



REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello n. 1321 del 2013, proposto da

Impresa Arduino Martinuzzo vivai s.r.l., in proprio e quale capogruppo della costituenda ATI con Sever s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Marco Feroci, ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, via Cesare Beccaria n. 88, come da mandato a margine del ricorso introduttivo;

contro

Ecogest s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Francesco Lilli e Luciano Mastrovincenzo, ed elettivamente domiciliata presso il primo dei difensori in Roma, via di Val Fiorita n. 90, come da mandato a margine della comparsa di costituzione e risposta;

nei confronti di

Autovie Venete s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avv.ti Gianfranco Carbone e Alessio Petretti, ed elettivamente domiciliata presso quest'ultimo in Roma, via degli Scipioni n. 68/A, come da mandato in calce alla comparsa di costituzione e risposta;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia, sezione prima, n. 9 del giorno 8 gennaio 2013, concernente l'affidamento del servizio di manutenzione di aree a verde lungo l'intera rete autostradale.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ecogest s.r.l. e di Autovie Venete s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 novembre 2013 il Cons. Diego Sabatino e uditi per le parti gli avvocati come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso iscritto al n. 1321 del 2013, Impresa Arduino Martinuzzo vivai s.r.l., in proprio e quale capogruppo della costituenda ATI con Sever s.r.l. propone appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Friuli Venezia Giulia, sezione prima, n. 9 del giorno 8 gennaio 2013 con la quale è stato accolto il ricorso proposto da Ecogest s.r.l. per l'annullamento: del provvedimento di aggiudicazione definitiva dd. 17 luglio 2012 della procedura aperta indetta da Autovie Venete s.p.a. per l'affidamento del servizio di manutenzione delle aree a verde lungo l'intera rete autostradale in concessione, le bretelle di collegamento e le relative pertinenze - destra tagliamento, comunicato con nota dd. 20 luglio 2012 prot. n. u/29098; di tutti gli atti e verbali di gara, nella parte in cui con gli stessi è stata disposta l'aggiudicazione della gara in favore dell'a.t.i. costituenda tra le imprese Arduino Martinuzzo Vivai s.r.l. (mandataria) e Sever s.r.l. (mandante); della nota fax prot. u/33884 dd. 3 settembre 2012, a mezzo del quale Autovie Venete s.p.a. - nel riscontrare l'istanza di riesame in autotutela e preavviso di ricorso *ex art. 243 bis* d.lgs. 163/06 e s.m.i., comunicava di non volere provvedere alla rimozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva deliberato dal consiglio di amministrazione in data 17.7.2012; di ogni altro atto o provvedimento presupposto, compresi quelli relativi alla verifica del possesso dei requisiti in capo all'a.t.i. dichiarata aggiudicataria e, *si opus sit*, il bando, il disciplinare di gara e l'ulteriore documentazione di gara.

A sostegno delle doglianze proposte dinanzi al giudice di prime cure, la parte ricorrente aveva premesso di aver partecipato alla procedura di gara in discussione, che aveva indicato nel bando come “oggetto dell'appalto” il “servizio di manutenzione delle aree a verde lungo l'intera rete autostradale in concessione, le bretelle di collegamento di competenza e le relative pertinenze – Destra Tagliamento” da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. Prevedeva altresì, al punto 7.4 del disciplinare, in ordine ai requisiti tecnico – professionali, un “elenco dei principali analoghi (servizi di manutenzione ordinaria del verde in ambito autostradale e/o strade extraurbane principali e secondarie in presenza di traffico” effettuati negli ultimi 5 anni precedenti alla data di pubblicazione del bando, con l'indicazione degli importi, date e destinatari pubblici o privati di cui almeno uno della stessa tipologia”.

