**SENTENZE PROSSIMO NUMERO**

Pubblicato il 27/03/2019
N. 00006/2019REG.PROV.COLL.
N. 00014/2018 REG.RIC.A.P.

**REPUBBLICA ITALIANA**
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Consiglio di Stato
in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 14 di A.P. del 2018, proposto da:
OMISSIS,, in proprio e quale capogruppo mandataria del r.t.i. con OMISSIS s.p.a. OMISSIS (mandante), OMISSIS s.p.a. (mandante), OMISSIS s.p.a. (mandante), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS, con domicilio eletto presso lo studio OMISSIS;
contro
OMISSIS S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati OMISSIS, con domicilio eletto presso lo studio OMISSIS;
nei confronti
OMISSIS, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati OMISSIS, con domicilio eletto presso lo studio OMISSIS;
Ati - OMISSIS S.r.l. (mandante), OMISSIS, OMISSIS S.r.l. (mandante) non costituiti in giudizio;
per la riforma
della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Prima) n. 00206/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di OMISSIS S.p.A. e di OMISSIS;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 dicembre 2018 il Cons. Oberdan Forlenza e uditi per le parti gli avvocati OMISSIS in delega di OMISSIS;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. La V Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all’Adunanza Plenaria, con ordinanza 18 ottobre 2018 n. 5957, il ricorso ad essa proposto dal raggruppamento temporaneo di imprese avente quale capogruppo la società “OMISSIS”.
Ritenendo sussistente un contrasto giurisprudenziale, la Sezione chiede che venga deciso il seguente punto di diritto:
“se sia consentito ad un’impresa componente il raggruppamento, che possegga il requisito di qualificazione in misura insufficiente per la quota di lavori dichiarata in sede di presentazione dell’offerta, di ridurre la propria quota di esecuzione, così da renderla coerente con il requisito di qualificazione effettivamente posseduto, nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso di requisiti di qualificazione sufficienti a coprire l’intera quota di esecuzione dei lavori”.
2.1. La Sezione remittente espone, in punto di fatto, che il citato r.t.i. - avente quale capogruppo la citata società OMISSIS, in qualità di mandataria, e come mandanti OMISSIS s.p.a., OMISSIS s.p.a. e OMISSIS s.p.a. (di seguito indicato come r.t.i. OMISSIS o, semplicemente, come r.t.i.) - partecipava alla procedura di gara indetta da OMISSIS s.p.a. per l’affidamento dei “Lavori di manutenzione delle pavimentazioni ed attività accessorie della rete autostradale di competenza della D.T. 3^ di Bologna”.
Il r.t.i. si presentava nella forma del raggruppamento orizzontale e, in sede di presentazione dell’offerta, ciascuna impresa partecipante dichiarava di essere in possesso della SOA richiesta per lo svolgimento dei lavori (relativa alla categoria OG3) ed indicava la specifica quota di lavori che avrebbe eseguito.
In particolare, OMISSIS si impegnava all’esecuzione di una quota del 45% dell’ammontare complessivo dell’appalto, OMISSIS s.p.a. al 25%, OMISSIS al 16% e OMISSIS s.p.a. al 14%.
Con determinazione 15 dicembre 2017, la Direzione 3° tronco di OMISSIS s.p.a. disponeva l’esclusione del r.t.i. dalla procedura di gara, per effetto della dichiarazione di OMISSIS s.p.a. di essere in possesso di una SOA (per la categoria OG3) con classifica IV bis e, dunque, per lavori fino a Euro 3.500.000,00, pur essendosi essa impegnata alla realizzazione di una quota di lavori pari, in proporzione all’ammontare complessivo dell’appalto, ad Euro 4.144.000,00.
Il r.t.i. OMISSIS impugnava il provvedimento di esclusione, prospettando, quale motivo di ricorso, come la giurisprudenza amministrativa, in casi analoghi, avesse ritenuto non consentita l’esclusione dell’operatore economico dal procedimento di gara in presenza di tre condizioni, e precisamente:
- che lo scostamento tra il valore attestato dalla SOA posseduta e il valore dei lavori per il quale l’operatore si era impegnato non fosse eccessivo;
- che il raggruppamento, nel suo complesso, fosse comunque in possesso di requisiti sufficienti a coprire l’intero ammontare dell’appalto:
- che il raggruppamento avesse la forma di raggruppamento orizzontale.
Secondo il ricorrente, nel caso di specie, sussistevano le condizioni ora indicate, in quanto, premesso che il raggruppamento aveva natura orizzontale, lo scostamento era inferiore al 5% ed altre società componenti il raggruppamento possedevano il requisito di qualificazione in misura sovrabbondante rispetto alla quota di lavori alla esecuzione della quale si erano impegnate.
2.2. Con sentenza 6 marzo 2018 n. 206, il TAR per l’Emilia Romagna, sez. I, respingeva il ricorso, affermando che, in applicazione del principio della necessaria corrispondenza tra la qualificazione posseduta e la quota di lavori da eseguire secondo la ripartizione interna al raggruppamento (tratto dall’art. 92, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 e ribadito dal par. 2.4 del disciplinare di gara), è irrilevante che il raggruppamento fosse, nel suo insieme, qualificato ad eseguire anche le prestazioni per le quali una delle componenti (la OMISSIS s.p.a.) non era invece qualificata.
Né, secondo la sentenza, è possibile considerare lo scostamento tra la quota dei lavori che una delle imprese si è impegnata a svolgere e il tetto di qualificazione come “errore materiale che può essere sanato con il soccorso istruttorio”, anche perché il raggruppamento ricorrente non è incorso in alcun errore per essere ben consapevole, al momento della formulazione dell’offerta, delle soglie di qualificazione possedute da ciascun membro.
3. La Sezione remittente - respinta preliminarmente una eccezione di inammissibilità del ricorso instaurativo del giudizio di primo grado per omessa impugnazione della clausola del disciplinare disponente la citata corrispondenza tra quote di esecuzione dei lavori assunti e requisiti di qualificazione posseduti dai singoli componenti (v. pag, 5 ord.) – espone che con l’unico motivo di appello proposto il r.t.i. OMISSIS ha, in sostanza, riproposto il motivo di ricorso rigettato in primo grado.
L’appellante assume, dunque, che la sentenza impugnata si è posta in contrasto con la giurisprudenza che - ferma la doverosa e necessaria corrispondenza tra i requisiti di partecipazione di ciascun raggruppamento e il valore dei lavori da eseguire - nel caso di scostamento tra la quota di lavori da eseguire dal singolo partecipante al raggruppamento e il requisito di partecipazione da questi posseduto nega la necessità di esclusione in presenza delle condizioni innanzi esposte (e cioè: scostamento non di rilevante entità; raggruppamento nel complesso in possesso dei requisiti necessari all’esecuzione dei lavori; raggruppamento avente natura orizzontale).
In tal modo, secondo l’appellante, la sentenza impugnata si discosterebbe anche dalle indicazioni provenienti dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea, secondo la quale l’esclusione dalla procedura di gara deve essere intesa come sanzione massima, da applicarsi solo in caso di violazioni gravemente incidenti sui canoni che regolano il settore dei contratti pubblici, per il necessario bilanciamento tra il principio del libero accesso alle gare e quello della necessaria affidabilità degli offerenti.
4.1. L’ordinanza di rimessione rileva, innanzi tutto, che l’appalto oggetto di causa è disciplinato dal d.lgs. 5 aprile 2016, n. 50, in quanto il bando è pubblicato il 3 agosto 2017, e che, comunque, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III, Capo IV, del precedente regolamento di attuazione (DPR 5 ottobre 2010 n. 207) rilevanti nel presente giudizio, sono restate in vigore in attesa dell’adozione degli atti attutativi del nuovo Codice.
4.2. Tanto precisato, l’ordinanza ricorda come l’art. 92, co. 2, DPR n. 207/2010 “sancisce il principio di necessaria corrispondenza tra le quote di partecipazione al raggruppamento e i requisiti di qualificazione posseduti”, rilevando come “pur essendo venuto meno l’obbligo di corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento e quote di esecuzione dei lavori, costituisce orientamento consolidato che se le imprese componenti il raggruppamento dichiarano, in sede di offerta, una quota di partecipazione corrispondente alla quota di lavori da eseguire, è necessario che il requisito di qualificazione sia coerente con entrambi”.
Di qui, la questione, rimessa a questa Adunanza Plenaria: “se sia consentito ad un’impresa componente il raggruppamento, che possegga il requisito di qualificazione in misura insufficiente per la quota di lavori dichiarata in sede di presentazione dell’offerta, di ridurre la propria quota di esecuzione, così da renderla coerente con il requisito di qualificazione effettivamente posseduto, nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso di requisiti di qualificazione sufficienti a coprire l’intera quota di esecuzione dei lavori”.
L’ordinanza espone come, sul punto, si registri la presenza di due diversi orientamenti giurisprudenziali.
4.2.1. Secondo un primo orientamento (Cons. Stato, sez. V, 2 luglio 2018 n. 4036;
sez. V, 22 agosto 2016, n. 3666; sez. V, 22 febbraio 2016, n. 786), “la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori cui si era impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento in sede di presentazione dell’offerta è causa di esclusione dell’intero raggruppamento, anche se, per ipotesi, il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all’esecuzione dell’intera quota dei lavori”.
E ciò in quanto i requisiti di qualificazione attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che aspira all’aggiudicazione e consentono alla stazione appaltante di valutare la capacità imprenditoriale del concorrente a realizzare quella parte di lavoro (quota di esecuzione) che gli sarà poi eventualmente aggiudicata.
4.2.2. Secondo altro orientamento (Cons. Stato, sez. V, 8 novembre 2017 n. 5160;
sez. V, 6 marzo 2017 n. 1041; sez. IV, 12 marzo 2015 n. 1293), non è legittima l’esclusione dell’operatore economico dalla procedura, in presenza di tre condizioni: che lo scostamento tra il requisito di qualificazione dichiarato e la quota di lavori per la quale l’operatore si è impegnato non sia eccessivo; che il raggruppamento nel suo complesso sia comunque in possesso dei requisiti sufficienti a coprire l’intero ammontare dell’appalto; che il raggruppamento abbia la forma di raggruppamento orizzontale.
A favore di tale tesi si è sostenuto:
- che il principio del *favor partecipationis* risulterebbe frustrato dall’esclusione di un raggruppamento che, nel suo complesso, possegga i requisiti di partecipazione;
- che una modesta rettifica delle quote di partecipazione non è idonea a incidere sull’affidabilità del raggruppamento, né è in grado di modificare il regime della responsabilità dello stesso, soprattutto nei casi di raggruppamento orizzontale, nel quale la suddivisione delle quote attiene solo al profilo quantitativo e dove, essendo la responsabilità delle imprese consociate paritaria e solidale (come si ricava dall’art. 48 d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50), non v’è rischio per la stazione appaltante di ricevere una prestazione non adeguata all’impegno assunto dall’aggiudicatario;
- che non viene peraltro messo in discussione il principio della *par condicio* o la serietà ed affidabilità dell’offerta, che viene posta in linea con i requisiti di qualificazione effettivi di ogni impresa riunita.
4.2.3. Secondo l’ordinanza di rimessione, “i due orientamenti richiamati accolgono una diversa concezione del requisito di qualificazione. Il primo orientamento lo ritiene “personale”, ossia riferito alla singola impresa facente parte del raggruppamento; il secondo orientamento invece lo ritiene riferibile al raggruppamento nel suo complesso, con la conseguenza che non costituisce motivo di esclusione il caso in cui il singolo componente non possieda un requisito di qualificazione sufficiente per l’esecuzione della propria quota di lavori, se il raggruppamento nel suo complesso è “sovrabbondante” rispetto al requisito richiesto dal bando” (laddove il termine “sovrabbondante” è riferito “solo al requisito di qualificazione di una delle consociate, vale a dire nel senso che quel requisito mancante, per essere posseduto da altre imprese, in misura maggiore alla quota di esecuzione da quest’ultima assunta, risulta essere per essa sovrabbondante”).
4.3. Per il caso in cui l’Adunanza Plenaria dovesse aderire al secondo degli orientamenti innanzi riportati, l’ordinanza propone ulteriori due questioni in via subordinata:
a) poiché, onde evitare l’esclusione, si è posta, tra le altre, la condizione che lo scostamento (tra quota di esecuzione assunta e requisito di qualificazione posseduto) sia minimo “al punto da poter qualificare lo stesso alla stregua di un errore materiale”, allora è necessario “determinare la soglia, superata la quale, lo scostamento non possa più essere considerato minimo”;
b) inoltre, “è opportuno chiarire se la stazione appaltante, che lo scostamento riconosca, debba ricorrere al soccorso istruttorio . . . per concedere al raggruppamento di operare la modifica consentita, o possa farne a meno procedendo direttamente alla valutazione dell’offerta, per avere essa stessa - – si potrebbe dire “d’ufficio” – accertato che la riduzione della quota di esecuzione in capo ad una delle imprese è compensata dal maggior requisito di qualificazione posseduto da altro componente”.
5. Le parti hanno depositato memorie e, infine, all’udienza pubblica di discussione, la causa è stata riservata in decisione.

