

Pubblicato il 14/11/2017

N. 05246/2017REG.PROV.COLL.

N. 00378/2017 REG.RIC.



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 (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 378 del 2017, proposto da: Spm s.r.l. in proprio e quale impresa designata mandataria-capogruppo della costituenda Associazione temporanea di imprese con Cavaggioni s.c.a.r.l. e Macchi di Cellere Gangemi, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Muscatello, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi s.r.l. in Roma, via Cosseria, 2;

contro

Comune di Isernia, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Alda Colesanti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Carlo Fea, 4;

nei confronti di

Studio Fracasso s.r.l. in proprio e quale impresa capogruppo-mandataria del Raggruppamento temporaneo di imprese costituendo con l'avvocato Ugo Marinelli Marinelli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentati e difesi

dall'avvocato Ugo Marinelli, con domicilio eletto presso lo studio Beissan Al Quaryouti in Roma, via Arnaldo Cervesato, 21; Avv. Marinelli Ugo in proprio e quale mandante del costituendo Raggruppamento temporaneo di imprese con Studio Fracasso s.r.l.;

per la riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Molise – Campobasso, Sezione I, n. 00519/2016, resa tra le parti, concernente l' annullamento dei seguenti atti: a) provvedimento di esclusione dell'appellante dalla gara; b) provvedimento di aggiudicazione definitiva; c) l'avviso pubblico – manifestazione di interesse prot. n. 13158 del 31.3.2016 con particolare ancorché non esclusivo riferimento al paragrafo D.1 – requisiti generali ed alla clausola di “non trovarsi in condizioni di incompatibilità o di conflitto di interesse in relazione al rapporto tra l'Ente locale e i gestori attuali del servizio di distribuzione del gas con riferimento all'Ambito territoriale di Isernia” e della determinazione dirigenziale n. 202 del 31 marzo 2016 di approvazione del predetto atto; d) provvedimento tacito ma implicito di accoglimento della domanda di accesso formulata dall'avv. Marinelli in data 25 maggio 2016 e della relativa conseguente attività conoscitiva; e) e di ogni altro atto presupposto, consequenziale o comunque connesso, ancorché ignoto, in quanto lesivo, ivi compresi i verbali di gara numeri 1, 2 e 3 rispettivamente del 26 aprile, 14 e 17 giugno 2016, limitatamente all'interesse della ricorrente e cioè laddove ammettono l'ATI controinteressata e consentono alla stessa l'integrazione della documentazione nonché effettuano la verifica favorevole di tutti i documenti e le dichiarazioni intempestivamente prodotti e, da ultimo, hanno condiviso la situazione di conflitto d'interesse dedotta dall'altro concorrente, peraltro dopo aver conosciuto l'offerta economica;

ed altresì concernente la domanda di declaratoria di inefficacia ex art. 122 Cod. proc. amm. del contratto stipulato tra il Comune di Isernia ed il R.T.I. controinteressato, con riconoscimento del diritto dell'A.T.I. appellante alla stipulazione del contratto; in subordine per l'accertamento del diritto dell'A.T.I. appellante al subentro nell'esecuzione dell'eventuale contratto stipulato;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Isernia e dello Studio Fracasso s.r.l. di Ugo Marinelli e di Marinelli Ugo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 ottobre 2017 il Cons. Angela Rotondano e uditi per le parti gli avvocati Muscatello, Colesanti e Marinelli;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

S.P.M. s.r.l., in proprio e quale impresa designata mandataria-capogruppo della costituenda Associazione temporanea di imprese con Cavaggioni s.c.a.r.l. e Macchi di Cellere Gangemi (d'ora in poi solo "*SPM*" o *ATI SPM*" o "*ATI appellante*"), propone ricorso in appello avverso la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Molise, I, 12 dicembre 2016, n. 519 che in parte ha respinto il suo ricorso, in parte lo ha dichiarato inammissibile, condannandola al pagamento delle spese di lite in favore del Comune e dei componenti del costituendo R.T.I. controinteressato, composto dallo Studio Fracasso s.r.l., in qualità di capogruppo mandataria, e dall'Avv. Ugo Marinelli, quale mandante (nel prosieguo solo "*Studio Fracasso s.r.l.*" ovvero "*RTI controinteressato*").

