**SENTENZA 15.01**

**N. 00009/2017REG.PROV.COLL.**
**N. 03600/2016 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 numero di registro generale 3600 del 2016, proposto da:
Diette Gielle di Luigi Galantucci, in persona del legale rappresentante pro-tempore rappresentata e difesa dagli avvocati Anna Lillo e Nicola Di Modugno, con domicilio eletto presso lo Studio Placidi in Roma, via Cosseria, 2;
**contro**
I.n.f.n. - Istituto Nazionale di Fisica Nucleare, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliataria in Roma, via dei Portoghesi, 12;
**nei confronti di**
Professional Service s.r.l. in proprio e quale mandataria di r.t.i., in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Stefano Orlandi, con domicilio eletto presso l’avvocato Renato Caruso in Roma, via Cristoforo Colombo, 436;
Ati Gruppo Servizi Associati s.p.a. non costituita in giudizio;
**per la riforma**
della sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III bis n. 1429/2016, resa tra le parti, concernente l’affidamento del servizio di controllo continuativo degli impianti tecnologici, di primo intervento antincendio e di gestione delle situazioni di emergenza dei laboratori del Gran Sasso per tre anni;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Istituto Nazionale di Fisica Nucleare e della Professional Service s.r.l. in proprio e quale mandataria di r.t.i.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2016 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Anna Lillo, Nicola Di Modugno, dello Stato Paola De Nuntis e Stefano Orlandi.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