**DIRITTO**

6. L’Adunanza Plenaria condivide il primo dei due orientamenti espressi dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, nel senso che la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota di lavori alla quale si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento in sede di presentazione dell’offerta è causa di esclusione dell’intero raggruppamento dalla gara.
E ciò senza che possano rilevare altre e diverse considerazioni, quali la natura del raggruppamento, l’entità minima dello scostamento e, in particolare, la circostanza che il raggruppamento nel suo insieme sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all’esecuzione dell’intera quota dei lavori.
7. Il primo argomento a favore delle conclusioni cui perviene questa Adunanza Plenaria è di tipo letterale.
L’art. 92 DPR 5 ottobre 2010 n. 207 (recante, nell’ambito del regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, la disciplina dei “soggetti abilitati ad assumere lavori”), applicabile al caso di specie per le ragioni già esposte dall’ordinanza di rimessione (v. *supra* sub 4.1), prevede, in particolare (co. 2):
“Per i raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 34, comma 1, lettera d), del codice, i consorzi di cui all'articolo 34, comma 1, lettera e), del codice ed i soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettera f), del codice, di tipo orizzontale, i requisiti di qualificazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti nel bando di gara per l'impresa singola devono essere posseduti dalla mandataria o da un'impresa consorziata nella misura minima del 40 per cento e la restante percentuale cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10 per cento. Le quote di partecipazione al raggruppamento o consorzio, indicate in sede di offerta, possono essere liberamente stabilite entro i limiti consentiti dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato. Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara. I lavori sono eseguiti dai concorrenti riuniti secondo le quote indicate in sede di offerta, fatta salva la facoltà di modifica delle stesse, previa autorizzazione della stazione appaltante che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate”.
Dal testo della disposizione appare evidente, per quel che interessa nella presente sede, un duplice contenuto normativo:
- in primo luogo, che vi è piena libertà in capo alle imprese partecipanti al raggruppamento di stabilire la quota di partecipazione al raggruppamento medesimo, con il solo limite rappresentato “dai requisiti di qualificazione posseduti dall'associato o dal consorziato”;
- in secondo luogo, la possibilità di modifica “interna” delle quote di esecuzione, purché vi sia a tal fine autorizzazione della stazione appaltante “che ne verifica la compatibilità con i requisiti di qualificazione posseduti dalle imprese interessate”.
In sostanza, la disposizione riconosce la piena libertà delle imprese partecipanti al raggruppamento di suddividere tra loro le quote di esecuzione dei lavori, sia in via preventiva (art. 92, co. 2, secondo periodo), sia in via successiva (art. 92, co. 2, quarto periodo, sia pure previa autorizzazione), fermo il limite rappresentato dai requisiti di qualificazione posseduti dall’impresa associata.
In tal modo, però, appare evidente come le norme evocate ne presuppongano un’altra ad esse preordinata, e precisamente la norma secondo la quale l’impresa associata partecipa alle gare in base ai (e nei limiti dei) propri requisiti di qualificazione.
Se, infatti, la quota di esecuzione dei lavori da parte dell’impresa associata, in sede di attribuzione preventiva e/o di definizione successiva, può essere liberamente stabilita nei limiti del possesso dei corrispondenti requisiti di qualificazione, ciò significa a tutta evidenza che è la partecipazione stessa alla gara da parte dell’impresa associata in r.t.i. che può avvenire solo a condizione del possesso di requisiti di qualificazione corrispondenti alla quota di esecuzione per essa prevista.
8.1. Le conclusioni cui si perviene sulla base di una interpretazione letterale del testo normativo (che, invero, non offre in sé elementi di incertezza all’interprete) risulta, peraltro, del tutto coerente con la natura e la finalità dei requisiti di qualificazione.
Come condivisibilmente ricorda anche l’ordinanza di rimessione, tali requisiti attengono alle caratteristiche soggettive del concorrente che partecipa alla gara ed aspira all’aggiudicazione, e ciò al fine di rassicurare la stazione appaltante sulle sue serietà, professionalità e capacità imprenditoriale in ordine alla realizzazione di quella parte di lavoro che potrebbe, in caso di esito positivo della gara, essergli affidata.
I requisiti di qualificazione sono funzionali, dunque, alla cura e tutela dell’interesse pubblico alla selezione di contraenti affidabili, onde garantire al meglio il risultato cui la pubblica amministrazione tende con l’indizione della gara: un risultato che non pertiene (occorre ricordarlo) alla pubblica amministrazione come soggetto, ma al più generale interesse pubblico del quale l’amministrazione/stazione appaltante risulta titolare e custode.
In questo senso, appare evidente come non sia possibile contrapporre (come ipotizza l’ordinanza di rimessione: pag. 10) ad una interpretazione del requisito di qualificazione come “personale” (cioè riferito alla singola impresa facente parte del raggruppamento), un’altra interpretazione che, invece, ritenga tale requisito come riferito, complessivamente, all’intero raggruppamento, in tal modo rendendo possibile sopperire alle eventuali “carenze” di una impresa associata con la “sovrabbondanza” di requisito eventualmente presente in capo ad altra impresa associata. Ed infatti:
- per un verso, poiché il sistema dei requisiti di qualificazione ha la funzione innanzi descritta (di garanzia di serietà ed affidabilità tecnica ed imprenditoriale dell’impresa), esso non può (per avere e mantenere le ragioni della sua previsione) che riferirsi ad ogni singola impresa, ancorché associata in un raggruppamento;
- per altro verso, diversamente opinando, si finirebbe con il conferire una sorta di “soggettività” al raggruppamento, al di là di quella delle singole imprese partecipanti; e ciò in quanto una sorta di interscambiabilità dei requisiti di partecipazione, quale quella ipotizzata, risulta più agevolmente ipotizzabile laddove si riconoscesse (ma così non è) una personalità giuridica propria al r.t.i.; tale ipotesi interpretativa pone, dunque, le premesse proprio per un (non ammissibile) riconoscimento (espresso o implicito che sia) di una soggettività autonoma del raggruppamento;
- per altro verso ancora, l’utilizzazione (ancorché parziale) dei requisiti di qualificazione può finire per rappresentare, nella sostanza, una sorta di avvalimento anomalo ed in contrasto con quanto previsto dall’art. 89, d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, anche con riferimento agli adempimenti procedimentali previsti a pena di nullità (co.1).
8.2. Né è possibile ritenere come “formalistica” l’interpretazione ora offerta, contrapponendola (come non condivisibilmente effettuato dall’appellante) ad un’altra interpretazione di tipo “sostanzialistico”, secondo la quale – in presenza delle tre condizioni più volte innanzi indicate – il principio di doverosa corrispondenza tra i requisiti di partecipazione di ciascuna impresa e la quota di esecuzione dichiarata “non può dirsi nella sostanza violato”, posto che si otterrebbe anche il “contemperamento tra il principio di libero accesso alle gare ed il principio della necessaria affidabilità degli offerenti”.
A tal fine, occorre in primo luogo osservare come la funzione cui sono preordinati i requisiti di qualificazione ne esclude, per le ragioni di tutela dell’interesse pubblico innanzi esposte, una loro natura meramente “formale”, risolvendosi essi in requisiti di affidabilità professionale del potenziale contraente, la cui natura “sostanziale” è del tutto evidente.
Di modo che una non corrispondenza, in sede di partecipazione alla gara, tra requisito e quota dei lavori da eseguire si risolve non già in una imprecisione formale ovvero in una sorta di errore materiale, bensì in una violazione sostanziale di regole disciplinanti l’intero sistema dei contratti pubblici (e valevoli oggettivamente per tutti i partecipanti alle gare).
Né, inoltre, può dirsi pretermesso il principio del libero accesso alle gare (più volte richiamato dall’appellante), posto che tale accesso è certamente “libero” per i soggetti che rispondono ai requisiti previsti dall’ordinamento per la partecipazione.
D’altra parte, il principio volto a garantire la più ampia partecipazione alle gare non agisce “in astratto”, ma esso, nella sua concreta attuazione, non può che riferirsi ad imprese che – per serietà ed affidabilità tecnico-professionale (appunto validate dal possesso dei requisiti) – sono potenzialmente idonee ad assumere il ruolo di contraenti con gli operatori economici pubblici.
Nel caso di specie, quanto richiesto dalle norme regolamentari e dal bando di gara non appare costituire un impedimento irragionevole alla partecipazione (così costituendo un *vulnus* per il principio di libera partecipazione), posto che le imprese associate ben possono attribuire a ciascuna di esse *ex ante* una quota di lavori corrispondente al requisito di qualificazione.
Si intende cioè affermare che nulla vieta al r.t.i. la partecipazione alla gara, ben potendo questa avvenire con una attribuzione delle quote di lavori tra le imprese associate coerente con i loro requisiti di partecipazione.
In altre parole, ciò che si vuol rendere possibile *ex post*, attraverso l’intervento di un’altra impresa associata avente un requisito “sovrabbondante”, non si vede perché non possa correttamente avvenire *ex ante*, in sede di ripartizione tra le associate delle quote dei lavori: il che dimostra come non sussista alcun irragionevole restringimento del principio di ampia e libera partecipazione alle gare.
8.3. Giova ancora osservare come l’interpretazione cd. “sostanzialistica”, nel richiedere, tra le condizioni per evitare l’esclusione dalla gara del r.t.i. per mancanza di corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione lavori, quella della misura “minima” o “non eccessiva” dello scostamento, finisce per dar luogo:
- per un verso, ad un non consentito fenomeno di integrazione normativa, attesa la chiara prescrittività del dato normativo in favore della corrispondenza. Nel caso di specie, infatti, l’interprete finirebbe non già per individuare l’esatto contenuto normativo della disposizione (che prevede un chiaro principio di corrispondenza), quanto per aggiungere ad essa una norma ulteriore, peraltro di incerta prescrittività;
- per altro verso, ad una invasione del campo riservato alla pubblica amministrazione, valutando *ex post* – in luogo di questa ed in assenza di dato normativo – quando uno scostamento possa definirsi minimo e, dunque, non rilevante ai fini dell’esclusione;
- per altro verso ancora, ad una lesione del principio della *par condicio* dei concorrenti, laddove si consentisse alla stazione appaltante di valutare *ex post* quando (ed in che misura) lo scostamento può definirsi irrilevante.
Delle considerazioni (e preoccupazioni) ora esposte si è resa conto la stessa ordinanza di rimessione laddove, per il caso di adesione alla tesi cd. sostanzialistica, ha in via subordinata richiesto che questa Adunanza Plenaria determini “la soglia superata la quale lo scostamento non possa più essere considerato minimo”.
Il che dimostra, contemporaneamente, il timore per l’esercizio da parte della stazione appaltante di un potere discrezionale *ex post* e non sorretto da indicazioni normative e la natura di integrazione normativa (e non di interpretazione) di quanto richiesto.
9. L’Adunanza Plenaria enuncia, in conclusione, il seguente principio di diritto:
“ In applicazione dell’art. 92, co. 2, DPR 5 ottobre 2010 n. 207, la mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell’offerta, è causa di esclusione dell’intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un’altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all’esecuzione dell’intera quota di lavori”.
L’enunciazione del principio ora esposto esime questa Adunanza Plenaria dal pronunciarsi sugli ulteriori punti di diritto proposti, in via subordinata, dall’ordinanza di rimessione.
Tanto definito, l’Adunanza Plenaria dispone che gli atti del presente giudizio vengano restituiti alla Sezione V giurisdizionale del Consiglio di Stato, per ogni sua ulteriore statuizione in rito, nel merito, nonché sulle spese ed onorari del giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria),
pronunciando sull’appello proposto da OMISSIS, in proprio e quale capogruppo mandataria del r.t.i. con OMISSIS s.p.a. OMISSIS, OMISSIS s.p.a., OMISSIS s.p.a. (n. 2703/2018 r.g.; n. 14/2018 r. AP):
a) formula il principio di diritto di cui in motivazione;
b) restituisce gli atti alla Quinta Sezione giurisdizionale del Consiglio di Stato, per ogni ulteriore statuizione in rito, nel merito e sulle spese ed onorari di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 dicembre 2018 con l'intervento dei magistrati:
Filippo Patroni Griffi, Presidente
Sergio Santoro, Presidente
Giuseppe Severini, Presidente
Marco Lipari, Presidente
Antonino Anastasi, Presidente
Roberto Giovagnoli, Consigliere
Claudio Contessa, Consigliere
Fabio Taormina, Consigliere
Diego Sabatino, Consigliere
Bernhard Lageder, Consigliere
Umberto Realfonzo, Consigliere
Oberdan Forlenza, Consigliere, Estensore
Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pubblicato il 28/03/2019
**N. 00519/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 00179/2019 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia**
**Lecce - Sezione Seconda**
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 179 del 2019, proposto da
OMISSIS S.r.l, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avvocati OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio OMISSIS;
***contro***
Comune di Ostuni, Provincia di Brindisi, non costituiti in giudizio;
***nei confronti***
OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa, anche disgiuntamente, dagli avvocati OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
***per l'annullamento***
del provvedimento di cui ai Verbali di gara n. 1 e n. 2 con il quale il seggio di gara della SUA Provincia di Brindisi ha dichiarato ammessa la ditta OMISSIS srl alla procedura di gara per l'affidamento biennale del servizio di igiene urbana nel Comune di Ostuni;
della determina n. 2 in data 8 gennaio 2019, pubblicata sul sito dell'Ente il successivo 9/1, con la quale il dirigente della SUA Provincia di Brindisi ha disposto l'ammissione in gara della ditta OMISSIS srl;
di ogni altro atto presupposto, connesso o conseguenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di OMISSIS S.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2019 il dott. Roberto Michele Palmieri e uditi per le parti i difensori avv. OMISSIS per la ricorrente e avv. OMISSIS, in sostituzione dell'avv. OMISSIS, per la controinteressata;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con ricorso ex art. 120 co. 2-*bis* c.p.a. OMISSIS s.r.l. – seconda nella graduatoria provvisoria della gara bandita dalla SUA Provincia di Brindisi per l’affidamento biennale del servizio di igiene urbana nel Comune di Ostuni – ha impugnato le note di ammissione alla gara della OMISSIS s.r.l, prima nella graduatoria provvisoria.
A sostegno del ricorso, la ricorrente ha articolato i seguenti motivi di gravame, appresso sintetizzati: 1) violazione degli artt. 80 e 83 d. lgs. n. 50/16; eccesso di potere per violazione della *lex specialis*; 2) violazione dell’art. 80 co. 5 lett. c) d. lgs. n. 50/16; violazione dei punti 6 e 15.2 del disciplinare di gara; 3) violazione dell’art. 80 co. 4 d. lgs. n. 50/16; violazione dei punti 6 e 15.2 del disciplinare di gara.
Ha chiesto pertanto l’annullamento degli impugnati provvedimenti di ammissione della controinteressata alla gara, con vittoria delle spese di lite.
Costituitasi in giudizio, OMISSIS s.r.l. ha chiesto il rigetto del ricorso, con vittoria delle spese di lite.
Nella camera di consiglio del 27.3.2019 il ricorso, all’esito della discussione, è stato trattenuto in decisione, ai sensi dell’art. 120 co. 6-*bis* c.p.a.
2. Con il primo motivo di gravame, la ricorrente deduce la violazione dell’art. 7.3 del disciplinare di gara (di seguito: Disciplinare), per non avere la controinteressata svolto servizio analogo nell’ultimo triennio, in favore di amministrazione comunale avente popolazione residente non inferiore a 40.000 abitanti.
Il motivo è infondato.
2.2. Ai sensi dell’art. 7 del Disciplinare, “*i concorrenti, a pena di esclusione, devono essere in possesso dei requisiti previsti nei commi seguenti.*[…]”.
Il successivo punto 7.3. lett. e) del Disciplinare indica tra i requisiti di capacità tecnica e professionale *“*(l’)*esecuzione nell’ultimo triennio (2015-2016-2017) di almeno un servizio analogo di raccolta e trasporto rifiuti solidi urbani, comprendente anche il servizio di spazzamento, per un ente pubblico, eseguito per almeno 12 mesi in modo continuativo a favore di un’amministrazione comunale avente una popolazione residente non inferiore a 40.000 abitanti*”.
Con nota della Provincia n. 624 del 21.9.2018 il limite dimensionale di cui al cennato punto 7.3 del Disciplinare è stato ridotto a 31.197 abitanti.
2.3. Tanto premesso, rileva il Collegio che la controinteressata ha dichiarato lo svolgimento, nell’ultimo triennio, di servizio analogo svolto, tra l’altro, nei confronti del Consorzio Canavesano Ambiente, che è un Consorzio obbligatorio di bacino ex L.R. Piemonte 24 Ottobre 2002 n. 24, e che comprende 108 Comuni della Provincia di Ivrea.
Orbene, al fine di avere un chiarimento interpretativo in ordine al cennato punto 7.3. lett. e) del Disciplinare, un concorrente ha chiesto “*… di chiarire se per servizio analogo …<<a favore di una amministrazione comunale avente una popolazione residente non inferiore a 31.197/ab.>> è compreso anche il servizio svolto presso un Aro*”.
Nel rispondere a tale quesito, l’istruttore SUA ha testualmente affermato: “*la risposta al quesito è di competenza della SUA, si ritiene comunque, a parere dello scrivente, che vi sia coincidenza sul piano tecnico tra servizi resi nei confronti di un Comune con quelli resi nei confronti di un ARO*”.
Tale essendo il contenuto del parere, reputa il Collegio che esso abbia natura meramente interpretativa, essendo la risposta al quesito desumibile dalla stessa *ratio* del disciplinare, che è quella di consentire la partecipazione alla gara ai soli concorrenti che, avendo svolto analogo servizio in passato, siano in grado di fornire concrete e tangibili garanzie di affidabilità nell’espletamento del servizio oggetto di appalto.
Ma, se così è, non si vede la ragione per la quale discriminare gli operatori che abbiano reso in passato analogo servizio nei confronti di un ARO, che essendo una unione di comuni, risponde ancor meglio alle garanzie di serietà e affidabilità dell’operatore economico, testé evidenziate.
2.4. Dunque, posto che:
a) vi è coincidenza, sul piano tecnico (e prima di esso, su quello logico), tra servizi resi nei confronti di un Comune e quelli resi nei confronti di un ARO;
b) l’ARO (Ambito di Raccolta Ottimale) è una unione di Comuni, al pari del Consorzio Canavesano Ambiente;
per la proprietà transitiva, il servizio svolto nei confronti del Consorzio Canavesano Ambiente va considerato come coincidente, sul piano tecnico, con quello svolto nei confronti di un Comune. E poiché il Consorzio Canavesano Ambiente comprende 108 comuni, la somma dei cui abitanti è di gran lunga maggiore di quella di 31.197 abitanti, richiesti dal Disciplinare, la controinteressata soddisfa senz’altro il requisito di cui al cennato punto 7.3 lett. e) del Disciplinare, come modificato dalla nota SUA n. 624/18.
2.5. Per tali ragioni, il primo motivo di gravame è infondato, e deve pertanto essere rigettato.
3. Con il secondo motivo di gravame, la ricorrente si duole dell’omessa dichiarazione, da parte della controinteressata, di aver subito penali in relazione al contratto con il Comune di Giugliano in Campania per oltre € 816.108 nel triennio 2015-2018, corrispondente all’1,26% del valore lordo dell’appalto per il corrispondente periodo.
Per tale ragione, essa deduce che la controinteressata andava esclusa dalla gara, ai sensi dell’art. 80 co. 5 lett. c), d. lgs. n. 50/16, e segnatamente per aver fornito false informazioni suscettibili di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante.
Il motivo è infondato.
3.2. Premette il Collegio che la Corte di Giustizia (sentenza 2 giugno 2016, causa C-27/15, *Pippo Pizzo*), in tema di oneri di sicurezza, ha enunciato il seguente principio di diritto:*"Il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza devono essere interpretati nel senso che ostano all'esclusione di un operatore economico da una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico in seguito al mancato rispetto, da parte di tale operatore, di un obbligo che non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti. In tali circostanze, i principi di parità di trattamento e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di consentire all'operatore economico di regolarizzare la propria posizione e di adempiere tale obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice".*
In motivazione la sentenza della Corte di Giustizia ha evidenziato che il principio di parità di trattamento impone che tutti gli offerenti dispongano delle stesse possibilità nella formulazione delle loro offerte e implica, quindi, che tali offerte siano soggette alle medesime condizioni per tutti gli offerenti. D’altro lato, prosegue la Corte di giustizia, l'obbligo di trasparenza, che ne costituisce il corollario, ha come scopo quello di eliminare i rischi di favoritismo e di arbitrio da parte dell'Amministrazione aggiudicatrice. Tale obbligo implica che tutte le condizioni e le modalità della procedura di aggiudicazione siano formulate in maniera chiara, precisa e univoca nel bando di gara o nel capitolato d'oneri, così da permettere, da un lato, a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l'esatta portata e d'interpretarle allo stesso modo e, dall'altro, all'amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l'appalto in questione.
3.3. Il punto è altresì ripreso dall’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 19/16, che ha aderito al citato orientamento del giudice sovranazionale, rimarcando che per quest’ultimo i principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti (v., in tal senso, Corte di Giustizia, 9 febbraio 2006, *La Cascina e a.*, cause C-226/04 e C-228/04).
Ciò anche sulla base dell'ulteriore considerazione che subordinare la partecipazione ad una procedura di aggiudicazione ad una condizione derivante dall'interpretazione del diritto nazionale (o dalla prassi di un'autorità) sarebbe particolarmente sfavorevole per gli offerenti stabiliti in altri Stati membri, il cui grado di conoscenza del diritto nazionale e della sua interpretazione può non essere comparabile a quello degli offerenti nazionali.
3.4. Infine, sulla questione si è nuovamente pronunciata la Corte di Giustizia UE, sentenza 10.11.2016 (causa C-162), ribadendo il citato principio espresso nel suo precedente 2 giugno 2016, C-27/15, Pippo Pizzo (v. *supra*).
3.5. Tanto premesso, e venendo ora al caso in esame, rileva il Collegio che la sanzione espulsiva invocata dalla ricorrente (la più grave tra quelle previste in tema di procedure di gara) non è contemplata da alcuna disposizione né della *lex generalis* (il d. lgs. n. 50/16), né della *lex specialis* (bando e disciplinare di gara). Piuttosto, trattasi di sanzione che la ricorrente fa discendere dalle Linee Guida Anac pubblicate nella G.U. n. 2 del 3.1.2017, che affermano la rilevanza delle penali che abbiano superato l’1% del valore lordo di appalto. Secondo l’assunto di parte ricorrente, trattandosi di soglia rilevante, la controinteressata avrebbe dovuto dichiararla al momento della presentazione dell’offerta, sicché il non averlo fatto integra l’ipotesi espulsiva di cui all’art. 80 co. 5 lett. c) d. lgs. n. 50/16 (“*… il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione ovvero l’omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*”).
L’assunto non può essere condiviso.
3.6. Sotto un primo profilo, rileva il Collegio che le suddette Linee Guida in esame non sono state approvate con decreto ministeriale o interministeriale. Pertanto, come condivisibilmente affermato dal Consiglio di Stato nel parere 1.4.2016, n. 855 – ribadito con successivo parere 3.3.2017 sullo schema del decreto correttivo (d. lgs. n. 56/17) – esse non possiedono la forza normativa dei regolamenti ministeriali emanati ai sensi dell’art. 17 comma 3 l. n. 400/88, con tutto ciò che ne deriva in termini di forza e valore dell’atto (tra l’altro: resistenza all’abrogazione da parte di fonti sottordinate e disapplicabilità entro i limiti fissati dalla giurisprudenza amministrativa in sede giurisdizionale).
Pertanto, non essendo le Linee Guida in esame assimilabili, nel caso di specie, alle fonti del diritto, non si vede come esse possano soddisfare il requisito del *clare loqui* predicato a livello eurounitario.

