delle specifiche competenze e responsabilità dei soci, amministratori, dipendenti e consulenti come prescritto dall’art. 254 del Regolamento.

4.a – La sentenza appellata ha ritenuto infondata l’analogia censura dedotta in primo grado affermando - sotto il primo profilo - che controinteressata 2 s.r.l. può essere inclusa nell’ambito delle società di ingegneria in quanto lo statuto di questa società prevede espressamente che essa compie "studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale" conformemente a quanto prescrive l’articolo 90, comma 2, del Codice con riguardo a tale categoria di società.

Quanto alla possibilità di controinteressata 2 s.r.l. di avvalersi dei requisiti professionali del

direttore tecnico e amministratore unico ing. Scifoni, la sentenza rileva che ai sensi dell'articolo 253, comma 15, del Codice dei contratti pubblici - come modificato dall'articolo 4 del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 convertito dalla legge 12 luglio 2011, n. 106 (ritenuto applicabile ai bandi pubblicati, come nella specie, successivamente al 30 giugno 2011) – le società costituite dopo la data di entrata in vigore della legge 18 novembre 1998, n. 415, per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di **gara** anche con riferimento ai requisiti, tra gli altri, dei propri direttori tecnici.

La partecipazione di controinteressata 2 s.r.l. – rileva ancora il giudice di primo grado - non avrebbe potuto essere impedita “sulla base della mancata iscrizione della società stessa o del professionista nel casellario dell'AVCP, atteso che tale adempimento è funzionale ad agevolare il censimento dei *soggetti abilitati a svolgere attività di progettazione, ma non produce l'effetto di inibire la* partecipazione di operatori economici in possesso dei requisiti di qualificazione che non abbiano provveduto ad effettuare la prescritta comunicazione all'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, che, si osserva, non ha valore costitutivo, ma meramente dichiarativo. Ciò anche alla luce *delle ipotesi di tassatività dell'esclusione dalle gare di cui all'art. 46 co. 12 bis D.Lgs. 163/2006*”.

4.b – La società ricorrente censura quanto affermato sul punto dalla sentenza appellata sostenendo che, ai fini della qualificazione come società di ingegneria, ciò che rileva non è l'oggetto sociale dichiarato alla Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura, ma la sussistenza dei requisiti di cui all'articolo 254 del Regolamento, requisiti che controinteressata 2 s.r.l. non possiede.

Si sostiene in particolare che sia il direttore tecnico, la cui presenza è richiesta dalla richiamata disposizione regolamentare (comma 1), sia l'organigramma sociale – che ai sensi della medesima disposizione deve essere inviato entro trenta giorni all'Autorità di Vigilanza (comma 3) – non risultano né dalla visura camerale, né dal casellario delle società di ingegneria e professionali, tenuto dalla stessa Autorità.

La sentenza sarebbe poi erronea nella parte in cui – sul presupposto della ritenuta applicabilità alla specie, *ratione temporis*, della modifica apportata all'articolo 253 del Codice dei contratti pubblici che consente alle imprese di avvalersi dei requisiti dei propri dipendenti per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, anziché per il più breve periodo di tre anni previsto dal regime previgente - afferma che controinteressata 2 s.r.l. avrebbe potuto avvalersi del proprio direttore tecnico Ing. Scifoni, il quale, secondo l'appellante, nemmeno avrebbe una tale veste, risultando essere solo il legale rappresentante dell'impresa.

4.c – Il motivo è infondato sotto tutti i profili dedotti.

Come osservano le parti appellate, e come evidenziato dalla sentenza impugnata, l'articolo 90, comma 2, del Codice dei contratti pubblici prevede espressamente che per società di ingegneria si intendono le società di capitali “che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto ambientale”.

Le attività elencate dalla disposizione coincidono esattamente con quelle che lo statuto di controinteressata 2 s.r.l. indica nell'oggetto sociale. La società risulta del resto regolarmente iscritta alla Cassa Nazionale di Previdenza e Assistenza delle società di ingegneria.

Quanto al possesso dei requisiti organizzativi e tecnici stabiliti dall'articolo 254 del Regolamento – requisiti che, ai sensi del comma 3 del medesimo articolo 90, devono possedere le società di ingegneria – è necessario affrontare la questione interpretativa dedotta con la censura in esame.

La ricorrente sostiene che – contrariamente a quanto ritenuto dal giudice di primo grado - non sarebbe applicabile alla specie la modifica apportata all'articolo 253, comma 15, del Codice dei contratti pubblici con la quale è stato esteso, da tre a cinque anni dalla costituzione della società di capitali, il periodo transitorio in cui tale società può documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di **gara** con riferimento ai requisiti di propri dipendenti professionisti o direttori tecnici.

Tale modifica – sottolinea la ricorrente – è stata introdotta non dal decreto-legge n. 70 del 2011, ma dalla legge di conversione (n. 106 del 2011) pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale solo il 12 luglio 2011, quindi successivamente al 30 giugno 2011, data di pubblicazione del bando.

Ad escludere la fondatezza di questa interpretazione è sufficiente il rilievo che in sede di conversione il Legislatore non si è limitato ad introdurre – con la lettera ll), numero 1 bis, aggiunta al comma 2 dell'articolo 4 del decreto-legge – la richiamata modifica al comma 15 dell'articolo 253 del Codice dei contratti pubblici, ma ha espressamente valutato, nell'esercizio della discrezionalità che gli appartiene, di prevederne l'applicabilità con riferimento alla data di entrata in vigore del decreto-legge.

La legge di conversione ha infatti modificato anche il comma 3 del medesimo articolo 4 del decreto-legge stabilendo che alcune disposizioni, tra cui quella introdotta alla lettera ll), numero 1-bis, del comma 2 dello stesso articolo 4, “si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una **gara** sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto-legge”.

Poiché il decreto legge è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale del 13 maggio 2011 - dunque anteriormente alla data di pubblicazione del bando in questione (30 giugno 2011) - le modifiche apportate dalla legge di conversione (entrata in vigore comunque prima del 5 settembre 2011, data di scadenza del termine di presentazione delle offerte) sono da ritenersi applicabili al caso in esame.

