



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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3045 del 2012, proposto da:
Mauden S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'Avv. Fabio Andrea Bifulco, dall'Avv. Stefania Viola e dall'Avv. Andrea Manzi, con elezione di domicilio presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

contro

Consip Sp.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'Avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Principessa Clotilde, 2; Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;

nei confronti di

Fujitsu Technology Solutions S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese da essa costituendo con la Terasystem S.p.a.; Esprinet S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e quale mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese da essa costituendo con la T.T. Tecnosistemi S.p.a. e Converge S.p.a.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per il Lazio, Roma, Sez. III, n. 2169 dd. 2 marzo 2012, resa tra le parti e concernente esclusione dalla gara per l'attivazione di un accordo quadro per la fornitura di *storage* di fascia alta e dei servizi connessi, nonché concernente l'aggiudicazione della gara medesima e atti consequenziali.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consip Spa;

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 11 dicembre 2012 il Cons. Fulvio Rocco e uditi per l'appellante Mauden S.p.a. l'Avv. Fabio Andrea Bifulco nonché l'Avv. Andrea Manzi, e per l'appellata Consip S.p.a. l'Avv. Angelo Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.1. Con bando pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea* in data 24 dicembre 2009 e sulla *Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana* in data 28 dicembre 2009, la Consip S.p.a. ha indetto una gara di appalto, mediante procedura aperta, suddivisa in due lotti, per la stipula di un accordo-quadro ex art. 59 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 con più operatori economici avente ad oggetto la fornitura di *storage* di fascia alta per conto di varie amministrazioni pubbliche e per un importo stimato di 4 e 3 milioni di Euro, rispettivamente per i lotti n. 1 e n. 2.

Va opportunamente chiarito che in ambito informatico il termine *storage* correntemente identifica i dispositivi *hardware*, i supporti per la memorizzazione, le infrastrutture, nonché i *software* dedicati alla memorizzazione non volatile di grandi quantità di informazioni in formato elettronico.

L'attuale appellante, Mauden S.p.a., ha partecipato a tale gara.

Dopo una fase di richiesta di documenti da parte di Consip, a' sensi dell'art. 48 del D.L.vo 163 del 2006, in data 26 febbraio 2010 e del 17 marzo 2010 al fine della comprova del possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, Mauden è stata esclusa dal procedimento di scelta del contraente mediante nota dd. 7 aprile 2010 per difetto del requisito di capacità tecnica, non essendo stato comprovato il possesso, da parte della società ausiliaria Hitachi Data System Italia S.r.l., della quale la medesima Mauden aveva chiesto di avvalersi, della certificazione UNI EN ISO 9001 contemplata dal punto III.2.3 del bando di gara e relativa alla gestione per la qualità dei processi di produzione di apparecchiature *storage*.

1.2. Mauden ha quindi proposto sub R.G. 4954 del 2010 ricorso innanzi al T.A.R. per il Lazio avverso tale provvedimento di esclusione e il bando di gara nelle parti ritenute lesive, deducendo al riguardo una serie di censure, così riassumibili:

- 1) Eccesso di potere per contraddittorietà, difetto e travisamento dei presupposti, difetto e carenza di motivazione, difetto di istruttoria, violazione e falsa applicazione degli artt. 3 e 10 della L. 7 agosto 1990 n. 241, nonché manifesta ingiustizia;
- 2) Violazione e falsa applicazione del capitolato d'oneri e del principio della massima partecipazione alle gare; manifesta illogicità e ingiustizia nonché violazione del principio di aggravamento del procedimento;
- 3) Violazione e falsa applicazione dell'art. 48, comma 3, della direttiva 2004/18/CE, eccesso di potere per difetto e travisamento dei presupposti, nonché manifesta illogicità;
- 4) Eccesso di potere per manifesta ingiustizia e illogicità; violazione e falsa applicazione dei principi di irrogazione delle sanzioni amministrative ex L. 24 novembre 1981 n. 689; difetto e travisamento dei presupposti;
- 5) Violazione e falsa applicazione dell'art. 48, comma 2, lett. I, della direttiva 2004/18/CE e dell'art. 42, comma 1, lett. m) e comma 3 del d.L.vo 163 del 2006; violazione e falsa applicazione dei principi di logicità, continenza, concorrenza e ragionevolezza; violazione del divieto di aggravamento del procedimento; eccesso di potere per illogicità; difetto di motivazione;

1.2. Nel giudizio di primo grado si è costituita Consip, concludendo per la reiezione del ricorso.

1.3. Dopo l'adozione da parte di Consip del provvedimento di escussione delle cauzioni provvisorie prodotte in gara da Mauden, quest'ultima ha proposto al riguardo motivi aggiunti di ricorso.

A questo proposito si è costituita in giudizio l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, concludendo per la reiezione sul punto delle censure proposte da Mauden.

Con ordinanza n. 2585 dd. 17 giugno 2010 la Sezione III dell'adito T.A.R. ha respinto la domanda di sospensione cautelare degli atti impugnati proposta da Mauden.

L'ordinanza stessa, appellata da Mauden, è stata peraltro riformata dalla Sez. VI del Consiglio di Stato con propria ordinanza n. 3769 dd. 30 luglio 2010, emessa sub R.G. 5928 del 2010, limitatamente alla disposta escussione delle cauzioni provvisorie e alla segnalazione all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

1.4. Mauden, a questo punto, ha proposto ulteriori motivi aggiunti avverso il provvedimento con il quale Consip ha segnalato all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture al fine dell'applicazione della sanzione della sospensione dalle procedure di affidamento da uno a dodici mesi nei confronti della medesima Mauden.

La ricorrente in primo grado ha quindi dedotto al riguardo:

1) Violazione e falsa applicazione del D.L.vo 163 del 2006; eccesso di potere per difetto e travisamento dei presupposti; manifesta illogicità e ingiustizia;

2) Violazione e falsa applicazione del D.L.vo 163 del 2006 sotto diverso profilo; eccesso di potere per difetto e travisamento dei presupposti, nonché manifesta ingiustizia.

