

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 07/11/2016

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/38772-errore-scusabile-poca-chiarezza-requisiti-intermediari-finanziari-autorizzati-no-esclusione-ma-soccorso-istruttorio-sanzionato>

Autore: Lazzini Sonia

**Errore scusabile poca chiarezza requisiti Intermediari
finanziari autorizzati no esclusione ma soccorso istruttorio
sanzionato**

Consiglio di Stato decisione numero 4528 del 27 ottobre 2016

LA ricorrente anzitutto contesta la tesi del TAR secondo la quale la disciplina di gara e la normativa non potessero determinare alcuna incertezza in ordine alla legittimazione degli intermediari finanziari.

SONIA LAZZINI

Sostiene che, al contrario, il quadro di riferimento delineato dagli artt. 75 del d.lgs. 163/2006, 106 e 107 del d.lgs. 385/1993 e 10 del d.lgs. 141/2010, in continua evoluzione al momento della partecipazione alla gara e con disposizioni non ancora applicabili in via immediata in difetto delle necessarie misure di attuazione, è risultato di non agevole decifrazione, anche alla luce del chiarimento n. 44 fornito dalla stazione appaltante.

Pertanto, l'appellante è incorsa in un errore scusabile e non poteva essere sanzionata con l'esclusione dalla gara, essendo per tale ipotesi previsto il soccorso istruttorio al fine di integrare la cauzione irregolare.

Tale prospettazione appare condivisibile

Il bando di gara (§ III 1.1.) richiamava l'art. 75 del d.lgs. 163/2006 (che si riferisce all'art. 106 del t.u.b.) mentre il disciplinare (§ 9.5) prevedeva che la fideiussione potesse essere rilasciata dagli "intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107".

Su apposito quesito con cui si chiedeva se tra i soggetti di cui al § 9.5. del disciplinare potessero essere ricompresi i soggetti di cui all'art. 106, la stazione appaltante, con il chiarimento n. 44 in data 17 aprile 2015, ha risposto che "sono ricompresi anche i soggetti ex art. 106, nei limiti riportati dal c. 3 dell'art. stesso".

Soltanto dopo la presentazione delle offerte, sono intervenuti il comunicato del

presidente dell'ANAC in data 6 luglio 2015 (che ha chiarito che, “fino al 12 maggio 2016, continuerà ad applicarsi, per gli intermediari non iscritti al nuovo albo unico, il regime antecedente secondo cui gli intermediari abilitati al rilascio delle garanzie previste dal Codice dei Contratti, sono soltanto quelli iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 del TUB”), e l'integrazione in data 21 ottobre 2015 (con cui è stato precisato la disponibilità sul sito della Banca d'Italia degli elenchi degli intermediari finanziari); nonché, la pubblicazione in data 29 luglio 2015 sul sito della Banca d'Italia di un avviso con allegato un elenco di soggetti segnalati per garanzie rilasciate in assenza di abilitazione, comprendente * (e ***, che aveva rilasciato la cauzione a controinteressata 2.); il parere dell'ANAC n. 183 in data 28 ottobre 2015.

Mentre non può che convenirsi sul presupposto secondo il quale * non fosse ricompresa tra i soggetti legittimati a prestare fideiussioni di fini della gara d'appalto (al riguardo, cfr. Cons. Stato, IV, n. 1803/2016, che ha ritenuto non prorogabile il termine assegnato in sede di soccorso istruttorio), peraltro non più contestato neanche dall'appellante, sembra tuttavia al Collegio che, nel descritto contesto normativo e procedimentale, al momento della presentazione dell'offerta potesse al riguardo sussistere un dubbio.

Infatti, il chiarimento n. 44, affermando la possibilità di presentare una cauzione provvisoria mediante intermediari ex art. 106, poteva intendersi riferito agli intermediari iscritti nell'elenco generale e non nell'albo unico, posto che tale albo ancora non esisteva, in assenza della disciplina attuativa.

Al chiarimento può attribuirsi (quanto al presupposto ed alla finalità, a prescindere dal risultato ottenuto) natura interpretativa e non modificativa del testo della disciplina di gara, in quanto volto a superarne la non univocità testuale.

