



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

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5329 del 2012, proposto da:

Agecos s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Ernesto e Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso il primo in Roma, V. Bocca di Leone 78;

***contro***

Comune di Brindisi, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Francesco Trane, con domicilio eletto presso Nathalie Lusi in Roma, via Flaminia, 362;

Nubile s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Baldassarre, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Flaminia, 56;

Cogeam s.c.a.r.l. e Unieco Soc. Coop., in persona dei rispettivi legali rappresentanti in carica, nelle rispettive qualità di mandataria e mandante di costituenda ATI, rappresentate e difese dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, 2;

***per la riforma***

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE n. 01472/2012, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di gestione del sistema impiantistico rifiuti solidi urbani (r.s.u.);

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Brindisi e gli appelli incidentali di Nubile s.r.l. e Cogeam s.c.a.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 gennaio 2013 il Cons. Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Ernesto e Saverio Sticchi Damiani, Trane, Baldassarre e Quinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Oggetto del presente giudizio è la procedura di affidamento del servizio di gestione del sistema impiantistico per i rifiuti urbani, indetta dal Comune di Brindisi con bando pubblicato il 17 ottobre 2011, che veniva aggiudicata

all'associazione temporanea di imprese (ATI) con capofila Nubile s.r.l., classificatasi al primo posto con 79,61 punti, contro i 78,80 della seconda classificata ATI composta da Agecos s.p.a. e ditta individuale Pantaleone Dentice ed i 68,20 della terza ed ultima graduata ATI composta dal Cogeam s.c.a.r.l. e Unieco s.c.a.r.l..

Le due concorrenti non utilmente classificatesi proponevano separate impugnative davanti al TAR Puglia – sez. staccata di Lecce (rispettivamente iscritte ai nn. 58 e 485 del 2012), a fronte delle quali erano svolti ricorsi incidentali dalle controparti rispettivamente interessate.

La Agecos contestava con ricorso principale la propria esclusione, disposta per mancata dichiarazione sul possesso dei requisiti di moralità professionale della propria partecipante al 100% del capitale sociale Effebi holding s.p.a. (poi cautelatamente sospesa dal TAR), nonché l'ammissione e l'aggiudicazione in favore della Nubile con motivi aggiunti. In questi ultimi sosteneva che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa per non avere comprovato il possesso dei requisiti di capacità tecnico professionale ed economico-finanziaria dell'ausiliaria Daneco s.r.l. A questo riguardo, assumeva che la documentazione esibita in sede di verifica ex art. 48 d.lgs. n. 163/2006 doveva ritenersi inidonea, essendo stati prodotti certificati di esecuzione privi degli importi dei lavori, ed inoltre perché la cauzione provvisoria presentata non era rispettosa delle prescrizioni di cui all'art. 75 d.lgs. n. 163/2006 e della legge di gara con riguardo all'assenza di condizioni ed alla rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale.

La Nubile, a sua volta, con ricorso incidentale deduceva che la Agecos avrebbe dovuto essere esclusa:

- per omessa dichiarazione dell'assenza di cause ostative alla partecipazione da parte del responsabile tecnico e dei procuratori generali della ditta individuale ausiliaria Pantaleone Dentice;
- per mancata allegazione, pur richiesta dalla legge di gara a pena di esclusione, delle planimetrie per il progetto di adeguamento del sistema impiantistico, da redigersi secondo la tecnica della stereorestituzione analitica di riprese aereo-fotogrammetriche, e validate da tecnico abilitato;
- per plurime difformità della polizza fideiussoria prodotta in gara a causa della mancata estensione alla predetta impresa ausiliaria;
- per invalidità della cauzione.

La stessa Nubile, nel ricorso incidentale proposto in relazione al ricorso principale dell'ATI con capofila Cogeam, enucleava una causa di esclusione di quest'ultima, consistente nella circostanza che responsabile tecnico della Cisa s.p.a., società ausiliaria nonché partecipante al 48% del capitale sociale della Cogeam, è l'ing. Carmine Carella, contemporaneamente progettista del Comune di Brindisi per i lavori rientranti nel servizio oggetto di gara, e dunque per violazione dell'art. 90, comma 8, d.lgs. n. 163/2006.