1.5. Con ordinanza collegiale n. 6266 dd. 12 luglio 2011 la Sez. III dell'adito T.A.R. ha chiesto a Consip documentati ragguagli circa lo stato a quel tempo della procedura di conclusione dell'accordo quadro in questione e se fossero stati al riguardo adottati e comunicati a Mauden dalla Commissione di gara e da Consip i provvedimenti di aggiudicazione e l'atto di stipula dell'accordo quadro stesso.

1.6. In esito al deposito dei chiarimenti presso la Segreteria della Sezione III del T.A.R. per il Lazio, comprendenti anche il provvedimento di aggiudicazione dell'accordo-quadro, Mauden ha impugnato anche quest'ultimo atto con ulteriori motivi aggiunti, richiamanti in via derivata le censure già per l'innanzi dedotte.

1.7. Con sentenza n. 2169 dd. 2 marzo 2012 la Sezione III dell'adito T.A.R. ha respinto il ricorso proposto da Mauden.

Più esattamente, il giudice di primo grado ha:

1) respinto il secondo motivo del ricorso di primo grado, sul presupposto che, all'interno della *lex* di gara non sarebbero configurabili aporie o disposizioni fra loro contrastanti;

2) respinto il quinto motivo del ricorso, atteso che la scelta discrezionale della stazione appaltante di prescrivere il requisito della certificazione di qualità, altresì per il processo di produzione, non risulterebbe in contrasto con le disposizioni comunitarie;

3) respinto il primo ed il terzo motivo del ricorso, stante la ritenuta chiarezza della formulazione della disciplina di gara e in esito del chiarimento n. 2, reso da Consip nel corso della procedura selettiva, nonché in relazione alla circostanza che l'ordinamento non consentirebbe di avvalersi di un soggetto che a sua volta fa riferimento ai requisiti di altra società collegata;

4) respinto il quarto motivo del ricorso, sul presupposto che l'incameramento della cauzione provvisoria e la segnalazione dell'esclusione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, si porrebbero quale conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, senza che alla stazione appaltante sia rimessa alcuna valutazione discrezionale sul punto;

5) ha respinto il sesto ed il settimo motivo di ricorso, e ciò nel presupposto che la previsione di cui all'art. 48 del D.L.vo 163 del 2006 e i provvedimenti sanzionatori ivi contemplati troverebbero applicazione, anche a' sensi dei paragrafi 5.5. e 5.6 della *lex specialis* di gara, anche nei confronti della procedura di gara in questione.

2.1. Con l'appello in epigrafe Mauden chiede la riforma di tale sentenza, deducendo i seguenti motivi di impugnazione.

1) Errore nel giudizio circa la circostanza che all'interno della *lex* di gara non sarebbero configurabili nella specie aporie o disposizioni fra loro contrastanti, oltreché sulla natura di

immediata esclusione della clausola di cui al punto III.2.3. del bando di gara;

2) Errore nel giudizio circa la ritenuta logicità e ragionevolezza della previsione di cui al punto III.2.3 del bando di gara;

3) Errore nel giudizio circa la ritenuta logicità e ragionevolezza del provvedimento di esclusione impugnato in primo grado;

4) Errore nell'interpretazione della *lex specialis* di gara circa il preteso obbligo di utilizzo dell'istituto dell'avvalimento;

5) Errore circa la sussistenza dei presupposti per l'irrogazione nei riguardi di Mauden dei provvedimenti sanzionatori da essa impugnati in primo grado;

6) Inapplicabilità delle sanzioni di cui all'art. 48 del D.L.vo 163 del 2006 alle procedure di accordo-quadro ed illegittimità del provvedimento di segnalazione all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

2.2. Si è costituita in giudizio Consip, replicando puntualmente alle censure avversarie e concludendo per la reiezione dell'appello.

3. Alla pubblica udienza dell'11 dicembre 2012 la causa è stata trattenuta per la decisione.

4.1. Tutto ciò premesso, l'appello in epigrafe va respinto, per quanto qui appresso specificato.

4.2. Il giudice di primo grado ha innanzitutto respinto le censure dedotte da Mauden in ordine all'asserita ambiguità delle disposizioni del bando e del capitolato relative al requisito del certificato di qualità, con la conseguentemente asserita violazione dell'art. 48 della direttiva 2004/18/CE e dell'art. 42, comma 1, lett. m) e comma 3 del D.L.vo 163 del 2006, in base alla quali nei casi di fornitura di prodotti, le garanzie di qualità devono essere richieste con riguardo ai prodotti medesimi e non al fornitore partecipante all'appalto.

Il T.A.R. ha al riguardo correttamente evidenziato, per la parte riguardante i requisiti di ammissione di capacità tecnica, che il punto III.2.3 del bando di gara disponeva espressamente che il concorrente, “*a pena di esclusione*”, avrebbe dovuto possedere la “*certificazione*” attestante “*l'ottemperanza alle norme in materia di qualità UNI EN ISO 9001 relative alla gestione per la qualità dei processi di produzione, vendita e assistenza, di apparecchiature storage*”.

Correlativamente, il § 2.3. del Capitolato d'Oneri disponeva che “*ai fini dell'ammissione alla gara il concorrente dovrà dichiarare il possesso dei requisiti prescritti dal Bando di gara, e segnatamente*”, tra gli altri, “*i requisiti relativi alla capacità tecnica richiesti al punto III.2.3 del Bando*” medesimo.

Anche nello schema di “*dichiarazione necessaria per l'ammissione alla gara*” (all. n. 1 al Capitolato) ulteriormente si ribadisce che la certificazione di qualità doveva avere ad oggetto tutti processi, della produzione, della vendita e dell'assistenza.

Questo giudice, a sua volta, non può che prendere atto di tali consonanti circostanze, ed esclude quindi a sua volta che nella *lex specialis* di gara la presenza di aporie o disposizioni tra di loro confliggenti, risultando semmai chiaramente ed univocamente esplicitato nel bando, nel capitolato e nei relativi allegati che la certificazione di qualità era richiesta, a pena di esclusione, per i processi di produzione, di vendita e di assistenza.