La Ditta Gielle di Luigi Galantucci aveva impugnato con ricorso al Tribunale amministrativo del Lazio la deliberazione della giunta esecutiva dell’I.N.F.N. - Istituto Nazionale di Fisica Nucleare n. 10808 del 2015, con la quale era stata disposta la revoca del provvedimento di aggiudicazione definitiva in suo favore della gara per il servizio di controllo continuativo degli impianti tecnologici, di primo intervento antincendio e di gestione delle situazioni di emergenza dei laboratori nazionali del Gran Sasso dell’I.N.F.N. per la durata di tre anni, con conseguente affidamento del contratto alla società Professional Service s.r.l., seconda classificata.
La predetta revoca era stata disposta in quanto era stato ritenuto che la ditta odierna ricorrente, aggiudicataria della gara in quanto prima classificata, non possedesse il requisito di partecipazione relativo al principale servizio analogo richiesto a pena di esclusione dal punto III.2.3 del bando di gara.
La ricorrente deduceva l’illegittimità degli atti impugnati per violazione e falsa applicazione dell’articolo 42 del d.lgs. n. 163 del 2006 nonché eccesso di potere per violazione del punto III.2.3 del bando di gara e del disciplinare tecnico, per ingiustizia manifesta, per violazione del principio della par condicio, per illogicità e per irrazionalità (primo motivo) e per violazione e falsa applicazione dell’articolo 2, commi 1, 42 e 46, comma 1 bis, del d.lgs. n. 163 del 2006 nonché degli artt. 47/par.2 e 48/par.3 della direttiva 2004/18 e dei principi comunitari di libera concorrenza e di non discriminazione delle piccole e medie imprese e per eccesso di potere per sviamento, per perplessità dell’azione amministrativa e per mancanza dei presupposti (secondo motivo).
L’I.N.F.N. si costituiva in giudizio e deduceva l’infondatezza nel merito del ricorso, ed inoltre produceva documentazione concernente la vicenda in data 8 ottobre 2015.
Con sentenza n. 1429 del 2 febbraio 2016 il Tribunale amministrativo respingeva il ricorso.
Veniva affermato in via generale che le Amministrazioni possono prescrivere requisiti di partecipazione alle gare pubbliche che si sostanziano nel comprovato svolgimento di servizi analoghi a quello che è oggetto di gara, al fine di conseguire la preventiva dimostrazione dell'affidabilità del concorrente con riguardo alle specifiche prestazioni contrattuali, ai sensi dell'art. 42, d.lgs. n. 163 del 2006. I bandi di gara possono, quindi, prevedere requisiti di capacità più rigorosi di quelli indicati dalla legge, purché non discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, rientrando nel potere discrezionale dell'Amministrazione aggiudicatrice la fissazione dei requisiti di partecipazione ad una singola gara anche superiori a quelli previsti dalla legge.
Con specifico riferimento alle predette ultime attività, alla luce di tutto quanto evidenziato, non risultava, a parere del giudice di primo grado, che la ricorrente avesse adeguatamente comprovato il possesso del requisito di capacità tecnica relativo in discussione in questa sede.
Per quanto attiene, poi, alla dedotta illegittimità del richiamato punto III. 2.3 nella parte in cui richiede che il possesso del suddetto requisito debba essere comprovato "a pena di esclusione" dalla "esecuzione di almeno un servizio d'importo non inferiore a quello a base di gara (IVA esclusa)", non si riteneva che la stazione appaltante avesse superato i limiti al potere discrezionale prima richiamati, soprattutto in relazione all’oggetto specifico dell’appalto in controversia.
La richiesta del possesso del c.d. contratto di punta, richiesta tramite la quale la stazione appaltante intendeva selezionare, a priori, la partecipazione di concorrenti in possesso di un certo grado di esperienza, comprovata appunto, dall'avere svolto singoli servizi di un rilievo economico certo era giustificata dalla particolare situazione di pericolo in cui si trovano i Laboratori Sotterranei del Gran Sasso, situazione tale da classificare l'attività ivi svolta come "a rischio di incidente rilevante", come peraltro indicato nelle premesse stesse del disciplinare tecnico; considerata inoltre la rilevanza a livello scientifico degli esperimenti ivi condotti, la stazione appaltante aveva legittimamente ritenuto che fosse necessario da parte dell'aggiudicatario il possesso di una particolare capacità tecnica e organizzativa la quale avrebbe potuto essere garantita esclusivamente da imprese che avevano già maturato un'esperienza specifica di analoga complessità la quale fosse adeguatamente testimoniata dall'esecuzione di un unico contrato analogo sia per attività che per importo complessivo.
La limitazione del favor partecipationis e del principio di libera concorrenza tra le imprese, che è insita nella previsione di requisiti di esperienza di un certo valore, trova — in un’ottica di adeguato bilanciamento tra le contrapposte esigenze — la sua giustificazione e, pertanto, la sua legittimità nella necessità di consentire l'ammissione alla procedura di gara delle sole imprese la cui idoneità tecnica sia comprovata dall'esecuzione di contratti di entità tale da garantire la buona esecuzione del servizio in gara - nella specie veniva sottolineato che tale esigenza era legata alla necessità di assicurare la completa incolumità di tutte le persone che quotidianamente avrebbero dovuto prestare la propria attività lavorativa all'interno dei laboratori sotterranei previsti per il servizio richiesto.
Quanto all'insufficienza degli importi dichiarati e di cui alla certificazione prodotta da parte della ricorrente, assumeva valore assorbente ai fini della comprova del possesso del requisito di capacità tecnica di cui al punto III. 2.3 del disciplinare tecnico, relativo all'espletamento del cd. servizio di punta, la ricorrente ha prodotto in allegato alla domanda di partecipazione alla procedura di cui trattasi esclusivamente la certificazione inerente il servizio svolto presso il Policlinico negli anni 2006-2014 e visto che il predetto servizio era stato correttamente ritenuto non analogo ai fini che interessano da parte della stazione appaltante, ne conseguiva che l'eventuale mancata corretta valutazione dei relativi importi ivi riportati non assumeva più alcuna rilevanza, essendo venuto a mancare il primo necessario requisito rappresentato, appunto, dall'espletamento di un servizio analogo da intendersi necessariamente nei sensi in precedenza indicati.
La pronuncia osservava che è l'oggetto complessivo del contratto di appalto e il riferimento alle sue specifiche peculiarità che integrano il parametro per valutare l'adeguatezza e la proporzionalità dei requisiti di partecipazione alla gara, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti. Quindi deve ritenersi che, una volta richiesto in sede di legge di gara, che debba essere comprovato lo svolgimento di servizi analoghi, la suddetta richiesta non possa essere limitata da parte della commissione ad alcune soltanto delle attività nelle quali si concretizza il servizio richiesto ma debba, invece, avere quale riferimento, proprio il predetto servizio nel suo complesso. Ne consegue che, ove i requisiti previsti per il servizio richiesto nel suo complesso venissero costruiti esclusivamente in relazione ad una sola porzione specifica del medesimo, questi difetterebbero sul piano dell'inerenza all'oggetto del contratto in quanto non sarebbero idonei a dimostrare effettivamente la capacità dei concorrenti rispetto al complessivo servizio da svolgere in favore dell'Amministrazione.
Con appello in Consiglio di Stato notificato il 29 aprile 2016 la Ditta Gielle impugnava la sentenza in questione e sollevava le seguenti censure:
1.Erroneità ed illegittimità della sentenza appellata per violazione dell’art. 42 del codice dei contratti pubblici relazionale disciplina di gara: III.2.3 del bando di gara e del disciplinare tecnico. Travisamento, motivazione errata, illegittima ed incoerente. Il giudice di primo grado ha ricostruito la questione della dimostrazione del requisito tecnico sulla svolto il servizio analogo ai sensi del disciplinare di gara cosiddetto servizio di punta, richiamando quanto eseguito dall’appellante presso il Policlinico Umberto I di Roma ed ignorando altri quattro servizi vantati presso altre amministrazioni, giungendo a definire le prestazioni presso il Policlinico con un servizio molto più ristretto di quello messo a gara dall’INFN, di ben più ampio spettro. In realtà la legge di gara, conformemente alla legge nazionale di matrice comunitaria, pretendeva dai concorrenti la dimostrazione di servizi analoghi, che non vuol dire identici, senza l’imposizione di un quantum ed un servizio di punta senza imposizioni di analogia. Quanto richiesto è conforme all’esigenza di acquisire conoscenza delle precedenti attività d’impresa maturate che dimostrino gli indici di capacità di eseguire la prestazione oggetto dell’appalto e che non deve comprendere addirittura servizi identici. Lo svolgimento di servizi identici non è consentito alle stazioni appaltanti dal principio della massima partecipazione alle gare, né i servizi analoghi possono essere impropriamente assimilati a questi ultimi. Inoltre il giudice di primo grado ha altresì esteso la richiesta dell’analogia anche al servizio di punta, elemento non previsto dalla legge di gara, ignorando così che quattro servizi vantati presso amministrazioni ospedaliere godevano di un importo complessivo che superava abbondantemente 3 milioni di euro, controprestazione dell’affidamento per cui è causa. Se poi si vanno a verificare le singole prestazioni di cui in gara, esse sono prestazioni tecniche semplici anche se di tipo di voci e corrispondenti ai servizi analoghi prestati dall’appellante per un importo che supera il valore di 6 milioni di euro.
