

APPALTI - SOA - ULTRAVIGENZA - OPERATIVITA' - CONDIZIONI - RINNOVO TEMPESTIVO

L'impresa che presenta tempestivamente la domanda di rinnovo della SOA può partecipare alle gare indette nelle more della procedura di verifica, anche qualora quest'ultima si concluda oltre il triennio di validità dell'attestazione. Nel caso in cui, invece, la richiesta venga formulata dopo che sia spirato il termine triennale di efficacia della verifica, viene meno la possibilità di saldare la vigenza originaria dell'attestazione rispetto alla scansione della procedura di verifica.

Consiglio di Stato, Sez. II, sentenza n. 2476/2020

Publicato il 17/04/2020

N. 02476/2020REG.PROV.COLL.

N. 01230/2011 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1230 del 2011, proposto dalla società Caccavo S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Fortunato, Ida Tascone e Guido Lenza, elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avvocato Guido Lenza in Roma, alla via XX Settembre, n. 98/E,

contro

- la Comunità Montana Terminio-Cervialto, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Donato Pennetta,

elettivamente domiciliata presso lo studio dell'avvocato Nicola Petracca in Roma, via Ebbio Quirino Visconti, n. 20;
- le società Mediasud Società Cooperativa e So.Res. S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, non costituitisi in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.a.r. per la Campania, sede di Salerno, Sezione I, n. 12337 dell'8 novembre 2010, resa *inter partes*, concernente un giudizio di anomalia delle offerte ed il risarcimento del danno per il mancato affidamento dei lavori di restauro del Castello di Quaglietta nel Comune di Calabritto.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Comunità Montana Terminio-Cervialto;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 marzo 2020 il consigliere Giovanni Sabato e udito, per la parte appellante, l'avvocato Andrea Di Lieto su delega dell'avvocato Donato Pennetta;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso n. 73 del 2009, proposto innanzi al T.a.r. per la Campania, sede di Salerno, la Società Caccavo S.r.l. (di seguito la società) aveva chiesto:

- l'annullamento dei seguenti atti:

a) della delibera della Giunta esecutiva della Comunità Montana Terminio-Cervialto, resa in data 29 dicembre 2008, con la quale veniva definitivamente aggiudicata alla Mediasud Società Cooperativa (con 81,70 punti su 100) la

procedura di evidenza pubblica per l'affidamento dei lavori di restauro del Castello di Quaglietta nel Comune di Calabritto;

b) della nota del 27 dicembre 2008, con la quale la Stazione appaltante concludeva il procedimento di verifica dell'anomalia in senso favorevole all'aggiudicataria;

c) dei verbali di gara del 17 novembre 2008, del 20 novembre 2008, del 2 dicembre 2008, del 16 dicembre 2008 e del 27 dicembre 2008, nella parte in cui la Commissione valutatrice non provvedeva all'esclusione dell'aggiudicataria;

- il risarcimento dei danni conseguenti alla mancata aggiudicazione.

2. A sostegno dell'impugnativa la società - risultata seconda graduata con 79,60 punti - aveva dedotto quanto segue:

i) l'inadeguata valutazione delle giustificazioni postume rese dall'aggiudicataria in sede di giudizio di anomalia dell'offerta;

ii) la sua illegittima ammissione alla gara per difetto di valida attestazione SOA;

iii) la pretermissione delle fasi procedurali intese alla verifica dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-amministrativa nonché dei requisiti di ordine generale.

3. Costituitesi la Stazione appaltante e la controinteressata, entrambe al fine di resistere, il Tribunale adito, Sezione I, ha così deciso il gravame al suo esame:

- esaminati congiuntamente i primi due motivi di ricorso, li ha respinti reputandoli infondati;

- ha dichiarato inammissibile il terzo motivo, col quale si era lamentata la pretermissione della verifica circa il possesso dei requisiti di ordine generale (questo capo della sentenza non è stato impugnato ed è pertanto passato in giudicato);

- ha invece accolto la censura relativa al lamentato difetto di attestazione SOA in corso di validità e, per l'effetto, ha annullato gli atti impugnati;

- pur ravvisata l'impossibilità materiale di reintegrazione in forma specifica, per la sopravvenuta esecuzione dell'appalto, ha respinto la domanda di risarcimento del danno per equivalente;

- ha compensato le spese di lite.

