



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 Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 88 del 2011, proposto da Unicity S.p.A., nella persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Scanzano, Elio Leonetti ed Alfredo Vitale, per il presente giudizio elettivamente domiciliata in Roma, alla via XXIV Maggio n. 42, presso lo studio legale Chiomenti;

contro

Promuovi Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avv.ti Valerio Menaldi e Pasquale Cristiano, presso il cui studio è elettivamente domiciliata, in Roma, via Barberini n. 3;

nei confronti di

Monrif Net s.r.l., in persona del legale rappresentante, in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI costituito da Monrif Net s.r.l.,

Paesionline s.r.l., Zeppelin Group s.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giacomo Preziosi, per il presente giudizio elettivamente domiciliata in Roma, alla via Cosseria n. 2, presso lo studio dell'avv. Alfredo Placidi;

per l'annullamento

- del provvedimento di Promuovi Italia S.p.A., in data 1° dicembre 2010, prot. n. OC/1000-10/rdf, avente ad oggetto “procedura di gara per l’assegnazione dei servizi tecnici relativi alla redazione del portale nazionale del turismo www.italia.it – comunicazione risultanze di gara ex art. 79 D.Lgs. n. 163/06”;
- della deliberazione del C.d.A. di Promuovi Italia S.p.A. del 25 novembre 2010 e della “nota al C.d.A.” avente ad oggetto “gara per l’assegnazione dei servizi tecnici relativi alla redazione del portale nazionale del turismo www.italia.it – Aggiudicazione”;
- di tutti i verbali della commissione di gara;
- di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso e consequenziale;
- quatenus opus del bando di gara inviato alla pubblicazione sulla G.U.C.E. in data 18 maggio 2010, avente ad oggetto “Assegnazione dei servizi tecnici relativi alla redazione del portale nazionale del turismo www.italia.it” e del bando (versione integrale) pubblico sul sito internet di Promuovi Italia S.p.A. (www.promuovitalia.it) e del capitolato tecnico.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Soc Promuovi Italia Spa e di Soc Monrif Net Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 dicembre 2011 il dott. Roberto Politi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con bando di gara pubblicato in G.U.C.E. il 18 maggio 2010, Promuovi Italia S.p.A. indiceva una procedura aperta per l'affidamento dei servizi tecnici relativi alla redazione del portale nazionale del turismo www.italia.it, per un importo a base d'asta pari ad € 2.030.000,00.

La ricorrente si classificava al secondo posto; e la gara veniva aggiudicata al controinteressato raggruppamento formato da Monrif Net s.r.l., Paesionline s.r.l., Zeppelin Group s.r.l., avente la prima delle indicate imprese quale capogruppo.

Assume parte ricorrente l'illegittimità degli impugnati provvedimenti sulla base degli argomenti di censura di seguito sintetizzati:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art. 19 del bando di gara. Eccesso di potere per travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Eccesso di potere per vizio del principio di autolimitazione.

Nell'evidenziare come, secondo quanto indicato dalla *lex specialis*

della procedura (art. 19 del bando) la Stazione appaltante avrebbe dovuto procedere alla verifica dei requisiti in capo al raggruppamento aggiudicatario dopo l'aggiudicazione provvisoria, rileva parte ricorrente come l'aggiudicazione definitiva sia stata disposta da Promuovi Italia in difetto dell'accertamento dei requisiti.

2) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. b), c) e m-ter) del D.Lgs. 163/2006 e del bando di gara. Eccesso di potere.

Nel rilevare come l'art. 8 del bando di gara imponesse ai concorrenti, a pena di esclusione, la dimostrazione del possesso dei requisiti di cui all'art. 38, comma 1, del D.Lgs. 163/2006, evidenzia parte ricorrente come le prescritte dichiarazioni sostitutive siano state rese, quanto a Monrif Net, esclusivamente dal Presidente del C.d.A. e non anche dagli altri consiglieri di amministrazione dotati di poteri di rappresentanza (i sigg.ri Natali Nicola e Palumbo Fabio).

3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. b), c) e m-ter) del D.Lgs. 163/2006 e del bando di gara. Eccesso di potere.

Osserva ulteriormente parte ricorrente come omogenea carenza nella produzione delle dichiarazioni ex art. 38 sia riscontrabile in capo alla mandante Zeppelin Group s.r.l. (in proposito evidenziando la presenza di poteri di rappresentanza dell'impresa in capo al consigliere di amministrazione sig. Plattner Stefan).

4) Violazione e falsa applicazione dell'art. 41 del D.Lgs. 163/2006. Violazione e falsa applicazione degli artt. 8, 9 punto 9.1 lett a) e 13 punto 13.3 lett. a) del bando di gara. Eccesso di potere.

Quanto alla dimostrazione della capacità economica (ed alla connessa esigenza di produrre “idonee referenze bancarie di almeno due istituti o intermediari autorizzati ai sensi del D.Lgs. 385/1993”), pone in luce parte ricorrente come la referenza rilasciata alla mandataria Monrif Net da Monte Paschi di Siena in data 8 luglio 2010 non sia conforme alle previsioni di legge, in quanto non idonea a dimostrare la capacità economico-finanziaria dell’impresa (segnatamente, con riferimento alla presenza di rapporti intercorrenti fra l’istituto bancario e quest’ultima).

5) Violazione e falsa applicazione dell’art. 37 del D.Lgs. 163/2006 e dell’art. 9 punto 9.1 del bando di gara. Eccesso di potere.

La mancata indicazione della natura del raggruppamento avente come mandataria Monrif Net avrebbe dovuto necessariamente condurre, secondo quanto dalla ricorrente sostenuto, all’esclusione di quest’ultimo dalla procedura selettiva.

Viene, inoltre, sottolineato che l’impresa capogruppo-mandataria del raggruppamento controinteressato – alla quale va riferito il possesso dei requisiti di qualificazione nella misura minima del 40% - non avrebbe reso la prescritta dichiarazione relativamente al requisito del fatturato specifico; l’unica impresa fra quelle raggruppate nell’ATI aggiudicataria ad aver dichiarato il possesso dei requisiti afferenti sia il fatturato globale, che il fatturato specifico risultando essere la mandante Zeppelin Group.

6) Violazione e falsa applicazione dell’art. 37, commi 4 e 13, del

D.Lgs. 163/2006. Violazione dell'art. 9 e 13 punto 13.3 lett. e) del bando di gara. Eccesso di potere.

Assume parte ricorrente, poi, che, pur in assenza di specifiche indicazioni di bando, i concorrenti fossero tuttavia tenuti a specificare le parti del servizio allo svolgimento delle quali fossero deputate le singole imprese costituenti la compagine associativa.

Conseguentemente, l'offerta dell'ATI aggiudicataria, in assenza di siffatta indicazione, avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura de qua; l'omissione di tale specificazione non consentendo, inoltre, di individuare l'apporto da ciascuna impresa offerto, alla luce del necessario rapporto di corrispondenza fra quest'ultimo e le parti del servizio realizzate da ciascun soggetto temporaneamente associato.

Né risulterebbe rispettato l'ulteriore principio di corrispondenza fra quote di partecipazione al R.T.I. e quote di qualificazione.

Queste ultime, per il raggruppamento aggiudicatario, si commisurerebbero a quanto infra indicato:

- Monrif Net s.r.l. (mandataria): 58%;
- Paesionline s.r.l. (mandante): 33%;
- Zeppelin Group (mandante): 9%.

Diversamente, mentre Zeppelin Group (con una quota largamente minoritaria) ha attestato il possesso sia del fatturato globale, che del fatturato specifico, le altre due imprese hanno dichiarato interamente o parzialmente il solo requisito del fatturato globale.