2.Erroneità ed illegittimità della sentenza appellata per violazione degli artt. 3, comma 1, 42 e 46, comma 1 bis del codice dei contratti pubblici in relazione alla nullità della disciplina di gara punto III.2.3 del bando. Violazione e falsa applicazione dei principi di matrice comunitaria di libera e ampia concorrenza, di non discriminazione delle piccole e medie imprese. L'incompatibilità della disciplina di gara con la normativa comunitaria artt. 47/Par.2 e 48/Par.3 della direttiva 2004/18. Le richieste della legge di gara che impone capacità professionali di titolarità di almeno un servizio di importo non inferiore a quello base di gara non può essere considerata logica e proporzionata alla luce dei principi dell’evidenza pubblica e ciò nemmeno in considerazione della particolare situazione dei Laboratori Sotterranei del Gran Sasso. Non possono essere ammessi livelli del tutto particolari della capacità tecnico-professionale e della quantità dei servizi prestati o almeno di un singolo servizio prestato, poiché ciò restringerebbe in maniera abnorme la platea dei concorrenti in violazione di tutti i principi di matrice comunitaria che risiedono nella libera concorrenza, vista anche la possibilità dell’avvalimento, dell’avvalimento plurimo e del cumulo dei requisiti. In buona sostanza la dimostrazione del requisito di un servizio identico restringe la platea dei concorrenti al solo soggetto che ha già eseguito il servizio per la stazione appaltante.
La Gielle concludeva per l’accoglimento dell’appello con vittoria di spese ed insisteva per risarcimento del danno emergente, del lucro cessante e del danno curriculare.
Si costituivano in giudizio la stazione appaltante e l’aggiudicataria Professional Service s.r.l., le quali sostenevano l’infondatezza dell’appello e ne chiedevano il rigetto.
All’udienza del 13 dicembre 2016 la causa è passata in decisione.
Il Collegio ritiene che non vi siano le lamentate ragioni per disattendere la sentenza impugnata.
In primo luogo va ribadito il principio generale, pacifico in giurisprudenza, secondo cui i bandi di gara possono prevedere requisiti di capacità particolarmente rigorosi, purché non siano discriminanti e abnormi rispetto alle regole proprie del settore, giacché rientra nella discrezionalità dell'Amministrazione aggiudicatrice di fissare requisiti di partecipazione ad una singola gara anche molto rigorosi e superiori a quelli previsti dalla legge. Il che in punto di adeguatezza corrisponde a un corretto uso del principio di proporzionalità nell’azione amministrativa: le credenziali e le qualificazioni pregresse debbono infatti – ai fini dell’efficiente risultato del contratto e dunque dell’interesse alla buona amministrazione mediante una tale esternalizzazione – essere attentamente congrue rispetto all’oggetto del contratto. Sicché tanto più questo è particolare, tanto più il livello dei requisiti da richiedere in concreto deve essere particolare. Errerebbe l’amministrazione pubblica che, non facendosi carico di un tale criterio di corrispondenza, aprisse incautamente la via dell’aggiudicazione a chi non dimostri inerenti particolari esperienze e capacità.
Naturalmente, sempre in ragione del criterio dell’adeguatezza, stavolta congiunto a quello della necessarietà, tali particolari requisiti vanno parametrati all'oggetto complessivo del contratto di appalto ed essere riferiti alle sue specifiche peculiarità, al fine di valutarne la corrispondenza effettiva e concreta alla gara medesima, specie con riferimento a quei requisiti che esprimono la capacità tecnica dei concorrenti.
Va qui rilevato che il laboratorio nazionale del Gran Sasso è un laboratorio di ricerca, appartenenti all'Istituto nazionale di fisica nucleare, dedicato allo studio della fisica delle particelle: si trova a circa 1000 m di altitudine ed è in parte situato all’esterno ed in parte è sotterraneo, con al di sopra 1.400 metri di roccia del massiccio più alto degli Appennini, con accesso nella parte sotterranea direttamente dal tunnel dell’autostrada A24 Roma – L’Aquila – Teramo. Una tale collocazione ne fa, a quanto è dato conoscere, il più grande laboratorio sotterraneo del mondo, almeno secondo la descrizione fatta dallo stesso Istituto nazionale di fisica nucleare.
La collocazione, il tipo di esperimenti ivi svolti nel campo dell’astrofisica, nel rilevamento delle particelle e nella ricerca della materia oscura ed ancor più le apparecchiature in dotazione, sia quelli prettamente adatti allo svolgimento delle ricerche, sia quelli per l’uso della struttura, come particolari ascensori e macchinari per il condizionamento ed il pompaggio dell’aria, fanno del laboratorio del Gran Sasso un unicum che ragionevolmente giustifica e rende congrua la richiesta di requisiti più che specifici per l’affidamento del servizio di contrasto agli incendi (pur se, forzosamente, ne deriva un restringimento della concorrenza): si tratta invero di una struttura, con inerenti necessità di sicurezza (visto altresì l’oggetto dell’attività da proteggere), del tutto speciale e diversa da quella sia pure notevole e complessa del Policlinico universitario di Roma Umberto I.
Se si prende in puntuale considerazione il dato di esperienza circa il cosiddetto servizio di punta, requisito specifico che deve essere in possesso dei concorrenti per l’ammissione alla gara, va considerato che nella specie risultava essere da parte della Ditta Gielle di Luigi Galantucci quello prestato presso il Policlinico di Roma, avente ad oggetto “la manutenzione ordinaria e straordinaria nonché l’organizzazione, la gestione e le modalità di esecuzione della manutenzione da effettuarsi sui sistemi mobili di estinzione (estintori), sulla rete idrica antincendio e sugli impianti fissi di rilevazione, segnalazione e allarme antincendio installati negli edifici del Policlinico Umberto I e nelle sedi esterne”. Sicché è ragionevole e di immediata rilevazione che le prestazioni oggetto di tale ultimo precedente affidamento non corrispondevano, per entità e caratterizzazioni, in ragione di quanto testé rilevato, a quello di cui in controversia.
Non dimostra il contrario il mero importo economico di quella precedente spesa: senza dubbio ingente, ma riferibile alla vastità della struttura ospedaliera (una delle più importanti d’Italia): non vi è invece una dimostrata congruenza con quanto posto in gara per il laboratorio di fisica del Gran Sasso; il cui servizio da aggiudicare concerne il controllo continuativo degli impianti tecnologici, di primo intervento antincendio e di gestione delle situazioni di emergenza del laboratorio. Sicché, per la assoluta disomogenità delle grandezze, appariva più che ragionevole escludere un tendenziale equilibrio nella comparazione tra i due servizi, come depongono del resto sia la diversa conformazione dei luoghi, sia la differenza delle prestazioni dovuta tanto ai macchinari da controllare, quanto alle prestazioni ulteriori di primo intervento e di gestione delle emergenze.
L'elencazione degli impianti da controllare contenuta nel disciplinare tecnico, oltre alle già viste differenze ambientali, comporta un’ampiezza di responsabilità che poco appaiono aver a che vedere con i compiti di mero controllo degli estintori e della pur complessa rete idrica ed allarmistica antincendio di un grande ospedale. Appare evidente che il controllo degli impianti di indici, elettrici, di ventilazione, di rilevazione automatica degli incendi, di rivelazione di fughe di gas, di rilevamento di presenza di liquidi sul pavimento, di misura delle temperature in locali sotterranei, del livello di inquinanti da traffico veicolare e dei sistemi di compartimentazione delle zone per mezzo di portoni taglia-fuoco, di filtri antifumo e comunque di primo intervento in un complesso come quello prima descritto, non sono realmente paragonabili con quanto già prestato a favore del Policlinico Umberto I.
Insomma, nel caso in esame non sussiste la lamentata illegittimità dell’Amministrazione, per la ragione che appariva sussistere l’assenza delle richiesto servizio di punta analogo a quello di gara dall’Istituto Nazionale di Fisica Nucleare. Il che è sufficiente per il rigetto dell’appello e la conferma della sentenza impugnata.
Le spese di giudizio 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 e, per l’effetto, conferma la sentenza impugnata.
Condanna l’appellante al pagamento delle spese di giudizio, liquidandole in complessivi €. 3.000,00 (tremila/00) oltre agli accessori di legge a 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 13 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:
Giuseppe Severini, Presidente
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere
Fabio Franconiero, Consigliere
Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore
Alessandro Maggio, Consigliere

