



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 12065 del 2010, proposto da:
“CONSORZIO STABILE THESIS”, in persona del legale
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avv. Eugenio
Aurischio, presso il cui studio è elettivamente domiciliata in Roma,
Via della Stazione di San Pietro, n. 16;

contro

il COMUNE DI ROMA, in persona del Sindaco pro tempore,
rappresentato e difeso dall'avv. Antonio Graziosi dell'Avvocatura
comunale, presso la cui sede è elettivamente domiciliato in Roma,
Via del Tempio di Giove, n. 21;

nei confronti di

“LA CLESSIDRA S.r.l.”, in persona del rappresentante legale pro
tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento, previo sospensione dell'efficacia

- del bando di gara del Comune di Roma, Direzione esclusiva centrale unica degli acquisti, U.O. Gestione approvvigionamenti ed autoparco, relativo ad una procedura aperta per l'affidamento del servizio di pulizia negli uffici, nelle biblioteche comunali e assistenza para-alberghiera nelle case di riposo e comunità alloggio per anziani gestite dal Comune di Roma, suddiviso in n. 8 lotti del valore complessivo di euro 31.065.363,60, ivi incluso il disciplinare di gara, il capitolato tecnico e i relativi allegati;
- della nota del 18 novembre 2010, prot. Sc/275421, con la quale il Comune di Roma, a mezzo fax, ha comunicato al Consorzio stabile Thesis di non essere stato ammesso alla partecipazione alla gara “in quanto anche alla luce della sentenza del C.d.S. Sez. VI, n. 7609 del 22.10.2010, la Clean Company S.r.l. individuata dal Consorzio stabile partecipante alla gara come esecutrice della prestazione, non possiede l'iscrizione all'Albo nazionale delle imprese di pulizia in misura almeno pari alla percentuale del 10% dell'importo della prestazione”;
- dei verbali di gara allo stato non conosciuti e dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione;
- di ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ancorché non conosciuto dal ricorrente, ove lesivo, con riserva di proporre motivi aggiunti.

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Vista la costituzione in giudizio dell'Amministrazione comunale

intimata e i documenti prodotti;

Vista l'ordinanza cautelare n. 11 del 13 gennaio 2011;

Esaminate le ulteriori memorie con i documenti prodotti;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 febbraio 2011 il dott. Stefano Toschei e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. - Con il ricorso meglio indicato in epigrafe il Consorzio stabile Thesis (d'ora in poi, per brevità, CONSORZIO) ha impugnato il provvedimento con il quale il Comune di Roma ne ha escluso la partecipazione alla gara per l'affidamento del servizio di pulizia negli uffici, nelle biblioteche comunali e assistenza para-alberghiera nelle case di riposo e comunità alloggio per anziani gestite dal Comune di Roma, suddiviso in n. 8 lotti e del valore complessivo di euro 31.065.363,60, oltre agli atti ad esso presupposti, primo fra tutti il bando di gara.

Premette la Società ricorrente di avere presentato domanda per la partecipazione alla suindicata gara, con procedura aperta da aggiudicare secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, bandita dalla Direzione esclusiva centrale unica degli acquisti, U.O. Gestione approvvigionamenti ed autoparco del Comune di Roma, con avviso di gara pubblicato sulla G.U.C.E. il 17

settembre 2010.

Lamenta la ricorrente che, nel corso della prima seduta pubblica ed all'esito della verifica della documentazione prodotta in sede di partecipazione, la commissione disponeva la esclusione del CONSORZIO con la seguente motivazione: "in quanto anche alla luce della sentenza del C.d.S. Sez. VI, n. 7609 del 22.10.2010, la Clean Company S.r.l. individuata dal Consorzio stabile partecipante alla gara come esecutrice della prestazione, non possiede l'iscrizione all'Albo nazionale delle imprese di pulizia in misura almeno pari alla percentuale del 10% dell'importo della prestazione", facendo applicazione, in tal modo, del disposto di cui all'art. 97, commi 2 e 4 e di cui all'art. 95, comma 2, del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 che, però, attiene alla materia degli appalti di lavori pubblici e non può essere esteso agli appalti di servizi né, tanto meno, può riguardare i consorzi stabili.

Dolendosi dell'errore nel quale sarebbe incorsa la stazione appaltante, il CONSORZIO ha presentato, ai sensi dell'art. 243-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163, la prescritta informativa preventiva al Comune per il tramite della commissione, ma rispetto ad essa non vi è stata risposta da parte della stazione appaltante.

Da qui la proposizione del ricorso in sede giudiziale affidato ad un unico motivo di doglianza attinente alla inapplicabilità ai consorzi delle disposizioni evocate dalla commissione nell'atto di esclusione, tenuto conto peraltro che anche la previsione del bando di gara

relativa al possesso di una “percentuale minima” di capacità economico finanziaria non inferiore al 10% è riferita alla sola partecipazione dei raggruppamenti temporanei di imprese e non anche all’ipotesi in cui alla gara partecipi un consorzio, restando esclusa questa figura di aspirante appaltatore dalle prescrizioni – sia normative che contenute nel bando – che impongono la dimostrazione che ciascun partecipante alla gara in modalità di raggruppamento debba possedere almeno il 10% del requisito di capacità economico finanziaria richiesto dalla lex specialis di gara per coloro che partecipano singolarmente.

Inoltre la inapplicabilità delle norme regolamentari suindicate e la conseguente lettura correttamente orientata delle prescrizioni del bando andrebbe anche collegata alla circostanza che nella specie l’affidamento ha ad oggetto un appalto di servizi e non di lavori pubblici.

2. – Si è costituito in giudizio il Comune intimato contestando analiticamente le avverse prospettazioni e chiedendo, sul presupposto della legittimità del provvedimento impugnato e del corretto comportamento assunto dagli Uffici nella specie, la reiezione del gravame.