L'odierna appellante impugnava dinanzi al Tribunale amministrativo gli atti in epigrafe indicati, concernenti la procedura di gara indetta dal Comune di Isernia, con

avviso pubblico diramato in data 31 marzo 2016 per la manifestazione di interesse in relazione all'affidamento del servizio di assistenza tecnica, amministrativa, legale, economica, finanziaria e fiscale per la concessione del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ATEM di Isernia.

Alla procedura partecipavano soltanto due concorrenti: SPM ed il RTI Studio Fracasso s.r.l..

L'avviso pubblico della procedura, al paragrafo D1-requisiti generali-seconda alinea, conteneva la seguente clausola: *“non trovarsi in condizioni di incompatibilità o di conflitto di interesse in relazione al rapporto tra l'Ente locale e i gestori attuali del servizio di distribuzione del gas con riferimento all'Ambito territoriale di Isernia”*

Nel corso della seduta del 17 giugno 2016, preso atto dell'esistenza di una situazione di conflitto di interessi integrante una violazione di quanto espressamente previsto dal punto D1 dell'avviso pubblico, si disponeva l'esclusione dell'ATI SPM dalla procedura. Emergeva, infatti, dall'esame dei certificati anagrafici l'esistenza di un legame di parentela collaterale di secondo grado tra il legale rappresentante ed amministratore di SPM, Melfi Roberto, e quello della società Melfi Reti Gas S.r.l., Melfi Lucio; si appurava pure che tale ultima società svolgeva attività di distribuzione del gas in numerosi Comuni ricadenti nell'ATEM di Isernia. Inoltre, la sussistenza di profili di incompatibilità derivanti da un potenziale conflitto di interessi emergeva anche in relazione al controllo delle società in questione: ed infatti, dai riscontri effettuati risultava che la società S.P.M. s.r.l. era in possesso per pari quota tra i soci Melfi Roberto e Melfi Carlo, anch'egli legato da rapporto di parentela (in quanto fratello) con Melfi Lucio e Roberto.

Avverso la disposta esclusione della procedura di gara ricorreva SPM, deducendo l'illegittimità della clausola di cui al paragrafo D.1 dell'avviso pubblico e, comunque, la non riconducibilità della situazione in concreto riscontrata dalla stazione

appaltante all'ipotesi di assenza del requisito generale di partecipazione ivi contemplato.

Il giudice adito, ritenendo legittima la clausola impugnata e corretta la valutazione operata dall'Amministrazione resistente in merito all'assenza del requisito di partecipazione richiesto dall'avviso pubblico a causa della sussistenza di una situazione di incompatibilità tra la ricorrente ed il gestore uscente del servizio di distribuzione del gas in Comuni ricadenti nell'Ambito Territoriale di Isernia, con la sentenza qui appellata in parte respingeva, in parte dichiarava inammissibile il ricorso principale; e non esaminava, pertanto, le ulteriori doglianze formulate da SPM.

Nel ricorso in appello avverso detta sentenza, SPM reitera le censure formulate in primo grado sia in relazione all'illegittimità della clausola dell'avviso pubblico contenente il requisito di partecipazione asseritamente mancante sia in merito all'insussistenza di una concreta situazione di incompatibilità determinata dal legame di parentela riscontrato dalla stazione appaltante. In ogni caso, il provvedimento di esclusione sarebbe privo di motivazione e comunque illegittimo perché adottato in assenza di ogni comunicazione dell'avvio del procedimento all'interessata, in patente violazione dell'art. 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

L'ATI appellante si duole altresì che sarebbe stato consentito dal Comune di Isernia al RTI Studio Fracasso un accesso lesivo della sua posizione e comunque in violazione dell'art. 13, comma 2, lett. b) d.lgs. 12 aprile 2006, n.163, contenente la disciplina sull'accesso negli atti di gara: in particolare, deduce che, in data 25 maggio 2016, la medesima amministrazione responsabile della procedura ad evidenza pubblica avrebbe consentito, prima della presentazione dell'offerta economica, l'accesso al RTI controinteressato. Secondo la prospettazione dell'appellante l'obiettivo di lasciare segreto il nominativo degli altri concorrenti, almeno sino al momento della formulazione dell'offerta economica, sarebbe stato, dunque, compromesso a seguito dell'accesso illegittimamente consentito alla

controinteressata; e l'avvenuta conoscenza sarebbe una circostanza inconfutabilmente dimostrata dalla produzione dei certificati anagrafici, all'esito dei quali la stazione appaltante aveva disposto l'esclusione.