**N. 05464/2016REG.PROV.COLL.**
**N. 02390/2014 REG.RIC.**

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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2390 del 2014, proposto dalla s.r.l. Smea, in persona del suo legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa dagli avvocati Aristide De Vivo e Gianfranco Mobilio, con domicilio eletto presso l’avv. Simona Rinaldi Gallicani in Roma, via Baldo degli Ubaldi, 66;
**contro**
Università Politecnica delle Marche, in persona del legale rappresentante “pro tempore”, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;
**per la riforma**
della sentenza breve del T.A.R. MARCHE –ANCONA, n. 196/2014, resa tra le parti, concernente revoca di aggiudicazione definitiva di appalto per la fornitura e l'installazione di torri anemometriche a terra;

Visto il ricorso in appello, con i relativi allegati;
Visto l’atto di costituzione in giudizio dell’Università Politecnica delle Marche;
Viste le memorie difensive;
Vista l’ordinanza collegiale istruttoria della sezione n. 2337 del 2014;
Viste le note di chiarimento dell’INPS –sede di Avellino, e dell’INAIL –sede di Salerno;
Vista l’ordinanza della sezione n. 2632 del 2014 con la quale è stata respinta l’istanza cautelare presentata dall’appellante Smea;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del 1° dicembre 2016 il cons. Marco Buricelli e udito per la parte appellata l’avvocato dello Stato Galluzzo; nessuno comparso per l’appellante;
Ritenuto e considerato in fatto e in diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.Il Tribunale amministrativo regionale per le Marche, con la sentenza n. 196 del 2014, ha respinto, compensando le spese, il ricorso proposta dalla s.r.l. SMEA avverso e per l’annullamento del provvedimento in data 16.10.2013 con il quale l’Università delle Marche aveva revocato l’aggiudicazione definitiva dell’appalto per la fornitura e la installazione di torri anemometriche a terra (SMEA era stata infatti dichiarata aggiudicataria della fornitura con atto del 1°.7.2013) disponendo nel contempo l’escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione del fatto all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (AVCP).
La decisione di revocare l’aggiudicazione definitiva è maturata in esito alla verifica dei requisiti di cui all’art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, effettuata dall’Università ai sensi dell’art. 48, comma 2, del medesimo decreto legislativo.
Il legale rappresentante della SMEA, nella istanza di ammissione alla procedura, aveva reso una dichiarazione positiva in materia di regolarità contributiva.
L’Università, eseguiti i controlli prescritti, ha comunicato alla impresa la sussistenza di una situazione di irregolarità per quanto riguarda l’assolvimento degli obblighi contributivi.
A sostegno della decisione di rigetto del ricorso la sentenza di primo grado ha, in sintesi:
-osservato che l'art. 8, comma 3, del d. m. del 24 ottobre 2007 consente il rilascio del DURC al fine della partecipazione alla gara anche in presenza di inadempienze contributive purché non gravi, intendendosi per non grave lo scostamento inferiore o pari al 5% tra le somme dovute e quelle versate con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione o comunque uno scostamento inferiore a 100 euro;
-rilevato che in sede di controllo sull’esistenza dei requisiti in capo all’aggiudicatario dev’essere verificata la piena regolarità contributiva;
-considerato che, nella specie, dal provvedimento di revoca dell’aggiudicazione del 16.10.2013 e dalla documentazione in atti emerge che in sede di verifica dei requisiti dell'aggiudicatario, sulla richiesta di DURC della stazione appaltante è stato emesso un documento di non regolarità contributiva per debiti INPS per oltre 11.700 euro e per versamenti ancora dovuti all’INAIL per un importo di euro 1455: dal che, la ritenuta legittimità della impugnata revoca dell'aggiudicazione;
-respinto la censura di carenza di motivazione, avendo la stazione appaltante esplicitato in modo congruo “le valutazioni in base alle quali l’amministrazione ha concluso per l’insussistenza della piena regolarità contributiva”;
-giudicato infondato il motivo di violazione dell'art. 10 -bis della l. n. 241 del 1990, e ciò sull’assunto che le procedure per l’affidamento di contratti pubblici non ricadono nella sfera di applicazione dell’obbligo di preavviso di rigetto;
-ritenuta priva di fondamento la dedotta violazione dell'art. 31, comma 8, del d. l. n. 69 del 2013, convertito dalla l. n. 98 del 2013, poiché l’invito alla regolarizzazione della propria posizione contenuto nella disposizione suddetta “non introduce alcuna sanatoria per la fattispecie di mancanza del requisito di regolarità contributiva dell'aggiudicatario di una procedura a evidenza pubblica”;
-respinto il profilo di censura basato sulla violazione dell'articolo 38, lett. h), del d. lgs. n. 163 del 2006 in tema di presentazione di falsa dichiarazione o di falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara;
-rigettato la domanda di risarcimento del danno, non avendo il Tar ravvisato nella fattispecie una ingiusta lesione di un affidamento suscettibile di ristoro.
2. La società SMEA ha proposto appello censurando statuizioni e argomentazioni della sentenza.
La motivazione della decisione primo grado è stata ritenuta dall’appellante “minimalista”, “rectius” “superficiale” e “monca” sotto diversi profili.
Nel dedurre, sub I), “error in iudicando et in procedendo – violazione degli artt. 1, 2, 3, 34 e 60 c.p.a. in relazione all'art. 112 c.p.c. - omessa pronuncia”, l’appellante rileva l'erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui il Tar avrebbe omesso di pronunciarsi sulla illegittimità degli atti impugnati in relazione alla corrispondenza intercorsa tra l’Università e gli istituti previdenziali (in particolare, l’INPS –sede di Avellino e l’INAIL –sede di Salerno), con riferimento in particolare al contenuto contraddittorio e non univoco dei DURC. L’omissione di pronuncia del Tar sul punto risulta evidente.
Con il secondo motivo di gravame, concernente “error in iudicando et in procedendo – violazione e falsa applicazione degli artt. 1, 2, 3, 34 e 60 c.p.a. anche in relazione all'art. 31 del d. l. n. 69/2013”, l'appellante deduce l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui si afferma che il citato art. 31 non avrebbe introdotto una sanatoria per le fattispecie di mancanza del requisito della regolarità contributiva dell'aggiudicatario di una procedura a evidenza pubblica. Con l’appello si ribadisce che la disposizione sopra richiamata mira a evitare una esclusione rigida e automatica dei partecipanti che si trovino in una situazione di lieve difficoltà in un momento particolarmente critico dell’economia.
Con il terzo motivo, recante “error in iudicando et in procedendo – violazione di legge per difetto di motivazione – eccesso di potere per sviamento, contraddittorietà e irrilevanza del fatto”, è riproposta in sostanza la censura di difetto di motivazione già formulata in primo grado e disattesa con la sentenza impugnata. In particolare, con l’appello si sostiene che a fronte delle osservazioni di SMEA sulle risultanze contradditorie dei DURC, l'Amministrazione non avrebbe esplicitato in modo compiuto, nel provvedimento di revoca, le ragioni per le quali aveva ritenuto di non aderire alle rimostranze della parte privata. La violazione dell’art. 3 della l. n. 241 del 1990 risulterebbe evidente.
Con il quarto motivo di ricorso, intitolato “error in iudicando ed in procedendo – eccesso di potere per difetto di istruttoria – sviamento – contraddittorietà – carenza di motivazione”, si deduce nuovamente che l'Amministrazione avrebbe dovuto tenere in debito conto le risultanze contraddittorie dei differenti DURC emessi a partire dal mese di luglio del 2013 e valorizzare, pertanto, l'autodichiarazione di regolarità contributiva presentata dalla ricorrente confermando dunque l'aggiudicazione definitiva della gara in favore della stessa SMEA, anche alla luce del non grave scostamento contributivo e della modestia degli importi assunti come non versati. Si ribadisce inoltre come, ai sensi dell'art. 31, comma 8, del d. l. n. 69 del 2013, l'Amministrazione avrebbe potuto e dovuto ammettere la ricorrente a sanatoria.
Con il quinto motivo di appello, concernente “error in iudicando et in procedendo – violazione di legge (art. 12 del d. lgs. n. 157 del 1995, sostituito dall'art. 38, lett. h), del d. lgs. n. 163 del 2006) – omessa pronuncia – violazione dell’art. 112 c.p.c. “, l'appellante deduce l’illegittimità della disposta revoca stante l’esistenza di una mera discordanza priva di rilievo, che si è tradotta in una inedita misura punitiva a carico della concorrente.
L’Università si è costituita per resistere.
Con ordinanza collegiale n. 2337 del 2014 la sezione ha disposto incombenti istruttori a carico di INPS e INAIL, adempiuti i quali questa stessa sezione, con ordinanza n. 2632 del 2014, ha respinto l’istanza cautelare di SMEA e ciò sull’assunto che dalle attestazioni richieste in sede istruttoria, e depositate dall’INPS –Avellino e dall’INAIL –Salerno, “risulta che alla data fissata quale termine per la presentazione delle offerte (22 marzo 2013) la situazione contributiva della società appellante non era regolare”: dal che, l’insussistenza del “fumus boni juiris” della domanda cautelare.
All’udienza del 1°.12.2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.
3.L'appello è infondato e va respinto.
La sentenza del Tar –quantunque assai sintetica nella sua motivazione, ma non sommaria- merita di essere confermata, con alcune integrazioni e precisazioni.
I motivi d’appello riassunti sopra al p. 2. possono essere esaminati in modo congiunto, essendo in misura notevole somiglianti e in qualche punto ripetitivi.
In via preliminare, in relazione al profilo di censura sub I), inerente alla dedotta omessa pronuncia da parte del giudice di primo grado in ordine ai risultati della corrispondenza intercorsa tra l’Università, l’INPS e l’INAIL, con riferimento in particolare al contenuto asseritamente contraddittorio e non univoco dei DURC, pare il caso di ribadire, con la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (v. Cons. St. , sez. IV, n. 98 del 2006), che il vizio ex art. 112 c.p.c. non comporta (salvo casi limite non ravvisabili però nella fattispecie in esame) l'annullamento con rinvio della sentenza gravata ma impone al contrario al Giudice di appello di scrutinare la doglianza o le doglianze di cui si lamenta l’omessa disamina.