Lo stesso paragrafo del disciplinare, nella parte dedicata ai RTI prevedeva che “alla mandataria capogruppo è richiesto, pena l'esclusione dalla gara, il possesso dei requisiti minimi prescritti nella misura minima del 40% mentre alle mandanti/consorziate è richiesto il possesso dei medesimi requisiti minimi del 10% purché il raggruppamento/consorzio raggiunga, nella sua interezza, l'importo globale richiesto”.

La ricorrente partecipava alla gara, che però, in data 17.7.2012, era aggiudicata alla costituenda ATI formata dalla Arduino Martinuzzo Vivai srl e Sever srl. Essa peraltro non avrebbe posseduto i requisiti tecnico – professionali previsti dal bando di gara. La ricorrente, invece, che si qualificava al secondo posto, li avrebbe posseduti e sarebbe stata illogicamente pretermessa.

Deduceva pertanto i seguenti motivi di gravame:

1) Violazione dei principi generali in materia di pubbliche gare e degli artt. 41 e 42 del D. Lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per illogicità e contraddittorietà, per disparità di trattamento e per perplessità.

L'aggiudicataria sarebbe sfornita dei requisiti speciali di qualificazione, di cui agli artt. 41 e 42 del D. Lgs. n. 163/2006.

Infatti, sotto il profilo della capacità tecnica, sono stati prodotti dall'aggiudicataria due certificati (nn. 9 e 10) che concernono “interventi di manutenzione giardini” e “manutenzione straordinaria del verde e regimentazione e controllo del deflusso delle acque nei parchi urbani” che in alcun modo sarebbero assimilabili ai servizi oggetto di gara.

Allo stesso modo i certificati, di cui ai nn. 7 e 13 si riferirebbero genericamente a “manutenzione del verde pubblico” senza alcun nesso con l'oggetto della gara, mentre quelli di cui ai nn. 8, 11 e 12, che hanno per oggetto

lavori e non servizi sarebbero solo in parte riferibili a “pertinenze stradali” per una percentuale che non è nota.

I certificati nn. 14 e 15 sembrerebbero riferiti a strade di accesso a centri commerciali. In ogni caso il primo non è sottoscritto dal committente e il secondo non sarebbe stato inserito nell’elenco fornito in sede di gara.

Non corrisponderebbero, infine, le percentuali dichiarate in sede di dimostrazione dei requisiti tecnico – professionali dalla costituenda ATI aggiudicataria: la mandataria, che ha dichiarato di possederli all’80% del totale dei servizi, in realtà ne espone il 54,56% del fatturato globale e il 69,79% dei servizi analoghi.

Pertanto:

- vi sarebbe ontologica diversità fra la manutenzione del “verde urbano, dei parchi e dei giardini” e quella del “verde autostradale” o da eseguirsi su strade extraurbane, dato che sarebbe palese la non riconducibilità di taluni dei servizi, indicati dall’ATI controinteressata, alla tipologia di quelli richiesti dalla *lex specialis* (“servizi di manutenzione ordinaria del verde in ambito autostradale e/o strade extraurbane principali e secondarie in presenza di traffico” come recita il disciplinare di gara);

- a rifarsi solo ai certificati del Comune di Trieste n. 9 “manutenzione giardini e lavori di riqualificazione” (doc. 3) e n. 10 “parchi urbani – lavori di manutenzione straordinaria e regimentazione delle acque” (doc. 4) essi si riferirebbero a prestazioni estranee all’oggetto dell’appalto, riguardando tipologie di strade irriducibili l’una all’altra, anche secondo il Codice della strada.

Ne conseguirebbe che, a fronte dell’importo minimo di € 6.200.000,00 previsto dal bando per i servizi analoghi, avendone l’aggiudicataria dichiarati in eccesso soltanto € 51.000,00, la dovuta esclusione per eterogeneità assoluta del valore complessivo di tali lavori, che ammonta a € 579.257,00 ne comporterebbe l’esclusione dalla gara.

Sarebbe inoltre violato il principio della *par condicio*, di cui dovrebbe farsi garante l’amministrazione.

