

Pubblicato il 05/03/2018

N. 01347/2018REG.PROV.COLL.

N. 06375/2017 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 6375 del 2017,
proposto da:

A. Consorzio Stabile S.C.A R.L., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*,
rappresentato e difeso dall'avvocato Alberto Fantini, con domicilio eletto presso lo
studio Fantini, Tonucci & Partners in Roma, via Principessa Clotilde, n. 7;

contro

Impresa S. S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e
difesa dall'avvocato Maurizio Boifava, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la
Segreteria della V Sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n.
13;

nei confronti di

Comune di Bisceglie, in persona del Sindaco *pro-tempore*, rappresentato e difeso
dall'avvocato Massimo Felice Ingravalle, con domicilio eletto presso l'avvocato
Mario Sanino in Roma, viale Parioli, n.180;
AA. S.r.l., P. Società Cooperativa, E. S.r.l., non costituite in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III n. 00877/2017, resa tra le parti, concernente l'affidamento del servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti urbani e speciali nel Comune di Bisceglie per la durata di sette anni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Impresa S. S.r.l. e del Comune di Bisceglie;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di sentenza n. 659 del 31 gennaio 2018;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 gennaio 2018 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Alberto Fantini, Maurizio Boifava e Massimo Felice Ingravalle;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I. Con bando pubblicato nella GURI il 7 dicembre 2015, il Comune di Bisceglie indiceva una procedura aperta per l'affidamento del servizio di igiene urbana nel territorio comunale, avente un valore di €. 47.777.687,35 (IVA esclusa), di durata settennale, da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (20 punti per l'offerta economica e 80 punti per l'offerta tecnica).

II. All'esito della gara con determinazione n. 265 del 29 giugno 2016 il Comune di Bisceglie aggiudicava in via definitiva il servizio a C. s.p.a., la quale veniva raggiunta il 23 dicembre 2016 da un provvedimento interdittivo antimafia del Prefetto di Bari, con conseguente recesso dal contratto della stazione appaltante.

Pertanto con determinazione del 2 febbraio 2017, a seguito di scorrimento della graduatoria di gara, il Comune di Bisceglie disponeva l'aggiudicazione definitiva del

servizio in favore di A. Consorzio Stabile Società Consortile a responsabilità limitata, seconda classificata.

III. Avverso tale ultimo provvedimento l'Impresa S. s.r.l., terza classificata, insorgeva dinanzi al Tribunale amministrativo della Puglia, invocandone l'annullamento e domandando la tutela risarcitoria in forma specifica e, in subordine, per equivalente, alla stregua delle seguenti censure:

1. Violazione e falsa applicazione degli artt. 38, comma 1, lett. i) e 51 d. lgs n. 163 del 2006.

2. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38 comma 1, lett. f) d. lgs n. 163 del 2006 e dell'art. 3 legge n. 241 del 1990; eccesso di potere per sviamento, travisamento dei presupposti di fatto e carenza d'istruttoria.

3. Violazione e falsa applicazione del principio generale di complessiva remuneratività dell'offerta e della *lex specialis*; eccesso di potere per grave carenza di istruttoria, travisamento dei presupposti, illogicità ed ingiustizia manifesta.

4. Violazione e falsa applicazione degli artt. 83 d. lgs n. 163 del 2006, 120 e 283 d.p.r. n. 207 del 2010 e dei principi informanti le procedure ad evidenza pubblica, sub specie pubblicità e trasparenza; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità ed ingiustizia manifesta.

Si costituivano in resistenza la controinteressata A. Consorzio Stabile Società Consortile a responsabilità limitata ed il Comune di Bisceglie.

