

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 18 maggio 2018, n. 8

Pubblicato il 18/05/2018

N. 00008/2018

N. 00013/2017 REG.RIC.A.P.



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 (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA NON DEFINITIVA CON ORDINANZA DI RESTITUZIONE ALLA SEZIONE

sul ricorso numero di registro generale 13 di A.P. del 2017, proposto da Smartest Srl in proprio e quale Mandataria Costituendo Rti, Smart P@Per S.p.A. in proprio e quale mandante del costituendo Rti, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Gennaro Terracciano, Antonio Maria Berardi, Luigi Cameriero, con domicilio eletto presso lo studio Gennaro Terracciano in Roma, piazza S. Bernardo 101;

contro

Azienda Ospedaliera Regionale "San Carlo" di Potenza, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Carlomagno, con domicilio eletto presso lo studio Federico Freni in Roma, via Panama 58;

nei confronti

Soc. Spix S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Vinti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Emilia N. 88;

Soc. Gruppo Servizi Informatici S.r.l. (G.S.I.), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Stefano Vinti, Dario Capotorto, con domicilio eletto presso lo studio Stefano Vinti in Roma, via Emilia N. 88;

per la riforma

della sentenza breve del TAR per la Basilicata, Sezione I, n. 00190/2016, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione definitiva della gara per l' affidamento del servizio di custodia e digitalizzazione delle cartelle cliniche

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Regionale "San Carlo" di Potenza e di Soc. Spix S.r.l. e di Soc. Gruppo Servizi Informatici S.r.l. (G.S.I.);

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2017 il Cons. Umberto Realfonzo e uditi per le parti gli avvocati Terracciano, e Vinti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il gravame di cui in epigrafe la Società Smartest S.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con la mandante SMART P@per S.p.a., ha chiesto l'annullamento della sentenza con cui il TAR per la Basilicata ha dichiarato l'inammissibilità del ricorso diretto all'annullamento del risultato della procedura aperta, con una base di gara pari a

2.234.000,00 euro, per l'affidamento dell'appalto del servizio di custodia e digitalizzazione delle cartelle cliniche dell'Azienda Ospedaliera Regionale "San Carlo" di Potenza e dell'Azienda Sanitaria di Potenza, aggiudicata al controinteressato costituendo raggruppamento temporaneo di imprese tra la mandataria SPIX Italia S.r.l., e la mandante Società Gruppo Servizi Informatici (G.S.I.) S.r.l. .

La decisione appellata, accogliendo la corrispondente eccezione sollevata con il ricorso incidentale del RTI SPIX ITALIA s.r.l., ha affermato che il gravame introduttivo avrebbe dovuto essere necessariamente notificato anche all'Azienda sanitaria locale di Potenza in quanto, nella specie, sarebbe venuta in considerazione una peculiare procedura di scelta del contraente, effettuata in forma aggregata, nella quale cioè l'attività di stazione appaltante è demandata ad un solo ente. Per il TAR, in tale ipotesi, *"non viene in rilievo, quindi, un ente dotato di autonoma soggettività giuridica costituito per l'acquisizione di servizi destinati ad altre Amministrazioni, né agli atti di causa risulta che all'Azienda ospedaliera intimata sia stata conferita la rappresentanza processuale dell'Azienda sanitaria locale di Potenza.*

Ne consegue, nel caso di specie, che l'Azienda capofila agisce su mandato dell'Azienda a sé collegata, esclusivamente ai fini dell'espletamento della procedura concorsuale, tramite un mero modulo organizzatorio, ovvero sia uno strumento di raccordo tra Amministrazioni privo di una propria individualità, e non un centro formale di imputazione autonomo, con la conseguenza che gli atti della procedura vanno imputati non solo alla "capofila", ma anche all'altra Amministrazione che lo compone, che deve autonomamente formalizzare il rapporto con l'impresa aggiudicataria, mediante la stipulazione di apposito contratto".

