



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1226 del 2012, proposto da Mastrosimone Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda Associazione Temporanea di Imprese Mastrosimone Costruzioni S.r.l. - Ing. Ferdinando Zito S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Giovanni Spataro, domiciliata presso la Segreteria del Tribunale;

contro

il Comune di Acri, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Mastrangelo, elettivamente domiciliato in Catanzaro, via Milano n. 15 bis, presso lo studio dell'avv. Giacomo Carbone;

nei confronti di

- Gruppo SA.PA. S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Oreste Morcavallo e Antonio Parisi, domiciliata presso la Segreteria del Tribunale;

- A.C.M., Associati Costruttori Meridionali, S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., non costituita in giudizio;

- della determinazione n. 186/3 del 22 ottobre 2012 di aggiudicazione definitiva appalto relativo ai lavori di

completamento palazzetto dello sport - 3° ed ultimo lotto;

- dei verbali di gara;

- della nota prot. 15849 del 15 ottobre 2012, di rigetto della richiesta di esclusione del Gruppo SA.PA. e della graduatoria dei partecipanti;

e per la condanna

dell'Amministrazione a far conseguire all'ATI Mastrosimone Costruzioni S.r.l. - Ing. Ferdinando Zito S.r.l., l'aggiudicazione e il contratto di appalto;

Visto il ricorso con i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Acri e del Gruppo SA.PA. S.r.l.;

Vista l'ordinanza n. 34 del 25 gennaio 2013 con quale è stata accolta l'istanza cautelare proposta da parte ricorrente;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto l'art. 120, comma 9, c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del 19 luglio 2013 il Cons. Giovanni Iannini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO

Con ricorso notificato al Comune di Acri, alla Gruppo SA.PA. S.r.l. e alla A.C.M., Associati Costruttori Meridionali, S.r.l. la Mastrosimone Costruzioni S.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda Associazione Temporanea di Imprese Mastrosimone Costruzioni S.r.l. - Ing. Ferdinando Zito S.r.l., impugnava la determinazione n. 186/3 del 22 ottobre 2012 di aggiudicazione definitiva, in favore della società SA.PA., dell'appalto relativo ai lavori di completamento palazzetto dello sport - 3° ed ultimo lotto, oltre i verbali di gara, la graduatoria e la nota prot. 15849 del 15 ottobre 2012, di rigetto della richiesta di esclusione dell'aggiudicataria.

A fondamento del ricorso la ricorrente deduceva:

1) Violazione e falsa applicazione degli artt. 46, comma 1 bis, e 75 del d.lgs. 12 aprile 2006 n.163 nonché degli artt. 23 e 23 ter, comma 5, del codice dell'amministrazione digitale di cui al d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82; violazione della par condicio tra i concorrenti. eccesso di potere per difetto di istruttoria. presupposto erroneo e travisamento, sviamento.

Sarebbe irregolare la polizza fideiussoria in copia cartacea, ma con firma digitale, in quanto la copia su supporto analogico prodotta non recherebbe attestazione di un pubblico ufficiale di conformità all'originale e in quanto non sarebbe conforme alle vigenti regole tecniche, ai sensi del secondo comma dell'art. 23 del d.lgs. n. 82/2005, essendo richiamato nella polizza il DPCM 13 gennaio 2004, ormai abrogato.

Non sarebbe osservato, inoltre, il disposto dell'art. 23 ter, comma 5, del d.lgs. n. 82/2005, per il quale sulle copie analogiche di documenti amministrativi informatici può essere apposto a stampa un contrassegno, sulla base dei criteri definiti con linee guida dell'Agenzia per l'Italia digitale.

2) Violazione e falsa applicazione degli artt. 46, comma 1 bis, 49 e 75 del d.lgs. 12 aprile 2006 n.163 e della par condicio tra i concorrenti; eccesso di potere per difetto di istruttoria. erroneità del presupposto, travisamento. manifesta illogicità e irragionevolezza, sviamento.