4. In particolare, il Tribunale ha ritenuto, con specifico riguardo alla spiegata domanda risarcitoria, che:

- *“l'acclarata ragione di illegittimità della aggiudicazione disposta dalla intimata stazione appaltante in favore della impresa controinteressata sia dipesa (non già da una istruttoria carente e consapevolmente superficiale, quanto essenzialmente) da una errata applicazione degli artt. 15 e 15 bis del d.p.r. n. 34/2000: errore di diritto, questo, che deve peraltro essere senz'altro ritenuto (sulla scorta delle esposte premesse) scusabile, avuto riguardo al vivo (ed all'epoca dei fatti particolarmente attuale) contrasto giurisprudenziale (con verisimile prevalenza della interpretazione difforme da quella oggi accolta)”*;

- *“Deve, per tal via, escludersi la sussistenza della colpa della stazione appaltante, necessario presupposto e requisito per imputarle il danno subito dalla ricorrente, il quale - ancorché obiettivamente ingiusto - non può essere traslato all'Amministrazione intimata”*.

5. Avverso tale pronuncia la società ha interposto appello, notificato il 5 febbraio 2011 e depositato il 18 febbraio 2011, lamentando, attraverso cinque motivi di gravame (pagine 10-26), quanto di seguito sintetizzato:

I) avrebbe errato il Tribunale nel subordinare il diritto al risarcimento del danno vantato dalla società alla sussistenza del requisito della colpa in capo alla Stazione appaltante, e ciò in base sia alla Direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 sia al d.lgs. n. 53/2010 che l'ha recepita;

II) il Tribunale avrebbe erroneamente qualificato la condotta della Stazione appaltante alla stregua di un errore scusabile, stante la sussistenza dell'obbligo per i privati di sottoporre tempestivamente la relativa certificazione SOA ad un procedimento di verifica triennale;

III) il Tribunale avrebbe erroneamente disatteso il motivo di ricorso afferente al giudizio di anomalia, avuto riguardo alla genericità delle giustificazioni rese in tale sede;

IV) il Tribunale avrebbe erroneamente compensato le spese di lite pur nella rilevata fondatezza dell'azione principale;

V) si reitera, pertanto, la domanda di risarcimento del danno per equivalente, quantificandolo complessivamente in € 157.899,58 di cui € 31.881,45 a titolo di danno emergente ed € 126.018,13 a titolo di lucro cessante.

6. La società ha concluso chiedendo, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, l'accoglimento della domanda di risarcimento del danno per equivalente articolata in prime cure.

7. In data 8 marzo 2011, la Comunità Montana Terminio-Cervialto si è costituita con memoria, al fine di controdedurre alle deduzioni di parte appellante, nella prospettata indeclinabile necessità dell'elemento psicologico ai fini della configurazione della responsabilità risarcitoria in capo alla Stazione appaltante ed alla luce del dettagliato tenore delle giustificazioni rese dall'aggiudicataria in sede di giudizio di anomalia, oltre a chiedere la declaratoria d'inammissibilità del quarto motivo perché impingente nelle valutazioni di pertinenza del giudice afferenti al riparto delle spese di giudizio; ha, altresì, proposto appello incidentale avversando il capo della sentenza che ha accolto il motivo relativo al denunciato difetto di SOA in corso di validità.

8. In vista della trattazione nel merito del ricorso, parte appellante ha depositato memoria conclusionale insistendo per l'accoglimento del gravame.