In una controversia (peraltro, relativa ad una gara precedente al d.l. 90/2014) analoga a quella oggi in esame, è stato ritenuto che solo dopo l'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione le norme facenti riferimento agli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 o 107 citati possono essere considerate riferite a quelli iscritti nell'albo di cui all'art. 106 nel nuovo testo; e che, poiché l'art. 75 del d. lgs. 163/2006 faceva riferimento ad una disposizione non ancora in vigore ed era all'epoca allo stato inapplicabile, condivisibilmente la Commissione di gara ha ritenuto scusabile l'errore nella produzione della

garanzia, con sussistenza dei presupposti del soccorso istruttorio disposto nei confronti di tutti i concorrenti, disciplinato dall'art. 46 del d. lgs. 163/2006, anche in applicazione del principio della tutela della massima partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato, V, n. 687/2015).

riportiamo qui di seguito il testo integrale di Consiglio di Stato decisione numero 4528 del 27 ottobre 2016

Publicato il **27/10/2016**

N. 04528/2016REG.PROV.COLL.

N. 04551/2016 REG.RIC.

N. 04665/2016 REG.RIC.

N. 04928/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

1.

(...)

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte sull'esito della procedura aperta per l'affidamento, mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei

lavori di riqualificazione del comprensorio ospedaliero Cattinara di Trieste, indetta dall'Azienda Ospedaliera Universitaria "Ospedali Riuniti" di Trieste di concerto con l'I.R.C.S.S. Burlo Garofolo, mediante bando spedito per le pubblicazioni in data 17 dicembre 2014.

2. Con decreto n. 288 in data 27 ottobre 2015 l'appalto era stato definitivamente aggiudicato al r.t.i. tra ricorrente - ricorrente soc. coop., ricorrente 3 s.r.l. e ricorrente 2 Facility Management s.r.l..

3. L'aggiudicazione è stata anzitutto impugnata dalla controinteressata s.p.a. (n. 455/2015), collocatasi al terzo posto, sostenendo che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere l'aggiudicataria e la seconda classificata (controinteressata 2 . – controinteressata 2 soc. coop., in r.t.i. con controinteressata 3 – controinteressata 3 soc. coop., controinteressata 4 S.p.a. econtrainteressata 5 S.p.a.), in quanto gli intermediari che hanno rilasciato in loro favore la **cauzione** provvisoria, corredata dall'impegno a rilasciare quella definitiva in caso di aggiudicazione (* S.p.a. per ricorrente, e *** S.p.a. per controinteressata 2 .), risultavano privi dell'autorizzazione al rilascio di garanzie in favore di enti pubblici.

4. Nel giudizio, ha proposto ricorso incidentale ricorrente, sostenendo che controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa, per violazione dell'obbligo di corredare la **cauzione** provvisoria con l'impegno al rilascio della polizza globale di esecuzione di cui all'art. 129 del d.lgs. 163/2006, e per carenza dei requisiti di partecipazione (del r.t.p. con capogruppo la società di ingegneria Politecnica s.c., di cui controinteressata si era avvalsa).

5. L'aggiudicazione è stata impugnata anche dalla seconda classificata controinteressata 2 . (n. 456/2015), sostenendo che avrebbe dovuto essere escluso il r.t.i. ricorrente per difetto dei requisiti di partecipazione (in capo alla mandante ricorrente 3 S.r.l.).

6. Nel giudizio, ha proposto ricorso incidentale ricorrente, sostenendo che controinteressata 2 . avrebbe dovuto essere esclusa per difetto dei requisiti di partecipazione (del r.t.p. con capogruppo la società Proger, di cui si era avvalsa).

7. Il TAR Friuli VG, con sentenza n. 109/2016, dopo aver respinto il relativo ricorso incidentale di ricorrente (considerando inammissibili ex art. 34, cod. proc. amm. le censure sul difetto di requisiti del r.t.i. controinteressata , in quanto concernenti poteri non ancora esercitati dalla stazione appaltante, che si era limitata a verificare il possesso dei requisiti nei confronti delle due prime classificate), ha accolto il ricorso di controinteressata , ritenendo che * ed *** non fossero abilitate a rilasciare cauzioni in favore di enti pubblici e che al riguardo non sussistessero incertezze e quindi non fosse ipotizzabile un affidamento incolpevole e non si potesse procedere al soccorso istruttorio, ed ha annullato l'aggiudicazione.

8. La sentenza ha anche negato il subentro nel contratto d'appalto, affermando che non vi era evidenza dell'intervenuta stipula e che l'aggiudicazione in favore di controinteressata dovrà essere necessariamente precedute dai controlli sul possesso dei requisiti di cui all'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006.