IV. Con la sentenza n. 877 del 28 luglio 2017 l'adito tribunale, sez. III, respinte preliminarmente le eccezioni di A. di tardività del ricorso (non sussistendo *ratione temporis* un onere di immediata impugnazione del provvedimento di ammissione/esclusione dei concorrenti) e di improcedibilità dello stesso per difetto di interesse (in quanto la eccepita carenza in capo alla S. del requisito di affidabilità morale ex art. 38, comma 1, lett. c) d. lgs n. 163/2006, avrebbe dovuto essere proposta con ricorso incidentale), accoglieva il ricorso, ritenendo fondato il primo motivo di censura, con il quale la S. aveva rilevato che AA. s.r.l., consorziata

di di A. , aveva affittato il 19 maggio 2016 a E. s.r.l. l'azienda (come definita dall'art. 3 dello stesso contratto di affitto, comprensiva anche del contratto di appalto per cui era causa) fino sino al 31 dicembre 2021, senza previsione di rinnovo, e che, poiché il contratto di appalto *de quo*, aveva una durata di 7 anni (ex art. 3 del disciplinare di gara, con scadenza presumibile alla data del 30 giugno 2023), vi era una discrasia temporale tra la durata del contratto d'affitto e la durata del contratto d'appalto, così che in definitiva E. non possedeva attualmente i requisiti per poter garantire l'intero svolgimento del servizio.

Il tribunale riteneva insoddisfacenti ed irrilevanti le prospettazioni dell'aggiudicataria secondo cui, qualora nel corso di esecuzione del contratto si fosse manifestata l'esigenza di un subentro in corso ciò sarebbe avvenuto ai sensi dell'art. 116 del D. Lgs, n. 163 del 2006, ovvero il Consorzio di appartenenza di E. sarebbe stato libero di sostituire, in corso di esecuzione, la consorziata esecutrice, nel rispetto delle forme e dei presupposti di legge ovvero ancora la scadenza del contratto di affitto non avrebbe privato E. della capacità di eseguire autonomamente contratti di appalto, posto che la società era in condizione di integrare dotazioni proprie ovvero ancora le vicende esecutive non avevano alcuna attinenza con la fase di qualificazione in gara, giudicandole mere ipotesi e supposizioni, come tali inidonee a superare la circostanza che, al momento della stipula del contratto, ci si trovasse dinanzi a un soggetto che non si stava impegnando per tutta la durata del contratto prevista dal bando di gara, ma per un periodo di gran lunga inferiore, difetto non sanabile anche sulla scorta di numerosa giurisprudenza e che integrava la violazione del principio generale di cui all'art. 46, comma 1 *bis* d. lgs. n. 163 del 2006 (in tema di tassatività della cause di esclusione), avendo A. sostanzialmente dato vita, ad un'offerta assolutamente incerta nel contenuto e nei suoi elementi essenziali.

Aggiungeva il tribunale che peraltro l'art. 48, comma 7 *bis* d. lgs n. 50 del 2016, introdotto dall'art. 32 d. lgs n. 56 del 2017, concernente la designazione ai fini

dell'esecuzione dei lavori o dei servizi per fatti sopravvenuti di un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara, a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere la mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata, dimostrava l'inammissibilità dell'operazione posta in essere da A. e dalla consorziata AA. ai fini della partecipazione alla gara in questione.

