Pubblicato il 21/01/2019
N. 00498/2019REG.PROV.COLL.
N. 04860/2018 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4860 del 2018, proposto da
Aeroporto di Salerno Costa D'Amalfi S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Zoppolato, Giuseppe Iovane, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Maurizio Piero Zoppolato in Roma, via del Mascherino 72;

contro

Ontario S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmelo Barreca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 00884/2018, resa tra le parti, concernente il ricorso avverso l’atto di esclusione dalla procedura negoziata ex art. 36 co. 2 lett. b), d.lgs. n. 50/2016 per l'appalto di servizi avente ad oggetto il “servizio sanitario aeroportuale presso l'aeroporto di Salerno Costa d'Amalfi s.p.a” emesso e comunicato in data 7 febbraio 2018.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ontario S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2018 il Cons. Raffaello Sestini e uditi per le parti gli avvocati Maurizio Zoppolato e Andrea Abbamonte su delega di Carmelo Barreca;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1 – La Società aeroportuale appellante avviava una procedura negoziata per l'affidamento del Servizio sanitario aeroportuale presso l'Aeroporto di Salerno Costa d'Amalfi. Partecipava anche l’odierna resistente Ontario S.r.l., che al momento della partecipazione alla gara aveva un organico pari a 21 unità, e veniva pertanto ritenuta, dalla stazione appaltante, obbligata ex lege all'assunzione di un soggetto diversamente abile ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. i, del d.lgs. n. 50/2016.

2 – Al fine di rispondere al predetto requisito, anziché procedere immediatamente all'assunzione di un soggetto disabile, Ontario S.r.l. in data 28 giugno 2017 stipulava una Convenzione con il Centro per l'Impiego di Catania impegnandosi a procedere, entro il termine ivi espressamente previsto (nella fattispecie, il 31 dicembre 2017), all'inserimento in azienda di un soggetto disabile e peraltro, alla successiva richiesta della Stazione Appaltante di produrre la documentazione attestante l'adempimento alla Convenzione e quindi il possesso dei requisiti di partecipazione, in data 12 gennaio 2018 rappresentava di non aver proceduto all'assunzione nel termine prescritto, essendo l'obbligo di assunzione venuto meno a seguito delle riduzioni di organico dell’azienda intervenute tra il 31 ottobre 2017 ed il 31 dicembre 2017.

3 - La Stazione Appaltante formulava un quesito al medesimo Centro per l'Impiego di Catania, che in risposta comunicava che, in base ai dati forniti da Ontario S.r.l., alla data del 31 dicembre 2017 la stessa non era più obbligata all'assunzione in esame.

4 – Successivamente, la Stazione Appaltante escludeva Ontario S.r.l. dalla procedura, motivando l’esclusione con il mancato rispetto della Convenzione stipulata tra Ontario ed il Centro per l'Impiego di Catania e quindi con il mancato rispetto del requisito previsto dal citato articolo 80, comma 5, lett. i) al momento della partecipazione alla procedura negoziata.

5 - Ontario S.r.l. impugnava la propria esclusione davanti al TAR, affermandone l’erroneità in base al sopravvenuto venir meno dell'obbligo di assunzione per riduzione dell’organico ed al chiarimento fornito dal Centro per l'Impiego di Catania, alla luce del disposto dell’articolo 1, comma 15, della Convenzione e delle modifiche normative sopravvenute.

6 – Il TAR valorizzava la predetta prospettazione accogliendo il ricorso.

7 - La Società aeroportuale proponeva appello

8 - Questa Sezione nella camera di consiglio dello scorso 12 luglio 2018, con ordinanza n. 3258/2018, accoglieva l'istanza di sospensione della sentenza gravata, proposta dalla Società aeroportuale appellante, «al fine di consentire la prosecuzione dello svolgimento della gara dalla stessa avviata ai fini dell'affidamento del servizio sanitario aeroportuale con l'esclusione, peraltro, dell'aggiudicazione definitiva». La procedura di gara, già avviata nelle more del processo di primo grado, quindi proseguiva fino alla proposta di aggiudicazione nei confronti dell’impresa risultata vincitrice.

9 – L’appello è fondato e deve essere accolto. Infatti, premesso che la stessa Ontario S.r.l. al momento della partecipazione alla procedura negoziata in esame si era ritenuta obbligata, in base al numero dei propri dipendenti, all’assunzione di un lavoratore diversamente abile, e che la stessa, ai sensi della normativa di legge applicabile pro tempore, aveva deciso di ottemperare al predetto obbligo non mediante una immediata assunzione, bensì mediante la stipula di una convenzione con il competente Centro per l’impiego che prevedesse un termine finale entro cui procedere alla medesima assunzione, risulta evidente che la stipula della Convenzione non rappresentava l'adempimento dell'obbligo, ma al contrario, da un lato accertava la sussistenza dell’obbligo, e dall’altro costituiva uno strumento di agevolazione dell’impresa che poteva, con maggiore ponderazione e programmazione delle proprie risorse, procedere, entro un termine espressamente previsto (nella specie, il 31 dicembre 2017), all'obbligatorio inserimento in azienda di un soggetto diversamente abile.

10 – A giudizio del Collegio, la successiva diminuzione dell'organico dell’azienda non poteva assumere alcun rilievo al fine di esimere dalla predetta assunzione, in quanto l’assunzione di un soggetto diversamente abile costituiva, oltreché un obbligo al verificarsi delle condizioni di legge, un requisito ai fini della partecipazione dell’impresa in esame, con il numero di dipendenti registrati al 31 dicembre 2016 e ancora sussistenti alla data di presentazione dell’offerta, a quella specifica procedura negoziata, configurandosi, quindi, come un onere ai fini della possibilità di competere per ottenere l’aggiudicazione del servizio.

11 – Pertanto, almeno a tal fine il requisito dell’avvenuta assunzione di un lavoratore diversamente abile doveva sussistere con riferimento al momento della partecipazione dell’impresa alla medesima procedura (data di presentazione dell’offerta), del tutto indipendentemente dalla circostanza di diritto che, in base ad una norma agevolativa –ma non derogativa- per l’impresa, l’assunzione potesse materialmente intervenire entro un termine successivo, e dalla circostanza di fatto che entro tale temine l’impresa aveva ridotto l’organico, sottraendosi al predetto obbligo di legge per il futuro.

12 - La Convenzione stipulata dall’impresa resistente, in particolare, ai commi 1 e 14 prevedeva che «l'impresa si impegna a realizzare un programma di assunzione, entro l'arco temporale compreso tra la data di stipula ed il 31/12/2017 rivolto a soggetti disabili iscritti negli elenchi di cui alla legge n. 68/99... durante l'arco temporale di esecuzione della presente convenzione l'impresa si considera adempiente agli obblighi di assunzione previsti dalla legge n. 68/99... purché la stessa rispetti i termini della convenzione ed effettui le assunzioni alla scadenza indicata».

Ne discende che non avendo proceduto all'assunzione, la condizione (risolutiva) espressamente apposta alla Convenzione aveva prodotto i suoi effetti, facendo venir meno il contenuto dell'intera Convenzione, sicché l’impresa risultava inadempiente sia all'obbligo di assunzione maturato nel 2016, sia all'onere di annoverare un assunto disabile alla data di presentazione delle offerte, alla stregua della giurisprudenza secondo cui il coefficiente di impiego va verificato alla data della domanda di partecipazione, risultando irrilevante il numero dei dipendenti ad una data successiva a quella della dichiarazione resa in gara (Cons. Stato, Sez. V, 2 luglio 2014 n. 3317).

13 - La medesima convenzione, all’articolo 1, comma 15, prevedeva la clausola di sospensione automatica, invocata dall’allora ricorrente e valorizzata dal TAR si fini dell’accoglimento del ricorso, secondo la quale «i contenuti della presente convenzione potranno essere rivisti d'intesa tra le parti, qualora nel corso dell'esecuzione venga a modificarsi la consistenza della quota d'obbligo»; e che «in ogni caso, l'efficacia e, quindi, l'esecuzione della presente convenzione si intenderanno sospese, qualora durante l'arco di validità della stessa dovessero verificarsi circostanze che determinino la sospensione degli obblighi di assunzione», comparendo la locuzione "in ogni caso" che secondo il giudice di prime cure avrebbe costituito un riferimento generale alle ipotesi di sospensione dall’obbligo in caso di riduzione dell’organico.

Peraltro, così come evidenziato dall’appellante, una tale pur suggestiva interpretazione contrasta con il tenore letterale della disposizione che, prima, consente la modifica della convenzione, ma solo sul previo accordo fra le parti (che qui non risulta essere intervenuto) nei casi, come quello in esame, di riduzione dell’organico, per poi prevedere, del tutto ragionevolmente, che “in ogni caso” (e quindi anche senza accordo) la convenzione sia comunque sospesa nelle fattispecie (diverse da quella in esame) che espressamente prevedono la sospensione automatica dell'obbligo di assunzione e cioè, ai sensi dell'articolo 3, comma 5, della legge n. 68/1999, (solo) in caso di ristrutturazioni, riorganizzazioni o convenzioni aziendali con intervento di integrazione salariale, di fallimento o liquidazione, di stipulazione di contratti di solidarietà, di mobilità limitatamente alla sua durata, ovvero di accordi di incentivo all'esodo, ovverosia in caso di eventi che (al contrario della mera riduzione del numero dei lavoratori) si configurano come traumatici o addirittura “fatali” per la vita dell’azienda, configurandosi la disposizione, rispetto agli obblighi in materia di assunzioni di categorie svantaggiate, non in termini derogatori, bensì in termini garantisti, in quanto si prevede che finanche in tali casi la convenzione circa l’adempimento di tali obblighi non decada, ma sia semplicemente sospesa, tornando quindi ad avere pieno vigore nel caso in cui riprenda la normale attività d’impresa. In conclusione, in assenza di intesa fra le parti ed al di fuori delle tassative fattispecie indicate dalla legge, l’invocata clausola di sospensione degli obblighi di assunzione a giudizio del Collegio non poteva operare.

14 – Occorre quindi inquadrare la specifica fattispecie nella più generale normativa di legge delle procedure ad evidenza pubblica che, così come dedotto dall’appellante, disciplina anche il principio di continuità del possesso dei requisiti dichiarati in gara, in base al quale il possesso dei requisiti di ammissione ad una procedura di gara si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, al fine di garantire la permanenza della affidabilità tecnica ed economica e della c.d. onorabilità dell'impresa che potrà, ove vincitrice, stipulare il contratto con la Stazione Appaltante, nel rispetto dei principi di imparzialità e buon andamento dell’attività amministrativa di cui all’art. 97 della Costituzione (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 6 marzo 2017 n. 1050; Adunanza Plenaria, 20 luglio 2015 n. 8). Pertanto, l’obbligo di assunzione si era radicato, in relazione alla procedura ad evidenza pubblica in esame, con riferimento alle caratteristiche dell’impresa nel 2016, indipendentemente dalla circostanza che la convenzione sopraindicata fissasse il termine del 31 dicembre 2017 ai fini della conseguente assunzione. In altri termini, l’assunzione da effettuare nel 2017 consentiva di ritenere adempiuto un onere valutato con riferimento alla situazione dell’impresa nel 2016, rispetto alla quale le sopravvenienze del 2017 non potevano assumere alcun rilievo.

15 - L’odierna resistente oppone, ulteriormente, che il proprio obbligo convenzionale di assunzione nel 2017 sarebbe venuto meno a seguito della sopravvenuta modifica di cui all'articolo 3 della legge n. 68/1999, che per i datori di lavoro privati che occupano da 15 a 35 dipendenti aveva limitato l'obbligo di cui al comma 1 al solo caso di nuove assunzioni». Successivamente, il d.lgs. n. 151/2015 ha abrogato il comma 2 con decorrenza dal 1° gennaio 2017, poi sostituita dal termine del 1° gennaio 2018 dal d.l. n. 244/2016 (convertito in legge n. 19/2017) conseguendone, si afferma, che nel 2017 doveva trovare applicazione l'originaria formulazione della legge 68/1999, che per la fascia 15-35 dipendenti limitava l'obbligo di assumere un disabile al caso di nuove assunzioni. Con la conseguenza che Ontario non avrebbe avuto l'obbligo di assunzione di un soggetto disabile, in quanto non aveva effettuato alcuna nuova assunzione nel 2017.

Peraltro, come precedentemente considerato, la situazione dell'organico da esaminare non era quella del 2017, bensì quella del 2016, dalla quale derivavano gli obblighi di assunzione da effettuare per il 2017 ed in particolare la Convenzione in esame, sottoscritta il 28 giugno 2017, si riferiva espressamente all'organico aziendale di Ontario al 31 dicembre 2016 e sanciva il conseguente obbligo di procedere ad una nuova assunzione nel 2017 a seguito della novella normativa in vigore dal 1 gennaio di quell’anno, fattispecie considerata e confermata espressamente da entrambe le parti che sottoscrissero la Convenzione, accettando il medesimo obbligo ed impegnandosi a rispettarlo ed a farlo rispettare.