9. La causa, chiamata per la discussione alla pubblica udienza del 3 marzo 2020, è stata ivi trattenuta in decisione.

9.1 Va preliminarmente osservato che la domanda risarcitoria per equivalente, respinta dal Tribunale ed in questa sede riproposta, postula l'illegittimità

dell'aggiudicazione definitiva resa in favore della controinteressata, illegittimità sulla quale si concentrano le contrapposte difese, in quanto se parte appellante avversa il capo della pronuncia (§ 2.1) che ha disatteso le censure di primo grado, con le quali si prospettavano profili di illegittimità afferenti l'esperito giudizio di anomalia, parte appellata a sua volta incidentalmente impugna la statuizione (§ 4) di accoglimento del secondo motivo del ricorso originario, col quale si denunciava il difetto del requisito di qualificazione per mancanza di attestazione SOA in corso di validità.

9.2 Occorre quindi verificare se effettivamente ricorra la illegittimità rilevata dal Tribunale, così come contestata dall'appellante incidentale, le cui deduzioni vanno esaminate con precedenza rispetto alle altre in virtù di un esame opportunamente incrociato dei contrapposti gravami.

Dando quindi precedenza, ai fini dell'*ordo procedendi* nella disamina delle contrapposte azioni giurisdizionali, a quanto dedotto in sede incidentale per minare (la sola) statuizione accoglitiva recata dall'impugnata pronuncia, la società odierna appellata assume che, contrariamente a quanto opinato dal Tribunale, doveva reputarsi in possesso di valida ed efficace attestazione SOA, secondo la tipologia di lavori oggetto d'appalto ("*Categoria prevalente OG 2 - Classifica III*"), avendo superato nel corso della procedura selettiva la, ancorché tardiva, verifica triennale.

Sulla questione prospettata con il ricorso di primo grado si è soffermato a lungo il Tribunale, anche nei riflessi risarcitori della vicenda, rilevando il contrasto giurisprudenziale in ordine all'individuazione delle conseguenze derivanti dalla mancata tempestiva richiesta di verifica triennale, come statuito dall'art. 15 *bis* del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34. In particolare, l'accoglimento della censura da parte del Collegio di prime cure si fonda sulle seguenti considerazioni:

“b) la certificazione SOA prodotta dalla controinteressata M. (di durata quinquennale, con conseguente validità per il periodo dall'11 febbraio 2005 all'11 febbraio 2010) avrebbe dovuto

essere sottoposta a revisione nei sessanta giorni antecedenti al termine intermedio triennale, venuto a scadenza l'11 febbraio 2008;

c) la relativa istanza è stata proposta solo in data 16 ottobre 2008, vale a dire otto mesi dopo la scadenza del ridetto termine ed un mese dopo la data di indizione del bando di gara.

In tale contesto, la circostanza che alla (successiva) data di apertura dei plichi (il 17 novembre 2008) si fosse positivamente concluso l'esito della attivata verifica non può impedire la soluzione di continuità in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione, che avrebbe dovuto senz'altro condurre alla esclusione della controinteressata dalla procedura di gara'.

Il ragionamento del Tribunale non può essere condiviso.

L'approccio alla questione agitata con la censura di primo grado in ordine al possesso o meno di attestazione SOA in corso di validità non può essere diacronico, in quanto *“la legittimità di un atto amministrativo va accertata con riguardo allo stato di fatto e di diritto esistente al momento della sua emanazione, secondo il principio del tempus regit actum”* (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 4 dicembre 2017, n. 5711; *idem*, sez. IV, 21 marzo 2016, n. 1126). Non si può quindi fare a meno di esaminare la deduzione, in punto di legittimità dell'atto di ammissione della società risultata aggiudicataria alla procedura evidenziale, alla luce non solo dell'assetto normativo vigente all'epoca cui risale la sua emanazione ma anche del panorama giurisprudenziale consolidatosi in quel contesto temporale, dovendosi prescindere dai successivi approdi ermeneutici recepiti in sede pretoria.