3.7. In sostanza, si pretende di ricavare la sanzione espulsiva non già dalla violazione di una precisa norma giuridica, ma da una prassi dettata da una autorità amministrativa (tale dovendosi intendere l’Anac), cui, nel caso di specie, non è attribuito alcun potere di normazione primaria o secondaria. Ed è appena il caso di precisare che, proprio perché trattasi di prassi, essa non soddisfa il requisito della certezza dei rapporti giuridici, ben potendo mutare nel corso del tempo. La qual cosa è tanto più vera se si considera che vi è, allo stato, una proposta di modifica delle Linee Guida Anac, della quale dà conto la Sezione Speciale Consultiva del Consiglio di Stato nel parere 13.11.2018, n. 2616/18. Vi si afferma, in particolare, che: “*l’ANAC propone di <<integrare la previsione specificando che i provvedimenti di condanna al risarcimento del danno, le sanzioni e le penali rilevano se derivano da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale>>, con eliminazione, inoltre, <<dell’obbligo di comunicazione delle penali di importo superiore all’1% del valore del contratto>>, sicché <<le stazioni appaltanti saranno tenute a comunicare esclusivamente le penali che rappresentano inadempienze particolarmente gravi o dimostrative, per la loro ripetitività, di una persistente carenza professionale>>. Ad avviso di questa Commissione speciale la scelta di merito compiuta appare equilibrata e ragionevole e non si hanno rilievi in punto di legittimità da svolgere in merito ad essa*” (C.d.S, parere n. 2616/18 cit.).
3.8. Si conferma dunque che la sanzione espulsiva deriva non già da una norma giuridica, ma da una prassi di un’autorità amministrativa, e da una prassi cangiante e mutevole.
3.9. In tal modo, la sanzione in esame “*… non risulta espressamente dai documenti relativi a tale procedura o dal diritto nazionale vigente, bensì da un'interpretazione di tale diritto e di tali documenti nonché dal meccanismo diretto a colmare, con un intervento delle autorità o dei giudici amministrativi nazionali, le lacune presenti in tali documenti*” (Corte di Giustizia, causa C-27/15, Pippo Pizzo, cit.).
Per tali ragioni, l’invocata sanzione espulsiva si pone in stridente contrasto con il citato principio del “*parlar chiaro*”, predicato dalla giurisprudenza eurounitaria e nazionale, nei termini prima chiariti (cfr. *supra*, punti nn. 3.2 ss.).
3.10. È evidente, pertanto, sotto tale profilo, l’erroneità dell’assunto di parte ricorrente, che per tali ragioni non può che essere disatteso.
4. Con salvezza delle considerazioni che precedono – già di per sé decisive nel senso del rigetto del relativo motivo di gravame – reputa il Collegio che l’infondatezza della censura di parte ricorrente emerge anche sotto altro profilo.
Invero, la controinteressata ha prodotto attestazione del Comune di Giugliano in Campania, di buona esecuzione del servizio (cfr. doc. n. 8).
È dunque evidente che la controinteressata non si è resa autrice di informazioni false o fuorvianti (art. 80 co. 5 lett. c) d. lgs. n. 50/16), sicché del tutto doverosamente essa è stata ammessa alla gara.
4.2. Tali risultanze non risultano smentite dalla documentazione depositata dalla ricorrente in data 1.3.2019 (documentazione DEC a firma del coordinatore ing. Paolo Bidello), ove pure si legge che: “*a tutto dicembre 2018 risultano applicate sanzioni per un ammontare di € 1.482.725,74 comminate e riscosse in seguito a violazione degli obblighi contrattuali*”. Ciò in quanto è il medesimo Ufficio a precisare che: “*Dette violazioni non costituiscono gravi illeciti professionali di cui all’art. 80 comma 5 lett c), del d. lgs. 50/2016 e s.m.i.*”.
Inoltre, le predette risultanze risultano confermate dalla nota del Comune di Giugliano in Campania del 26.2.2019 (cfr. deposito del 16.3.2019), di attestazione nei confronti della OMISSIS di: “*Dichiarazione di servizi con esito favorevole*”.
Si conferma pertanto che la controinteressata ha reso informazioni del tutto in linea con il servizio da essa reso nei confronti del Comune di Giugliano in Campania. Pertanto, non può in alcun modo affermarsi che essa abbia fornito, “*… anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull’esclusione, la selezione o l’aggiudicazione ovvero l’omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione*”, sì da meritare la sanzione espulsiva di cui al citato art. 80 co. 5 lett. c) d. lgs. n. 50/16.
4.3. Alla luce di tali considerazioni, il secondo motivo di gravame è infondato, e deve pertanto essere disatteso.
5. Con l’ultimo motivo di gravame, la ricorrente censura che la controinteressata abbia dichiarato di aver “*… soddisfatto tutti gli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali*”, nonostante che in bilancio vi sia una posizione debitoria nei confronti dell’Erario e degli enti previdenziali, che ha formato oggetto di rateizzazione da parte della OMISSIS s.r.l.
Il motivo è infondato.
Vi è in atti nota del 6.2.2019 (cfr. Doc. 12), con cui l’Agenzia delle Entrate certifica “*… che non sussistono gravi violazioni definitivamente accertate ex art. 4 comma 2 lett. b), d.l. 13.5.2011, n. 70 in capo alla ditta in epigrafe emarginata*(OMISSIS s.r.l, n.d.a.)”.
Pertanto, l’assunto di parte ricorrente è smentito *per tabulas* dalla certificazione testé evidenziata.
Ne consegue che la controinteressata non può reputarsi autrice della falsità denunciata dalla ricorrente, sicché il relativo motivo di gravame è infondato, e va dunque disatteso.
6. Conclusivamente, il ricorso è infondato.
Ne consegue il suo rigetto.
7. Sussistono giusti motivi, rappresentati dalla novità delle questioni trattate, per la compensazione delle spese di lite.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Seconda,
definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.
Compensa le spese di lite.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:
Eleonora Di Santo, Presidente
Roberto Michele Palmieri, Primo Referendario, Estensore
Katiuscia Papi, Referendario