Va anche evidenziato che è senz'altro logica e proporzionata la richiesta da parte della *lex specialis* di gara del certificato di qualità relativa alla fase di produzione, poiché ciò all'evidenza assicura maggiori garanzie sulla qualità dei prodotti oggetto di fornitura e responsabilizza in via diretta le imprese produttrici anche in caso di avvalimento.

Neppure la lettura della lettera c) del medesimo § 2.3 del capitolato - in forza del quale “*relativamente alla capacità tecnica, il requisito di cui alla lett. a) del punto III 2.3) del bando di gara, dovrà essere posseduto dall'impresa/e dell'RTI/Consorzio che svolgerà/svolgeranno le*

attività oggetto della certificazione (produzione e/o vendita e/o assistenza di apparecchiature di storage” – consente, a ben vedere, una conclusione diversa, posto che con tale precisazione l’Amministrazione - diversamente da quanto affermato da Mauden - non ha contraddetto affatto le precedenti disposizioni della *lex specialis*, ma ha inteso consentire la frazionabilità del requisito di cui trattasi tra le varie imprese raggruppate o consorziate.

Tale disciplina non è per certo applicabile anche a Mauden, in quanto essa partecipava alla gara in questione come impresa singola, dovendo pertanto - in dipendenza di tale sua connotazione - possedere la certificazione di qualità sia per la produzione che per la vendita ed assistenza di apparecchiature *storage*, ferma ovviamente restando in difetto di ciò la propria facoltà di avvalersi a’ sensi dell’art. 49 del D.L.vo 163 del 2006 di altra impresa in possesso della certificazione anzidetta.

Va anche opportunamente evidenziato che nello schema di dichiarazione allegato sub I al capitolato ulteriormente si ribadisce che la certificazione di qualità avrebbe dovuto avere ad oggetto tutti i processi, della produzione, della vendita e dell’assistenza e che con il chiarimento n. 2 inviato da Consip a tutti i concorrenti, la stazione appaltante ha inequivocabilmente ribadito che ogni partecipante alla gara avrebbe dovuto possedere, anche mediante il ricorso all’avvalimento, il certificato di qualità “*per la gestione del processo di produzione vendita ed assistenza*”.

Né va sottaciuto che la stessa Mauden, in sede di domanda di partecipazione alla gara, ha espressamente dichiarato di ricorrere all’istituto dell’avvalimento anche ai fini del possesso del certificato di qualità relativo alla produzione, dimostrando con ciò di aver ben inteso la lettera ed il contenuto precettivo della *lex specialis*.

In dipendenza di tutto ciò, risulta pertanto infondata la tesi di Mauden secondo la quale risulterebbe nella specie praticabile un’altra interpretazione e che pertanto l’Amministrazione avrebbe dovuto applicare il principio del “*favor participationis*” e “*della prevalenza della sostanza sulla forma*”, non configurandosi al riguardo, nel caso di specie, limitazioni di partecipazione al procedimento di scelta del contraente che non potessero essere superate mediante gli istituti del raggruppamento temporaneo di imprese e dell’avvalimento: ossia, in buona sostanza, la *lex specialis* consentiva la partecipazione alla gara delle imprese produttrici e non solo dei rivenditori di prodotti altrui, ben potendo questi ultimi soddisfare il requisito mancante mediante avvalimento.

4.3. Va a questo punto evidenziato che Mauden ha chiesto in via subordinata al giudice di primo grado l’annullamento del punto II 2.3 del bando nella parte in cui era contemplato a pena di esclusione dalla gara il possesso delle certificazioni di qualità riferito al settore di produzione.

Consip ha eccepito innanzi allo stesso giudice l’irricevibilità e l’inammissibilità di tale motivo, stante la sua inerenza ad una clausola comportante l’immediata esclusione del concorrente dalla gara (cfr. sul punto, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 20 aprile 2012 n. 2339): ma il T.A.R., per parte propria, pur disaminando ampiamente gli anzidetti profili di irricevibilità e di inammissibilità ed esprimendosi in senso complessivamente favorevole circa la fondatezza delle eccezioni proposte da Consip, da ultimo ha reputato di prescindere dalle stesse, stante l’infondatezza del motivo medesimo.

A sua volta, anche questo giudice ritiene conveniente organizzare nel medesimo modo l’economia del presente giudizio, affrontando direttamente il merito della questione.

L’art. 48, comma 2, lett. j), della direttiva 2004/18/CE dispone nel senso che le capacità tecniche e professionali degli operatori economici sono valutate “*per i prodotti da fornire*”, mediante, tra l’altro, “*ii) certificati rilasciati da istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo della qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità di prodotti ben individuati mediante riferimenti a determinate specifiche o norme*”.

Analoga disposizione è stata quindi introdotta nell’art. 42 comma 1 lett. m) del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163.

Nondimeno, a' sensi dell'art. 49 della stessa direttiva 2004/18/CE e dell'art. 43 del D.L.vo 163 del 2006 le stazioni appaltanti possono sempre chiedere la “*presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità*”; e, nella specie, Consip, sulla base di una scelta discrezionale che non appare illogica o irragionevole, ha ritenuto di dover chiedere, a maggior garanzia dell'interesse pubblico alla fornitura di prodotti di qualità, il possesso da parte dei concorrenti delle certificazioni di qualità afferenti alla produzione di apparecchiature di *storage*, e non solo quelle riferite alla commercializzazione e alla manutenzione delle apparecchiature medesime.

La scelta stessa – come rettamente affermato dal giudice di primo grado – si fonda su di una precisa volontà di Consip finalizzata a coinvolgere e responsabilizzare direttamente nel rapporto con l'amministrazione destinataria della fornitura le imprese produttrici delle apparecchiature richieste, e ciò – se non altro – nel ruolo del soggetto ausiliario del concorrente alla gara.(almeno nella forma dell'impresa ausiliaria) gli stessi produttori delle apparecchiature richieste.

A tale riguardo non va inoltre sottaciuta la particolare complessità tecnologica delle apparecchiature richieste in fornitura e soprattutto la possibilità accordata dalla *lex specialis*, di comprovare il possesso del requisito stesso anche da parte di una sola delle imprese riunite in raggruppamento temporaneo, oppure mediante avvalimento dell'impresa produttrice; e, sempre in tal senso, neppure va obliterata la circostanza che l'art. 2.5. del Capitolato d'oneri contempla la facoltà per il concorrente di avvalersi di più imprese ausiliarie al fine di soddisfare il medesimo requisito.