In violazione delle norme richiamate la polizza fideiussoria sarebbe intestata alla sola Gruppo SA.PA. e non all'impresa ausiliaria A.C.M.

3) Violazione e falsa applicazione degli artt. 46, comma 1 bis e 49 del d.lgs. 12 aprile 2006 n.163, nonché degli artt. 61, comma 2 e 88 del DPR 5 ottobre 2010 n.207; violazione del punto 3.6 del bando di gara della par condicio tra i concorrenti; eccesso di potere per difetto di istruttoria. Presupposto erroneo e travisamento; sviamento.

L'aggiudicataria, avvalsi dell'ausiliaria A.C.M., qualificata nella categoria OG11, classifica II, avrebbe raggiunto l'importo di cui alla superiore classifica III, richiesta dalla *lex specialis*, solo tramite aumento del quinto (20%) ai sensi dell'art. 61, comma 2, del DPR n. 207/2010, Ciò non sarebbe consentito dalle norme in materia di avvalimento.

Inoltre, l'impresa ausiliaria nella dichiarazione del 3 agosto 2012, denominata "allegato A1", avrebbe indicato specificamente soltanto i mezzi e le attrezzature materiali messe a disposizione, non fornendo alcuna descrizione analitica delle risorse professionali di cui l'ausiliata può avvalersi.

La ricorrente concludeva chiedendo l'annullamento degli atti impugnati, nonché la condanna del Comune di Acri a far conseguire alla stessa l'aggiudicazione dell'appalto e a stipulare il contratto.

Si costituiva il Comune di Acri, contestando le argomentazioni di parte ricorrente relative alla non idoneità della

copia cartacea della polizza recante firma digitale dell'assicuratore ed escludendo, comunque, che il preteso vizio potesse rappresentare causa di esclusione.

Chiedeva, quindi, il rigetto del gravame.

Si costituiva, altresì, la controinteressata Gruppo SA.PA. S.r.l. che, oltre a rilevare l'infondatezza delle censure di parte ricorrente, spiegava appello incidentale deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 37, 40 e 40 del d.lgs. n. 163/2006, del bando di gara, eccesso di potere per carenza di istruttoria, irragionevolezza, erronea ponderazione, ingiustizia manifesta.

L'ATI ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa in quanto la domanda di partecipazione era sottoscritta dalla sola mandataria Mastrosimone e indicava quale mandante del raggruppamento verticale la società Antonio Santelli. L'impresa Zito aveva sottoscritto domanda di partecipazione quale mandante di ATI con mandataria la ditta Mastrosimone e sottoscritto unitamente a quest'ultima l'offerta economica. Peraltro la Società Antonio Santelli aveva partecipato alla gara in raggruppamento con la mandataria Calabro Inerti.

Inoltre, nel corso del procedimento di gara, la Mastrosimone sarebbe stata priva di attestazione SOA nel periodo compreso tra il 21 e il 27 settembre 2012, per intervenuta scadenza della validità della stessa.

La controinteressata chiedeva, quindi, l'annullamento dell'atto di approvazione degli atti di gara e di aggiudicazione definitiva nella sola parte in cui non era stata disposta l'esclusione dalla gara dell'ATI Mastrosimone, con conseguente difetto di legittimazione a proporre ricorso, e, comunque, il rigetto del ricorso principale.

La A.C.M., Associati Costruttori Meridionali, S.r.l., sebbene intimata, non si costituiva in giudizio.

Con l'ordinanza n. 34 del 25 gennaio 2013 veniva accolta l'istanza cautelare proposta dalla ricorrente principale.

Le parti costituite producevano memorie.

Alla pubblica udienza del 19 luglio 2013 la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. In esito al procedimento di gara relativo all'appalto per l'esecuzione dei lavori di completamento del palazzetto dello sport, terzo e ultimo lotto, con un importo a base d'asta di € 1.740.000,00, indetto dal Comune di Aciri, risultava aggiudicataria la Gruppo SA.PA. S.r.l., che aveva offerto un ribasso del 29,2270%.