Di qui l'affermazione dell'inammissibilità del ricorso notificato alla sola amministrazione capofila procedente, e non anche all'aggregata Azienda Sanitaria Locale di Potenza.

2. L'appello introduttivo principale della Società Smartest S.r.l. è affidato alla deduzione di quattro motivi di gravame.

Con il primo capo di doglianza, di carattere pregiudiziale, si lamenta l'*error in iudicando*, irragionevolezza e l'illogicità dell'affermazione per cui la mancata notifica anche all'Azienda sanitaria locale di Potenza avrebbe comportato l'inammissibilità del ricorso per incompleta instaurazione del contraddittorio. La necessità di procedere alla notificazione del ricorso giurisdizionale a tutti i soggetti che aderiscono alla procedura centralizzata di acquisto si scontrerebbe con l'art. 41 C.P.A., il cui precetto confermerebbe le precedenti previsioni dell'articolo 21 della L. n. 1034/1971 e dell'art. 36, comma 2, del T.U. R.D. 26 giugno 1924, n. 1054. In accoglimento del presente mezzo, chiede pertanto che venga in alternativa: o disposto il rinvio al TAR per la delibazione della fondatezza delle sue censure assorbite in primo grado, ovvero che questo Giudice d'appello si pronunci su tutte le censure che hanno formato oggetto del ricorso innanzi al TAR come riproposte con l'appello medesimo.

Con un secondo motivo di censura si lamenta la violazione dei paragrafi C.1, C.7 e F.3 del Capitolato di gara, ed eccesso di potere sotto diversi profili: la commissione di gara non avrebbe correttamente valutato, in relazione alle prescrizioni contenute nel capitolato di gara, i tempi di esecuzione indicati nei due progetti presentati dal RTI SPIX Italia S.r.l. e dall'ATI appellante principale.

Con la terza doglianza si deduce l'irragionevolezza della motivazione, l'errata valutazione dei presupposti, il difetto di istruttoria, e la disparità di trattamento per violazione dell'art. 46, commi 1 e 1 bis, del d.lgs. n.163/2006 (*pro tempore* vigente) in relazione al paragrafo C.3 dell'Allegato 1 – “Caratteristiche tecniche del servizio” del capitolato di gara. Il RTI SPIX – GSI avrebbe espresso nel progetto (paragrafo 6.2.4 -Pagina 93 - Gestione richieste "*on demand*" cartelle cliniche) dei tempi per l'erogazione dei servizi di consegna "*on demand*" delle cartelle cliniche depositate

presso il sito di stoccaggio palesemente sbagliati e non credibili: per cui il predetto RTI avrebbe dovuto essere escluso dalla gara ex art. 46, comma 1 bis codice dei contratti pubblici ovvero, in subordine, allo stesso raggruppamento si sarebbero dovuti assegnare punti “0” per tale elemento.

Infine, con la quarta censura, si lamenta la carenza della motivazione e l'ulteriore violazione dell'art. 46, comma 1 e comma 1 bis, del d.lgs. n.163/2006 in relazione rispettivamente al paragrafo "F.2" del citato Allegato 1, e dell'Allegato 7 del capitolato di gara. Mentre l'ATI Smartest S.r.l. aveva offerto 19 PC + 17 stampanti, il progetto originario del RTI SPIX — OSI prevedeva la fornitura di un numero molto basso di postazioni di lavoro da fornire alla stazione appaltante (6 PC + 6 stampanti per le sole attività di back office).

La successiva integrazione dell'offerta del predetto RTI, illegittimamente richiesta, non andava dunque presa in considerazione, e in ogni caso nessun chiarimento si palesava necessario. Il punteggio assegnato al RTI SPIX-GSI avrebbe dovuto essere formulato "allo stato degli atti" e avrebbe dovuto essere più basso, a tutto concedere, di almeno il 40% rispetto a quello delle appellanti.

3. L'Azienda Ospedaliera Regionale "San Carlo" di Potenza si è formalmente costituita in giudizio e, con memoria, ha sottolineato l'esattezza delle ragioni poste a base dalla sentenza impugnata.