9. In conseguenza della sentenza n. 109/2016, il TAR, con sentenza n. 110/2016, ha dichiarato improcedibili per difetto di legittimazione il ricorso di controinteressata 2 . ed il relativo ricorso incidentale di ricorrente, affermando che entrambe sono prive di legittimazione a ricorrere, dovendosi questa riconoscersi esclusivamente ai soggetti che hanno legittimamente partecipato alla gara di cui si contestano giudizialmente gli esiti.

10. La sentenza n. 109/2016 è stata appellata sia da ricorrente (n. 4551/2016) sia da

controinteressata 2 . (n. 4665/2016).

11. La sentenza n. 110/2016 è stata appellata da controinteressata 2 . (n. 4928/2016) e ricorrente ha proposto appello incidentale.

12. Nei tre appelli si è costituita l'Azienda Sanitaria Universitaria Integrata di Trieste (già Azienda Ospedaliera Universitaria Ospedali Riuniti di Trieste), in senso adesivo alla prospettazione delle parti che sostengono la legittimità delle valutazioni operate dalla stazione appaltante.

13. Nell'appello principale di ricorrente (n. 4551/2016) si sono altresì costituite controinteressata 2 ., in senso adesivo, e controinteressata , che ha controdedotto puntualmente; così come hanno fatto negli appelli proposti da controinteressata 2 ., rispettivamente, controinteressata (nell'appello n. 4665/2016) e ricorrente (nell'appello n. 4928/2016).

14. Preliminarmente, il Collegio ritiene di riunire, sia, ex art. 96 cod. proc. amm., gli appelli avverso la sentenza n. 109/2016, sia quello avverso la sentenza n. 110/2016, essendo evidente la connessione oggettiva, oltre che soggettiva.

15. Si può cominciare dall'esame dell'appello di ricorrente (n. 4551/2016).

16. Va anzitutto disattesa l'eccezione di tardività sollevata da controinteressata con riferimento al disposto dell'art. 120, comma 6-bis, del cod. proc. amm., introdotto dall'art. 204 del d.lgs. 50/2016 (nuovo Codice dei contratti pubblici), che prevede, per la proposizione dell'appello nei casi considerati dal comma 2-bis (impugnazioni delle esclusioni o delle ammissioni alla procedura di affidamento, all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi), un termine di trenta giorni dalla comunicazione o notificazione della sentenza.

Infatti, la sentenza gravata consegue all'impugnazione di un provvedimento di aggiudicazione, e quindi è al di fuori dell'ambito tematico considerato dal predetto comma 2-bis, e comunque l'art. 216 del d.lgs. 50/2016 dispone che le disposizioni del Codice si applicano alle procedure ed ai contratti per i quali i bandi o avvisi sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del Codice, mentre l'avvio della procedura in esame risale al 2014.

17. I primi due motivi dell'appello possono essere esaminati congiuntamente.

ricorrente anzitutto contesta la tesi del TAR secondo la quale la disciplina di gara e la normativa non potessero determinare alcuna incertezza in ordine alla legittimazione degli intermediari finanziari.

Sostiene che, al contrario, il quadro di riferimento delineato dagli artt. 75 del d.lgs. 163/2006, 106 e 107 del d.lgs. 385/1993 e 10 del d.lgs. 141/2010, in continua evoluzione al momento della partecipazione alla gara e con disposizioni non ancora applicabili in via immediata in difetto delle necessarie misure di attuazione, è risultato di non agevole decifrazione, anche alla luce del chiarimento n. 44 fornito dalla stazione appaltante.

Pertanto, l'appellante è incorsa in un errore scusabile e non poteva essere sanzionata con l'esclusione dalla gara, essendo per tale ipotesi previsto il soccorso istruttorio al fine di integrare la **cauzione** irregolare.