16 – Venendo, quindi, all’operato del Centro per l’impiego che sottoscrisse la Convenzione con l’impresa odierna resistente, infine neppure può essere considerato risolutivo, a giudizio del Collegio, il chiarimento fornito dal Centro per l'Impiego di Catania, pur non impugnato dalla società aeroportuale e ormai divenuto incontestabile, che, a fronte del duplice quesito se Ontario S.r.l. fosse tenuta ad adempiere alla Convenzione del 28 giugno 2017 e se di conseguenza risultasse ottemperante o meno agli obblighi ivi previsti, si è limitato ad affermare che al 31 dicembre 2017 la Ontario non aveva più obblighi di assunzione ex legge n. 68/99 in base al proprio organico aziendale alla medesima data, senza statuire alcunché circa l'ottemperanza agli obblighi assunti da Ontario con la Convenzione e circa il rispetto degli obblighi di assunzione del 2016 da adempiere entro il termine del 31 dicembre 2017 al fine di concretizzare il possesso dei requisiti di partecipazione alla gara in esame, dicotomia, questa, cha appare altresì idonea a spiegare il mancato intervento del competente Ispettorato del lavoro.

17 - La predetta ricostruzione normativa della disciplina dei requisiti di partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica è altresì confermata dalla particolare tutela a cui è rivolta l'intera disciplina dell'avviamento obbligatorio, considerando che la tesi dell’impresa resistente, valorizzata dal Tar, ove accolta avrebbe comportato il rischio di una sistematica elusione degli obblighi di assunzione di persone diversamente abili, consentendo ad ogni impresa, al maturare dell'obbligo, di non adempiere avvalendosi di una convenzione di differimento all'anno successivo, per poi far venir meno i presupposti licenziando parte del personale entro la fine del medesimo anno, ed essere in tal modo liberata da tale incombenza, in violazione del principio fondamentale di tutela dei diritti inviolabili della persona, ancorché diversamente abile, in questo caso al lavoro e ad una esistenza libera e dignitosa, nonché del principio fondamentale che postula l’adempimento dei conseguenti doveri di solidarietà economica e sociale, entrambi sanciti dall’art. 2 della Costituzione che, di conseguenza, all’art. 41 sancisce che l’iniziativa economica privata è libera, ma che la stessa non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana, mentre spetta alla legge determinare i programmi e i controlli opportuni perché l'attività economica pubblica e privata possa essere indirizzata e coordinata a fini sociali, così come avviene, per l’appunto, con la disciplina del collocamento obbligatorio delle categorie svantaggiate e, in particolare, dei lavoratori diversamente abili.

18 – Conclusivamente, l’appello deve essere accolto, e tuttavia le sopraindicate incertezze e continue novelle normative adottate dal legislatore pro tempore giustificano l’integrale compensazione delle spese dei due gradi di giudizio fra le parti.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, in riforma della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, sezione staccata di Salerno (Sezione Prima) n. 00884/2018, respinge il ricorso dell’odierna contro interessata avverso l’atto dell’odierna appellante di esclusione dalla procedura volta all’affidamento del servizio sanitario aeroportuale. .Compensa integralmente le spese dei due gradi di giudizio

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Umberto Realfonzo, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere, Estensore

Giorgio Calderoni, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE
Raffaello Sestini  Lanfranco Balucani

Pubblicato il 17/01/2019
N. 00435/2019REG.PROV.COLL.
N. 03575/2018 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 in appello numero di registro generale 3575 del 2018, proposto da:
Comune di Viadana, Centrale unica di committenza dei Comuni di Viadana, Commessaggio, Gazzuolo, San Martino dall'Argine, Unione di Comuni Lombarda Terre D'Oglio, Consorzio pubblico Servizio alla Persona, in persona dei legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Nadia Zanoni, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Grazia Tiberia Pomponi in Roma, via Pietro Borsieri, n.12;
contro
S. Lucia Societá Cooperativa Sociale di Solidarietá Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Roberta Bertolani, Gianluca Contaldi, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via G.P. da Palestrina, n.63;
nei confronti
Cooperativa Sociale L'Incontro Onlus, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Vittorio Miniero, Giovanni De Vergottini, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Roma, via Antonio Bertoloni, n.44;
per la riforma
della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE II n. 00354/2018, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di S. Lucia Societá Cooperativa Sociale di Solidarietá Onlus;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Cooperativa Soc. L'Incontro Onlus;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del 25 ottobre 2018 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Nadia Zanoni, Gianluca Contaldi, Marco Petitto su delega dell'avv.Giovanni Vergottini;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO**

1. La S. Lucia Societá Cooperativa Sociale di Solidarietá Onlus impugnava innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia, gli atti della gara telematica negoziata "sotto soglia" riservata alle cooperative sociali di cui all'art. 1 lett. b della l. 8 novembre 1991 n. 381, bandita il 6 novembre 2017 dal Comune di Viadana per il tramite della Centrale unica di committenza di cui in epigrafe con la finalità di affidare, mediante la convenzione di cui all'art. 5 comma 1 della stessa legge, il servizio di pulizia degli immobili comunali per il periodo di due anni e sei mesi.
In particolare la ricorrente, conosciuti i concorrenti ammessi alla procedura e la graduazione delle relative offerte siccome comunicata dalla CUC, lamentava, quale seconda classificata, l'illegittimità dell'ammissione alla procedura della prima classificata Cooperativa Sociale L'Incontro Onlus, gestore uscente (dal 1° gennaio 2010), ritenendola violativa del principio di rotazione, operante sin dalla fase dell'invito a presentare offerta, anche perché priva di specifica motivazione in ordine alla mancata applicazione del principio stesso. Domandava indi l'annullamento degli atti gravati e il risarcimento del danno mediante l'aggiudicazione del contratto, o, in subordine, per equivalente.
2. Con sentenza 26 marzo 2018 n. 354, nella resistenza dell'Amministrazione comunale e della controinteressata, l'adito Tribunale delibava favorevolmente il ricorso nei seguenti termini.
La sentenza respingeva l'eccezione pregiudiziale di inammissibilità del ricorso spiegata dal Comune di Viadana sul presupposto del carattere endoprocedimentale degli atti gravati, ritenendo l'interesse all'impugnativa della ricorrente avverso l'atto di ammissione alla gara della controinteressata, nella sussistenza delle condizioni di cui all'art. 120 comma 2-bis del Codice del processo amministrativo.
Rilevava poi come nell'ambito della legge di gara la stazione appaltante, pur potendosi avvalere, alla luce degli specifici fini della convenzione, delle deroghe alla disciplina ordinaria in materia di contratti della pubblica amministrazione previste dall'art. 5 della l. n. 381 del 1991 - nell'ambito del quale non rinveniva comunque la facoltà di deroga al principio di rotazione, perché costituente uno dei precipitati del principio di non discriminazione richiamato nell'ultimo periodo del comma 1 - si fosse espressamente autovincolata alla conduzione della procedura secondo le regole ordinarie di cui all'art. 36 comma 2 del Codice dei contratti di cui al d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, norma che richiama appunto il rispetto del principio di rotazione.
Escludeva infine che, come sostenuto dall'Amministrazione, l'applicazione del principio di rotazione dovesse ritenersi impedita nella fattispecie dalla determinazione di invitare alla gara, nell'ottica della concorrenzialità e della massima partecipazione, tutti i soggetti che avevano manifestato interesse a parteciparvi. Tale argomentazione veniva ritenuta confliggente con la ratio del principio di rotazione di evitare posizioni di privilegio in capo al gestore uscente, ulteriormente rilevandosi come l'equo temperamento del principio di concorrenza e del principio di rotazione sia rappresentato dall'obbligo di motivare l'invito alla partecipazione rivolto al gestore uscente, nella specie non assolto.
La sentenza in parola accoglieva indi la domanda demolitoria formulata in ricorso, salvi gli ulteriori provvedimenti dell'Amministrazione, e respingeva di contro la domanda risarcitoria, sia in forma specifica che per equivalente, tenuto conto, rispettivamente, del fatto che la gara non era stata ancora aggiudicata e della mancata prova del danno subito dalla ricorrente.
3. Avverso la predetta sentenza il Comune di Viadana ha proposto l'odierno appello deducendo:
I. Sull'asserita sussistenza dell'interesse concreto e attuale a ricorrere, erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione degli artt. 35 comma 1 lett. b) e 120 comma 2-bis del d.lgs. n. 104/2010: contrariamente quanto ritenuto nella sentenza appellata, il caso di specie non rientrerebbe nell'ambito di applicazione dell'art. 120 comma 2-bis del Codice del processo amministrativo, di talchè ogni questione relativa all'ammissione alla gara della controinteressata avrebbe dovuto essere proposta esclusivamente in sede di impugnazione dell'aggiudicazione, non ancora intervenuta;
II. Erroneità della sentenza per violazione e principi del trattato dell'Unione europea, dell'art. 41 Costituzione, dell'art. 5 della l. 8 novembre 1991, n. 381 e per inosservanza delle Linee guida ANAC nn. 4/2016 e 32/2016: gli assunti della sentenza in tema di applicazione del principio di rotazione nella fattispecie si porrebbero in contrasto con i principi comunitari e costituzionali di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, libera iniziativa economica, nonché con l'art. 5 della l. 381/91, che per la selezione finalizzata, come nel caso in esame, all'affidamento di un servizio mediante stipula di una convenzione specificamente qualificata dal perseguimento di una particolare finalità di carattere sociale, consistente nel reinserimento lavorativo di soggetti svantaggiati, consente la deroga alle regole ordinarie dettate dal Codice dei contratti per gli appalti"sotto soglia" e non menziona il principio di rotazione. Tale principio, non essendo incluso tra quelli generali di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016 né contemplato dal diritto comunitario, non potrebbe essere applicato se non espressamente richiamato. D'altra parte, la procedura negoziata in parola, improntata al pieno rispetto dei principi di cui al predetto art. 5, nell'invitare alla procedura tutti gli operatori che hanno chiesto di parteciparvi, tra cui il gestore uscente, si sarebbe attenuta ai canoni di non discriminazione e di garanzia di uguaglianza di informazioni e di opportunità di aggiudicazione;
III. Sul richiamo vincolante all'art. 36 del d.lgs. 50/2016, erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 36 stesso, delle Linee guida ANAC n. 4/2016 e per travisamento ed erronea valutazione dei fatti e illogicità e contraddittorietà della motivazione: la gara sarebbe stata svolta ai sensi del ridetto art. 5 della l. 281/91, in deroga alla disciplina generale in tema di contratti, e non ai sensi dell'art. 36 comma 1 del d.lgs. 50/2016, che sancisce il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, mai richiamato nei relativi atti e vieppiù introdotto successivamente alla pubblicazione dell'avviso di manifestazione di interesse. Per converso, il richiamo all'art. 36 comma 2 contenuto negli atti di gara sarebbe limitato all'indicazione della tipologia della procedura prescelta (negoziata e non ordinaria) e non implicherebbe l'applicazione del criterio di rotazione, non svolgente una funzione pro-concorrenziale e applicabile, nella fattispecie considerata, nelle sole ipotesi regolate dalle Linee guida ANAC n. 4/2016, punto 3.6 e, indi, non quando l'affidamento si realizzi - come nella specie, in cui sono state invitate a produrre offerta tutte le ditte che hanno manifestato interesse - tramite procedure in cui non opera alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra cui effettuare la selezione;
IV. Erroneità della sentenza per violazione e falsa applicazione dell'art. 36 d.lgs. 50/2016 e per illogicità e contraddittorietà della motivazione: la sentenza appellata sarebbe erronea sia laddove ha ritenuto applicabile l'automatica esclusione del gestore uscente in virtù della posizione di vantaggio da questi goduta, non risultando alcuna prova di tale vantaggio e non essendo state considerate le motivazioni espresse nel documento con cui il RUP ha espressamente richiesto alla Centrale di committenza di ammettere tutti i candidati, sia laddove ha stigmatizzato la mancata motivazione dell'ammissione del medesimo gestore, che non era dovuta, non essendosi l'Amministrazione avvalsa della potestà di operare limitazioni al numero di operatori tra cui effettuare la selezione.
La parte appellante ha indi domandato la riforma della sentenza gravata, con conseguente rigetto del ricorso di primo grado e conferma dei provvedimenti ivi impugnati.
4. Si è costituita in giudizio la Cooperativa S. Lucia, confutando tutti i motivi di appello e concludendo per il suo rigetto.
Nell'ambito delle articolate difese svolte, la parte resistente ha depositato la determinazione dirigenziale n. 299 del 16 maggio 2018, con cui l'Amministrazione, in considerazione della pendenza della controversia, ha sospeso la procedura selettiva, e la precedente determinazione n. 268 del 3 maggio 2018, con cui il servizio in parola è stato affidato in via diretta, per la durata di sei mesi, alla resistente medesima.
5. Si è costituita in giudizio anche la Cooperativa L'Incontro, concludendo per l'accoglimento dell'appello in adesione ai motivi dedotti dal Comune appellante.
6. Le parti hanno depositato memorie e repliche.
7. La causa è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 25 ottobre 2018.