E' di conseguenza infondato il profilo della censura con cui ricorrente s.p.a. sostiene che il raggruppamento aggiudicatario non avrebbe potuto avvalersi dei requisiti professionali del suo direttore tecnico: va infatti rilevato che, tenuto conto della data di costituzione di controinteressata 2 s.r.l. – 7 dicembre 2007 – alla scadenza del termine di presentazione delle offerte non era ancora decorso il quinquennio durante il quale le imprese possono documentare il possesso dei requisiti tecnico-organizzativi anche avvalendosi di propri direttori tecnici o professionisti dipendenti.

Nemmeno ha pregio il profilo della censura con cui la ricorrente rileva che, anche a seguire questa diversa interpretazione, controinteressata 2 s.r.l. non avrebbe potuto comunque avvalersi della novella in quanto il contratto è stato stipulato (il 21 dicembre 2012) quando già era ampiamente decorso il quinquennio dalla data di costituzione della società: sul punto è sufficiente la considerazione che, come anticipato, l'applicabilità della modifica apportata all'articolo 253 del Codice è prevista in relazione ad un unico riferimento temporale – la data di pubblicazione del bando – a nulla rilevando la circostanza che il quinquennio considerato dalla disposizione di favore verso le imprese si concluda quando l'appalto sia ancora in corso.

Quanto alla contestazione concernente l'effettiva qualifica dell'Ing. Scifoni – che non avrebbe la veste di direttore tecnico di controinteressata 2 s.r.l. - ad escluderne la fondatezza basta il richiamo alla delibera, valida ed efficace, con cui l'assemblea ordinaria, come risulta dal verbale in data 3 marzo 2009, ha nominato detto ingegnere direttore tecnico della società (doc. 4 del fascicolo del raggruppamento appellato).

E' infondato anche il profilo della censura con cui si contesta il possesso dei requisiti stabiliti dall'articolo 254, commi 1 e 3, del Regolamento con riguardo alla mancata iscrizione della società nel Casellario dell'Autorità di Vigilanza e alla mancata trasmissione a tale Autorità delle indicazioni in ordine alla nomina del direttore tecnico e all' "organigramma" con la specificazione di competenze e responsabilità dei soci, amministratori, dipendenti e consulenti, dati tutti che non risultano dal Casellario di tale Autorità.

Come osservano le parti appellate, la stessa Autorità di Vigilanza ha avuto occasione di rilevare che "il Casellario delle società di ingegneria e professionali costituisce una banca dati alla quale deve essere riconosciuta efficacia di pubblicità notizia" (cfr. deliberazioni n. 7/2006 e n. 110/2007).

In ogni caso è decisiva la considerazione che – se è vero che l'articolo 254 del Regolamento prescrive l'obbligo per la società di ingegneria di "disporre di almeno un direttore tecnico" e di dotarsi dell' "apposito organigramma" – la norma non stabilisce espressamente alcun onere in punto di iscrizione del nome del direttore tecnico e dell'organigramma nel registro delle imprese o nel Casellario delle società di ingegneria presso l'Autorità di Vigilanza, limitandosi a prevedere che "[l] 'organigramma e le informazioni di cui sopra, nonché ogni loro successiva variazione, sono comunicati all'Autorità entro trenta giorni dall'approvazione dei bilanci".

Sicché deve essere condiviso quanto affermato dal giudice di primo grado in ordine al valore meramente dichiarativo e non costitutivo delle comunicazioni anzidette: non v'è dubbio infatti che la mancata comunicazione di tali dati – in assenza di una norma di legge o della procedura di **gara** che commini l'esclusione dalla **gara** per questa omissione - non può costituire elemento ostativo alla partecipazione alla **gara**.

5. – Con il terzo motivo la ricorrente ripropone la censura con cui sostiene che l'impresa aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa perché l'impegno a costituire il raggruppamento non è stato reso nella forma - scrittura privata autenticata – idonea ad impegnare validamente le imprese interessate.

La tesi – ritenuta infondata dalla sentenza impugnata – muove dall'assunto che l'impegno alla costituzione del raggruppamento sia da qualificarsi alla stregua di un contratto preliminare, con la conseguenza che, ai sensi dell'articolo 1351 cod. civ., la forma da osservare sarebbe dovuta essere quella richiesta per la stipulazione del contratto definitivo e dunque la scrittura privata autenticata prescritta per l'atto costitutivo del raggruppamento dall'articolo 37, commi 14 e 15, del Codice dei contratti pubblici.

5.a – La sentenza appellata, richiamando il principio di libertà delle forme che vige nel nostro ordinamento, osserva come la *lex specialis* si limitasse a "prevedere che in caso di partecipazione di un raggruppamento non ancora costituito, la domanda fosse sottoscritta: 'dai legali rappresentanti (o da persone munite di specifici poteri comprovati mediante allegazione di copia autenticata dell'atto di procura) di tutte le imprese raggruppande o consorziate'".

5.b – Ad avviso della ricorrente – poiché la forma della scrittura privata autenticata è prescritta dalla legge – deve ritenersi inconferente la circostanza, evidenziata dal giudice di primo grado, che "la legge di **gara** sul punto non contiene alcuna prescrizione nel senso invocato da ricorrente".

5.c – La censura non ha pregio perché il presupposto da cui muove è errato.

L'impegno alla costituzione di un raggruppamento temporaneo di imprese – come si evince dall'articolo 37, comma 8, del Codice e come correttamente rilevano entrambe le parti appellate – è

assunto in sede di **gara** nei confronti della stazione appaltante ed è funzionale alla dimostrazione della serietà ed affidabilità dell'offerta; il contratto di costituzione del raggruppamento, stipulato a seguito dell'aggiudicazione – al momento del conferimento del mandato alla mandataria - produce invece effetti tra le imprese partecipanti al raggruppamento medesimo.

La diversità dei due atti – quanto a causa e ad effetti - non consente quindi di qualificare l'impegno a costituire il raggruppamento come contratto preliminare, ai sensi dell'articolo 1351 cod. civ., del contratto di raggruppamento.