In tal senso la Commissione giudicatrice, in sede di aggiudicazione, è tenuta ad applicare letteralmente le clausole di gara, con riguardo ai requisiti di partecipazione. Il formalismo che ne consegue risponde ad esigenze di certezza e di imparzialità dell’azione amministrativa.

Nel caso di specie i requisiti previsti sarebbero rispondenti ai principi di proporzionalità e ragionevolezza, in quanto giustificati dalle esigenze, cui deve rispondere l’appalto, e servirebbero ad evitare il rischio che il servizio venga affidato ad imprese non in possesso della competenza richiesta.

Pertanto, in base all’art. 7 del disciplinare di gara e degli artt. 37, 42 e 48 del D. Lgs. n. 163/06 l’assenza della capacità tecnico – professionale avrebbe dovuto portare all’esclusione del RTI aggiudicatario. Sarebbe pertanto illegittimo che a ciò la stazione appaltante non abbia provveduto.

2) Violazione dell’art. 37 del D. Lgs. n. 163/06 ed eccesso di potere per illogicità manifesta, disparità di trattamento e perplessità.

L’art. 37 citato stabilisce, con norma valida anche per gli appalti di servizi, che i concorrenti, riuniti in RTI debbono eseguire le rispettive prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento, onde è necessario che sia l’una che l’altra siano da essi specificate all’atto di partecipazione alla gara, a pena di inammissibilità dell’offerta.

Nel caso tale proporzione non sarebbe rispettata né sarebbe posseduto un ulteriore requisito, che di tale principio è il corollario, cioè che ogni impresa partecipante all’ATI possieda i requisiti di ammissione in corrispondenza alla quota di partecipazione, a garanzia di una corretta esecuzione della prestazione offerta.

Pertanto l’inosservanza di tale regola da parte della capogruppo mandataria comporterebbe l’esclusione dell’ATI controinteressata.

Sussisterebbero inoltre i requisiti per accordare il risarcimento del danno e cioè la colpa della stazione appaltante, (anche se, in base alla giurisprudenza comunitaria non è necessario dare la prova per ai fini risarcitori), che ha

adottato un provvedimento illegittimo, aggravato dalla immotivata risposta reiettiva dell'istanza di provvedere all'autotutela, il che dimostra un comportamento almeno negligente, in presenza dell'ostensione dei vizi dell'offerta dell'aggiudicatario.

Si ritiene, al riguardo, che vada calcolato sia il danno emergente, sia il lucro cessante, pari al 10% dell'ineseguito, detratto il 20%. Andrebbe poi riconosciuta la responsabilità precontrattuale della P.A., dato che la ricorrente sarebbe l'unica legittima destinataria dell'aggiudicazione e dovrebbe essere ristorata del cosiddetto interesse negativo, corrispondente all'ammontare delle spese inutilmente sostenute e alla perdita di ulteriori occasioni.

Sia l'amministrazione che la parte controinteressata hanno replicato con memorie.

Quest'ultima ha altresì proposto ricorso incidentale, con cui ritiene che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per i seguenti motivi:

1) Violazione del disciplinare di gara, dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006, dei principi di imparzialità e buon andamento ed eccesso di potere per difetto di istruttoria, falso presupposto e travisamento dei fatti

Dal momento che la ricorrente principale è controllata al 100% dalla T. & C. srl, cioè da una società di capitali, anche tale società avrebbe dovuto rendere le dichiarazioni, di cui all'art. 38 del D. Lgs. n. 163/2006, così come modificato dal D.L. n. 70/2011, come confermerebbero le schede allegate al disciplinare di gara ai sensi dell'art. 7.1., mentre ne ha allegato soltanto una, attestante l'assenza di cause di esclusione di cui alle lettere b), c) ed *in ter*) di detto art. 38, senza allegare l'ulteriore documentazione prescritta, così che la Ecogest non avrebbe posto la stazione appaltante in condizione di verificare che il proprio socio unico avesse assolto a tutti gli obblighi prescritti dall'art. 38 violando tale norma e il disciplinare di gara.