Precisava ancora il tribunale che, come evidenziato dalla giurisprudenza, l'avvenuta cessione del ramo di azienda è comunque condizionata alla verifica vincolata e vincolante ex artt. 51 e 116 d. lgs n. 163 del 2006 del possesso dei requisiti di ordine generale e speciale in capo alla cessionaria, e, con riferimento specifico alla fattispecie del consorzio, che l'impresa designata (nel caso di specie AA.), quale esecutrice dal consorzio stabile ex art. 36, comma 5 d. lgs n. 163 del 2016 (nella fattispecie in esame A.), è immodificabile, non potendosi far luogo a sostituzioni ed ulteriori designazioni con soggetti non previamente indicati in sede di gara, con la conseguenza che, una volta designato, l'esecutore non può essere modificato *ad libitum* e ciò anche al fine di controllare eventuali violazioni del divieto di partecipazione dei consorziati alla medesima gara cui concorre il Consorzio, nonché di verificare il rispetto del principio dell'immodificabilità dei partecipanti e di esperire le verifiche preventive del possesso dei requisiti richiesti in capo a tutti i soggetti coinvolti. Del resto l'obbligo di cui all'art. 36, comma 5, d. lgs n. 163 del 2006 di «indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre» risponde al fine non solo di consentire il controllo del divieto di partecipazione dei consorziati alla medesima gara cui concorre un consorzio del quale fanno parte, ma anche di verificare l'osservanza dell'obbligo, assunto dal consorzio stabile già in sede di procedura di affidamento, di avvalersi in sede esecutiva dell'impresa specificamente designata per tale fase: nel caso di specie il contratto di affitto di azienda in favore della ditta E. s.r.l. con durata inferiore rispetto al contratto di appalto *de quo* si configurava come elusiva della richiamata disciplina ed i rilievi di

incostituzionalità erano manifestamente infondati; oltretutto, al termine del contratto di affitto di azienda ed in assenza di rinnovo, avrebbe dovuto subentrare AA. che presentava alla data del 25 ottobre 2016, circostanza questa non contestata, un Durc negativo per oltre €. 8.500.000, fatto ostativo alla partecipazione alla gara in forza dell'art. 38, comma 1, lett. i) d. lgs n. 163 del 2006. Il tribunale in definitiva accoglieva la domanda impugnatoria ed annullava gli atti impugnati, con assorbimento di ogni altra censura dedotta, mentre respingeva sia la domanda risarcitoria in forma specifica, visto che in dipendenza della pronuncia sarebbe spettato alla stazione appaltante riattivare il procedimento amministrativo al fine di verificare il possesso dei requisiti in capo alla S. ed eventualmente procedere alla aggiudicazione in suo favore, sia quella di inefficacia del contratto ex art. 122 cod. proc. amm., nessun contratto essendo stato stipulato, sia la domanda di risarcimento per equivalente.

V. Con atto di appello notificato il 28 agosto 2017 il Consorzio A. ha chiesto la riforma di tale sentenza.

Dopo aver premesso una lunga esposizione dei fatti della controversia, dando atto della stipulazione avvenuta il 10 agosto 2017 di un *addendum* al contratto di affitto per E. con l'eventuale fusione e comunque con estensione dell'affitto al 31 dicembre 2028, ha articolato due serie di motivi, la prima (parte I) rubricata "Sull'erroneità e ingiustizia della sentenza del Tar Puglia, Bari, n. 877 del 2017" e la seconda (parte II) "Riproposizione, ai sensi dell'art. 101, comma 2, C.p.a., delle eccezioni proposte in primo grado e dichiarate assorbite dal giudice di prime cure". La prima serie (parte I) è articolata a sua volta su due motivi di appello: il primo, imperniato su: A) *Error in iudicando*: Erroneità del giudizio di fondatezza del primo motivo del ricorso S.

Carenza di motivazione. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 51 e 116 D. Lgs. n. 163/2006 e/o 106 del D. Lgs. n. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 46, comma 1 bis del D. Lgs. n. 163/2006. Violazione e/o