Sicché deve ritenersi decisiva la circostanza che, come evidenziato nella sentenza impugnata, la *lex specialis* non preveda alcuna requisito di forma per l'impegno alla costituzione del raggruppamento.

Non è invece conferente la giurisprudenza richiamata dall'appellante (Cons. St., V, 10 novembre 2010, n. 7996) che si riferisce ad una ipotesi di assenza dell'atto di impegno preventivo ("*L' A.T.I. ricorrente era stata esclusa dalla procedura per non aver prodotto l'impegno a rilaccontointeressata 2re un mandato collettivo speciale con rappresentanza ad una componente del raggruppamento per il caso di aggiudicazione*"), senza nulla affermare in ordine ai relativi requisiti di forma.

6. – Con altro motivo ricorrente s.p.a. ripropone la censura con cui ha lamentato la mancata attestazione, da parte del raggruppamento aggiudicatario, del possesso del requisito di capacità tecnica, prescritto dal bando a pena di esclusione dalla **gara**, consistente nell'avvenuta esecuzione "nel corso del triennio 2008-2009-2010 di almeno un contratto avente ad oggetto servizi di conduzione e manutenzione di impianti elettrici e termoidrici, [...], presso un sito che presupponga esigenze di continuità operativa [...]" (par. II.2.3).

La ricorrente contesta in particolare la mancata dimostrazione, da parte della prima classificata, dell'unicità del sito presso il quale è stato svolto il servizio richiesto, aggiungendo che - dalla certificazione depositata dal raggruppamento controinteressata – nemmeno si ricava che le lavorazioni attestate siano qualificabili come servizi di conduzione e manutenzione di impianti elettrici e termo idrici. In ogni caso, conclude la ricorrente, l'importo delle lavorazioni certificate sarebbe incerto ed insufficiente rispetto a quanto richiesto dalla *lex specialis*.

6.a – La sentenza appellata ha ritenuto infondata la censura affermando come "la circostanza che *l'attività manutentiva si sia svolta presso più di un sito non contraddice in alcun modo le prescrizioni di **gara** che sul punto non contenevano alcuna precisazione*".

Ciò che rileva ai fini del rispetto di tali prescrizioni, afferma il giudice di primo grado, è invece la circostanza che – come risulta dal certificato di esecuzione prodotto in sede di offerta – il raggruppamento controinteressata, in attuazione di un unico contratto, abbia svolto attività di conduzione e manutenzione di impianti per un importo superiore alla soglia di euro 2.000.000, come previsto dal punto III.2.3, lett. c), del bando.

6.b – Ad avviso della ricorrente, la sentenza sarebbe errata nella parte in cui – pur dando atto che l'attività manutentiva oggetto del certificato prodotto dal raggruppamento controinteressata si è svolta presso più di un sito – non ne rileva il contrasto con quanto richiesto dalla *lex specialis*, anche con riguardo agli ulteriori profili dedotti in primo grado.

6.c – La censura è infondata.

Dalla documentazione prodotta – ed in particolare dal certificato di esecuzione lavori e dalla lettura del relativo contratto – risulta comprovato quanto dichiarato dal raggruppamento aggiudicatario

circa il rispetto del requisito prescritto dalla richiamata disposizione, sia con riguardo alla natura delle prestazioni eseguite (consistenti in attività di conduzione e manutenzione di impianti, considerate dal bando ai fini dell'integrazione del requisito del contratto di punta), sia con riguardo all'entità dell'importo contrattuale (superiore alla soglia di euro 2.000.000), sia con riguardo all'unicità del contratto, seppure articolato in tre quadri (A, B e C) in relazione alle diverse tipologie di attività.

Sono quindi privi di pregio i profili della censura con cui si sostiene che le prestazioni oggetto del contratto oggetto della certificazione anzidetta sono diverse da quelle richieste dalla legge di **gara** e che l'importo di tale contratto è inferiore alla soglia fissata dalla *lex specialis*.

E' d'altra parte incontestata anche la circostanza che le prestazioni oggetto di tale certificato di esecuzione non si siano svolte presso un unico sito.

Sul punto è però da rilevare che – come esattamente evidenziato dalla sentenza appellata – la *lex specialis* ha richiesto l'unicità del titolo negoziale, ma non quella del luogo di svolgimento dell'attività.

In questo senso depone – oltre al dato testuale (il richiamato punto III.2.3, lett. c, del bando riferisce l'unicità al solo contratto) - la considerazione della finalità della disposizione, evidentemente volta a selezionare concorrenti che dispongano di una struttura organizzativa in grado di gestire appalti di complessità tecnica analoga a quella oggetto di **gara**: in relazione a questa ratio - che ben giustifica il requisito della unicità del contratto e quello della continuità operativa – è difficile cogliere in che senso la previsione dell'unicità del sito sarebbe di maggiore garanzia per la stazione appaltante.

In ogni caso ciò che rileva è che – come sottolineano le parti appellate e come emerge dalla documentazione in atti – la continuità operativa del sito presso il quale l'attività esecutiva del contratto di punta è stata realizzata risulta attestata non solo dalla dichiarazione rilaccontointeressata 2^a dal committente, ma anche dallo stesso contratto che prescrive all'appaltatore l'obbligo di prestare assistenza continuativa (punto 1.2).

7. – Con il quinto motivo ricorrente s.p.a. ripropone una parte delle censure con cui in primo grado aveva lamentato l'illegittimità delle operazioni di verifica di congruità dell'offerta economica presentata dal raggruppamento controinteressata, in relazione a giustificazioni che avrebbero consentito l'introduzione di "ripetute modifiche" a tale offerta e di "rimodulazioni delle relative voci di costo (peraltro tutte evidenziate dallo stesso RUP nella relazione finale)".

7.a – La sentenza appellata – esaminati i diversi profili oggetto di contestazione - ha concluso sul punto affermando che "[l]e giustificazioni presentate dalla concorrente controinteressata-controinteressata 2 si basavano, come richiesto dalla giurisprudenza, su riscontri 'concreti ed attendibili' (cfr. Cons. St., sez. VI, 2.5.2012, n. 2506), essendo corredate da 'idonea documentazione giustificativa'. Onde anche sotto questo profilo non sussisteva alcun elemento per procedere all'esclusione dell'offerta economica presentata dal RTI controinteressata-controinteressata 2".