Pubblicato il 20/03/2019
N. 01846/2019REG.PROV.COLL.
N. 00536/2019 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.
sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 535 del 2019, proposto da
Ministero della giustizia, in persona del Ministro pro tempore, nonché Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi ex lege dall’Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, sono elettivamente domiciliati;

contro

OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Roma, via Cicerone, 44;
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) n. 02288/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;

Visto l’atto di costituzione in giudizio di OMISSIS;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2019 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati OMISSIS, nonché l’avvocato dello Stato OMISSIS;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 Cod. proc. amm.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con bando adottato dal Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Milano n. 87 del 16

maggio 2017 veniva richiesta alle ditte che intendessero accreditarsi per la fornitura del servizio di intercettazioni telefoniche, telematiche ed ambientali, una serie di informazioni sulla capacità economico-finanziaria, sulla regolarità della posizione fiscale e contributiva e sull’assenza di pregiudizi penali, al fine di assicurare la sussistenza, in capo alle stesse del “massimo grado di onorabilità, sicurezza e affidabilità”.

In particolare, veniva chiesta una serie di informazioni volte ad accertare il possesso “di una solidità aziendale patrimoniale e reddituale sufficiente a garantire la continuità del servizio e di una competenza ed esperienza adeguate ad assicurarne la qualità”, a verificare l’assenza di “significative pendenze concorsuali, tributarie e previdenziali” ed infine ad accertare che “la compagine societaria sia trasparente, che gli esponenti sociali abbiano i necessari requisiti di onorabilità e che siano effettivamente investiti dei poteri corrispondenti alla carica”.

All’esito dell’istruttoria effettuata sulla situazione delle ditte che avevano fornito le informazioni richieste, il Procuratore della Repubblica decideva di escludere dall’accreditamento la società OMISSIS, sul presupposto che questa non disponesse dei requisiti richiesti, avendo la stessa “custodito in un proprio archivio riservato le tracce informatiche relative a una enorme quantità di conversazioni telefoniche /ambientali/telematiche per la cui intercettazione era stata incaricata da numerose AA.GG. e ciò in assenza di autorizzazione e quindi in violazione di legge; tanto che suoi esponenti risultano indagati per il corrispondente reato informatico. Mancano quindi i necessari requisiti di fiducia per affidarle dati di tale riservatezza”.

Tali circostanze emergevano dall’avviso di conclusione delle indagini emesso il 9 novembre 2017 a carico di Formenti Andrea Franco, all’epoca dei fatti amministratore delegato e socio unico della predetta OMISSIS, per il reato di cui all’art. 615-ter Cod. pen., nonché a carico della stessa società quale responsabile degli illeciti amministrativi di cui agli artt. 5, lett. a), 21 e 24-bis del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231.

Avverso tale provvedimento la società OMISSIS proponeva ricorso al Tribunale amministrativo della Lombardia, deducendo sotto diversi profili il vizio di violazione di legge ed eccesso di potere, nonché il travisamento dei presupposti di fatto e di diritto sottesi all’esclusione, la carenza di motivazione ed il difetto di istruttoria.

In particolare, la ricorrente sosteneva di essere in possesso dei requisiti richiesti dal bando – inclusi quelli di onorabilità – avendo quest’ultimo chiesto di fornire, tra le altre, le informazioni relative a “Le condanne definitive e le sentenze di applicazione pena definitive, i precedenti penali e i procedimenti penali (conosciuti) in corso a carico degli esponenti (amministratori generali e sindaci)”, in relazione alle quali la società aveva dichiarato che “non è attualmente prevista la funzione di direttore generale e che per gli amministratori e sindaci sotto elencati non sussistono condanne definitive o sentenze di applicazione pena definitive, o precedenti penali o procedimenti penali (conosciuti) in corso a loro carico”.

Con sentenza 15 ottobre 2018, n. 2288, il giudice adito accoglieva il ricorso, sul presupposto che la pur ampia discrezionalità di cui gode l’amministrazione nel valutare le garanzie di sicurezza e affidabilità dei partecipanti alle speciali gare di cui all’art. 162 del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (“Contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza”) dovesse comunque essere esercitata entro i limiti propri della discrezionalità tecnica.

Il provvedimento di esclusione si sarebbe infatti basato su una rappresentazione solo parziale dei fatti e scevra da valutazioni critiche degli stessi, limitandosi a formulare “una motivazione estremamente sintetica, che si sostanzia nella mera ripetizione del contenuto di un avviso di conclusione delle indagini”.

In particolare, la circostanza che la società avesse formato “un proprio archivio riservato”, conservandovi le tracce informatiche relative ad una enorme quantità di intercettazioni, non avrebbe in realtà trovato riscontro negli esiti di una consulenza tecnica disposta dalla Procura della Repubblica di Busto Arsizio, dalla quale sarebbe invece emerso che i dati riservati erano stati sì rintracciati sui “client dei singoli operatori dell’ufficio help desk”, dovendosi per conto escludere che gli stessi fossero stati “anche riversati in una sorta di banca dati, al fine di un’eventuale e tutta da verificare gestione illecita successiva”.

Avverso tale decisione il Ministero della giustizia e la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Busto Arsizio interponevano appello, fondato su un unico articolato motivo di impugnazione volto a confutare, nel merito della vicenda controversa, che si fosse in presenza di un travisamento dei fatti, di un difetto di istruttoria o, più in generale, di un vizio di motivazione.

Costituitasi in giudizio, OMISSIS eccepiva l’infondatezza del gravame, chiedendone la reiezione.

All’udienza del 7 marzo 2019, fissata per la trattazione in camera di consiglio dell’istanza cautelare, il Collegio rappresentava alle parti la possibilità di una decisione in forma semplificata, ai sensi dell’art. 60 Cod. proc. amm.

Con il proposto gravame il Ministero contesta, in primo luogo, la ritenuta illegittimità del mancato accreditamento per essersi limitata l’amministrazione – come si legge nella sentenza appellata – “a riferire un fatto, come emergente dall’avviso di conclusione delle indagini”, senza aver al riguardo formulato “una autonoma valutazione critica del fatto stesso, sicché sembra ritenerlo in sé espressivo di una carenza di onorabilità”, il che “si traduce anche in una carenza motivazionale”.

Ciò in quanto il trattamento illecito dei dati raccolti con le intercettazioni, quale comportamento capace di compromettere la sicurezza del servizio, non sembra richiedere una particolare ostensione dell’apparato motivazionale, essendo sufficiente evidenziare gli elementi su cui si fonda l’esigenza prudenziale dell’amministrazione, che nella specie sono all’evidenza ricorrenti nel provvedimento impugnato.

Il motivo è fondato.

Va preliminarmente confermato che l’affidamento dei servizi di intercettazione rientra nell’ambito dei contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza, potendo quindi essere ricondotto alla fattispecie di cui all'art. 162 del d.lgs. n. 50 del 2016, il cui comma 4 prevede che “L'affidamento dei contratti di cui al presente articolo avviene previo esperimento di gara informale a cui sono invitati almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto del contratto e sempre che la negoziazione con più di un operatore economico sia compatibile con le esigenze di segretezza e sicurezza”.

Caratteristica di tali contratti, che giustifica parziali deroghe alla disciplina dell’evidenza pubblica, è l’estrema delicatezza e sensibilità degli interessi ad essi sottesi, cui corrisponde l’imprescindibile necessità che la stazione appaltante si assicuri, prima di procedere all’affidamento del servizio, la piena affidabilità dell’impresa interessata.

La materia delle intercettazioni ambientali, infatti, vede coinvolti una pluralità di interessi di chiaro rilievo costituzionale, tra i quali l’azione necessaria e indipendente della magistratura; la tutela della dignità e della riservatezza di ogni persona; il diritto alla difesa; il diritto-dovere ad informare e ad essere informati.

Il che giustifica l’attribuzione all’amministrazione di una penetrante discrezionalità in ordine alla valutazione della sussistenza dei requisiti in capo al richiedente, al fine specifico di garantire la piena fiducia nel prestatore del servizio. Tale discrezionalità, dunque, non può limitarsi ad una verifica di carattere formale di quanto allegato dall’interessato, ben potendo la stazione appaltante valutare qualunque fatto idoneo ad incidere sul rapporto fiduciario.

Nel caso di specie risulta dagli atti che l’ex amministratore delegato – nonché socio unico – della società OMISSIS era stato sottoposto a procedimento penale per presunta costituzione di un archivio dati illegale, formato grazie ad accessi abusivi ai sistemi informatici di numerose Procure della Repubblica. Veniva inoltre contestato, come risulta anche dall’avviso di conclusione delle indagini, che gli operatori “effettuassero l’attivazione e la chiusura dei target di intercettazione, la visualizzazione di tutti i dati memorizzati nei server […], nonché la sincronizzazione e la conservazione degli stessi sui client degli operatori help desk”, circostanza dalla quale dovrebbe ragionevolmente desumersi – come evidenziato in modo convincente dall’appellante Ministero, che i dati fossero in realtà custoditi in un archivio diverso da quello del server a ciò deputato.