Opportunamente il giudice di primo grado ha anche rimarcato, al fine di evidenziare la ragionevolezza della scelta operata al riguardo dalla *lex specialis*, la maggiore concorrenzialità assicurata dalla clausola stessa mediante l'offerta di una più vasta gamma di prodotti, essendo con ciò incentivata la presentazione di offerte di più tipologie di apparecchiature prodotte da industrie diverse, e senza dunque che la relativa clausola possa configurarsi come illogica, vessatoria, restrittiva della concorrenza ovvero sproporzionata rispetto al fine con essa perseguito: e – semmai – denota a sua volta questo stesso giudice, sotto tale particolare profilo la scelta della stazione appaltante assicurava al riguardo quello stesso criterio del *favor participationis* che Mauden reputa, del tutto infondatamente, violato.

Nel presente grado di giudizio Mauden affronta a sua volta la questione anche sotto un profilo ulteriore rispetto a quelli da essa svolti innanzi al T.A.R., rilevando che in precedenti bandi per forniture Consip non avrebbe contemplato quale requisito per la partecipazione alla gara la certificazione di qualità relativa alla fase di produzione: circostanza, questa, che – anche a prescindere dalla sua sostanziale riconducibilità a censura non dedotta nel precedente grado di giudizio e, quindi, *ex se* inammissibile – risulta del tutto irrilevante e non può sotto alcun profilo, determinare l' 'illegittimità del bando di cui trattasi, essendo assodato che la stazione appaltante è titolare della più ampia discrezionalità nel disciplinare specificatamente la singola procedura di gara, non essendo in alcun modo vincolata da altri bandi precedenti o addirittura coevi.

Mauden, inoltre, altrettanto infondatamente insiste - nonostante tutto quanto dianzi rilevato – nell'affermare che la gara fosse riservata esclusivamente ai rivenditori delle apparecchiature, eludendo con ciò la circostanza che al procedimento di scelta del contraente potevano partecipare nella specie anche le imprese produttrici (con la conseguente e del tutto logica necessità per la stazione appaltante di pretendere il requisito della certificazione di qualità avente ad oggetto il processo produttivo del prodotto), nonché i rivenditori dei prodotti altrui, come - per l'appunto - la stessa Mauden: e, come si è visto innanzi, per quest'ultima evenienza altrettanto legittimamente Consip ha consentito ai rivenditori medesimi di avvalersi della certificazione di qualità dei produttori in modo da consentirne il coinvolgimento e la responsabilizzazione quali soggetti ausiliari del concorrente, a' sensi dell'art. 49 del D.L.vo 163 del 2006 e successive modifiche, anche – e sempre per quanto evidenziato sopra – con l'effetto di rendere possibile, coerentemente al soddisfacimento del pubblico interesse, l'offerta di una più vasta gamma di prodotti.

Sotto quest'ultimo aspetto non può pertanto essere condivisa la tesi di Mauden secondo la quale

l'introduzione dell'ulteriore requisito del possesso della certificazione di qualità del produttore deporrebbe – per contro – nel senso della restrizione della platea dei potenziali partecipanti alla gara: e ciò in quanto nell'eventualità in cui tale requisito non fosse stato contemplato dalla *lex specialis*, più rivenditori avrebbero potuto offrire lo stesso prodotto, in ipotesi quello di minor pregio, con conseguente compromissione al preminente interesse pubblico correlato alla possibilità di scegliere tra una più vasta gamma di prodotti.

4.4. Mauden ha pure introdotto nel presente grado di giudizio un rilievo inerente l'ultimo periodo dell'art. 43 del D.L.vo 163 del 2006, recante una disposizione del tutto omologa a quella contenuta nell'art. 49 della direttiva 2004/18/CE e in forza della quale le stazioni appaltanti “*ammettono parimenti altre prove relative all'impiego di misure equivalenti di garanzia della qualità prodotte dagli operatori economici*”.

A parte il fatto che anche in questo caso tale rilievo potrebbe pure ricondursi a censura nuova formulata in sede d'appello e, perciò, *ex se* inammissibile, l'argomento di Mauden risulta comunque irrilevante non avendo essa comprovato in corso di gara l'impiego di misure equivalenti ma ha fatto ricorso all'avvalimento del requisito, peraltro – come si dirà appresso – in modo erroneo rispetto a quanto consentito dalla disciplina vigente.

4.5. Il Collegio deve ora farsi carico di affrontare le censure portanti del ricorso proposto in primo grado da Mauden e che la stessa appellante ha in buona sostanza riproposto nel presente grado di giudizio.

Va a tal fine precisato che Mauden, con particolare riguardo al requisito afferente la certificazione di qualità, ha dichiarato di “*avvalersi della Società Hitachi Data Systems Italia srl che è in possesso delle certificazioni ISO 9001 per i processi di produzione, vendita e assistenza di apparecchiature storage, in corso di validità*”, fornendo in allegato una dichiarazione dell'impresa ausiliaria attestante che i sottosistemi di *storage* Hitachi sono a loro conformi alla certificazione anzidetta “*in materia di qualità UNI EN ISO 9001 relativa alla gestione dei processi di produzione, vendita ed assistenza*”.

In esito al sorteggio contemplato dall'art. 48 del D.L.vo 163 del 2006 Consip con nota dd. 26 febbraio 2010 ha chiesto a Mauden, con particolare riguardo al requisito di cui al punto III 2.3. del bando, di produrre “*copia conforme all'originale della certificazione di qualità relativa alla gestione, per la qualità dei processi di produzione, vendita, assistenza di apparecchiature storage della società Hitachi Data System Italia S.r.l.*”.

Mauden non ha prodotto peraltro un certificato intestato a tale impresa già indicata quale ausiliaria, ma ha prodotto il certificato rilasciato dal soggetto certificatore ad altra società, ossia la Hitachi Computer Products (Europe) S.a.s., ossia a soggetto societario diverso e distinto dalla predetta Hitachi Data System Italia S.r.l.