Per il primo aspetto, mette conto evidenziare che l'art. 15 *bis*, comma 5, del d.P.R. n. 34/2000 (*“Regolamento per l'istituzione di un sistema di qualificazione unico dei soggetti esecutori di lavori pubblici, a norma dell'articolo 8, comma 2, della legge 11 febbraio 1994, n. 109”* poi abrogato dal d.P.R. n. 207 del 2010 dall'8 giugno 2011) statuiva che *“Dell'esito della procedura di verifica la SOA informa contestualmente l'impresa e l'Autorità, inviando copia del nuovo attestato revisionato o comunicando l'eventuale esito negativo; in questo ultimo caso l'attestato perde validità dalla data di ricezione della comunicazione da parte*

dell'Impresa. L'efficacia della verifica decorre dalla data di scadenza del triennio della data di rilascio della attestazione; ove la verifica sia compiuta dopo la scadenza predetta, la efficacia della stessa decorre dalla ricezione della comunicazione da parte della Impresa".

Per il secondo aspetto, attinente al quadro giurisprudenziale delineatosi in sede di esegesi della norma di riferimento anzidetta, vale osservare che, alla luce del tratto testuale di tale disposizione, in sede pretoria si era evidenziato che questa riconduceva la perdita di efficacia alla sola evenienza dell'esito negativo del controllo e non anche all'ipotesi dell'omissione e tardiva verifica intermedia a cadenza triennale e che all'omissione o al ritardo della verifica triennale non potevano assegnarsi effetti, sul piano ermeneutico, diversi da quelli previsti dalla legge per il caso di verifica negativa.

Sulla questione dell'efficacia della verifica triennale si è espresso, in particolare, questo Consiglio con la sentenza n. 4817/05, nel senso della sua efficacia *ex tunc* anche se tardiva. Secondo la richiamata pronuncia, proprio alla luce del tratto testuale della norma sopra richiamata, *"la pretesa conseguenza dell'inapplicabilità della proroga non risulta sancita da alcuna previsione e che quella della perdita di efficacia delle attestazioni già rilasciate viene espressamente ricondotta alla sola evenienza dell'esito negativo del controllo (art. 15-bis, comma 5, D.P.R. n. 554 del 1999)"*. Il Collegio ha soggiunto che:

- *"all'omissione dell'adempimento della verifica triennale non possono connettersi, per via ermeneutica ed in mancanza di riscontri positivi alla relativa esegesi, effetti risolutori o decadenziali che la disposizione omette di sancire e che, anzi, ricollega esplicitamente al solo esito negativo della revisione"*.

- *"la perdita del predetto titolo di partecipazione per un intervallo temporale molto limitato della procedura ed il suo pacifico possesso nelle decisive fasi della prequalificazione, della gara vera e propria e dell'aggiudicazione inducono a giudicare del tutto irrilevante, ai fini della regolarità della procedura, la temporanea mancanza del requisito in questione da parte di una delle imprese mandanti di un'a.t.i. concorrente"*.

Tale orientamento ha trovato conforto, nel contesto temporale di riferimento, in altre convergenti pronunce (Cons. Giust. Amm., 3 ottobre 2007, n. 906; T.a.r. Lazio, Roma, sez. III, 3 dicembre 2008, n.10948), tali da assurgere al rango di *jus receptum*, secondo cui la verifica triennale ha effetti solutori della validità della SOA solo nel caso in cui essa accerti la perdita dei requisiti di qualificazione posseduti dall'impresa al momento dell'attestazione ed in tal senso è comunque indifferente il giorno in cui è stata chiesta.