L'appellante contesta anche la legittimità dell'aggiudicazione disposta nei confronti del RTI controinteressato. Adduce che Studio Fracasso s.r.l. andava escluso per una serie di motivi, ed in particolare: per carenze documentali che la stazione appaltante avrebbe consentito illegittimamente di sanare; per asserite discrasie tra la dichiarazione resa dallo Studio Fracasso in sede di adesione alla manifestazione di interesse e la documentazione prodotta a fini integrativi a riprova dei requisiti dichiarati, con particolare riguardo alla relazione inerente alle esperienze maturate nel settore (difettando, a suo dire, in capo all'aggiudicataria il requisito inerente il pregresso svolgimento di almeno due servizi analoghi a quello in oggetto nell'ultimo quinquennio 2011-2015); infine, per la nullità della manifestazione di interesse a causa dell'omessa sottoscrizione della stessa da parte del mandante del raggruppamento, l'Avv. Ugo Marinelli. Lamenta, infine, un uso scorretto ed illegittimo dell'istituto del soccorso istruttorio a favore dell'aggiudicataria.

S.P.M. domanda, pertanto, dichiararsi l'inefficacia ex art. 122 Cod. proc. amm. del contratto stipulato tra la Città di Isernia ed il Raggruppamento controinteressato per l'esecuzione del servizio oggetto di affidamento ed il suo diritto, in virtù del criterio automatico di selezione (maggior ribasso sull'importo a base d'asta), all'aggiudicazione dell'appalto ed alla stipulazione del contratto; in subordine chiede dichiararsi il diritto della stessa (che risultava titolare del ribasso più conveniente per l'Amministrazione resistente) al subentro nell'esecuzione del contratto stipulato.

Si costituivano in giudizio il Comune di Isernia e il Raggruppamento temporaneo di imprese controinteressato: quest'ultimo depositava memorie difensive con cui domandava di confermare la sentenza impugnata e di respingere le avverse deduzioni e domande, dichiarando l'appello inammissibile o comunque infondato.

All'udienza del 12 ottobre 2017, la causa veniva trattenuta in decisione.

DIRITTO

Ritiene il Collegio che prioritario rilievo, nell'esame dei motivi formulati nel ricorso di appello e al fine della soluzione delle questioni di diritto ai medesimi sottesi, rivesta la verifica in merito alla dedotta situazione di incompatibilità e alla conseguente legittimità del provvedimento di esclusione adottato dall'Amministrazione.

Invero, in base ai consolidati principi di diritto reiteratamente affermati dalla giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 7 aprile 2011 n. 4 e 25 febbraio 2014, n. 9, nonché III, 26 agosto 2016, n. 3708) e opportunamente coordinati con quelli della recente sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea del 5 aprile 2016, n. C/689/13 (Puligienica c/Airgest s.p.a.), la partecipazione legittima alla gara del concorrente non vincitore rappresenta un fattore legittimante alla proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione. Nondimeno, appare doveroso l'esame del ricorso principale, anche a fronte della proposizione di un ricorso incidentale escludente ed a prescindere dal numero delle imprese concorrenti, quando l'accoglimento dello stesso produca, come effetto conformativo, un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale. Di conseguenza, *a contrario*, appare invece tuttora compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela giurisdizionale *in subiecta materia* una regola nazionale che impedisca l'esame del ricorso principale quando dal suo accoglimento il ricorrente principale non consegua, con assoluta certezza, alcuna utilità, neanche in via mediata e strumentale: circostanza che appunto si verifica nell'ipotesi in cui - come nel caso di specie - la ricorrente principale non potrebbe ambire all'aggiudicazione di future analoghe gare ove fosse effettivamente priva di un requisito di partecipazione - l'assenza di condizioni di incompatibilità o di conflitto di interesse - essenziale per concorrere ad eventuali future gare aventi il medesimo contenuto ed oggetto.