In particolare la difesa comunale si appella al “principio di non discriminazione in relazione alla forma giuridica assunta dai soggetti che concorrono ad aggiudicarsi gli appalti” (così, testualmente, a pag. 3 della memoria difensiva del Comune), rispetto al quale invoca la

corretta interpretazione del punto III.1.3 del bando a mente del quale per le “imprese appositamente e temporaneamente raggruppate secondo la normativa vigente” il requisito economico finanziario “si intende cumulabile ma l’impresa mandataria deve concorrere al loro raggiungimento in misura non inferiore al 40% mentre la/e impresa/e mandante/i deve/ono concorrere ciascuna nella misura minima del 10%”. Nello stesso tempo, ricordando che il consorzio odierno ricorrente aveva presentato una domanda di ammissione alla gara dichiarando di partecipare con le imprese Trial Service e Clean Company e che quest’ultima è sì iscritta all’albo delle imprese di pulizia, ma è priva di classificazione, la difesa comunale sottolinea come la commissione non avrebbe potuto fare altro che escludere il CONSORZIO dalla selezione, non solo per il rispetto della corretta interpretazione delle disposizioni della *lex specialis* che non escludono i consorzi dalla dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione per come stabiliti nei confronti di tutti coloro che non partecipano singolarmente, ma anche per riguardo alla lineare interpretazione in merito alla portata applicativa delle prescrizioni recate dagli artt. 95 e 97 del D.P.R. n. 554 del 1999 che ne ha dato la giurisprudenza amministrativa ed in particolare il Consiglio di Stato nella sentenza n. 7609 del 2010, laddove ha affermato che anche per i consorzi valgono le regole stabilite per i raggruppamenti di imprese.

E’ rimasta estranea al giudizio la società La Clessidra S.r.l., pure

intimata (seppur inutilmente, stante la limitata portata afflittiva del provvedimento di esclusione dalla gara qui impugnato) dal consorzio ricorrente.

Con ordinanza n. 11 del 13 gennaio 2011 questo Tribunale, accogliendo l'istanza cautelare proposta dal consorzio ricorrente nei limiti della riammissione alla selezione in corso di quest'ultimo, ha fissato l'udienza per la discussione del merito.

Riservata la decisione all'udienza pubblica del 23 febbraio 2011, la riserva è stata sciolta nelle Camere di consiglio del 21 aprile 2011 e dell'8 giugno 2011.

3. – Va anzitutto circoscritto il raggio dell'intervento giudiziale richiesto a questo Tribunale amministrativo dal CONSORZIO.

Esso è stato escluso dalla partecipazione alla gara più volte sopra richiamata in quanto, partecipando nella forma (per l'appunto) di consorzio stabile, una delle consorziate che avrebbero dovuto eseguire il contratto – esattamente la Clean Company – è priva di classificazione per i requisiti tecnico-economici da possedersi a fronte della previsione al punto III.2.2 sub I del bando che, nell'ipotesi di partecipazione a 2 o più degli 8 lotti in cui è suddiviso l'appalto (come è nel caso del CONSORZIO che ha presentato la domanda di partecipazione con riferimento a tutti gli 8 lotti), imponeva ai concorrenti la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria prescritti per il lotto di maggiore importo, nella specie la fascia "H" della suddivisione indicata nel

DM n. 274 del 1997.

Il CONSORZIO ricorda che (vedi pag. 4 dell'atto introduttivo del presente giudizio) esso – quale soggetto giuridico in sé e per sé considerato - è iscritto per un volume d'affari addirittura superiore a quello richiesto dal bando (fascia “T” del ricordato decreto ministeriale) e che le consorziate che dovrebbero svolgere l'attività sono la Trial Service, iscritta per la fascia di classificazione “G” e la Clean Company che è iscritta all'Albo nazionale delle imprese ma non presenta alcuna fascia di iscrizione quanto al volume d'affari vantato.

Il bando di gara (prodotto in atti e come si è sopra già anticipato) al punto III.1.3, dedicato - nell'ambito delle informazioni di carattere giuridico, economico, finanziario e tecnico – alla forma che dovrà assumere il raggruppamento di operatori economici aggiudicatario dell'appalto, stabilisce che “sono ammesse a presentare offerta anche imprese appositamente e temporaneamente raggruppate secondo la normativa vigente. In tal caso, a pena di esclusione:

- l'offerta dovrà essere tassativamente redatta secondo le modalità e condizioni specificatamente indicate alla Sezione I del “Disciplinare di gara” allegato al Capitolato Speciale d'Appalto;
- il requisito richiesto al successivo punto III.2.2 sub I) e di cui al successivo punto III.2.3 sub M si intendono cumulabili, ma l'impresa mandataria deve concorrere al loro raggiungimento in misura non inferiore al 40%, mentre la/e impresa/e mandante/i deve/ono

concorrere ciascuna nella misura minima del 10%. Ferme le suddette percentuali minime la capogruppo – a pena di esclusione – dovrà concorrere in misura maggioritaria rispetto alla/e mandante/i ed il raggruppamento, nella sua globalità, dovrà raggiungere il 100% dei requisiti.”.

Nel suindicato punto III.1.3 del bando era poi specificato che “il possesso dei suddetti requisiti cumulabili, nonché la materiale esecuzione della prestazione, dovrà corrispondere alla quota di percentuale assunta da ciascun componente nell’ambito del raggruppamento”. Il paragrafo si concludeva, infine, con la precisazione che “Ai fini della partecipazione il concorrente, singolo, consorziato o raggruppato, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto ai sensi dell’articolo 49 del decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006. In tal caso il concorrente – a pena di esclusione – dovrà presentare la documentazione e le dichiarazioni previste dal citato articolo 49”.

Come emerge dagli atti prodotti in giudizio e soprattutto dalla piana lettura del provvedimento di esclusione qui principalmente impugnato, del CONSORZIO fa parte la Società Clean Company che, pur se iscritta all’Albo delle imprese, non presenta alcuna fascia di iscrizione quanto al volume d’affari vantato. In altri termini la domanda presentata dal CONSORZIO non è stata ammessa in quanto non è stata rispettata dal predetto CONSORZIO la clausola

fissata al punto III.1.3 del bando che imponeva, in caso di domanda presentata da un raggruppamento di imprese partecipanti “secondo la normativa vigente”, quale deve intendersi un consorzio stabile (così nell’interpretazione che è resa evidente anche dalla lettura delle difese dell’Amministrazione comunale), che ciascuna delle imprese (in questo caso delle consorziate) fosse in possesso per almeno il 10% della iscrizione alla corrispondente fascia di cui al D.M. n. 274 del 1997, secondo le indicazioni contenute al punto III.2.2 del ridetto bando di gara.

