



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 8866 del 2014, proposto dalla società Spa Gecop -Generale Costruzioni e Progettazioni, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Gloria Naticchioni C.F. NTCGLR68P43H501Y, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Capo Miseno, 21;

contro

Ministero degli Affari Esteri, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso per legge dalla Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, alla Via dei Portoghesi n. 12, è domiciliato, costituitosi in giudizio; Società 3a Progetti Spa, società Edil Ri.Ma. s.n.c. non costituitesi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il LAZIO –Sede di ROMA- SEZIONE I n. 6042/2014, resa tra le parti, concernente risarcimento danni per esclusione da

procedura ristretta per l'appalto dei lavori di adeguamento dell'immobile da destinare a nuova sede del consolato generale a Londra.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero degli Affari Esteri;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 novembre 2016 il consigliere Fabio Taormina e uditi l'avvocato Gloria Naticchioni per la società appellante e l'avvocato dello Stato Enrico De Giovanni per l'Amministrazione appellata;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con la sentenza in epigrafe impugnata n. 6042/2014 il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio – Sede di Roma – ha respinto il ricorso proposto dalla società odierna appellante GE.CO.P. (Generale Costruzioni e Progettazioni) s.p.a., volto ad ottenere l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva (d.m. n. 5513/1051 del 15 novembre 2011) relativo alla procedura ristretta per l'appalto dei lavori di adeguamento dell'immobile da destinare a nuova sede del Consolato generale d'Italia a Londra (Regno Unito) di cui al bando di gara pubblicato in G.U.R.I. n. 91 del 3 agosto 2011 e degli atti e provvedimenti connessi, tra cui il provvedimento di aggiudicazione provvisoria in favore della società 3A Progetti e la graduatoria finale di gara, contenuti nel verbale del 10 novembre 2011.

2. La società odierna appellante, premettendo di avere partecipato alla detta gara collocandosi quale terza graduata, dopo la società 3A Progetti s.p.a., aggiudicataria

definitiva, e la società Edil Ri.Ma. s.n.c., e di avere conseguito il miglior punteggio in sede di valutazione delle offerte tecniche, aveva proposto articolate censure di violazione di legge ed eccesso di potere chiedendo l'annullamento degli atti suindicati sostenendo che entrambe le imprese che la precedevano nella graduatoria di gara, al fine di integrare il requisito di partecipazione OG11, Classifica III, avevano prodotto dichiarazioni di avvalimento manifestamente carenti, oltre a incorrere in ulteriori irregolarità.

3. L'aggiudicataria 3A Progetti, si era costituita in giudizio ed aveva sostenuto l'inammissibilità e l'infondatezza del ricorso di Ge.Co.P ed aveva a propria volta proposto ricorso incidentale teso a dimostrare che l'impresa ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara e non aveva legittimazione né interesse a contestarne l'esito; l'intimata amministrazione, si era costituita in giudizio chiedendo la reiezione sia del ricorso principale che di quello incidentale.

4. Il T.a.r. ha innanzitutto manifestato l'intendimento –per ragioni di economia processuale- di esaminare con priorità il ricorso principale in quanto infondato, per giungere alla statuizione di improcedibilità del ricorso incidentale.

4.1. La sentenza impugnata ha quindi preso in esame il merito delle censure prospettate nel ricorso principale e le ha respinte, deducendo, in sintesi, che:

a) con il primo motivo di ricorso Ge.Co.P. aveva sostenuto che le offerte presentate dalla 3A Progetti e dalla Edil Ri.Ma. s.n.c., risultate, rispettivamente, aggiudicataria e seconda classificata, avrebbero dovuto essere escluse dalla gara, in quanto le dichiarazioni e il contratto dalle medesime presentate in tema di avvalimento sarebbero gravemente carenti e rese in violazione sia delle norme di riferimento che del bando di gara;