7) Violazione e falsa applicazione dell'art. 75 del D.Lgs. 163/2006.

Violazione del bando di gara. Eccesso di potere.

Quanto alla costituzione della cauzione provvisoria – che il bando di gara imponeva dovesse essere intestata a tutte le imprese raggruppande – rileva parte ricorrente che la polizza fideiussoria prodotta dal R.T.I. aggiudicatario indica erroneamente quale capogruppo mandataria paesi online s.r.l. anziché Monrif Net s.r.l.

Ulteriori profili di non conformità della cauzione provvisoria vengono dalla ricorrente altresì individuati:

- nella mancata sottoscrizione congiunta di tutti i componenti del raggruppamento;
- nella mancanza di sottoscrizione nelle parti della cauzione dove è previsto che quest'ultima debba essere apposta a cura del contraente.

8) Violazione dell'art. 14 punto 14.1 del bando di gara. Violazione di legge sub specie della violazione dell'art. 97 della Costituzione. Difetto di istruttoria e travisamento dei fatti. Eccesso di potere per illogicità. Sviamento.

La lex specialis prescriveva, poi, che l'offerta tecnica dovesse recare l'illustrazione nel dettaglio delle modalità di realizzazione di tutti i servizi proposti, nel rispetto dei requisiti minimi di Capitolato.

L'offerta del R.T.I. aggiudicatario, al contrario, non conterrebbe una dettagliata indicazione di taluni dei servizi, quali il caricamento dei testi redazionali elaborati e garanzia di costante implementazione del portale, l'aggiornamento costante delle pagine web realizzate, nonché l'individuazione di nuovi link ed aggiornamento di quelli esistenti.

La mancata inclusione nell'offerta tecnica di taluno dei servizi richiesti (quale il caricamento dei testi redazionali elaborati con garanzia di costante implementazione del portale) avrebbe inoltre consentito al R.T.I. controinteressato di comprimere i costi complessivi con riveniente presentazione di un'offerta maggiormente vantaggiosa sotto il profilo economico.

Con successivi motivi aggiunti – presentati a seguito di accesso agli atti di gara – parte ricorrente ha, poi, sostenuto la violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. g), del D.Lgs. 163/2006 e del bando di gara, nonché l'eccesso di potere, a fronte dell'insussistenza, in capo alla mandante Paesionline s.r.l., del requisito della regolarità fiscale di cui all'epigrafata disposizione del Codice dei contratti.

Parte ricorrente ha concluso insistendo per l'accoglimento del gravame, con conseguente annullamento degli atti oggetto di censura; sollecitando, ulteriormente, il risarcimento del danno:

- in forma specifica (mediante aggiudicazione della gara o subentro al R.T.I. aggiudicatario in caso di esecuzione della commessa),
- ovvero per equivalente monetario, con riveniente accertamento del danno e condanna dell'Amministrazione intimata alla liquidazione della somma a tale titolo spettante.

Promuovi Italia S.p.A., costituitasi in giudizio, ha contestato la fondatezza delle censure dedotte dalla parte ricorrente, conclusivamente insistendo per la reiezione del gravame.

Si è, inoltre, costituita in giudizio Monrif Net s.r.l., in proprio e quale

capogruppo mandataria del RTI costituito con Paesionline s.r.l. e Zeppelin Group s.r.l., confutando la fondatezza delle argomentazioni esposte dalla parte ricorrente e proponendo, altresì, ricorso incidentale affidato ai seguenti motivi volti a contestare la legittimità dell'ammissione alla procedura della ricorrente Unicity:

A) Violazione dell'art. 14.1.b del bando di gara e dei "requisiti minimi" prescritti dal punto 8 del Capitolato tecnico.

La "relazione tecnica" prodotta da Unicity non garantirebbe il prescritto aggiornamento, con cadenza almeno settimanale, del "calendario eventi".

B) Violazione dei principi della par condicio concorsuale e del divieto di commistione fra offerte e fra partecipanti alla gara (art. 11 comma 6, 37 comma 7 e 49 comma 8 del D.Lgs. 163/2006).

Quanto alla "produzione di notizie", richiesta fra i servizi da offrire nell'ambito della categoria "News" del realizzando portale, Unicity avrebbe dichiarato di volersi avvalere, fra gli altri, anche dell'Agenzia ANSA.

Quest'ultima, peraltro, era anche uno dei partecipanti alla gara: per l'effetto assumendosi che vi sia stata una preclusa commistione fra due diversi partecipanti, in quanto l'offerta tecnica di uno si sarebbe avvalsa di servizi resi da un altro concorrente che aveva in proprio preso parte alla procedura selettiva.

In via subordinata – e condizionatamente al rigetto dei motivi di ricorso incidentale ora illustrati ed all'accoglimento del ricorso

principale proposto da Unicity – Monrif Net ha ampliato la proposta impugnazione incidentale all'intera procedura di gara (conseguentemente sollecitandone l'annullamento e la rinnovazione), alla luce dei seguenti argomenti di censura:

C) Violazione del principio di continuità e concentrazione delle operazioni di gara. Violazione degli artt. 18.3, 18.4, 18.6, 18.7, 18.8 del bando. Difetto assoluto di motivazione.

Insiadatasi successivamente allo spirare del termine indicato nel bando, la Commissione avrebbe seguito un illegittimo modus procedendi, che avrebbe sostanziato la violazione dei principi di concentrazione e continuità delle operazioni di gara (in proposito evidenziandosi, fra l'altro, che la valutazione delle offerte sarebbe stata scissa in due fasi – esame preliminare e valutazione – svoltesi in sedute differenti).

La domanda di sospensione dell'esecuzione dell'atto impugnato, dalla parte ricorrente proposta in via incidentale, è stata dalla Sezione respinta con ordinanza n. 342, pronunciata nella Camera di Consiglio del 27 gennaio 2011.

Tale pronuncia ha formato oggetto di riforma, ad opera della Sezione IV del Consiglio di Stato, con ordinanza n. 1418 assunta alla Camera di Consiglio del 30 marzo 2011.

Il ricorso viene ritenuto per la decisione alla pubblica udienza del 7 dicembre 2011.

DIRITTO

1. A completamento del quadro inerente la presente vicenda contenziosa, va rammentato come la Sezione, con ordinanza n. 3675 del 29 aprile 2011, ha accolto l'istanza proposta da Unicity ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., a fronte del differimento dell'accesso disposto da Promuovi Italia S.p.A. in relazione alla richiesta dalla ricorrente stessa formulata nei riguardi della Stazione appaltante; ed ha, per l'effetto, disposto che quest'ultima provvedesse al deposito in giudizio della documentazione chiesta da Unicity con istanza del 20 dicembre 2010.

Il deposito documentale da ultimo indicato ha consentito alla ricorrente principale di articolare i motivi aggiunti – riportati in narrativa – con i quali sono stati esposti ulteriori affermati profili inficianti l'ammissione del R.T.I. proclamato aggiudicatario.

2. La disamina rimessa al Collegio relativamente alla presente impugnativa non può prescindere dalla previa valutazione relativa all'ordine delle questioni che l'adito Giudice è chiamato a definire.

2.1 Come illustrato in narrativa, a fronte del ricorso principale, il controinteressato raggruppamento avente quale mandataria-capogruppo Monrif Net s.r.l. ha proposto ricorso incidentale, con il quale:

- è stata, innanzi tutto, contestata la legittimità dell'ammissione alla gara del raggruppamento avente quale mandataria Unicity;
- e, secondariamente e subordinatamente (in esito, quindi, alla reiezione dei profili di censura dedotti avverso l'ammissione della

ricorrente principale; ed in caso di accoglimento del ricorso principale), è stata altresì contestata in nuce la legittimità della procedura selettiva, sollecitandosi conseguentemente l'annullamento della gara con riveniente affermazione di un interesse strumentale al rifacimento di quest'ultima.