Pertanto, la ricorrente principale non avrebbe dovuto essere ammessa ovvero non avrebbe potuto superare il vaglio previsto dall'art. 48 del D. Lgs. n. 163/2006.

Ha pertanto chiesto anch'essa la sospensione dell'atto oggetto del gravame incidentale con cui la ricorrente è stata ammessa alla gara.

Con ordinanza n. 1132 del 31.10.2012 il T.A.R. ha ritenuto, allo stato degli atti, l'infondatezza della domanda cautelare, di cui al ricorso incidentale, ritenendo che la dichiarazione *ex art.* 38 sia stata resa dal soggetto obbligato, e la fondatezza, invece, di quella annessa al ricorso principale, perché alcune delle prestazioni svolte da imprese facenti parte del RTI aggiudicatario non sembrerebbero pertinenti all'oggetto dell'appalto, così che il raggruppamento, nel suo complesso, non raggiungerebbe l'ammontare prescritto dal bando.

Nella camera di consiglio del 31.10.2012 il T.A.R. ha accolto l'istanza cautelare della ricorrente e successivamente ha accolto il ricorso, con la sentenza ora appellata. In essa, il primo giudice riteneva fondate le censure proposte, sottolineando l'illegittimità dell'operato della pubblica amministrazione, per aver considerato come servizi analoghi delle prestazioni palesemente estranee all'oggetto dell'appalto.

Contestando le statuizioni del primo giudice, la parte appellante evidenzia l'errata ricostruzione in fatto ed in diritto operata dal giudice di prime cure, riproponendo le ragioni poste nel proprio ricorso incidentale e avversando le ragioni del ricorso principale.

Nel giudizio di appello, si sono costituite la Autovie Venete s.p.a., in posizione adesiva a quella della parte appellante, e la Ecogest s.r.l., chiedendo di dichiarare inammissibile o, in via graduata, rigettare il ricorso.

All'udienza del 9 aprile 2013, l'istanza cautelare veniva respinta con ordinanza n. 1301/2013.

Alla pubblica udienza del 12 novembre 2013, il ricorso è stato discusso e assunto in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello non è fondato e va respinto per i motivi di seguito precisati.

2. - Con il primo motivo di diritto, viene lamentata la mancata considerazione delle ragioni dedotte del ricorso

incidentale, sotto i profili della violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara, dell'art. 38 del codice degli appalti, dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria, falso presupposto e travisamento del fatto. È così censurata l'inosservanza della prescrizione dell'art. 38 per la mancata dichiarazione di sussistenza dei requisiti richiesti, in quanto fornita unicamente dall'amministratore unico della T. & C. s.r.l., società controllante al 100% della parte appellata. La dichiarazione così data non corrisponderebbe alle previsioni normative e sarebbe quindi incompleta, non mettendo la stazione appaltante nella condizione di verificare che il socio unico della ricorrente principale avesse compiutamente assolto gli obblighi imposti dall'art. 38.

2.1. - La censura non può essere condivisa.

Osserva prioritariamente la Sezione come il canone interpretativo ordinario, valevole nelle questioni di esclusione dalle procedure di gara a evidenza pubblica, sia quello della non esigibilità di nuove preclusioni (da ultimo, Consiglio di Stato, sez. V, 24 ottobre 2013 n. 5155 sul principio di tassatività *ex* art. 46, comma 1-*bis* del D.Lgs n. 163 del 2006) e, conseguentemente, della non estensibilità analogica dei casi normativamente previsti. Si tratta di un'osservazione che, valevole nei casi d'indicazione espressa di elementi restrittivi nel caso del disciplinare di gara, vale a maggior ragione quando tali previsioni siano ritenute implicite in conformità a una proposta e parziale lettura dell'intera disciplina.