7.b – La ricorrente, con il motivo in esame, deduce l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha considerato che la rimodulazione dell'offerta presentata dal raggruppamento aggiudicatario – in violazione del principio di immodificabilità dell'offerta - risulterebbe evidente in relazione a tre diversi profili. Si lamenta in particolare che:

- sarebbe stata modificata la caratura professionale di due dei tre addetti aggiuntivi al presidio fisso

presso il Polo Tuscolano – indicati come apprendisti, anziché come operai di IV e V livello - con conseguente attribuzione all'offerta del raggruppamento aggiudicatario, anziché dei 3 punti spettanti, di ben 9 punti, determinanti ai fini dell'aggiudicazione;

- il *monte ore di mano d'opera edile assicurata* sarebbe stato ridotto rispetto a quanto indicato nell'offerta tecnica presentata in **gara** (monte ore per il quale il raggruppamento controinteressata aveva ottenuto tre punti), con conseguente riduzione del costo della manodopera;

- il rapporto di lavoro concernente il responsabile della manutenzione – qualificato come autonomo nell'offerta presentata dal raggruppamento aggiudicatario – in sede di giustificazione sarebbe stato modificato in subordinato.

7.c – La censura non è fondata.

Vanno infatti condivise le considerazioni con cui la sentenza impugnata esclude che le modulazioni apportate alla propria offerta dal raggruppamento controinteressata, in sede di presentazione delle giustificazioni, abbiano comportato una – inammissibile – modificazione dell'offerta economica, rilevando come l'offerta risulti nel suo complesso coerente ed affidabile.

Con riguardo al primo profilo, ad escluderne il rilievo basta la considerazione – evidenziata da entrambe le parti appellate, a conferma di quanto affermato sul punto dalla sentenza impugnata – che il disciplinare di **gara** consentiva l'inserimento di tre risorse aggiuntive al presidio minimo a base di **gara**, senza tuttavia stabilire alcuna limitazione circa l'utilizzazione di lavoratori assunti con contratto di apprendistato: il disciplinare tecnico – che effettivamente richiedeva, come sottolinea l'impresa ricorrente, una composizione del presidio in questione limitata ai soli operai specializzati (di IV e V livello) - non contiene invece alcun richiamo a tale vincolo con riguardo agli addetti aggiuntivi, così la controinteressata 2^{da} ai concorrenti la scelta in ordine, non solo al numero delle risorse aggiuntive (entro il numero massimo di tre, per ciascuna delle quali era prevista l'assegnazione di “un punteggio pari a tre”), ma anche al relativo livello di specializzazione.

E' poi infondato in fatto il profilo della censura concernente il monte ore di mano d'opera: come osservano entrambe le appellate l'impegno assunto dal raggruppamento controinteressata con la sottoscrizione dell'offerta tecnica risulta confermato in sede di valutazione di congruità in quanto il numero di ore complessivamente offerto (che nei giustificativi appare suddiviso in tre voci distinte, in relazione alla diversa qualificazione degli operai) rappresentata il risultato della moltiplicazione del monte ore minimo, indicato nel disciplinare tecnico, per il coefficiente di 2,5 indicato dall'offerente. Risultato che la ricorrente non ha contestato.

Anche con riguardo all'ultimo profilo dedotto è decisivo il richiamo alla *lex specialis*: il disciplinare di **gara** non conteneva infatti alcuna specificazione in ordine alla qualificazione del rapporto di lavoro intercorrente tra l'impresa offerente e il responsabile della manutenzione, limitandosi a richiedere la sola presentazione del relativo curriculum professionale.

Va d'altra parte rilevato che, contrariamente a quanto sostiene ricorrente s.p.a., la natura di tale rapporto non ha alcuna incidenza considerato che, secondo le previsioni del disciplinare, il punteggio concernente la figura del responsabile della manutenzione doveva essere assegnato all'offerta tecnica in funzione di una serie di elementi di valutazione, ricavabili dal curriculum vitae, quali il livello di istruzione professionale, l'attinenza dei titoli con l'attività oggetto di appalto, la durata dell'esperienza professionale maturata nel campo della manutenzione.

Deve quindi escludersi che la modifica apportata con riguardo al rapporto di lavoro con il

responsabile della manutenzione – pur se indicato nel curriculum allegato all’offerta come consulente e non come dipendente – abbia potuto incidere sull’assegnazione del punteggio.

8. – Con altro motivo, ancora concernente il sub-procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta, la ricorrente sostiene che - in relazione all’incertezza dei ricavi provenienti dalla manutenzione straordinaria, che l’amministrazione è libera di richiedere o meno all’appaltatore – la valutazione di congruità dell’offerta risulta “palesamente irragionevole ed illegittima”: l’importo stimato di tali lavori, lamenta la ricorrente, deve ritenersi erroneo e l’offerta non può essere considerata affidabile e remunerativa perché la sua sostenibilità economica - non avendo la stazione appaltante alcun obbligo di commissionare l’intero plafond posto a base di **gara** - si fonda su una componente non predefinita e variabile.

8.a – Sul punto la sentenza rileva come il plafond di lavori posto a base d’asta “sia stato determinato sulla base di stime prudenziali operate dall’amministrazione sui dati storici in suo possesso relativi al fabbisogno registrato negli anni precedenti”, e sottolinea come “detto plafond venga storicamente sempre esaurito nel corso del periodo di vigenza del contratto”, concludendo con l’affermazione che “[a]lla luce di tale evidenze storiche appare ragionevole la scelta del RUP di valutare la sostenibilità dell’offerta controinteressata-controinteressata 2 includendo l’utile *derivante dall’esecuzione dei suddetti lavori ‘a richiesta’*”.

8.b – Ad avviso della ricorrente la sentenza impugnata è erronea perché il dato storico preso in considerazione dal giudice di primo grado non offre alcuna garanzia che l’esaurimento del plafond delle manutenzioni ordinarie si riproponga anche in futuro. In ogni caso, lamenta ricorrente s.p.a., in sede di valutazione dell’anomalia dell’offerta la stazione appaltante ha travisato il valore economico della manutenzione straordinaria perché non ha tenuto conto del ribasso offerto dal raggruppamento controinteressata, finendo per sopravvalutare enormemente i ricavi che tale raggruppamento potrebbe conseguire.