a1) in particolare, le censure mosse alla aggiudicataria 3A Progetti muovevano dal presupposto che l'aggiudicataria e la società avvalsa non avrebbero esplicitato gli impegni assunti e la concreta distribuzione dei requisiti economico-finanziari e

tecnico-organizzativi, con ciò al contempo conferendo all'art. 49 del d.Lgs. n. 163/2006 una valenza meramente formale e violando le rigorose disposizioni del bando sul punto;

b) senonchè, per costante giurisprudenza per l'esistenza e l'operatività del contratto di avvalimento non erano necessari, in linea di principio, contenuti particolari e predeterminati, né specifiche tassative formalità, oltre a quelle specificate dall'art. 49 del Tuscip a condizione che l'avvalimento dei requisiti soggettivi di qualità fosse reale e non formale (il che costituiva il bene protetto dall'art. 49 citato) e tali requisiti erano nel caso di specie riscontrabili in quanto:

I) dal preambolo del relativo contratto di avvalimento, versato in atti, emergeva infatti che "3A Progetti s.p.a. intende avvalersi dei requisiti OG11 della Idealclima Lavori s.r.l. per concorrere alla gara in oggetto indicando tale impresa quale impresa ausiliaria ai sensi dell'articolo 49, comma 2, del d.lgs. 163/2006 per soddisfare il requisito di iscrizione SOA nella categoria OG11 classifica III ad integrazione del requisito della propria categoria OG11 classifica I" e che Idealclima Lavori "si obbliga nei confronti di 3A Progetti s.p.a. (impresa concorrente) a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutto la durata dell'appalto", con l'effetto che "L'impresa concorrente ... e l'impresa ausiliaria ... nel rispetto di quanto stabilito al comma 4 dell'art. 49 d.lgs. 163/06 sono responsabili in solido nei confronti della stazione appaltante in relazione alle prestazioni oggetto del presente contratto";

II) emergeva quindi la ritualità della indicata clausola contrattuale che acclarava il consenso che la società avvalsa prestava all'utilizzo dei requisiti connessi all'attestazione SOA, soprattutto, in quanto corredata dal riferimento alle risorse necessarie all'adempimento delle prestazioni contrattuali, il che dimostrava che tutto quanto era stato posto a base della qualificazione era stato messo a disposizione della concorrente;

III) e d'altro canto la società avvalsa aveva dichiarato di “obbligarsi verso il concorrente ... e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui il concorrente è carente” secondo quanto previsto dal sottostante contratto “in virtù del quale la scrivente impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della 3A Progetti s.p.a. a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto”.

c) sebbene quanto in proposito osservato rendesse carente l'interesse alla delibazione delle censure in tema di ritualità dell'avvalimento, nei confronti della seconda graduata Edil Ri.Ma., doveva rilevarsi che anche le critiche a detta posizione erano infondate in quanto:

I) la stessa originaria ricorrente principale aveva affermato sostanzialmente che il contratto di avvalimento presentato dalla Edil Ri.Ma. indicava le risorse della BMT Appalti oggetto di avvalimento;

II) e non era vero che l'impegno prestato per la messa a disposizione delle risorse stesse tempestivamente, ovvero in fase di partecipazione alla gara, non coprisse la durata dell'appalto;

III) detta censura si fondava su un mero inciso del contratto di avvalimento in parola, datato 30 agosto 2011 (“L'impresa avvalente è autorizzata ad utilizzare il requisito SPOA dell'impresa ausiliaria per partecipare alla gara”), smentito e comunque chiarito e integrato dal restante contenuto del contratto e dalla connessa dichiarazione di BMT, in quanto la dichiarazione di BMT in ordine alla messa a disposizione delle risorse necessarie, di cui era carente il concorrente, con riferimento alla Categoria OG1, Classifica V e Categoria OG11, Classifica III, puntualmente specificate con il riferimento ai mezzi, alle attrezzature, ai materiali, agli addetti, recava il riferimento temporale a “tutta la durata dell'appalto”;

IV) inoltre, il contratto di avvalimento del 30 agosto 2011 alle lettere b) e d), si riferiva espressamente e inequivocabilmente alla messa a disposizione delle risorse in parola “per tutta la durata dell’appalto”.