**DIRITTO**

1. L'atto di appello in esame è infondato.
2. Con il primo motivo di appello sostiene il Comune di Viadana che la sentenza appellata avrebbe errato ritenendo l'ammissibilità del ricorso di primo grado sulla base dell'art. 120 comma 2-bis del Codice del processo amministrativo, non vertendosi nelle fattispecie per le quali la disposizione prevede l'immediata impugnazione ("esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali"): ogni questione relativa all'ammissione alla gara per cui è causa della Cooperativa Sociale L'Incontro Onlus avrebbe indi dovuto essere proposta, secondo le regole ordinarie, in sede di impugnazione dell'aggiudicazione, mentre il ricorso è stato rivolto avverso l'atto meramente endoprocedimentale costituito dalla comunicazione relativa agli esiti dei lavori e delle valutazioni della commissione giudicatrice, avverso cui non vi è interesse a ricorrere, vieppiù considerato che l'atto rappresentava che l'offerta della controinteressata sarebbe stata sottoposta a verifica di congruità.
2.1. Il motivo va respinto.
L'odierna appellante ha impugnato il provvedimento n. 749 del 28 novembre 2017 di ammissione della controinteressata alla procedura di affidamento c.d. "sotto soglia" di cui in fatto, contenuto in un provvedimento titolato "ammissione concorrenti", sostenendo che la medesima avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in forza dell'applicazione del principio di rotazione.
L'art. 36 del d.lgs. 18 aprile 2018 n. 50, "Contratti sotto soglia", stabilisce al comma 1 che "L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese".
Negli affidamenti "sotto soglia" il principio, per espressa disposizione di legge, opera quindi già in occasione degli inviti.
In tema, questo Consiglio di Stato ha affermato che "Il principio di rotazione - che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte - trova fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Pertanto, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolino l'ingresso delle piccole e medie imprese, e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento", con la conseguenza che "La regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti - il cui fondamento, come si è visto, è quello di evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore - amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche (e a maggior ragione) quelli già invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione" (Cons. Stato, VI, 31 agosto 2017, n. 4125).
Laddove si lamenti la mancata applicazione del principio di rotazione, il concorrente può indi ricorrere già avverso il provvedimento di ammissione del gestore uscente, che concreta a suo danno, in via immediata e diretta, la paralisi di quell'ampliamento delle possibilità concrete di aggiudicazione che il principio di rotazione mira ad assicurare.
Diversamente opinando, ovvero se non vi fosse la possibilità di ricorrere avverso il provvedimento di ammissione del gestore uscente, la specificazione operata dall'art. 36 comma 1 del Codice dei contratti pubblici che il principio di rotazione opera già nella fase degli inviti sarebbe priva di ratio.
In tal senso, pertanto, non può essere posto in dubbio il collegamento con l'impugnazione immediata delle ammissioni disciplinata dall'art. 120 comma 2-bis del Codice del processo amministrativo, rinvenuto dalla sentenza appellata.
Questa Sezione ha già messo in luce tale collegamento, rammentando che, per la giurisprudenza amministrativa, il principio di rotazione determina l'obbligo per le stazioni appaltanti, al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, di non invitarlo nelle gare di lavori, servizi e forniture degli appalti "sotto soglia", ovvero, in alternativa, di invitarlo previa puntuale motivazione in ordine alle relative ragioni (Cons. Stato, V, 13 dicembre 2017, n. 5854; VI, n. 4125 del 2017, cit.), e riconoscendo, per l'effetto, la ritualità dell'immediata impugnazione dell'ammissione del concorrente per violazione del principio di rotazione, verificandosi "la condizione prevista dall'art.120, comma 2-bis, c.p.a., il quale individua nella data di pubblicazione dell'atto di ammissione, ex art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50-2016, il dies a quo di proposizione del ricorso, o comunque nel giorno in cui l'atto stesso è reso in concreto disponibile, secondo la nuova formulazione dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50-2016, introdotta dall'art.19 d.lgs. n. 56-2017" (Cons. Stato, V, sentenza breve 3 aprile 2018 n. 2079).
3. Con altro motivo l'appellante sostiene che la sentenza appellata non avrebbe fatto buon governo dei principi comunitari e costituzionali di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, libera iniziativa economica, né della previsione di cui all'art. 5 della l. 8 novembre 1991 n. 381, ai sensi del quale è stata espletata la procedura per cui è causa, che, tenuto conto della particolare finalità di carattere sociale dell'affidamento, consente la deroga alle regole ordinarie dettate dal Codice dei contratti per gli appalti c.d. "sotto soglia" e non menziona il principio di rotazione. A sostegno dell'assunto, l'appellante evidenzia che il principio di rotazione non è incluso tra quelli generali richiamati dall'art. 30 del d.lgs. 50/2016 né contemplato dal diritto comunitario, con la conseguenza che esso non potrebbe essere applicato laddove non espressamente richiamato. Infine, afferma che la procedura negoziata in parola, improntata al pieno rispetto dei principi di cui al predetto art. 5, nell'invitare alla procedura tutti gli operatori che hanno chiesto di parteciparvi, tra cui il gestore uscente, si sarebbe attenuta a principi di non discriminazione e di garanzia di uguaglianza di informazioni e di opportunità di aggiudicazione.
3.1. Le predette argomentazioni, tutte volte a concludere che nell'affidamento in esame, ai sensi dell'art. 5 della l. n. 381 del 1991, non trova applicazione il principio di rotazione, non possono essere condivise.
Per quanto qui di interesse, la l. 381 del 1981, recante "Disciplina delle cooperative sociali", all'art. 5 stabilisce che "Gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1. Le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei princìpi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza".
Dunque la norma facoltizza, e non impone, per la stipula delle convenzioni in parola, la deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione,
Sulla base di questo presupposto, fatto palese dalla lettera della legge, la sentenza appellata ha concluso per l'applicabilità alla procedura in esame del principio di rotazione in forza di due elementi.
Il primo, di carattere dirimente, è fondato sull'accertamento della circostanza che l'Amministrazione, nel regolare la procedura di affidamento in esame, non si è avvalsa, come pure avrebbe potuto fare, della possibilità di deroga prevista dal citato art. 5, come testimoniato dall'espresso richiamo da parte della lex specialis dell'art. 36 comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016, prevedente, appunto, l'applicazione del principio di rotazione.
Il secondo, che assume nell'andamento argomentativo della sentenza un carattere incidentale, è la non rinvenibilità nell'art. 5 della l. n. 381 del 1991 della facoltà di deroga al principio di rotazione, perché costituente uno dei precipitati del principio di non discriminazione richiamato all'ultimo periodo del comma 1.
Il primo elemento è oggetto del successivo motivo di appello, il quale, per le ragioni di seguito espresse, non merita accoglimento.
Il secondo elemento costituisce invece oggetto di critica nel motivo in esame.
Ne deriva che, poiché quest'ultimo assume, come detto, carattere incidentale, anche l'eventuale accoglimento del motivo in parola non sarebbe idoneo a determinare la riforma della sentenza appellata. In altre parole, anche laddove dovesse convenirsi con la conclusione, cui tende l'intero motivo, che il principio di rotazione non potrebbe essere applicato se non espressamente richiamato dalle disposizioni cui la procedura di affidamento si riferisce, dovrebbe pur sempre riconoscersi che di un siffatto approdo non può giovarsi il Comune appellante, che ha improntato la procedura per cui è causa alla previsione di cui all'art. 36 comma 2 del Codice dei contratti, che richiama il principio di rotazione.
Basti pertanto rilevare, per respingere il motivo, che l'affermazione della sentenza appellata secondo cui il principio di rotazione costituisce uno dei precipitati del principio di non discriminazione richiamato all'ultimo periodo del citato comma 1 della l. n. 281 del 1991 trova eco nella giurisprudenza di questo Consiglio di Stato.
E' stato infatti affermato che "anche nell'art. 30, 1 comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il principio della rotazione deve ritenersi implicitamente richiamato, attraverso il riferimento più generale al principio di libera concorrenza di cui il criterio in esame costituisce espressione" (Cons. Stato, VI, n. 4125 del 2017, cit.; nello stesso senso, V, n. 2079/2018, cit.), principio nell'ambito del quale si pone decisivamente il canone della non discriminazione richiamato dal ridetto art. 5 della l. 381/1991.
4. Con altro motivo il Comune di Viadana sostiene l'erroneità della sentenza appellata in quanto la gara sarebbe stata svolta ai sensi dell'art. 5 della l. 381/91, in deroga alla disciplina generale in tema di contratti pubblici, mentre l'art. 36 comma 1 del d.lgs. 50/2016, che sancisce il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, non sarebbe mai stato richiamato nei relativi atti e vieppiù introdotto successivamente alla pubblicazione dell'avviso di manifestazione di interesse. Sostiene ancora l'appellante la valenza non decisiva del richiamo da parte dell'atto di indizione della gara dell'art. 36 comma 2 lett. b), in quanto volto esclusivamente all'indicazione della tipologia della procedura prescelta (negoziata e non ordinaria) e pertanto non implicante l'applicazione del criterio di rotazione.
Il motivo deve essere respinto, in forza degli elementi di seguito esposti.
La gara è stata indetta con determinazione dirigenziale n. 680 del 6 novembre 2017.
Tale determinazione ha richiamato, tra altro, sia nel preambolo che nella conseguente determina l'art. 5 della l. 381 del 1991 e l'art. 36 comma 2 del Codice dei contratti pubblici.
Tale secondo richiamo non è stato corredato dall'indicazione di una delle lettere di cui si compone il comma 2. L'indicazione della lett. b) del comma 2 si rinviene invece all'interno dell'avviso di procedura negoziata.
Nell'atto di indizione della gara e nell'allegata lettera invito - disciplinare non vi è alcuna rappresentazione dell'intendimento dell'Amministrazione di derogare alle norme del Codice dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 5 della l. n. 381 del 1991. E' detto esclusivamente, con intento chiaramente descrittivo della disposizione, che l'art. 5 della l. 381 del 1991 consente la deroga al Codice.
Nel descritto contesto, deve escludersi che il mero richiamo al predetto art. 5 possa avere la valenza derogatoria invocata dal Comune di Viadana, ciò che avrebbe necessitato la chiara esplicitazione della relativa determinazione e delle sottostanti motivazioni.
Ne consegue che lo stesso richiamo ha unicamente l'effetto di precisare la peculiare tipologia di selezione cui è preordinata la procedura, con esclusione della possibilità che tale precisazione possa influire sull'individuazione del meccanismo selettivo, che è stato inequivocamente ricondotto al comma 2 dell'art. 36 del Codice dei contratti pubblici.
Inoltre, il soddisfacimento della necessità di indicare il carattere negoziato della procedura risulta compiutamente realizzato dal riferimento, pure recato dal bando, alla "procedura telematica negoziata ai sensi dell'art. 3, co.1, lett. uuu) … del d.lgs. 50/2016".
Alla luce di tutto quanto sopra, ben ha fatto la sentenza appellata a escludere che l'Amministrazione abbia manifestato l'intendimento di voler derogare alle previsioni di cui all'art. 36 del Codice e a incentrare la decisione del ricorso sulla disposizione del comma 2 dell'art. 36, restando indifferente che nella motivazione del punto sia stata riportata per esteso la relativa lettera c) anziché la lettera b), atteso che ambedue le previsioni richiamano il principio di rotazione: va ribadito, pertanto, in uno alla sentenza gravata, che il Comune si è autovincolato all'applicazione nella gara in esame del principio in parola, richiamato per il tramite di una delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici che espressamente lo contempla.
Né l'insorgenza di tale autovincolo richiedeva, come sembra ritenere l'Amministrazione appellante, il richiamo specifico del comma 1 dell'art. 36, che sancisce in via generale che gli affidamenti "sotto soglia" sono retti anche dal principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, atteso che, come visto, lo stesso principio di rotazione è richiamato anche nel comma 2 indicato dal bando.
Inoltre, per la giurisprudenza, per le gare di lavori, servizi e forniture negli appalti "sotto soglia" è indubbia l'obbligatorietà del principio di rotazione (Cons. Stato, VI, n. 4125 del 2017, cit.; V, n. 5854 del 2017, cit.).
La chiara impostazione impressa, nei sensi appena esposti, alla disciplina della procedura, quale diretta conseguenza dell'applicazione della ivi richiamata normativa legale di riferimento, rende poi irrilevante ogni questione, pure introdotta dall'appellante, in ordine all'individuazione di quale sia la precipua funzione del criterio di rotazione e del suo ambito applicativo come delineato dall' ANAC.
5. Va respinto anche l'ultimo motivo di appello.
La precipua tutela connessa al principio di rotazione negli affidamenti "sotto soglia" è quella, anticipata, mirante all'obiettivo di evitare che la gara possa essere falsata, a danno degli altri partecipanti, dalla partecipazione di un soggetto che vanta conoscenze acquisite durante il pregresso affidamento. Ne deriva che, contrariamente a quanto ritenuto nel motivo, l'esclusione del gestore uscente, ove l'Amministrazione, come nel caso di specie, non abbia motivato in ordine alla ricorrenza di specifiche ragioni a sostegno della determinazione di invitarlo comunque a partecipare alla gara, non richiede alcuna prova della posizione di vantaggio da questi goduta, che è presupposta direttamente dalla legge.
Né vale opporre, come fa il Comune, l'ampiezza della platea dei candidati cui è stato trasmesso l'invito a seguito della manifestazione di interesse espressa in esito all'avviso pubblicato dall'Amministrazione, o il documento con cui il RUP ha espressamente richiesto alla Centrale di committenza di ammettere tutti i candidati, ivi compreso il gestore uscente, che avessero chiesto di partecipare alla gara, e, più in generale, la circostanza che l'Amministrazione non si sia avvalsa della potestà di operare limitazioni al numero di operatori tra cui effettuare la selezione.
Difatti, anche in disparte l'evidente rilievo che la motivazione richiesta per derogare al principio di rotazione si incentra non su tutti i concorrenti, ma solo sul gestore uscente, e gli elementi di cui sopra non attengono a tale ambito, la sola considerazione dell'ampiezza della platea dei concorrenti non comporta la mancata applicazione del principio di rotazione, essendo, piuttosto e di contro, il numero eventualmente ridotto di operatori presenti sul mercato a rilevare in tema di deroga al principio (Cons. Stato, V, 13 dicembre 2017, n. 5854).
Deve ancora aggiungersi che la posizione del gestore uscente non può essere equiparata, quanto all'applicazione del principio di rotazione a esso specificamente rivolto, a quella di una impresa, quale l'appellata, che abbia, nel tempo, svolto lo stesso servizio, come evocato dal Comune.
6. Per tutto quanto precede l'appello in esame va respinto.
7. Le spese di lite del grado in parte seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo, per il restante sono compensate.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello di cui in epigrafe, lo respinge.
Condanna l'appellante Comune di Viadana alla refusione in favore dell'appellata S. Lucia Societá Cooperativa Sociale di Solidarietá Onlus delle spese di lite, liquidate nell'importo pari a € 5.000,00 (euro cinquemila/00) oltre oneri di legge. Compensate le altre.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 25 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:
Francesco Caringella, Presidente
Alessandro Maggio, Consigliere
Valerio Perotti, Consigliere
Federico Di Matteo, Consigliere
Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 14/01/2019
**N. 00049/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 00754/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**
**(Sezione Terza)**