Come è noto infatti, "l’omessa pronuncia su un vizio del provvedimento impugnato deve essere accertata con riferimento alla motivazione della sentenza nel suo complesso, senza privilegiare gli aspetti formali, cosicché essa può ritenersi sussistente soltanto nell'ipotesi in cui risulti non essere stato esaminato il punto controverso e non quando, al contrario, la decisione sul motivo d'impugnazione risulti implicitamente da un'affermazione decisoria di segno contrario ed incompatibile" (tra le tante, già in passato, Consiglio Stato , sez. VI, 6 maggio 2008, n. 2009).
A questo riguardo, come si ricava dalla sintesi della motivazione della decisione di primo grado esposta sopra al p. 2. , il Tar ha deciso la causa considerando anzitutto sussistente, e comprovata in maniera adeguata, sulla base della documentazione in atti, una situazione di irregolarità contributiva significativa, “risolvendo” in questo modo, solo implicitamente ma non per questo meno sicuramente nel senso della non fondatezza della tesi propugnata da SMEA, la problematica relativa all’affermato contenuto “contraddittorio e non univoco” dei DURC susseguitisi nel tempo.
Pertanto il Collegio ritiene che la sentenza impugnata non sia viziata per omessa pronuncia in relazione al disposto di cui all’art. 112 c.p.c. .
Ciò posto, passando all’esame degli elementi di doglianza “sostanziali”, ai fini della reiezione dell’appello è decisivo rilevare quanto segue.
In primo luogo va rammentato in termini generali l’obbligo dell’impresa partecipante a una procedura di gara di essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali e assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta (nella specie, alla data del 22 marzo 2013) e di conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva (cfr. Cons. St. , Ad. plen. n. 5 del 2016).
In relazione a uno dei profili di censura principali formulati con l’appello dev’essere in particolare rimarcato che il coordinamento tra l’ art. 31, comma 8, del d. l. n. 69 del 2013, conv. con modificazioni dalla l. n. 98 del 2013, secondo il quale “ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità”; e la disciplina sulle gare pubbliche, è stato risolto da Cons. Stato, Ad. plen. , con la sentenza n. 5 del 2016 nel senso che “anche dopo l’entrata in vigore dell’art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, (Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l’impresa essere in regola con l'assolvimento degli obblighi previdenziali ed assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta e conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante, restando dunque irrilevante un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva. L’istituto dell’invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo), già previsto dall’art. 7, comma 3, del decreto ministeriale 24 ottobre 2007 e ora recepito a livello legislativo dall’art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013 n. 69, può operare solo nei rapporti tra impresa ed Ente previdenziale, ossia con riferimento al DURC chiesto dall’impresa e non anche al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica della veridicità dell’autodichiarazione resa ai sensi dell’art. 38, comma 1, lettera i) ai fini della partecipazione alla gara d’appalto».
L'impresa deve essere cioè in regola con i versamenti previdenziali e assistenziali fin dalla presentazione dell'offerta, non rilevando ai fini della regolare partecipazione alla gara un eventuale assolvimento successivo: difatti, l'invito alla regolarizzazione disciplinato dal d. m. 24 ottobre 2007 e dall'articolo 31, comma 8, del citato d. l. n. 69/2013 non viene esteso al DURC richiesto dalla stazione appaltante per la verifica del requisito di cui all'articolo 38, comma 1, lett. i) del d. lgs. n. 163 del 2006.
Non pare superfluo aggiungere che le risultanze del DURC rilasciato alla stazione appaltante dagli enti previdenziali preposti sono per la stessa Amministrazione procedente vincolanti, non residuando un margine di apprezzamento sulla valutazione di gravità dell'inadempienza contributiva come chiarito dalla Adunanza Plenaria con la decisione n. 8 del 2012: “ai sensi e per gli effetti dell’art. 38, comma 1, lett. i), d.lgs. n. 163 del 2006, anche nel testo vigente anteriormente al d.l. n. 70 del 2011, secondo cui costituiscono causa di esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni alle norme in materia previdenziale e assistenziale, la nozione di “violazione grave” non è rimessa alla valutazione caso per caso della stazione appaltante, ma si desume dalla disciplina previdenziale, e in particolare dalla disciplina del documento unico di regolarità contributiva; ne consegue che la verifica della regolarità contributiva delle imprese partecipanti a procedure di gara per l’aggiudicazione di appalti con la pubblica amministrazione è demandata agli istituti di previdenza, le cui certificazioni (d.u.r.c.) si impongono alle stazioni appaltanti, che non possono sindacarne il contenuto”
Guardando adesso più da vicino il caso in esame, in modo corretto e condivisibile il giudice di primo grado (con una decisione avallata tra l’altro da questa sezione nella fase cautelare: v. ord. Cons. Stato, sez. VI, n. 2632 del 2014), ha considerato sussistente una situazione di irregolarità contributiva significativa alla data (22 marzo 2013) della presentazione della domanda di ammissione alla procedura (nonché alla data intercorrente tra il momento dell’aggiudicazione dell’appalto a SMEA -1°.7.2013- e la data -16.10.2013- della emanazione del provvedimento di revoca dell’aggiudicazione medesima).
Dagli atti di causa emerge in particolare quanto segue:
-anzitutto, che al momento di presentare la domanda di ammissione, la società aveva dichiarato di essere in regola con la situazione contributiva;
-dal DURC rilasciato il 29.7.2013 risulta una irregolarità contributiva INPS per un importo di € 11.728;
-dal DURC del 26.8.2013 si evince una irregolarità contributiva INPS per un ammontare di € 8.425;
-col DURC INAIL del 30.9.2013 è stato certificato che la società SMEA, alla data del 22.3.2013, termine ultimo per la presentazione delle offerte, risultava non in regola con il versamento dei premi INAIL per l’importo di € 1.455;
-all’esito dell’istruttoria è emerso inoltre che la Direzione INPS di Avellino, con nota prot. n. 0800.26/05/2014.0094929 ha puntualizzato che il DURC richiesto dall'Università Politecnica delle Marche, in data 12.7.2013, per “verifica autodichiarazione”, relativamente alla situazione contributiva della SMEA alla data del 25.3.2013, è stato correttamente rilasciato con la dicitura “non in regola” poiché l'impresa alla data suddetta non era, appunto, in regola con l'assolvimento dell'obbligo contributivo (con la nota citata la Direzione INPS precisa di avere emesso un DURC con motivazione “in regola”, riferito alla data del 25.3.2013, “per un mero errore materiale” e “che pertanto non è da considerarsi valido”);
-dal canto proprio la Direzione INAIL di Salerno, con documentata nota in data 17.6.2013, in atti, ha precisato che il primo DURC del 12.7.2013 riguardava la regolarità contributiva alla data del 25.3.2013, data alla quale l'impresa non era in regola ma, “per un mero errore materiale”, l’istruttoria eseguita dalla sede INAIL di Salerno “si concludeva positivamente” (il DURC tuttavia veniva emesso “non regolare” poiché l’INPS aveva concluso la sua istruttoria negativamente). Anche il successivo DURC, richiesto in data 17.7.2013, veniva emesso “non regolare” sia per l’INAIL che per l’INPS (debiti insoluti INPS, circa € 22.674; omesso versamento premi assicurativi INAIL per un imposto di € 744). Il terzo DURC nuovamente richiesto dalla stazione appaltante il 31.7.2013, ai fini della verifica della autocertificazione del 25.3.2013, veniva emesso “non regolare” (in particolare, debiti insoluti INPS per € 8.425). Soltanto il quarto DURC, richiesto dalla società SMEA il 30.8.2013, per “agevolazioni/finanziamenti/sovvenzioni/autorizzazioni”, veniva emesso con la dicitura “regolare” poiché l'impresa aveva nel frattempo provveduto a versare gli importi scoperti. Con la nota si precisa infine che la verifica di correntezza contributiva di SMEA “cristallizzata” alla data del 23-25.3.2013 era da ritenersi non regolare e che “la regolarità o non regolarità del DURC dipende dalla tipologia della richiesta, oltre che dal periodo a cui si riferisce la regolarità, pertanto, possiamo concludere che in qualsiasi periodo fosse stato richiesto il DURC per “verifica autodichiarazione alla data del 23/03/3013”, questo sarebbe stato sempre e comunque non regolare”.
Le reiterate certificazioni DURC, rilasciate dagli enti previdenziali competenti, sono idonee a comprovare la posizione gravemente irregolare della società SMEA alla data della scadenza del termine per la presentazione della offerta.
La documentazione in atti e i chiarimenti forniti dall’INPS –Avellino e dall’INAIL –Salerno su richiesta della sezione sconfessano la contraddittorietà e la non univocità delle risultanze documentali rilevate con l’appello, e consentono di superare anche i profili di carenza di motivazione e di insufficiente istruttoria vanamente ribaditi dall’appellante.
Risulta pienamente integrata la previsione di esclusione dalla procedura di cui all’art. 38, lett. i) del d. lgs. n. 163 del 2006 (in disparte il rilievo per cui SMEA aveva dichiarato una circostanza non veritiera in sede di gara, astrattamente in grado di giustificare l’esclusione ex art. 38/h) del d. lgs. n. 163 del 2006, attestando di essere in regola con gli obblighi in materia contributiva).
In conclusione l’appello va respinto e la sentenza impugnata confermata.
Le spese del grado del giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge confermando, per l'effetto, la sentenza impugnata.
Condanna l’appellante a rifondere all’appellata le spese del presente grado del giudizio, che si liquidano in complessivi € 5.000,00 (euro cinquemila/00).
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 1° dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:
Ermanno de Francisco, Presidente
Roberto Giovagnoli, Consigliere
Bernhard Lageder, Consigliere
Marco Buricelli, Consigliere, Estensore
Francesco Mele, Consigliere