4. – Conseguente da quanto si è sopra precisato in via di fatto e tenendo conto delle posizioni espresse dal consorzio ricorrente e dall’Amministrazione comunale resistente nelle difese depositate in giudizio che la res controversa verte sui seguenti punti di discordanza interpretativa tra le parti rispetto alle prescrizioni contenute nel bando di gara:

- 1) il Comune afferma che le prescrizioni del bando di gara più sopra trascritte e relative alla dimostrazione della capacità economico-finanziaria fissate per la partecipazione alla selezione delle imprese in raggruppamento debbano trovare applicazione anche per la partecipazione dei consorzi stabili;
- 2) in particolare il Comune sostiene che, le prescrizioni di cui sopra, che ripropongono il contenuto delle disposizioni di cui all’art. 97, commi 2 e 4 e di cui all’art. 95, comma 2, del D.P.R. 21 dicembre 1999 n. 554 ben possono trovare applicazione anche nelle procedure

di affidamento di appalti di servizi, non essendo limitate al solo settore degli appalti di lavori pubblici;

3) tanto premesso, il Comune giunge alla conclusiva affermazione che la previsione del bando per effetto della quale è imposto a ciascuna società partecipante alla gara in raggruppamento di dimostrare il possesso dei requisiti di capacità economico e finanziaria nella misura minima del 10% debba valere anche per le società consorziate di un consorzio stabile (indicate quali esecutrici dell'appalto da affidarsi).

A conforto di tali affermazioni il Comune di Roma ricorda come in materia si sia riscontrato un recente intervento giurisprudenziale (la sentenza della Sesta sezione del Consiglio di Stato 22 ottobre 2010 n. 7609) - tanto decisivo che la commissione precedente lo ha posto a fondamento dell'esclusione del CONSORZIO - ad avviso del quale (riproponendosi, qui di seguito e testualmente, i passaggi salienti):

a) l'art. 36 del decreto legislativo n. 163 del 2006 (recante il Codice dei contratti pubblici) stabilisce che i consorzi stabili si qualificano cumulando le qualificazioni delle singole consorziate;

b) ai sensi dell'art. 253, comma 3, dello stesso Codice il D.P.R. n. 554 del 1999 continua ad applicarsi ai lavori pubblici, fino all'approvazione del nuovo regolamento, "nei limiti di compatibilità con il presente codice";

c) l'art. 97, comma 2, del detto D.P.R. (non abrogato dall'art. 256 del decreto legislativo n. 163 del 2006) dispone che i consorzi stabili

"conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti";

d) a sua volta il medesimo art. 97 del D.P.R. n. 554 del 1999 prescrive, nella seconda parte del comma 4 (anche non abrogato dal decreto legislativo n. 163 del 2006), che "Alle singole imprese consorziate si applicano le disposizioni previste per le imprese mandanti dei raggruppamenti temporanei di imprese";

e) le disposizioni cui così si rinvia sono quelle recate dall'art. 95, comma 2, dello stesso D.P.R. (altresì non abrogato dal decreto legislativo n. 163 del 2006) in base al quale, in sintesi (come ivi previsto per i raggruppamenti temporanei di imprese) le imprese consorziate per le quali il consorzio ha dichiarato di concorrere devono possedere una qualificazione minima pari almeno al 10%% di quella richiesta nel complesso per partecipare ai lavori;

f) tale prescrizione deve ritenersi tuttora vigente per due concorrenti motivi, testuali e connessi alla ratio della normativa;

g) per il primo profilo emerge con chiarezza, dall'insieme delle norme sopra richiamate, che la seconda parte del comma 4 dell'art. 97 ed il comma 2 dell'art. 95 del D.P.R. n. 554 del 1999 non risultano abrogati dal decreto legislativo n. 163 del 2006, che pure reca un articolo (il 256) in cui le abrogazioni sono espresse e disposte perciò con puntuale individuazione di ciascuna disposizione abrogata. Ciò si riscontra, per quanto qui interessa in particolare, con riguardo al

D.P.R. n. 554 del 1999, i cui articoli e commi abrogati sono elencati con precisione (come è per i commi 5, 6 e 7 dell'art. 95) e nel contesto della conferma espressa dell'applicabilità in via generale del D.P.R. n. 554 del 1999, nelle more dell'approvazione del nuovo regolamento;

h) la attuale permanenza della previsione del requisito minimo di qualificazione per le consorziate risulta sorretta, peraltro, da una ragionevole motivazione sostanziale, che avvalorata il dato formale ora esposto e perciò la non incompatibilità della previsione con il sistema normativo del decreto legislativo n. 163 del 2006. Pur restando infatti l'autonomia soggettiva del consorzio stabile a fronte del committente è non di meno congruo ritenere che la qualificazione dell'impresa consorziata rivesta un rilievo specifico per la stazione appaltante, nel momento in cui la consorziata è indicata come soggetto per cui si concorre ed esecutrice di lavori, al fine della garanzia per l'ente appaltante della necessaria competenza tecnica per la corretta esecuzione dell'intervento assicurato da tale impresa.

5. - Il Collegio rileva che l'applicabilità al caso di specie del pur significativo intervento giurisprudenziale del quale si è sopra dato espressamente conto merita un approfondimento alla luce della normativa (ovviamente) vigente all'epoca dei fatti e tenuto conto che la procedura in ordine alla quale è qui controversia riguarda sì il tema della partecipazione alle gare dei consorzi stabili ma non attiene alle procedure di scelta del contraente per l'affidamento di lavori pubblici

(vicenda alla quale si riferisce la sentenza n. 7609 del 2010 del Consiglio di Stato, che nella specie è intervenuto in tema di affidamento ed esecuzione di lavori per il completamento porto turistico), rispetto ai quali (sempre all'epoca della pubblicazione del bando di gara) trovano indubbiamente applicazione le prescrizioni contenute negli artt. 95 e 97 del D.P.R. n. 554 del 1999, posto che la vicenda cui il Collegio deve rivolgere il richiesto scrutinio giudiziale è diversa (rispetto a quella sulla quale è intervenuta la surrichiamata sentenza del Consiglio di Stato), vertendosi in materia (nella specie) attinente al diverso settore dell'affidamento di un appalto di servizi.