In relazione alla carenza del requisito di partecipazione che ha determinato l'esclusione dell'ATI appellante, questa sostiene l'illegittimità del paragrafo D.1 - requisiti generali dell'avviso pubblico del 31.3.2016 e della clausola, ivi contenuta, di *“non trovarsi in condizioni di incompatibilità o di conflitto di interesse in relazione al rapporto tra l'Ente locale e i gestori attuali del servizio di distribuzione del gas con riferimento all'Ambito territoriale di Isernia”*.

La doglianza, ritiene il Collegio, è infondata e va disattesa.

Non si ravvisano, infatti, profili di illegittimità idonei ad inficiare la clausola richiedente il requisito di partecipazione in oggetto: non soltanto perché detta clausola è riprodotta di disposizioni di legge, diffusamente richiamate dalla sentenza impugnata con motivazione che si condivide; ma, anche e soprattutto in considerazione della natura del servizio oggetto di affidamento e delle finalità di perseguimento dell'interesse pubblico che, in concreto, l'Amministrazione intendeva tutelare mediante la previsione. Infatti, come emerge dalla determinazione dirigenziale n. 202 del 31 marzo 2016 (con cui veniva approvato l'avviso pubblico ed anche essa oggetto di impugnativa nel presente giudizio), la procedura era volta a *“individuare apposito operatore idoneo a prestare servizi di supporto al RUP nell'espletamento delle attività istruttorie relative alla procedura di affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale”*: infatti dette attività istruttorie richiedevano un qualificato insieme di competenze legali, tecniche, economiche ed in materia tariffaria, altamente specialistiche e specifiche nel settore del gas e non possedute dall'Amministrazione comunale.

Per tali ragioni appariva indispensabile, per assicurare l'imparzialità ed il buon andamento dell'azione amministrativa, garantire l'assenza di situazioni di incompatibilità tra il soggetto affidatario del servizio di assistenza tecnico-legale e i gestori attuali del servizio di distribuzione del gas nell'ATEM di riferimento. Il RUP, privo delle necessarie competenze specialistiche ai fini delle attività istruttorie,

avrebbe difatti assunto le proprie determinazioni facendo esclusivo affidamento sulle valutazioni espresse dall'affidatario del servizio di consulenza in oggetto. A tale finalità era preordinata la clausola in esame. La sussistenza dei profili di incompatibilità su indicati veniva poi in rilievo con riferimento a molteplici funzioni oggetto dell'incarico: tra queste, l'analisi delle informazioni fornite dal gestore (punto 12 del paragrafo B dell'avviso pubblico); la valutazione della rete gas da eseguirsi in contraddittorio con il gestore (punto 14 del paragrafo B dell'Avviso Pubblico); l'attività di supporto al RUP della Stazione Unica appaltante, e ai RUP degli enti concedenti, nella trattativa per la eventuale definizione concordata, con il gestore, del valore della rete (punto 15 del paragrafo B dell'Avviso pubblico).

La clausola costituisce dunque applicazione del principio generale dell' art. 6-*bis* (*Conflitto di interessi*) l. 7 agosto 2012, n. 190, introdotto dall' art. 1, comma 41, della legge n. 190 del 2012: tale disposizione stabilisce: «*Il responsabile del procedimento e i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale devono astenersi in caso di conflitto di interessi, segnalando ogni situazione di conflitto, anche potenziale*».

Pertanto, la clausola non appare neppure generica ed indeterminata, come prospettato dall'appellante, in quanto non estende il conflitto di interessi rilevante ai fini della non ammissione a qualunque potenziale concorrente nel settore della distribuzione del gas, bensì lo circoscrive ad eventuali rapporti con il gestore attuale del servizio di distribuzione del gas nell'Ambito territoriale di Isernia.

Deve, pertanto, concludersi per la legittimità della clausola dell'avviso, in quanto costituisce espressione del potere-dovere dell'Amministrazione di determinare i requisiti di partecipazione alla gara al fine di assicurare il corretto ed effettivo perseguimento dell'interesse pubblico concreto, oggetto dell'appalto da affidare; sicché la relativa domanda di annullamento va respinta.

Quanto alle censure contro l'interpretazione che di tale clausola ha dato la commissione di gara, il Collegio rileva che la prospettazione pare avvalorata da una lettura sistematica della clausola in oggetto con le altre contenute nell'avviso pubblico; in particolare con quella che indica, tra gli ulteriori requisiti di partecipazione l' *“insussistenza di rapporti di parentela entro il quarto grado, o di altri vincoli anche di lavoro o professionale, in corso o riferibili ai due anni precedenti, con gli amministratori e/ o i responsabili delle unità organizzative del Comune di Isernia, ai sensi dell'art. 1, comma 9, lett. E ed F, della legge 190 del 2012”*.