Quest'ultima aveva dal canto suo enucleato nel proprio ricorso plurimi profili di illegittimità nell'ammissione e nell'aggiudicazione in favore della Nubile, con riguardo alle dichiarazioni ex art. 38, d.lgs. n. 163/2006, alla prova dei requisiti tecnico-professionali, alla polizza fideiussoria, al contratto di avalimento, all'offerta. Parimenti, nel proprio ricorso incidentale si era lamentata della mancata esclusione della Agecos a causa dell'omesso impiego della tecnica della stereorestituzione analitica nella redazione del proprio progetto tecnico e per avere reso una dichiarazione di impegno di assunzione delle maestranze in numero inferiore a quello fissato dalla legge di gara.

2. Il TAR adito, riuniti i ricorsi:

- respingeva il ricorso incidentale tendente all'esclusione della Agecos;
- accoglieva il ricorso dalla stessa proposto avverso l'esclusione disposta in proprio danno dalla stazione appaltante, ma respingeva i motivi aggiunti indirizzati all'aggiudicazione a favore della Nubile;
- accoglieva inoltre il ricorso incidentale di quest'ultima nei confronti della Cogeam, ravvisando la dedotta violazione del divieto di partecipazione alle gare dei progettisti dell'amministrazione aggiudicatrice, con le

conseguenti statuizioni di inammissibilità delle impugnative, principale ed incidentale, dalla medesima proposte.

3. La Agecos impugna in via principale il capo della sentenza che ha respinto i motivi aggiunti avverso l'ammissione e l'aggiudicazione in favore della Nubile, riproponendoli integralmente.

Quest'ultima, dal canto suo, con appello incidentale ripropone i motivi del ricorso incidentale escludente nei confronti dell'Agecos; censura inoltre il capo della sentenza di primo grado di accoglimento del ricorso principale concernente l'esclusione disposta dalla stazione appaltante nei confronti della medesima Agecos; ripropone infine i motivi del ricorso incidentale escludente nei confronti della terza graduata Cogeam (con Unieco).

Anche quest'ultima propone appello incidentale, nel quale censura l'accoglimento del ricorso incidentale escludente della Nubile in suo danno; quindi ripropone i motivi del proprio ricorso principale (r.g. n. 485/2012), indirizzato contro quest'ultima, ed incidentale (nel giudizio r.g. n. 58/2012), tendente all'esclusione dell'appellante principale.

4. Così riassunte le questioni dedotte in giudizio, in applicazione dei principi stabiliti dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 7 aprile 2011, n. 4, devono essere esaminate con priorità quelle concernenti la legittimazione ad agire delle due ricorrenti principali in primo grado Agecos e Cogeam, che l'aggiudicataria Nubile contesta con il proprio appello incidentale.

5. Con il primo motivo viene censurata l'omessa dichiarazione circa il possesso dei requisiti di moralità da parte del responsabile tecnico e dei tre procuratori generali della ditta individuale Pantaleone Dentice, ausiliaria della Agecos.

Con il secondo è dedotto il mancato rispetto delle prescrizioni imposte dall'art. 8 del disciplinare di gara in relazione all'offerta tecnica, per non avere quest'ultima prodotto le planimetrie realizzate mediante "*stereorestituzione analitica di riprese aeree fotogrammetriche*", validate da professionista abilitato.

Con il terzo motivo si censura la mancata dichiarazione circa il possesso dei requisiti di moralità da parte degli amministratori e legali rappresentanti della Effebi Holding s.p.a., partecipante totalitaria al capitale sociale della Agecos.

Con il quarto motivo si lamenta infine l'omessa intestazione della polizza fideiussoria prestata a titolo di cauzione provvisoria ex art. 75 d.lgs. n. 163/2006 anche alla predetta ausiliaria ditta Dentice.

Il quinto motivo ha parimenti ad oggetto tale polizza, della quale se ne asserisce la non conformità all'art. 23, comma 1, del codice dell'amministrazione digitale di cui al d.lgs. n. 82/2005, poiché prodotta in copia analogica priva dell'attestazione di conformità all'originale informatico.

6. Con riguardo al primo motivo, giova innanzitutto evidenziare che questa Sezione ha ripetutamente espresso il principio dell'equiparazione, quanto ai requisiti di affidabilità morale, tra operatori economici partecipanti nelle procedure di affidamento di appalti pubblici in veste di concorrenti e quelli invece partecipanti in veste di ausiliari (da ultimo: sentenza 15 novembre 2012 n. 5780; in precedenza sentenze 23 maggio 2011, n. 3077 e 16 novembre 2010, n. 8059).