4. L'ATI appellata RTI SPIX — GSI, a sua volta costituitasi nel presente giudizio con memoria ex art. 101 comma 2, c.p.a. del 6 giugno 2016: in via principale, ha riproposto in appello le censure del ricorso incidentale di prime cure, che i giudici del TAR hanno omesso di esaminare; in via subordinata, ha comunque chiesto che il ricorso venga rinviato al primo grado ex art. 105, co.1, c.p.a. per l'integrazione del contraddittorio nei riguardi dell'ASP di Potenza.

5. Con Ordinanza n. 4403/2017, del 21/09/2017, la Sezione III, preso atto di alcuni contrasti giurisprudenziali in atto, ha ritenuto necessario sospendere il

giudizio e deferire il presente ricorso all'esame dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato, ai sensi dell'art. 99, comma 1, c.p.a. ponendo due quesiti relativi:

-- alla necessità, o meno, di estendere il contraddittorio processuale, mediante la notificazione del ricorso giurisdizionale, oltreché al soggetto che ha adottato il provvedimento di aggiudicazione impugnato, a tutti i soggetti che aderiscono ad una procedura di aggiudicazione in forma aggregata.

-- alla possibilità, o meno, per le imprese riunite in un raggruppamento di determinare liberamente l'entità delle rispettive quote di esecuzione delle prestazioni, fermo restando il rispetto dei requisiti minimi complessivi di qualificazione previsti dalla legge.

6. Con le memorie e le relative repliche per l'Udienza pubblica, tutte le parti hanno riproposto ed illustrato le proprie argomentazioni.

7. All'Udienza pubblica del 13.12.2017:

-- il difensore della parte appellante principale ha sottolineato in particolare che: l'appalto concerneva un "sistema integrato di gestione delle cartelle" diretto a consentire un'archiviazione unitaria per consentire l'accesso diretto agli archivi ad entrambe le strutture sanitarie; la delega delle funzioni di stazione appaltante era espressamente vietata dall'art. 33 del d.lgs. n.163/2006 e s.m.i.;

-- il patrocinatore RTI SPIX s.r.l. ha fatto un diretto richiamo alle proprie difese, con particolare riguardo all'ultima memoria di replica.

La causa è stata conseguente trattenuta in decisione dall'Adunanza.

DIRITTO

1. Il collegio ritiene che, ai fini di una corretta identificazione delle questioni di cui è investita l'Adunanza Plenaria, occorra provvedere ad una puntuale ricognizione di quanto disposto dalla III Sezione del Consiglio di Stato con l'ordinanza di rimessione

2. In particolare la III Sezione, con l'ordinanza in questione:

a) ha rimesso a questa Adunanza la questione concernente la necessità, o meno, della notifica del ricorso introduttivo a tutte le amministrazioni che hanno proceduto alla gara in forma aggregata (par. 10);

b) ha ritenuto, tuttavia, di procedere all'esame di alcuni motivi di carattere escludente del ricorso incidentale, riproposti in appello precisando che "i primi cinque motivi, in particolare, risulterebbero idonei, ove accolti a determinare l'esclusione delle ricorrenti principali della gara, con la conseguente inammissibilità del gravame fin qui descritto" (par. 11);

c) in tal modo la Sezione ha esaminato preliminarmente i motivi del ricorso incidentale rispetto alle questioni attinenti al ricorso principale;

d) la Sezione ha rigettato il primo (par.12) ed il quinto (par.13) motivo del ricorso incidentale riproposti in appello;