Il primo punto da verificare è se l'applicazione delle disposizioni recate dagli artt. 95 e 97 del D.P.R. n. 554 del 1999 siano estensibili alla partecipazione alle selezioni per l'affidamento di appalti pubblici dei consorzi stabili. Il raggiungimento di un tale obiettivo impone una preliminare, seppur sintetica indagine, in ordine alla figura dei consorzi stabili ed alla progressiva evoluzione normativa che ne ha consentito la individuazione tra i soggetti che possono partecipare alle gare pubbliche ed essere affidatari dei relativi appalti sia di lavori che di servizi e forniture.

L'istituto del consorzio stabile è stato introdotto nel nostro ordinamento dalla ormai abrogata legge 11 febbraio 1994 n. 109 (in particolare dalle previsioni combinate dell'art. 10, comma 1, lett. c) e dell'art. 12). I consorzi stabili, ispirati dallo stesso legislatore al modello organizzativo del consorzio con attività esterna,

costituiscono una evoluzione della figura tradizionale del consorzio disciplinata dagli artt. 2602 e ss. c.c.. Non a caso oggi l'art. 34, comma 1, lett. e), del decreto legislativo n. 163 del 2006 (in passato art. 10, comma 1, lett. e), della legge n. 109 del 1994) ammette a partecipare alle gare i “consorzi di concorrenti di cui all'art. 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma anche in forma di società ai sensi dell'art. 2615 ter del codice civile; si applicano al riguardo le disposizioni dell'art. 37” che prevede, in particolare, l'obbligo in capo al consorzio di indicare in sede di offerta per quali consorziati concorre.

Il loro inserimento tra i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei lavori pubblici ha definitivamente sancito la possibilità per i consorzi stabili, anzitutto, di realizzare i lavori direttamente in proprio e non per conto delle imprese consorziate. Per quanto concerne il primo assetto normativo dei consorzi stabili l'art. 10, comma 1, lett. c), della legge n. 109 del 1994 ricomprendeva queste figure tra i soggetti ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei lavori pubblici, mentre il successivo art. 12, nella sua prima formulazione, ne delineava la disciplina senza nulla specificare in ordine alla qualificazione del consorzio stesso.

Il sistema di qualificazione dei consorzi stabili riceveva invece una prima disciplina con il D.P.R. 25 gennaio 2000 n. 34 (il cui art. 20, almeno nella sua iniziale formulazione, statuiva: “Il consorzio stabile è qualificato sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole

imprese consorziate. La qualificazione è acquisita, in riferimento ad una determinata categoria di opera generale o specializzata, per la classifica corrispondente all'importo pari o immediatamente inferiore alla somma di quelle possedute dalle imprese consorziate. Per la qualificazione alla classifica di importo illimitato, è in ogni caso necessario che almeno una tra le imprese consorziate già possieda tale qualificazione”) e, successivamente, con l'art. 97 del D.P.R. n. 554 del 1999 che, tra l'altro, prevedeva come: “I consorzi stabili di imprese di cui all'art. 10, comma 1, lettera c), e art. 12 della legge, hanno la facoltà di far eseguire i lavori dai consorziati senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità sussidiaria e solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante”.

Successivamente la qualificazione dei consorzi stabili ha trovato puntuale regolamentazione all'interno dell'art. 12 della legge n. 109 del 1994, per effetto della modifica operata dalla legge 1 agosto 2002 n. 166 (c.d. Merloni quater) che ebbe ad introdurre i commi 8 bis e 8 ter (norme non coordinate, tuttavia, con quelle recate dalla disciplina regolamentare).

Attualmente la disciplina di fonte primaria sui consorzi stabili è offerta dalle seguenti disposizioni del Codice dei contratti pubblici:

a) l'art. 34, comma 1, lett. c), che include tra i soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici “i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società

commerciali, società cooperative di produzione e lavoro, secondo le disposizioni di cui all'articolo 36”;

b) l'art. 35 che, indicando i requisiti di partecipazione alle gare per i consorzi e i consorzi stabili (cioè quei soggetti indicati nelle lettere b) e c) dell'art. 34 comma 1), specifica come “I requisiti di idoneità tecnica e finanziaria per l'ammissione alle procedure di affidamento dei soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere b) e c), devono essere posseduti e comprovati dagli stessi, secondo quanto previsto dal regolamento, salvo che per quelli relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo, che sono computati cumulativamente in capo al consorzio ancorché posseduti dalle singole imprese consorziate”. Ovviamente quando la norma fa riferimento al “regolamento” richiama quello che sarà il “nuovo regolamento” (vale a dire il D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207) ma solo dalla sua entrata in vigore (l'8 giugno 2011), mentre fino a quell'epoca resta l'applicazione delle disposizioni regolamentari previgenti (contenute nel D.P.R. n. 554 del 1999 e nelle altre fonti regolamentari dichiarate dal Codice dei contratti pubblici temporaneamente sopravvissute all'abrogazione generalizzata);

c) l'art. 36 che reca le disposizioni per riconoscere la figura dei consorzi stabili accreditati a partecipare alle selezioni per l'affidamento di commesse pubbliche nonché le regole che disciplinano la partecipazione alle gare e quelle relative alla loro classificazione, rinviando sovente alla fonte regolamentare.