Tale equiparazione si pone in correlazione con l'esigenza di ordine imperativo, del pari costantemente affermata in giurisprudenza amministrativa, che tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di pubblici appalti, siano in possesso dei requisiti di moralità (cfr. Sez. V, sentenze 3 dicembre 2012, n. 6164, 17 maggio 2012 n. 2825; Sez. VI, 12 dicembre 2012, n. 6374, 28 settembre 2012 n. 5150, 28 marzo 2012 n. 1843). Ciò per l'evidente ragione che gli istituti normativi ispirati all'esigenza di favorire la più ampia partecipazione alle procedure di affidamento di appalti pubblici non possono essere strumentalizzate per eludere i vincoli imposti dal possesso dei requisiti generali di idoneità morale.

Degna di menzione è poi la circostanza che la regola ora affermata è stata ricavata in via di diretta interpretazione

dell'art. 49, comma 2, lettera c), del codice dei contratti pubblici, disposizione che è pedissequamente richiamata dal disciplinare di gara, come del resto riconosce la stessa Agecos.

Da ciò consegue, da un lato, che il ragionamento svolto sul punto dal TAR, in quanto fondato sull'inevitabilità della citata clausola del disciplinare al caso in esame, non è decisivo.

Dall'altro lato, non può convenirsi con le argomentazioni difensive della Agecos, tendenti ad invocare un supposto affidamento indotto dall'art. 12.2 del citato disciplinare, giacché esse tendono a svalutare la capacità eterointegrativa del precetto di legge primaria, come interpretato da questo Consesso. L'affidamento presuppone infatti un contegno di carattere positivo della stazione appaltante (ad esempio in caso di clausole della legge di gara oscure, ambigue o contraddittorie o modulistica incompleta), che abbia avuto l'effetto di fuorviare i concorrenti circa il comportamento da tenere e gli adempimenti da compiere nell'ambito della procedura di gara, giacché esso solo è idoneo a fondare il ragionevole convincimento che nell'esercizio della propria discrezionalità l'amministrazione aggiudicatrice abbia inteso conformare la legge di gara a proprie specifiche esigenze, all'uopo avvalendosi dei margini di autonomia consentiti dalla normativa primaria e secondaria sovraordinata.

Al di fuori di tale evenienza non è invocabile alcuna buona fede, perché essa si risolverebbe in definitiva nello scusare fenomeni di *ignorantia legis*, non ammissibili nel settore degli appalti pubblici, nel quale è esigibile un adeguato livello di competenza professionale anche in capo ai soggetti privati che concorrano ai relativi affidamenti, se del caso attraverso la richiesta di chiarimenti interpretativi sulla portata delle clausole della *lex specialis*.

Non ha pregio poi l'assunto della medesima Agecos secondo cui la dichiarazione in questione sarebbe ricavabile da quella, asseritamente onnicomprensiva, resa dal titolare della ditta ausiliaria con riguardo a quest'ultima, in combinato con la visura camerale della stessa; che in tal modo la stazione appaltante sarebbe stata messa in condizioni di potere verificare il possesso dei requisiti, così risultando soddisfatta la finalità di verifica a tale dichiarazione sottesa; che in ogni caso ciò che rileva è il possesso effettivo dei requisiti e non già la mancanza del documento attestante tale possesso, dovendo la stazione appaltante attivare il c.d. soccorso istruttorio di cui all'art. 46 d.lgs. n. 163/2006.

In contrario deve osservarsi, in primo luogo, che la dichiarazione presentata in sede di gara è riferita all'impresa e non può, in mancanza di espressa indicazione, estendersi ai singoli esponenti aziendali, in assenza di una specifica indicazione nominativa degli stessi. Difetta in tal caso una sicura assunzione di responsabilità del dichiarante, la quale, viste anche le conseguenze di carattere penale in caso di falsità, non può inferirsi in via di interpretazione logica in assenza di sicuri elementi di carattere letterale.

Inoltre, con le sentenze 8 novembre 2012, n. 5693 e 31 marzo 2012, n. 1896, questa Sezione ha statuito che l'omessa dichiarazione richiesta dalla legge di gara, e dunque *a fortiori*, direttamente dalla norma primaria ad essa applicabile, costituisce legittima causa di esclusione, a prescindere dal possesso effettivo dei requisiti che avrebbero dovuto essere dichiarati.