Sulla scorta di tale premessa di metodo, va evidenziato come, nel caso in esame, il bando di gara (punti III.2.1., III.2.2., III.2.3.) rimettesse al disciplinare di gara la funzione di precisare le condizioni di partecipazione, fra cui anche quella della "conformità ai requisiti" (punto III.2.1.). Per canto suo, il disciplinare indicava, come "Documentazione richiesta" che "Nella busta "A – Documentazione" debbono essere contenuti, pena l'esclusione dalla gara, i seguenti documenti: (...) 7.1 schede 1,2,3,4,5, e 6 debitamente compilate e sottoscritte".

Su quest'obbligo di gara, la parte appellante appunta la sua censura, per violazione di un obbligo, discendente dall'art. 38 del codice appalti, come modificato dal D.L. n. 70 del 2011, non essendovi stata la produzione, da parte del soggetto controllante, tutte le dichiarazioni a cui sono tenuti i partecipanti alla gara.

Tuttavia, aderendo al canone interpretativo sopra rammentato e condividendo la posizione del giudice di prime cure, deve ritenersi che effettivamente l'art. 4 comma 2 del D.L. n. 70 del 2011 non abbia semplicemente e integralmente esteso ad altri soggetti i medesimi obblighi di dichiarazione che spettano, a norma dell'art. 38 del D. Lgs. n. 163 del 2006, ai partecipanti alla gara. Al contrario, ha agito nell'ambito del canone della tassatività, richiedendo solo alcune ulteriori e delimitate dichiarazioni in ipotesi tassative.

Nel caso in esame, ossia quello di un socio almeno di maggioranza (poiché T. & C. s.r.l. detiene l'intero pacchetto di quote sociali di Ecogest s.r.l.), dell'art. 38, comma 1, lett. b) e c) del D. Lgs. 163 del 2006, come ora vigente, possono essere richieste unicamente dichiarazioni relative: alla pendenza di un procedimento per l'applicazione di misure di prevenzione; alla condanna con sentenza passata in giudicato o decreto di condanna irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta *ex* art. 444 c.p.p. per reati gravi, che incidono sulla moralità professionale, ovvero per reati, accertati con sentenza passata in giudicato, per i reati di cui all'art. 45, paragrafo 1, della direttiva 2004/18/CE, con la precisazione, nel caso di specie, che detti reati diventano rilevanti nel caso di specie, in cui non si tratta di persona fisica e viene in rilievo altro tipo di società rispetto a quelle elencate nel menzionato art. 38, 1° comma, lett. b) (società in nome collettivo o in accomandita semplice) se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci.

Questi requisiti sono esattamente quelli richiesti dalla scheda n. 3 del disciplinare di gara e corrispondono alle informazioni prodotte dalla T. & C. s.r.l., in qualità di socio unico della Ecogest s.r.l., la quale ha dichiarato l'assenza, nei suoi confronti, delle cause impeditive sopra elencate, cioè di procedimenti per l'applicazione di

misure di prevenzione o condanne incidenti sulla moralità professionale o che sono causa di esclusione, di cui all'art. 38 comma 1, lett. b) e c) del D. Lgs. n. 163/2006, precisando correttamente che era stata emessa nei suoi confronti sentenza di applicazione della pena su richiesta, ma che il relativo reato si era estinto (ipotesi in cui, ai sensi del medesimo art. 38 comma 1, lett. c), l'esclusione non opera).

Vi è pertanto piena corrispondenza tra le previsioni normative e quanto prodotto in sede di gara, con conseguente infondatezza della ragione di doglianza.

Prima del definitivo rigetto, va svolta un'ultima considerazione sull'eccezione di legittimità costituzionale dell'art. 38 del codice appalti, proposta con la memoria del 21 ottobre 2013 dall'appellante, e fondata sulla disparità di trattamento tra persone fisiche e giuridiche e lesione del principio di libertà di iniziativa economica.