4.2. Parimenti, la sentenza impugnata ha respinto il secondo ordine di doglianze, evidenziando che:

a) GE.CO.P., (applicando all’istituto dell’avvalimento principi normativi e giurisprudenziali valevoli per le ATI) aveva sostenuto che le cauzioni provvisorie dei due concorrenti meglio graduati, nella forma della fideiussione, avrebbero dovuto essere prestate non solo a favore della 3A Progetti e della Edil Ri.Ma., come avvenuto, ma anche delle loro ausiliarie (IdealClima e BMT):

b) la lettura combinata dell’art. 10.2, lett. e), del bando di gara, (ove si prevedeva che “i concorrenti” debbano produrre, a pena di esclusione, garanzia provvisoria a copertura della mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell’aggiudicatario ai sensi dell’art. 75 del d.lgs. 163/2006) e dell’art. 75 del d.lgs. 163/2006 smentiva tale tesi in quanto ivi si faceva esclusivo riferimento alle imprese partecipanti alla gara, e, quindi, nella fattispecie, alle imprese avvalenti, unici potenziali soggetti chiamati a sottoscrivere il contratto di appalto, e nei confronti dei quali garantire la serietà e la congruenza dell’offerta, e l’onere cauzionale in parola non doveva gravare anche su un soggetto ulteriore e diverso, quale le società avvalse;

4.3. Infine, la sentenza impugnata ha respinto anche il terzo e ultimo motivo di ricorso finalizzato all’accertamento della asserita violazione da parte della stazione appaltante dell’obbligo di escludere dalla gara le due prime classificate, rilevando che:

a) quanto al primo profilo con cui si era sostenuto che le dichiarazioni di cui all’art. 38 d.lgs. 163/2006 rese dai direttori tecnici, anche cessati, dell’aggiudicataria sarebbero state rilasciate il 2 agosto 2011 (ovvero in data anteriore alla pubblicazione del bando, avvenuta il 3 agosto 2011) e pertanto erano irregolari e

non finalizzate alla procedura, era evidente (come del resto dedotto dall'Amministrazione) che ci si trovava al cospetto di un evidente errore materiale, come emergeva dalle epigrafi delle dichiarazioni, che richiamaavano il titolo della gara (circostanza, questa, che non poteva essere nota alla concorrente prima della pubblicazione del bando);

b) quanto al secondo profilo, con cui si era stigmatizzato che la seconda graduata Edil Ri.Ma. non aveva indicato nell'offerta economica il prezzo complessivo in cifre ed in lettere, come richiesto dal bando di gara, doveva rilevarsi che la duplice indicazione, in cifre e in lettere, del prezzo offerto aveva esclusivamente lo scopo di rendere più chiara la volontà dell'impresa, e, dunque, non poteva (in un caso quale quello riscontrabile, in cui non vi erano dubbi sulle intenzioni dell'offerente) costituire causa di esclusione.

4.4. Conclusivamente, l'impugnata sentenza ha respinto nel merito il ricorso principale e la connessa domanda risarcitoria, ed ha dichiarato improcedibile per carenza di interesse il ricorso incidentale.