Con nota dd. 17 marzo 2010 Consip ha ulteriormente chiesto a Mauden di comprovare che l'impresa ausiliaria fosse essa stessa titolare del certificato di qualità, come dichiarato in sede di presentazione dell'offerta.

A riscontro di tale richiesta Mauden si è limitata a produrre una dichiarazione del Vice Presidente della Hitachi Computer Products Europe S.a.s. attestante che la stessa “*fornisce e produce per il mercato europeo i sistemi storage venduti da Hitachi Data System*”, una certificazione di qualità della stessa Hitachi Data System Italia S.r.l., nonché documentazione dalla quale si ricaverebbe che Hitachi Data System Italia S.r.l., ossia la società ausiliaria, e Hitachi Computer Products Europe S.a.s. sono riconducibili al medesimo socio unico di controllo Hitachi Ltd.

Va sin d'ora evidenziato che la certificazione posseduta dall'impresa ausiliaria non attiene alla produzione di sistemi *storage*, ma alle sole attività di commercializzazione, installazione e manutenzione: con la conseguenza che Mauden non ha fornito la prova del requisito di idoneità tecnica contemplata dalla *lex specialis*.

Il giudice di primo grado ha inoltre affermato che il provvedimento di esclusione dalla gara è stato ampiamente e sufficientemente motivato da parte di Consip, anche con il riferimento ad un chiarimento reso in risposta ad apposito quesito in sede di gara e nel quale inequivocabilmente si specificava che “*al fine del soddisfacimento del requisito di capacità tecnica relativo al possesso di certificazione di qualità UNI EN ISO 9001 per la gestione del processo di produzione, vendita e assistenza di storage non è possibile, per il concorrente, produrre copia autenticata di una certificazione UNI EN ISO 9001 intestata ad un’impresa “terza” ovvero che non faccia parte del soggetto (impresa singola, RTI o Consorzio) che prende parte alla procedura o che non assuma il ruolo dell’impresa ausiliaria*”.

Da ciò dunque ben si evince che la stazione appaltante ha necessariamente escluso Mauden stante l’acclarata carenza di tale requisito, rimarcando inoltre che la certificazione rilasciata alla società “*madre*” produttrice non poteva ricondursi anche alla società “*figlia*” distributrice, e ciò a prescindere dalla prova del reale possesso delle capacità tecniche del soggetto ausiliario, “*così come previsto dalla lex specialis e meglio precisato in sede di chiarimenti resi sulla documentazione di gara*”.

Consip ha dunque valutato compiutamente la documentazione e i chiarimenti presentati da Mauden, e a fronte delle disposizioni contenute nella *lex specialis* non ha potuto che assumere la dovuta determinazione di esclusione della medesima Mauden dal procedimento di scelta del contraente.

Va anche soggiunto che mediante l’ulteriore richiesta di chiarimenti è emerso che neppure l’ulteriore certificazione prodotta - peraltro tardivamente - ed intestata all’impresa ausiliaria era idonea a comprovare il possesso del requisito e la dichiarazione resa in sede di gara, poiché - come a ragione rilevato nel provvedimento di esclusione impugnato in primo grado - “*non vi è alcun riferimento*” alla “*gestione per la qualità dei processi di produzione*” richiesta invece espressamente dal bando.

Nel giudizio di primo grado Mauden ha offerto una ricostruzione dei fatti di causa in una chiave diversa, secondo la quale Consip mediante la richiesta di chiarimenti avrebbe ritenuto sostanzialmente ammissibile che la certificazione di qualità afferente alla produzione di apparecchiature *storage* potesse essere posseduta da un soggetto diverso dall’impresa ausiliaria, ancorché legata a quest’ultima da rapporti cc.dd. di “*infragrappo*”.

Il T.A.R. ha respinto tale prospettazione, rilevando a sua volta che nella predetta nota dd. 17 marzo 2010 Consip aveva ben evidenziato la necessità, espressamente e indefettibilmente contemplata dalla *lex specialis* di gara, che il requisito fosse posseduto dal concorrente o dalla ditta ausiliaria e che, non evincendosi dalla documentazione prodotta il possesso della certificazione “*in capo alla ausiliaria Hitachi Data Sysem Italia S.r.l.*”, la circostanza contraria a tale risultanza documentale doveva essere supportata da idonea comprova: comprova che, per l’appunto, non è stata fornita, con conseguente legittimità della disposta esclusione dalla gara.

Al riguardo il giudice di primo grado ha altrettanto correttamente escluso che a tale mancata comprova possa ovviarsi con il richiamo all’anzidetto principio di massima partecipazione alle gare, posto che nel caso di specie l’esclusione è stata disposta in applicazione di ben precise e puntuali disposizioni della *lex specialis* di gara che la stessa Mauden “*non poteva ignorare o diversamente intendere*”, se non altro in presenza degli specifici chiarimenti che erano stati al riguardo forniti dalla stazione appaltante; e a tale riguardo questo giudice a sua volta denota che il principio medesimo assume comunque nell’ordinamento valenza meramente residuale (cfr. sul punto, ex plurimis, Cons. Stato, Sez. IV, 21 febbraio 2005 n. 548) e non può pertanto trovare applicazione qualora, come nel caso di specie, non sia stato comprovato un requisito di qualificazione, peraltro attestato in sede d’offerta e - per di più - richiesto espressamente a pena d’esclusione dal bando.

A tale riguardo il giudice di primo grado ha evidenziato che la *lex specialis* contemplava lo strumento dell’avvalimento, disciplinato dal capitolato d’oneri in conformità di quanto disposto dall’art. 49 del D.L.vo 163 del 2006 e che Mauden non solo non aveva impugnato *in parte qua* la

disciplina rilevante sul punto, ossia gli artt. 2.5. e 3.5.1.6. del Capitolato di gara, e che – anche e soprattutto – essa non aveva dichiarato in sede di domanda di partecipazione alla gara in questione e secondo le formalità, i tempi e le modalità prescritte al riguardo, di volersi avvalere per il possesso del requisito mancante, della società effettivamente in possesso del requisito medesimo.