2.2 Come è noto, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (sentenza 10 novembre 2008 n. 11) ha affermato la necessità di esaminare sia il ricorso principale che quello incidentale, a prescindere dal relativo ordine, nel caso in cui i ricorrenti principale e incidentale siano i due soli soggetti ammessi ad una gara di appalto.

Diversamente, laddove alla procedura selettiva risultino essere stati ammessi più di due soggetti (e, segnatamente, soggetti diversi dal ricorrente principale e incidentale), la Plenaria ha ribadito il consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui se il ricorso incidentale deve essere accolto, comportando così l'esclusione dalla gara del ricorrente principale, viene meno in capo al ricorrente principale la legittimazione al ricorso, che va pertanto dichiarato improcedibile.

È stato, in tal senso, sostenuto che “il giudice può esaminare prima il ricorso incidentale, come avviene quando l'aggiudicatario di una gara – cui siano state ammesse almeno tre offerte – abbia dedotto l'illegittimità dell'atto che vi abbia ammesso il ricorrente principale”; e ciò in quanto, ove tale mezzo di tutela vada accolto, per la risalente pacifica giurisprudenza (incontestata in sede dottrina):

- l'impresa ricorrente principale, che ha presentato l'offerta da escludere (come statuito dal giudice), non può più essere annoverata tra i concorrenti alla gara e non può conseguire non solo l'aggiudicazione, ma neppure la ripetizione della gara, poiché, pur se risultasse l'illegittimità dell'atto di ammissione della aggiudicataria, l'Amministrazione – salvo l'esercizio del potere di autotutela – non potrebbe che prendere in considerazione l'offerta o le offerte presentate dalle altre imprese ammesse con atti divenuti inoppugnabili;
- il ricorso principale diventa conseguentemente improcedibile per sopravvenuto difetto di legittimazione, poiché proposto da impresa che non può ottenere alcuna utilità.

La soluzione accolta fa leva sulla nozione di interesse strumentale al ricorso e sul principio di imparzialità del giudice e parità delle parti, principi che prevarrebbero sulle regole ordinarie relative all'ordine di trattazione delle questioni.

Si è, pertanto, ritenuto che quando entrambe le imprese ammesse alla gara (nel caso in cui esse siano state solo due; ovvero tutte le imprese ammesse alla gara, nell'ipotesi in cui esse siano in numero superiore a due) abbiano impugnato l'atto (o gli atti) di ammissione dell'altra (delle altre), la scelta del giudice quanto all'ordine di trattazione dei ricorsi non possa avere rilievo decisivo sull'esito della lite.

Se, alla stregua di quanto come sopra osservato dalla Plenaria 11/2008, l'eventuale fondatezza del ricorso incidentale (esaminato

anteriormente) non rivela valenza preclusiva rispetto all'esame di quello principale (così come la fondatezza del ricorso principale, esaminato prima, non preclude l'esame di quello incidentale, in quanto tutte le imprese sono titolari dell'interesse minore e strumentale all'indizione di un'ulteriore gara), la sistematica interpretativa promanante dalla illustrata decisione si fonda, essenzialmente, sull'esigenza che il giudice si pronunzi su tutti i ricorsi al fine di garantire la tutela dell'interesse strumentale di ciascuna impresa alla ripetizione della gara.

2.3 I suesposti principi hanno, peraltro, formato oggetto di critica ad opera della VI Sezione dello stesso Consiglio di Stato (la quale, con ordinanza 18 gennaio 2011 n. 251, ha nuovamente rimesso la relativa questione interpretativa all'Adunanza Plenaria).

Quest'ultima, con sentenza 7 aprile 2011 n. 4, ha introdotto un deciso revirement rispetto al più consolidato orientamento precedentemente maturatosi in giurisprudenza, del quale la riportata decisione della Plenaria 11/2008 rappresenta il più significativo elemento di emersione.

È stato infatti sostenuto, nella più recente decisione del 2011, che, qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale:

- non solo il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale
- ma la sua accertata fondatezza preclude al giudice l'esame del

merito delle domande proposte dal ricorrente principale.

In tal senso, è stato ritenuto meritevole di conferma il più risalente indirizzo interpretativo (Cons. Stato, sez. VI, 6 marzo 1992 n. 159), in forza del quale il giudice ha il dovere di decidere gradualisticamente la controversia, secondo l'ordine logico che, di regola, pone la priorità della definizione delle questioni di rito rispetto alle questioni di merito, e fra le prime la priorità dell'accertamento della ricorrenza dei presupposti processuali rispetto alle condizioni dell'azione.

Il precipitato logico dell'illustrata sistematica di graduazione dell'esame delle questioni nel percorso del giudizio è rappresentato dall'individuazione di un carattere di necessaria priorità – con accessiva precedenza su ogni altra questione sollevata con il ricorso principale – delle questioni dedotte con il ricorso incidentale della parte controinteressata, qualora dalla definizione di queste ultime discendano soluzioni ostative o preclusive dell'esame delle ragioni dedotte col ricorso principale.

Il superamento dell'orientamento espresso dall'Adunanza Plenaria 11/2008 (secondo la quale andrebbe comunque esaminato, nel merito, anche il ricorso principale, nonostante l'accertata fondatezza del ricorso incidentale “escludente”, in considerazione dell'utilità pratica derivante, per il ricorrente stesso, dalla caducazione dell'intero procedimento) è transitato, alla stregua di quanto condivisibilmente esposto nella sentenza 4/2011, attraverso l'esclusa individuabilità,

nell'eventuale "interesse pratico" alla rinnovazione della gara, di una posizione giuridica legittimante.

In tal senso, è stato sostenuto che "tale aspettativa non si distingue da quella che potrebbe vantare qualsiasi operatore del settore, che aspiri a partecipare a una futura selezione".

L'esclusa tutelabilità del carattere indifferenziato della posizione asseritamente legittimante al riesercizio del potere amministrativo (rinnovazione della gara) a fondamento della strumentalità dell'interesse fatto valere nell'ipotesi sopra individuata, ha indotto la Plenaria ad affermare, con un arrêt evidentemente innovativo nel consolidato panorama ermeneutico, che:

- "il ricorso incidentale, diretto a contrastare la legittimazione del ricorrente principale mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara, deve essere sempre esaminato prioritariamente a prescindere dal numero di concorrenti che abbiano preso parte alla gara, e anche nel caso in cui il ricorrente principale abbia avanzato censure di portata demolitoria, cioè suscettibili, ove accolte, di determinare la caducazione dell'intera procedura di gara";

- e che, conseguentemente, "qualora il ricorso incidentale abbia la finalità di contestare la legittimazione al ricorso principale, il suo esame assume carattere necessariamente pregiudiziale", atteso che "la sua accertata fondatezza preclude al giudice l'esame del merito delle domande proposte dal ricorrente".

2.4 Se, alla stregua di quanto al precedente punto sottolineato, viene

innanzi tutto in considerazione la disamina delle doglianze introdotte da Monrif Net con il ricorso incidentale il cui contenuto è stato sinteticamente illustrato in narrativa – in quanto tale esame assume, con riguardo a quanto esplicitato dalla Plenaria, carattere inevitabilmente prioritario rispetto allo scrutinio da riservare al ricorso principale – ritiene tuttavia la Sezione che la verifica in ordine alla fondatezza delle doglianze da Monrif Net dedotte con ricorso incidentale “condizionato” (alla reiezione delle censure escludenti di cui allo stesso ricorso incidentale; nonché all’eventuale accoglimento del ricorso principale di Unicity) debba porsi all’ultimo posto nella graduazione logica dei profili controversi da affrontare.