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 754 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Agfa Gevaert s.p.a., in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI Agfa Gevaert s.p.a. - Medas s.r.l. - LUTECH s.p.a. - G.P.I. s.p.a. - KPMG Advisory s.p.a. - Medas s.r.l, Lutech s.p.a., KPMG Advisory s.p.a., GPI s.p.a., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentate e difese dagli avvocati Gianluca Piccinni, Stefano Vinti e Dario Capotorto, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Gianluca Piccinni in Roma, via Belli, 39;

***contro***
Innovapuglia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato Michele Dionigi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Fornari, 15/A;
Regione Puglia, non costituita in giudizio;
***nei confronti***
Exprivia s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Gattamelata, Francesca Romana Feleppa e Angelo Lanno, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Angelo Lanno in Bari, via San Francesco D’Assisi, n. 15;
***per l’annullamento,***
*previa concessione delle opportune misure cautelari,*
- della deliberazione del C.d.A., verbale n. 11 del 23.4.2018 con la quale è stata aggiudicata in via definitiva, in favore di Exprivia s.p.a., la procedura aperta per la fornitura di prodotti e servizi per la realizzazione del sistema informativo regionale per la diagnostica per immagini, comunicata con nota prot. n. 180514010 da parte del Direttore Generale di Innovapuglia a mezzo pec in data 15.5.2018;
- dei verbali di gara, con i quali è stata ammessa e utilmente valutata l’offerta del RTI Exprivia Healthcare It s.r.l. (ora Exprivia spa) sia delle sedute pubbliche, sia delle sedute riservate (tutti i verbali dal n. 1 al n. 40), nonché tutti i verbali del subprocedimento di anomalia e dei verbali di contraddittorio per offerta anomala, tra cui il verbale di contraddittorio per offerta anomala del 4.9.2017 nonché delle graduatorie provvisoria e definitiva;
- della verifica di anomalia e del relativo giudizio di congruità;
- dei giustificativi integrali presentati da Exprivia, non conosciuti, ritenuti idonei ai fini della valutazione della congruità dell’offerta;
- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale non conosciuto, ivi inclusi tutti gli atti relativi alla comprova e l’eventuale dichiarazione di efficacia dell’aggiudicazione definitiva;
nonché per la declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per il conseguimento dell’aggiudicazione con subentro nel servizio e nel contratto, ovvero per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente monetario;
nonché per l’annullamento, ai sensi dell’art. 116 cod. proc. amm.,
- del provvedimento implicito con cui Innovapuglia ha negato l’accesso integrale alla documentazione relativa alla offerta della Exprivia s.p.a., oscurando parti del progetto tecnico e parte della relazione giustificativa dell’anomalia di Exprivia del 2.3.2017 (da pag. 5 a 11) e omettendo di rilasciare copia firmata digitalmente dei giustificativi prodotti dalla ditta Exprivia in data 13.7.2017 con i relativi allegati, copia conforme all’originale parere espresso dal consulente esterno incaricato dal Rup all’interno del procedimento di anomalia e che risulta espressamente richiamato nel verbale n. 34 del 5.7.2017 della Commissione nonché i provvedimenti di verifica adottati dalla stazione appaltante in merito al possesso dei requisiti di gara da parte di Exprivia a seguito dell’incorporazione avvenuta dopo lo scioglimento della Commissione;
- di ogni altro provvedimento e/o comportamento presupposto, connesso e/o conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente, con particolare riferimento al silenzio rifiuto formatosi sulla istanza del 24.5.2018 e sulla successiva istanza del 29.5.2018;
nonché per la declaratoria e l’accertamento
1) della fondatezza delle istanze di accesso agli atti del 24.5.2018 - 29.5.2018 e del diritto della ricorrente alla ostensione (visione ed estrazione copia) di tutta la documentazione relativa alla offerta di Exprivia firmata digitalmente, ivi incluse le parti del progetto tecnico oscurate, i pareri, le verifiche compiute dalla stazione appaltante e i giustificativi integrali;
2) del conseguente diritto del RTI ricorrente all’accesso agli stessi atti, ai sensi degli artt. 22 e ss. legge n. 241/1990 e dell’art. 13, comma 5 dlgs n. 163/2006;
sul ricorso per motivi aggiunti depositato in data 24 luglio 2018, per l’annullamento
- di tutti gli atti già impugnati con il ricorso:
- della deliberazione del C.d.A., verbale n. 11 del 23.4.2018 con la quale è stata aggiudicata in via definitiva, in favore di Exprivia s.p.a., la procedura aperta per la fornitura di prodotti e servizi per la realizzazione del sistema informativo regionale per la diagnostica per immagini, comunicata con nota prot. n. 180514010 da parte del Direttore Generale di Innovapuglia a mezzo pec in data 15.5.2018;
- dei verbali di gara, con i quali è stata ammessa e utilmente valutata l’offerta del RTI Exprivia Healthcare It s.r.l. (ora Exprivia spa) sia delle sedute pubbliche, sia delle sedute riservate (tutti i verbali dal n. 1 al n. 40), nonché tutti i verbali del subprocedimento di anomalia e dei verbali di contraddittorio per offerta anomala, tra cui il verbale di contraddittorio per offerta anomala del 4.9.2017 nonché delle graduatorie provvisoria e definitiva;
- della verifica di anomalia e del relativo giudizio di congruità;
- di tutti giustificativi presentati da Exprivia e depositati in giudizio da Innovapuglia, ritenuti dalla Commissione idonei ai fini della valutazione della congruità dell’offerta, nonché della relativa offerta tecnica ed economica di Exprivia con tutti gli allegati;
- di ogni altro atto connesso, presupposto e/o consequenziale non conosciuto, ivi inclusi tutti gli atti relativi alla comprova e l’eventuale dichiarazione di efficacia dell’aggiudicazione definitiva;
nonché per la declaratoria di nullità, invalidità ed inefficacia del contratto eventualmente stipulato e per il conseguimento dell’aggiudicazione con subentro nel servizio e nel contratto, ovvero per la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente monetario;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Innovapuglia s.p.a. e di Exprivia s.p.a.;
Relatore il dott. Francesco Cocomile e uditi nell’udienza pubblica del giorno 6 dicembre 2018 per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Rilevato quanto segue:
1. - Con istanze del 24.5.2018 e del 29.5.2018 l’odierna ricorrente Agfa Gevaert s.p.a. chiedeva alla stazione appaltante Innovapuglia s.p.a. l’accesso integrale alla documentazione di gara riguardante la controinteressata Exprivia.
Con domanda *ex* art. 116, comma 2 cod. proc. amm., cumulativamente formulata in uno al ricorso introduttivo (cfr. pag. 2 e 27 e ss.), Agfa Gevaert s.p.a. impugnava “il provvedimento implicito” con cui Innovapuglia negava l’accesso integrale invocato con le citate istanze, deducendo la violazione degli artt. 13 dlgs n. 163/2006 e 22 e ss. legge n. 241/1990.
Successivamente la documentazione veniva esibita in modo parziale e ciò comunque consentiva ad Agfa di proporre motivi aggiunti.
Nel corso dell’udienza pubblica del 6.12.2018 il difensore di parte ricorrente, rilevata detta ultima circostanza stante l’esistenza di molte parti oscurate, insisteva per l’accesso integrale alla suddetta documentazione.
2. - Ciò premesso, ritiene questo Collegio che le richieste istruttorie della società istante debbano essere accolte.
3. - Invero, il diritto di accesso alla documentazione amministrativa relativa ad una gara di appalto è specificamente regolamentato dall’art. 13 dlgs n. 163/2006 (*ratione temporis* applicabile alla gara *de qua*; cfr. altresì art. 53 dlgs n. 50/2016 di analogo tenore), il cui comma 6 così dispone: “In relazione all’ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l’accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell’ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso.”.
Detta disposizione (art. 13, comma 6 dlgs n. 163/2006) è espressamente richiamata dall’art. 5.3 (pagg. 16 e 17) del disciplinare di gara in ipotesi (ricorrente nel caso di specie) di accesso “difensivo”. E’ evidente che l’accesso di cui alle disposizioni citate deve consentire anche l’estrazione di copia senza alcuna limitazione.
Nella vicenda in esame le istanze di accesso e l’istanza istruttoria *ex* art. 116, comma 2 cod. proc. amm. sono state formulate da Agfa Gevaert s.p.a. quale partecipante alla procedura di gara per cui è causa, e quindi da un “concorrente” *ex* art. 13, comma 6 dlgs n. 163/2006.
In forza della citata disposizione l’accesso agli atti di gara è “comunque” (*i.e.* anche laddove sia stato legittimamente opposto un segreto tecnico o commerciale ai sensi dell’art. 13, comma 5, lett. a) e b) dlgs n. 163/2006) consentito al solo concorrente che abbia partecipato alla selezione, purché la documentazione richiesta sia effettivamente funzionale alla difesa dei diritti del richiedente.
Il diritto di accesso agli atti di una gara di appalto deve essere riconosciuto anche quando vi è l’opposizione - come avvenuto nella fattispecie concreta oggetto di giudizio - di altri partecipanti controinteressati per la tutela di segreti tecnici e commerciali, in quanto esso è prevalente rispetto all’esigenza di riservatezza o di segretezza.
Peraltro, la partecipazione alle gare di appalto pubbliche comporta l’accettazione implicita da parte del concorrente delle regole di trasparenza ed imparzialità che caratterizzano la selezione, fermo restando l’obbligo tassativo per il richiedente l’accesso di utilizzare i documenti acquisiti esclusivamente per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici.
Vi è, in altri termini, nella decisione di un’impresa di partecipare a gare di appalto pubbliche una inevitabile accettazione del rischio di divulgazione del segreto industriale o commerciale, ove quest’ultimo sia impiegato allo scopo di acquisire un vantaggio competitivo all’interno di una gara pubblica, proprio in dipendenza dei caratteri di pubblicità e trasparenza che assistono quest’ultima.
Va, altresì, evidenziato che il comma 6 dell’art. 13 dlgs n. 163/2006 (in tema di accesso agli atti di gara) non si pone in contrasto con l’art. 6 direttiva n. 2004/18 (di cui la citata norma interna costituisce attuazione), disposizione quest’ultima che assegna netta prevalenza alla tutela della riservatezza.
Invero, la norma europea da ultimo citata fa comunque salva la legislazione nazionale cui è soggetta l’amministrazione aggiudicatrice.
Peraltro, detta salvezza della legislazione nazionale cui è soggetta l’amministrazione aggiudicatrice è contemplata in modo ancora più esplicito dall’art. 21 direttiva 2014/24/UE (corrispondente al precedente art. 6 direttiva n. 2004/18) ove si fa espresso riferimento “in particolare” alla “legislazione nazionale riguardante l’accesso alle informazioni”.
Pertanto, si deve ritenere pienamente legittimo - sul piano della compatibilità con il diritto dell’Unione europea - l’intervento dello Stato membro finalizzato ad attribuire prevalenza all’accesso (peraltro nel caso di specie qualificato dalle esigenze “difensive”) rispetto alla tutela del segreto (tecnico o commerciale), come avvenuto appunto nel caso della legislazione italiana del 2006 (comma 6 dell’art. 13 dlgs n. 163/2006); analoga prevalenza è parimenti riscontrabile nella previsione di cui all’art. 53, comma 6 dlgs n. 50/2016.
L’accesso alla documentazione richiesta risulta funzionale alla difesa dei diritti della ricorrente Agfa poiché l’esibizione integrale di detta documentazione (senza parti oscurate) potrebbe consentire alla stessa istante la proposizione di ulteriori motivi aggiunti nell’ambito del presente giudizio.
La società ha interesse - come rimarcato nella istanza istruttoria - a conoscere (attraverso l’esibizione) il contenuto di tutta l’offerta tecnica (busta tecnica) e delle giustificazioni del RTI Exprivia senza omissis, tenuto conto del fatto che la esibizione parziale dell’intera documentazione tecnica certamente non può consentire la ponderata predisposizione di una linea difensiva finalizzata alla formulazione di eventuali motivi aggiunti.
Pertanto, parte ricorrente è titolare di un interesse diretto, attuale e concreto (*ex* artt. 22, comma 1, lett. b) legge n. 241/1990 e 2, comma 1 d.p.r. n. 184/2006) all’accesso pieno all’offerta tecnica di Exprivia ed alla documentazione richiamata nelle istanze del 24.5.2018 e del 29.5.2018, in vista della (*rectius* strumentale alla) tutela in giudizio della proprie posizioni giuridiche soggettive (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 28 luglio 2016, n. 3431: “…, se è vero che il diritto di accesso deve essere più propriamente definito quale “potere di natura procedimentale volto in senso strumentale alla tutela di un interesse giuridicamente rilevante (diritto o interessi)” (Cons. Stato, ad. Plen., 20 aprile 2006 n. 7; sez. IV, 28 febbraio 2012 n. 1162), esso deve tuttavia avere i caratteri (che deriva dalla posizione cui afferisce) della personalità, concretezza e attualità, e postula un accertamento concreto dell’esistenza di un interesse differenziato della parte che richiede i documenti (Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 2006 n. 555).”).
4. - In conclusione, l’istanza *ex* art. 116, comma 2 cod. proc. amm. proposta da Agfa Gevaert s.p.a. deve essere accolta e, per l’effetto, deve ordinarsi ad Innovapuglia s.p.a. di esibire integralmente alla ricorrente, entro il termine di giorni trenta decorrente dalla comunicazione o notifica del presente provvedimento, la documentazione richiesta con le istanze del 24.5.2018 e del 29.5.2018 dalla stessa società senza omissis.