Osserva la Sezione come la valutazione del possesso dei requisiti generali dei soggetti partecipanti alle gare pubbliche si ponga a cavallo di diversi e opposti interessi, tutti di rango costituzionale, dove l'imparzialità dell'amministrazione, che presuppone la conoscenza completa e intangibile di ogni elemento teoricamente rilevante, si pone in contrasto con il canone del buon andamento, che non può rinunciare a criteri di efficienza e di tempestività dell'azione. Questo delicato rapporto, e la conseguente ricerca di un equilibrio, è così rimesso alla sede legislativa, dove devono essere fissati in maniera intellegibile e predeterminata i doveri di ostensione in capo agli interessati.

Nel caso in specie, la doglianza, pur evidenziando *ex se* l'esistenza di una diversità ontologica tra persone fisiche e persone giuridiche, non si fa carico delle ragioni di tale articolazione disciplinare (collegata, tra l'altro e prioritariamente, ai meccanismi della responsabilità penale) e non considera come sia canone di giustizia che la disparità di trattamento trovi giustificazione nella diversità delle situazioni disciplinate (secondo un principio risalente a Corte costituzionale, sent. n. 15 del 1960).

In mancanza di una precisa indicazione delle ragioni concrete (e non solo astrattamente ventilate) di lesione degli artt. 3 e 41 della Costituzione, la questione va ritenuta manifestamente infondata.

3. - Con il secondo motivo di diritto, si lamenta l'infondatezza del primo motivo del ricorso introduttivo, sotto i profili della violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara, degli artt. 41 e 42 del codice degli appalti, dei principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria, falso presupposto e travisamento del fatto. Viene censurata la valutazione operata dal T.A.R. sul mancato possesso dei requisiti tecnico professionali, sia in merito al concetto di analogia dei servizi, sia sulla mancata considerazione dell'impugnazione della clausola di bando relativa.

3.1. - Le doglianze prodotte non possono essere accolte.

Il bando di gara aveva come oggetto il "servizio di manutenzione delle aree a verde lungo l'intera rete autostradale", cui si affiancava la previsione del disciplinare di gara che, all'art. 7.4, imponeva come requisito tecnico – professionale, l'allegazione dell'elenco "dei principali servizi analoghi (servizi di manutenzione ordinaria del verde in ambito autostradale e/o strade extraurbane principali e secondarie in presenza di traffico) effettuati negli ultimi 5 anni, precedenti alla data di pubblicazione del bando, con l'indicazione degli importi, date e destinatari, pubblici o privati di cui almeno uno (della stessa tipologia)".

In merito alla rilevanza quantitativa di tali servizi analoghi, prevedeva inoltre, con riguardo ai RTI di tipo orizzontale, qual è quello dell'appellante, che, a pena di esclusione, la capogruppo mandataria avesse il possesso dei requisiti prescritti per i servizi analoghi (cioè nei servizi di manutenzione ordinaria del verde in ambito autostradale e/o strade extraurbane principali e secondarie in presenza di traffico) nella misura minima del 40% dei requisiti da esso prescritti, in esecuzione degli artt. 41 e 42 del D. Lgs. n. 163 del 2006.

Così inquadrato il tema di giudizio, e ricordando come il primo giudice abbia parzialmente accolto un'eccezione di

tardività su tale motivo di ricorso, limitando il suo sindacato alle certificazioni non già oggetto di contestazione in sede di ricorso introduttivo (ossia quelle del Comune di Trieste, dei Comuni di Sacile, Aviano, Cordenons, Caneva e Porcia, delle ditte Unicom e M. Business), va condivisa pienamente l'argomentazione del T.A.R. sull'inesistenza del requisito di analogia previsto nella disciplina di gara.