La legittimità del provvedimento di aggiudicazione del 29 dicembre 2008, impugnato in prime cure, non può essere pertanto sindacata secondo le coordinate ermeneutiche elaborate dalla pronuncia di questo Consiglio n. 3742/09, valorizzata dal Tribunale, che si è espressa in senso contrario sulla questione dell'efficacia della verifica triennale, essendo intervenuta successivamente sia al provvedimento di aggiudicazione sia al susseguente contratto di appalto. Tale pronuncia, come traspare dalla sua stessa motivazione, costituisce un vero e proprio *revirement* rispetto al precedente orientamento che, come lo stesso Collegio rammenta, si era consolidato già con le pronunce del Consiglio di Stato, sez. IV, n. 4817/2005 e del Cons. Giust. Amm., n. 1/2008. Del resto, anche l'Adunanza plenaria (22 dicembre 2017, n. 13) ha mostrato una particolare sensibilità nei riguardi del tema più ampio dell'*overruling* ritenendolo, entro certi limiti, estendibile anche alle norme di carattere sostanziale e tale istituto presenta margini applicativi proprio in materia di pubblici appalti stante l'esigenza, avvertita dalla Corte di Giustizia (Cgue, 2 giugno 2016, *Pippo Pizzo*, C-27/15; Cgue, ord. 13 luglio 2017, *Saferoad Granvil* sp. z o.o, C- 35/17), della previa conoscibilità da parte delle imprese delle regole della procedura di evidenza pubblica, specialmente se la loro violazione può condurre all'esclusione del concorrente, in nome della piena realizzazione del principio della concorrenza nel mercato interno. Con la prima delle citate pronunce ha la Corte, in particolare, affermato che “*Il principio di parità*

*di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti". Nemmeno può, quindi, valere a scrutinare la legittimità dell'aggiudicazione definitiva impugnata in prime cure l'autorevole intervento nomofilattico che ha optato definitivamente per la tesi della efficacia *ex nunc* della verifica triennale tardiva. Si deve infatti evidenziare che, in merito alla possibile ultravigenza della qualificazione nell'intervallo tra l'attestato scaduto e il rilascio del nuovo, si è espresso questo Consiglio di Stato che, in Adunanza plenaria, è intervenuto segnatamente sulla possibilità per le imprese di partecipare alle gare in pendenza della procedura di verifica triennale delle attestazioni stesse (Ad. plen., sentenza 18 luglio 2012, n. 27). Da tale fondamentale pronuncia del Collegio in composizione allargata emerge che la mera proposizione tempestiva della relativa domanda presso la SOA permette alle imprese di partecipare alle gare indette nelle more della procedura di verifica, anche qualora quest'ultima si concluda oltre il triennio di validità dell'attestazione. Nel caso in cui la richiesta venga formulata dopo che sia spirato il termine triennale di efficacia della verifica, viene meno invece la possibilità di saldare, sul piano temporale e concettuale, la vigenza originaria dell'attestazione rispetto alla scansione della procedura di verifica, con la conseguenza che *"la verifica positiva opererà ex nunc mentre nelle more scatterà il divieto di partecipazione (art. 77, co. 1 e 7). Diversamente, l'impresa verrebbe esclusa pur in mancanza del dichiarato esito negativo della verifica, in contrasto con il principio del favore verso la più ampia partecipazione alle gare"* (A.p. 27/2012 cit.).*

Non resta che calare nella vicenda di causa le coordinate ermeneutiche, suffragate dal quadro normativo di riferimento, così come emergenti all'epoca dei fatti e alla luce della peculiarità del caso concreto di cui conviene ripercorrere i passaggi essenziali.

La Mediasud prendeva parte alla procedura di pubblica evidenza, depositando la SOA n. 9593/19/00 (per le lavorazioni OG1, Classifica III, OG2, Classifica III, OG11, Classifica I) avente efficacia quinquennale per il periodo dall'11 febbraio 2005 al 10 febbraio 2010 quindi con scadenza naturale successiva al periodo di espletamento della procedura selettiva ed alla stipula del contratto d'appalto. Tuttavia il 10 febbraio 2008, cioè circa otto mesi prima del termine ultimo previsto per la presentazione delle offerte (31 ottobre 2008) sancito dall'art. 6.1 del bando, interveniva la scadenza del termine intermedio di efficacia per la mancata attivazione del procedimento di verifica triennale, come previsto dall'art. 15 *bis* del d.P.R. n. 34/2000. In luogo dell'attestazione, la Mediasud produceva una dichiarazione sostitutiva a firma del direttore tecnico della *Hi - Quality Società Organismo di Attestazione S.p.a.*, ingegnere Ferdinando Loiacono, attestante l'avvenuta attivazione del procedimento *ex art. 15 bis*, a seguito di stipula del relativo contratto in data 16 ottobre 2008, quindi dopo la data di indizione del bando di gara (24 settembre 2008) ma prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte (31 ottobre 2008). La verifica triennale, com'è pacifico tra le parti, interveniva positivamente prima della data (17 novembre 2008) di apertura delle offerte.