**P.Q.M.**

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, sede di Bari, Sez. III, riservata alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione in rito, in merito e sulle spese, pronunciando sull’istanza *ex* art. 116, comma 2 cod. proc. amm. proposta da Agfa, la accoglie e, per l’effetto, ordina ad Innovapuglia s.p.a. di esibire integralmente alla ricorrente, entro il termine di giorni trenta decorrente dalla comunicazione o notifica del presente provvedimento, la documentazione richiesta con le istanze del 24.5.2018 e del 29.5.2018 dalla stessa società senza omissis.
Spese al definitivo.
Fissa l’udienza pubblica di discussione del merito alla data del 27 febbraio 2019.
Manda alla Segreteria per gli adempimenti e le comunicazioni di rito.
Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 6 dicembre 2018 con l’intervento dei magistrati:
Carlo Dibello, Presidente FF
Francesco Cocomile, Consigliere, Estensore
Angelo Fanizza, Primo Referendario

Pubblicato il 09/01/2019
N. 00040/2019 REG.PROV.COLL.
N. 02194/2018 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2194 del 2018, proposto da
AC Victoria a.s.d., rappresentata e difesa dagli avv.ti Stefano Motta e Roberto Corbetta, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Cristina Vismara, in Milano, via Savarè n. 1;

contro

Comune di Calolziocorte, rappresentato e difeso dall’avv. Giovanni Liguori, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Emilio Carlo Magnoni, in Milano, largo Augusto n. 3;
Provincia di Lecco, rappresentata e difesa dall’avv. Andrea Gandino, con domicilio digitale presso l’indirizzo di posta elettronica certificata andreagandino@pec.ordineavvocatitorino.it;

nei confronti

Associazione Calcio Dilettantistico Calolziocorte, non costituita in giudizio;

per l’annullamento, previa sospensione cautelare dell’efficacia:

1) della determinazione del Funzionario Responsabile del Settore Servizi alla Persona e alla Famiglia della Città di Calolziocorte resa in data 27.07.2018 - Reg. Gen. Numero 402 – Numero Settoriale 72 che ha approvato la proposta di determinazione n. 32 del 27.07.2018 avente ad oggetto “Affidamento in concessione degli impianti sportivi comunali per il periodo dal 01.08.2018 al 31.07.2021”, determina pubblicata all’Albo Pretorio della Citta di Calolziocorte dal 27.07.2018 all'11.08.2018;

2) della determinazione dirigenziale della Provincia di Lecco n. 686 del 26.07.2018 avente ad oggetto “SUA. Lecco. Comune di Calolziocorte. Affidamento in concessione degli impianti sportivi comunali per il periodo dal 01.08.2018 al 31.07.2021. Aggiudicazione”, con la quale si determinava di approvare “…il verbale di gara ed il report di procedura SINTEL ID 98305488 relativi all’affidamento del servizio di gestione degli impianti sportivi comunali, per il periodo dal 01.08.2018 al 31.07.2021 …”, nonché di procedere con l’aggiudicazione e di affidare conseguentemente la concessione in argomento, alla Associazione Calcio Dilettantistico Calolziocorte con sede in 23801 Calolziocorte (LC) Via Centro Sportivo Comunale snc – PI/ CF 02908670132 con un punteggio complessivo di 70,80/100 ed un ribasso offerto del 15% sull'importo di Euro 30.000,00 a base d’asta;

nonché

3) dei verbali di gara e di ogni altro atto connesso, prodromico e successivo, conseguente e/o conseguenziale e comunque lesivo degli interessi della ricorrente, compreso, ove occorra, la deliberazione, di data ed estremi sconosciuti, di riapertura dei termini per la presentazione delle offerte assunta dalla stazione appaltante e dell’avviso di riapertura dei termini pubblicato in data 10.7.2018 alle ore 12.50.04;

4) per quanto occorra, del provvedimento di rigetto dell’istanza di annullamento in autotutela reso dalla Provincia di Lecco in data 31.07.2018 – prot. 41953/2018,

per la condanna

in forma specifica, ai sensi degli articoli 121 e 122 Cod. proc. amm., attraverso l’aggiudicazione della procedura di gara all'odierna ricorrente e contestuale annullamento e/o caducazione ovvero declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente nelle more stipulato

ovvero, in subordine, disponendo la rinnovazione degli atti di gara a partire dalla fase successiva alla presentazione delle offerte

e, in via gradata per il risarcimento dei danni per equivalente da quantificarsi in corso di causa ovvero rimesso alla valutazione equitativa dell’adito Tribunale, danni da imputare al mancato utile e perdita di chance.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Calolziocorte e della Provincia di Lecco;

Visti tutti gli atti e i documenti della causa;

Relatore nell’udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2018 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO**

La Provincia di Lecco, in qualità di Stazione Unica Appaltante – SUA ha bandito, nell’interesse del Comune di Calolziocorte, la procedura aperta per l’affidamento in concessione del servizio di gestione degli impianti sportivi insistenti sul territorio comunale per il periodo 1°.08.2018/31.07.2021, da aggiudicare all’offerta economicamente più vantaggiosa.

Hanno partecipato alla gara la Associazione sportiva dilettantistica AC Victoria a.s.d., odierna ricorrente, e, dopo la riapertura del termine di presentazione delle offerte, l’Associazione Calcio Dilettantistico Calolziocorte, odierna controinteressata.

La Commissione di gara, dopo aver escluso AC Victoria a.s.d per aver presentato offerta quale concorrente singolo pur avendo dichiarato nella relazione tecnica che avrebbero cooperato alla gestione anche altre Associazioni sportive, ha poi aggiudicato la concessione all’Associazione Calcio Dilettantistico Calolziocorte.

Gli esiti della gara sono contestati da AC Victoria, che con il ricorso introduttivo del giudizio domanda l’annullamento, previa sospensione cautelare dell’efficacia, degli atti in epigrafe compiutamente individuati, oltre alla declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato, al subentro nel servizio, o alla riattivazione della procedura ad evidenza pubblica, e, in subordine, il risarcimento dei danni per mancato utile e perdita di chance.

Si sono costituiti in giudizio la Provincia di Lecco e il Comune di Calolziocorte, entrambi dapprima con atto di mera forma e poi con memorie difensive, contestando la prospettazione avversaria e concludendo per la reiezione del ricorso.

Non si è, invece, costituita in giudizio l’Associazione Calcio Dilettantistico Calolziocorte, pure ritualmente evocata.

Le parti hanno ulteriormente argomentato le rispettive posizioni in successivi scritti difensivi, insistendo per l’accoglimento delle già rassegnate conclusioni.

Rigettata dal Tribunale la domanda cautelare, la causa è stata chiamata alla pubblica udienza del 20 dicembre 2018 e in quella sede trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

1. Viene all’esame di questo Tribunale Amministrativo Regionale il ricorso proposto da AC Victoria a.s.d. contro la sua esclusione dalla procedura aperta bandita dalla Provincia di Lecco, quale SUA, nell’interesse del Comune di Calolziocorte per l’affidamento in concessione del servizio di gestione degli impianti sportivi insistenti sul territorio comunale per il periodo 1°.08.2018/31.07.2021, nonché contro l’aggiudicazione del contratto medesimo all’Associazione Calcio Dilettantistico Calolziocorte.

2.1. Con il primo motivo di impugnazione la ricorrente deduce il vizio di “Violazione e falsa applicazione dell’art. 79 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50; violazione e falsa applicazione dell’art. 6 del disciplinare di gara; eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione sul punto; errata valutazione dei presupposti; contraddittorietà e travisamento dei fatti; violazione del principio della par condicio tra i concorrenti, nonché del principio di imparzialità e trasparenza”.

Contesta la deducente la decisione della stazione appaltante di prorogare il termine per la presentazione delle offerte: la proroga ha consentito alla controinteressata di partecipare alla gara, laddove alla scadenza originaria del termine c’era la sola offerta della deducente medesima.

Evidenzia la AC Victoria a.s.d. che la proroga è stata disposta dopo la scadenza del termine così prorogato; e che non si è verificato alcun malfunzionamento della piattaforma Sintel sulla quale dovevano essere caricate le offerte, ma un semplice rallentamento durato complessivamente non più di trenta minuti.

2.2.1. La doglianza è infondata.

2.2.2. E’ documentato in atti un rallentamento della piattaforma telematica su cui dovevano essere caricate le offerte in prossimità della scadenza del termine di presentazione delle offerte stesse: la circostanza è idonea a giustificare la decisione della stazione appaltante di riaprire il suddetto termine, in applicazione del disposto dell’articolo 79, comma 5 bis, D.Lgs. n. 50/2016.

Invero, nell’ambito di una procedura ad evidenza pubblica in cui vi è un’unica modalità di presentazione dell’offerta, predeterminata dalla stazione appaltante, o prescritta dalla legge, senza margine di scelta per il concorrente, e il cui controllo è sottratto al concorrente stesso, il malfunzionamento del sistema di presentazione dell’offerta non può andare a danno dell’offerente.

Nella logica di leale collaborazione che informa i rapporti tra Amministrazione e amministrato, il concorrente deve farsi parte diligente nel presentare correttamente e tempestivamente la propria offerta, e la stazione appaltante deve mettere l’operatore economico in condizione di partecipare alla gara. Pertanto, a fronte di un malfunzionamento del sistema telematico di gestione della gara, tale da aver realmente interferito sull’intervallo di presentazione dell’offerta stabilito dalla disciplina di gara, la Stazione appaltante è tenuta, nelle forme più adeguate alla fattispecie, a ripristinare tale intervallo, compromesso dal malfunzionamento, in modo da dare la possibilità all’operatore economico di presentare la propria offerta, così da garantire la par condicio competitorum.

2.2.3. Né vale obiettare che l’Amministrazione era priva del potere di proroga, essendo nelle more venuto a scadenza il termine da prorogare.

In disparte il dato terminologico (avendo la Provincia disposto una riapertura del termine e non una proroga dello stesso), il punto è che, proprio per le ragioni sopra indicate, non può andare a discapito dell’operatore economico la circostanza che la stazione appaltante non si avveda tempestivamente del malfunzionamento del sistema: se il problema, ancorché antecedente alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, emerge successivamente alla scadenza dello stesso, l’Amministrazione dispone la riapertura del termine adottando un provvedimento con finalità sovrapponibili a quelle della proroga (cfr., C.d.S., Sez. V, sentenza n. 4135/2017).