6. – Quanto alla fonte regolamentare si è già anticipato che dei consorzi stabili si occupa il D.P.R. n. 554 del 1999:

A) direttamente all'art. 97 (rubricato proprio "Consorzi stabili tra imprese") che, per quanto è qui di interesse, recita: al comma 1 che "I consorzi stabili di imprese di cui all'articolo 10, comma 1, lettera c), e articolo 12 della Legge, hanno la facoltà di far eseguire i lavori dai consorziati senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità sussidiaria e solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante", al comma 2 che "I consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti", al comma 3 che "Il conseguimento della qualificazione da parte del consorzio stabile non pregiudica la contemporanea qualificazione delle singole imprese consorziate, ma il documento di qualificazione di queste ultime deve riportare la segnalazione di partecipazione ad un consorzio stabile, nonché l'indicazione di tutti gli altri soggetti partecipanti" e, infine, al comma 4 "Per i primi cinque anni dalla costituzione ai fini della partecipazione del consorzio alle gare i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi previsti dalla normativa vigente, posseduti dalle singole imprese consorziate, vengono sommati. Alle singole imprese consorziate si applicano le disposizioni previste per le imprese mandanti dei raggruppamenti temporanei di imprese";

B) indirettamente (per effetto dei rinvii provocati dalle disposizioni dei commi 2 e 4 dell'art. 97) all'art. 95, comma 2, che per quanto

concerne la qualificazione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi così dispone: “Per le associazioni temporanee di imprese e per i consorzi di cui all'articolo 10, comma 1, lettere d), e) ed e-bis), della Legge di tipo orizzontale, i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per le imprese singole devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nelle misure minime del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandatanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all'intero raggruppamento. L'impresa mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura maggioritaria”.

7. - A questo punto può giungersi ad un primo punto fermo della presente indagine, dando risposta al primo dei due fondamentali interrogativi della qui esaminanda res controversa: effettivamente, per come ha condivisibilmente affermato il Consiglio di Stato nella sentenza della Sezione VI n. 7609 del 22 ottobre 2010 (espressamente richiamata dalla stazione appaltante comunale nella motivazione dell'esclusione del CONSORZIO dalla gara) e per come appare lapalissianamente dalla lettura delle disposizioni di fonte primaria e di fonte secondaria (D.P.R. n. 554 del 1999) vigenti all'epoca della pubblicazione del bando di gara la cui legittimità è qui in discussione, le previsioni stabilite con riguardo alla partecipazione alle gare dei raggruppamenti di imprese, ivi comprese quelle relative al (e alla dimostrazione del) possesso dei requisiti di capacità tecnica

ed economica, vanno riferite anche alla partecipazione dei consorzi stabili.

D'altronde, a puro titolo di richiamo quale *tertium comparationis*, tale conclusione è confermata anche dalle disposizioni settoriali contenute nel D.P.R. n. 207 del 2010 che:

A) all'art. 94 (rubricato "ConSORZI stabili"), comma 1, stabilisce che "I consorzi stabili di cui agli articoli 34, comma 1, lettera c), e 36 del codice, eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante" e, al comma 2, che "I consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti";

B) all'art. 92, comma 2, (che sostanzialmente riproduce l'art. 95, comma 2, del D.P.R. n. 554 del 1999) così recita: "Per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera e), del codice, ed i soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara devono essere posseduti dalla mandataria o da una impresa consorziata nella misura minima del quaranta per cento dell'importo dei lavori; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o

dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del dieci per cento dell'importo dei lavori. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo nella percentuale corrispondente alle quote di partecipazione, nel rispetto delle percentuali minime di cui al presente comma. La mandataria in ogni caso possiede i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti”.

8. – Fermo tale primo approdo dell'indagine giudiziale in corso va significativamente (ai fini della decisione del presente ricorso) dichiarato che tutte le disposizioni sopra evocate, financo quelle contenute nel nuovo regolamento di esecuzione e di attuazione del Codice dei contratti pubblici (pur con la già segnalata inapplicabilità *ratione temporis* alla questione in esame), sono espressamente indirizzate alla partecipazione dei consorzi stabili alle procedure di affidamento di appalti per l'esecuzione di lavori pubblici, non rinvenendosi alcuna disposizione, né di fonte primaria né di rango normativo secondario, che rivolga la propria attenzione prescrittiva al settore dell'affidamento di servizi e forniture.

È interessante segnalare, anche per concludere la breve parentesi sopra aperta sulla disciplina passata, come nella vigenza della legge n. 109 del 1994 (come peraltro si può apprezzare anche con riguardo alle attuali disposizioni recate dal Codice dei contratti pubblici ed in particolare in quelle di cui all'art. 36) tutte le norme in materia di consorzi stabili si preoccupa(va)no di regolamentare la presenza e la

partecipazione di tali soggetti giuridici (nel ed) al mondo dell'evidenza pubblica con precipuo riferimento agli appalti per la realizzazione dei lavori pubblici (si pensi, ad esempio, all'art. 34 comma 7 del Codice che, nell'affrontare il tema della qualificazione dei consorzi stabili, reca il significativo incipit "Per i lavori", finendo per non citare mai gli appalti di servizi).

Non a caso, proprio sul tema della ammissibilità dei consorzi stabili a partecipare alle procedure per l'affidamento di appalti di servizi, già nella vigenza della c.d. legge Merloni si erano formati due orientamenti giurisprudenziali:

a) l'uno che includeva nel novero dei soggetti possibili affidatari di un appalto di servizi e fornitura i consorzi stabili indipendentemente dal loro mancato richiamo nella disciplina normativa di riferimento (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 11 aprile 2006 n. 2010);

b) un altro invece che, aderendo ad un indirizzo rigorosamente formalistico, li escludeva dai soggetti affidatari di tali tipologie di appalti (cfr. T.A.R. Umbria, 1 agosto 2006 n. 404; T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. III, 15 aprile 2004 n. 956 e T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 31 luglio 2003 n. 1219).

Siffatta criticità è stata poi superata dall'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici che ha unificato la disciplina applicabile agli appalti di lavori, servizi e forniture e che (per come sopra si è già segnalato) all'art. 34, comma 1, lett. c) individua i consorzi stabili tra i soggetti ammessi a partecipare alle gare per l'affidamento dei

contratti pubblici in generale (lavori, servizi e forniture).

9. - Va, inoltre, rilevato che il Codice dei contratti pubblici, nell'individuare i soggetti che possono dare luogo ai consorzi stabili, ha voluto fare proprie le indicazioni espresse dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella determinazione 29 ottobre 2003 n. 18.