Or dunque, le seguenti circostanze fattuali, in ordine al contestato possesso di attestazione SOA valida ed efficace in capo all'aggiudicataria, depongono per la correttezza dell'operato dell'Amministrazione:

- il contratto con l'Organismo di Attestazione SOA è del 16 ottobre 2008 e pertanto interveniva prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte (31 ottobre 2008);
- la verifica triennale interveniva prima della fase cruciale della gara costituita dall'apertura delle buste contenenti le offerte.

L'appello incidentale in esame deve infatti reputarsi fondato secondo le stesse linee interpretative seguite dal Tribunale. Per il periodo di tempo intercorrente tra la scadenza dell'attestazione SOA e la verifica triennale positiva è pur vero che la saldatura tra la precedente attestazione SOA e quella successiva, secondo l'orientamento recepito in sentenza, postula la tempestiva domanda di verifica triennale cosicchè, nel caso in esame, l'impresa si troverebbe sprovvista di attestazione SOA in corso di validità. Anche dall'applicazione delle coordinate interpretative stabilite dall'Adunanza plenaria discende che la verifica triennale, siccome tardiva, opera *ex nunc* e quindi non può servire a coprire anche il periodo antecedente al suo intervento. Osserva, tuttavia, il Collegio che il lasso temporale che risulterebbe così non coperto dall'attestazione SOA non rileva ai fini del possesso del requisito di qualificazione, in quanto il momento in cui questo deve consolidarsi è quello in cui scade il termine di presentazione delle offerte, che nel caso per cui si controverte è il 31 ottobre 2008. La società aggiudicatrice documentava, infatti, che il procedimento di verifica triennale era stato già attivato a quella data, concludendosi prima del momento in cui aveva luogo l'apertura delle offerte. In altre parole, pur a voler ritenere che la verifica triennale sarebbe stata in grado di produrre effetti soltanto quando fosse positivamente intervenuta, occorre rilevare che il lasso di tempo intercorrente tra la scadenza del termine per la presentazione delle offerte e l'apertura delle buste contenenti le stesse assume carattere neutro ai fini dell'evoluzione della procedura evidenziale proprio per la rilevata necessità che il requisito di qualificazione deve consolidarsi nelle “*decisive*

fas? della procedura ovverosia all'apertura delle buste contenenti le offerte; né può ritenersi che il titolo si sia consolidato soltanto dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte in quanto, oltre alla già evidenziata circostanza della stipula in data antecedente del contratto con la SOA per la verifica intermedia, l'attestazione era munita di efficacia quinquennale originaria dall'11 febbraio 2005 al 10 febbraio 2010 e quindi coprente tutte le fasi della procedura.

9.3 Occorre quindi esaminare il terzo motivo d'appello (pagina 19 del gravame), col quale si avversa il capo della sentenza (§ 2.1) che ha disatteso la censura intesa a inficiare il (favorevole) giudizio di anomalia espresso in merito all'offerta dell'appellata, stante la sua potenziale attitudine a pregiudicare, sotto altro profilo, la legittimità del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della Mediasud.