5. La società originaria ricorrente GE.CO.P. (Generale Costruzioni e Progettazioni) s.p.a. rimasta soccombente, ha impugnato detta decisione criticandola sotto ogni angolo prospettico; dopo avere analiticamente ripercorso l'andamento del contenzioso (e fatto presente che l'opera era stata integralmente realizzata per cui essa in corso di giudizio aveva "ridotto" la propria domanda limitandola alla tutela risarcitoria per equivalente discendente dalla illegittimità degli atti) ed avere riepilogato quale fosse il contenuto della *lex specialis* (pagg. 1-12 dell'atto di appello) della gara ha dedotto in particolare (pagg. 13-21, ripropositive del primo motivo del ricorso di primo grado) che:

a) nel contratto di avvalimento stipulato dall'aggiudicataria non erano state minimamente elencate quali fossero le risorse, i mezzi, il personale, messi a disposizione dalla società Idealclima Lavori in favore di 3A Progetti s.p.a.;

- b) anche le dichiarazioni unilaterali di avvalimento rese dalla società Idealclima Lavori in favore di 3A Progetti s.p.a erano formalmente irregolari, in quanto manchevoli dei requisiti previsti a pena di esclusione dalla *lex specialis*;
- c) analogamente, era irregolare e generico il contratto di avvalimento (e le relative dichiarazioni) intercorso tra la seconda graduata Edil Ri.Ma e BMT Appalti; esso era in pratica limitato al prestito della Soa;
- d) in violazione del bando, la seconda graduata Edil Ri.Ma aveva poi presentato un ulteriore contratto di avvalimento datato 10.10.2011,
- e) il T.a.r. si era discostato dalla giurisprudenza consolidata (Cds n. 1322/2014) e non aveva colto che le dichiarazioni di avvalimento delle prime due ditte graduate si limitavano a ripetere la formula di legge senza minimamente “riempirla” di alcun contenuto;
- f) inoltre la clausola del contratto di avvalimento della Gecop inammissibilmente limitava la responsabilità di Idealclima Lavori alle sole prestazioni oggetto di avvalimento e non all’intero contratto;
- g) l’appellante ha poi riproposto (pagg. 21- dell’atto di appello) il secondo originario motivo del ricorso di primo grado relativo ai vizi delle cauzioni provvisorie presentate dalle due ditte prime graduate.
- h) ha infine quantificato il danno da lucro cessante in euro 127.785//00 (pari al 5% del corrispettivo offerto) ed ha fatto presente che l’opera era stata definita in 13 mesi (invece dei 5 mesi previsti dal crono programma dall’aggiudicataria)

6. In data 17.11.2014 l’appellata Amministrazione si è costituita nell’odierno grado di giudizio

ed ha chiesto la reiezione del ricorso in appello.

7. In data 18.10.2016 l’appellante società ha depositato una articolata memoria difensiva puntualizzando e ribadendo le proprie doglianze ed evidenziando che l’ordinanza cautelare reiettiva del T.a.r. n. 544/2012 era stata pronunciata in

quanto aveva avuto luogo la consegna dei lavori, ma poi i lavori erano terminati in 19 mesi, non rispettando il cronoprogramma previsto.

10. Alla odierna pubblica udienza del 3 novembre 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. L'appello è in parte infondato (quanto alle censure investenti la seconda graduata) e nella restante parte improcedibile per carenza di interesse (quanto alle censure investenti la posizione della prima graduata): la sentenza impugnata merita pertanto conferma nei sensi di cui alla motivazione che segue.

1.1. Ritiene opportuno il Collegio immediatamente evidenziare che - avuto riguardo alla tipologia delle censure proposte ed all'andamento della gara (considerato che l'appellante società si è qualificata al terzo posto)- la condizione imprescindibile e necessaria affinché la stessa possa ottenere la vittoria giudiziale cui aspira (che a cagione dell'avvenuto esaurimento dell'oggetto del contratto è rappresentata ormai esclusivamente nella tutela risarcitoria per equivalente) riposa nella positiva delibazione delle doglianze che investono la posizione di entrambe le ditte meglio graduate.

Ciò in quanto, se anche la posizione di una soltanto di esse risultasse immune dalle doglianze proposte dalla odierna appellante, se ne dovrebbe convenire che quest'ultima in nessun modo si sarebbe potuta aggiudicare la gara e che, pertanto, non avrebbe diritto ad ottenere la tutela risarcitoria.