Le caratteristiche essenziali dei consorzi stabili individuate dal legislatore sono quindi le seguenti:

- a) la presenza di almeno tre consorziati;
- b) il possesso dei requisiti di qualificazione di cui all'art. 40;
- c) la decisione, assunta dagli organi deliberativi dei singoli consorziati, di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni;
- d) l'esistenza di una comune struttura di impresa.

Con riguardo al requisito sub b) occorre osservare come l'attuale assetto codicistico risulti, invero e ad una prima lettura, di non agevole decifrazione.

Infatti, mentre l'art. 35 del decreto legislativo n. 163 del 2006, anche con riferimento ai consorzi stabili, fissa la regola generale secondo cui tali soggetti devono possedere e documentare in proprio i requisiti di idoneità tecnica e finanziaria (con la sola eccezione di quelli inerente le attrezzature e i mezzi d'opera nonché l'organico medio annuo), il successivo art. 36 del ridetto decreto legislativo,

sembrerebbe sovvertire tale principio statuendo in via generale come i consorzi stabili si qualificano cumulando i requisiti delle singole consorziate.

Un orientamento giurisprudenziale consolidato (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 22 dicembre 2008 n. 6498 nonché T.A.R. Lazio, Sez. III, 23 novembre 2009 n. 11482) ha peraltro avuto modo di coordinare le due norme chiarendo come l'art. 35 del Codice dei contratti pubblici riguardi le modalità di possesso:

- a) dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria negli appalti di servizi e forniture;
- b) dei requisiti di idoneità tecnica e finanziaria, diversi da quelli documentati dall'attestazione di qualificazione e da quelli richiesti per la partecipazione alle gare in punto di fatturato lavori, negli appalti di lavori.

L'art. 36 del Codice, invece (e sempre secondo tale interpretazione giurisprudenziale), disciplina (per quanto qui rileva) i requisiti di qualificazione previsti dal legislatore con riferimento agli appalti di lavori, consentendo inoltre ai consorzi stabili di partecipare alle gare per l'affidamento di lavori cumulando i requisiti finanziari (cifre d'affari in lavori) delle singole consorziate

A conferma di quanto fin qui illustrato va aggiunto che il Consiglio di Stato, nella già citata decisione della Quinta sezione n. 6498 del 2008 ha specificato che “In ogni caso sulla scorta di quanto assodato dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi

e Forniture (cfr. deliberazione n. 123 del 20 dicembre 2006) deve rilevarsi che: (...) c) il sistema della qualificazione delle Imprese riguarda solo quelle impegnate nel settore dei lavori pubblici; tanto è vero questo che ai consorzi generici operanti nel settore dei servizi e delle forniture si applica l'art. 35 d.lgs. 163/2006 in forza del quale solo i requisiti delle attrezzature e dell'organico medio sono dimostrabili tramite le consorziate, mentre, per tutto il resto, sono i consorzi che devono dimostrare di possedere in proprio i requisiti richiesti. Deve concludersi pertanto nel senso che la possibilità che il consorzio stabile si qualifichi sulla base delle qualificazioni possedute dalle singole imprese consorziate, prevista dall'art. 36 comma 7 d.lgs. 163 del 2006, si riferisce ai soli contratti di appalto di lavori”.

10. – Può quindi pervenirsi al secondo approdo dell’indagine in corso, all’esito della quale, posto che ormai la disciplina normativa in materia di affidamento di commesse pubbliche consente anche ai consorzi stabili di partecipare alle selezioni per l’aggiudicazione (non più solo di lavori pubblici, ma anche)di appalti di servizi e forniture, deve osservarsi che non vi sono norme che si indirizzano a disciplinare la qualificazione dei ridetti consorzi, con riguardo ai c.d. requisiti di professionalità, specificando in particolare se i requisiti richiesti dal bando possano essere garantiti indistintamente dal consorzio stabile concorrente ovvero sia necessario che – per come avviene in materia di affidamento di lavori pubblici e per effetto dell’estensione applicativa ai consorzi stabili dell’art. 95, comma 2,

del D.P.R. n. 554 del 1999 (oggi e dall'8 giugno 2011 dell'art. 92, comma 2, del D.P.R. n. 207 del 2010) – le singole consorziate che eseguiranno l'attività oggetto dell'appalto diano dimostrazione di possederne almeno per una percentuale minima (che nei lavori, lo si è detto, è pari al 10%).

Indubbiamente va confermato che il consorzio stabile costituisce un soggetto giuridico autonomo che, non identificandosi con le imprese consorziate (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24 marzo 2006 n. 1529), è munito di autonoma ed esclusiva legittimazione ad interloquire con la stazione appaltante sia nella fase della procedura di affidamento, sia nella successiva fase di esecuzione del contratto (cfr. T.A.R. Toscana, Sez. II, 22 giugno 2010 n. 2040). Resta tuttavia evidente, come espresso manifestamente dalla Sesta sezione del Consiglio di Stato nella più volte qui citata sentenza n. 7609 del 2010, che “Pur restando infatti l'autonomia soggettiva del consorzio stabile a fronte del committente è non di meno congruo ritenere che la qualificazione dell'impresa consorziata rivesta un rilievo specifico per la stazione appaltante, nel momento in cui la consorziata è indicata come soggetto per cui si concorre ed esecutrice di lavori, al fine della garanzia per l'ente appaltante della necessaria competenza tecnica per la corretta esecuzione dell'intervento assicurato da tale impresa”.

Il pericolo avvertito dal Consiglio di Stato e rispetto al quale la sentenza, della quale si è sopra nuovamente riprodotto uno stralcio particolarmente significativo, ha ricondotto la ratio della disciplina

normativa (codicistica e regolamentare) riferibile alla partecipazione alle gare pubbliche dei consorzi stabili che impone a ciascuna consorziata, che eseguirà concretamente l'appalto, di dimostrare il possesso di una percentuale minima dei requisiti di capacità economico e finanziaria (pari al 10% di quanto richiesto dal bando), si tocca con mano e giustifica in ambito (però ed inutilmente) metagiuridico e materiale la scelta dell'Amministrazione resistente di escludere il CONSORZIO dalla selezione, in quanto una delle consorziate non poteva offrire tale garanzia di solidità economica e di capacità tecnica.