La Sezione è poi passata all'esame del secondo, terzo e quarto motivo del ricorso incidentale, "tutti riferiti al carattere verticale del RTI appellante pur in assenza dei previsti requisiti di legge" (par.14);

e) la Sezione ha quindi confutato il secondo motivo del ricorso incidentale proposto in primo grado, rigettandolo (par.15);

f) la Sezione ha altresì respinto il quarto motivo del ricorso incidentale (par.16);

g) il collegio rimettente è passato all'esame del terzo motivo del ricorso incidentale, volto a denunciare il fatto che "il RTI Smartest avrebbe dato vita ad una ATI verticale mediante una suddivisione verticale dei servizi, mentre la lex specialis di gara non avrebbe mai previsto una suddivisione delle attività commissionate" (par.17);

h) al riguardo ha affermato che "*considera la Sezione che in un RTI orizzontale come quello in esame, se non espressamente richiesto dal bando, basta che il RTI nel suo complesso abbia il requisito richiesto, mentre ai fini dell'esecuzione della gara de qua è previsto l'istituto*

dell'avvalimento, per cui la singola azienda partecipante non deve obbligatoriamente possedere quel requisito", "dovendo essere rigettato il motivo incidentale in esame"(par.18);

i) la Sezione ha osservato che gli ulteriori motivi del ricorso incidentale dovevano essere rimessi al TAR in caso di accoglimento del primo motivo dell'appello principale (par. 18);

1) pur avendo ritenuto di rigettare il terzo motivo di ricorso incidentale (par.18), la sezione ha osservato che "il predetto punto di diritto" appariva controverso, sussistendo un orientamento in base al quale occorrerebbe evitare di ammettere che all'interno di una ATI le imprese possano distribuirli le attività in modo del tutto avulso delle proprie capacità tecniche", ricordando la giurisprudenza che postula la necessaria corrispondenza fra quote di qualificazione e quote di esecuzione (Cons. St., v, n. 4684 del 2016; Ad. Plen. n. 27 del 2014).

La Sezione ha peraltro osservato che *"la circostanza che il diritto dell'Unione europea preveda l'istituto dell'avvalimento ... potrebbe consentire una rivalutazione dei requisiti tecnico economici di partecipazione alle pubbliche gare che, mediante la serie storica dei fatturati per attività comparabili consentano una ragionevole presunzione circa l'attività tecnico-economica dell'impresa concorrente"*, e che, ove tale premessa risultasse condivisibile, potrebbe *"ritenersi necessario e sufficiente che siano garantite la loro affidabilità e responsabilità attraverso la qualificazione del RTI sulla base del complessivo fatturato conseguito dalle singole imprese"*, mentre *"resterebbe liberamente modulabile la ripartizione dell'esecuzione degli obblighi fra le imprese partecipanti, dovendosi quindi ritenere ogni componente del raggruppamento in grado di garantire, nei limiti della propria qualificazione, l'avvalimento nei confronti degli altri partecipanti al RTI al fine di rispettare gli adempimenti assunti mediante la ripartizione interna delle quote di esecuzione"*. Anche il "suindicato punto di diritto" è stato quindi deferito all'Adunanza Plenaria

3. Tale essendo il contenuto del provvedimento di rimessione, si osserva che, in realtà, lo stesso ha in parte un contenuto decisorio per quanto concerne il primo, il

secondo, il quarto ed il quinto motivo del ricorso incidentale di primo grado. Si è quindi di fronte, *in parte qua*, ad una sentenza non definitiva, che rigetta i sopra indicati motivi del ricorso incidentale di primo grado (n. IV e V).

Per il resto la Sezione, ha, da un lato, affermato che doveva essere rigettato anche il terzo motivo del ricorso (paragrafo 18) e, dall'altra, ritenuto di rimettere il punto controverso sopra descritto, rilevando che la sua definizione dovrebbe essere ritenuta preliminare, ai fini della decisione del punto controverso di cui al paragrafo 10, e cioè di quello riguardante i problemi relativi alla notifica del ricorso introduttivo).

4. Risulta, pertanto, palese che la Sezione ha, con certezza, rimesso a questa Adunanza la questione riguardante la necessità, o meno, della notificazione del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado a tutte le amministrazioni che hanno proceduto alla gara in forma aggregata, anche se ha ritenuto di evidenziare che il suo esame dovrebbe essere subordinato a quello del terzo motivo del ricorso incidentale. Ciò in quanto, presumibilmente, ha ritenuto che l'esame dei motivi del ricorso incidentale avrebbe in ogni caso dovuto precedere l'esame delle questioni concernenti il ricorso principale.