Analogamente è pertinente il rilievo che la sentenza impugnata non avrebbe tenuto in conto la circostanza dei numerosissimi accessi ritenuti abusivi ed a monte della conservazione dei dati sensibili, non trovando evidente riscontro il rilievo secondo cui gli operatori sarebbero intervenuti solo su richiesta degli ufficiali ed agenti di polizia giudiziaria.

Tale presupposto risulta invece contraddetto dall’avviso di conclusione delle indagini, secondo cui l’amministratore della società “insieme al contributo dei suoi collaboratori addetti all’ufficio help desk di OMISSIS, abusivamente si introduceva nei sistemi informatici e telematici di intercettazione delle Procure di seguito elencate e ivi si tratteneva compiendo le attività illecite sopra elencate”, precisando che ciò sarebbe avvenuto “senza l’autorizzazione di chi aveva il potere di escludere l’attività”.

Alla luce di questi rilievi deve convenirsi che le considerazioni esposte nella sentenza appellata, nel presupporre un’acritica e formale adesione dell’amministrazione alle ipotesi accusatorie della Procura della Repubblica competente, non tengono conto che queste ultime necessariamente si fondavano su precisi riscontri di fatto (i quali, dopo attenta valutazione giudiziale, hanno infine portato a disporre il rinvio a giudizio).

Quanto poi alla rilevanza degli atti delle indagini penali ai fini della valutazione – di competenza dell’amministrazione – dell’affidabilità dell’operatore economico, ritiene il Collegio che possa trovare applicazione anche alla fattispecie qui controversa il principio (da ultimo, Cons. Stato, V, 27 febbraio 2019, n. 1367) secondo cui non è indispensabile che i gravi illeciti professionali che devono essere posti a supporto della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016 siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, ma è sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi, atteso che l'elencazione dei gravi illeciti professionali rilevanti contenuta nella disposizione normativa succitata è meramente esemplificativa e la stazione appaltante ha la possibilità di fornirne la dimostrazione con mezzi adeguati.

L’elencazione contenuta in detta norma, del resto, è meramente esemplificativa, per come è fatto palese sia dalla possibilità della stazione appaltante di fornirne la dimostrazione “con mezzi adeguati”, sia dall’incipit del secondo inciso – nella versione in vigore al momento di adozione del provvedimento impugnato (“Tra questi [id est, gravi illeciti professionali - ndr] rientrano: [...]”) – che precede l’elencazione (Cons. Stato, V, 2 marzo 2018, n. 1299).

Invero, “è consentito alle stazioni appaltanti escludere da una procedura di affidamento di contratti pubblici i concorrenti in presenza di pregressi gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la loro integrità o affidabilità. In tali ipotesi, la valutazione in ordine alla rilevanza in concreto ai fini dell'esclusione dei comportamenti accertati è rimessa alla stazione appaltante” (cfr. Cons. Stato, III, 29 novembre 2018, n. 6786; III, 23 agosto 2018, n. 5040; V, 11 giugno 2018, n. 3592; V, 3 aprile 2018, n. 2063; V, 2 marzo 2018, n. 1299; V, 4 dicembre 2017, n. 5704); d’altro canto “Il legislatore, quindi, ha voluto riconoscere a quest'ultima (stazione appaltante) un ampio margine di apprezzamento circa la sussistenza del requisito dell'affidabilità dell'appaltatore. Ne consegue che il sindacato che il g.a. è chiamato a compiere sulle motivazioni di tale apprezzamento deve essere mantenuto sul piano della «non pretestuosità» della valutazione degli elementi di fatto compiuta e non può pervenire ad evidenziare una mera «non condivisibilità» della valutazione stessa” (così Cass. civ., Sez. un., 17 febbraio 2012, n. 2312).

Deve quindi concludersi che, in ordine alla particolare fattispecie controversa (ossia il mancato accreditamento ai fini della successiva partecipazione ad una procedura di appalto disciplinata dall’art. 162 del Codice dei contratti pubblici), le risultanze delle indagini penali assumono in ogni caso rilievo come fattore sintomatico dell’inaffidabilità dell’operatore economico e, come tali, sono di per sé sufficienti a giustificarne l’esclusione. Ciò a maggior ragione vale per il caso in cui – come quello in esame – l’oggetto dell’imputazione penale attiene a violazioni specifiche degli obblighi cui è espressamente tenuto a conformarsi il prestatore dei servizi oggetto di affidamento, essendo in tal caso tenuta l’amministrazione, a tutela degli interessi di rango primario di cui si è in precedenza detto, a verificare con particolare scrupolo il presupposto dell’affidabilità sostanziale del detto operatore, il che si traduce, ad esempio, nell’onere di puntualmente motivare – alla luce dell’interesse pubblico – l’eventuale decisione di proseguire nel rapporto con quest’ultimo, nonostante le avverse risultanze emerse in sede di procedimento penale.

La tutela di tali fondamentali interessi, aventi rilevanza costituzionale, è rimessa in sede di gara al prudente apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, che dovendo innanzitutto prevenire una loro possibile lesione, ben potrà esercitare i suoi poteri di esclusione dalla procedura in presenza già solo di oggettivi indici di pericolo, quali sicuramente possono individuarsi – nel caso concreto – nella gravità e significatività degli elementi emersi in sede di istruttoria penale, di cui si è in precedenza detto.

Deve pertanto concludersi che negli appalti secretati la presenza di indagini o di procedimenti penali per fatti che riguardano l’esecuzione di attività analoghe a quelle oggetto di affidamento è sufficiente a far sorgere il dubbio circa l’integrità professionale di cui all’art. 80 comma 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016.

La comunicazione della Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano 27 novembre 2017, n. 203/17, di non accreditamento della società OMISSIS appare quindi adeguatamente motivata, in relazione alle circostanze di fatto desumibili all’epoca dei fatti, né presenta profili di manifesta contraddittorietà o abnormità di giudizio tali da consentire – sotto altro profilo – un intervento demolitorio del giudice amministrativo.

Neppure può ritenersi che la contestazione del deficit di onorabilità dovesse essere accompagnata dall’instaurazione di un formale contraddittorio con l’operatore interessato, atteso che la procedura di cui all’art. 162 d.lgs. n. 50 del 2016, sia pure connotata da rilevanti profili di eccezionalità, va comunque ricondotta nell’ambito delle procedure concorsuali, che non richiedono l’apertura di un contraddittorio con l’interessato nel caso di esclusione, essendo sottratte all’applicazione dell’art. 10-bis della l. n. 241 del 1990 per espressa previsione della medesima disposizione.

Conclusivamente, alla luce dei rilievi che precedono l’appello va accolto.

Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, per l’effetto respingendo, in riforma dell’appellata sentenza, il ricorso originariamente proposto da OMISSIS

Condanna quest’ultima al pagamento, in favore degli appellanti Ministero della giustizia e Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano, delle spese di lite del grado di giudizio, che complessivamente liquida in euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre Iva e Cpa se dovute.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 7 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Federico Di Matteo, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Pubblicato il 18/03/2019
**N. 01753/2019REG.PROV.COLL.**
**N. 05828/2018 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 5828 del 2018, proposto da
OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in OMISSIS;
***contro***
Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S P A, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliataria in OMISSIS;
***nei confronti***
OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio OMISSIS;
***per la riforma***
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia, Sezione Seconda, n. 00586/2018, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della OMISSIS e dell’Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato S P A;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2019 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Abbamonte, dello Stato Garofoli, Pasqualone;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.All’esito di una procedura aperta da svolgersi in modalità telematica indetta dall’Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato (anche IPZS) per l’affidamento del servizio di gestione operativa dell’impianto di trattamento acque industriali reflue dello stabilimento di Foggia la OMISSIS, collocatasi al secondo posto in graduatoria, impugnava innanzi al Tribunale amministrativo della Puglia prima l’aggiudicazione in favore della S.p.A. OMISSIS (in uno agli atti a questa connessi, deducendo la violazione degli artt. 80, 89, 95 e 105 del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016, degli artt. 1.1, 2, 3, 4 e 5 del disciplinare di gara, dei principi d’immodificabilità dell’offerta e della *par condicio* dei concorrenti ed eccesso di potere sotto vari profili, e poi con motivi aggiunti la stessa ammissione alla gara dell’aggiudicataria, lamentando la violazione degli artt. 32 e 80 del d. lgs. n. 50 del 2016, del disciplinare di gara, degli artt. 71 e ss. del d.P.R. 445 del 2000, dell’art. 3 della legge n. 241 del 7 agosto 1990, dei principi in materia di *favor partecipationis* e di *par condicio* ed eccesso di potere sotto vari profili.
La S.p.A. OMISSIS resisteva al ricorso, eccependo la tardività delle censure escludenti articolate nel ricorso principale e nei motivi aggiunti, perché notificati oltre il termine di trenta giorni decorrenti dall’ammissione dei concorrenti in gara (risultante dal verbale pubblicato sul profilo del committente il 15 novembre 2016 e comunicato alla ricorrente con nota del 25 novembre 2016, come riportato nel verbale di gara del 6 dicembre 2016) e nel merito contestava la definitività dell’accertamento fiscale sulla base del quale era stata esclusa, sostenendo di aver impugnato la cartella esattoriale davanti alla Commissione tributaria di Cagliari; deduceva inoltre l’improcedibilità per difetto d’interesse del ricorso principale e dei motivi aggiunti, avendo l’I.P.Z.S., a seguito di accoglimento dell’istanza cautelare, disposto la revoca dell’aggiudicazione.
2. Quest’ultima veniva impugnata con autonomo ricorso dinanzi allo stesso Tribunale dalla S.p.a. OMISSIS, che ne deduceva l’illegittimità per violazione degli artt. 3, 7 e 21 *octies* della legge 241 del 1990 in connessione con gli artt. 32 e 33 del d.lgs. n. 50 del 2016 ed inoltre dell’art. 80, comma 4, del d.lgs. 50 del 2016, del giusto procedimento di legge, carenza di motivazione e sviamento.
3. L’adito tribunale con la sentenza segnata in epigrafe: riuniva i ricorsi in ragione della loro connessione oggettiva; esaminava quindi il ricorso della Coop. S. Michele, respingendo sia l’eccezione di improcedibilità sollevata dalla OMISSIS (in quanto la determinazione dirigenziale n. 88/2017 di annullamento/revoca dell’aggiudicazione della gara all’OMISSIS costituiva ottemperanza all’ordinanza cautelare del Tribunale amministrativo), sia quella di tardività (del ricorso e dei motivi aggiunti, in quanto il rito speciale dell’art. 120, comma 2 *bis,* c.p.a. esigeva il pieno rispetto della pubblicità di cui all’art. 29 del d. lgs. 50 del 2016, che nel caso d specie era mancato), ma ritenendo fondato il solo motivo concernente la grave situazione di irregolarità fiscale risultata in capo alla S.p.A. OMISSIS (essendo pacifico che la violazione tributaria fosse di entità superiore all’importo di cui all’articolo 48 *bis*, commi 1 e 2 *bis,* del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602; che essa costituisse causa di esclusione, ai sensi del comma 4 dell’art. 80 del decreto legislativo n. 50 del 18 aprile 2016 e che la sua definitività fosse da ricollegare all’inoppugnabilità dell’avviso di accertamento e non della cartella esattoriale, impugnabile come tale solo per vizi propri, salva l’omessa o invalida notifica dell’avviso d’accertamento [circostanza non prospettata e tanto meno provata]; ciò senza contare che la copia del ricorso alla Commissione tributaria di Cagliari avverso la cartella esattoriale prodotta da OMISSIS non recava né la data di notifica, né la sottoscrizione del difensore, né il timbro di deposito e non poteva quindi affermarsi che fosse stato notificato all’ente impositore e che alcuna rilevanza poteva rilevanza l’accoglimento dell’istanza di rateizzazione da parte dell’Agenzia delle entrate del 13 luglio 2017, perché successiva all’aggiudicazione disposta in data 8 giugno 2017); alla stregua delle stesse considerazioni veniva respinto il ricorso della S.p.A. OMISSIS.
4. Con rituale e tempestivo atto di appello quest’ultima ha chiesta la riforma della sentenza, sostenendone l’erroneità per violazione e falsa applicazione dell’art. 80 comma 4 del d. lgs. 50 del 2016; rivendicando di essere in regola con le norme fiscali alla stregua degli accordi con l’Agenzia delle Entrate sulla rateizzazione del dovuto ed in considerazione del ricorso alla Commissione Tributaria Provinciale di Cagliari, la cui esistenza non era stata contestata dalle parti intimate; contestando l’abnormità della revoca/annullamento in dipendenza dell’ordinanza cautelare del giudice di primo grado, avvenuta tra l’altro senza una doverosa motivazione e senza un procedimento di riesame e insistendo ancora sulla tardività ex art. 120 comma 2 *bis* c.p.a delle censure mosse dalla OMISSIS sulla propria posizione fiscale,
La OMISSIS e l’IPZS si sono costituiti in giudizio, sostenendo l’infondatezza dell’appello; la OMISSIS ha dedotto anche l’inammissibilità del gravame, per la mancata impugnazione della nuova aggiudicazione della gara in suo favore disposta il 31 maggio 2018.
5. All’udienza pubblica del 28 febbraio 2019 la causa è passata in decisione.
6. Si può prescindere dall’esame della eccezione di inammissibilità del gravame sollevata dalla OMISSIS a causa dell’omessa impugnazione della nuova aggiudicazione in suo favore poiché l’appello è infondato nel merito, fermo restando che la nuova aggiudicazione costituiva esclusivamente un atto di ottemperanza all’ordinanza cautelare del Tribunale amministrativo che aveva accolto la domanda della Cooperativa.
7. Passando all’esame del gravame, deve innanzitutto ribadirsi l’infondatezza della eccezione di tardività dei motivi aggiunti proposti in primo grado dalla OMISSIS avverso l’ammissione della S.p.A. OMISSIS per l’asserita violazione dei termini di cui all’art. 120 comma 2 *bis* del c.p.a.
Infatti la pronuncia del giudice di primo grado deve essere sul punto confermata, precisandosi che ai fini del termine dell’impugnazione la pubblicazione delle ammissioni e delle esclusioni deve contenere anche l’accessibilità ai relativi atti (e motivazioni), ciò affinchè la tutela giurisdizionale possa essere effettivamente esercitata; nel caso di specie la pubblicazione è avvenuta in data 15 novembre 2016, ma è consistita in una mera elencazione di offerenti ammessi senza ulteriori chiarimenti, mentre l’effettiva piena conoscenza è avvenuta da parte della Cooperativa solo con la nota inviata dall’IPZS il 1° agosto 2017, successivamente all’aggiudicazione definitiva e alla stessa proposizione del ricorso principale (nota in cui sono riportate le comunicazioni dell’Agenzia delle Entrate – Direzione Provinciale di Cagliari, sull’irregolare posizione fiscale di OMISSIS non dichiarata all’epoca della domanda).
8. Nel merito le conclusioni raggiunte dal tribunale sulla grave irregolarità fiscale della S.p.A. OMISSIS sono corrette e non meritano censure.
L’art. 80 del d. lgs. 50 del 206 al comma 4 stabilisce che *“ Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. (…) Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande”.*
In realtà prima dell’aggiudicazione definitiva, disposta l’8 giugno 2017, precisamente il 5 aprile, alla predetta S.p.A. OMISSIS era stata notificata una cartella esattoriale per oltre €. 93.000,00 (importo superiore a quello fissato dall’art. 48-*bis*, commi 1, del d.p.r. 29 settembre 1973 n. 602), irregolarità fiscale perdurata almeno fino al 13 luglio 2017, allorché l’Agenzia delle Entrate, Direzione Provinciale di Cagliari ha accolto l’istanza di rateizzazione.
Detto che tale rateizzazione non poteva reintegrare l’appellante nella sua posizione di aggiudicataria, in quanto, ai sensi dell’art. 80 del codice degli appalti, l’impegno a pagare dell’operatore economico deve essere formalizzato prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande, e che non è stata fornita alcuna prova circa l’asserita mancata o invalida notifica dell’avviso di accertamento (che solo avrebbe consentito l’ammissibilità dell’impugnazione della cartella esattoriale, impugnazione altrimenti limitata ai soli vizi propri della cartella, e che avrebbe consentito di qualificare come non definitivamente accertato il debito tributario), deve aggiungersi che effettivamente l’atto di ricorso alla Commissione tributaria prodotto in primo grado, in quanto mancante degli elementi essenziali indicati nella sentenza impugnata, non poteva essere considerato neppure quale elemento indiziario dell’effettiva impugnazione della cartella esattoriale, a nulla rilevando sul punto la mancata contestazione delle parte costituite (su cui si è appuntata l’argomentazione dell’appellante).
E’ appena il caso di aggiungere che quanto rilevato dal primo giudice, secondo cui in sede di gara pubblica il requisito della regolarità fiscale può essere sussistente, pure in presenza di una violazione accertata, solo se l'istanza di rateizzazione sia stata presentata dal concorrente e sia stata accolta prima della scadenza del termine di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, o della presentazione dell'offerta, costituisce pacifica giurisprudenza del giudice amministrativo; non è infatti sufficiente che prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta il contribuente abbia semplicemente inoltrato istanza di rateizzazione, occorrendo anche che, entro la predetta data, il relativo procedimento si sia concluso con un provvedimento favorevole dell'amministrazione finanziaria (Cons. Stato. V, 12 febbraio 2018, n.856).
9. Le residue censure ed eccezioni possono essere assorbite possono essere assorbite oppure divengono irrilevanti.
10. L’appello deve dunque essere respinto e le spese seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Condanna l’appellante al pagamento delle spese liquidate in complessivi €. 3.000,00 (tremila/00) oltre agli accessori di legge, se dovuti, in favore di ciascuna delle parti intimate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2019 con l'intervento dei magistrati:
Carlo Saltelli, Presidente
Umberto Realfonzo, Consigliere
Fabio Franconiero, Consigliere
Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore
Angela Rotondano, Consigliere