falsa applicazione della normativa in materia di consorzi stabili. Eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche ed in particolare per errata valutazione e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto. Omessa pronuncia e considerazione in ordine a eccezione ed argomentazioni essenziali avanzate nel giudizio di primo grado (*Erroneità e ingiustizia della sentenza laddove non ha ritenuto che il contratto di affitto tra A. e E. non fosse idoneo ad impegnare l'aggiudicataria per tutta la durata del contratto*); B) *Error in procedendo* ed *error in iudicando*; Ultrapetizione e/o extrapetizione, violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c. e per omessa pronuncia e considerazione in ordine a censure ed elementi essenziali dedotti in primo grado da A. , nonché per eccesso di potere per contraddittorietà, illogicità e irragionevolezza e travisamento dei presupposti di fatto e di diritto (*Erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto di riscontrare l'incertezza dell'offerta di A. e del soggetto esecutore dell'appalto alla scadenza del contratto di affitto di azienda*); C) *Error in procedendo* che si risolve in *error in iudicando*: Violazione dell'art. 40, comma 1. Lett. d) del C.p.a. Omessa pronuncia e considerazione in ordine a censure ed elementi essenziali dedotti in primo grado da A. Carenza di motivazione. Ultrapetizione e/o extrapetizione, violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato di cui all'art. 112 c.p.c. Eccesso di potere in tutte le sue figure sintomatiche ed in particolare per contraddittorietà, illogicità e irragionevolezza, perplessità (*Erroneità ed ingiustizia della sentenza di primo grado, nella parte in cui ha rigettato l'eccezione di inammissibilità del primo motivo di ricorso S. per l'assenza del prescritto requisito di specificità*); D) *Error in iudicando*: Violazione degli artt. 3 e 41 Cost. Carenza di motivazione. Violazione dell'autonomia privata. Eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche ed in particolare per contraddittorietà intrinseca, illogicità e irragionevolezza. Iniquità manifesta, violazione del principio di proporzionalità (*Richiesta di rimessione alla Corte Costituzionale della questione di legittimità degli artt. 51 e 116 del D. Lgs. n. 163/2006 e dell'art. 106, comma 1, lett. d, n. 2 del D. Lgs. n. 50/2016, rispetto al parametro*

costituzionale degli artt. 3 e 41 Cost.); il secondo rubricato “Error in procedendo ed error in iudicando: Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 120, comma 2 bis c.p.a. Violazione del principio tempus regit actum. Omessa pronuncia e considerazione in relazione alle eccezioni formulate dal Consorzio. Violazione dell’art. 41 c.p.a. Violazione del principio generale di divieto di abuso del diritto (Erroneità della sentenza per non aver sufficientemente considerato l’eccezione di improcedibilità per tardività del primo motivo di ricorso formulato dalla S.”.

Con la seconda serie (Parte II) sono stati ripropone, ai sensi dell’art. 101, comma 2 c.p.a. delle eccezioni proposte in primo grado e dichiarate assorbite dal giudice di prime cure e specificamente: 1) Sulla tardività dei motivi II e IV formulati dalla S.; 2) Sull’inammissibilità della contestazione della S. effettuata per la prima volta con “memoria illustrativa” del 12.06.2017, non notificata, nel corso del giudizio di primo grado, in relazione al presunto, mancato perfezionamento delle verifiche di cui all’art. 51 del D. Lgs. n. 163/2006 da parte del Comune di Bisceglie; 3) Sul II motivo di ricorso S.; 4) Sul IV motivo di ricorso S.

In sintesi, secondo l’appellante, il tribunale non avrebbe considerato che l’affitto è intercorso tra due società facenti parte del medesimo gruppo societario - E. è controllata da A. al 100% - e che quest’ultima era destinata a fondersi per incorporazione in E.: di conseguenza l’incertezza del contenuto dell’offerta e la violazione dell’art. 46 comma 1 bis del d. lgs. n. 163 del 2006, erroneamente riscontrata dal giudice di primo grado, era destituita di fondamento. Anche quanto alla mancanza di rinnovo del predetto contratto di affitto la sentenza era errata, poiché il giudice amministrativo si era indebitamente inserito nel campo dell’autonomia privata ed in ogni caso i precedenti invocati non erano affatto pertinenti. Sotto altro profilo l’appellante ha sostenuto che la ricorrente in primo grado non aveva neppure dedotto la violazione dell’art. 46 comma 1 bis del d. lgs. n. 163 del 2006, limitandosi invero ad evidenziare più che altro un difetto dei requisiti di capacità tecnica-organizzativa ed in particolare la sussistenza di un Durc