5. L'Adunanza osserva che alla stessa compete esaminare le questioni rimesse dalla III Sezione, ma che essa non è vincolata all'ordine di esame suggerito dall'ordinanza di rimessione, spettando alla stessa Adunanza plenaria stabilire l'esatto ordine di soluzione delle questioni.

Nel caso di specie non può essere seguito l'ordine suggerito dalla Sezione rimettente: se è vero infatti che, normalmente, il ricorso incidentale escludente deve essere esaminato prima del ricorso principale, è altresì vero che una regola del genere non può valere per la (diversa) questione della corretta notificazione del ricorso principale.

Dalla soluzione di tale problema dipende, infatti, la corretta costituzione del rapporto giuridico processuale, ed è palese che, in mancanza di essa, non può nemmeno passarsi all'esame del ricorso incidentale, che, appunto, suppone la regolare instaurazione del giudizio.

Il quesito di cui al punto 10 dovrà quindi, essere esaminato prima delle ulteriori questioni rimesse con il paragrafo 10 dell'ordinanza; e ciò anche se la Sezione rimettente ha ritenuto, con pronuncia avente natura e valore di sentenza, di esaminare e di definire con una statuizione di rigetto alcuni dei motivi spiegati con il predetto ricorso incidentale.

6. Con riferimento al primo quesito prospettato con l'ordinanza di rimessione, concernente la necessità, o meno, in caso di procedura di aggiudicazione in forma aggregata, di provvedere alla notificazione del ricorso introduttivo del giudizio non solo al soggetto capofila che ha curato la procedura e che ha adottato il provvedimento (o i provvedimenti) impugnati ma anche a tutti i soggetti che aderiscono alla procedura di aggiudicazione in forma aggregata, il Collegio osserva che appare preferibile quell'orientamento giurisprudenziale del giudice di appello (Cons. Stato, Sez. III, 13 settembre 2013 n. 4541; Sez. V, 6 luglio 2012 n. 3966; Sez. V, 15 marzo 2010 n. 1500) che ritiene sufficiente la notifica alla sola amministrazione capofila, che abbia curato la procedura concorsuale attraverso l'emanazione del bando, la costituzione della Commissione giudicatrice l'adozione degli atti di gara e l'emanazione del provvedimento di aggiudicazione.

A tale esito appare, infatti, necessario pervenire considerando il rilievo decisivo, ai fini della soluzione del quesito, dell'art. 41 c.p.a., che identifica l'amministrazione cui deve essere notificato il ricorso introduttivo del giudizio esclusivamente in quella che ha emesso l'atto impugnato.

In virtù della disposizione di cui all'art. 41 c.p.a., ai fini della corretta instaurazione del contraddittorio appare necessaria e sufficiente la notificazione dell'atto

introduttivo esclusivamente all'amministrazione che ha emanato il provvedimento impugnato.

In altri termini, la disposizione di cui all'art. 41 c.p.a., nell'enunciare la regola generale sopra ricordata, positivamente esclude che l'atto introduttivo del giudizio debba essere notificato anche ad amministrazioni od enti che a diverso titolo abbiano avuto modo di partecipare al procedimento.

Corollario di tale regola - come è stato esattamente affermato (Cons. Stato, sez. V, nr. 3966/2012, cit.) – è che solo quando l'atto finale sia imputabile a più amministrazioni, come accade per gli atti di concerto (Cons. Stato, nr.183 del 2006) o come può verificarsi per gli accordi di programma (Cons. Stato, IV, nr. 3403 del 2006), la legittimazione passiva riguarda tutte le amministrazioni interessate.