Né lo stesso giudice ha sottaciuto che l'ordinamento di per sé prevede il collegamento societario quale presupposto eventuale per l'avvalimento da parte di un concorrente dei requisiti posseduti da un altro soggetto, e che in tale evenienza l'art. 49 del D.L.vo 163 del 2006 consente per l'appunto di comprovare il vincolo giuridico fra i due soggetti mediante una dichiarazione di appartenenza al gruppo societario, dispensando l'ausiliata dalla produzione di un apposito contratto di avvalimento; in tale evenienza, quindi, il collegamento societario non si cumula con l'istituto dell'avvalimento, ma ne rappresenta un possibile fattore genetico e giustificativo idoneo a dimostrare, sul piano sostanziale, una comunanza di interessi fra i due soggetti interessati al prestito dei requisiti.

E, se così è, l'ordinamento non consente di avvalersi di un soggetto che a sua volta utilizza i requisiti di un altro soggetto, sia pure ad esso collegato, posto che in tal modo verrebbe si realizzerebbe una fattispecie di avvalimento, per così dire, “*a cascata*”, non ricavabile come consentita dal predetto art. 49.

Va soggiunto che – sempre come correttamente ha affermato il giudice di primo grado - la deroga al principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara è strettamente collegata alla possibilità di avere un rapporto diretto ed immediato con l'impresa ausiliaria, dalla quale l'impresa ausiliata è legata in virtù della dichiarazione di responsabilità resa dalla prima e - eventualmente -dalla stipulazione di un contratto, dal cui discende una responsabilità solidale delle due imprese in relazione all'intera prestazione dedotta nel contratto da aggiudicare: e l'innesto di un ulteriore passaggio tra l'impresa che partecipa alla gara e l'impresa che possiede i requisiti infrangerebbe per certo questo ineludibile vincolo di responsabilità che giustifica il ricorso all'istituto dell'avvalimento ed alla deroga del principio del possesso in proprio dei requisiti di gara.

Va anche evidenziato che l'insieme di tali argomenti è già stato condiviso dalla giurisprudenza.

In particolare, è già stato affermato che l'istituto dell'avvalimento risponde all'esigenza della massima partecipazione alle gare consentendo ai concorrenti, che siano privi dei requisiti richiesti dal bando, di concorrere ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, e che – nondimeno – l'istituto medesimo va letto in coerenza con la disciplina di fonte comunitaria, la quale è sicuramente deputata a favorire la massima concorrenza, ma come condizione di maggior garanzia e di sicura ed efficiente esecuzione degli appalti; e da ciò, pertanto, scaturisce la duplice conseguenza che la possibilità di ricorrere a soggetti ausiliari presuppone che i requisiti mancanti siano da questi integralmente e autonomamente posseduti, senza poter estendere teoricamente all'infinito la catena dei possibili sub-ausiliari e che va pertanto escluso dalla gara chi si avvale di impresa ausiliaria a sua volta priva del requisito richiesto dal bando nella misura sufficiente ad integrare il proprio requisito di qualificazione mancante (cfr. sul punto e tra le più recenti, ad es., Cons. Stato, Sez. III, 1 ottobre 2012 n. 5161).

Va anche evidenziato che, sempre secondo la giurisprudenza, il rapporto di partecipazione societaria, anche sotto forma di *holding* non è certamente idoneo a dimostrare che una delle imprese della *holding* medesima possa ipso facto disporre dei requisiti tecnici, organizzativi e finanziari di un'altra, e viceversa (cfr. sul punto, ad es., Cons. Stato, Sez. IV, 20 novembre 2008 n. 5742).

Sempre nel giudizio di primo grado Mauden si è pure richiamata alla notoriamente più essenziale disciplina dell'istituto dell'avvalimento, così come contemplata dalle fonti comunitarie (in particolare gli artt. 47 e 48 della direttiva 2004/18/CE e l'art. 54 della direttiva 2004/17/CE) e come intesa dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia CE, in ordine alla possibilità, per un concorrente ad una gara di appalto, di fare riferimento alle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con essi, per dimostrare il possesso dei requisiti tecnici di partecipazione, quando il concorrente stesso possa comprovare (come – secondo la prospettazione della medesima

Mauden - nella specie sarebbe accaduto, in presenza di società, quella ricorrente e ora appellante e quella in possesso della necessaria certificazione, appartenenti al medesimo gruppo e allo stesso socio unico di controllo) di disporre effettivamente dei mezzi di tali soggetti necessari all'esecuzione dell'appalto.

Sotto questo profilo, quindi, Mauden prospetta - anche nel presente grado di giudizio - una prevalenza del "*diritto vivente*" di fonte comunitaria rispetto a quello italiano, con la conseguenza che non dovrebbe - tra l'altro - applicarsi il testè descritto limite del numero delle imprese nell'avvalimento dei requisiti mancanti, soprattutto se tra loro collegate; in buona sostanza, il ragionamento di Mauden si risolve nel sostenere che un concorrente, ai fini della partecipazione alla gara, potrebbe avvalersi dei requisiti di altra società del gruppo senza alcuna formalità, posto che il dato sostanziale del possesso e della disponibilità, a livello di gruppo, dei requisiti prescritti per la partecipazione alla gara dovrebbe necessariamente prevalere su quello meramente formale dell'effettivo possesso dei requisiti medesimi da parte della sola partecipante.

Orbene, in disparte restando anche la pur assorbente notazione che nella specie il rapporto infragruppo non intercorre tra l'avvalente Mauden e l'impresa ausiliaria, ma tra quest'ultima e un'impresa terza, anche questa prospettazione dell'attuale appellante, prima ancora di essere valutata nella sua conferenza al caso di specie, va comunque respinta in quanto con la decisione della Corte di Giustizia CE, Sez. IV, 2 dicembre 1999, resa in C. 176/98 Holst Italia c. Comune di Cagliari è stato affermato - tra l'altro - che l'avvalimento di soggetti estranei alla gara è ammissibile a condizione che l'impresa avvalente sia in grado di provare di poter disporre effettivamente dei mezzi posseduti da soggetti terzi necessari, con la precisazione che la disciplina di fonte comunitaria non consente "*di presumere che il prestatore disponga dei mezzi di terzi basandosi sulla sola circostanza che esso fa parte di uno stesso gruppo di imprese*", e che risulta del tutto conforme al diritto comunitario la richiesta, da parte dello Stato membro o della stazione appaltante, di determinate modalità di comprova della disponibilità dei requisiti oggetto di avvalimento.