2.4.1 Va innanzi tutto rammentato come il ricorso incidentale condizionato costituisca il rimedio volto a scongiurare la soccombenza della parte resistente nei confronti del ricorrente; e si ponga quale strumento geneticamente subordinato rispetto alla proposizione (ed all’esame) del ricorso principale, con lo scopo principale di paralizzare l’azione ex adverso proposta, per l’ipotesi della sua ritenuta fondatezza in sede di gravame, secondo la logica della c.d. impugnazione condizionata.

Nell’osservare come la ripetuta sentenza 4/2011 non abbia affrontato, nello specifico, la problematica di che trattasi (atteso che la Plenaria, alla stregua del thema decidendum ad essa proposto, ha unicamente esaminato le problematiche sull’ordine delle questioni da esaminare a fronte di ricorso incidentale meramente escludente:

volto, cioè, a confutare la legittimazione del ricorrente principale in ragione dell'affermata presenza di cause di esclusione di quest'ultimo dalla procedura selettiva), ritiene il Collegio che il mezzo di tutela di che trattasi, ove appunto avente valenza "condizionata", debba essere valutato soltanto a seguito della riscontrata fondatezza del ricorso principale.

Soltanto a seguito dell'emersa presenza di ragioni asseverative della fondatezza della pretesa del ricorrente principale (sia che quest'ultima sia volta a contestare l'ammissione del controinteressato/aggiudicatario, sia nel caso in cui venga, invece, sostenuta l'illegittimità della determinazione aggiudicatoria), insorge infatti in capo alla parte resistente l'interesse a confutare, in nuce, la legittimità dello svolgimento della procedura, con accessiva pretesa al riesercizio del potere pubblico.

È ben vero che, seguendo tale sistematica interpretativa, verrebbe a darsi ingresso nel giudizio ad una posizione, evidentemente connotata da carattere di strumentalità, la cui tutelabilità è stata criticata dall'ordinanza di rimessione alla Plenaria (resa dalla Sezione VI del Consiglio di Stato, n. 351 del 18 gennaio 2011), che ne ha confutato la sussumibilità nel novero della più ampia categoria dell'interesse legittimo (nella citata ordinanza sostenendosi, in particolare, che "in ogni caso, tale interesse sia privo di attualità e concretezza", in quanto "a seguito dell'annullamento della gara la stazione appaltante non è tenuta a pubblicare un nuovo bando,

essendo tale scelta puramente discrezionale”).

Tale decisa opzione ermeneutica è stata, tuttavia, significativamente ridimensionata dalla sentenza della Plenaria 4/2011, nella quale, invero, si afferma che è “indiscutibile che, ... in termini generali, debba trovare ingresso, nel sistema della giustizia amministrativa, anche la tutela dell'interesse strumentale, in quanto collegato ad una posizione giuridica attiva, protetta dall'ordinamento, la cui soddisfazione sia realizzabile unicamente attraverso il doveroso rinnovo dell'attività amministrativa”.

Siffatta ribadita rilevanza, tuttavia, incontra un condivisibile temperamento, nel quadro della sistematica delineata dalla sentenza da ultimo indicata, laddove “la piena e armonica applicazione di questi principi impone di assegnare il necessario peso anche ad altre regole essenziali del processo amministrativo, che fondano il procedimento logico di formazione della decisione”.

La questione affrontata dalla Plenaria, segnatamente per quanto concerne la tutelabilità dell'interesse strumentale alla riedizione della gara, sconta la configurazione di tale aspettativa in capo alla parte ricorrente: ipotizzandosi che, a fronte della fondatezza del ricorso incidentale, nell'atto introduttivo del giudizio siano stati dedotti vizi suscettibili, attraverso il travolgimento dell'intera procedura selettiva, di condurre alla rinnovazione integrale di quest'ultima.

In tali limiti, la Plenaria del 2011 ha sostenuto che, “in presenza di vizi dell'atto di ammissione che evidenzino il difetto di requisiti

soggettivi, necessari per la partecipazione alla procedura, risulta carente sia la legittimazione che l'interesse al ricorso”, in quanto “l’annullamento degli atti della procedura non permetterebbe al ricorrente di ottenere alcuna utilità, per quanto ‘strumentale’, dalla pronuncia”.

Ed ha, ulteriormente, soggiunto che “anche nel caso in cui l'atto di ammissione alla gara sia viziato per ragioni oggettive, riguardanti l'offerta in sé considerata, resta fermo il difetto di legittimazione del ricorrente principale, a nulla rilevando, che, in astratto, la parte potrebbe ricavare una utilità di fatto, in dipendenza della rinnovazione della gara”.

2.4.2 Tale condivisibile impostazione merita, peraltro, di essere precisata laddove venga in considerazione, come appunto nella fattispecie all’esame, un ricorso incidentale avente (ulteriore) portata condizionata: con il quale, cioè, (accanto alla deduzione di vizi riguardanti l’ammissione del ricorrente principale alla selezione: e, quindi, ad una portata propriamente “escludente”) vengano fatte subordinatamente (rectius: condizionatamente) valere ragioni preordinate alla caducazione dell’intera procedura di gara.

Che l’interesse all’esame di tali doglianze “condizionate” insorga solo per effetto ed in conseguenza dell’accertata fondatezza del ricorso principale non è, invero, revocabile in dubbio, atteso che la reiezione dello stesso ricorso principale indurrebbe, con riferimento al ricorso incidentale condizionato, una indubbia carenza sopravvenuta di

interesse alla coltivazione del mezzo di tutela.

Maggiori perplessità circondano, tuttavia, l'esaminabilità del ricorso incidentale condizionato anteriormente alla disamina del ricorso principale (così come, alla stregua di quanto sostenuto nella Plenaria del 2011, vale per l'esame del ricorso incidentale "escludente").

Ritiene il Collegio, al riguardo, tuttora persuasive (e meritevoli pertanto di conferma) le ragioni che militano per la disamina del ricorso incidentale condizionato solo a seguito dello scrutinio (e della valutata fondatezza) dell'atto introduttivo del giudizio: e ciò in quanto una (più) piena tutela dell'interesse sostanziale fatto valere dal ricorrente incidentale postula che debba essere accertato, con carattere di priorità logico-sistematica, il contenuto del ricorso principale: il quale, ove si rivelasse infondato, finirebbe per assicurare allo stesso ricorrente incidentale la conservazione del bene della vita (aggiudicazione della gara) del quale è titolare.

Diversamente, l'accoglimento del ricorso principale – in quanto suscettibile di privare la parte controinteressata/ricorrente incidentale dell'utilità sostanziale anzidetata – radica in capo a quest'ultima, con carattere di attualità e concretezza, l'interesse alla disamina dei motivi incidentalmente proposti con carattere condizionato: in difetto della quale:

- non soltanto persisterebbe il consolidamento dell'effetto privativo in ordine all'interesse sostanziale (annullamento dell'aggiudicazione veicolato dall'accoglimento del ricorso principale)

- ma, vieppiù, non riceverebbe tutela neppure la posizione di strumentalità collegata alla riedizione del potere (rifacimento della gara), la cui pur limitata rilevanza nel quadro delle posizioni soggettive meritevoli di considerazione non può, tuttavia, condurre a confutarne radicalmente la rilevanza.