18. Tale prospettazione appare condivisibile.

18.1. Quanto al quadro normativo, è utile precisare che:

-il d.lgs. 385/1993 (t.u. bancario), antecedentemente alle modifiche introdotte dal d.lgs. 141/2010,

prevedeva all'art. 106 un elenco generale degli intermediari finanziari ed all'art. 107 un elenco speciale, e l'art. 75 del d.lgs. 163/2006 prevedeva che l'offerta dei concorrenti fosse corredata da una garanzia rilasciabile dagli intermediari iscritti nell'elenco speciale previsto dal predetto art. 107;

-la * rientra tra gli intermediari iscritti ex art. 106 del d.lgs. 385/1993;

-il nuovo testo dell'art. 106 del t.u.b., ha previsto un unico albo degli intermediari finanziari, mentre l'art. 107 nella nuova formulazione indica le condizioni in base alle quali gli intermediari sono autorizzati ad esercitare l'attività;

- l'art. 75 del d.lgs. 163/2006, nella formulazione introdotta dal d.lgs. 169/2012, prevede che la fideiussione possa essere rilasciata dagli intermediari iscritti all'albo di cui all'art. 106 del t.u.b.;

-l'art. 10 del d.lgs. 141/2010, ai commi 1 e 3, in via transitoria, prevede che, fino all'emanazione delle disposizioni attuative, gli intermediari finanziari iscritti nell'elenco generale di cui all'originario art. 106 e nell'elenco speciale di cui all'art. 107, possono continuare ad operare per un periodo di dodici mesi successivo al completamento degli adempimenti attuativi;

- la disciplina attuativa, prevista dall'art. 106, comma 3, è stata emanata con d.m. 2 aprile 2015 n. 53, pubblicato (nella G.U. n. 105 dell'8 maggio 2015, vale a dire) successivamente al termine di presentazione delle offerte nella gara in esame.

18.2. Il bando di gara (§ III 1.1.) richiamava l'art. 75 del d.lgs. 163/2006 (che si riferisce all'art. 106 del t.u.b.) mentre il disciplinare (§ 9.5) prevedeva che la fideiussione potesse essere rilasciata dagli "intermediari finanziari iscritti nell'elenco speciale di cui all'art. 107".

Su apposito quesito con cui si chiedeva se tra i soggetti di cui al § 9.5. del disciplinare potessero essere ricompresi i soggetti di cui all'art. 106, la stazione appaltante, con il chiarimento n. 44 in data 17 aprile 2015, ha risposto che "sono ricompresi anche i soggetti ex art. 106, nei limiti riportati dal c. 3 dell'art. stesso".

18.3. Soltanto dopo la presentazione delle offerte, sono intervenuti il comunicato del presidente dell'ANAC in data 6 luglio 2015 (che ha chiarito che, "fino al 12 maggio 2016, continuerà ad applicarsi, per gli intermediari non iscritti al nuovo albo unico, il regime antecedente secondo cui gli intermediari abilitati al rilascio delle garanzie previste dal Codice dei Contratti, sono soltanto quelli iscritti nell'elenco previsto dall'art. 107 del TUB"), e l'integrazione in data 21 ottobre 2015 (con cui è stato precisato la disponibilità sul sito della Banca d'Italia degli elenchi degli intermediari finanziari); nonché, la pubblicazione in data 29 luglio 2015 sul sito della Banca d'Italia di un avviso con allegato un elenco di soggetti segnalati per garanzie rilasciate in assenza di abilitazione, comprendente * (e ***, che aveva rilasciato la **cauzione** a controinteressata 2.); il parere dell'ANAC n. 183 in data 28 ottobre 2015.

19. Mentre non può che convenirsi sul presupposto secondo il quale * non fosse ricompresa tra i soggetti legittimati a prestare fideiussioni di fini della gara d'appalto (al riguardo, cfr. Cons. Stato, IV, n. 1803/2016, che ha ritenuto non prorogabile il termine assegnato in sede di soccorso istruttorio), peraltro non più contestato neanche dall'appellante, sembra tuttavia al Collegio che, nel descritto contesto normativo e procedimentale, al momento della presentazione dell'offerta potesse al riguardo sussistere un dubbio.

Infatti, il chiarimento n. 44, affermando la possibilità di presentare una **cauzione** provvisoria mediante intermediari ex art. 106, poteva intendersi riferito agli intermediari iscritti nell'elenco generale e non nell'albo unico, posto che tale albo ancora non esisteva, in assenza della disciplina

attuativa.

Al chiarimento può attribuirsi (quanto al presupposto ed alla finalità, a prescindere dal risultato ottenuto) natura interpretativa e non modificativa del testo della disciplina di gara, in quanto volto a superarne la non univocità testuale.