N. 05488/2016REG.PROV.COLL.
N. 03070/2016 REG.RIC.

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

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 3070 del 2016, proposto da:
Selin s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paoletti, Elisa Vannucci Zauli e Sara Navari, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Maresciallo Pilsudski, n. 118;

contro

I Care s.r.l. (già Azienda Speciale Pluriservizi Viareggio), in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Frati, con domicilio eletto presso Gian Marco Grez, in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;
Comune di Viareggio, in persona del legale rappresentante in carica, non costituito in giudizio;

nei confronti di

Studio Bertacca Engineering s.r.l., in persona del legale rappresentante in carica, e Ing. Luciano Bertacca, entrambirappresentati e difesi dagli avvocati Biagio Giuseppe Ciollaro e Filippo Brunetti, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo, in Roma, via XXIV Maggio, n. 43;
Studio Tecnico Associato Del Bianco, Tabarrani, A. Bini, A. Bini, Bertuccelli, Baratti, Gabrielli e Massara (Studio Delta), in persona del legale rappresentante in carica, nonché Andrea Del Bianco, Simone Tabarrani, Andrea Bini, Alessandro Bini, Giampaolo Bertuccelli, Spartaco Baratti, Luca Gabrielli e Alessandro Massara, in proprio e quali soci dello Studio Delta, non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Toscana – Firenze, Sezione I, n. 00355/2016, resa tra le parti, concernente l’affidamento dell’incarico professionale di responsabile del servizio di prevenzione e protezione e di ulteriori attività di consulenza tecnica in materia ingegneristica.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di I Care s..r.l., dello Studio Bertacca Engineering s.r.l. e dell’Ing. Luciano Bertacca;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 novembre 2016 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Francesco Paoletti, Gabriele Pafundi, su delega dell'avvocato Francesco Frati, e Filippo Brunetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1,La Selin s.r.l. ha partecipato alla procedura negoziata bandita dalla Azienda Speciale Pluriservizi Viareggio per l’affidamento dell’incarico professionale di responsabile del servizio di prevenzione e protezione e di ulteriori attività di consulenza tecnica in materia ingegneristica, classificandosi dopo lo Studio Bertacca Engineering s.r.l. (primo) e lo Studio Tecnico Associato Del Bianco, Tabarrani, A. Bini, A. Bini, Bertuccelli, Baratti, Gabrielli e Massara (c.d. Studio Delta, secondo).

L’Azienda Speciale Pluriservizi Viareggio ha, conseguentemente, affidato l’incarico alla Studio Bertacca Engineering s.r.l..

Avverso il provvedimento di aggiudicazione la Selin s.r.l. ha proposto ricorso al T.A.R. Toscana che, con sentenza 25/2/2016, n. 355, lo ha respinto.

Ritenendo la sentenza erronea e ingiusta, la Selin s.r.l. l’ha impugnata chiedendone l’annullamento e domandando la dichiarazione di inefficacia del contratto stipulato ai fini del subentro, nonché la condanna della stazione appaltante al risarcimento del danno per equivalente.

Per resistere all’appello si sono costituiti in giudizio la I Care s.r.l. (già Azienda Speciale Pluriservizi Viareggio) e la Studio Bertacca Engineering s.r.l.

Con successiva memoria la Selin s.r.l. ha ulteriormente argomentato le proprie tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 17/11/2016 la causa è passata in decisione.

2. E’ fondato il motivo di gravame con cui l’appellante deduce l’erroneità dell’impugnata sentenza nella parte in cui non ha accolto la doglianza con la quale era stato dedotto che la Studio Bertacca Engineering s.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in conseguenza dell’omessa presentazione delle dichiarazioni in ordine al possesso dei requisiti generali relative all’ing. Luisa Santomaso e al p.i. Cristina Cipollini, indicate per l’esecuzione di alcune delle prestazioni oggetto del contratto da affidare.

La commissione di gara, in ciò avallata dal TAR adito, avrebbe, infatti, illegittimamente ammesso la citata concorrente a sanare le suddette lacune attraverso il ricorso istruttorio.

Un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, dal quale il Collegio non intende discostarsi, afferma che, nell’ambito dei procedimenti ad evidenza pubblica finalizzati all’affidamento di un contratto, il soccorso istruttorio non può essere utilizzato per sopperire a dichiarazioni (riguardanti elementi essenziali ai fini della partecipazione) radicalmente mancanti – pena la violazione della par condicio fra concorrenti - ma soltanto per chiarire o completare dichiarazioni o documenti già comunque acquisiti agli atti di gara (Cons. Stato, A. P., 25/2/2014, n. 9; Sez. V, 12/10/2016, n. 4219; 15/7/2016, n. 3153; 21/7/2015, n. 3605; 25/2/2015, n. 927; Sez. III, 24/11/2016, n. 4930; 17/11/2015, n. 5249; Sez. IV, 15/9/2015, n. 4315).

Alla luce dell’enunciato principio di diritto, risulta evidente che alla indicata concorrente non poteva essere consentito di ovviare all’omessa produzione di documentazione essenziale ai fini dell’ammissione alla gara (dichiarazioni concernenti il possesso dei requisiti generali) mediante il ricorso al soccorso istruttorio e ciò non tanto perché il detto istituto non era contemplato dalla lex specialis della gara, come sostiene l’appellante, quanto perché il rimedio in parola non può essere utilizzato, giusta quanto sopra rilevato, per sanare la mancanza di dichiarazioni o documentazione da allegare, a pena di esclusione, alla domanda di partecipazione.

3. Altrettanto fondato risulta il motivo diretto a censurare la sentenza nella parte in cui non ha accolto la doglianza con cui era stato dedotto che lo Studio Tecnico Associato Del Bianco, Tabarrani, A. Bini, A. Bini, Bertuccelli, Baratti, Gabrielli e Massara (c.d. Studio Delta) non avrebbe potuto essere ammesso alla gara in quanto la domanda di partecipazione risultava sottoscritta soltanto da 4 degli otto professionisti associati da cui la stessa proveniva.

Al riguardo occorre premettere che la sentenza, a seguito della reiezione delle doglianze rivolte a contestare la posizione dell’aggiudicataria, ha rigettato nel merito il motivo diretto contro l’ammissione alla gara dello Studio Delta, pur avendolo preliminarmente dichiarato “inammissibile per difetto di interesse”.

L’appellante, senza contestare esplicitamente la dichiarazione di inammissibilità, ha direttamente rivolto le proprie critiche contro la reiezione nel merito delle censure concernenti lo Studio Delta.

Ritiene la Sezione che nel particolare caso descritto, non occorresse una espressa censura della pronuncia in rito, posto che lo stesso TAR ha ritenuto di poter superare l’ostacolo processuale per decidere nel merito.

Va ancora rilevato che l’appello, diversamente da quanto sostenuto dalla Studio Bertacca Engineering s.r.l., non è generico, ma muove puntuali critiche alla sentenza.

Orbene, come più sopra anticipato, il mezzo di gravame merita condivisione.