3.1.1. Con il secondo motivo di impugnazione la ricorrente deduce il vizio di “Violazione e falsa applicazione dell’art. 7.1 del disciplinare di gara nonché dell’art. 11 del relativo capitolato speciale d’appalto; eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione sul punto; contraddittorietà e apoditticità della motivazione; travisamento dei fatti”, avverso la propria esclusione dalla gara.

Il provvedimento espulsivo è stato disposto perché AC Victoria a.s.d., pur avendo presentato l’offerta singolarmente, nella relazione tecnica che accompagnava la relativa offerta essa dichiarava che nello svolgimento di molte attività si sarebbe avvalsa della collaborazione di altre associazioni sportive, senza tuttavia aver fatto far ricorso né all’avvalimento, né al subappalto.

Secondo la deducente, invece, l’offerta così formulata sarebbe conforme alla legge di gara, avendo prospettato rapporti di mera collaborazione con associazioni sportive del territorio, che non possono essere configurati né in termini di avvalimento, né in termini di subappalto. Rappresenta, inoltre, la ricorrente che anche l’aggiudicataria, che ha dichiarato di non avere dipendenti, dovrà necessariamente ricorrere a collaborazioni.

3.1.2. Con il terzo motivo di impugnazione la ricorrente deduce il vizio di “Violazione e falsa applicazione dell’art. 83 del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 in relazione all’articolo 7.1 del disciplinare di gara e all’art. 11 del relativo capitolato speciale d’appalto; violazione del principio del favor partecipationis”, sempre avverso la propria esclusione dalla gara.

Secondo la deducente male avrebbe fatto la stazione appaltante a non attivare il soccorso istruttorio, impedendole di spiegare il ruolo, all’interno della concessione, delle collaborazioni con altre Associazioni sportive.

3.2.1. Le doglianze, che possono essere trattate congiuntamente, sono entrambe infondate.

3.2.2. Il Capitolato speciale nell’elencare gli oneri a carico del gestore (articolo 11) include il «coinvolgimento, nella gestione dei servizi sportivi, delle associazioni sportive del territorio che, a diverso titolo, utilizzano gli impianti».

Sennonché, come bene messo in luce dalle difese delle Amministrazioni resistenti, AC Victoria a.s.d. è andata ben oltre nel coinvolgimento di altre due associazioni sportive, che pure non avevano presentato offerte congiuntamente all’odierna ricorrente. Nella relazione tecnica che accompagna l’offerta della ricorrente si legge, infatti, che le Associazioni sportive Virtus in Ludis e Carpe Diem Basket, unitamente alla offerente, si occuperanno anche della manutenzione ordinaria degli impianti sportivi, della promozione delle attività svolte all’interno delle strutture medesime, della gestione del bar – punto di ristoro interno.

Correttamente la stazione appaltante ha ritenuto che un siffatto progetto fosse incompatibile con un offerente in forma singola, non avendo la AC Victoria a.s.d. nemmeno fatto ricorso agli istituti dell’avvalimento o del subappalto per qualificare l’intervento di Virtus in Ludis e di Carpe Diem Basket. L’incoerenza dell’offerta giustifica la sanzione espulsiva.

3.2.3. D’altro canto, la suvvista incongruenza non è nemmeno suscettibile di essere sanata attraverso lo strumento del soccorso istruttorio. Il comma 9 dell’articolo 83 del D.Lgs. n. 50/2016 sottrae espressamente dall’ambito di applicazione dell’istituto l’offerta tecnica e l’offerta economica. Consentire all’offerente di porre rimedio a eventuali carenze (anche in termini di chiarezza) dell’offerta, successivamente alla scadenza del termine di presentazione delle stesse e vieppiù a buste aperte, significherebbe violare la par condicio dei concorrenti.

4.1. Con il quarto motivo di impugnazione la ricorrente deduce il vizio di “Violazione e mancata applicazione dell’art. 83 del D.Lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell’art. 6.3 del disciplinare di gara; eccesso di potere per illogicità e manifesta irragionevolezza, errata valutazione dei documenti di gara e conseguente illogicità della motivazione; disparità di trattamento; violazione della par condicio e del principio della responsabilità; violazione dei principi che regolano l’evidenza pubblica”.

Lamenta la deducente che nell’offerta economica della ricorrente non ci sarebbe concordanza tra la percentuale del ribasso e il valore dello stesso in termini assoluti: il che darebbe luogo a una incertezza non sanabile con il soccorso istruttorio.

4.2.1. La doglianza è infondata.

4.2.2. Il disciplinare di gara (punto 6.3. – allegato “E”) prevedeva l’indicazione del solo ribasso offerto: a sistema è stata caricata da parte della controinteressata un’offerta economica contenente un ribasso, a lettere e in cifre, del 15% (doc. 7 fascicolo della Provincia di Lecco) e la concessione è stata aggiudicata con un ribasso del 15% sulla base d’asta.

Pertanto è irrilevante che nel solo modulo “E” l’aggiudicataria, anziché limitarsi a indicare la percentuale del ribasso, lo abbia anche quantificato in termini assoluti, incorrendo in palese errore materiale, posto che non è mai sorto alcun dubbio sull’effettiva volontà dell’offerente.

5.1. Con il quinto motivo di impugnazione la ricorrente deduce il vizio di “Violazione e falsa applicazione dell’art. 80 co. 5 lett. c) D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50; eccesso di potere per difetto di istruttoria e carenza di motivazione; violazione del principio di imparzialità della P.A. par condicio dei concorrenti”.

Ritiene la deducente che la controinteressata doveva essere esclusa dalla gara perché era risultata gravemente inadempiente degli obblighi discendenti dalla precedente concessione degli impianti sportivi in questione.

5.2. La doglianza è infondata.

La valutazione della affidabilità professionale della concorrente in relazione a inadempimenti contrattuali di cui la stessa si sia resa responsabile è di norma rimessa alla discrezionalità della stazione appaltante, con la conseguenza che, ove questa ritenga di non attivarsi per l’esclusione dalla gara, è precluso al Giudice amministrativo di pronunciarsi rispetto a poteri non ancora esercitati.

6. In conclusione il ricorso è infondato e viene pertanto respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nella misura indicata in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna AC Victoria a.d.s. a rifondere al Comune di Calolziocorte e alla Provincia di Lecco le spese di giudizio, che liquida per ciascun resistente in Euro 2.000,00, oltre ad accessori di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2018 con l’intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Giovanni Zucchini, Consigliere

Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario, Estensore

Pubblicato il 08/01/2019
**N. 00003/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 00470/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**
**sezione staccata di Latina (Sezione Prima)**
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 470 del 2018, proposto da
Gruppo Sapa - S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Lucio Perone, Crescenzo Giuseppe Rinaldi, con domicilio digitale come da PEC - Registri di Giustizia;
***contro***
Comune di Terracina, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Martina Iannetti, con domicilio digitale come da PEC - Registri di Giustizia;
Cuc - Terracina-Itri-Sabaudia, non costituito in giudizio;
***nei confronti***
D.R. Costruzioni - S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Ruggieri, Carmen Di Maio, con domicilio digitale come da PEC - Registri di Giustizia;
***per l'annullamento***
della determina n. 968/2018, avente ad oggetto la revoca della aggiudicazione definitiva.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Terracina e di D.R. Costruzioni S.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2018 il dott. Antonio Massimo Marra e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

La società Gruppo Sapa - S.r.l. ha partecipato alla gara, indetta dal Comune di Terracina, mediante procedura aperta relativa all’affidamento diretto, ai sensi dell’art. 36, co. 2, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016 per la realizzazione di cappelle gentilizie e loculi nel cimitero comunale di via Anxur.
Alla gara d'appalto hanno partecipato n. 37 ditte, fra cui la società deducente, risultata aggiudicataria.
Con nota prot. n. 36625 del 12 giugno 2018, il Capo Settore Gare e Contratti del Comune di Terracina, ha segnalato al RUP la presenza di un’annotazione ANAC a carico della ditta ricorrente, inerente ad una pregressa risoluzione contrattuale, proposta dal Comune di Orta di Atella.
Con nota 13 giugno 2018, la società ricorrente presentava le proprie controdeduzioni con cui chiariva che la sospensione dei lavori -alla base della vista risoluzione contrattuale- era dipesa dall'esercizio della facoltà *ex*art. 133, comma 1, del d.lgs. 163/2006, in ragione del mancato pagamento, da parte dell’amministrazione comunale, del corrispettivo maturato.
Con l’impugnata determina, il Responsabile del servizio del Comune di Terracina, ha annullato la determina n. 581/2018 di approvazione dell’aggiudicazione in favore del Gruppo Sapa - S.r.l, sul rilievo della previsione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c), ossia dell’esclusione automatica dell’operatore.
In estrema sintesi, il Gruppo Sapa allega l’illegittimità dell’operato dell’amministrazione, in quanto la pregressa risoluzione subita con il Comune di Orta di Atella non avrebbe potuto ritenersi perché contestata in data successiva alla presentazione dell'offerta.
Il Comune di Terracina, con determine n. 968 del 17 luglio 2018 e n. 959 del 13 luglio 2018, ha annullato la determina di approvazione dell’aggiudicazione (n. 581 del 14 maggio 2018), con conseguente scorrimento della graduatoria.
Avverso l’ora detta esclusione è insorta la società ricorrente, deducendo le seguenti censure: violazione dell’art. 80, co.5, del d.lgs. n. 50/16; eccesso di potere per irragionevolezza della motivazione; contraddittorietà dell'azione amministrativa.
Conclude per l’accoglimento del ricorso, con conseguente annullamento dell’atto impugnato, previa concessione di idonea misura cautelare.
Il Comune di Terracina si è costituito in giudizio, resistendo all’impugnativa.
Si è, altresì, costituita in giudizio la società controintessata, associandosi alle medesime conclusioni.
Con ordinanza n. 178, emessa nella camera di consiglio del 20.9.2018, la Sezione accoglieva la proposta istanza incidentale di sospensione.
Alla udienza pubblica del 13.12.2018, il ricorso è stato trattenuto in decisione.
Il ricorso è fondato.
Osserva, anzitutto, il Collegio che l’art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/16 prevede, espressamente, che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni (…): c) *la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità*. Tra queste rientrano: *le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni*; ... *L’esclusione dalla gara ai sensi dell’art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta quando chiara è la rilevanza delle situazioni accertate*.
La disposizione richiamata persegue lo scopo di assicurare che l’appalto sia affidato a soggetti che offrano garanzia di integrità e affidabilità e, quindi, per addivenire all’esclusione, occorre che il comportamento illecito attribuito all’operatore economico sia concretamente valutabile come ostativo alla considerazione positiva circa l’affidabilità dell’operatore medesimo.
Ne consegue che l’esclusione da una gara di appalto motivata con riferimento ad asserite carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto che ne hanno causato la risoluzione anticipata contestata – sia pur a seguito di presentazione dell’offerta - in giudizio, come dimostrato dalla difesa ricorrente (cfr. pg 3 ricorso nella parte in cui si richiama il ricorso nrg 7545/2018 incardinato presso il Tribunale Civile di Napoli Nord) è illegittima. La suddetta situazione di risoluzione contrattuale anticipata, proprio in quanto contestata in giudizio, senza che sia intervenuta conferma all’esito del giudizio non può certamente ritenersi da sé idonea a giustificare l’esclusione ai sensi dell’art. 80 comma 5 lett. c).
Ne consegue che la fattispecie contestata non rientra, con tutta evidenza, nell’ambito di applicazione dell’art. 80 comma 5 lett. c) che, come ogni causa di esclusione, non può essere oggetto di interpretazioni estensive.
Il ricorso deve essere, pertanto, accolto.
Sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese di lite.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla l’atto impugnato.
Spese compensate.
Respinge la domanda di risarcimento del danno
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:
Antonio Vinciguerra, Presidente
Antonio Massimo Marra, Consigliere, Estensore
Valerio Torano, Referendario