Né, diversamente, può sostenersi che l'interesse che sorregge la proposizione del ricorso incidentale condizionato venga meno laddove – in presenza dell'accoglimento del ricorso principale per ragioni di carattere “escludente”, ovvero volte a contestare la legittimità dell'ammissione alla procedura selettiva del controinteressato/aggiudicatario/ricorrente incidentale – quest'ultimo, in quanto privato (ora per allora) della posizione legittimante al fine di dolersi delle modalità di svolgimento della procedura (in quanto, appunto, da essa esclusa per effetto dell'accertata fondatezza del ricorso principale), non potrebbe aspirare a vedere esaminate le censure – introdotte con ricorso incidentale condizionato e/o subordinato – preordinate al travolgimento dell'intera gara (e, quindi, dedotte a tutela dell'interesse strumentale al rifacimento della procedura stessa).

Il rigore logico di tale ricostruzione – alla quale taluni passi della Plenaria del 2011 sembrano, in effetti, fornire riscontro – non appare, peraltro, coniugabile con esigenze di pienezza ed effettività della tutela nella sede giurisdizionale, che invece meritano convinta affermazione.

Un primo, ma significativo elemento di valutazione è in proposito rappresentato dalla considerazione per cui, laddove il ricorso principale “escludente” (ovvero, volto a contestare la legittimità della partecipazione alla gara del contro interessato/ricorrente incidentale) si riveli fondato, allora il ricorso incidentale “condizionato” viene a configurarsi tout court – e sempre – inammissibile, in ragione della riveniente privazione, in capo al ricorrente incidentale stesso, della necessaria legittimazione (conseguente, appunto, all’estromissione dalla procedura selettiva veicolata dalla pronunzia giudiziale; e sicuramente retroattiva), con riveniente assimilabilità della relativa posizione a quella di un quivis de populo, in quanto tale non abilitato a sollecitare il sindacato giurisdizionale al fine di promuovere l’adozione di una pronunzia “demolitoria” avente ad oggetto l’intera gara.

Per effetto della combinazione fra reiezione del ricorso incidentale escludente ed accoglimento del ricorso principale avente omogenea valenza, verrebbe, dunque, a delinarsi la pratica – ma inesorabile – sterilizzazione del ricorso incidentale condizionato: e, con essa, il definitivo sacrificio dell’interesse strumentale che ne costituisce il fondamento, il quale non potrebbe assurgere – in difetto della presupposta riscontrabilità di una posizione legittimante – ad interesse meritevole di tutela.

La pregevole eleganza logico-formale che permea tale orientamento sconta peraltro, ad avviso del Collegio, la presenza di un orizzonte di

tutelabilità delle posizioni soggettive suscettibile di apprezzabile restringimento *secundum eventum litis*, ovvero in considerazione (e per effetto) della sorte del ricorso principale, sensibile alla di refluire – come si è visto – sulla stessa immanenza della posizione legittimante alla coltivazione (ed alla riveniente delibazione) del ricorso incidentale condizionato.

Tale circostanza, a ben vedere, introduce nel novero dell'azionabilità delle posizioni giuridiche suscettibili di essere portate al sindacato giurisdizionale, una evidente asimmetria, laddove:

- se, giusta quanto affermato dalla Plenaria 4/2011, “il ricorrente che ha partecipato legittimamente alla gara può far valere tanto un interesse “finale” al conseguimento dell'appalto affidato al controinteressato, quanto, in via alternativa (e normalmente subordinata) l'interesse “strumentale” alla caducazione dell'intera gara e alla sua riedizione (sempre che sussistano, in concreto, ragionevoli possibilità di ottenere l'utilità richiesta)”: potendo tuttavia quest'ultimo “assumere rilievo, eventualmente, solo dopo il positivo riscontro della legittimazione al ricorso”;

- diversamente, il ricorrente incidentale che abbia proposto un mezzo (non solo “escludente”, ma anche) condizionato e/o subordinato (con il quale, in caso di accoglimento del ricorso principale, intenda promuovere l'annullamento della gara a tutela dell'interesse strumentale alla riedizione del potere amministrativo), si troverebbe, nell'evenienza sopra segnalata (che coincide con la

vicenda manifestata dall'odierna controversia), privo di ogni esperibile mezzo di tutela dell'interesse strumentale stesso.

Tale inaccettabile asimmetria fra le contrapposte posizioni delle parti del giudizio – a fronte della quale è appena il caso di evocare noti paradigmi costituzionali che predicano l'esigenza di una effettiva parità degli strumenti di tutela apprestati dall'ordinamento – induce a ritenere che (anche) l'interesse strumentale fatto valere con il ricorso incidentale condizionato (alla reiezione del ricorso incidentale “escludente”, così come all'accoglimento del ricorso principale parimenti “escludente”) meriti persistente ingresso nel novero delle azioni deducibili in giudizio; non ostando a tale affermazione la predicabile carenza di legittimazione in capo al ricorrente incidentale escluso per effetto dell'accoglimento del ricorso principale, atteso che la misura della posizione legittimante ben può essere coordinata al principio di “immanenza” riguardato con riferimento al momento della proposizione del mezzo di tutela ed al momento in cui la controversia venga trattenuta per la decisione; senza che gli effetti (pur innegabilmente retroattivi) della pronuncia con la quale il ricorso principale venga accolto risultino attributari di una rincarata valenza abrasiva in ordine alla esaminabilità stessa del ricorso incidentale condizionato.

2.5 Alla luce di quanto precedentemente esposto, ritiene conclusivamente il Collegio che l'ordine delle questioni proposte dal complessivo thema decidendum riveniente dalla presente vicenda

contenziosa debba essere il seguente:

- in primo luogo, esame del ricorso incidentale “escludente”;
- secondariamente, disamina del ricorso principale;
- da ultimo, ed eventualmente (nel caso, cioè, di accoglimento del ricorso principale), deliberazione del ricorso incidentale condizionato.

3. Come sopra delineato il percorso argomentativo che la Sezione si appresta ad affrontare, la disamina del ricorso incidentale di Monrif Net (rectius, delle censure con le quali viene argomentata l’illegittima ammissione alla procedura selettiva delle ricorrente Unicity), consente di escludere che tale mezzo di tutela sia fondato.

3.1 Viene in primo luogo in considerazione la tesi per cui l’offerta tecnica presentata dalla ricorrente principale non avrebbe rispettato uno dei requisiti minimi prestazionali richiesti, atteso che non sarebbe stato garantito dalla ricorrente principale, con cadenza almeno settimanale, l’aggiornamento del “calendario eventi”.

Tale rilievo muove dal presupposto che la Relazione tecnica presentata da Unicity annette carattere di “costanza” all’aggiornamento di che trattasi in presenza dell’emersione di “notizie di interesse”, senza peraltro cadenzare puntualmente tale adempimento.

Invero, al punto 2.7 dell’Elaborato C dell’Offerta Tecnica Unicity (versata in giudizio il 26 gennaio 2011) è espressamente indicato che “i principali eventi nazionali (recensiti in articoli, schede o approfondimenti o già presenti nel portale) verranno segnalati in un

adeguato calendario disposto ad hoc e aggiornato con frequenza quotidiana”.

Risulta quindi documentalmente smentita l’asserzione di cui al primo profilo di censura contenuto del ricorso incidentale all’esame, atteso che la frequenza di aggiornamento di che trattasi si dimostra garantita con frequenza (quotidiana) addirittura superiore alle prescrizioni di *lex specialis* (in particolare: del capitolato di gara): si da doversi escludere che, sotto tale aspetto, l’offerta Unicity fosse suscettibile di esclusione.