Il Collegio, infatti, rileva decisamente che:

A) nessuna disposizione del Codice dei contratti riferita alla partecipazione dei consorzi stabili alle gare per l'affidamento di forniture e servizi impone tale "dimostrazione minima", di capacità economica e finanziaria a carico del singolo soggetto aderente al consorzio stabile, atteso che le disposizioni del decreto legislativo n. 163 del 2006 più volte sopra richiamate e riprodotte si rivolgono esclusivamente e (soprattutto) espressamente al settore dei lavori pubblici;

B) le disposizioni regolamentari recate dal D.P.R. n. 554 del 1999 costituiscono il sostrato normativo di fonte secondaria (seppur non sempre, trattandosi di regolamento legislativo delegato) riferibile agli appalti per l'esecuzione di opera pubbliche e non sempre esse sono estensibili al settore dei servizi e delle forniture;

C) sul punto, infatti, prima dell'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici si è condivisibilmente affermato, proprio in relazione alle modalità ed alle regole della partecipazione alle gare di più imprese riunite, che tali disposizioni di fonte secondaria "in quanto inserite nel Regolamento di attuazione della legge quadro in materia di lavori pubblici 11 febbraio 1994, n. 109 e successive modificazioni, stante la specifica disciplina degli appalti di servizi relativa alle associazioni temporanee contenuta negli art. 11, 13 e 14 del d.lgs.vo n. 157/1995, non possa applicarsi oltre la materia che essa regola. In altri termini, non è pensabile che la stessa possa ritenersi quale norma di principio e, come tale, applicabile in maniera indiscriminata alle intere ipotesi di contratti derivati da una selezione ad evidenza pubblica" (così, testualmente, T.A.R. Sicilia, Sez. II, 9 febbraio 2005 n. 208);

D) tanto più tali riflessioni di interpretazione ermeneutica delle disposizioni qui evidenziate si confermano valide dopo l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici che, proprio perché reca la disciplina di tutti e tre i settori di appalti affidabili (lavori, servizi e forniture), avrebbe potuto (se il legislatore lo avesse voluto realmente) estendere le regole dettate per la partecipazione dei consorzi stabili alle procedure per l'affidamento di appalti per la realizzazione di lavori pubblici, anche alle gara per i servizi e le forniture.

11. - Non è, poi, senza significato verificare (pur con i cronologici

limiti applicativi già in precedenza segnalati) che anche il regolamento (questa volta non di delegificazione ma) di esecuzione ed attuazione del Codice dei contratti pubblici n. 207 del 2010, pur recando disposizioni specifiche per gli appalti di servizi e pur riedizionando sostanzialmente le regole partecipative dei consorzi stabili alle gare per l'affidamento di lavori pubblici già fissate nel D.P.R. n. 554 del 1999, non estende queste ultime alla partecipazione dei consorzi stabili alle gare per i servizi e le forniture.

Infatti:

A) l'art. 277 del D.P.R. n. 207 del 2010 al comma 1 prescrive che ai consorzi stabili per servizi e forniture si applicano le disposizioni di cui all'articolo 94, commi 1 (“I consorzi stabili di cui agli articoli 34, comma 1, lettera c), e 36 del codice, eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante”) e 4 (“In caso di scioglimento del consorzio stabile ai consorziati sono attribuiti pro-quota i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi maturati a favore del consorzio in quanto da questi non assegnati in esecuzione ai consorziati. Le quote di assegnazione sono proporzionali all'apporto reso dai singoli consorziati nell'esecuzione dei lavori nel quinquennio antecedente”)

B) il medesimo art. 277 al comma 3 recita: “Per la partecipazione del consorzio alle gare, i requisiti economico-finanziari e tecnico-

organizzativi posseduti dai singoli consorziati relativi alla disponibilità delle attrezzature e dei mezzi d'opera, nonché all'organico medio annuo sono sommati; i restanti requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi sono sommati con riferimento ai soli consorziati esecutori”

Nessun riferimento, dunque, il D.P.R. n. 207 del 2010 fa - con riguardo ai servizi e alle forniture - alla disciplina recata dall'art. 92, comma 2, di quel testo regolamentare che, per l'appunto, destina alla specifica ipotesi della partecipazione dei consorzi stabili alle selezioni per l'affidamento di lavori pubblici l'imposizione di dover dimostrare, a carico di ciascuna impresa consorziata, il possesso dei “requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara (...) nella misura minima del dieci per cento dell'importo dei lavori”

Può quindi concludersi affermando che nessuna disposizione né legislativa né regolamentare impone ai consorzi stabili di dimostrare, partecipando ad una selezione per l'affidamento di un appalto di servizi, il possesso per ciascuna impresa consorziata, pur se destinata ad eseguire l'appalto, dei requisiti di capacità economica e finanziaria nella misura minima del 10%.

Ciò potrà – secondo come ci si approcci alla questione - costituire un deficit normativo ovvero una precisa volontà del legislatore di settore che ha inteso agevolare la partecipazione al mercato pubblico dell'affidamento di commesse nei servizi e nelle forniture dei

consorzi stabili (anche per effetto di un approccio costituzionalmente indirizzato alla realizzazione del principio solidaristico di cui all'art. 45 cost.), ma resta una indubitabile constatazione del significato letterale attribuibile alle disposizioni regolanti la materia.

12. – Del resto anche l'Amministrazione resistente, nel predisporre il bando di gara, si era fatta carico (e diversamente non avrebbe potuto fare) di non allontanarsi dal lineare dettato normativo, richiamando al punto III.1.3 le modalità di partecipazione delle imprese “ammesse a presentare offerta anche (...) appositamente e temporaneamente raggruppate secondo la normativa vigente” (sostanzialmente riproducendo le norme del D.P.R. n. 554 del 1999 relative ai raggruppamenti di operatori economici, ed estensibili ai consorzi stabili nel settore dei lavori pubblici), senza mai fare riferimento espresso alla estensione applicativa di tali disposizioni alla partecipazione dei consorzi stabili.