1.1.1. Il metodo che verrà seguito da Collegio (anche in omaggio al principio della c.d. "ragione più liquida" di cui agli artt. 49, c. 2, e 74 c.p.a) sarà pertanto il seguente:

a) verranno analiticamente e partitamente esaminate le censure (peraltro simili, nella loro complessiva impostazione) avanzate dall'appellante nei confronti di ciascuna delle imprese che l'hanno preceduta in graduatoria;

b) laddove dall'esame di una di essa ne emerga l'infondatezza, il Collegio arresterà il proprio esame, non avendo l'appellante alcun interesse, in tale ipotesi, alla disamina integrale del proprio ricorso: accertato infatti che una delle imprese che la precedono non avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara ne discenderebbe che l'appellante non avrebbe avuto alcuna possibilità di aggiudicarsi la medesima e che, quindi, le censure articolate nei confronti dell'altra società meglio graduata non sarebbero assistite da alcun permanente interesse e dovrebbero pertanto essere dichiarate improcedibili.

2. Le doglianze articolate nei confronti dell'offerta presentata dalla Edil Ri.Ma. s.n.c. sono prive di fondamento e si basano su una lettura formalistica e non condivisibile della disciplina in punto di avvalimento.

2.1. Quanto alla prima censura –incentrata sulla insussistenza dei requisiti formali per ritenere valida la dichiarazione di avvalimento presentata dalla seconda graduata- essa non è persuasiva. Essa in effetti trae le mosse dalla condivisibile giurisprudenza amministrativa concernente l'avvalimento della qualificazione SOA, che ha affermato che "per potersi avvalere dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo di un altro soggetto è ... necessario che risulti chiaramente, sia dal contratto di avvalimento che dalla dichiarazione unilaterale dell'impresa ausiliaria indirizzata alla stazione appaltante, che l'impresa ausiliaria medesima preli le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità, richiedendo l'art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006 e l'art. 88, comma 1, lett. a), d.P.R. n. 207 del 2010 che il contratto di avvalimento soddisfi l'esigenza di determinazione dell'oggetto riportando in modo compiuto, esplicito ed esauriente le risorse e i mezzi prestatati in modo determinato e specifico ... Il concorrente ha, pertanto, l'onere di dimostrare che l'impresa ausiliaria si impegna non semplicemente a prestargli il requisito richiesto quale mera entità astratta, né a prestargli alcuni mezzi, ma che assume

l'obbligazione di mettere a sua disposizione tutte le risorse e l'apparato organizzativo che hanno giustificato l'attribuzione di quella specifica qualificazione SOA" (in questo senso Consiglio di Stato, 27 aprile 2015, n. 2063). Posto infatti che l'art. 88 del DPR n. 207/2010 chiarisce che "per la qualificazione in gara", il contratto di avvalimento "deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente", per quanto riguarda l'oggetto, "le risorse e i mezzi prestatati in modo determinato e specifico", laddove l'ausiliaria non abbia messo a disposizione alcuna risorsa, né vi sia stata specificazione sul tipo di dotazioni, mezzi e personale rese disponibili deve operare il principio (dal quale il Collegio non ritiene vi siano ragioni per discostarsi) secondo cui va esclusa dalla gara pubblica l'impresa che, ai fini della partecipazione, abbia prodotto contratto di avvalimento nel quale però manchi del tutto la puntuale indicazione delle risorse, dei mezzi o di altro elemento necessario, che s'intende mettere a disposizione dell'impresa istante, dovendo escludersi che l'oggetto del contratto possa essere determinato *per relationem* alla qualificazione SOA (cfr. Cons. St., sez. V, 17/03/2014 n. 1322). In altri termini, deve convenirsi che nelle gare pubbliche non può ritenersi valido ed efficace il contratto di avvalimento che si limiti ad indicare genericamente che l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti della concorrente a fornirle i propri requisiti e a mettere a sua disposizione le risorse necessarie, di cui essa è mancante, per tutta la durata dell'appalto, senza però in alcun modo precisare in che cosa tali risorse materialmente consistano e senza che tale carenza possa reputarsi colmata dal semplice riferimento contrattuale all'attestazione SOA per le categorie in questione; le parti, principale e ausiliaria, devono infatti impegnarsi a mettere a disposizione non il solo requisito soggettivo quale mero valore astratto, ma è necessario che risulti chiaramente che l'ausiliaria presti le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, a seconda dei casi: mezzi, personale e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (cfr. Cons. St., sez. IV, 26/05/2014 n. 2675).