negativo in capo alla consorziata della A. ; ciò senza contare che il giudice amministrativo non potrebbe comunque sindacare la durata di un contratto d'affitto in assenza di una norma legislativa che, quand'anche sussistesse – nel caso gli artt. 51 e 116 del d. lgs. n. 163 del 2006 e l'art. 106 comma 1 lett. d) n. 2 del d. lgs. n. 50 del 2016, andrebbe sottoposta a giudizio di legittimità costituzionale in riferimento agli artt. 3 e 41 della Costituzione e ciò a prescindere dalla evoluzione societaria dei rapporti tra le due Società e dall'incomprensibile presenza di un Dure negativo dell'A. .

Inoltre A. ha sostenuto la tardività del ricorso introduttivo per la mancata impugnazione della originaria graduatoria (per effetto della quale era stata disposta l'aggiudicazione in favore della C.); sono state quindi riproposte tutte le altre eccezioni sollevate in primo grado, non esaminate in quanto assorbite.

Si sono costituiti in giudizio la controinteressata S. S.r.l. ed il Comune di Bisceglie; la prima ha chiesto il rigetto del gravame e la conferma della sentenza impugnata, riproponendo a sua volta i motivi di censure assorbiti in primo grado; il secondo si è invece associato all'appello A. , chiedendone l'accoglimento.

VI. Alla pubblica udienza del 25 gennaio 2017, dopo la rituale discussione, nel corso della quale la parte appellante ha chiesto il differimento della trattazione, essendo stata fissata per il prossimo 5 aprile la discussione dell'appello della C. S.p.A. avverso il provvedimento interdittivo antimafia che ha determinato il venir meno della originaria aggiudicazione, la causa è passata in decisione.

VII. Deve essere preliminarmente respinta l'istanza di differimento della presente causa avanzata dall'appellante Consorzio A. , stante l'avvenuta fissazione per il prossimo 5 aprile dell'udienza di trattazione (innanzi alla III Sezione di questo Consiglio di Stato) dell'appello proposto dalla C. s.p.a. avverso il provvedimento interdittivo antimafia che ha fatto venir meno l'aggiudicazione in suo favore della gara di cui si discute.

Invero, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, non sussiste tra i due giudizi un rapporto di pregiudizialità in senso tecnico, del tutto indifferente – allo stato – essendo la questione della legittimità o meno del provvedimento interdittivo antimafia che ha colpito C. S.p.A. rispetto alla legittimità o meno dello stesso appalto a AA. .

VIII. Per priorità logica deve essere esaminato il secondo motivo della prima serie (Parte I) di appello con cui è stata sostanzialmente riproposta l'eccezione di inammissibilità/tardività del ricorso di primo grado sia per violazione dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., sia per la mancata tempestiva impugnazione della originaria aggiudicazione della gara in favore della C. S.p.A.

La censura è infondata sotto entrambi i profili prospettati.

VIII.1. Sotto il primo profilo, merita conferma la sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto non applicabile al caso di specie dell'art. 120, comma 2 *bis*, c.p.a., potendo al riguardo richiamarsi il pertinente ed inequivoco precedente della III Sezione di questo Consiglio di Stato, 25 novembre 2016, n. 4994, secondo cui *“Quando viene introdotto un nuovo assetto normativo, che modifica un regime esistente, il legislatore deve (dovrebbe) farsi carico delle questioni di diritto intertemporale e dettare una chiara disciplina sulla transizione tra la regolazione previgente e quella nuova. In astratto, le opzioni regolatorie concettualmente disponibili sono tre: a) la normativa anteriore continua ad applicarsi ai rapporti sorti prima dell'entrata in vigore del nuovo atto normativo (principio di ultrattività); b) la nuova normativa si applica anche ai rapporti pendenti (principio di retroattività); c) previsione di una regolazione autonoma provvisoria. In mancanza di un'esplicita regolazione del regime transitorio, ma solo in quel caso, soccorrono all'interprete i noti principi del divieto di retroattività (articolo 11 delle preleggi: "la legge non dispone che per l'avvenire"), che impedisce di ascrivere entro l'ambito operativo di una disposizione legislativa nuova una situazione sostanziale sorta prima, e, per quanto riguarda le fattispecie sostanziali che constano di una sequenza di atti (ivi comprese quelle processuali), il principio del tempus regit actum, che impone di giudicare ogni atto della procedura soggetto al regime normativo vigente al momento della sua adozione.*