3.2 Sostiene ulteriormente Monrif Net che l’offerta presentata da Unicity avrebbe dovuto essere esclusa dalla selezione in quanto, relativamente alla “produzione di notizie” (richiesta fra i servizi da offrire nell’ambito della categoria “News” del realizzando portale), la ricorrente principale ha dichiarato di volersi avvalere, fra gli altri, anche dell’Agenzia ANSA.

Dal momento che quest’ultima ha partecipato alla gara de qua, inferisce la ricorrente incidentale che sia venuta a determinarsi una pratica “commistione” fra diversi partecipanti (atteso che in l’offerta tecnica di uno di essi si sarebbe “avvalsa” dei servizi resi da un altro concorrente che aveva in proprio preso parte alla procedura selettiva): per l’effetto argomentando la violazione dei principi di par condicio concorsuale e di divieto di commistione fra offerte e fra partecipanti alla gara, di cui agli artt. 11 comma 6, 37 comma 7 e 49 comma 8 del D.Lgs. 163/2006.

L'esclusa conclusione della tesi sostenuta dalla ricorrente incidentale è agevolmente argomentabile dalla lettura dell'Offerta Tecnica di Unicity.

L'Elaborato D di quest'ultima riporta infatti (punto 4.) una "lista delle fonti che saranno utilizzate per la redazione delle notizie per le sezioni "Notizie" e "Calendario", suscettibile di essere costantemente aggiornata durante l'erogazione del servizio.

Nel conseguente elenco, esposto in ordine alfabetico, vengono indicate le "principali agenzie di informazione italiane ed i relativi riferimenti web": risultando in esso ricomprese, accanto ad ANSA, anche altre fonti di agenzia aventi notoria rilevanza a livello nazionale (fra le quali Adn Kronos, Italtpress, Reuters Italia).

Nello stesso punto 4., inoltre, viene fornito un elenco (anche qui corredato dai corrispondenti riferimenti web) degli organismi di categoria (INPGI, FNSI, Ordine dei Giornalisti, Ministero delle Comunicazioni) e delle altre fonti (Siti ufficiali di Regioni, Province, Comuni; siti ufficiali di riviste specializzate nel settore turistico; portali esteri ufficiali per la promozione del turismo in ambito europeo ed extraeuropeo) a tali fini rilevanti.

Da quanto sopra esposto è dato evincere, con carattere di dirimente chiarezza, che l'indicazione (nel novero delle fonti suscettibili di essere utilizzate a fini di implementazione delle Sezioni del portale "News" e "Calendario") anche di ANSA, non ha in alcun modo inteso realizzare, ancorché in maniera surrettizia, una preclusa

“commistione” fra soggetti partecipanti alla procedura selettiva in posizioni distinte, quanto contrapposte in un’ottica competitiva.

Piuttosto, siffatta indicazione si risolve nella mera elencazione di una (peraltro consistente, sotto il profilo numerico) platea di possibili fonti di attingimento di notizie, a fronte della quale l’escluso carattere di “specialità” del rapporto fra Unicity ed ANSA – dalla ricorrente incidentale accreditata quale elemento indiziante una inappropriata commistione fra partecipanti alla medesima procedura di gara, nel quadro della sostenuta fornitura di un servizio da parte di quest’ultima in favore della ricorrente principale – appieno rileva ove si consideri, a tacer d’altro, la libera acquisibilità dei contenuti delle notizie, da parte di qualsivoglia utente del web, veicolata dal mero accesso alle pertinenti pagine delle Agenzie di stampa e/o degli altri soggetti menzionati nell’offerta tecnica di Unicity.

4. Esclusa, alla stregua di quanto sopra esposto, la fondatezza del ricorso incidentale “escludente” (ovvero, di quella parte dell’anzidetto mezzo di tutela con la quale Monrif Net ha dedotto l’illegittima ammissione alla gara di Unicity), viene allora necessariamente in considerazione lo svolgimento dell’indagine preordinata a verificare i contenuti del ricorso principale da quest’ultima proposto.

4.1 Con il primo motivo, Unicity sostiene che, in violazione dell’art. 19 del bando e dell’art. 11, comma 8, del D.Lgs. 163/2006, la Stazione appaltante abbia proceduto alla verifica dei requisiti in capo

al raggruppamento aggiudicatario non già successivamente all'aggiudicazione provvisoria, ma a seguito dell'aggiudicazione definitiva: la quale, per l'effetto, sarebbe stata disposta da Promuovi Italia in difetto del previo svolgimento di tale adempimento.

A tale riguardo, va osservato come l'accertamento dei requisiti previsto dall'art. 11, comma 8, del D.Lgs. 163/2006 assuma una funzione ed una collocazione autonoma rispetto al più generale dovere di controllo della regolarità delle operazioni di gara – esercitabile nella fase di passaggio dall'aggiudicazione provvisoria a quella definitiva – ponendosi quale condizione di efficacia dell'aggiudicazione definitiva, a specifica salvaguardia dell'interesse pubblico a che nei confronti di chi sarà il futuro contraente dell'Amministrazione siano puntualmente accertati i necessari requisiti di partecipazione alla gara e quelli di stipulazione.

Ne consegue che, se la verifica deve necessariamente seguire l'aggiudicazione provvisoria, ponendosi quale condizione di efficacia dell'aggiudicazione definitiva, tale rilevanza dell'adempimento onde trattasi non consente di escludere che esso possa essere realizzato anche successivamente a quest'ultima, in esito positivo retroagendo i relativi effetti al momento dell'adozione della relativa determinazione.

Se tale modus procedendi si attegga in maniera significativamente difforme rispetto ad un paradigma normativo che postula la consecuzione delle sequenze procedimentali aggiudicazione

provvisoria/verifica dei requisiti/aggiudicazione definitiva, va escluso peraltro che alla postergazione della verifica onde trattasi possa annettersi valenza invalidante, atteso che:

- laddove il relativo adempimento si risolva negativamente, l'aggiudicazione definitiva è destinata a non poter acquisire efficacia;
- mentre, nel caso in cui i requisiti vengano positivamente riscontrati, l'integrazione di efficacia opererà ex tunc con riferimento al momento dell'adozione della determinazione aggiudicatoria, mediante l'operatività di un consueto meccanismo di retrotrazione di decorrenza effettuale.

4.2 Sostiene poi la ricorrente principale che la dichiarazione in ordine all'assenza di cause di esclusione, da parte del raggruppamento aggiudicatario, sia intervenuta nel difetto della dichiarazione ad opera di tutti i soggetti aventi funzione di rappresentanza sia della mandataria Monrif Net, che della mandante Zeppelin Group (secondo e terzo motivo di ricorso).

In particolare:

- per quanto concerne Monrif Net, due componenti del CdA
- e, quanto a Zeppelin Group, un consigliere

pur muniti di poteri rappresentativi, non avrebbero reso la dichiarazione di cui all'art. 38 del D.Lgs. 163/2006.

La prospettazione di parte ricorrente trova fondamento nell'interpretazione estensiva dell'art. 38 di che trattasi, in forza della quale tale disposizione dovrebbe essere letta nel senso che (anche in

mancanza di un espresso richiamo all'articolo nella lex specialis della gara) sarebbero tenuti alla dichiarazione sostitutiva di notorietà attestante l'inesistenza di cause di esclusione tutti i soggetti che siano rappresentanti legali della ditta concorrente: soggetti da individuare non già in base alle qualifiche formali possedute, ma anche alla stregua dei poteri sostanziali attribuiti, con conseguente inclusione nel novero dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza delle persone fisiche comunque in grado di impegnare la società verso i terzi e dei procuratori ad negotia, allorquando, al di là del nomen, l'estensione dei loro poteri conduca in ogni caso a qualificarli come amministratori di fatto.