Tenendo in conto l'oggetto della gara, ossia i servizi di manutenzione ordinaria del verde in ambito autostradale e/o strade extraurbane principali e secondarie in presenza di traffico, appaiono certamente inconferenti: a) i due certificati esibiti per lavori affidati dal Comune di Trieste, riguardanti il primo, per € 284.572, a "Giardini: interventi di manutenzione e riqualificazione – anno 2006. I° fase" e il secondo, per complessivi € 226.759 per "Parchi urbani: interventi di manutenzione straordinaria del verde e regimentazione e controllo del deflusso delle acque"; b) i certificati del Comune di Sacile, per complessivi € 191.218 e riguardanti "manutenzione del verde pubblico"; c) i certificati del Comune di Aviano, con la stessa indicazione, per € 62.121, il tutto per complessivi € 764.795.

Come si evince dalla descrizione del tipo di servizio fornito, si tratta di prestazioni diverse da quelle oggetto del disciplinare di gara, e arduamente inseribili nel concetto di servizi analoghi, visto che si riferiscono a manutenzione di giardini e parchi urbani e non quindi al particolare contesto delle autostrade o delle strade extraurbane. In questo senso, ha buon gioco il primo giudice a evidenziare come il punto di discriminare tra rapporto analogico o meno sia dato dallo svolgimento di un servizio in presenza o meno di traffico veicolare diverso da quello urbano, e quindi connotato da condizioni diverse, per velocità, rischio, ecc..

Scomputando quindi il valore dei servizi analoghi per i quali non si è riconosciuta la rilevanza, il T.A.R. ha quindi correttamente ricalcolato il fatturato ammissibile per la partecipazione alla gara, facendo quindi emergere l'assenza del requisito richiesto in bando.

Le considerazioni appena svolte rendono ragione anche della mancata considerazione, da parte del primo giudice, dell'impugnazione del disciplinare nella parte in cui non avesse "una indicazione sintetica ed esemplificativa ma tassativa dei servizi analoghi" (pag. 19 dell'atto di appello).

Come sopra notato, il criterio di valutazione dell'analogia è dato dall'indicazione dell'oggetto del bando, atteso che è in detto contesto che è fissata l'esigenza dell'amministrazione e come deve essere soddisfatta tramite il ricorso al mercato. L'enucleazione degli elementi essenziali della prestazione richiesta è quindi il termine di paragone cui si collega anche la valutazione di analogia, ontologicamente diversa dall'identità lamentata dall'appellante.

Nel caso in specie, non è lecito dubitare che la particolarità del servizio di tutela del verde in ambito autostradale ponesse l'accento sulle particolari condizioni di traffico veicolare, già sopra rimarcate, in cui la prestazione sarebbe stata resa, rendendo quindi palese il metro di giudizio da utilizzare nella valutazione dell'analogia e, per quanto qui rileva, mettendo in evidenza la coerenza della previsione di bando, obliterata o meglio illegittimamente superata dall'amministrazione.

Anche la seconda ragione di appello si rivela quindi infondata.

4. - L'appello va quindi respinto, non potendosi così esaminare le altre doglianze proposte in primo grado e qui riproposte, dopo il loro assorbimento da parte del primo giudice. Tutti gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso. Le spese processuali seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, così provvede:

1. Respinge l'appello n. 1321 del 2013;

2. Condanna Impresa Arduino Martinuzzo vivai s.r.l., in proprio e quale capogruppo della costituenda ATI con Sever s.r.l., e Autovie Venete s.p.a. a rifondere a Ecogest s.r.l. le spese del presente grado di giudizio, che liquida, a carico di ciascuna delle parti soccombenti, in €. 2.000,00 (euro duemila/00, comprensivi di spese, diritti di procuratore e onorari di avvocato) oltre I.V.A., C.N.A.P. e rimborso spese generali, come per legge.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 12 novembre 2013, dal Consiglio di Stato in sede giurisdizionale – Sezione Quarta - con la partecipazione dei signori:

Riccardo Virgilio, Presidente

Nicola Russo, Consigliere

Diego Sabatino, Consigliere, Estensore

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2014

IL SEGRETARIO

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