8.c – La censura non merita apprezzamento.

Come evidenzia l’appellata Banca d’Italia e come risulta dalla puntuale documentazione depositata, le analisi sui pregressi contratti dimostrano che i plafond relativi ai contratti quadro affidati da tale stazione appaltante risultano sempre interamente utilizzati per il soddisfacimento delle esigenze manutentive del periodo considerato. Il dato storico dell’integrale esaurimento del plafond risulta confermato sia con riguardo all’appalto eseguito - proprio dalla ricorrente - sugli immobili del Polo Tuscolano, sia con riguardo all’appalto di cui si controverte, in corso di esecuzione.

E’ poi da considerare che lo stesso disciplinare di **gara** – in punto di formulazione dei giustificativi – contemplava espressamente anche gli interventi di manutenzione straordinaria, evidentemente ritenendo che tale attività dovesse essere considerata sia dalle imprese offerenti, sia dalla stazione appaltante in sede di valutazione della congruità dell’offerta.

Tanto più che, come mette in luce la sentenza appellata, “*pur a fronte di risultanze ‘storiche’ che evidenziavano un esaurimento dei plafond nel quadriennio precedente, il RUP ha comunque prudenzialmente considerato ai fini della valutazione di congruità un utilizzo del plafond per una percentuale del 90%*”.

La sentenza appellata va condivisa anche con riguardo alla lamentata sopravvalutazione dei ricavi.

Proprio alla stregua del disciplinare di **gara** - come bene evidenzia il giudice di primo grado - “il plafond rappresenta l’importo stanziato nel quadriennio dalla Banca d’Italia per la realizzazione

dei lavori di manutenzione straordinaria: esso costituisce quindi una rappresentazione del 'bisogno storico' della stazione appaltante e non un corrispettivo per prestazioni compiutamente definite/progettate suscettibile di essere ribassato in relazione alle voci di costo assunte a riferimento".

In effetti la *lex specialis* chiariva che “il plafond indicato dalla Banca indica l'importo complessivo presunto degli interventi della specie da effettuare nel corso del quadriennio, mentre il ribasso percentuale indicato dal concorrente verrà utilizzato per la contabilizzazione dei singoli ordini di lavoro applicando tale percentuale ai prezzi contrattuali indicati nello schema di contratto di appalto, al netto degli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso".

Sicché non ha pregio il rilievo con cui l'appellante evidenzia che i concorrenti sono stati chiamati ad esprimere un ribasso sul valore a base d'asta della manutenzione straordinaria, con la conseguenza che – ai fini della valutazione dell'anomalia – la stazione appaltante avrebbe dovuto considerare lo sconto offerto che evidentemente riduce le prospettive di utile per l'impresa aggiudicataria.

Come anche entrambe le appellate mettono in rilievo lo sconto offerto dall'impresa aggiudicataria va applicato, non al plafond, ma ai prezzi contrattuali indicati nello schema di contratto di appalto, secondo una prassi - evidenza Banca d'Italia – ben nota a ricorrente s.p.a. che, in occasione del precedente affidamento del medesimo servizio, aveva presentato un ribasso percentuale sui lavori straordinari che è stato applicato ai prezzi oggetto dei singoli ordinativi e non invece al plafond cui facevano riferimento tali lavori straordinari.

9. – Con altra censura - sempre con riguardo al procedimento di verifica dell'anomalia – la ricorrente deduce l'illegittimità della positiva valutazione di congruità dell'offerta economica presentata dal raggruppamento controinteressata, in relazione ad alcune voci di prezzo che sarebbero state sottostimate *“largamente ed in misura decisiva ai fini dell'equilibrio economico dell'offerta medesima”*.

La censura è articolata in più profili:

- il responsabile unico del procedimento avrebbe avvantaggiato le ditte aggiudicatrici considerando nel conto economico ricavi incerti (quelli derivanti da manutenzione straordinaria) ed espungendo invece le perdite derivanti dalla proroga del servizio di conduzione e manutenzione ordinaria che l'appaltatore dovrà sostenere qualora l'appalto prosegua per il quinto anno;
- sarebbe illegittimo il riferimento, anziché al contratto collettivo metalmeccanico, al contratto collettivo FISE Multiservizi – che può essere applicato al servizio di conduzione e manutenzione ordinaria degli impianti solo se svolto in abbinamento con il servizio di pulizia, non contemplato nell'appalto in esame - con conseguente indebito vantaggio per il raggruppamento controinteressata;
- non sarebbero stati computati taluni oneri derivanti dall'utilizzo di apprendisti;
- il responsabile unico del procedimento avrebbe immotivatamente accettato “il valore di 1679,35 ore indicato dall'aggiudicataria a fronte delle 1581 ore” risultanti dalle tabelle ministeriali, nonostante il raggruppamento aggiudicatario non abbia fornito alcun riscontro in ordine al suddetto dato.

9.a – La sentenza ha ritenuto infondati tutti i profili della censura.

Con riguardo al primo, ha affermato che l'assunto di ricorrente s.p.a. “non trova riscontro nei fatti,

atteso che, come si evince dalla relazione del RUP del 23.7.2102, l'incidenza sull'utile delle suddette perdite è stata espressamente valutata, dal momento che il RUP stesso ha ritenuto che ove l'amministrazione si avvalga della suddetta proroga è prevedibile una riduzione dell'utile dell'intera commessa dal 2,65% al 2,38%”.

Quanto all'illegittima applicazione del contratto collettivo FISE Multiservizi, la sentenza – esaminato puntualmente il contenuto di tale contratto – ha rilevato che “le attività di manutenzione ordinaria di impianti rientrano nell'ambito di applicazione del suddetto CCNL” e che, per altro verso, “non è affatto necessario che le stesse vengano necessariamente svolte in abbinamento a servizi di pulizia”.