Contrariamente a quanto sostenuto dall'ATI appellante, infatti, detta clausola non può essere richiamata al fine di verificare una presunta volontà dell'Amministrazione di circoscrivere la rilevanza, a fini espulsivi dalla gara, del rapporto di parentela al solo legame esistente con gli amministratori o i responsabili delle unità organizzative comunali; al contrario, essa consente di confermare che tra le situazioni integranti la più generale nozione di incompatibilità di cui al punto D3 dell'avviso pubblico, oggetto dell'odierno appello, assumeva significativo rilievo anche l'esistenza di rapporti di parentela tra le persone fisiche che amministrano una delle imprese concorrenti e l'attuale gestore del servizio di distribuzione del gas.

Invero, non pare revocabile in dubbio che sussista nel caso di specie una situazione di conflitto di interessi in presenza della stretta relazione di parentela tra il legale rappresentante della società chiamata a svolgere i compiti di supporto e di assistenza tecnica, amministrativa, legale, economica, finanziaria e fiscale della stazione appaltante, per tutti gli aspetti inerenti la gara di affidamento del servizio di distribuzione del gas naturale nell'ATEM di Isernia, e il legale rappresentante della società che già gestisce la rete di taluni comuni ricadenti nel predetto ambito provinciale. Difatti, come correttamente rilevato dalla sentenza impugnata, quest'ultima impresa ha un interesse non solo potenziale ma concreto a partecipare alla gara di prossima indizione che l'aggiudicataria del servizio in contestazione

concorrerà a definire in tutti i suoi aspetti di natura tecnica, amministrativa, legale e finanziaria; di qui il paventato rischio in merito alla formulazione, da parte dell'aggiudicatario del servizio di assistenza tecnico legale al RUP, di giudizi non imparziali, peraltro nell'impossibilità dell'Amministrazione, priva delle competenze tecniche altamente specialistiche, di esercitare una qualsivoglia forma di controllo o verifica idonea ad escludere in concreto eventuali condizionamenti esterni.

Del resto, per comune opinione i rapporti di parentela e coniugio costituiscono elementi rivelatori di una comunanza di interessi, costituendo indizi che consentono al giudice di ritenere, secondo l'*id quod plerumque accidit*, che un soggetto non sia in grado di valutare con serenità e obiettività l'atto da compiere.

Deve, di conseguenza, ritenersi che SPM, a causa dello stretto legame di parentela tra il suo legale rappresentante e quello dell'attuale gestore di distribuzione del gas nello stesso ambito territoriale, era potenzialmente portatore di interessi confliggenti con quello pubblico perseguito dall'Amministrazione aggiudicatario mediante l'appalto in oggetto: della quale l'ATI odierna appellante avrebbe dovuto essere, nell'ambito dell'attività istruttoria da espletarsi per la gara inerente l'affidamento del medesimo servizio attualmente gestito, una sorta di *longa manus*, di fatto sostituendosi alla stazione appaltante nelle relative valutazioni tecniche.

Non coglie nel segno il rilievo dell'ATI appellante sulla prospettata possibilità di superare la riscontrata situazione di incompatibilità o di conflitto di interessi mediante la mera sostituzione del legale rappresentante *pro tempore* della SPM: invero -a parte l'inidoneità della soluzione proposta ad eliminare in radice la dedotta situazione di incompatibilità, afferente anche ad ulteriori profili relativi al controllo e alla partecipazione societaria - il Collegio rileva come ogni verifica a tale proposito non possa che essere condotta dalla stazione appaltante durante la procedura di gara; sicché eventuali avvicendamenti nella compagine societaria delle imprese

partecipanti, carenti *ab origine* dei requisiti di partecipazione alla gara, non possono assumere rilevanza al fine di integrare il requisito mancante.