Più di recente, la VI Sezione (sentenza 10 dicembre 2012 n. 6291) ha affermato – in ciò pienamente condivisa da questo Collegio - che la completezza delle dichiarazioni è un valore imprescindibile nelle procedure ad evidenza pubblica, in quanto strettamente preordinata al suo celere svolgimento, ed in particolare all'esigenza di evitare, in primo luogo, che in sede di ammissione alle suddette procedure insorgano necessità di approfondimenti, dovendo la stazione appaltante confidare sulla immediata verificabilità del possesso dei requisiti di ordine generale sulla base di quanto dichiarato dai soggetti partecipanti alla gara; ed in secondo luogo di prevenire l'insorgere di contenziosi, come appunto quello presente (su posizioni non dissimili si attesta la giurisprudenza della III Sezione: cfr. le sentenze 16 marzo 2012, n. 1471 e 3 marzo 2011, n. 1371).

Conseguentemente, tanto meno può essere invocata la teoria del falso innocuo, senza contare che la più recente e condivisibile giurisprudenza di questo Consesso la ha ripudiata in caso di comminatorie di esclusione, la quale è nel caso di specie rinvenibile nell'art. 12.4 del disciplinare di gara, per la specifica ipotesi di "*dichiarazioni non conformi alle prescrizioni dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006*" (cfr., solo tra le ultime decisioni riconducibili a tale orientamento: Sez. III, 20 novembre 2012, n. 5870; Sez. V, 26 gennaio 2012 n. 334).

E' ancora il caso di aggiungere che in contrario non può essere invocato l'indirizzo sostanzialistico espresso dall'Adunanza plenaria nella sentenza 7 giugno 2012, n. 21, secondo cui ciò che rileva è l'effettivo possesso dei requisiti di affidabilità morale, giacché esso è stato affermato con riguardo a obblighi dichiarativi di cui era controversa la sussistenza a causa di oscillazioni giurisprudenziali (par. 5.2).

Questa pronuncia dell'organo di nomofilachia, nonché quelle delle Sezioni semplici poc'anzi menzionate, hanno anche univocamente escluso la possibilità che l'omissione possa essere sanata dalla stazione appaltante attraverso il potere di soccorso istruttorio ex art. 46 d.lgs. n. 163/2006.

E non vi è dubbio che a questo avviso debba essere data continuità, pena altrimenti la violazione della *par condicio* tra le imprese concorrenti.

Venendo poi alla questione concernente la sussistenza dell'obbligo dichiarativo anche nei riguardi del responsabile tecnico, si registra anche con riguardo ad essa un non contrastato indirizzo giurisprudenziale in senso favorevole. A tale specifico riguardo, questa Sezione ha sottolineato che nel settore dei servizi ambientali il responsabile tecnico, figura aziendale la cui nomina è imposta ai fini dell'iscrizione all'albo nazionale dei gestori di cui al d.m. 28 aprile 1998, n. 406, "*è elemento indispensabile per la qualificazione dell'impresa*" (sentenza 28 febbraio 2012, n. 1154), in quanto necessariamente deputata allo svolgimento dei compiti tecnico-organizzativi relativi anche all'esecuzione del servizio ed all'assunzione delle connesse responsabilità (in senso conforme si registrano altre pronunce della Sezione: 17 maggio 2012, n. 2820; 11 gennaio 2012, n. 83; 26 maggio 2010, n. 3364).

Pertanto, il motivo è fondato sotto questo profilo.

Per quanto concerne invece i procuratori ad negotia, questa Sezione, dopo avere operato una ricognizione degli indirizzi presenti nelle varie Sezioni del Consiglio di Stato, è approdata a posizioni restrittive, e cioè ad escludere che l'obbligo dichiarativo su cui si controverte possa essere esteso anche nei loro confronti (sentenza 10 gennaio 2013, n. 95). Ciò sulla base di un'interpretazione dell'art. 38 imperniata sul dato letterale della norma, la quale postula la coesistenza di poteri di amministrazione e rappresentanza, aprendo all'ipotesi di una sua estensione ai procuratori, a patto che gli stessi risultino investiti di effettivi poteri decisionali e gestori oltre che di rappresentanza dell'impresa, come del resto puntualmente specificato nel disciplinare di gara (art. 7, lett. A) il che non risulta nel caso di specie comprovato.

Ne consegue che l'appellante principale risulta priva di legittimazione a dolersi dell'esito della gara, cosicché tale impugnativa deve essere dichiarata inammissibile.

7. Deve ora passarsi ad esaminare la questione della legittimazione ad agire della Cogeam, in relazione alla quale vi è l'appello incidentale di quest'ultima avverso il capo di accoglimento del ricorso incidentale della Nubile, nonché i motivi di tale ricorso da quest'ultima riproposti (con controricorso).