La più recente giurisprudenza ha però disatteso tale interpretazione, ravvisando l'esigenza di ancorare l'applicazione della norma di cui si tratta a basi di oggettivo rigore formale, con riveniente esclusiva attenzione per la posizione formale rivestita dal singolo nell'organizzazione societaria, piuttosto che nei confronti di incerte verifiche di carattere "sostanzialistico" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011 n. 513).

È ben vero che l'interpretazione del citato art. 38 (il cui comma 1, lett. c), fa riferimento, per le società di capitali, agli "amministratori muniti del potere di rappresentanza"), con riferimento ai soggetti per i quali la dichiarazione deve essere resa, ha formato oggetto di difformi orientamenti giurisprudenziali.

Secondo una parte della giurisprudenza, per l'individuazione dei

soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive finalizzate alla verifica del possesso dei requisiti di moralità, quando si tratti di titolari di organi di persone giuridiche da ricondurre alla nozione di “amministratori muniti di poteri di rappresentanza”, occorre esaminare i poteri, le funzioni e il ruolo effettivamente e sostanzialmente attribuiti al soggetto considerato, al di là delle qualifiche formali rivestite (Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2010 n. 8059 e sez. VI, 8 febbraio 2007 n. 523).

Altra giurisprudenza ha invece delimitato la sussistenza dell'obbligo di dichiarazione ai soli amministratori muniti di potere di rappresentanza e ai direttori tecnici, e non anche a tutti i procuratori della società (T.A.R. Basilicata, sez. I, 22 aprile 2009 n. 131; T.A.R. Liguria, sez. II, 11 luglio 2008 n. 1485; T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 8 luglio 2008 n. 379).

Il Collegio ritiene di dover aderire alla seconda delle tesi esposte (di recente confermata da Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2011 n. 6136), che limita l'applicabilità della disposizione ai soli amministratori della società.

Ai sensi dell'art. 2380-bis c.c., la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori e può essere concentrata in un unico soggetto (amministratore unico) o affidata a più persone, che sono i componenti del consiglio di amministrazione (in caso di scelta del sistema monistico ex artt. 2380 e 2409-sexiesdecies c.c.) o del consiglio di gestione (in caso di opzione in favore del sistema

dualistico ex artt. 2380 e 2409-octies c.c.): ad essi, o a taluni tra essi, spetta la rappresentanza istituzionale della società.

L'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza (che può essere limitato per gli amministratori ex art. 2384, comma 2, c.c.) e non vi è alcuna possibilità per estendere l'applicabilità della disposizione a soggetti che amministratori non sono.

Del resto, si tratta di una norma che limita la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese, essendo prescrittiva dei requisiti di partecipazione e che, in quanto tale, assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse.

Si deve, quindi, prendere atto che l'art. 38 del D.Lgs. 163/2006 – nell'individuare i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione – fa riferimento soltanto agli “amministratori muniti di potere di rappresentanza”: ossia, ai soggetti che siano titolari di ampi e generali poteri di amministrazione.

La soluzione accolta, oltre ad essere maggiormente rispondente al dato letterale del citato art. 38, evita che l'obbligo della dichiarazione possa dipendere da sottili distinzioni circa l'ampiezza dei poteri del procuratore, inidonee a garantire la certezza del diritto sotto un profilo di estrema rilevanza per la libertà di iniziativa economica delle imprese, costituito dalla possibilità di partecipare ai pubblici appalti (in termini, Cons. Stato, sez. V, 25 gennaio 2011 n. 513; 24 marzo

2011 n. 1782).

4.3 Esclusa la fondatezza delle doglianze come sopra esaminate, viene quindi in considerazione il quarto ordine di censure dell'atto introduttivo del presente giudizio, con il quale viene dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 41 del D.Lgs 12 aprile 2006 n. 163, l'avvenuta violazione e falsa applicazione degli artt. 8, 9 punto 9.1., lett. a) e 13, punto 13.3., lett. a) del bando di gara, nonché l'eccesso di potere, in quanto la dimostrazione della capacità economico-finanziaria di Monrif Net s.r.l. sarebbe stata inadeguatamente comprovata dalla referenza rilasciata in data 8 luglio 2010 da Monte dei Paschi di Siena, avendo tale istituto di credito affermato di non intrattenere rapporti diretti con la controinteressata, ma esclusivamente con la controllante di quest'ultima Monrif S.p.A.

In particolare, MontePaschi ha dichiarato che:

- “Monrif Net s.r.l. opera nel settore informatico ed è di fatto controllata da Monrif S.p.A., società assistita in via fiduciaria dalla nostra Banca”;
- “il gruppo Monrif, di cui Monrif S.p.A. riveste il ruolo di holding finanziaria, vanta indiscussa competenza nel settore dell'editoria nel quale opera da anni riscuotendo stima e considerazione”;
- “pur non avendo rapporti diretti con Monrif Net s.r.l., per quanto ci risulta, il gruppo Monrif dispone di conoscenze e capacità adeguate a gestire appalti di rilevante importanza”.

Il contenuto di tale dichiarazione (come già rilevato dalla Consiglio di Stato in sede di esame dell'istanza cautelare da Unicity proposta avverso l'ordinanza di questa Sezione n. 342/2011: si confronti in proposito l'ordinanza della Sezione IV n. 1418 del 30 marzo 2011) non sembra soddisfare il fine perseguito dall'art. 41 del D.Lgs. 163/2006 e dalla lex specialis di gara, posto che la giurisprudenza richiede che la banca che fornisce la referenza debba mantenere rapporti diretti con il soggetto imprenditoriale che utilizza la referenza medesima.

È stato in proposito osservato (cfr. Cons. Stato, sez. V, 23 giugno 2008 n. 3108 e 22 aprile 2002 n. 2183) che la formula generica riguardante le "idonee referenze bancarie" deve essere interpretata nel senso che gli istituti di credito a tal fine compulsati debbano riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società, per le quali le referenze sono richieste (quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con l'istituto, l'assenza di situazioni passive con lo stesso istituto o con altri soggetti, sempre che tali situazioni siano desumibili dai movimenti bancari o da altre informazioni in loro possesso); e non anche in ordine ad elementi diversi da questi ai quali si è fatto riferimento (quali gli elementi quantitativi relativi a situazioni patrimoniali o finanziarie, trattandosi di dati che, di fatto, potrebbero non essere da loro conosciuti e che, comunque, quand'anche disponibili, non potrebbero essere resi noti a terzi, in presenza dell'obbligo di riservatezza gravante sugli istituti

bancari).

Anche questa Sezione, del resto (cfr. sentenza 4 novembre 2009 n. 10828), ha sostenuto che l'espressione "idonee referenze bancarie" deve essere interpretata dalle banche nel senso – anche lessicalmente corretto – che esse devono riferire sulla qualità dei rapporti in atto con le società per le quali le referenze sono richieste, quali la correttezza e la puntualità di queste nell'adempimento degli impegni assunti con la banca, l'assenza di situazioni passive con la banca stessa con altri soggetti: e ciò, anche in considerazione che la garanzia patrimoniale della società controllante, ai sensi dell'art. 2740 c.c., non si estende alla società controllata, la quale è soggetto dotato di propria ed autonoma personalità giuridica, nonché di un patrimonio distinto rispetto a quello della società controllante.