Pubblicato il 04/01/2019
N. 00048/2019 REG.PROV.COLL.
N. 08776/2018 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio
(Sezione Prima Ter)
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 8776 del 2018, proposto da
Gepsa S.A., Associazione Culturale Acuarinto, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentate e difese dall'avvocato Valentino Vulpetti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sabotino 2/A;
contro
Ufficio Territoriale del Governo di Roma, in persona del Prefetto pro tempore, Ministero dell'Interno, in persona del Ministro pro tempore, Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del Presidente pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata ex lege in Roma, via dei Portoghesi, 12;
nei confronti
Albatros 1973 Società Cooperativa Sociale a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Ferraro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
per l'annullamento,
previa sospensione dell’efficacia,
del Bando di gara – CIG 73018350DD – avente ad oggetto la “fornitura di beni e servizi relativi al funzionamento del Centro Permanente per il Rimpatrio di Ponte Galeria (Rm), per una ricettività di n. 210 posti”, pubblicato in GURI del 13.12.2017, comprensivo di ogni allegato;
della determina a contrarre e di ogni atto con cui la stazione appaltante ha deliberato di indire la gara;
del Disciplinare di gara e di ogni allegato, ivi compreso in particolare l'allegato relativo ai criteri di valutazione tecnica e l'allegato relativo allo schema di contratto;
del Capitolato Tecnico e di ogni allegato, ivi compreso in particolare l'allegato relativo ai criteri di valutazione tecnica;
dello schema di Capitolato di gara di appalto per la fornitura di beni e servizi relativi alla gestione e al funzionamento dei centri di primo soccorso ed accoglienza e relativi allegati (ivi compreso in particolare l'allegato 1-bis) e del Decreto Ministeriale del 7.03.2017 e successive modifiche e integrazioni ivi compreso quanto disposto con D.M. 10.7.2017, in parte qua;
del decreto del 13.6.2018, successivamente pubblicato e conosciuto dalle odierne ricorrenti, con cui il RUP ha disposto l'aggiudicazione della gara in favore della Albatros 73 cooperativa sociale;
e di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenti, ancorché attualmente non conosciuti, ivi compreso ogni provvedimento con cui Anac o altre Autorità abbiano approvato in parte qua gli atti qui impugnati;
e per la conseguente condanna
dell'Amministrazione intimata a risarcire il danno cagionato alle ricorrenti in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente monetario nella misura che sarà determinata in corso di causa.
Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Ufficio Territoriale del Governo di Roma, del Ministero dell'Interno, dell’Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione e di Albatros 1973 Società Cooperativa Sociale a r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 6 novembre 2018 la dott.ssa Francesca Petrucciani e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con il ricorso in epigrafe la società GEPSA s.a. e l’Associazione Culturale Acuarinto hanno adito questo Tribunale al fine di ottenere l’annullamento del bando di gara, della determina a contrarre, del disciplinare, del capitolato tecnico e dell’aggiudicazione della gara avente ad oggetto la “fornitura di beni e servizi relativi al funzionamento del Centro Permanente per il Rimpatrio di Ponte Galeria, per una ricettività di n. 210 posti”.
Le ricorrenti hanno esposto che, con bando pubblicato sulla G.U.R.I. in data 13 dicembre 2017, il Ministero dell’Interno – Prefettura di Roma ha indetto la procedura di gara aperta per l’affidamento della fornitura di beni e servizi su indicati, da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, per un importo a base d’asta fissato in € 38,44, IVA esclusa, pari al costo giornaliero per ospite, oltre oneri per la sicurezza.
L’importo stimato dell’appalto di € 8.847.350,40 è stato, dunque, rapportato ad un numero di ospiti presunto complessivo pari a 210 unità moltiplicato per tre annualità, pari alla capienza massima del centro, con la precisazione che nelle more dei lavori di ristrutturazione in corso, e che avranno una presumibile durata di 6 mesi, “la capacità recettiva del centro sarà di 125 posti sino al completamento dei lavori” (art. 1.3, disciplinare).
Quanto al corrispettivo contrattuale, l’art. 13 del Capitolato tecnico ha previsto che sarà determinato “sulla base del numero delle giornate di effettiva presenza degli ospiti, risultanti dal registro delle presenze sottoscritto mensilmente dal Direttore dell’esecuzione del contratto di cui all’art. 17 del capitolato, in conformità alle risultanze del sistema di rilevazione delle presenze, fatto salvo quanto previsto nel caso di ricoveri ospedalieri dall’articolo 2, lettera C), punto 2, del presente capitolato”.
Analoga previsione è contenuta nell’art. 11 dello schema di contratto allegato al Disciplinare.
Ne consegue che il corrispettivo dell’appaltatore sarà rappresentato dall’importo pro die/pro capite, ribassato in misura pari a quanto offerto in gara dall’affidatario, moltiplicato per il numero delle giornate di effettiva presenza degli ospiti risultanti dal registro delle presenze.
Con ricorso del 12.1.2018 dinanzi a questo Tribunale, le odierne ricorrenti hanno già impugnato la medesima lex specialis, censurandone il contenuto nella parte in cui: a) prevede che il corrispettivo contrattuale sia determinato in funzione delle effettive presenze di ospiti nel Centro, ponendo comunque a carico dell’appaltatore rilevanti costi minimi non parametrati alle effettive presenze; b) prevede l’assegnazione di max 9 punti a fronte delle esperienze pregresse del concorrente, anteriori al triennio antecedente al bando.
Con sentenza n. 6738 del 16.6.2018 questa Sezione ha dichiarato inammissibile il ricorso, rilevando che le odierne ricorrenti non hanno partecipato alla gara e ritenendo che le clausole impugnate non fossero immediatamente escludenti.
Nelle more della pubblicazione della sentenza, con decreto del RUP del 13.6.2018, la stazione appaltante ha aggiudicato l’appalto oggetto di gara alla odierna controinteressata Albatros 73 cooperativa sociale; le ricorrenti, pertanto, pur avendo proposto appello, pendente, avverso la sentenza citata, hanno proposto la presente impugnazione anche avverso l’aggiudicazione della gara in questione, formulando le medesime censure già dedotte con il ricorso RG 429/2018 e facendole valere anche avverso l’aggiudicazione, per illegittimità derivata.
A sostegno del ricorso sono stati formulati i seguenti motivi:
I. Illegittimità della lex specialis nella parte in cui indica la base d’asta in euro 38,44 oltre IVA, prevedendo che il corrispettivo contrattuale sia determinato in funzione delle presenze effettive nel Centro, senza prevedere importi minimi garantiti a favore dell’appaltatore né altre clausole idonee a limitare il rischio relativo al numero di ospiti presenti nel Centro e prevedendo anzi a carico dell’appaltatore obblighi di servizio e di dotazione minima non commisurati alle presenze effettive nel Centro.
I.1 Difetto di istruttoria, carenza di motivazione, illogicità e contraddittorietà nella determinazione del prezzo d’appalto e della base d’asta. Violazione e falsa applicazione dell’art. 30 co. 1, del d.lgs.
50/2016, dell’art. 35, co. 4, d.lgs. 50/2016 e dell’art. 4, d.lgs. 50/2016. Violazione dei principi di buon andamento e di efficienza dell’azione amministrativa di cui all’art. 97 Cost.
La p.a. ha determinato il corrispettivo in misura unitaria e giornaliera, ossia per ciascuna giornata di permanenza del singolo ospite, senza considerare che l’attività richiesta nella specie all’appaltatore genererà comunque costi fissi che – in gran parte e per scelta della stessa p.a. - prescindono dal numero degli ospiti presenti nel Centro.
Come previsto dall’art. 8 del Capitolato, a prescindere dal numero degli ospiti, l’appaltatore deve comunque sostenere i costi relativi alla dotazione minima di personale e di ore di servizio per n. 151 ospiti (fino alla conclusione dei programmati lavori di ristrutturazione tale numero è peraltro, in via transitoria, ridotto a 51). Ne consegue che, anche qualora le presenze effettive siano largamente inferiori a 151 (o a 51, nel periodo transitorio), l’appaltatore è comunque – del tutto irragionevolmente - tenuto a garantire la dotazione minima di ore e personale prevista dall’art. 8 del Capitolato e dall’art. 8 dello schema di contratto, andando incontro a pesantissime perdite destinate a riverberarsi non solo sul suo conto economico ma anche – è evidente – sulla regolarità, efficienza e puntualità del servizio.
Il contratto, così configurato, verrebbe ad assumere, quindi, natura aleatoria.
II. Violazione del principio che consente il trasferimento del rischio operativo in capo all’affidatario del contratto pubblico unicamente in caso di concessione e di contratti di partenariato pubblico-privato e non anche in caso di appalto.
Trattandosi di un appalto di servizi la p.a. committente dovrebbe remunerare il valore effettivo delle prestazioni ricevute non potendo trasferire all’appaltatore il rischio relativo al numero di ospiti giornalmente presente.
Segue. Illegittimità della lex specialis per aver omesso di prevedere clausole che riequilibrano il sinallagma contrattuale.
In subordine: illegittimità dello schema di capitolato speciale di appalto approvato con D.M. del 7.03.2017 e successive modifiche e integrazioni, ivi compreso il DM 10.7.2017, nella misura in cui sembra consentire l’impostazione contrattuale qui criticata, sia sotto il profilo dei costi conseguenti agli obblighi di cui all’art. 8 del Capitolato sia sotto il profilo dei corrispettivi contrattuali di cui all’art. 13 del Capitolato. Conseguente illegittimità dell’aggiudicazione impugnata.
Vero è che i decreti ministeriali in questione stabiliscono che l’importo a base d’asta - nell’ipotesi di affidamento senza la suddivisione in lotti - deve essere rapportato a un numero di posti presunto complessivo (art. 12 schema capitolato) e che il corrispettivo sia commisurato al numero degli ospiti effettivamente presenti (art. 13.2 schema di capitolato). Ciò tuttavia non esclude e non esonera la stazione appaltante dal considerare tutte le altre variabili necessarie alla determinazione dell’importo del servizio pagabile all’appaltatore, tutte ugualmente necessarie al fine di determinare la base d’asta, ivi compresi i costi necessari per assicurare le attività minime indispensabili richieste all’appaltatore, da modulare in funzione delle effettive presenze nel Centro.
III. Violazione di legge con riferimento all’art. 95, d. lgs. n. 50/2016. Indebita restrizione della libera concorrenza. Violazione dei principi del favor partecipationis, parità di trattamento e non discriminazione. Violazione dei principi ordinamentali in materia di pubbliche gare, ivi inclusi quelli dell’imparzialità e del buon andamento (art. 97 Cost.), della ragionevolezza e dell’economicità. Illegittimità dello schema di capitolato di appalto approvato con i DM 7.03.2017 e 10.7.2017 e relativi allegati e in particolare dell’allegato 1bis. Conseguente illegittimità dell’aggiudicazione impugnata.
Il capitolato d’appalto si profilerebbe altresì illegittimo nella parte in cui, tra i criteri di valutazione dell’offerta tecnica assegna il punteggio di 9 punti per le esperienze pregresse nel campo dei servizi richiesti, considerando a tal fine i servizi svolti prima dell’ultimo triennio di riferimento, così premiando gli operatori che svolgono il servizio da più di tre anni anteriori al bando di gara.
IV. Violazione di legge con riferimento all’art. 95 co. 6 lett. e) del d.lgs. n. 50 del 2016. Violazione del divieto di commistione tra requisiti di partecipazione alla gara e criteri di selezione. Illegittimità dello schema di capitolato di appalto approvato con i DM 7.03.2017 e 10.7.2017 e relativi allegati e in particolare dell’allegato 1bis. Conseguente illegittimità dell’aggiudicazione impugnata.
Le esperienze pregresse sono d’altra parte già richieste dal disciplinare di gara laddove prevede tra i requisiti di idoneità professionale, all’art. 12.3, ai fini dell’ammissione, che “i concorrenti, a pene di esclusione, devono essere in possesso”, tra l’altro, dei seguenti requisiti di capacità tecnica e professionale:
“aver reso, senza demerito, per i soggetti pubblici individuati dall’art. 3, lett. a) e b) del Codice, servizi analoghi a quelli oggetto dell’appalto, nell’arco degli ultimi tre anni precedenti alla pubblicazione del presente bando di gara per un importo complessivo nel triennio di almeno € 4.500.000,00”.
Gli stessi elementi già considerati quali requisiti necessari ai fini dell’ammissione alla gara, sarebbero stati quindi anche considerati quali elementi di valutazione delle offerte.
V. Segue. Violazione di legge con riferimento all’art. 30 co. 1^ del d.lgs. 50/2016 ed al considerando n. 1 della direttiva CE n. 2014/24. Violazione del principio della trasparenza. Assoluta incertezza dei criteri di valutazione per l’assegnazione del punteggio e della documentazione da produrre. Conseguente illegittimità dell’aggiudicazione impugnata.
In quanto il sub criterio della “qualità professionale delle risorse impiegate” non risulterebbe in alcun modo specificato, non essendo sufficientemente precisato quali siano le funzioni di assistenza sociale e socio sanitaria rilevanti nella valutazione.
Si è costituita in giudizio l’Amministrazione intimata resistendo al ricorso.
Alla camera di consiglio del I agosto 2018, le ricorrenti hanno rinunciato all’istanza cautelare.
Alla pubblica udienza del 6 novembre 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.
Il ricorso deve essere dichiarato inammissibile.
Già con la sentenza n. 6738 del 16.6.2018, infatti, questa Sezione ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto avverso il bando di gara, rilevando che le odierne ricorrenti non avevano partecipato alla gara e ritenendo che le clausole impugnate non fossero immediatamente escludenti.
Il presente ricorso è diretto avverso l’aggiudicazione dell’appalto oggetto di gara alla odierna controinteressata Albatros 73 cooperativa sociale, e fondato sulle medesime doglianze dedotte avverso la lex specialis, fatte valere avverso l’aggiudicazione per illegittimità derivata.