Con riferimento alle disposizioni recate dal d.lg. n. 50 del 2016, il legislatore del 2016 si è fatto carico delle questioni di diritto transitorio e le ha chiaramente risolte scegliendo e utilizzando (tra quelle astrattamente disponibili) l'opzione dell'ultrattività, mediante, cioè, la previsione generale che le disposizioni introdotte dal Dlgs n. 50 del 2016 si applicano solo alle procedure bandite dopo la data dell'entrata in vigore del nuovo "Codice", e, quindi, dopo il 19 aprile 2016, e il rinvio a disposizioni speciali e testuali di un diverso regime di transizione; pertanto, l'anzidetta previsione, chiarissima nella sua portata precettiva, impedisce, innanzitutto, ogni esegesi di questioni ermeneutiche di diritto intertemporale che si fondi sulla regola tempus regit actum (pure prospettato come canone risolutivo, in senso contrario a quello qui affermato, del problema in esame), e che si rivela, evidentemente, recessiva rispetto a una disposizione normativa che regola la successione nel tempo delle leggi, e vincola, al contrario, l'interprete ad attenersi alla stretta applicazione della disciplina transitoria. Ne consegue che, poiché il rito "superspeciale" di cui ai commi 2 bis e 6 bis dell'art. 120 c.proc.amm. risulta concepito e regolato in coerenza con la nuova disciplina procedimentale introdotta dal d.lg. n. 50 del 2016, resta del tutto illogica l'entrata in vigore differenziata dei due regimi (processuale e sostanziale) atteso che l'onere di impugnazione immediata, nel termine di trenta giorni, del "provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali" risulta esigibile solo a fronte della contestuale operatività delle disposizioni del decreto legislativo che ne consentono l'immediata conoscenza da parte delle imprese partecipanti alla gara e, segnatamente, degli art. 29, comma 1, e 76, comma 3".

VIII.2. Va ugualmente esclusa la tardività del ricorso introduttivo per la mancata impugnazione da parte dell'Impresa S. della originaria aggiudicazione in favore della C. S.p.A.

E' sufficiente rilevare al riguardo che, al momento in cui è stata pronunciata l'aggiudicazione definitiva in favore della C. S.p.A., la Impresa S. era terza graduata e non poteva pertanto vantare alcun interesse alla relativa impugnazione, non ritenendo di potere attaccare la posizione della predetta C. ed inutile essendo, di

conseguenza, la eventuale contestazione della posizione di A. Consorzio Stabile; è stato il venir meno dell'aggiudicazione a C. ed il successivo scorrimento della graduatoria con l'aggiudicazione della gara al citato Consorzio a sorgere e a rendere concreto ed attuale l'interesse all'impugnazione dell'aggiudicazione al Consorzio.

Può sul punto richiamarsi la pertinente sentenza di questa Sezione n. 3671 del 20 giugno 2011, secondo cui, dinanzi al caso di una procedura concorsuale parzialmente rinnovata a seguito dell'annullamento dell'originaria aggiudicazione con nuova assegnazione dell'appalto al secondo graduato, è in detto momento che viene a concretizzarsi l'interesse diretto all'impugnazione dell'aggiudicazione prima non sussistente.