Pubblicato il 12/03/2019
N. 00521/2019 REG.PROV.COLL.
N. 00214/2019 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Quarta)
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex articolo 60 Cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 214 del 2019, proposto da
OMISSIS, rappresentato e difeso dall’avv. OMISSIS;
contro
Comune di Bareggio, rappresentato e difeso dagli avv.ti OMISSIS;
nei confronti
OMISSIS, non costituita in giudizio;
OMISSIS, non costituito in giudizio;
per l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia e/o dell’esecuzione:
- della determinazione del Comune di Bareggio – Settore Affari Generali n. 202 del 20.12.2018, mai comunicata né notificata alla ricorrente, avente ad oggetto: “determinazione in merito al servizio di sorveglianza sanitaria e attività del medico competente ai sensi di quanto previsto dal d.lgs. 81/2008 – periodo 1 febbraio 2019 – 31 gennaio 2022 tramite piattaforma regionale sintel affidamento alla ditta OMISSIS – CODICE CIG ZB1260A5CC -”;
- dell’atto, di estremi e data ignoti, con cui la Stazione appaltante ha invitato OMISSIS a partecipare alla procedura e a formulare offerta per l’affidamento del servizio di sorveglianza sanitaria e attività di Medico Competente per il periodo 1 febbraio 2019 – 31 gennaio 2022 tramite piattaforma telematica Sintel con lo strumento della RDO;
- della determinazione (ancorché implicita) di non escludere l’offerta presentata da OMISSIS relativamente alla procedura suddetta;
- della graduatoria, nonché della proposta di aggiudicazione relative alla procedura di affidamento del servizio di sorveglianza sanitaria e attività del medico Competente, ai sensi di quanto previsto dal D.Lgs. 81/2008, per il periodo 1 febbraio 2019 – 31 gennaio 2022;
- se e per quanto possa occorrere, e comunque nei limiti dell'interesse, della determinazione (dal contenuto ignoto) del Responsabile del settore Affari Generali n. 176 del 03.12.2018 con cui è stata avviata la procedura per l'affidamento del servizio di sorveglianza sanitaria e attività del medico Competente, ai sensi di quanto previsto dal D.Lgs. 81/2008, per il periodo 1 febbraio 2019 – 31 gennaio 2022 tramite la piattaforma telematica Sintel con lo strumento della RDO;
- nonché di ogni altro atto presupposto, consequenziale e/o connesso ancorché eventualmente incognito;
nonché
con domanda di scorrimento della graduatoria e aggiudicazione a favore del ricorrente e consequenziale subentro nel contratto che fosse nelle more stipulato, previa sua declaratoria di inefficacia;
nonché per la condanna
al risarcimento anche per equivalente dei danni subiti e subendi dal ricorrente per effetto degli atti e provvedimenti impugnati, comprensivi di ogni voce di danno emergente e di lucro cessante, con interessi e rivalutazione sino all'effettivo soddisfo, da quantificarsi in corso di causa.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l’atto di costituzione in giudizio del Comune di Bareggio;
Visti tutti gli atti e i documenti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2019 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell’articolo 60 Cod. proc. amm.;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Considerato che il Comune di Bareggio ha indetto la procedura ex articolo 36, comma 2, lettera a), D.Lgs. n. 50/2016 per l’affidamento, secondo il criterio del minor prezzo, del servizio di sorveglianza sanitaria e attività del medico competente per il periodo 1°.02.2019-31.01.2022;
considerato che la gara, svolta tramite RDO sul Sistema Informatico della Regione Lombardia (Sintel), è stata vinta da OMISSIS;
considerato che OMISSIS, giunto secondo, contesta gli esiti della gara, sostenendo che - in applicazione del principio di rotazione degli inviti - la società controinteressata, in quanto gestore uscente del servizio, non avrebbe dovuto essere invitata alla gara;
considerato che si è costituito in giudizio il Comune di Bareggio, dapprima con atto di mera forma e poi con memoria difensiva, contestando la prospettazione avversaria e concludendo per la reiezione del ricorso;
considerato che né OMISSIS, né il dott. OMISSIS, pure ritualmente evocati, si sono costituiti in giudizio;
ritenuti sussistenti i presupposti di cui al combinato disposto degli articoli 60 e 74 Codice di rito per una decisione in forma semplificata della causa, come da avviso dato ai difensori delle parti presenti alla camera di consiglio del 21 febbraio 2019, fissata per la decisione della domanda cautelare proposta dalla ricorrente;
ritenuto, infatti, che il ricorso sia manifestamente fondato, tenuto conto, da un lato, che il principio di rotazione, fissato dall’articolo 36 D.Lgs. n. 50/2016 per gli appalti sotto soglia (quale, per l’appunto, l’appalto in esame), mira a evitare il crearsi di posizioni di rendita anticoncorrenziali e a consentire, di contro, l’apertura del mercato agli operatori più ampia possibile (cfr., T.A.R. Veneto, Sez. I, sentenza n. 320/2018), e, dall’altro lato, che il Comune non ha manifestato negli atti di gara le ragioni che l’avrebbero indotto a derogare al principio invitando anche il gestore uscente (cfr., T.A.R. Campania – Napoli, Sez. VIII, sentenza n. 3086/2017);
ritenuta, di contro, non fondata l’eccezione preliminare di inammissibilità del ricorso sollevata dalla difesa di parte resistente, per cui, in applicazione del principio di rotazione degli inviti, nemmeno la ricorrente avrebbe potuto partecipare alla gara, essendo anch’essa stata invitata alla gara che aveva assegnato il precedente contratto;
considerato, infatti, che oggetto del presente giudizio è la legittimità della ammissione alla gara della controinteressata e non anche della ricorrente, e che l’accoglimento del ricorso determinerebbe l’annullamento della aggiudicazione a favore della prima classificata e non il travolgimento dell’intera gara;
ritenuto, inoltre, nemmeno rilevante la circostanza, sempre opposta dalla difesa di parte resistente, che alla gara sono stati inviati oltre mille operatori economici, con la conseguenza che, in realtà, si tratterebbe di una procedura aperta;
considerato, in fatti, che – secondo quanto emerge documentalmente – gli operatori economici invitati in larga appartengono a settori merceologici non compatibili e risultano non idonei a rendere la prestazione oggetto dell’appalto (tra cui, esemplificativamente, architetti e ingegneri, carrozzerie e autofficine, geometri e studi tecnici, imprese di catering e fiorerie), tanto è varo che a presentare offerta sono stati solamente quattro concorrenti;
ritenuto, conseguentemente, che il ricorso sia fondato e che dunque meriti accoglimento;
ritenuto, per l’effetto, di annullare l’aggiudicazione a favore di OMISSIS e la nomina del dott. OMISSIS quale medico competente;
ritenuto non necessario dichiarare inefficace il contratto, perché a quanto consta il contratto non è stato stipulato, essendo attualmente il servizio gestito in proroga dal precedente gestore;
ritenuto di aggiudicare il servizio per cui è causa al OMISSIS, seconda classificata;
ritenuto che l’aggiudicazione del contratto soddisfi integralmente l’interesse della ricorrente, sicché non residua spazio per una pronuncia risarcitoria;
ritenuto, infine, di regolare le spese di giudizio conformemente al criterio della soccombenza.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla l’aggiudicazione a favore della controinteressata.
Condanna il Comune di Bareggio a rifondere al OMISSIS le spese di giudizio, che liquida in complessivi euro 2.000,00, oltre ad accessori di legge.
Al verificarsi dei presupposti di cui all’articolo 13, comma 6 bis.1, D.P.R. n. 115/2002, il Comune di Bareggio provvederà altresì al rimborso del contributo unificato effettivamente versato dal OMISSIS.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.
Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2019 con l’intervento dei magistrati:
Angelo Gabbricci, Presidente
Giovanni Zucchini, Consigliere
Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario, Estensore