Al secondo posto risultava classificata l'ATI Mastrosimone Costruzioni - Ing. Ferdinando Zito, la cui offerta prevedeva un ribasso rispetto all'importo a base d'asta del 29,2200%.

Con nota dell'8 ottobre 2012 l'ATI Mastrosimone chiedeva al Comune di Aciri l'esclusione dalla gara della società aggiudicataria, facendo presente che:

- la Gruppo SA.PA. S.r.l. aveva prodotto la polizza fideiussoria relativa alla cauzione provvisoria in copia cartacea con firma digitale, in carenza dei presupposti di legge;
- la stessa società aveva stipulato contratto di avvalimento con la A.C.M. S.r.l. Associati Costruttori Meridionali, ricorrendo all'aumento del quinto previsto dall'art. 61, comma 2, DPR n.207 /2010, per sopperire alla mancanza del requisito di categoria OG11, classifica III;
- nel contratto di avvalimento non erano state specificamente indicate le risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria, non essendo individuati i tecnici che dovranno seguire i lavori, il direttore tecnico eventualmente messo a disposizione per la categoria OG11 e la qualifica degli operai.

Con nota del 15 ottobre 2012 il Comune di Aciri rigettava l'istanza.

Con determinazione n. 186/3 del 22 ottobre 2012 il Responsabile del Settore realizzazione opere pubbliche e gestione dei servizi approvava gli atti della gara e disponeva l'aggiudicazione definitiva in favore della Gruppo SA.PA. S.r.l., in avvalimento con l'impresa A.C.M.

2. Come premesso nell'esposizione in fatto la seconda classificata, ATI Mastrosimone S.r.l. - Ing. Ferdinando Zito S.r.l., ha impugnato la determina di aggiudicazione definitiva e gli altri atti di cui in epigrafe, deducendo una serie di censure correlate alle questioni già portate all'attenzione della stazione appaltante nella nota dell'8 ottobre 2012.

La controinteressata ha proposto ricorso incidentale prospettando l'esistenza di cause di esclusione dalla gara della seconda classificata, al fine di far valere, secondo il noto indirizzo di cui alla sentenza 7 aprile 2011 n. 4 dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, il difetto di legittimazione della ricorrente principale.

La Corte di Giustizia U.E., sez. X, con sentenza 4 luglio 2013 (causa C 100/12), ha affermato che l'art. 1, paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, osta a che il ricorso proposto dall'impresa non aggiudicataria sia dichiarato inammissibile in conseguenza dell'esame preliminare di un'eccezione fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere dell'offerente che ha proposto il ricorso, con la motivazione che l'offerta da questi presentata avrebbe dovuto essere esclusa dall'autorità aggiudicatrice, essendo necessaria una pronuncia sia sull'offerta dell'aggiudicatario che ha ottenuto l'appalto, sia su quella dell'offerente che ha proposto il ricorso principale.

Alla luce di tale pronuncia, nonché degli orientamenti emersi dalle sezioni del giudice di appello, che hanno investito nuovamente della questione l'Adunanza Plenaria, ritiene il Collegio di procedere all'esame preliminare del ricorso principale e, quindi, in caso di eventuale fondatezza di alcune delle censure in esso esposte, di passare successivamente all'esame delle censure di cui al ricorso incidentale.

3. Con il primo motivo la ricorrente principale rileva che l'aggiudicataria ha prodotto polizza relativa alla cauzione provvisoria non in originale, ma in copia cartacea con firma digitale.

Tale copia non risponderebbe ai requisiti di legge. Si evidenzia, in particolare che, nella copia della polizza, sotto le firme, compare la seguente dicitura: *“La firma apposta sulla presente polizza è quella della sig.ra Caterina Nocella - Agente Generale della HDI Assicurazioni S.p.A. all'uopo autorizzata con Procura Speciale rilasciata il 13.07.2009 registrata a Roma3 Atti Provati n. 29165 il 30 luglio 2009 al repertorio n. 147695 - racc. n. 7933 Notaio Bianca Maria Selvaggi di Roma. L'originale del presente documento, prodotto con FIRMA DIGITALE ai sensi del DPCM 13/01/2004 e secondo le regole indicate dal CNIPA è disponibile presso l'Agenzia che ha rilasciato la polizza e può essere richiesto via mail certificata fullcover@ppen.legalmail.it, tel. 081 404098 fax 081 7944728”*.