Per converso, le partecipazioni al procedimento giuridicamente qualificate (come quelle concernenti il potere di iniziativa o di proposta, la partecipazione all'intesa che abbia preceduto l'adozione del provvedimento finale, ovvero gli atti preparatori) non sono idonee ad estendere la veste di parte necessaria a soggetti diversi dall'autorità emanante. A tal fine, infatti, sarebbe necessaria una formale imputazione del provvedimento finale ad una pluralità di amministrazioni (Cons. Stato, V, nr. 3966/2012 cit.). Una diversa soluzione, volta ad estendere la legittimazione processuale a soggetti diversi dall'autorità che ha emanato l'atto, si risolverebbe in una oggettiva violazione della norma che presidia la legittima costituzione del rapporto giuridico processuale.

Nei casi sopra ricordati, d'altra parte, si è di fronte ad una unica amministrazione (capofila) che gestisce la procedura e che di essa è responsabile, sicché soltanto ad essa sono imputabili gli atti ed i provvedimenti della medesima, divenendo così l'amministrazione cui notificare il ricorso giurisdizionale per l'instaurazione del giudizio (Cons. Stato, V, nr. 1500 del 2010); tutto ciò mentre le altre

amministrazioni, eventualmente interessate alla procedura, sono tuttavia sfornite di *os ad loquendum* sulle vicende della gara.

Deve, infine, essere rilevato che alla prospettazione sopra esposta non può essere opposta la disciplina di cui all'art. 81 c.p.c., pacificamente applicabile al processo amministrativo, secondo cui fuori dai casi previsti dalla legge, nessuno può far valere in nome proprio un diritto altrui. Nelle fattispecie sopra ricordate, infatti, l'amministrazione capofila è chiamata a far valere e tutelare una situazione giuridica soggettiva propria (quella derivante dall'essere l'amministrazione che ha posto in essere il procedimento ed emanato il provvedimento di aggiudicazione). Non si verifica pertanto alcuna forma di sostituzione processuale, con la legittimazione straordinaria che a questa è connessa, mentre l'eventuale rilevanza degli esiti della aggiudicazione nei confronti del soggetto in unione di acquisto con l'amministrazione precedente, ha luogo in forza dei rapporti interni fra le due amministrazioni, privi, per le ragioni già esposte, di rilevanza processuale.

6. Si deve dunque affermare il principio di diritto per cui, *ai sensi dell'art. 41 comma 2, c.p.a., in caso di impugnazione di una gara di appalto svolta in forma aggregata da un soggetto per conto e nell'interesse anche di altri enti, il ricorso deve essere notificato esclusivamente « ... alla pubblica amministrazione che ha emesso l'atto impugnato ...».*

7. Alla stregua delle considerazioni sopra esposte si evidenzia che, di conseguenza, la mancata evocazione in giudizio dei beneficiari del contratto non comporta la declaratoria di inammissibilità del ricorso di primo grado.

Deve così, concludersi per la fondatezza del primo motivo dell'impugnazione proposta dalla dall'ATI Smartest s.r.l. .

Nel caso in esame, infatti, come esattamente rilevato dall'appellante, la procedura aperta per l'affidamento del servizio di custodia e digitalizzazione delle cartelle cliniche dell'Azienda ospedaliera regionale San Carlo di Potenza e dell'Azienda sanitaria di Potenza è stata indetta dal Direttore generale dell'Azienda Ospedaliera

San Carlo; con provvedimento della medesima autorità è stato costituito il seggio di gara e nominata la commissione esaminatrice; con decreti della medesima Autorità è stata disposta sia l'aggiudicazione provvisoria che quella definitiva, sicché l'unica amministrazione legittimata a contraddire rispetto al ricorso della Società deve essere identificata nella medesima Azienda ospedaliera San Carlo.