Con riguardo invece al mancato computo di taluni oneri derivanti dall'utilizzo di apprendisti, la sentenza evidenzia che il raggruppamento controinteressata – proprio al fine di tener conto degli oneri di formazione e di affiancamento propri di questa tipologia negoziale – ha esposto nei propri giustificativi un costo medio dell'apprendista equivalente a quello del dipendente. In un'ottica di maggiore prudenza – sottolinea ancora il giudice di primo grado – “nell'ambito della verifica di congruità, sono stati rettificati i costi del lavoro esposti dal costituendo RTI, apportando una variazione in aumento pari al costo medio di ulteriori due operai di IV livello da impiegare nell'ambito della commessa, onde tenere conto tra l'altro di ulteriori oneri derivanti dall'impiego della mano d'opera. Tali rettifiche prudenziali sono idonee quindi a fronteggiare, più che adeguatamente, eventuali maggiori oneri rivenienti dall'utilizzo di personale in apprendistato”.

Da ultimo, con riguardo alla immotivata accettazione, da parte del responsabile unico del procedimento, del numero di ore indicato dall'aggiudicataria - a fronte del diverso numero di ore risultanti dalle tabelle ministeriali ed in assenza di elementi di riscontro - la sentenza osserva come la valutazione del responsabile trovi riscontro nella documentazione prodotta dal raggruppamento aggiudicatario.

9.b – Le considerazioni con cui la sentenza impugnata ha ritenuto infondati i diversi profili del motivo in esame – riproposto in appello da ricorrente s.p.a. – vanno interamente condivise.

Quanto al primo profilo della censura - prescindendo dalla lamentata considerazione di ricavi incerti (su cui si richiama quanto già rilevato in proposito sub 8.c) e con riguardo alla mancata considerazione delle perdite che si verificherebbero in caso di proroga del servizio per il quinto anno – la sentenza ha dimostrato che l'assunto della ricorrente (“la Commissione ha considerato lo *svolgimento del servizio per quattro anni, mentre l'appaltatore è invece impegnato a svolgere il quinto anno di servizio su richiesta dell'Ente Appaltante*”, cfr. memoria 27 novembre 2015) non trova riscontro nei fatti, in quanto la relazione del responsabile unico del procedimento dimostra l'avvenuta valutazione dell'eventualità della proroga.

Quanto alla lamentata applicazione del contratto collettivo FISE, anziché del più oneroso contratto collettivo metalmeccanico, va rilevato che – nel silenzio della disciplina di **gara** in ordine all'applicabilità del contratto collettivo relativo al settore multiservizi – la sentenza impugnata ha evidenziato la correttezza della decisione del responsabile unico del procedimento che ha ritenuto applicabile tale contratto solo con riferimento “alle prestazioni di manutenzione ordinaria e di conduzione, espressamente contemplate nell'art. 1 del CCNL in parola”, con esclusione degli interventi definiti nella documentazione di **gara** di “manutenzione straordinaria” i quali – configurando vere e proprie attività di lavori - non possono che rientrare nella portata applicativa di un contratto collettivo metalmeccanico.

Invece, con riguardo alla componente del contratto relativa alla manutenzione ordinaria degli impianti, la sentenza ha giustamente ritenuto l'applicabilità del contratto collettivo FISE, tenuto conto che tale disciplina, secondo quanto previsto dall'articolo 1 del contratto, risponde all'esigenza di coprire una pluralità di attività di servizio in relazione al "progressivo ampliamento dei contratti di global service, basati sui risultati e comprendenti anche attività di progettazione e di governo della produzione dei vari servizi, di 'facility management' e di servizi integrati o multi servizi". Tanto è vero che, come pure si ricava dal richiamato articolo 1, tale contratto si applica, tra l'altro, a "servizi di manutenzione (aree verdi, impianti e macchinari industriali, ...)" e a "servizi di conduzione e gestione impianti (termici, climatizzazione, elettrici, idraulici,...)", attività che non necessariamente comportano l'abbinamento con servizi di pulizia.

Le argomentazioni della sentenza impugnata vanno condivise anche nella parte in cui affrontano l'ulteriore profilo del motivo in esame, concernente il mancato computo di taluni oneri derivanti dall'utilizzo di apprendisti, oneri che – sostiene la ricorrente – comportano un notevole ridimensionamento dei risparmi di spesa derivanti dal ricorso a questa tipologia negoziale.

Ad escludere la fondatezza di quanto dedotto da ricorrente s.p.a. basta infatti la considerazione che – come ben rilevato dal giudice di primo grado – con riguardo agli apprendisti il raggruppamento controinteressata, pur avendone previsto una remunerazione in misura minore (per effetto del regime previdenziale e fiscale di favore) rispetto a quella dei lavoratori dipendenti, ha prudenzialmente contabilizzato un costo medio equivalente a quello del dipendente, "proprio per tenere conto di quegli oneri di formazione e di affiancamento richiamati dalla ricorrente".

Non solo. In sede di verifica di congruità dell'offerta, aggiunge ancora il giudice di primo grado, sono state apportate alcune "rettifiche prudenziali" – prevedendo una variazione in aumento pari al costo medio di ulteriori due operai di IV livello da impiegare nell'ambito della commessa – "idonee ... a fronteggiare, più che adeguatamente, eventuali maggiori oneri rivenienti dall'utilizzo di personale in apprendistato".

Il motivo in esame è infondato anche con riguardo all'ultimo profilo, diretto a contestare la positiva valutazione di congruità dell'offerta pur a fronte dell'immotivata deroga – rispetto a quanto previsto dalle tabelle ministeriali – del dato concernente il numero annuo di ore lavorate.

Sul punto la sentenza ha ritenuto che la deroga – consentita a fronte di univoci e comprovati elementi di fatto, come la stessa ricorrente riconosce – sia sufficientemente motivata dalle "due dichiarazioni sottoscritte rispettivamente dal consulente del lavoro e dal presidente del collegio sindacale dell'impresa controinteressata (cfr. allegati F.2.8 e F.2.9 alle giustificazioni del 24.5.2012)".

A questo proposito la ricorrente non ha fornito argomenti per contestare le conclusioni del giudice di primo grado.