Sottolinea la ricorrente che il DPCM 13.1.2004, richiamato nella polizza, è stato abrogato da oltre tre anni, per cui non vi è la conformità alle regole tecniche vigenti, prevista dall'art. 23, comma 2, del d.lgs. n. 82/2005.

Non sarebbe osservato, inoltre, il disposto del comma 5 dell'art. 23 *ter* del d.lgs. n. 82/2005, che prevede che sulle copie analogiche dei documenti informatici sia apposto un contrassegno o codice generato elettronicamente, in modo da consentire la verifica automatica della conformità del documento analogico all'originale.

Né sarebbe stata rispettata, infine, la previsione del comma 1 dell'art. 23 del d.lgs. n.82/2005, mancando attestazione di conformità rilasciata da pubblico ufficiale.

La copia cartacea prodotta dall'aggiudicataria non sarebbe idonea a comprovare la veridicità della firma digitale che compare sulla copia stessa, né, quindi l'autenticità della cauzione provvisoria.

La Gruppo SA.PA. S.r.l. avrebbe dovuto, pertanto, essere esclusa dalla procedura di gara.

Le censure compendiate sono prive di fondamento.

Le norme di riferimento sono, innanzi tutto, quelle dell'art. 23 del d.lgs. n. 82/2005, che al primo comma prevede: *“Le copie su supporto analogico di documento informatico, anche sottoscritto con firma elettronica avanzata, qualificata o digitale, hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale da cui sono tratte se la loro conformità*

all'originale in tutte le sue componenti è attestata da un pubblico ufficiale a ciò autorizzato".

Il secondo comma dello stesso articolo dispone: *"Le copie e gli estratti su supporto analogico del documento informatico, conformi alle vigenti regole tecniche, hanno la stessa efficacia probatoria dell'originale se la loro conformità non è espressamente disconosciuta. Resta fermo, ove previsto l'obbligo di conservazione dell'originale informatico".*

Risulta da quanto sopra che, secondo la ricorrente, la copia prodotta dalla controinteressata ai fini della partecipazione alla gara non presenta i requisiti previsti dal primo comma dell'articolo citato, non essendovi attestazione di conformità di pubblico ufficiale a ciò autorizzato, né quelli di cui al secondo comma dello stesso articolo, giacché non sarebbero richiamate le vigenti regole tecniche, ma quelle di cui al DPCM 13 gennaio 2004, ormai abrogato.

Ritiene il Collegio che il fatto che nella dicitura sopra riportata sia richiamato un testo normativo ormai abrogato non importa, di per sé, la non conformità alle regole tecniche vigenti. Quel che occorre verificare, infatti, è che le copie e gli estratti su supporto analogico del documento informatico siano conformi a tali regole, ben potendosi dare il caso che, pur essendo richiamato un decreto ormai abrogato, la copia in questione non si discosti dalle regole stesse.

Parte ricorrente, al fine di dimostrare l'irregolarità delle copia avrebbe dovuto, dunque, rilevare specifici profili di non conformità alle regole vigenti e non limitarsi a evidenziare l'abrogazione del DPCM del 2004.

La copia prodotta, pertanto, può ritenersi dotata della forza probatoria riconosciuta dal secondo comma dell'art. 23, non essendosi dimostrata la non conformità alle regole tecniche vigenti.

Ne discende l'irrelevanza della mancanza dell'attestazione di conformità da parte di un pubblico ufficiale a ciò autorizzato, ai sensi del primo comma dello stesso articolo.

Del tutto fuor di luogo, infine, il richiamo all'art. 23 *ter* del d.lgs. n. 82/2005, che riguarda i documenti amministrativi informatici, vale a dire gli atti formati dalle pubbliche amministrazioni con strumenti informatici, nonché i dati e i documenti informatici detenuti dalle stesse. È evidente che una polizza non può considerarsi documento amministrativo informatico.