Pubblicato il 04/03/2019
**N. 00077/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 00376/2018 REG.RIC.**

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

sul ricorso numero di registro generale 376 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
***contro***
Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Campomarino, Guglionesi e Termoli, OMISSIS, OMISSIS, in persona del rispettivo legale rappresentante pro tempore, non costituiti in giudizio;
Comune di Termoli, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato OMISSIS, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio OMISSIS;
***nei confronti***
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati OMISSIS;
***per l'annullamento***
Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:
della determina dirigenziale n. 5/2018 del 3.1.2018, con cui è stata indetta la procedura aperta per l'affidamento del “Servizio di manutenzione del verde pubblico della Città di Termoli”;
- del bando;
- del disciplinare e di tutti i relativi allegati;
- del capitolato speciale d'appalto e di tutti i relativi allegati;
- di tutti i chiarimenti resi dalla stazione appaltante;
- della determina n. 804 del 15.5.2018 con cui è stata nominata la commissione giudicatrice;
di tutti i verbali di gara, anche relativi alla valutazione dell'anomalia, di estremi e contenuto non conosciuti;
- dell'eventuale provvedimento con cui sono stati ammessi gli altri concorrenti all'incanto, di estremi e contenuto non conosciuti;
- dell'attività e della documentazione acquisita dalla PA per verificare il possesso dei requisiti utili all'ammissione all'incanto e per valutare le offerte;
- di ogni atto, attività e provvedimento adottati dalla PA per valutare e/o sanare la riscontrata carenza di requisiti di partecipazione degli altri concorrenti;
- della non conosciuta comunicazione del presidente della commissione giudicatrice, afferente il superamento della soglia di anomalia da parte dell'offerta presentata dalla OMISSIS;
-della prima richiesta del 19.6.2018 di spiegazioni sul prezzo offerto, prot. n. 31634/18;
- della seconda richiesta del 10.8.2018 di spiegazioni sul prezzo offerto e di tutti i relativi allegati nn. 1, 2, 3, 4 e 5, prot. n. 42629/18;
- del provvedimento di esclusione del 26.9.2018 prot. n. 50337/18 comunicato a mezzo pec in pari data;
- della nota del 1.10.2018 con cui è stata comunicata la seduta pubblica del 5.10.2018 e del relativo verbale non conosciuto;
-della nota prot. n. 54137/18 del 15.10.18 e relativi allegati di riscontro all'istanza di accesso;
- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione, di estremi e contenuto non conosciuti;
- dell'eventuale contratto di appalto qualora già stipulato;
- di ogni atto consequenziale, connesso, presupposto, anche di contenuto non conosciuto.
nonche'
per la declaratoria di inefficacia
del contratto di appalto eventualmente sottoscritto nelle more della definizione del ricorso;
e per la condanna
della stazione appaltante a disporre il subentro della OMISSIS nel contratto di appalto per l'intera durata inizialmente prevista dalla lex specialis.
Per quanto riguarda i motivi aggiunti
per l'annullamento
- della determina dirigenziale n. 5/2018 del 3.1.2018, con cui è stata indetta la procedura aperta per l'affidamento del “Servizio di manutenzione del verde pubblico della Città di Termoli”;
- del bando;
- del disciplinare e di tutti i relativi allegati;
- del capitolato speciale d'appalto e di tutti i relativi allegati;
- di tutti i chiarimenti resi dalla stazione appaltante;
- della determina n. 804 del 15.5.2018 con cui è stata nominata la commissione giudicatrice;
- di tutti i verbali di gara, anche relativi alla valutazione dell'anomalia, di estremi e contenuto non conosciuti;
- dell'eventuale provvedimento con cui sono stati ammessi gli altri concorrenti all'incanto, di estremi e contenuto non conosciuti;
- dell'attività e della documentazione acquisita dalla PA per verificare il possesso dei requisiti utili all'ammissione all'incanto e per valutare le offerte;
- di ogni atto, attività e provvedimento adottati dalla PA per valutare e/o sanare la riscontrata carenza di requisiti di partecipazione degli altri concorrenti;
- della non conosciuta comunicazione del presidente della commissione giudicatrice, afferente il superamento della soglia di anomalia da parte dell'offerta presentata dalla OMISSIS;
- della prima richiesta del 19.6.2018 di spiegazioni sul prezzo offerto, prot. n. 31634/18;
- della seconda richiesta del 10.8.2018 di spiegazioni sul prezzo offerto e di tutti i relativi allegati nn. 1, 2, 3, 4 e 5, prot. n. 42629/18;
- del provvedimento di esclusione del 26.9.2018 prot. n. 50337/18 comunicato a mezzo pec in pari data;
- della nota del 1.10.2018 con cui è stata comunicata la seduta pubblica del 5.10.2018 e del relativo verbale non conosciuto;
- della nota prot. n. 54137/18 del 15.10.18 e relativi allegati di riscontro all'istanza di accesso;
- dell'eventuale provvedimento di aggiudicazione, di estremi e contenuto non conosciuti;
- dell'eventuale contratto di appalto qualora già stipulato;
- di ogni atto consequenziale, connesso, presupposto, anche di contenuto non conosciuto;
- della determina n. 2219 del 26.11.18 nr. settore 95, con cui l'appalto è stato aggiudicato al Consorzio Terra;
- della nota prot. n. 61854/2018 del 27.11.18 con cui è stata comunicata l'aggiudicazione;
- di tutti i verbali di gara dal n. 1 al n. 5 con i relativi allegati, ivi inclusi tutti gli atti e provvedimenti ivi richiamati, per quanto occorrer possa anche nella parte in cui hanno valutato i requisiti e ammesso al prosieguo dell'incanto;
- della nota prot. n. 30251 del 12.6.2018 con cui il presidente della commissione giudicatrice ha comunicato il superamento della soglia di anomalia da parte dell'offerta presentata dalla OMISSIS;
- del verbale del 10 agosto 2018 della seduta riservata per la verifica delle spiegazioni presentate dalla OMISSIS;
nonche'
per la declaratoria di inefficacia
del contratto di appalto eventualmente sottoscritto nelle more della definizione del ricorso;
e per la condanna
della stazione appaltante a disporre il subentro della OMISSIS nel contratto di appalto per l'intera durata inizialmente prevista dalla lex specialis.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Termoli e di OMISSIS;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 gennaio 2019 la dott.ssa Rita Luce e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con determina n. 5 del 3.01.2018 veniva indetta la procedura di appalto per l’affidamento biennale del servizio di manutenzione del verde pubblico della città di Termoli, per un importo a base di asta di euro 964.000.
La società ricorrente, gestore uscente del servizio, partecipava alla gara e si classificava al primo posto della graduatoria con un punteggio complessivo pari a 99,373/100.
La Commissione di gara demandava al RUP, individuato nella persona del Dott. Tenore, di verificare la congruità della offerta presentata dalla D.R. Multiservice avendo rilevato la sussistenza delle condizioni di cui all’art. 97 co. 3 del D.Lgs n. 50/2016 (nota n. 30251/2018).
Il RUP, con nota n. 31624 del 19.06.2018, chiedeva alla ricorrente giustificazioni e chiarimenti in ordine all’anomalo ribasso offerto; la società presentava le proprie giustificazioni in data 4.07.2018; il RUP, con nota n. 42629 del 10.08.2018, segnalava ulteriori criticità e assegnava alla ricorrente un secondo termine per fornire i dovuti riscontri: la ricorrente rendeva i chiarimenti il 24.08.2018.
A questo punto il RUP, con nota n. 50337 del 26.09.2018, rilevava come “*l’offerta e le relative giustificazioni non siano complessivamente idonee a fondare un serio affidamento e convincimento sulla corretta esecuzione dei servizi dedotti in appalto*” giudicando “*il risultato acquisito in gara, all’esito del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta della DR. Multiservice s.r.l, non seriamente congruo, insostenibile ed irrealizzabile e dunque determinante per l’esclusione dell’offerta*”.
La Commissione di gara, quindi, nella seduta del 5.10.2018, procedeva allo scorrimento della graduatoria e formulava proposta di aggiudicazione alla società Consorzio Stabile Terra: con determina n. 2219 del 26.11.2018 l’appalto veniva definitivamente aggiudicato al Consorzio Stabile Terra giusta la sussistenza delle condizioni d’urgenza di cui all’art 32 co. 8 del D.Lgs n. 50/16; l’aggiudicazione veniva comunicata con nota n. 61854 del 27.11.2018.
Ciò premesso, la ricorrente ha impugnato il provvedimento di esclusione, in uno a tutti gli atti di gara, deducendo l’incompetenza del RUP e l’illegittima formazione della Commissione di gara avendone fatto parte l’Ing. Murazzo che già risultava coinvolto, nella qualità di istruttore Direttivo del Settore Ambiente del Comune di Termoli, nella redazione degli atti di gara; a detta della ricorrente, poi, il giudizio di anomalia dell’offerta si era basato su rilievi e circostanze che in alcun modo le erano state previamente contestate e sui quali, quindi, non si era formato alcun contraddittorio; erano, infine, del tutto infondate le valutazioni ed i rilievi espressi dal RUP a sostegno del giudizio di anomalia.
Con successivi motivi aggiunti la ricorrente ha invece impugnato la determina n. 2219/2018 e la nota n. 61854/2018 ribadendo, da un lato, i motivi già enunciati nel ricorso principale e, dall’altro, deducendo nuovi profili di censura con particolare riferimento alla violazione dell’art. 32 co. 8 del D.Lgs. n. 50/16 e all’illegittimo procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta posto in essere dal RUP.
Più nel dettaglio, l’avvio anticipato del servizio da parte della nuova aggiudicataria, oltre che motivato solo genericamente, non sarebbe stato in alcun modo giustificato vista l’incontestata e corretta esecuzione dello stesso da parte della ricorrente-tra l’altro destinataria di una proroga proprio in data 31.10.2018-e l’approssimarsi della udienza per la decisione nel merito del ricorso; non ricorrevano, poi, nella specie alcuna delle ragioni previste dalla normativa di settore a giustificazione della esecuzione anticipata dell’appalto.
Con riferimento al procedimento, invece, la ricorrente faceva rilevare la assoluta brevità della riunione tenuta dalla Commissione in data 10 agosto 2018, pari ad appena 1 ora, e, quindi, la sua assoluta inidoneità a consentire una disamina compiuta di tutti gli elementi forniti dalla società a giustificazione della propria offerta.
Si costituivano in giudizio il Comune di Termoli e la controinteressata Consorzio Stabile Terra s.c.a.r.l deducendo l’infondatezza del ricorso principale e dei motivi aggiunti e chiedendone il rigetto.
All’udienza pubblica del 23 gennaio 2019 la causa è stata trattenuta in decisione.
Il ricorso è infondato per le ragioni che seguono.
Con il primo motivo di ricorso la ricorrente ha dedotto la violazione degli artt. 31 e 97 del D.Lgs n. 50/16 e delle Linee Guida Anac per incompetenza del RUP che, nella persona del dott. Tenore, non avrebbe rivestito, nel caso in esame, la qualifica di Project manger.
Il motivo è infondato atteso che si verte, nel caso di specie, di appalto con valore a base d’asta di euro 964.000,00 come tale inferiore alla soglia di 1 milione di euro per la quale è prevista la figura del Project manager (art. 31 D.Lgs n 50/16, Linee Guida Anac 3/17 Titolo II punto 4.3).
La ricorrente ha, ancora, censurato l’operato del RUP perché questi non le avrebbe pienamente garantito il contraddittorio procedimentale che era invece previsto, non solo dall’art. 20 pag. 30 del Disciplinare di gara ma anche dall’art. 97 co. 5 del D.Lgs n. 50/16 come momento ineludibile del sub-procedimento di verifica della anomalia delle offerte: e infatti il RUP, nella nota del 26 settembre 2018, avrebbe escluso la ricorrente sulla base di ragioni nuove e diverse rispetto a quelle precedentemente contestate prima il 19 giugno e poi il 10 agosto, senza attivare alcun contraddittorio con l’interessata.
Tali nuove contestazioni riguardavano, nel dettaglio, il raffronto posto tra il ribasso offerto nell’appalto in contestazione e quello presentato dalla ricorrente nel precedente appalto bandito dal Comune di Termoli per la manutenzione del verde pubblico, il costo del personale, non più riferito al personale che la ricorrente avrebbe impiegato nella esecuzione della commessa ma a quello del “*personale che in via presuntiva si ritiene di impiegare mediante l’esecuzione del servizio”,* e gli oneri di smaltimento per i quali mai il RUP aveva chiesto di trasmettere la relativa documentazione.
Il motivo non merita accoglimento.
Ed invero, la giurisprudenza amministrativa ha evidenziato come il procedimento di verifica della anomalia delle offerte, come delineato dall’art. 97 del D.Lgs n. 50/16, non impone rigide e vincolanti scansioni procedimentali prevedendosi, piuttosto, al comma 5 della citata disposizione normativa, un'unica richiesta di chiarimenti da parte della Stazione Appaltante, con un termine di risposta non inferiore a 15 giorni e così delineandosi “un procedimento monofasico e non più trifasico (giustificativi, chiarimenti, contraddittorio) come era in precedenza in vigenza del d.lgs. 163/06”(T.A.R. Valle d’Aosta, 15..05.2017, n. 29).