Non può condurre, infine, ad un diverso avviso l'affermazione della parte appellata, formulata in memoria, secondo la quale l'Azienda ospedaliera San Carlo avrebbe richiesto la designazione di due esperti, quali componenti della Commissione giudicatrice, e che i relativi nominativi sarebbero stati comunicati dall'ASP di Potenza alla medesima Azienda ospedaliera San Carlo. Tale circostanza, infatti, non incide in alcun modo sul fatto decisivo che la Commissione giudicatrice ha operato esclusivamente quale organo straordinario dell'amministrazione procedente, e cioè dell'Azienda ospedaliera San Carlo.

Nei limiti di cui sopra, il primo motivo dell'appello principale deve, sul punto, essere accolto e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, il ricorso di primo grado deve essere dichiarato ammissibile.

8. Quanto alle ulteriori questioni prospettate con l'ordinanza, l'Adunanza ritiene opportuno che, ai sensi dell'art. 99 c.p.a., comma 1 ultimo periodo, la controversia sia restituita alla III Sezione, perché la stessa meglio chiarisca, ove ritenga di rimettere nuovamente gli atti a questa Adunanza, il contenuto e la portata delle questioni rimesse.

In particolare:

a) nell'ordinanza si afferma che (paragrafo 18) il "motivo incidentale in esame" (e cioè il terzo) deve essere rigettato; tuttavia, nel successivo punto 19 si evidenzia che il "predetto punto di diritto" (e quindi quello in precedenza trattato al paragrafo 18) è controverso in giurisprudenza. Il punto trova ulteriore esplicazione al paragrafo 20, e lo stesso viene poi, conclusivamente, deferito all'Adunanza

plenaria, ai sensi dell'art. 99, co. 3, c.p.a. e cioè per la non condivisione del principio espresso dalla medesima Adunanza.

Ciò premesso, appare innanzitutto necessario che la Sezione chiarisca se, con l'ordinanza, si sia inteso effettivamente rigettare il terzo motivo di ricorso di primo grado (come sembrerebbe dal tenore letterale del provvedimento) rimettendo, di conseguenza, inammissibilmente, all'Adunanza una questione di diritto, la cui soluzione appare destinata a non operare sul caso concreto, ovvero se si sia, invece, inteso esprimere, con i paragrafi 19 e 20, il punto di vista della Sezione, rimettendo all'Adunanza la pronuncia sul terzo motivo del ricorso incidentale;

b) la Sezione dovrà altresì, meglio specificare la questione prospettata con il paragrafo 20 in relazione alla censura cui esso pare riferirsi, anche comunque formulando in modo puntuale il quesito sottoposto a questa Adunanza. Si osserva, infatti, che con la terza censura del ricorso incidentale era stata sostanzialmente dedotto che illegittimamente si sarebbe proceduto alla costituzione di una ATI verticale, mentre l'ordinanza sembra limitarsi a definire l'ATI in questione come orizzontale, diffondendosi poi sulla questione riguardante la corrispondenza - ritenuta non necessaria dall'ordinanza- tra requisiti di qualificazione e requisiti di esecuzione;

c) in ogni caso, la Sezione dovrà, comunque, preventivamente provvedere ad acquisire copia degli eventuali contratti di avvalimento sottoscritti tra i soggetti facenti parte del raggruppamento appellante principale.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), non definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto:

accoglie il primo motivo dell'appello principale e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, dichiara ammissibile il ricorso di primo grado dell'ATI Smartest s.r.l. .

Rimette la causa alla III Sezione del Consiglio di Stato perché la stessa possa fornire, ove ritenga di dovere nuovamente rinviare la controversia, i chiarimenti di cui in motivazione ed acquisire la documentazione ivi indicata.

Riserva al definitivo ogni statuizione sulle spese di lite.

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

Così deciso in Roma nelle camere di consiglio del 13 dicembre 2017 e del 9 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Filippo Patroni Griffi, Presidente

Franco Frattini, Presidente

Giuseppe Severini, Presidente

Luigi Maruotti, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Taormina, Consigliere

Bernhard Lageder, Consigliere

Umberto Realfonzo, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

IL PRESIDENTE

Alessandro Pajno

L'ESTENSORE
Umberto Realfonzo

IL SEGRETARIO