4. Con il secondo motivo la ricorrente principale deduce che la polizza relativa alla cauzione provvisoria risulta intestata solo alla Gruppo SA.PA. S.r.l. e non anche all'impresa ausiliaria A.C.M. Associati Costruttori Meridionali S.r.l., con la quale l'aggiudicataria ha stipulato contratto di avalimento.

La necessità che la polizza sia intestata anche all'impresa ausiliaria discenderebbe dal fatto che essa deve formalmente obbligarsi a mettere a disposizione le risorse necessarie di cui sia carente il concorrente non solo nei confronti di costui, ma anche nei confronti della stazione appaltante.

La cauzione provvisoria dovrebbe, quindi, essere intestata a tutte le imprese che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara e, quindi, anche all'impresa ausiliaria in caso di avalimento.

La censura non è fondata.

La tesi secondo la quale la garanzia cui è preordinata la cauzione provvisoria deve coprire anche le obbligazioni assunte dall'impresa ausiliaria nei confronti della stazione appaltante è stata sostenuta da una parte della giurisprudenza sulla base di argomenti di indubbia rilevanza (in particolare, TAR Campania, Salerno, sez. I, 11 ottobre 2011 n.1634).

Il Collegio, tuttavia, ritiene che non si possa prescindere dalle osservazioni formulate da altra parte della giurisprudenza, che ha specificato che, perlomeno in mancanza di una specifica previsione della *lex specialis*, non può affermarsi la necessità che la polizza fideiussoria presentata da un concorrente contempli tra i soggetti garantiti anche l'impresa indicata come ausiliaria, stante il fatto che non sussiste alcuna previsione normativa che imponga

un onere del genere (TAR Lazio, sez. II, 6 marzo 2012 n. 2230).

È stato messo in rilievo, inoltre, che l'art. 49 del d.lgs. n. 163 del 2006, pur prevedendo un regime di responsabilità solidale tra l'impresa avvalente e quella ausiliaria, dispone che il contratto di appalto è comunque eseguito dall'impresa avvalente, che è l'unico soggetto titolare del contratto di appalto. Risulterebbe allora illogico affermare che l'onere di prestare cauzione deve riguardare anche la prestazione di un soggetto ulteriore e diverso (TAR Veneto, 10 gennaio 2011 n. 12).

5. Il terzo motivo ha ad oggetto una serie di censure concernenti il requisito previsto dal bando, costituito dalla qualificazione nella categoria OG11, classifica III, per l'importo di € 581.511,80.

Evidenzia la ricorrente principale che l'aggiudicataria ha stipulato contratto di avvalimento con la A.C.M S.r.l., Associati Costruttori Meridionali, in possesso del requisito di categoria OG 11, classifica II e che l'importo di cui alla superiore classifica III si è raggiunto tramite l'aumento del quinto (20%) ai sensi dell'art. 61, comma 2, DPR n. 207/2010.

Secondo la ricorrente principale, nel caso di ricorso ad avvalimento per sopperire alla mancanza di un requisito SOA, l'impresa ausiliata non potrebbe beneficiare anche dell'incremento del quinto.

La censura è fondata.

Dispone il sesto comma dell'art. 49 del d.lgs. n. 163/2006 che *“Per i lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'articolo 40, comma 3, lettera b), che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria”*.

Come chiarito dalla giurisprudenza la norma in questione prevede, tra l'altro, il divieto del frazionamento del requisito di qualificazione tra l'impresa ausiliaria e l'impresa ausiliata, dovendosi ritenere esclusa la possibilità che il requisito richiesto sia raggiunto attraverso la somma di tali requisiti posseduti dalle due imprese. È, invece necessario che l'impresa ausiliaria sia autonomamente in possesso della qualificazione necessaria alla partecipazione alla gara (TAR Lazio, sez. II, 19 dicembre 2012 n. 10624; TAR Calabria, Catanzaro, sez. I, 23 marzo 2010 n. 346).