Neppure convince l'affermazione in base alla quale il mero legame di parentela non sarebbe, di per sé, sufficiente in mancanza di un effettivo e comprovato rapporto di vicinanza tra i soggetti in questione. Invero, in tema di pubblici appalti, affinché possa configurarsi un conflitto tra un interesse privato di cui sia titolare una delle società partecipanti e quello pubblico, perseguito dall'Amministrazione aggiudicatrice, è sufficiente che l'incompatibilità delle rispettive posizioni sia anche solo potenziale. Tale rigore risponde, del resto, all'esigenza di garantire il rispetto dei principi sovrastanti di trasparenza, imparzialità e buon andamento della Pubblica Amministrazione.

Per le ragioni sopra esposte, non appare meritevole di accoglimento la censura di difetto di motivazione del provvedimento di espulsione, in cui la stazione appaltante fa discendere l'incompatibilità rilevante ai fini della non ammissione alla gara dall'esistenza di un rapporto di parentela, oltre che da ulteriori rilievi inerenti il controllo societario delle due imprese interessate. In relazione a tale doglianza, si rileva che non sussiste un particolare onere di motivazione in ordine alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria o dell'ammissione di determinati concorrenti, ove questa sia fondata su elementi oggettivi legati all'interpretazione della legge di gara. Pertanto, tale censura si traduce in una mera ripetizione del motivo di appello volto a contestare la legittimità dell'interpretazione della clausola di incompatibilità di cui al paragrafo D1, secondo alinea, dell'Avviso pubblico fornita dall'Amministrazione appellata.

Va parimenti disattesa la censura di illegittimità del provvedimento di esclusione per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento. Invero, è doverosa per la stazione appaltante l'esclusione del concorrente privo dei requisiti generali di partecipazione alla gara. Trattandosi di attività vincolata, non sussisteva alcun

obbligo di comunicazione dell'avvio del procedimento: tanto più che l'incompatibilità derivante dallo stretto legame di parentela non avrebbe in alcun modo potuto essere rimossa né l'impresa partecipante avrebbe potuto fornire all'Amministrazione apporti conoscitivi o chiarimenti idonei a consentire l'adozione di una decisione di contenuto diverso rispetto a quella in concreto assunta.

Pertanto, la carenza di un requisito generale di partecipazione alla gara determina, come correttamente osservato dal primo giudice, il venir meno dell'interesse della ricorrente a contestare i requisiti di partecipazione dell'aggiudicataria, neppure nella prospettiva dell'interesse strumentale alla rinnovazione della gara, essendo l'esponente priva di un requisito essenziale per partecipare anche ad eventuali future gare con analogo oggetto.

Non vi sono infine elementi per ritenere che l'accesso da parte del RTI controinteressato si sia svolto in violazione di legge, dovendo ritenersi piuttosto, in considerazione del contenuto della richiesta ed anche sulla base della successione cronologica dello scambio di note e di richieste intervenute tra la stazione appaltante e l'avvocato Ugo Marinelli, che la richiesta di accesso formulata da quest'ultimo fosse finalizzata esclusivamente a verificare le carenze rilevate dal seggio di gara con riferimento alla propria domanda di partecipazione ed alla propria manifestazione di interesse, per meglio poter ottemperare alla richiesta di integrazione documentale in tal senso; e del resto non sono emersi nel corso del giudizio elementi che inducano a ritenere che siano stati resi accessibili dalla stazione appaltante tutti gli atti di gara e non soltanto quelli del RTI cui l'istante partecipava nella qualità di mandante.

Per quanto detto, l'appello proposto va in parte respinto, in parte dichiarato inammissibile.

Restano assorbiti i restanti motivi comunque inidonei a fondare una pronuncia di tipo diverso.

Le spese della presente controversia seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, in parte lo respinge, in parte lo dichiara inammissibile nei termini di cui in motivazione e, per l'effetto, conferma la sentenza impugnata.

Condanna la SPM s.r.l., in solido con le imprese della costituenda ATI ricorrente, alla rifusione in favore del Comune di Isernia, nonché dello Studio Fracasso s.r.l. e dell'Avv. Ugo Marinelli, questi ultimi in solido tra loro, delle spese di lite che liquida forfettariamente in complessivi euro 4.000,00 (quattromila) in favore del Comune ed in ulteriori complessivi euro 4.000,00 (quattromila), in favore dei componenti del costituendo RTI controinteressato, oltre oneri accessori.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE
Angela Rotondano

IL PRESIDENTE
Giuseppe Severini

IL SEGRETARIO