Sul punto il Collegio ritiene di condividere le argomentazioni rese dal Tribunale a sostegno della statuizione reiettiva, imperniata, in primo luogo, sull'assenza di un preciso onere motivazionale incombente all'Amministrazione in sede di giudizio di anomalia dell'offerta ove questo sia espresso in termini negativi risultando, al contrario, necessario esplicitare le ragioni che hanno condotto a ritenere non congrua l'offerta. Tale asserzione, suffragata da un preciso riferimento giurisprudenziale, non può non essere condivisa avendo questo Consiglio più volte affermato il principio mentovato dal Tribunale, ritenendo che *“in sede di verifica delle offerte anomale la motivazione del relativo giudizio deve essere rigorosa ed analitica in caso di giudizio negativo, mentre in caso di giudizio positivo, ovvero di valutazione di congruità dell'offerta anomala, non occorre che la relativa determinazione sia fondata su un'articolata motivazione ripetitiva delle medesime giustificazioni ritenute accettabili o espressiva di ulteriori apprezzamenti; pertanto il giudizio favorevole di non anomalia dell'offerta in una gara d'appalto non richiede una motivazione puntuale ed analitica, essendo sufficiente anche una motivazione espressa per relationem alle giustificazioni rese dall'impresa offerente, sempre che queste ultime*

siano a loro volta congrue ed adeguate” (cfr. Cons. Stato, sez. III, 18 dicembre 2018, n. 7128). Tale orientamento si era, peraltro, consolidato anche all’epoca cui risale la procedura evidenziale sfociata nell’impugnata aggiudicazione come traspare dal riferimento giurisprudenziale recato dall’impugnata statuizione del Tribunale.

9.4 Il Collegio ritiene che siano meritevoli di condivisione anche le ulteriori considerazioni espresse dal Tribunale, con le quali ha ritenuto congrue ed adeguate le giustificazioni rese dalla Mediasud per quanto specificamente riguarda la manodopera, i noli e i lavori analoghi nei limiti del sindacato che è consentito al giudice amministrativo su valutazioni di stampo discrezionale. Le deduzioni sul punto dall’appellante e criticamente riproposte in questa sede, infatti, sollecitano un giudizio che abbia ad oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell’offerta economica, quando invece nelle gare pubbliche il giudizio sull’anomalia dell’offerta ha natura globale e sintetica, mirando ad appurare la serietà o meno della proposta contrattuale nel suo insieme, con conseguente irrilevanza di eventuali singole voci di scostamento. Detto giudizio è, invero, finalizzato ad accertare se l’offerta nel suo complesso sia attendibile ed è frutto di un potere di apprezzamento tecnico-discrezionale, sindacabile in sede giurisdizionale unicamente sotto il profilo della logicità e ragionevolezza, della congruità dell’istruttoria, dell’erroneità fattuale e della motivazione. Fermo restando che il giudice non può operare autonomamente la verifica della congruità dell’offerta presentata e delle sue singole voci, poiché, così facendo, invaderebbe una sfera di esclusiva pertinenza della pubblica amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 29 dicembre 2017, n. 6187).

9.5 Assume quindi rilievo dirimente, ai fini della disamina della deduzione, il fatto che la Mediasud aveva fornito alla Stazione appaltante un’ulteriore relazione, in data 19 dicembre 2008, in aggiunta alle giustificazioni rese in sede di partecipazione alla gara (busta D), con le quali evidenziava: di poter conseguire un risparmio di

manodopera e, quindi, di imposte pari al 12 % per il fatto stesso di essere una cooperativa composta da soci lavoratori, specificando il margine di risparmio in percentuale (15 punti); di avere la disponibilità di attrezzature tali da evitare il ricorso al noleggio, con conseguente risparmio di spesa, precisando di avere *“già in passato lavorato in provincia di Avellino ed avendo la fiducia dei fornitori del posto riusciamo ad avere una percentuale di sconto sui materiali e un buon dilazionamento dei pagamenti”*; che il ribasso offerto (27%) era in linea con quello offerto in ordine a lavori analoghi eseguiti in zona, specificando che tra i committenti vi era lo stesso ente appaltante. Tali giustificazioni appaiono adeguatamente dettagliate ed il RUP ha dato conto degli esiti dell'istruttoria effettuata per riscontrare i dati e gli elementi di valutazione forniti dall'aggiudicataria, riportando i ribassi praticati dall'impresa sia per i lavori del Castello di Taurasi (24,95 %) sia per il recupero di un ulteriore lotto del Borgo Medievale di Quaglietta del Comune di Calabritto (25,32 %), oltre che quelli risultanti dai dati riferiti dalla Soprintendenza (23/25 %). Non trova, quindi, riscontro quanto denunciato dall'appellante in ordine all'assoluta mancanza di approfondimento istruttorio al fine di verificare l'attendibilità delle giustificazioni prodotte nel subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