Tali ultime considerazioni di fondo asseverano l'inidoneità della referenza di che trattasi – sostanzialmente rilasciata da MontePaschi in favore della controllante Monrif S.p.A. – ad essere utilizzata dalla controllata Monrif Net s.r.l. (capogruppo mandataria del raggruppamento aggiudicatario) al fine di comprovare, ai sensi dell'art. 41, comma 3, del D.Lgs. 163/2006, "la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante ... se il concorrente non è in grado, per giustificati motivi ... di presentare le referenze richieste", posto che la prova richiesta deve comunque riferirsi alla posizione della Società controllata, e non già di quella controllante.

Da quanto sopra esposto discende la fondatezza del profilo di censura all'esame, con conseguente invalidità dell'ammissione alla procedura selettiva del raggruppamento odierno controinteressato.

Il punto 8.1, lett. c), del bando prescrive infatti – a pena di esclusione dalla procedura di gara – che gli operatori economici che intendano partecipare alla selezione devono dimostrare il possesso di “idonee referenze bancarie di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del D.Lgs. 385/1992”; e precisa (punto 9.1, lett. a) che “i requisiti di cui al punto 8.1 lett. a), b), c) ed f) devono essere posseduti da ciascun soggetto partecipante al raggruppamento”.

Il successivo punto 13.3, lett. a), ribadisce poi, sempre a pena di esclusione, il contenuto della documentazione amministrativa da produrre relativamente agli elementi di che trattasi (“idonee referenze bancarie”).

L'espressa previsione dell'obbligo di comprovare con le referenze di che trattasi la capacità economica e finanziaria dei fornitori e prestatori di servizi – di cui alla lett. a) del comma 1 dell'art. 41 del D.Lgs. 163/2006 – appieno rende operante la disposizione di cui al comma 1-bis del successivo art. 46 (inserito dall'articolo 4, comma 2, lettera d), del decreto legge 13 maggio 2011 n. 70, convertito, con modificazioni, in legge 12 luglio 2011 n. 106), alla stregua del quale “la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti” (con

accessiva preclusione, per i bandi e le lettere di invito, a contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, “comunque nulle”).

5. La rilevata fondatezza della censura precedentemente esaminata impone – con inevitabile assorbimento dei rimanenti argomenti di doglianza, articolati sia nell’atto introduttivo del giudizio, che nei motivi aggiunti successivamente proposti – l’accoglimento del ricorso presentato da Unicity.

Viene allora necessariamente in considerazione, alla stregua di quanto in precedenza stabilito, l’esame del ricorso incidentale condizionato con il quale Monrif Net s.r.l. ha dedotto l’illegittimità dell’intera procedura di gara – conseguentemente sollecitandone l’integrale annullamento – per violazione del principio di concentrazione e continuità delle sedute della Commissione all’uopo insediata.

È ben vero che, al fine di assicurare imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza all’azione amministrativa, le sedute di una commissione di gara devono ispirarsi al principio di concentrazione e di continuità: le operazioni di esame delle offerte tecniche ed economiche dovendo, di regola, essere concentrate in una sola seduta, senza soluzione di continuità, al precipuo fine di scongiurare possibili influenze esterne ed assicurare l’assoluta indipendenza di giudizio dell’organo incaricato della valutazione (Cons. Stato, sez. VI, 16 novembre 2000 n. 6128).

Nondimeno, il principio di continuità e di concentrazione delle

operazioni di gara non è assolutamente insuscettibile di eccezioni, potendo verificarsi situazioni particolari che obiettivamente impediscano l'espletamento delle operazioni in unica seduta, tra le quali possono annoverarsi la particolare complessità delle valutazioni da svolgere o l'elevato numero delle offerte da giudicare.

Se è vero che, in tali evenienze, l'esigenza di continuità impone comunque l'osservanza, nello svolgimento delle operazioni, del minimo intervallo temporale tra una seduta e l'altra e delle massime garanzie di conservazione dei plichi contenenti le singole offerte, dalla lettura degli atti di causa non è dato evincere la presenza di profili anche solo indizianti una eccessiva dilatazione della tempistica concorsuale, sì da poter indurre il convincimento della violazione dei principi sopra indicati.

Invero, dalla data di insediamento della Commissione di gara (23 settembre 2010) alla data dell'ottava ed ultima seduta dell'organismo (17 novembre 2010) consta il decorso di un arco temporale inferiore ai due mesi: il quale, nell'ambito dell'apprezzamento proprio della presente sede di legittimità, ed avuto altresì riguardo alla particolare complessità tecnica delle operazioni valutative rimesse alla Commissione stessa in ragione dell'oggetto dell'appalto, non rivela manifesto carattere di abnormità o anche soltanto di incongruità, tale da consentire un positivo apprezzamento della censura all'esame.

Né, d'altro canto, la ricorrente incidentale si è premurata di offrire alla valutazione dell'adito organo di giustizia elementi di

convincimento che – sia con riferimento ad eventuali parametri di corretta commisurazione della tempistica di gara, sia con riguardo ai riflessi inficianti che l'affermata parcellizzazione dei lavori della Commissione in una pluralità di sedute avrebbe indotto sul regolare svolgimento della procedura – potessero obiettivamente asseverare un assunto che, altrimenti, non riesce a sollevarsi da un rango meramente assertivo: per l'effetto imponendosi la reiezione – anche nella parte qua – del ricorso incidentale di Monrif Net s.r.l.

6. A conclusione del percorso motivazionale del quale si è in precedenza data ampia contezza, non può esimersi il Collegio dal ribadire le prese conclusioni in ordine alla fondatezza – nei limiti sopra individuati e con assorbimento dei rimanenti motivi di ricorso – dell'impugnativa principale proposta da Unicity.

A tale determinazione accede l'annullamento degli atti gravati (e, con essi, segnatamente, dell'aggiudicazione disposta in favore del raggruppamento avente quale capogruppo mandataria Monrif Net s.r.l.), al quale non potrà non fare seguito – in ragione della presentazione di una sola offerta, appunto da parte del R.T.I. Unicity, oltre quella presentata dall'aggiudicataria – l'aggiudicazione della gara in favore della ricorrente medesima.

Nell'osservare come, sulla base delle acquisite evidenze documentali, non risulti al momento essere stato stipulato il contratto accessivo alla disposta aggiudicazione, la valenza demolitoria-conformativa promanante dalla presente decisione si rivela pienamente idonea a

soddisfare, in forma specifica, la pretesa risarcitoria dalla parte ricorrente fatta valere, avuto riguardo all'integrale soddisfacimento dell'interesse sostanziale del quale la ricorrente stessa, con riferimento alla presente controversia, è portatrice.

Le spese di lite seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima) così dispone in ordine al ricorso indicato in epigrafe:

- respinge il ricorso incidentale proposto da Monrif Net s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del RTI costituito da Monrif Net s.r.l., Paesionline s.r.l., Zeppelin Group s.r.l.;
- accoglie, nei limiti e per gli effetti di cui in motivazione, il ricorso principale proposto da Unicity S.p.A.; e, per l'effetto, annulla gli atti con tale strumento di tutela avversati;
- condanna Promuovi Italia S.p.A. e Monrif Net s.r.l., nella persona dei rispettivi legali rappresentanti, al pagamento delle spese di giudizio in favore della ricorrente Unicity S.p.A., in ragione, rispettivamente, di € 1.500,00 (euro mille e cinquecento/00) e di € 2.500,00 (euro duemila e cinquecento/00);
- dispone, ai sensi del comma 9 dell'art. 120 del codice del processo amministrativo, che il dispositivo della presente sentenza venga pubblicato nel termine ivi previsto;
- ordina che la presente decisione sia eseguita dall'Autorità

amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 dicembre
2011 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giovannini, Presidente

Roberto Politi, Consigliere, Estensore

Solveig Cogliani, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/12/2011

IL SEGRETARIO

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