10. – Con altro motivo ricorrente s.p.a. - riproponendo la censura dedotta in primo grado – lamenta l'illegittimità della deliberazione di aggiudicazione della **gara** nella parte in cui, contrariamente alle risultanze di **gara**, prevede il corrispettivo di euro 17.716.843,20, superiore di ben 3 milioni di euro rispetto alla proposta formulata in **gara** dal raggruppamento controinteressata.

10.a – Il motivo è stato ritenuto infondato dalla sentenza appellata sul rilievo che – in applicazione di quanto previsto dal Disciplinare di **gara** – gli importi relativi agli interventi di manutenzione straordinaria e alla relativa attività di progettazione nel quadriennio di vigenza contrattuale sono stati calcolati per intero e non decurtati del ribasso di **gara**: secondo il giudice di primo grado tali

importi complessivi – come già ricordato – indicano le somme stanziare per i lavori di manutenzione straordinaria e per la relativa attività di progettazione nel quadriennio di vigenza contrattuale, “mentre il ribasso offerto dal concorrente verrà utilizzato in sede di determinazione del compenso riferito ad ogni singolo intervento”.

10.b – La ricorrente, richiamando le considerazioni svolte con il settimo motivo di appello a proposito del plafond di lavori posto a base d'asta (v. supra, punto 8), lamenta il sostanziale azzeramento dei ribassi d'asta formulati dal raggruppamento controinteressata e la conseguente aggiudicazione della **gara** ad una offerta che non è la più vantaggiosa per la stazione appaltante.

10.c – Anche questa censura è priva di pregio.

In applicazione della *lex specialis* - come già rilevato - lo sconto offerto dall'aggiudicataria deve essere applicato non al plafond, ma ai prezzi contrattuali indicati nello schema di contratto di appalto: in questo modo – a parità di plafond - il numero di lavorazioni effettuabili sarà tanto maggiore quanto maggiore è l'entità dello sconto offerto.

Sul punto basta il riferimento – evidenziato nella sentenza appellata - a quanto specificato dal paragrafo 11.2 del Disciplinare di **gara** ai sensi del quale “il compenso stimato per gli interventi di *manutenzione straordinaria* (€ 9.600.000,00) costituisce un ‘*plafond*’, cioè ‘*importo complessivo presunto degli interventi della specie da effettuare nel corso del quadriennio, mentre il ribasso percentuale indicato dal concorrente verrà utilizzato per la contabilizzazione dei singoli ordini di lavoro applicando tale percentuale ai prezzi contrattuali indicati nello schema di contratto di appalto, al netto degli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso*’.”

Altrettanto vale con riguardo al compenso presunto per l'attività di progettazione esecutiva e di assistenza alla progettazione (€ 400.000,00), per il quale il Disciplinare precisa che tale importo "comprende l'onere complessivo presunto relativo alla redazione della progettazione esecutiva nonché quello relativo all'assistenza progettuale quantificata in n. 960 ore all'anno compensate a vacazione mentre il ribasso percentuale offerto dal concorrente verrà applicato per la liquidazione dei singoli ordini sui prezzi indicati nello schema di contratto di appalto".

L'importo complessivo del corrispettivo di **gara** risulta dunque calcolato nel rispetto di quanto previsto dalla *lex specialis*.

11. – Con altro motivo ricorrente s.p.a. contesta il possesso, da parte del raggruppamento aggiudicatario, della certificazione di qualità UNI EN ISO 9000 prescritta al punto III.2.3 lett. d), del bando, sostenendo che la certificazione prodotta sarebbe difforme da quella prescritta dalla legge di **gara**.

11.a – La censura è stata ritenuta ed è infondata in fatto: la sentenza appellata – richiamato il principio giurisprudenziale secondo cui l'attività di "manutenzione ordinaria e straordinaria degli impianti... non può che afferire alla gestione e conduzione dei medesimi" (Cons. Stato, sez. III, 12 maggio 2012, n. 2679) - ha evidenziato come la certificazione di qualità rilaccontrointeressata 2ta a controinteressata s.p.a. abbia ad oggetto, tra l'altro, la "progettazione, erogazione e gestione di servizi integrati connessi agli impianti tecnologici e di servizi generali connessi agli edifici e alle persone".

11.b – Ad avviso della ricorrente la sentenza sarebbe errata perché non ha tenuto conto che la certificazione ISO di controinteressata s.p.a. riguarda le sole attività relative ai lavori (progettazione, installazione, manutenzione) e non i servizi di conduzione richiesti dal bando.

11.c – Anche questa censura non merita apprezzamento.

L'oggetto della certificazione di qualità rilaccontointeressata 2ta a contointeressata s.p.a. – e riportato dalla sentenza impugnata – è incontestato.

Sicché non v'è dubbio che, in applicazione del richiamato principio giurisprudenziale, la certificazione di qualità relativa alla gestione di servizi integrati connessi agli impianti tecnologici deve ritenersi comprensiva anche della conduzione di tali impianti, come del resto dimostra il riferimento ai servizi integrati.

12. – Con l'ultimo motivo dell'appello ricorrente s.p.a. ripropone il quinto motivo del ricorso in primo grado con cui ha contestato l'idoneità dell'avvalimento operato dal raggruppamento aggiudicatario - privo della attestazione di qualificazione SOA nella categoria OG2 - sostenendo che la qualificazione dell'impresa ausiliaria deriverebbe da un contratto di affitto di ramo d'azienda avente durata inferiore a quella dell'appalto.

12.a – La sentenza impugnata ha ritenuto l'infondatezza della censura osservando che, come risulta dal relativo contratto (art. 16), l'affitto di ramo d'azienda "ha la durata di 4 anni a far data dal 1 gennaio 2011 e potrà essere rinnovato per un periodo pari a 18 mesi"; con la conseguenza che – tenuto conto che tale contratto potrà avere efficacia fino al 30 giugno 2016 - l'avvalimento copre quasi integralmente l'arco temporale di efficacia del contratto di appalto la cui durata è prevista in 48 mesi dalla data dell'aggiudicazione avvenuta il 24 settembre 2012.