9.6 Infondato è anche il quarto motivo del ricorso in appello, col quale si contesta la statuizione relativa al riparto, in termini compensativi, delle spese di giudizio, in quanto *“Con riferimento alle spese processuali la decisione del giudice di primo grado è censurabile in sede di legittimità, sotto il profilo della violazione di legge, soltanto nelle ipotesi in cui le spese siano state poste, totalmente o parzialmente, a carico della parte totalmente vittoriosa; non è invece sindacabile, neppure sotto il profilo del difetto di motivazione, l'esercizio del potere discrezionale dello stesso giudice sull'opportunità di compensare le spese medesime”* (cfr. Cons. Stato, sez. II, 22 gennaio 2020, n. 538). E' sufficiente osservare, per respingere il rilievo in esame, che la decisione assunta dal giudice di prime cure non ha condotto all'integrale soccombenza di una parte nei confronti dell'altra, tanto che il

Tribunale ha correttamente posto a fondamento della decisione assunta sulle spese il “*parziale accoglimento delle istanze formulate*”. Anche tale capo della sentenza risulta, pertanto, esente dalle critiche sul punto sollevate dall’appellante principale.

10. La domanda risarcitoria non può che essere disattesa.

Invero, la responsabilità da mancata aggiudicazione è riconducibile al paradigma generale della risarcibilità della lesione arrecata all’interesse legittimo e ai principi enunciati in materia di appalto dalla Corte di giustizia dell’Unione europea (sentenza 30 settembre 2010, in C-314/09) per cui i presupposti su cui essa si fonda sono dati da un vizio di legittimità occorso nella fase di gara e dalla verifica che il concorrente avrebbe ottenuto l’aggiudicazione, nell’ipotesi in cui tale illegittimità non si fosse verificata (Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2018, n. 2613). Il sindacato delle contrapposte deduzioni sollevate dall’appellante ha condotto, per le ragioni dianzi evidenziate, al riscontro della legittimità dell’operato della Stazione appaltante, di guisa che risulta insussistente l’indefettibile presupposto costitutivo dell’illecito divisato dall’appellante principale, con conseguente assorbimento di quanto diffusamente argomentato dalle parti in ordine alla necessità o meno dell’elemento soggettivo.

11. In conclusione, va accolto il ricorso incidentale mentre va respinto il ricorso principale, e, per l’effetto, in parziale riforma dell’impugnata sentenza, va respinto il ricorso di primo grado.

12. La soccombenza parziale e reciproca comporta che le spese del doppio grado di giudizio sono da compensare.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto (R.G. n. 1230/2011), così decide:

- accoglie l'appello incidentale proposto dalla Comunità Montana Terminio-Cervialto;
- respinge il ricorso principale proposto dalla Società Caccavo S.r.l.;
- per l'effetto, in parziale riforma dell'impugnata sentenza, respinge il ricorso di primo grado n. 73 del 2009.

Spese del doppio grado di giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 marzo 2020 con l'intervento dei magistrati:

Giulio Castriota Scanderbeg, Presidente

Oreste Mario Caputo, Consigliere

Giovanni Sabato, Consigliere, Estensore

Carla Ciuffetti, Consigliere

Roberto Politi, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Sabato

IL PRESIDENTE
Giulio Castriota Scanderbeg

IL SEGRETARIO