Ed invero, contrariamente a quanto ritenuto dai giudici di prime cure, la riconducibilità dell’offerta dello Studio Delta a tutti i professionisti che ne fanno parte non può essere desunta dal fatto che nella busta contente la domanda di partecipazione fossero inserite le dichiarazioni dei requisiti generali di tutti e otto gli associati, atteso che la sottoscrizione della domanda si configura come elemento infungibile, costituendo l’unica modalità attraverso cui il concorrente ne assume la paternità con le conseguenti responsabilità nei confronti della stazione appaltante.

Rappresentando la sottoscrizione elemento essenziale della domanda di partecipazione, non era consentito, giusta quanto più sopra rilevato, acquisire le firme mancanti mediante soccorso istruttorio.

4. In definitiva l’appello dev’essere accolto.

In riforma dell’impugnata sentenza va, conseguentemente, annullata l’aggiudicazione della gara a favore dello Studio Bertacca Engineering s.r.l..

Va, altresì, dichiarata, in accoglimento della domanda all’uopo proposta dall’appellante, l’inefficacia del contratto stipulato con l’aggiudicataria a decorrere dalla data di pubblicazione della presente sentenza, disponendo, inoltre, con la medesima decorrenza, il subentro nel contratto della Selin s.r.l.

Difatti:

a) la natura dell’incarico da svolgere non pone particolari ostacoli al subentro nel rapporto;

b) il contratto, stipulato in data 1/3/2016, ha una durata triennale, per cui una notevole parte del medesimo dev’essere ancora eseguita.

5. L’appellante ha, inoltre chiesto la condanna della stazione appaltante al pagamento dei danni derivanti dalla mancata esecuzione della prestazioni contrattuali già svolte dalla Studio Bertacca Engineering s.r.l., con interessi e rivalutazione sulla sorte capitale.

Al riguardo la I Care s.r.l. deduce che la domanda sarebbe inammissibile perché introdotta soltanto in appello.

L’eccezione è, tuttavia, infondata.

Nel presente grado di giudizio l’appellante si è semplicemente limitata a ridurre l’istanza risarcitoria già formulata davanti al TAR, chiedendo la sola liquidazione dei danni relativi alle prestazioni già svolte dalla controinteressata aggiudicataria.

La domanda risarcitoria può, dunque, essere esaminata nel merito dove risulta fondata.

Le controparti appellate si difendono sul punto sostenendo che la società appellante non avrebbe provato il danno di cui chiede il ristoro, così che le pretese risarcitorie sarebbero dunque destituite di fondamento; ma la tesi non è condivisibile.

Se è vero che anche nel processo amministrativo vale l'onere della prova (art. 64 c.p.a. e, con specifico riguardo alla materia dei contratti, art. 124, comma 1, del medesimo c.p.a.), la Sezione è dell'avviso che - sulla scorta di una valutazione di comune esperienza - il danno ingiusto sofferto dall'appellante sussista sicuramente nell'an, essendo, per dir così, in re ipsa, stante l’evidente pregiudizio economico che un'impresa subisce dalla illegittima mancata aggiudicazione - alla quale, invece, avrebbe avuto diritto - della gara cui ha partecipato (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 14/3/2016, n. 992; 30/7/2012, n. 4298): nel caso che occupa, esso si sostanzia, in via diretta ed immediata, nel fatto stesso di non aver potuto eseguire una parte di contratto.

Per quanto riguarda il quantum la Sezione ritiene che esso possa essere fissato, in via equitativa, nella misura di un terzo dell’utile dichiarato dalla stessa appellante in sede di offerta, per il periodo intercorrente dalla già avvenuta stipula del contratto fino all’effettivo subentro della appellante.

Trattandosi di danno da fatto illecito, sull’importo come sopra determinato dovranno essere corrisposti rivalutazione monetaria e interessi legali sul capitale via via rivalutato, dal momento della stipula del contratto con la Studio Bertacca Engineering s.r.l. sino all’effettivo soddisfo (Cons. Stato, Sez. V, 20/7/2016, n. 3281; 28/10/2015, n. 4934; 25/6/2014, n. 3220).

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Spese e onorari di giudizio, liquidati come in 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 e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento dell’aggiudicazione disposta in favore della Studio Bertacca Engineering s.r.l..

Dichiara, inoltre, l’inefficacia del contratto stipulato con la detta società, a decorrere dalla data di pubblicazione della presente sentenza, disponendo, inoltre, con la medesima decorrenza, il subentro nel contratto dell’appellante.

Condanna la stazione appaltante al pagamento in favore dell’appellante del risarcimento dei danni secondo quanto specificato in motivazione.

Condanna ciascuna delle parti appellate costituite in giudizio al pagamento in favore dell’appellante delle spese processuali in favore nella misura di €. 4.000,00 (quattromila), oltre accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

**N. 05423/2016REG.PROV.COLL.
N. 04494/2016 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 numero di registro generale 4494 del 2016, proposto da:
Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale capogruppo mandataria del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con IBM Italia s.p.a. e HGV Advertising s.r.l., rappresentata e difesa dall’avvocato Orazio Abbamonte, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Titomanlio, in Roma, via Porpora 12;

contro

Ministero per i beni e le attività culturali e del turismo, Soprintendenza speciale per Pompei Ercolano e Stabia, rispettivamente in persona del ministro e del soprintendente pro tempore, rappresentati e difesi per legge dall’Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi 12;

nei confronti di

Consorzio Stabile Arte’M Net, in persona dell’amministratore unico e legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Valentino Vulpetti e Valentina Lipari, con domicilio eletto presso il primo, in Roma, via Sabotino 2/a;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CAMPANIA – NAPOLI, SEZIONE VI, n. 1044/2016, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento in appalto dei servizi di miglioramento delle modalità di visita ed il potenziamento dell’offerta culturale del sito archeologico di Pompei

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero per i beni e le attività culturali e del turismo e della Soprintendenza speciale per Pompei Ercolano e Stabia, e del Consorzio Stabile Arte’M Net;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 13 dicembre 2016 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Stefano Russo, in sostituzione di Orazio Abbamonte, Valentina Lipari e dello Stato Paola De Nuntis;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Campania – sede di Napoli, integrato da due successivi atti recanti motivi aggiunti, la Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni s.r.l. impugnava gli atti della procedura di affidamento in appalto del servizio per il miglioramento delle modalità di visita ed il potenziamento dell’offerta culturale del sito archeologico di Pompei, indetta il 28 novembre 2014 dalla Soprintendenza speciale per Pompei Ercolano e Stabia e aggiudicata in via definitiva all’esito della selezione mediante il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa al Consorzio stabile Arte’M Net (decreto n. 83 del 1° aprile 2015).

2. La ricorrente, partecipante in raggruppamento temporaneo di imprese con IBM Itaia s.p.a. e HGV Advertising s.r.l., classificatosi al terzo posto della graduatoria finale, deduceva sotto vari profili che le prime due classificate (oltre al Consorzio aggiudicatario il raggruppamento temporaneo con capogruppo la Space s.r.l.), avrebbero dovuto essere escluse dalla gara e che erano state sopravvalutate, e inoltre che la commissione era illegittimamente formata e non aveva esaminato le offerte tecniche presentate (in modalità informatica) dalle concorrenti in tutti profili in cui esse si erano articolate.

3. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo in dichiarata applicazione dei principi sull’ordine di esame di impugnative incrociate nei confronti di procedure di affidamento di contratti pubblici espressi dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato con la sentenza del 25 febbraio 2014, n. 9, esaminava dapprima il ricorso incidentale “escludente” del Consorzio Arte’M Net, e ne accoglieva la censura relativa al contratto di avvalimento tra la ricorrente principale Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni e l’ausiliaria Opera Laboratori Fiorentini s.p.a., avente ad oggetto il fatturato specifico richiesto dalla normativa di gara.