A questo riguardo, il TAR ha ritenuto sussistente la violazione dell'art. 90, comma 8, cod. contr. pubbl. in relazione all'ing. Carmine Carella, responsabile tecnico della società Cisa s.p.a., partecipante al 48% del capitale del consorzio Cogeam, nonché ausiliaria per i requisiti di capacità tecnica, economica e professionale e contemporaneamente progettista del Comune di Brindisi in relazione ad "*attività di progettazione propedeutica che, pur affidata con autonome gare, è strettamente connessa all'oggetto dell'appalto*".

A ciò obietta l'appellante incidentale che:

- l'ing. Carella non riveste alcun ruolo nella Cogeam, essendo responsabile tecnico *ex lege* n. 46/1990 della partecipante di minoranza Cisa (la maggioranza assoluta del capitale della società consortile essendo detenuta da Marcegaglia s.p.a.);
- il responsabile tecnico ai sensi della citata legge non è in ogni caso tenuto a rendere la dichiarazione ex art. 38 d.lgs. n. 163/2006, come del resto stabilito dal TAR, nella sentenza oggetto del presente giudizio, con riguardo all'ausiliaria ditta Pantaleone Dentice dell'Agecos, sul ricorso incidentale proposto dalla Nubile contro quest'ultima;
- il divieto di cui all'art. 90, comma 8, citato non è estensibile alle società ausiliarie, le quali non offrono il proprio apporto alla concorrente in sede di predisposizione dell'offerta, bensì nella fase esecutiva del contratto posto a gara;
- l'attività di progettazione svolta dall'ing. Carella riguarda precedenti interventi di ampliamento della discarica oggetto di autonome procedure di affidamento, come attestato dalla commissione di gara nella seduta del 10 gennaio 2012;
- il medesimo professionista ha in passato ricevuto incarichi di progettazione anche dalla Daneco, ausiliaria della Nubile;
- in ogni caso, non è conforme ai principi comunitari in materia di procedure di affidamento, l'esclusione automatica in assenza della prova concreta che la presenza del progettista abbia avuto l'effetto di falsare lo svolgimento della procedura di gara (Corte Ue, sentenza 3 marzo 2005, in proc. C-21/03 e 34/03; in termini: C.d.S., sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36; sez. IV, 3 maggio 2011, n. 2647); prova nel caso di specie non fornita dalla ricorrente incidentale e comunque da escludere, visto che l'offerta tecnica della Cogeam ha riportato il punteggio più basso.

Tanto precisato, l'appellante in questione non contesta quanto rilevato dal TAR a sostegno della decisione di accoglimento del ricorso incidentale della Nubile e cioè che il predetto professionista ha partecipato al sopralluogo effettuato dall'ATI Cogeam in qualità di consulente del Comune di Brindisi presso l'impianto e la discarica, prodromico allo svolgimento della gara oggetto del presente giudizio.

Ciò costituisce la prova incontestabile che l'attività di progettazione dallo stesso svolta, vale a dire quella dettagliatamente elencata e descritta dal Giudice di primo grado, è effettivamente riferibile alle opere oggetto della gara in contestazione. Conseguentemente, non può non ritenersi corretto il ragionamento probatorio effettuato sul punto nella sentenza di primo grado, sia per gli elementi di prova valorizzati a tali fine, sia con riguardo alla conclusione sulla cui base si è pervenuti.

In diritto va poi evidenziato che il divieto contenuto nella disposizione normativa in esame concerne *sic et simpliciter* la partecipazione alle procedure di affidamento di tali opere, per cui dalla relativa formulazione letterale e dallo scopo con esso perseguito è indiscutibile che la commistione di ruoli che essa mira a prevenire è comunque ravvisabile laddove colui che ha svolto incarichi di progettazione per conto della stazione appaltante sia comunque presente, non importa a che titolo, nell'organigramma aziendale dell'impresa concorrente, o in sue società controllanti, partecipanti o di cui si avvale nell'esecuzione dei lavori. Ciò in quanto è proprio la mera presenza a fornire l'indizio, sufficientemente grave e preciso, che nella formulazione dell'offerta la ridetta concorrente abbia potuto beneficiare del patrimonio informativo acquisito grazie alla prodromica attività di progettazione.

Va poi dato atto che l'appellante giustamente pone in risalto il principio ricavabile dalla citata pronuncia della Corte di Giustizia Ue, a mente della quale la lesione della *par condicio* tra concorrenti che la disposizione normativa ridetta intende scongiurare deve essere accertata in concreto, evitando rigorosi automatismi nell'applicazione del divieto.