20. In una controversia (peraltro, relativa ad una gara precedente al d.l. 90/2014) analoga a quella oggi in esame, è stato ritenuto che solo dopo l'entrata in vigore delle disposizioni di attuazione le norme facenti riferimento agli intermediari finanziari iscritti negli elenchi di cui agli artt. 106 o 107 citati possono essere considerate riferite a quelli iscritti nell'albo di cui all'art. 106 nel nuovo testo; e che, poiché l'art. 75 del d. lgs. 163/2006 faceva riferimento ad una disposizione non ancora in vigore ed era all'epoca allo stato inapplicabile, condivisibilmente la Commissione di gara ha ritenuto scusabile l'errore nella produzione della garanzia, con sussistenza dei presupposti del soccorso istruttorio disposto nei confronti di tutti i concorrenti, disciplinato dall'art. 46 del d. lgs. 163/2006, anche in applicazione del principio della tutela della massima partecipazione alla gara (cfr. Cons. Stato, V, n. 687/2015).

21. Gli artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, del d.lgs. 163/2006, come introdotti dal d.l. 90/2014, convertito nella legge 144/2014, consentono la regolarizzazione – testualmente, prescindendo dagli stati soggettivi del concorrente relativi all'imputabilità o meno dell'omissione o della irregolarità – in ogni ipotesi di “mancanza, incompletezza o irregolarità degli elementi e delle dichiarazioni, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti in base alla legge, al bando e al disciplinare di gara”, sicché è autorizzata la sanzione espulsiva quale conseguenza della sola osservanza, da parte dell'impresa concorrente, dell'obbligo di integrazione documentale.

La latitudine applicativa della disposizione consente di comprendere nell'ambito del soccorso istruttorio l'irregolarità della **cauzione** provvisoria e della dichiarazione di impegno alla costituzione della **cauzione** definitiva, e priva di rilevanza concreta le argomentazioni svolte in contrario da controinteressata .

22. In particolare, controinteressata invoca quanto affermato da A.P. n. 34/2014, in ordine alle caratteristiche strutturali della **cauzione**, che costituisce parte integrante dell'offerta e non mero elemento di corredo della stessa, pertanto richiesta a pena di esclusione.

Ma tale configurazione è finalizzata alla individuazione dell'ambito soggettivo di applicazione dell'escussione della **cauzione** provvisoria, che può essere legittimamente prevista anche nei confronti di imprese non risultate aggiudicatarie, e solo sotto questo profilo detta sentenza ne ha valutato la compatibilità con la disciplina del soccorso istruttorio sopravvenuta ed oggi vigente.

23. Inoltre, a fronte dell'orientamento secondo il quale la mancata presentazione o i vizi della **cauzione** provvisoria ex art. 75 del d.lgs. 163/2006 non costituiscono causa di esclusione ma irregolarità sanabile, non rientrando tra le ipotesi considerate dall' art. 46, comma 1-bis (cfr. Cons. Stato, III, n. 5781/2013; V, n. 687/2015; III, n. 3918 o 6918/2015; in ultimo, V, n. 424/2016), controinteressata sottolinea che l'art. 75, al comma 8, prevede espressamente l'esclusione per la carenza dell'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia per l'esecuzione del contratto (**cauzione** definitiva), che invece costituisce elemento essenziale dell'offerta (cfr. Cons. Stato, VI, n. 3198/2016), e che una garanzia invalida, perché rilasciata da soggetto non abilitato, determina l'invalidità anche dell'impegno che tale garante ha assunto alla prestazione della garanzia definitiva.

Tuttavia, detta previsione non impedisce che trovi applicazione il soccorso istruttorio di cui all'art. 38, comma 2-bis e 46, comma 1-ter, e che solo in caso di inadempimento dell'integrazione entro il

termine assegnato si determini l'esclusione dalla gara.

24. Anche il paventato contrasto con l'art. 51 della Direttiva 2004/18/CE non conduce a diversa conclusione, posto che la disposizione riguarda i requisiti soggettivi di partecipazione e che, comunque, consente non solo il chiarimento, ma anche l'integrazione documentale.

Nel corso della discussione in udienza, controinteressata ha sostenuto che la pretesa di ricorrente ad usufruire del soccorso istruttorio richiedesse un'impugnazione incidentale in primo grado.

Ma ciò contrasta col fatto che ricorrente era risultata aggiudicataria, e non aveva quindi interesse a censurare l'operato della stazione appaltante, mentre ben poteva eccepire la sussistenza dei presupposti del soccorso istruttorio per contrastare la pretesa alla sua esclusione avanzata da controinteressata .