4.1. Tali condivisibili principi risultano tuttavia evocati a sproposito, quanto all'avvalimento intercorso tra la seconda graduata e la BMT appalti, in quanto:

a) come condivisibilmente già rilevato dal T.a.r. la censura trae spunto da un mero inciso del contratto di avvalimento in parola, datato 30 agosto 2011 (“L’impresa avvalente è autorizzata ad utilizzare il requisito SPOA dell’impresa ausiliaria per partecipare alla gara”);

b) esso è smentito dal restante contenuto del contratto e dalla connessa dichiarazione di BMT, che, nel penultimo capoverso dell’ultima pagina, in fondo, della dichiarazione BMT del 30 agosto 2011 -concernente appunto la dichiarazione di BMT in ordine alla messa a disposizione delle risorse necessarie, di cui è carente il concorrente, con riferimento alla Categoria OG1, Classifica V e Categoria OG11, Classifica III, come già detto puntualmente specificate con il riferimento ai mezzi, alle attrezzature, ai materiali, agli addetti- reca il riferimento temporale a “tutta la durata dell’appalto”;

c) ivi è stata analiticamente specificata la dotazione di mezzi (4 autocarri, e 2 mezzi d’opera) di attrezzature varie e di operai (7 in totale, con specificazione delle relative qualifiche) messe a disposizione;

d) detta indicazione è reiterata nel contratto di avvalimento (datata 30.8.2011) depositato in atti: soltanto estrapolando la premessa di quest’ultimo e “slegandola” rispetto all’impegno negoziale l’appellante ha formulato la propria censura, che appare del tutto non condivisibile, in quanto una interpretazione secondo logica e secondo buona fede dei suindicati atti impedisce di accedere alla critica appellatoria, secondo la quale l’impegno di BMT non copriva l’intera durata del contratto.

4.2. Per altro verso, l’indicazione di tipologia e numero di mezzi e maestranze (indicazione contenuta sia nel contratto di avvalimento dell’agosto 2011, che nella dichiarazione unilaterale di BMT, e reiterata nel successivo contratto di

avvalimento depositato alla stazione appaltante) impedisce di prendere in considerazione positiva la tesi secondo cui il negozio di avvalimento fosse ad oggetto indeterminato: l'art. 49 lett. C del TUCP, applicabile *ratione temporis* alla controversia, è stato pertanto rispettato, non essendo carente la dichiarazione sottoscritta da parte dell'impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 38, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento.

5. Eguale sorte merita la seconda doglianza riferibile alla posizione della seconda graduata (anche tale doglianza è comune alla posizione della aggiudicataria), laddove si contesta la regolarità della polizza fideiussoria, presentata a titolo di cauzione provvisoria, in quanto non estesa anche all'impresa ausiliaria: invero, in mancanza di una specifica previsione della *lex specialis*, non può identificarsi un obbligo di inclusione nell'intestazione della cauzione provvisoria, riferito alle imprese ausiliarie discendente dall'art. 49, del d.Lgs. n. 163 del 2006, posto che ivi, dopo aver contemplato un regime di responsabilità solidale tra l'impresa avvalente e quella ausiliaria, si dispone che il contratto di appalto è comunque eseguito dall'impresa avvalente, a nome della quale è rilasciato il certificato di esecuzione dei lavori.