Deve dunque sul punto concludersi nel senso che se è ben vero che l'ordinamento comunitario consente agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, "*a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami con questi ultimi*" (cfr. art. 47 della direttiva 18/2004/CE,), da tale inciso - espressione tipica della libertà di forme concessa agli Stati membri per dare attuazione alle regole comunitarie - non può invero trarsi argomento per sostenere l'irrelevanza della disciplina di "*diritto vivente*" interno laddove, nell'attuazione dell'inciso medesimo, contempla in capo alle stazioni appaltanti l'obbligo di valutazione dell'effettività del possesso dei requisiti oggetto dell'avvalimento in capo al soggetto avvalso, da intendersi quindi nella sua inderogabile effettività (cfr. sul punto, *ex plurimis*, Cons. Stato, 3 luglio 2012 n. 3887) e, quindi, senza ulteriori "*rimandi*" a soggetti terzi, ancorchè dotati di collegamento societario con l'avvalso anzidetto.

4.6. Concludendo l'esame dell'appello in epigrafe, va evidenziato che Mauden ha impugnato in primo grado e in via gradata gli atti consequenziali con i quali Consip ha escusso la cauzione provvisoria prestata agli effetti della partecipazione alla gara e ha provveduto a segnalare l'esclusione all'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Più esattamente, Mauden ha contestato l'escussione della cauzione provvisoria per l'importo complessivo per i due lotti pari ad € 70.000,00.- , nonché la nota di comunicazione dell'esclusione inoltrata da Consip all'Autorità per i provvedimenti sanzionatori di competenza di quest'ultima a' sensi dell'art. 6, comma 11, del D.L.vo 163 del 2006, ivi compresa la sospensione da uno a dodici mesi dalla partecipazione alle procedure di affidamento.

Mauden ha in buona sostanza reiterato anche nel presente grado di giudizio le censure già da essa al riguardo svolte innanzi al T.A.R.

Mauden ha infatti dedotto innanzi al T.A.R. l'illegittimità degli atti anzidetti poiché, trattandosi di misure sanzionatorie, non si potrebbe prescindere per la punibilità da aspetti di imputabilità

sogettiva che, nel caso in questione, non sussisterebbero in dipendenza della sua buona fede, asseritamente attestata dal riferimento del requisito non a se stessa ma ad un'impresa ausiliaria sulla base di quanto evidenziato nell'accordo di avvalimento, dall'asseritamente ambigua formulazione della *lexspecialis* di gara, nonché dalla circostanza che la certificazione di qualità riferita alla produzione sembrava, da un punto di vista sostanziale, per più versi non necessaria, ovvero da riferirsi ai prodotti.

Il giudice di primo grado ha correttamente reputato di prescindere dalla valutazione delle circostanze del caso concreto al fine di riscontrare la sussistenza o meno di buona fede di Mauden e, quindi, di eventuali esimenti giustificative del comportamento tenuto dalla medesima nella fase di comprova dei requisiti dichiarati, affermando che a' sensi dell'art. 48 del D.L.vo 163 del 2006 l'incameramento della cauzione provvisoria è conseguenza del tutto automatica del provvedimento di esclusione dalla gara, come tale non suscettibile pertanto di alcuna valutazione discrezionale con riguardo ai singoli casi concreti e, in particolare, alle ragioni meramente formali ovvero sostanziali che l'Amministrazione ha ritenuto di porre a giustificazione dell'esclusione medesima.

Da ciò pertanto discende che, ai fini dell'applicazione della misura dell'incameramento della cauzione da parte della stazione appaltante risulta determinante e del tutto assorbente l'oggettiva circostanza dell'esclusione, e non già la sottostante ragione concreta che in particolare sia stata posta a suo fondamento (così, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 1 ottobre 2010 n. 7263), e che analoghe considerazioni devono essere svolte in riferimento alla segnalazione all'Autorità.

Il giudice di primo grado ha reputato in tal senso dirimente le notazioni contenute nell'ordinanza n. 211 dd. 13 luglio 2011 emessa dalla Corte Costituzionale in un giudizio avente segnatamente ad oggetto la legittimità costituzionale dell'art. 48 del D.L.vo 163 del 2006, nella quale è stato tra l'altro affermato che *“l'incameramento della cauzione provvisoria previsto dal citato art. 48, comma 1, quale automatica conseguenza del provvedimento di esclusione è, in primo luogo, coerente rispetto alla circostanza, posta in rilievo dalla giurisprudenza amministrativa, che essa “si profila come garanzia del rispetto dell'ampio patto d'integrità cui si vincola chi partecipa a gare pubbliche” (Cons. Stato, sez. V, 9 novembre 2010, n. 7963); in secondo luogo, è congruente rispetto alla funzione di garantire serietà ed affidabilità dell'offerta, sanzionando la violazione dell'obbligo di diligenza gravante sull'offerente, mediante l'anticipata liquidazione dei danni subiti dalla stazione appaltante, tenuto conto che l'operatore economico, con la domanda di partecipazione, sottoscrive e si impegna ad osservare le regole della relativa procedura, delle quali ha, dunque, contezza, e, conseguentemente, sotto questo profilo, le situazioni poste in comparazione dal rimettente non presentano elementi di apprezzabile diversità; in terzo luogo, costituisce una scelta del legislatore ordinario che, alla luce di siffatte considerazioni, non può essere giudicata frutto di un uso distorto ed arbitrario della discrezionalità allo stesso spettante e che, quindi, non contrasta in modo manifesto con il canone della ragionevolezza”*; e *“che, inoltre, i provvedimenti dell'AVCP, previsti dalla norma censurata, mirano a garantire che nel settore operino soggetti rispettosi delle regole che lo disciplinano e, quindi, sono diretti a sanzionare la condotta dell'offerente per finalità ulteriori e diverse rispetto a quelle cui è preordinato l'incameramento della cauzione provvisoria, caratterizzato da una funzione differente da quella che connota detti provvedimenti, con conseguente incomparabilità di dette situazioni”* (cfr. ordinanza cit.).