È stato osservato, in proposito, che la finalità dell'avvalimento non è quella di arricchire la capacità tecnica o economica del concorrente, ma quella di consentire a soggetti che ne siano privi di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti se e in quanto da questi integralmente e autonomamente posseduti (Cons. St., sez. VI, 13 giugno 2011 n. 3565).

Ritiene il Collegio che il divieto del frazionamento del requisito escluda anche la possibilità di sopperire al difetto nell'ausiliaria dell'intero requisito richiesto mediante l'aumento del quinto (20%) ai sensi dell'art. 61, comma 2, DPR n. 207/2010. Anche in questo caso, infatti, così come nei casi di cui si sono occupate le pronunce richiamate, l'impresa ausiliaria non è autonomamente in possesso della qualificazione necessaria alla partecipazione alla gara. Ammettere la fruizione dell'aumento del quinto equivarrebbe a consentire di integrare il requisito avvalendosi di un soggetto non in possesso, a sua volta, del requisito stesso. E ciò in palese contrasto con la finalità dell'istituto, che, come detto, è quella di fornire alle imprese la possibilità di ricorrere ai requisiti di altri soggetti, ma solo se e in quanto da questi ultimi integralmente e autonomamente posseduti.

Appare, quindi, fondato il rilievo della ricorrente principale, secondo il quale l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura di gara.

La ritenuta fondatezza della censura ora esaminata, che implica il mancato possesso nell'ausiliaria dei requisiti richiesti, esime dal vaglio dell'ulteriore censura relativa alla mancata indicazione nel contratto di avvalimento dei

tecnici, del direttore tecnico e della qualifica specialistica degli operai messi a disposizione.

6. La fondatezza dell'indicata censura del ricorso principale impone l'esame del ricorso incidentale proposto dall'aggiudicataria controinteressata.

6.1 Evidenzia la ricorrente incidentale che la ricorrente principale ha presentato domanda di partecipazione quale capogruppo di un raggruppamento temporaneo di tipo verticale da costituire fra la stessa e la Antonio Santelli S.r.l., con precisazione che sarebbe stato conferito mandato speciale alla Mastrosimone Costruzioni S.r.l. e determinazione delle quote di partecipazione (66,58% Mastrosimone e 33,42% Santelli). La domanda, precisa ancora la ricorrente incidentale, è stata sottoscritta solo dalla Società Mastrosimone.

L'impresa Zito, aggiunge la ricorrente incidentale, ha presentato domanda quale mandante di un costituendo RTI con l'impresa Mastrosimone, indicata quale mandataria e solo l'offerta economica stata presentata e sottoscritta dalla Società Mastrosimone e dall'impresa Ing. Ferdinando Zito S.r.l., con dichiarazione di impegno di conferimento mandato collettivo di rappresentanza.

Secondo la ricorrente incidentale mancherebbe domanda di partecipazione alla procedura aperta della società Mastrosimone quale mandataria capogruppo della costituenda ATI con l'impresa Ing. Ferdinando Zito.

L'offerta economica presentata dalla costituenda ATI Mastrosimone - Zito non sarebbe stata, quindi, sostenuta dalla relativa domanda di partecipazione, sottoscritta esclusivamente dalla mandante Zito. D'altra parte, anche a ritenere valida la domanda della mandante Zito, si sarebbe dovuto escludere la Mastrosimone per aver partecipato alla procedura quale mandataria di due diversi raggruppamenti.

Peraltro, soggiunge la controinteressata, la società Santelli ha partecipato alla stessa gara quale mandante di altro raggruppamento con la Società Calabro Inerti, mandataria.

Ritiene il Collegio che le censure siano infondate.

Come già rilevato in sede cautelare, l'esame complessivo della vicenda rende più che evidente che l'indicazione nella domanda della mandataria di un'impresa mandante diversa da quella con cui si sarebbe costituito il raggruppamento temporaneo è frutto di un mero errore materiale, determinato, come sottolinea la ricorrente principale, dal fatto che in altre procedure quest'ultima ha partecipato in raggruppamento con l'impresa Santelli.