Invero, se lo stesso legislatore individua dunque nell'impresa avvalente l'unico soggetto titolare del contratto di appalto, risulta allora del tutto illogico affermare che l'onere cauzionale deve gravare su di un soggetto ulteriore e diverso, in ordine al quale rileva solo il rapporto interno con l'avvalente medesimo, ferma restando la predetta responsabilità solidale *ex lege* dell'ausiliario nei confronti dell'amministrazione aggiudicatrice.

Tale prospettazione, a più riprese predicata dalla giurisprudenza di primo grado, conferma che non vige obbligo di intestazione della polizza anche alle imprese ausiliarie (solo in caso di A.t.i, l'obbligato principale sono tutti gli operatori

interessati, mentre per l'avvalimento il responsabile è il partecipante) e che è sufficiente la intestazione della stessa ditta principale (in quanto, appunto l'avvalente è l'unico soggetto titolare del contratto di appalto) e che deve escludersi che ricorra l'esigenza di estensione della cauzione provvisoria anche alle imprese ausiliarie.

Ciò, oltre che logico, è confermato dal dato normativo *ratione temporis* vigente ed applicabile in quanto nessuna disposizione menziona un obbligo di inclusione nell'intestazione della cauzione provvisoria segnatamente riferito alle imprese ausiliarie, né può identificarsi un obbligo di legge al riguardo discendente dall'art. 49 del d.Lgs. n. 63 del 2006, posto che ivi, dopo essersi contemplato un regime di responsabilità solidale tra l'impresa avvalente e quella ausiliaria, si dispone che il contratto di appalto è comunque eseguito dall'impresa avvalente.

6. Disattese tutte le doglianze che attingono la posizione della seconda graduata, se ne deve concludere (coerentemente con la premessa metodologica enunciata nella prima parte della motivazione del presente provvedimento) che:

- a) nessuna causa di esclusione dalla gara attingeva quest'ultima;
- b) anche in ipotesi di esclusione dell'aggiudicataria, stante la infondatezza delle censure che attingevano la posizione della seconda graduata, l'appellante non si sarebbe potuta aggiudicare la gara;
- c) le doglianze concernenti la posizione della prima graduata, a questo punto, sono improcedibili per carenza di interesse, non vantando l'appellante alcun permanente interesse alla delibazione delle medesime, che in nessun caso potrebbe giovare alla propria posizione;
- d) posto che l'appellante società non si sarebbe potuta aggiudicare la gara alla stessa non è attribuibile alcuna tutela risarcitoria per equivalente.

7. Conclusivamente, l'appello va dichiarato in parte infondato, ed in parte improcedibile, con consequenziale conferma dell'impugnata decisione.

7.1. Va infine respinta la richiesta avanzata in udienza dalla difesa erariale volta ad ottenere la cancellazione di espressioni asseritamente sconvenienti contenute a pag. 26 dell'atto di appello, in quanto trattasi di espressioni rientranti nella ordinaria dialettica processuale.

7.2. Le questioni appena esaminate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, tra le tante, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663).

7.3. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

8. Le spese del presente giudizio seguono, come di regola, la soccombenza e sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento n. 55 del 2014.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge e nella restante parte lo dichiara improcedibile, nei sensi di cui in motivazione.

Condanna parte appellante al pagamento, a favore dell'amministrazione resistente e costituita, delle spese del presente giudizio, che sono nel complesso liquidate in € 4.000,00 (Euro quattromila/00), oltre IVA e CPA e 15% a titolo di rimborso spese generali come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Raffaele Greco, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere, Estensore

Giuseppe Castiglia, Consigliere

Nicola D'Angelo, Consigliere

L'ESTENSORE
Fabio Taormina

IL PRESIDENTE
Filippo Patroni Griffi

IL SEGRETARIO