25. Pertanto, stante la complessità della disciplina e l'esigenza di tutelare l'affidamento, in coerenza con i canoni della leale cooperazione e del favor per la più ampia partecipazione alle gare pubbliche, contrariamente a quanto ha ritenuto la sentenza appellata, non poteva invocarsi l'automatica esclusione dalla gara di ricorrente, ma l'irregolarità avrebbe dovuto essere oggetto di richiesta di integrazione attraverso il soccorso istruttorio (cfr., oltre a Cons. Stato, V, n. 687/2015, cit., TAR Abruzzo, Pescara, n. 154/2016; vedi anche TAR Lazio, III, n. 1656/2016; TAR Puglia, Bari, I, n. 766/2016 e n. 873/2016, nonché Cons. Stato, IV, n. 4620/2015 e n. 5621/2015 – ordd., che hanno ritenuto legittima la regolarizzazione in esito a soccorso istruttorio riguardo a garanzie rilasciate da *).

26. Le considerazioni che precedono conducono ad accogliere l'appello di ricorrente.

Può pertanto prescindere dall'esaminare il terzo ed il quarto motivo, concernenti la reiezione del ricorso incidentale proposto in primo grado, nonché i motivi aggiunti ex art. 104, comma 3, cod. proc. amm.

Ciò per economia processuale, ed anche considerando che, superata in ipotesi la preclusione del sindacato sul possesso dei requisiti affermata dal TAR in relazione all'art. 34 cod. proc. amm., la valutazione della riconducibilità alla fattispecie di cui all'art. 263 del d.P.R. 207/2010 ed alle previsioni della lex specialis dei servizi presentati dalla società di ingegneria Politecnica s.c., di cui si è avvalso il r.t.i. controinteressata , richiederebbe approfondimenti istruttori.

Va aggiunto che, in simili casi, la stazione appaltante è comunque tenuta all'applicazione, "ora per allora", della disciplina del soccorso istruttorio, con ogni sanzione patrimoniale conseguente, oltre che a verificare l'adeguatezza delle garanzie definitive prestate in relazione all'esecuzione dell'appalto.

27. Può passarsi ad esaminare l'appello di controinteressata 2 . (n. 4665/2016).

Per quanto esposto, non può essere condivisa la tesi, adombrata nell'appello, della idoneità della **cauzione** rilasciata da *** (intermediario che, secondo quanto prospettato dall'appellante e non confutato dalle controparti, si trovava, rispetto all'iscrizione all'elenco/albo, nella stessa condizione di *) a soddisfare i requisiti della lex specialis.

Risultano invece fondate le censure, del tutto analoghe a quelle dell'appello ricorrente, sopra esaminate, concernenti l'equivocità del quadro normativo, l'affidamento originato dal chiarimento n. 44, e la conseguente applicabilità del soccorso istruttorio per integrare la **cauzione** irregolare.

Pertanto, anche l'appello di controinteressata 2 . avverso la sentenza n. 109/2016 deve essere

accolto.

28. Infine, va esaminato l'appello di controinteressata 2 . avverso la sentenza n. 110/2016 (n. 4928/2016).

Per disattendere l'eccezione di tardività basata sull'art. 120, comma 6-bis, cod. proc. amm., può richiamarsi quanto esposto al punto 16 in relazione all'appello di ricorrente.

Con il primo motivo di appello si sostiene che nel caso in esame ci si trova di fronte ad una connessione per pregiudizialità ovvero per incompatibilità, che configura un vero e proprio obbligo di riunione dei ricorsi, mentre il TAR ha deciso separatamente le due impugnazioni pronunciando l'improcedibilità, peraltro senza che all'udienza di discussione fosse stato pronunciato alcun provvedimento di accoglimento del ricorso della controinteressata .

Vi sarebbe quindi violazione dell'art. 70 e falsa applicazione dell'art. 85, comma 9, cod. proc. amm.

Il Collegio osserva che, se di pregiudizialità si può parlare, essa concerneva anzitutto la questione della legittimazione a ricorrere di controinteressata 2 . quale concorrente legittimamente in gara, e quindi, anche in caso di riunione, avrebbe comportato l'esame prioritario del ricorso di controinteressata ed il medesimo esito di improcedibilità dell'impugnazione.