E' pertanto da escludere qualsiasi ipotesi di abuso del diritto, cui ha suggestivamente fatto riferimento l'appellante.

IX. E' altresì infondato il primo motivo di gravame (Parte I), sub C), con cui l'appellante ha lamentato che i primi giudici avrebbero ingiustamente respinto l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per asserita mancanza del requisito di specificità dei motivi.

Al riguardo deve ribadirsi che la previsione della specificità dei "motivi sui quali il ricorso si fonda" non impone formule rigide o sacramentali e che la stessa è da ritenersi soddisfatta quando in concreto risultino evidenziate le ragioni per le quali la parte ha ritenuto illegittimo l'atto impugnato, circostanza che si è verificata nel caso di specie, consentendo alle parti resistenti l'esaustivo esercizio del diritto di difesa.

X. Passando al merito dell'appello la Sezione è dell'avviso che lo stesso sia infondato e che la sentenza impugnata meriti di essere confermata.

Sono infatti da ritenersi condivisibili le conclusioni cui sono pervenuti i primi giudici in ordine ai rapporti tra la consorziata AA. s.r.l., designata dal Consorzio A. ad effettuare la prestazione oggetto dell'appalto, e la E. s.r.l., in relazione al

contratto di affitto di azienda stipulato il 19 maggio 2016 dall'A. in favore della seconda, con durata sino al 31 dicembre 2021 senza la previsione della facoltà di rinnovo, a fronte della diversa è più lunga durata dell'appalto aggiudicato al Consorzio di durata di sette anni.

Detta discrasia temporale è stata correttamente qualificata dai primi giudici come un'ipotesi di offerta non seria ed affidabile, senza che al riguardo possa ritenersi realizzata una violazione del principio tra chiesto e pronunciato, essendo appena il caso di rilevare che in nessun modo alla ricorrente, oggi appellata, è stato attribuito un bene diverso da quello chiesto con la domanda giudiziale.

Non sono utili alle tesi dell'appellante (il cui atto di gravame peraltro ha ingiustificatamente superato i limiti stabiliti dal decreto del presidente del Consiglio di Stato 25 maggio 2015) le circostanze, su cui ha decisamente insistito, secondo cui, da un lato, il 10 agosto 2017 è stato sottoscritto tra AA. s.r.l. ed E. s.r.l. un *addendum* al contratto di affitto esplicitando l'eventualità della fusione per incorporazione e acquisizione dell'azienda da parte della seconda (fusione già prevista da decreto di apertura del concordato preventivo con continuità aziendale del 18 maggio 2017 riguardante A. e l'estensione al 31 dicembre 2018 del contratto di affitto per assicurare la continuità aziendale da parte di Energeticambiente) e dall'altro che quest'ultima è controllata al 100% da A. , cosa che – secondo l'appellante – consentirebbe di superare ogni incertezza sull'esecutore della prestazione appaltata.

E' sufficiente rilevare che l'*addendum* al contratto di affitto tra AA. ed Energeticambiente, che ha modificato i rapporti societari tra le due compagini, è pacificamente datato 10 agosto 2017, data successiva non solo rispetto all'aggiudicazione definitiva in favore della consorziata AA. e alla stessa sentenza impugnata in questa sede, ma naturalmente anche rispetto alla presentazione dell'offerta del Consorzio A. , risalente al gennaio 2016.

Non può al riguardo che ribadirsi che la stazione appaltante deve avere sin dall'inizio della procedura di gara, nel corso dello svolgimento di questa e successivamente all'aggiudicazione ed alla stipulazione del relativo contratto, la piena contezza dell'identità dei soggetti che devono eseguire le prestazioni poste in gara, anche perché in caso contrario la certezza sul possesso dei requisiti di capacità, tanto generali, quanto speciali e quindi specificamente tecnico-organizzativi, verrebbe irrimediabilmente posta in dubbio, se non del tutto vanificata, così come insegnato dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8 del 2015, coerentemente richiamata dal giudice di primo grado.