Il breve periodo di mancata copertura - i tre mesi relativi al periodo 30 giugno 2016-24 settembre 2016 - è da imputare, secondo il giudice di primo grado, alla stazione appaltante "che ha impiegato un termine eccessivo tra la pubblicazione del Bando di **Gara** sulla GUCE - il 30.06.2011 – e l'aggiudicazione definitiva (24.09.2012)".

12.b – La ricorrente ritiene errata la sentenza perché in contrasto con il principio – affermato recentemente anche dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – secondo cui la disponibilità dei requisiti oggetto di avvalimento deve essere assicurata, senza soluzione di continuità e per tutta la *durata dell'appalto*, secondo quanto stabilito dall'articolo 49, comma 2, lett. d) e f), del Codice dei contratti pubblici (sentenza 20 luglio 2015, n. 8).

Con riguardo alla fattispecie, ricorrente s.p.a. evidenzia che la qualificazione dell'impresa ausiliaria (DA_ s.p.a.) è in concreto venuta meno il 31 dicembre 2014, data in cui è scaduto il contratto di affitto di ramo d'azienda con -Cp_ s.r.l., come del resto sarebbe confermato dalla documentazione depositata proprio dall'appellata Banca d'Italia.

12.c – Anche questo motivo non merita apprezzamento.

Va condiviso il rilievo con cui il giudice di primo grado mette in luce come – in relazione alla data di indizione della **gara** e alla eccessiva durata della relativa procedura – non può essere addebitata al raggruppamento aggiudicatario la circostanza che il contratto di affitto di ramo d'azienda non copra gli ultimi tre mesi del periodo di durata del contratto d'appalto.

Inoltre, come osservano entrambe le parti appellate, la circostanza che nel corso dell'esecuzione dell'appalto sia venuta meno l'efficacia del contratto di affitto di ramo d'azienda – in relazione all'istanza di concordato preventivo formulata dall'impresa ausiliaria e alla successiva liquidazione che non hanno consentito la proroga del contratto di affitto fino al 30 giugno 2016 – non ha comunque privato il raggruppamento aggiudicatario del requisito de quo (qualificazione SOA nella categoria OG2): infatti, prima ancora che l'impresa ausiliaria formulasse istanza di concordato

preventivo, il raggruppamento controinteressata ha pattuito con - Cp_ s.r.l. la retrocessione a quest'ultima del ramo d'azienda in forza del cui affitto DA_ s.p.a. aveva garantito l'avvalimento al raggruppamento aggiudicatario.

Va poi aggiunto che - come sottolinea il raggruppamento appellato - l'avvalimento in questione è relativo ad una categoria SOA dichiarata dal bando "scorporabile e subappaltabile", per la quale il raggruppamento medesimo ha dichiarato di aver presentato rituale istanza di subappalto: sicché tale riserva di subappalto – pur a fronte dell'intento dell'aggiudicataria di eseguire direttamente le lavorazioni inerenti detta categoria - costituisce comunque garanzia ulteriore rispetto ai rimedi negoziali previsti in via generale dalla disciplina dell'avvalimento (articolo 49, comma 4, del Codice dei contratti pubblici) ai fini del corretto adempimento dell'impegno assunto nei confronti dell'impresa avvalente e della stazione appaltante.

13. – Sono dunque infondati tutti i motivi dedotti con l'atto di appello.

14. – Con i motivi aggiunti - notificati dalla ricorrente a seguito della visura effettuata presso la Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura dalla quale è risultato che l'ausiliaria DA_ s.p.a. in data 28 novembre 2013 ha presentato domanda di ammissione al concordato preventivo – ricorrente s.p.a. contesta l'idoneità di tale impresa a prestare la classificazione nella categoria OG2: tenuto conto della risoluzione del contratto di affitto di ramo d'azienda con -Cp_ s.r.l. – intervenuta in data 11 novembre 2013 - l'avvalimento in essere con DA_ s.p.a. dovrebbe considerarsi invalido e il raggruppamento controinteressata dovrebbe essere ritenuto del tutto carente dell'attestazione di qualificazione SOA nella categoria OG2, prescritta dal bando tra i requisiti di partecipazione.

I motivi aggiunti sono inammissibili.

E' infatti fondata l'eccezione con cui entrambe le parti appellate escludono la sussistenza dei presupposti stabiliti dall'articolo 104, comma 3, cod. proc. amm., ai fini della proponibilità di motivi aggiunti al ricorso in appello.

Secondo questa disposizione i motivi aggiunti sono proponibili in appello "qualora la parte venga a conoscenza di documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado da cui emergano vizi degli atti o provvedimenti amministrativi impugnati".

Nella specie, le circostanze evocate dalla ricorrente con i motivi aggiunti – la domanda di ammissione al concordato preventivo presentata il 28 novembre 2013 dall'ausiliaria DA_ s.p.a. e la risoluzione del contratto di affitto con , intervenuta in data 11 novembre 2013 – non fanno emergere vizi degli atti impugnati: tali fatti - accaduti dopo la pubblicazione della sentenza appellata (11 settembre 2013) e oltre due anni dopo l'aggiudicazione definitiva della **gara** impugnata in primo grado (24 settembre 2012) – riguardano vicende comunque successive alla stipulazione del contratto, avvenuta il 21 dicembre 2012, e concernono la fase di esecuzione dello stesso.

Sicché deve escludersi che i motivi aggiunti siano formulati in relazione a documenti concernenti l'oggetto del giudizio come introdotto con il ricorso di primo grado.

15. – Conclusivamente l'appello va respinto.

In applicazione del criterio della soccombenza le spese di questo grado di giudizio, come liquidate nella parte dispositiva, devono essere poste a carico della parte appellante.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto (ricorso n. 9269/2013), lo respinge e per l'effetto conferma la sentenza impugnata.

Condanna la parte appellante a rifondere alle parti appellate costituite in giudizio (Banca d'Italia e controinteressata s.p.a.) le spese del presente grado di giudizio, che si liquidano, in favore di ciascuna, nell'importo di euro 4.000,00 (quattromila), 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 15 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Gabriella De Michele, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Maddalena Filippi, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/02/2016

IL SEGRETARIO

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