Il Collegio osserva che, essendo reciprocamente contestata dalle tre imprese concorrenti la legittimità dell'ammissione alla gara, non sembra corretto ravvisare una pregiudizialità tra i ricorsi, alla luce del più recente orientamento della giurisprudenza in tema di rapporti tra ricorso principale ed incidentale (cfr. C.G.U.E., Grande Sezione, 5 aprile 2016, C-689/13; Cons. Stato, III, n. 3708/2016).

In ogni caso, l'unico svantaggio derivante a controinteressata 2 . dalla omessa riunione dei ricorsi in primo grado consiste nell'aver dovuto appellare distintamente le due sentenze sopportando un doppio pagamento per il contributo unificato; ma in ordine al rimborso o risarcimento che da ciò astrattamente potrebbe derivare, controinteressata 2 . non avanza pretese.

29. E' invece corretto l'assunto, oggetto sostanziale del secondo motivo di appello, secondo il quale l'illegittimità della sentenza n. 109/2016 comporta il venir meno del presupposto su cui è basata la sentenza n. 110/2016, e legittima controinteressata 2 . a contestare l'aggiudicazione a ricorrente.

Per tale aspetto, in parziale accoglimento dell'appello, la sentenza deve essere riformata.

Occorre pertanto esaminare le censure, che l'appellante ripropone con il terzo motivo, concernenti la mancanza del possesso dei requisiti di partecipazione da parte delle imprese esecutrici dei lavori del r.t.i. ricorrente.

30. L'appellante sottolinea che, nella gara in questione:

- le categorie specialistiche OS3, OS28 e OS30, relative ad opere scorporabili, potevano essere ricomprese nella OG11 che le compendia (cfr. chiarimento n. 8);

- quanto ai requisiti spesi, la mandataria ricorrente ha evidenziato il possesso della classifica VIII nella OG11 dichiarata come prevalente ritenendo assorbite le OS4, OS5, OS6 e OS7; tale modalità comporta, in base al disciplinare (pag. 6, punto 5.a): "in ogni caso, i requisiti relativi a tali categorie scorporabili, non posseduti direttamente, devono essere posseduti con riferimento alla categoria prevalente" (previsione in linea con l'art. 92, commi 1 e 3, del d.P.R. 207/2010), la dimostrazione del possesso di un importo di iscrizione nella categoria prevalente pari a euro 34.402.599,99 della OG1 + 39.313.954,11 delle categorie scorporabili non possedute e dichiarate assorbite nella

prevalente, per un totale di euro 73.716.554,10;

- la mandante Bilfinger dichiarava di partecipare per le opere specialistiche scorporabili OS3, OS28 e OS30, raggruppate nella OG11, avendo la classifica VIII;

- la mandante ricorrente 3 per la OG1, con classifica IV-bis (oltre che per la OS21, class. IV-bis, non dichiarata come assorbita);

- il r.t.i. ricorrente è verticale rispetto alle categorie specialistiche dichiarate scorporabili ed orizzontale rispetto alla categoria prevalente, e quindi di tipo misto, posto che nella domanda di partecipazione (punto A pag. 3) Bilfinger è mandante per le opere specialistiche dichiarate scorporabili afferenti la OG11 (coprendone il 100%), ricorrente 3 è mandante per quelle della OS21 (coperte al 100%) e per le opere della categoria prevalente OG1 (10%); ricorrente è mandataria, coprendo l'importo relativo alle OG1 (competenza ad eseguirne il 90%).

31. Poiché il r.t.i. misto non è un tertium genus, ma è costituito da uno o più sub-raggruppamenti orizzontali che si aggiungono ad uno verticale, è coerente che trovi applicazione la disciplina dei r.t.i. orizzontali. Quanto previsto dal punto 5 del disciplinare e dall'art. 92 del d.P.R. 207/2010, sull'accrescimento di importo nell'iscrizione alla categoria prevalente, costituisce presupposto ineludibile di ammissione alla gara, svolgendo una funzione di garanzia per la stazione appaltante in guisa da supplire, con la maggiore capacità e solidità delle imprese, la mancanza del possesso di quelle categorie specialistiche e scorporabili, necessarie alla realizzazione delle opere.