Deve quindi ribadirsi, in questa sede, che le ricorrenti non hanno partecipato alla gara, ma hanno contestato le clausole del bando che non consentirebbero la proposizione di una valida offerta economica e sarebbero, altresì, lesive del principio della concorrenza.
Tali clausole, pur tuttavia, non possono essere considerate, a giudizio di questo collegio, clausole immediatamente escludenti, le quali sole consentirebbero, secondo l’ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, l’autonoma ed immediata impugnativa del bando di gara.
In merito alla possibilità d’immediata impugnazione del bando di gara, il supremo consesso della giustizia amministrativa, ha, da ultimo, ribadito la validità dei principi già affermati da Ad. Pl. 29 gennaio 2003, n. 1 e Ad. Pl. 7 aprile 2011, n. 4, nella vigenza della nuova disciplina introdotta dal d. lgs. n. 50/2016, come di seguito affermati (Ad. Pl. 26 aprile 2018, n. 4):
a) la regola generale è quella per cui soltanto colui che ha partecipato alla gara è legittimato ad impugnare l'esito della medesima, essendo l’unico soggetto titolare di una posizione differenziata;
b) i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato;
c) possono essere tuttavia enucleate alcune eccezioni a tale principio generale, individuandosi taluni casi in cui deve essere impugnato immediatamente il bando di gara, nonché particolari fattispecie in cui a tale impugnazione immediata deve ritenersi legittimato anche colui che non ha proposto la domanda di partecipazione.
La sentenza dell’Adunanza plenaria n. 9 del 25 febbraio 2014, dopo avere richiamato i propri precedenti (n. 4 del 2011 e n. 1 del 2003), ha rilevato che, in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione "deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione" e che "chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione - per lui res inter alios acta - venga nuovamente bandita".
E’ stato poi ivi precisato che a tale regola generale può derogarsi, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e, cioè, quando:
I) si contesti in radice l'indizione della gara;
II) si contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto;
III) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.
La giurisprudenza ha, quindi, avuto modo di chiarire che devono essere fatte rientrare nel genus delle “clausole immediatamente escludenti” le fattispecie di:
a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda Cons. Stato sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671);
b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l’Adunanza plenaria n. 3 del 2001);
c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);
d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293);
e) clausole impositive di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);
f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);
g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421).
“Per converso, è stato ribadito il principio generale secondo il quale le rimanenti clausole, in quanto non immediatamente lesive, devono essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282) e postulano la preventiva partecipazione alla gara” (così Ad. Pl. n.4/2018).
L'Adunanza Plenaria ha, nei suoi passaggi argomentativi, ribadito, quanto all'interesse protetto, o comunque alla situazione soggettiva di cui è titolare il partecipante alla gara, che il suo contenuto è costituito non dall'astratta legittimità del comportamento dell'Amministrazione, ma dalla possibilità di conseguire l'aggiudicazione.
Come già affermato dall’Adunanza Plenaria nella decisione n. 1/2003, infatti, "l'aggiudicazione costituisce il bene della vita che l'interessato intende conseguire attraverso la gara”, con la precisazione che “"la condizione di concorrenti" dei partecipanti alla gara può essere apprezzata e valutata esclusivamente con riferimento all'unico interesse sostanziale di cui essi sono titolari, che è quello all'aggiudicazione e, comunque, all'esito positivo della procedura concorsuale, sicché l'eventuale incidenza di clausole che conformino illegittimamente la condizione di concorrenti dei singoli partecipanti, può acquistare rilievo esclusivamente se si traduce in un diniego di aggiudicazione o, comunque, in un arresto procedimentale con riferimento al medesimo obiettivo”.
Come noto, infatti, nel processo amministrativo, l’interesse a ricorrere è caratterizzato dalla presenza degli stessi requisiti che qualificano l’interesse ad agire di cui all’art. 100 c.p.c., vale a dire dalla prospettazione di una lesione concreta ed attuale della sfera giuridica del ricorrente e dall’effettiva utilità che potrebbe derivare a quest’ultimo dall’eventuale annullamento dell’atto impugnato (cfr. ex plurimis Cons. Stato, sez. IV, 20 ottobre 1997, n.1210; sez. V, 23 febbraio 2015 n. 855).
Infine, con particolare riferimento alla vigente disciplina dettata dal d. lgs. n. 50/2016 e alle novità normative dalla medesima introdotte (quali, ad esempio, la straordinaria legittimazione processuale riconosciuta all’ANAC e il rito cd. “super accelerato”), che secondo il collegio remittente avrebbero potuto giustificare una revisione del precedente orientamento, l’Adunanza Plenaria, con la decisione n. 4/2018, ha, all’opposto, affermato che:
1) “va ribadito il consolidato orientamento secondo il quale l’operatore del settore che non abbia presentato domanda di partecipazione alla gara non è legittimato a contestare le clausole di un bando di gara che non rivestano nei suoi confronti portata escludente, precludendogli con certezza la possibilità di partecipazione: e ciò, sia con riferimento alla previgente legislazione nazionale in materia di contratti pubblici, che nell’attuale quadro normativo”, tenuto conto che:
“a) la presentazione di una domanda di partecipazione alla gara non sembra imporre all’operatore del settore alcuno spropositato sacrificio;
b) in alcun modo la detta domanda di partecipazione può pregiudicare sul piano processuale il medesimo, tenuto conto della granitica giurisprudenza secondo cui (si veda ancora di recente Consiglio di Stato, sez. III, 10 giugno 2016, n. 2507 Consiglio di Stato, sez. V, 22 novembre 2017, n. 5438) “nelle gare pubbliche l'accettazione delle regole di partecipazione non comporta l'inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un'acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e 113 comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale”;
c) la situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, è ricollegabile unicamente alla partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione: la procedura cui non si sia partecipato è res inter alios acta e non legittima l’operatore economico ad insorgere avverso la medesima (Adunanza plenaria 7 aprile 2011, n. 4, Adunanza plenaria 25 febbraio 2014, n. 9)”;
2) “anche con riferimento al vigente quadro legislativo, debba trovare persistente applicazione l’orientamento secondo il quale le clausole non escludenti del bando vadano impugnate unitamente al provvedimento che rende attuale la lesione (id est: aggiudicazione a terzi), considerato altresì che la postergazione della tutela avverso le clausole non escludenti del bando, al momento successivo ed eventuale della denegata aggiudicazione, secondo quanto già stabilito dalla decisione dell’Adunanza plenaria n. 1 del 2003, non si pone certamente in contrasto con il principio di concorrenza di matrice europea, perché non lo oblitera, ma lo adatta alla realtà dell’incedere del procedimento nella sua connessione con i tempi del processo.”
Applicando i sopra esposti principi al caso di specie deve osservarsi che:
a) parte ricorrente non ha partecipato alla procedura di gara de qua, e, come tale, non essendo titolare di alcuna posizione differenziata, sarebbe legittimata ad impugnare autonomamente le sole clausole del bando immediatamente escludenti;
b) a giudizio del collegio nessuna delle clausole contestate con i dedotti motivi di ricorso può essere considerata immediatamente escludente.
Nel dettaglio:
Con i motivi I, I.1 e II parte ricorrente contesta la determinazione dell’importo a base di gara, e conseguentemente, del corrispettivo spettante all’appaltatore, determinato in base al numero effettivo di presenze al giorno registrate nel centro di rimpatrio, che non consentirebbe di coprire i costi fissi che l’appaltatore dovrebbe comunque sostenere per garantire i servizi richiesti, allorquando il numero delle presenze dovesse scendere al di sotto di una certa soglia numerica (individuata nel numero di 151 ospiti).
Si tratta, a giudizio del collegio, di una prospettazione di possibile aleatorietà del contratto, non supportata da alcuna certezza, tale determinare, per le ricorrenti, un lesione meramente potenziale.
A tale riguardo, giova rammentare, che «le clausole immediatamente lesive sono quelle che certamente, senza alcun margine di opinabilità, conducono all’esclusione del concorrente che versi in una situazione incompatibile con quella prevista, a pena di esclusione, dalla lex specialis» ovvero quelle che «impediscano, indistintamente a tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione dell’offerta». Tale seconda ipotesi si verifica, in particolare, «qualora la legge di gara preveda disposizioni abnormi che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell’offerta o, ancora, condizioni negoziali che configurano il rapporto contrattuale in termini di eccessiva onerosità e obiettiva non convenienza ed imposizioni di obblighi contra ius». Viceversa, «l’onere dell’immediata impugnazione del bando di gara va escluso nei riguardi delle clausole dotate solo di astratta e potenziale lesività, la cui idoneità a produrre un’effettiva lesione potrebbe essere valutata unicamente all’esito della procedura selettiva, ove fosse negativo per l’interessato» (così, Tar Calabria, Catanzaro, 21 febbraio 2017, n. 291).
Più in particolare è stato affermato che “Il criterio distintivo tra clausole immediatamente lesive, con conseguente onere di autonoma impugnazione, e clausole non immediatamente lesive, ed impugnabili unitamente al provvedimento effettivamente lesivo quale l’esclusione dalla gara o l’aggiudicazione in favore di un’altra impresa, è individuabile nelle modalità di riconoscimento del fatto produttivo della lesione, vale a dire se tale fatto sia verificabile attraverso un mero accertamento scevro da dubbi, nel qual caso la lesività della clausola è attuale, ovvero sulla base di valutazioni tecnico discrezionali che, implicando il riferimento a scienze non esatte, postulano un certo grado di opinabilità, nel qual caso la lesività della clausola è meramente potenziale” (TAR Lazio, II ter, 7 novembre 2014, Roma, n. 11203).
Nel caso de quo, la portata lesiva delle clausole impugnate è fuori di dubbio opinabile e meramente potenziale solo considerando che: il capitolato di gara è stato predisposto sulla base dello schema di capitolato ministeriale approvato con il d.m. 7 marzo 2017, come successivamente integrato dal d.m. 10 luglio 2017, atti parimente impugnati, ma che non rilevano, condizioni negoziali connotate da profili abnormi o di eccessiva onerosità; la lesione è meramente potenziale potendosi semmai verificare solo al ricorrere di condizioni future ed incerte (ridotto numero di ospiti); non si è al cospetto di clausole che rendono oggettivamente impossibile la presentazione di un’offerta, tant’è che la gara ha visto la partecipazione di due concorrenti.
Ciò porta a ritenere che si tratti di clausole non immediatamente escludenti che, come tali, avrebbero potuto essere impugnate solo unitamente al provvedimento di esclusione, ove le ricorrenti avessero preso parte alla gara.
Con il III ed il IV motivo di ricorso si contesta il criterio di valutazione dell’offerta tecnica rappresentato dalle “referenze”, ovvero delle esperienze pregresse dell’operatore economico nel campo dei servizi richiesti.
La clausola non è, ictu oculi, immediatamente escludente.
Parte ricorrente confonde, nella specie, i requisiti soggettivi di partecipazione con gli elementi di valutazione dell’offerta.
Il disciplinare di gara richiede infatti, quale requisito di partecipazione, al punto 12.3, di aver reso servizi analoghi “nell’arco dell’ultimo triennio precedenti la pubblicazione del presente bando di gara per un importo complessivo nel triennio di almeno € 4.500.000” e quale criterio di valutazione dell’offerta tecnica, “le esperienze maturate nel campo dei servizi richiesti, considerando, a tal fine i servizi superiori al triennio”: trattasi di diversi elementi di valutazione, essendo richiesto ai fini della partecipazione l’esperienza nel triennio precedente, ai fini della valutazione dell’offerta, il diverso elemento dei servizi svolti oltre il triennio già considerato.
La clausola impugnata non attiene dunque ai requisiti di partecipazione ma ai criteri di valutazione dell’offerta, come tale, ex se non immediatamente escludente, ed inoltre conforme al disposto normativo di cui all’art. 83, comma 6, d. lgs. n. 50/2016.
Per analoghe ragioni non può essere considerata immediatamente escludente la clausola impugnata con il V motivo di ricorso con cui si contesta il criterio di valutazione dell’offerta tecnica rappresentato dalla “qualità professionale delle risorse impiegate, indicando se si tratta di professionalità richieste nelle funzioni di assistenza sociale e socio – sanitaria”, trattandosi, peraltro, anche in tal caso di disposizione conforme a quanto disposto all’art. 95, comma 6, lett. e, d. lgs. n. 50/2016.
L’inammissibilità del ricorso proposto avverso il bando comporta, come conseguenza, anche l’inammissibilità del presente gravame, diretto avverso l’aggiudicazione della gara facendone valere l’illegittimità in via esclusivamente derivata rispetto a quella prospettata nei confronti del bando, non residuando alcun interesse ad impugnare l’esito della procedura una volta accertata l’inammissibilità dell’impugnativa della lex specialis.
Il ricorso va quindi dichiarato inammissibile.
Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima Ter), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.
Condanna parte ricorrente al pagamento, in favore delle resistenti amministrazioni in solido tra loro, delle spese di lite che liquida nella somma complessiva di € 1.500 (euro millecinquecento/00), oltre oneri ed accessori di legge.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 6 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:
Germana Panzironi, Presidente
Francesca Petrucciani, Consigliere, Estensore
Francesca Romano, Primo Referendario