Né, sotto altro concorrente profilo, giova alla posizione dell'appellante la complessa ricostruzione della struttura societaria intercorrente tra AA. ed E. Si sostiene infatti che E. è controllata al 100% da AA. e ciò, al di là del contratto di affitto stipulato anteriormente alla gara e del successivo *addendum* ora esaminato ed anche della prospettiva di fusione per incorporazione della controllante all'interno della controllata (incorporazione della quale il contratto di affitto di azienda sarebbe nella sostanza il primo passaggio che vedrebbe la prosecuzione della medesima attività di impresa in capo alla sola incorporante) ciò starebbe a significare che in nessun caso la prestazione appaltata potrebbe rimanere senza esecutore, poiché vi sarebbe una successione nel contratto, garantita dal controllo totalitario in questione e preliminarmente alla fusione, da una sorta di diritto di opzione contenuta da principio nel contratto di affitto, la quale garantirebbe comunque già alla primitiva scadenza del dicembre 2021 alla E. la piena disponibilità di tutta l'azienda fin da quel momento con la salvaguardia dei rapporti in corso di esecuzione.

Indipendentemente da ogni valutazione di liceità di questa complessa operazione (valutazione che esorbiterebbe dalla *potestas* giurisdizionale esercitata nel caso di specie), la Sezione osserva che ciò che viene in rilievo è la necessità di garantire nel caso di specie i principi generali di legalità, imparzialità e buon andamento, i quali

implicano nelle gare pubbliche che debba in ogni caso essere assicurata la certezza nell'identificazione dell'esecutore per tutta la durata del contratto di appalto e ciò anche attraverso la stipulazione di un contratto di affitto che abbia durata coincidente con il primo contratto, ovvero con la previsione espressa della facoltà di rinnovo al fine di garantire una copertura temporale coincidente con la durata dell'appalto, cosa non evidentemente riscontrabile nel caso di specie.

Il secondo graduato, poi aggiudicatario definitivo Consorzio A. , aveva presentato la propria offerta nella quale aveva indicato come consorziate esecutrici del servizio AA. s.r.l. e P. , società cooperativa per azioni, prospettando in via ipotetica la possibilità di subentri: perciò di oggettivamente incerto vi era la discrasia che - come detto - rendeva l'offerta presentata assolutamente incerta nel contenuto e nei suoi elementi fondamentali, in quanto non poteva consentire alla P.A. di comprendere chi potesse essere il soggetto esecutore nel periodo di tempo intercorrente tra il 2021 e il 2023, né le complesse vicende societarie che avrebbero dovuto scandire gli anni seguenti, tra l'altro nemmeno scontate nel loro accadimento, le quali rimanevano sullo sfondo senza un concreto chiarimento ai fini della domanda: ciò spiega anche l'*addendum* successivo, del tutto irrilevante ai fini della vicenda in questione.

Le osservazioni svolte escludono anche che la normativa dei contratti pubblici, applicabile nel caso di specie, sia in contrasto con i principi di cui agli articoli 3 e 41 della Costituzione.

XI. L'infondatezza delle censure esaminate comporta il rigetto dell'appello ed esime la Sezione dalla delibazione delle ulteriori censure, ivi comprese quelle riproposte sia dall'appellante che dall'Impresa S.

Le spese di giudizio restano a carico del soccombente e sono liquidate a favore dell'appellata, mentre devono essere compensate nei confronti del Comune di Bisceglie, il quale aveva concluso per l'accoglimento dell'appello.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna il Consorzio A. al pagamento delle spese di giudizio a favore dell'Impresa S. S.r.l. liquidandole in complessivi €. 5.000,00 oltre accessori di legge, mentre le compensa nei confronti del Comune di Bisceglie.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

L'ESTENSORE

Raffaele Prosperi

IL PRESIDENTE

Carlo Saltelli

IL SEGRETARIO