32. Ne consegue, conclude l'appellante, che la mandante, in ossequio all'art. 92, comma 3, del d.P.R. 207/2010, avrebbe dovuto dimostrare il possesso di almeno il 10% del requisito relativo alla categoria richiesta, pena l'esclusione dalla gara. Ma ricorrente 3 non possiede requisiti pari al 10% di euro 73.716.554,10 avendo nella OG1 la classifica IV-bis, vale a dire fino a euro 3.500.000,00.

33. La tesi di controinteressata 2 non può essere condivisa.

Tecnogeo risulta mandante al 10% per la categoria OG1, ma non, come indicato da controinteressata 2., per euro 73.716.554,10 (importo complessivo di tutte le lavorazioni scorporabili e subappaltabili, con la sola esclusione della OS30 non subappaltabile), bensì per 34.402.599,99 ed è abilitata all'esecuzione dei lavori in detta categoria per detto limite in quanto possiede la SOA classificazione IV-bis (euro 3.500.000,00) superiore al 10% richiesto dall'art. 92, comma 2, del d.P.R. 207/2010.

La restante qualificazione in OG1 è garantita dalla ricorrente, che dispone della SOA illimitata, in applicazione del comma 3 dell'art. 92, secondo cui "I requisiti relativi alle lavorazioni scorporabili non assunte dalle mandanti sono posseduti dalla mandataria con riferimento alla categoria prevalente ...".

In altri termini, ricorrente 3 era tenuta a coprire (oltre alla OS21) la parte della categoria prevalente OG1 "mancante" rispetto a quella indicata come assunta dalla mandataria, non anche dell'importo della OG1 aumentato per effetto dell'assorbimento delle categorie scorporabili, e coperto da ricorrente (in ordine alla riferibilità alla categoria considerata del 10% posseduto dall'impresa mandante, cfr. anche il parere precontenzioso ANAC n. 50 del 19 marzo 2014).

Una diversa interpretazione dell'art. 92, comma 3, si porrebbe contro il tenore testuale della disposizione, e risulterebbe anche in contraddizione con il generale favor per le piccole e medie imprese esistente nella disciplina degli appalti pubblici, che non può non riguardare anche il profilo della qualificazione.

34. L'infondatezza della censura esaminata comporta il rigetto della restante parte dell'appello avverso la sentenza n. 110/2016.

Ne consegue, con il consolidamento della graduatoria originaria della gara in questione, la mancanza di interesse alla decisione nel merito dell'appello incidentale di ricorrente, concernente la mancanza di requisiti di qualificazione in capo alla società Proger (capogruppo del r.t.p. di cui si è avvalsa controinteressata 2.). L'appello incidentale pertanto risulta improcedibile.

35. In conclusione, l'appello n. 4551/2016 e l'appello n. 4665/2016 devono essere accolti, con conseguente riforma della sentenza n. 109/2016 e rigetto del ricorso proposto in primo grado da controinteressata ; mentre l'appello n. 4928/2016 deve essere accolto limitatamente alla riforma della pronuncia di improcedibilità contenuta nella sentenza n. 110/2016 e respinto per il resto, con conseguente dichiarazione di improcedibilità del relativo appello incidentale e rigetto del ricorso proposto in primo grado da controinteressata 2 ..

Considerate la complessità ed opinabilità delle questioni affrontate, le spese del doppio grado dei giudizi possono essere integralmente compensate tra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- riunisce gli appelli n. 4551 del 2016, n. 4665 del 2016 e n. 4928 del 2016;
- accoglie l'appello di ricorrente - ricorrente Soc. coop. n. 4551 del 2016;
- accoglie l'appello di controinteressata 2 . - controinteressata 2 Soc. coop. n. 4665 del 2016;
- accoglie in parte l'appello di controinteressata 2 . - controinteressata 2 Soc. coop. n. 4928 del 2016 e dichiara improcedibile il relativo appello incidentale di ricorrente - ricorrente Soc. coop.;
- per l'effetto, in riforma della sentenza del TAR Friuli Venezia Giulia n. 109 del 2016, respinge il ricorso proposto in primo grado da controinteressata S.p.a., e, in riforma della sentenza del TAR Friuli Venezia Giulia n. 110 del 2016, dichiara ammissibile, ma infondato, il ricorso proposto in primo grado da controinteressata 2 . - controinteressata 2 Soc. coop.;
- compensa integralmente tra le parti le spese del doppio grado dei giudizi.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

Stefania Santoleri, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

L'ESTENSORE

Pierfrancesco Ungari

IL PRESIDENTE

Marco Lipari

IL SEGRETARIO