Il contraddittorio procedimentale, poi, che pure l’art. 97 citato garantisce come momento imprescindibile del procedimento, non può essere estremizzato sino al punto di richiedere una corrispondenza analitica tra le singole giustificazioni fornite dall’impresa ed i vari passaggi motivazionali attraverso cui si articola il giudizio finale di anomalia e ciò in quanto “oggetto della verifica di anomalia, e quindi fulcro della motivazione del giudizio che al riguardo si esprime, non sono le giustificazioni in sé, ma l’offerta nella sua globalità, sebbene attraverso l’esame analitico di sue componenti”( cfr. T.A.R. Campania-Napoli, sez. I, 15.03.2017, n. 1500).
Ciò premesso, il Collegio ritiene che, nel caso che ci occupa, il diritto al contraddittorio sia stato sufficientemente garantito: è incontestato, infatti, che la Stazione appaltante abbia interloquito con la ricorrente in ben due occasioni ovvero prima con nota del 19 giugno 2018, cui hanno fatto riscontro i giustificativi del 4 luglio 2018, e poi con nota n. 42629/18, cui hanno fatto seguito le controdeduzioni del 24 agosto 2018.
A ciò deve anche aggiungersi che le nuove contestazioni mosse dal RUP il 26 settembre 2018 non hanno costituito l’unica ragione determinante del giudizio finale di anomalia qui in contestazione ma si sono andate ad aggiungere alle ulteriori e rilevanti criticità che già erano state in precedenza evidenziate e sulle quali il confronto procedimentale si era pienamente realizzato: dopo la prima richiesta di chiarimenti prevista inderogabilmente dall’art. 97, infatti, è stato attivato un ulteriore livello di contraddittorio che ha ampiamente consentito alla ricorrente di interloquire con l’Amministrazione e di fornirle tutti gli elementi utili per la valutazione della propria offerta.
Per tali ragioni, non poteva ragionevolmente esigersi da parte del RUP la richiesta di ulteriori integrazioni documentali e ciò vista la palese incongruità delle voci di costo già esaminate e di tutti gli elementi già acquisiti a comprova della insostenibilità ed inadeguatezza globale dell’offerta.
Deve, in conclusione, ritenersi che il secondo confronto procedimentale, unitamente al primo momento di contraddittorio intercorso tra le parti, abbia consentito efficacemente alla ricorrente di presentare le proprie giustificazioni ed alla stazione appaltante di valutare tutti gli elementi rilevanti per il suo giudizio finale, il che lo si ricava anche dal contenuto di tale giudizio che risulta pienamente esaustivo e motivato, per come meglio si dirà in seguito, anche mediante il rinvio espresso agli atti conclusivi delle fasi svolte in contraddittorio con la società.
Passando, infatti, all’esame del secondo ordine di censure con le quali la ricorrente contesta il provvedimento di esclusione entrando nel merito del giudizio di anomalia espresso dal RUP, si rileva quanto segue.
In primo luogo, la ricorrente sostiene che la verifica di congruità dell’offerta sarebbe stata attivata dalla stazione appaltante esclusivamente per avere essa conseguito un punteggio superiore ai quattro quinti sia per l’offerta tecnica che per l’offerta economica e non in forza dell’eccessivo ribasso proposto; l’offerta della esponente sarebbe stata, quindi, oggetto non di un giudizio di congruità espresso nella sua globalità ma di una indebita “caccia all’errore”. Tale profilo di censura viene ripreso anche nei motivi aggiunti nei quali la ricorrente ravvisa la contraddittorietà tra quanto rilevato dal Presidente di gara nella nota n. 30251 del 12.06 2018, secondo cui la congruità dell’offerta andava verificata i sensi dell’art. 97 co. 3 del D.Lgs n. 50/16, e quanto dedotto dal Comune in sede difensiva ove si legge che l’offerta sarebbe stata sottoposta a verifica della congruità per effetto del divario di 16.03 punti in termini di ribasso offerto della seconda graduata.
La censura, tuttavia, non coglie nel segno atteso che, in disparte quanto argomentato dal Comune nei propri scritti difensivi, è emerso pacificamente dalla documentazione versata in atti che il sub-procedimento di verifica dell’anomalia veniva attivato perché l’offerta della OMISSIS aveva ottenuto un punteggio superiore ai 4/5 di quello tecnico economico e quindi in piena conformità con quanto previsto dall’art. 97 co. 3 del D.Lgs n. 50/16 (vedasi nota n. 30251 del 12.06.2018 a firma del Presidente di gara e nota del 19 .06 2018 a firma del RUP) a mente del quale nei casi in cui il criterio di aggiudicazione dell’appalto è quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa “la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara”.
Ferme le considerazioni che precedono e venendo a scrutinare l’opportunità dell’analisi comparativa operata dal RUP tra i servizi messi a bando nella presente procedura e i servizi analoghi svolti dalla OMISSIS per il precedente affidamento di cui al contratto n. 1749/2012, si è trattato di un raffronto, ad avviso del Collegio, né illogico né irrazionale in quanto relativo a servizi analoghi (manutenzione del verde pubblico della città di Termoli) affidati alla medesima società; tale analisi comparativa, poi, non ha assunto un ruolo determinante ai fini del giudizio finale espresso dal RUP ma si è aggiunto alle ulteriori e significative criticità dell’offerta da questo rilevate ed opportunamente evidenziate negli atti impugnati.
Il RUP, conseguentemente, ha ritenuto che la diminuzione di prezzo offerto dalla ricorrente nella presente procedura fosse inattendibile venendo ivi proposto un ribasso del 41,7% nettamente superiore rispetto al ribasso del 10 % offerto nel precedente appalto, pur a fronte di un servizio che si è dimostrato essere più oneroso, sia per superficie complessiva di verde pubblico oggetto di manutenzione, pari a 538.176 mq a fronte di 446.758 mq del precedente appalto sia per i nuovi servizi messi a bando che non erano stati previsti nel precedente contratto, relativi alla nuova figura del direttore dell’esecuzione del contratto e alla gestione informatizzata del servizio.
Del tutto condivisibile, poi, risulta il giudizio di incongruità espresso dal RUP con riferimento ai costi di esercizio atteso che questi appaiono evidentemente sottostimati nella misura proposta dalla ricorrente, specialmente per quanto concerne il costo “manutenzione” rapportato a soli 500 euro per l’intero parco macchine; non pare potersi dubitare, ancora, che l’art 17 del capitolato preveda a carico dell’appaltatore sia l’obbligo di procedere all’ammodernamento dei mezzi e delle attrezzature dopo i primi tre mesi sia una clausola di esclusiva nell’utilizzo dei mezzi destinati all’esecuzione del servizio.
Devono, altresì, condividersi le perplessità sollevate dalla stazione appaltante con riferimento ai contratti di collaborazione con un esperto informatico e con un agronomo così come esibiti dalla ricorrente, non prevedendosi ivi alcun corrispettivo a fronte della prestazioni richieste, e rilevarsi che la Convenzione stipulata con la ATS di Termoli, pure invocata dalla ricorrente, prevede un monte ore settimanale di 20 ore ed una durata complessiva di 12 mesi non in linea con le prestazioni richieste dall’art. 18 del capitolato. Sono rimasti, infine, indimostrati i risparmi di spesa addotti dall’impresa riferimento agli oneri di smaltimento.
Osserva, da ultimo, il Collegio che la giurisprudenza amministrativa ha avuto modo di chiarire che, “pur non essendo possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l’offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, non può reputarsi mai sostenibile l’offerta nel caso in cui il margine positivo risulti pari a zero o sia addirittura in perdita” (T.A.R Napoli, Sez. V, 18 gennaio 2019, n. 266).
Conclusivamente, l’Amministrazione ha, nella specie, ritenuto inattendibile ed incongrua l’offerta presentata dalla ricorrente nel suo complesso con un giudizio finale che risulta immune dai vizi dedotti (cfr., tra le tante, Consiglio di Stato, sez. V, sez. V, 6.8.2018, n. 4820; 27.9.2017, n. 4527 e 2.12.2015, n. 5450; sez. VI, 15.9.2017, n. 4350; sez. IV, 30.5.2013, n. 2956; sez. III, 13.9.2017, n. 4336 e 10.5.2013, n. 2533; Adunanza Plenaria, 29.11.2012, n. 36; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 20.10.2016, n. 4804): il provvedimento impugnato, infatti, oltre a trovare fondamento ed esplicitazione nei richiamati verbali, non risulta né erroneo né illogico rispetto alle complessive risultanze emerse dai giustificativi presentati dalla ricorrente né inficiato dalle censure da questa proposte.
Non resta, quindi, che passare all’esame dell’ultimo motivo di ricorso con il quale la ricorrente deduce la illegittima nomina della Commissione di gara e la violazione dell’art. 77 comma 4 del D.Lgs n. 50/16 a mente del quale “i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun’altra funzione o incarico teorico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”: nella specie sarebbe stato nominato, infatti, quale membro della Commissione di gara l’Ing. Murazzo che, nella qualità di istruttore direttivo del Settore Ambiente, aveva redatto e predisposto la normativa di gara.
La censura è priva di pregio ed infondata in quanto la ricorrente non ha in alcun modo dimostrato né che l’Ing. Murazzo abbia direttamente predisposto la documentazione di gara né che la qualifica dallo stesso ricoperta possa in qualche modo aver influenzato le operazioni di gara o l’operato del RUP.
Del resto, la giurisprudenza amministrativa ritiene che devono essere esclusi dalle commissioni di gara soltanto coloro che abbiano svolto un’attività effettivamente idonea ad interferire con il giudizio di merito sull’appalto, in grado di incidere sul processo formativo della volontà che conduce alla valutazione delle offerte e condizionare l’esito della gara (ex multis, Cons. St., sez. V, 28 aprile 2014, n. 2191; 14 giugno 2013, n. 3316; sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4438; 29 ottobre 2010, n. 9577); la situazione di incompatibilità dei Commissari, poi, deve riguardare proprio il contratto del cui affidamento si tratta e non può riferirsi genericamente ad incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altri appalti (Cons. St., sez. V, 2 dicembre 2014 n. 1565).
Per altro verso, di tale situazione di incompatibilità deve essere fornita adeguata e ragionevole prova, non essendo sufficiente in tal senso il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità (dovendo la disposizione in questione, in quanto limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell’amministrazione, essere interpretata in senso restrittivo). (T.A.R. Napoli, sez. V, 30 maggio 2018, n. 3587).
Passando, quindi, all’esame dei motivi aggiunti con i quali la ricorrente ha impugnato l’aggiudicazione sopravvenuta in favore della controinteressata, il Collegio ne rileva l’improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse essendo stata acclarata la legittima esclusione della ricorrente dalla gara.
Risultano, invece, infondati gli ulteriori motivi di doglianza diretti a censurare la durata della seduta della Commissione di gara dedicata all’esame delle giustificazioni prodotte dalla ricorrente non avendo questa provato che il tempo dedicato dalla Commissione a tale verifica possa averne concretamente inficiato la disamina sino a fuorviare il giudizio espresso dal RUP.
Il giudizio finale di anomalia dell’offerta, poi, è stato operato dal RUP con il mero supporto della Commissione (T.A.R. Latina, sez. I 6 giugno 2018, n. 323; T.A.R Napoli, sez. V, 31 gennaio 2019, n. 467) cosicchè la ricorrente avrebbe dovuto quantomeno dimostrare l’influenza da questa esercitata sulle valutazioni espresse dal RUP che, invece, per come sopra rilevato, risultano quanto mai approfondite e motivate.
In conclusione, per le considerazioni sin qui esposte, il ricorso va respinto.
L’infondatezza della domanda di annullamento degli atti impugnati comporta l’infondatezza dei vizio di invalidità derivata mossi avverso l’aggiudicazione e giustifica anche il rigetto della domanda risarcitoria e di subentro del contratto ulteriormente proposte in sede di ricorso.
Le spese di lite seguono la soccombenza nella misura di seguito indicata in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto ed integrato dai motivi aggiunti,
respinge il ricorso principale;
dichiara in parte infondati ed in parte inammissibili i motivi aggiunti.
Condanna la ricorrente alla refusione delle spese di lite in favore del Comune di Termoli e del OMISSIS nella misura di euro 1500,00 (millecinquecento/00) ciascuno oltre accessori di legge.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 23 gennaio 2019 con l'intervento dei magistrati:
Silvio Ignazio Silvestri, Presidente
Orazio Ciliberti, Consigliere
Rita Luce, Primo Referendario, Estensore