In altri termini, seppur impugnato dal CONSORZIO, il bando di gara non si palesa illegittimo, purché sia interpretato nel senso che le disposizioni ivi recate non si estendono alla partecipazione dei consorzi stabili, e ciò per il semplice motivo che tali disposizioni (ivi comprese quelle recate dagli artt. 95 e 97 del D.P.R. n. 553 del 1999) risultano anestetizzate nella loro applicazione con riferimento all'affidamento di un appalto di servizi (come per le forniture, del resto).

L'illegittimità del comportamento della commissione di gara e, di conseguenza, la fondatezza delle censure dedotte dal CONSORZIO si rivolgono all'atto di esclusione posto in essere dalla commissione di gara che manifesta due profili di patologico rilievo:

A) per un verso la commissione ha esteso, inopinatamente e senza che il bando espressamente prevedesse tale evenienza, al consorzio stabile oggi ricorrente le regole normativamente fissate per la partecipazione dei consorzi stabili alle gare per l'affidamento di lavori pubblici;

B) per altro verso la ridetta commissione ha erroneamente creduto di poter trovare conforto nella decisione di escludere il CONSORZIO dalla gara l'orientamento espresso dalla Sesta sezione del Consiglio di Stato nella sentenza n. 7609 del 2010, che invece ha espresso il proprio avviso sì con riferimento alla partecipazione alle gare dei consorzi stabili, ma con puntuale riguardo all'affidamento di lavori pubblici e non anche di servizi o di forniture.

Entrambe le surrilevate indicazioni conducono all'accoglimento del ricorso proposto.

13. – Per quanto concerne la domanda risarcitoria, pure avanzata dal CONSORZIO, questa non ha ragione di essere scrutinata in questa sede di merito, in quanto la riammissione alla selezione del consorzio ricorrente per effetto della decisione assunta dal Tribunale con l'ordinanza n. 91 del 2011 soddisfa allo stato (anche della procedura in corso) ogni pretesa soddisfattoria della parte ricorrente.

Va nel contempo evidenziato come il CONSORZIO avesse, all'indomani della conoscenza del provvedimento di esclusione adottato ai suoi danni dalla commissione di gara, provveduto ad inoltrare all'Amministrazione comunale (con fax del 18 novembre 2010, stesso giorno della comunicazione della esclusione dalla gara) la informativa preventiva prevista dall'art. 243-bis del decreto legislativo n. 163 del 2006, rispetto alla quale tuttavia l'Ente non ha provveduto a manifestare espressamente la propria valutazione nei quindici giorni successivi per come è imposto dal comma 4 del citato art. 243-bis..

Orbene, tenuto conto che il consorzio stabile ricorrente ha atteso ben oltre il termine di quindici giorni dalla comunicazione della "informativa preventiva" la risposta dell'Amministrazione prima di procedere a notificare il ricorso in sede giurisdizionale che, per quanto si è sopra visto, risulta essere fondato, l'inerzia colpevolmente mantenuta dall'odierna Amministrazione resistente non può restare senza conseguenze, a mente del disposto dell'art. 243-bis del Codice dei contratti pubblici costituendo, quanto meno (in assenza di decisioni in ordine alla domanda risarcitoria), un comportamento valutabile ai fini della decisione sulle spese di giudizio.

Sotto tale versante va detto che il Collegio, tenuto conto della peculiarità e della novità della questione sottesa alla decisione di accoglimento del ricorso nonché della puntualità delle difese

giudiziali espresse dal patrocinatore dell'Amministrazione comunale, ben avrebbe potuto compensare le spese di giudizio, sussistendone i presupposti indicati nell'art. 92 c.p.c. novellato, per come richiamato espressamente dall'art. 26 c.p.a..

Tuttavia il comportamento degli uffici dell'Amministrazione procedente non è privo di significato nella vicenda contenziosa qui scrutinata, essendo essi stati tempestivamente raggiunti da una "informativa preventiva" completa perché recante tutte le doglianze sostanzialmente riprodotte nel ricorso giudiziale dal CONSORZIO ed attraverso le quali detti uffici avrebbero potuto valutare meglio la decisione assunta, eventualmente fornendo più convincenti giustificazioni dell'interpretazione normativa di settore (non pienamente) disvelata nell'atto di esclusione, insufficientemente ancorato ad un precedente giurisprudenziale che, seppur autorevole, era riferibile a vicenda diversa rispetto a quella sulla quale è intervenuto il provvedimento espulsivo dalla gara in danno del CONSORZIO, oppure ancora interpretando più correttamente le norme recate dal bando.

Va dunque attribuito a carico dell'Amministrazione resistente il pagamento delle spese di giudizio per le specifiche ragioni sopra descritte e che appare equo liquidare, tenuto anche conto dell'ammontare del contributo unificato (il cui pagamento la parte ricorrente avrebbe potuto evitare in caso di valutazione in senso favorevole della "informativa preventiva") in complessivi € 4.000,00

(euro quattromila/00), come da dispositivo.

14. – In ragione delle suesposte considerazioni il ricorso va accolto con annullamento dell'atto impugnato.

Le spese di giudizio vanno poste a carico dell'Amministrazione soccombente in ragione della colpevole inerzia mantenuta rispetto alla informativa preventiva di cui all'art. 243-bis del Codice dei contratti pubblici, mentre possono compensarsi con riferimento alla Società La Clessidra pure intimata e non costituita in giudizio.

P.Q.M.

pronunciando in via definitiva sul ricorso indicato in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, annulla l'atto impugnato.

Condanna il Comune di Roma, in persona del Sindaco pro tempore, a rifondere le spese del presente giudizio in favore del Consorzio stabile Thesis, in persona del legale rappresentante pro tempore, che liquida in complessivi € 4.000,00 (euro quattromila/00), oltre accessori come per legge.

Spese compensate nei confronti dell'ulteriore parte intimata.

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

Così deciso in Roma nelle Camere di consiglio del 23 febbraio 2011, del 21 aprile 2011 e dell'8 giugno 2011 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Tosti, Presidente

Carlo Modica de Mohac, Consigliere

Stefano Toschei, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 09/08/2011

IL SEGRETARIO

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