Questo Collegio, a sua volta, non può che condividere tali notazioni di fondo, evidenziando che la surriportata pronuncia del giudice delle leggi rende di fatto recessivo il diverso orientamento talvolta emerso al riguardo in giurisprudenza, peraltro anche in epoca recente ma comunque anteriore alla pronuncia anzidetta (cfr. sul punto, ad es., Cons. Stato, Sez. VI, 2 marzo 2011 n. 1288, secondo cui – per contro, e con riferimento alla sia pur omologa disciplina previgente rispetto a quella dell'art. 48 del D.L.vo 163 del 2006 – l'incameramento della cauzione provvisoria va configurato quale *“misura che, per la sua non limitata incidenza nella sfera patrimoniale del concorrente, riveste all'evidenza carattere affittivo e non segue, quindi, con carattere di automatismo al solo dato formale dell'esclusione, ma richiede l'accertamento della carenza sul piano sostanziale del requisito di partecipazione, ancorché non documentato in osservanza delle*

non derogabili cadenze del procedimento di gara”).

Il giudice di primo grado ha anche evidenziato – e anche sotto questo profilo questo giudice concorda - che, per quanto segnatamente attiene alla segnalazione all’Autorità, trattasi di atto non lesivo in assenza del provvedimento concreto che l’Autorità medesima adotta non in via meramente automatica e consequenziale rispetto alla segnalata esclusione, ma in via autonoma, in contraddittorio e tenendo comunque conto delle circostanze oggettive e soggettive del caso concreto.

Sempre in primo grado Mauden ha pure sostenuto che la procedura dell’accordo-quadro sulla base degli artt. 13, 54 e 59 del Codice approvato con D.L.vo 163 del 2006 non è una procedura di aggiudicazione e di affidamento di contratti pubblici (la quale, semmai, seguirà alla positiva conclusione dell’accordo), con la conseguenza che ad essa non si applicherebbero le disposizioni dettate dal D.L.vo 163 del 2006, ad eccezione dell’art. 81 e segg. del medesimo, e che in particolare non risulterebbero nella specie applicabili le misure sanzionatorie qui contestate, nonché l’art. 48 del predetto D.L.vo 163 del 2006 in quanto – per l’appunto - non riferibile al controllo dei requisiti nell’ambito degli accordi-quadro.

Il giudice di primo grado non ha peraltro condiviso quest’ultima tesi di Mauden, stante il disposto dell’art. 32 della direttiva 200/18/CE, laddove segnatamente si prevede che ai fini della conclusione di un accordo-quadro le amministrazioni aggiudicatrici devono applicare le regole della procedura di affidamento previste dalla direttiva medesima *“in tutte fasi fino all’aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo quadro”*.

Lo stesso giudice ha inoltre evidenziato che la norma comunitaria ora descritta è stata puntualmente recepita nel nostro ordinamento dall’art. 59 del D.L.vo 163 del 2006, inserito nella parte II, Titolo I, Capo III, Sezione I dello stesso Codice recante *“oggetto del contratto e procedura di scelta del contraente”*, laddove – per l’appunto – al comma 2 si dispone testualmente che *“ai fini della conclusione di un accordo-quadro, le stazioni appaltanti seguono le regole di procedura previste dalla presente parte in tutte le fasi fino all’aggiudicazione degli appalti basati su tale accordo-quadro. Le parti dell’accordo-quadro sono scelte applicando i criteri di aggiudicazione definiti ai sensi degli articoli 81 e seguenti”*.

Correttamente, pertanto, il giudice di primo grado ha quindi concluso nel senso che l’accordo-quadro è una procedura di affidamento disciplinata dal Codice dei contratti pubblici, e che ad essa si applicano tutte le norme della parte II del D.L.vo 163 del 2006, ivi dunque compreso l’art. 48 del Codice medesimo; senza sottacere, poi, che nel caso in esame la stessa *lex specialis* (ed, in particolare, gli artt. 5.5. e 5.6. del Capitolato d’oneri, tra l’altro non impugnati sul punto) ha disciplinato puntualmente la procedura di scelta del contraente, anche con espresso riferimento alla fase di controllo dei requisiti effettuata a’ sensi dello stesso art. 48 e dei conseguenti adempimenti di incameramento della cauzione provvisoria e di segnalazione all’Autorità di vigilanza per il seguito di competenza.

L’insieme di tali considerazioni motivate è integralmente condiviso anche da questo Collegio.

Va anche evidenziata, da parte di questo giudice, la palese inconferenza nell’economia della presente causa del subordinato assunto di Mauden laddove essa sostiene che, ammettendo la riconduzione dell’accordo-quadro a procedura di affidamento disciplinata dal Codice dei contratti pubblici, dovrebbe concludersi nel senso che la sanzione irrogabile nei suoi confronti dall’Autorità di vigilanza e consistente nell’inibizione temporanea a partecipare a gare per affidamenti potrebbe riguardare unicamente le procedure di accordo-quadro, e non già le altre procedure di affidamento.

Si tratta infatti di censura palesemente inammissibile, in quanto attinente a funzione amministrativa di competenza dell’Autorità di vigilanza non ancora esercitata e, perciò, non ancora sindacabile dal giudice amministrativo (cfr. art. 34, comma 2, cod. proc. amm.).

5. Le spese e gli onorari del presente grado di giudizio possono essere integralmente compensati tra

le parti, stante la complessità delle questioni trattate.

Va peraltro dichiarato irripetibile il contributo unificato di cui all'art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 corrisposto per il presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti le spese e gli onorari del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 dicembre 2012 con l'intervento dei magistrati:

Giorgio Giaccardi, Presidente

Diego Sabatino, Consigliere

Raffaele Potenza, Consigliere

Andrea Migliozi, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/05/2013

IL SEGRETARIO

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