Che le cose stiano in questi termini, è dimostrato, innanzi tutto, dal fatto che l'impresa Zito ha dichiarato di partecipare quale mandante dell'ATI costituenda con l'impresa Mastrosimone, nonché dal fatto che l'impresa Santelli ha partecipato alla stessa gara in altro raggruppamento temporaneo.

Ma l'elemento principale che dimostra che si tratta di un mero errore materiale è che l'offerta economica risulta sottoscritta dall'impresa Mastrosimone e dall'impresa Zito, quale componenti della costituenda ATI.

Alla luce di ciò appare conforme al principio di buona fede in senso oggettivo escludere che un evidente errore possa avere quale conseguenza l'esclusione dalla gara del raggruppamento temporaneo e ritenere, pertanto, l'errore stesso ininfluenza ai fini della partecipazione al procedimento concorsuale.

6.2 Rileva ancora la ricorrente incidentale che nel corso del procedimento di gara, per il periodo che va dal 21 al 27 settembre 2012, la Mastrosimone si è trovata ad essere priva di attestazione SOA, a causa dell'intervenuta scadenza della stessa. L'attestazione n. 27867/1 0/00 rilasciata dalla COOP S.O.A. è scaduta, per decorrenza del termine di verifica triennale, in data 21 settembre 2012 e solo in data 27 settembre 2012 la ricorrente principale ha ottenuto l'attestazione n. 32053/10/00.

La censura è priva di fondamento.

Risulta dagli atti che la società Mastrosimone in data 3 luglio 2012, quindi in data precedente alla scadenza, intervenuta il 21 settembre 2012, ha stipulato con la COOP SOA S.p.a. contratto per la verifica triennale dell'attestazione.

Al riguardo l'Adunanza Plenaria ha specificato che l'impresa che ha richiesto in termini la verifica triennale del proprio attestato S.O.A. può partecipare alle gare indette dopo il triennio anche se la verifica sia compiuta successivamente, fermo restando che l'efficacia dell'aggiudicazione è subordinata, ai sensi dell'art. 11, comma 8, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, all'esito positivo della verifica stessa (Cons. St., Ad. Plen., 18 luglio 2012 n. 27).

Alla luce di tale principio, per il quale, richiesta nei termini la verifica, non sussiste alcuna preclusione alla partecipazione alle gare, deve escludersi che l'intervenuta scadenza dell'attestazione nel corso del procedimento di gara possa avere quale effetto l'esclusione dell'impresa.

7. Conseguono a quanto sopra l'accoglimento del ricorso principale, con conseguente annullamento del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della controinteressata.

Ai sensi dell'art. 124 c.p.a., in conformità alla domanda in tal senso della ricorrente principale, seconda classificata nel procedimento di gara, deve disporsi la condanna del Comune di Acri a far conseguire alla costituenda ATI Mastrosimone Costruzioni S.r.l. - Ing. Ferdinando Zito S.r.l. l'aggiudicazione dell'appalto e il contratto di appalto.

Il ricorso incidentale della controinteressata è, invece, infondato e deve essere rigettato.

La particolarità delle questioni trattate giustifica l'integrale compensazione delle spese di giudizio fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima) accoglie il ricorso principale e, per l'effetto, annulla il provvedimento di aggiudicazione definitiva; condanna il Comune di Acri, in persona del Sindaco in carica, a far conseguire alla costituenda ATI Mastrosimone Costruzioni S.r.l. - Ing. Ferdinando Zito S.r.l. l'aggiudicazione dell'appalto e a stipulare con la stessa il contratto di appalto.

Rigetta il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata.

Compensa le spese di giudizio.

Ordina che il presente dispositivo sia eseguito dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del 19 luglio 2013 con l'intervento dei Signori Magistrati:

Guido Salemi, Presidente

Giovanni Iannini, Consigliere, Estensore

Lucia Gizzi, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/08/2013

IL SEGRETARIO

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