Nondimeno, ancorché la Cogeam neghi che tale lesione possa nel caso di specie essersi verificata, sul rilievo che la propria offerta tecnica è risultata inferiore alle altre due, va osservato in contrario, come puntualizzato dalla Nubile, che la stessa risulta avere conseguito quello più alto per l'offerta temporale per la realizzazione dei lavori di adeguamento impiantistico e dunque nel segmento nel quale lo svolgimento della pregressa attività di progettazione si rivela maggiormente in grado di orientare la formulazione dell'offerta.

Va ancora sottolineato che, in ogni caso, con la previsione dell'offerta temporale l'amministrazione aggiudicatrice ha enucleato un profilo di valutazione autonomo e che il conseguimento, da parte del concorrente sospettato di violazione del divieto in questione, del punteggio massimo per esso previsto è prova indiziaria di per sé sufficiente per ritenere che vi sia stata un'influenza derivante dalla presenza del progettista nella compagine aziendale del RTI con capofila Cogeam, non potendo evidentemente pretendere una dimostrazione ulteriore, che assumerebbe i caratteri della *probatio diabolica*, circa il fatto che la competizione è stata falsata.

D'altronde, se fosse decisivo il punteggio riportato si perverrebbe a svilire la finalità preventiva del divieto, venendo la relativa applicazione rimessa all'esito della gara.

Né si rivela decisivo invocare la sentenza di questa Sezione 15 gennaio 2008, n. 36, che della citata pronuncia del Giudice comunitario ha fatto diretta applicazione, giacché nel caso deciso si è escluso che l'attività prestata in favore della stazione appaltante fosse riconducibile a quella di progettazione.

8. Tutto quanto finora osservato, se da un lato comporta che debba essere respinto l'appello incidentale dalla Cogeam svolto avverso il pertinente capo della sentenza di primo grado, per il resto lo stesso deve essere dichiarato inammissibile, per le medesime ragioni espresse a proposito della posizione della Agecos.

Contrariamente a quanto dalla stessa Cogeam opinato, infatti, il principio di diritto espresso dall'Adunanza plenaria nella citata decisione n. 4/2011 è vincolante ex art. 99, comma 3, cod. proc. amm., per le Sezioni semplici, a differenza dell'obiter invocato da Cogeam contenuto nella sentenza delle Sezioni unite della Cassazione 21 giugno 2012, n. 10924; e - in attesa della decisione della Corte di Giustizia UE sul rinvio pregiudiziale del TAR Piemonte (ordinanza 9 febbraio 2012, n. 208) - da questo Collegio pienamente condiviso, in quanto fondato sull'applicazione di note regole di diritto processuale concernenti le condizioni dell'azione, a sua volta discendenti sull'incontestabile carattere di giurisdizione di diritto soggettivo della giurisdizione amministrativa, in forza delle quali la legittimazione ad impugnare gli esiti di una procedura di affidamento di appalti pubblici postula la qualità di legittimo partecipante ad essa.

9. In conclusione, deve essere accolto l'appello incidentale della Nubile, mentre l'appello principale dell'Agecos s.p.a. va dichiarato inammissibile per difetto di legittimazione, e l'appello incidentale della Cogeam s.c.a.r.l. va dichiarato in parte infondato e in parte inammissibile per difetto di legittimazione.

In forza delle ridette statuizioni la sentenza di primo grado deve essere parzialmente riformata.

Più precisamente deve essere dichiarata l'inammissibilità, sempre per difetto di legittimazione, del ricorso e dei motivi aggiunti proposti dalla Agecos, in accoglimento del ricorso incidentale escludente della Nubile.

Per il numero e la complessità delle questioni le spese del doppio grado di giudizio possono essere integralmente compensate tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, così provvede:

- accoglie l'appello incidentale della Nubile s.r.l.;

- dichiara conseguentemente inammissibile l'appello principale della Agecos s.p.a. ed in parte infondato ed in parte inammissibile l'appello incidentale della Cogeam s.c.a.r.l.;

- per l'effetto, in parziale riforma della sentenza di primo grado, accoglie il ricorso incidentale della Nubile s.r.l., e dichiara conseguentemente inammissibili il ricorso e i motivi aggiunti proposti dalla Agecos s.r.l.;

- spese del doppio grado integralmente compensate tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Carmine Volpe, Presidente

Francesco Caringella, Consigliere

Nicola Gaviano, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Carlo Schilardi, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/02/2013

IL SEGRETARIO

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