Il giudice di primo grado statuiva che nel contatto non erano indicati con sufficiente determinatezza le risorse messe a disposizione per il servizio da aggiudicare e che questa carenza sostanziale del requisito richiesto, derivante a sua volta dal«l’invalidità del contratto di avvalimento», non potesse essere sanata mediante il potere di soccorso istruttorio della stazione appaltante, pur nell’ampia latitudine con cui esso è stato riconosciuto in via legislativa (artt. 38, comma 2-bis, e 46, comma 1-ter, del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163).

4. Contro la decisione di primo grado la Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni ha proposto appello, nel quale chiede innanzitutto che le contrapposte impugnazioni dedotte nel presente giudizio siano esaminate in base ai principi espressi dalla Corte di giustizia dell’Unione europea nella sentenza 5 aprile 2016, C-689/13 (Puligienica); contesta inoltre la fondatezza del motivo accolto dal Tribunale amministrativo; e ripropone infine le censure del proprio ricorso da quest’ultimo non esaminate.

5. Nel costituirsi in resistenza all’appello, il Consorzio stabile Arte’M Net ha riproposto ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. i motivi del proprio ricorso incidentale assorbiti dal Tribunale amministrativo.

6. Si sono costituiti in resistenza anche il Ministero per i beni e le attività culturali e del turismo e della Soprintendenza speciale per Pompei Ercolano e Stabia.

**DIRITTO**

1. Il motivo d’appello con cui la Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni censura l’accoglimento del ricorso incidentale “escludente” dell’aggiudicatario Consorzio stabile Arte’M Net da parte del Tribunale amministrativo – da esaminare necessariamente prima di quello sull’ordine di scrutinio delle contrapposte impugnazioni, nell’ottica di una riforma della pronuncia di primo grado - è fondato.

2. Sono innanzitutto condivisibili i rilievi dell’appellante secondo cui il requisito in contestazione attiene alla capacità economico-finanziaria del concorrente, benché si tratti del fatturato specifico (conseguito in servizi di «Allestimenti intesi come presentazione e interpretazione di beni culturali in musei e/o in aree archeologiche e/o in complessi storici e monumentali»: così il disciplinare di gara), lo stesso non richiedeva una compiuta indicazione nel contratto di avvalimento degli elementi organizzativi dell’azienda dell’ausiliaria Opera Laboratori Fiorentini concretamente messi a disposizione per l’esecuzione dell’appalto.

Sul punto deve essere condiviso l’orientamento giurisprudenziale di questo Consiglio di Stato che in relazione al c.d. avvalimento di garanzia, quale è quello avente ad oggetto il fatturato, non implica necessariamente il coinvolgimento di aspetti specifici dell’organizzazione della impresa, dacché la possibilità che essi non siano specificati in contratto e nella dichiarazione resa alla stazione appaltante, se non rispondenti ad un concreto interesse della stazione appaltante, quale desumibile dall’indicazione del requisito stesso (in questo senso: Cons. Stato, III, 17 novembre 2015, n. 5703, 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041, 2 marzo 2015, n. 1020, 6 febbraio 2014, n. 584; IV, 29 febbraio 2016, n. 812, che ha specificato che il requisito prestato serve essenzialmente non già ad arricchire un’impresa ausiliata che già possiede gli altri requisiti di partecipazione, ma solo a fornire risorse di carattere economico e finanziario, senza effettivo coinvolgimento di mezzi, attrezzature o personale; V, 15 marzo 2016, n. 1032, 22 ottobre 2015, n. 4860).

3. In ordine a questo decisivo profilo occorre innanzitutto richiamare gli artt. 41 e 42 del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. n. 163 del 2006.

In particolare, la prima delle citate disposizioni, relativa alla «Capacità economica e finanziaria dei fornitori e dei prestatori di servizi» (così la rubrica) include tra essi non solo «il fatturato globale d’impresa», ma anche quello «relativo ai servizi o forniture nel settore oggetto della gara» (comma 1, lett. c). Altri sono invece i requisiti di capacità «tecnica e professionale» previsti dal successivo art. 42.

Ebbene, in relazione a questa diversificazione l’orientamento di questo Consiglio di Stato sopra richiamato, cui si aderisce, afferma che allorquando un’impresa intenda avvalersi dei requisiti finanziari di un’altra, «la prestazione è costituita non già dalla messa a disposizione da parte dell’impresa ausiliaria di strutture organizzative e mezzi ‘materiali’, ma dal suo impegno a “garantire” con le proprie complessive risorse economiche - il cui indice è costituito dal fatturato - l’impresa ‘ausiliata’», e cioè «il suo valore aggiunto in termini di “solidità finanziaria” e di acclarata “esperienza di settore», dei quali il fatturato costituisce indice significativo (Cons. Stato, III, 4 novembre 2015, nn. 5038 e 5041, 2 ottobre 2015, n. 4617, 6 febbraio 2014, n. 584).

4. In relazione alla carente allegazione ora accennata va inoltre sottolineato che di recente l’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato (sentenza 4 novembre 2016, n. 23) ha statuito che l’indagine in ordine agli elementi essenziali del contratto di avvalimento «deve essere svolta sulla base delle generali regole sull’ermeneutica contrattuale» ed in particolare deve essere svolta secondo i canoni enunciati dal codice civile di interpretazione complessiva e secondo buona fede delle clausole contrattuali (artt. 1363 e 1367).

Al principio espresso dall’Organo di nomofilachia questo Collegio soggiunge che analoga prospettiva interpretativa deve essere osservata per quanto riguarda le clausole del bando e del disciplinare di gara riguardanti i requisiti speciali di partecipazione suscettibili di avvalimento, tenendo conto dell’ampio ambito di applicazione dell’istituto dell’avvalimento, in modo da approcciarsi alla questione della determinabilità del contratto ex art. 49 d.lgs. n. 163 del 2006 evitando di incorrere in aprioristici schematismi concettuali che possano irrigidire in modo irragionevole la disciplina sostanziale della gara (in questo specifico senso: Cons. Stato, V, 22 ottobre 2015, n. 4860).

5. Quindi, in ordine a questo decisivo profilo sarebbe stato onere del ricorrente incidentale Consorzio Arte’M Net di enucleare dalla normativa di gara specifiche indicazioni sulla base delle quali ritenere che il requisito in questione, malgrado il suo ancoraggio al fatturato, avesse in realtà una connotazione squisitamente tecnico-operativa, correlata ad una ben individuata organizzazione produttiva da mettere a disposizione per l’esecuzione del servizio.

Ciò non è tuttavia avvenuto. Il controinteressato si è infatti limitato ad affermare in modo apodottico che il fatturato specifico ha natura di requisito di capacità tecnico-professionale e pertanto richiede la compiuta indicazione delle risorse aziendali dell’ausiliaria messe a disposizione all’impresa concorrente ed a richiamare le non vincolanti qualificazioni contenute nella dichiarazione resa alla stazione appaltante ai sensi dell’art. 49, comma 2, lett. d), d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e nel contratto di avvalimento tra l’odierna appellante e l’Opera Laboratori Fiorentini, in cui in effetti si opera un improprio riferimento ai requisiti di capacità tecnica, mentre ciò che viene messo a disposizione della concorrente odierna appellante è il fatturato specifico richiesto dal disciplinare di gara.

Il Consorzio aggiudicatario non ha quindi assolto all’onere su di esso gravante ex art. 2697, comma 1, Cod. civ. di connotare il requisito in contestazione di caratteristiche prettamente tecniche ed operative, e dunque di dimostrare che esso comportasse la necessità di indicare uno specifico sostrato di mezzi aziendali da mettere a disposizione per l’esecuzione dell’appalto, così da ritenere insufficiente l’indicazione del fatturato specifico, invece contenuta nel contratto tra l’odierna appellante e la propria ausiliaria, ed i servizi da cui esso è stato ricavato.

6. Riformata dunque la statuizione su cui si fonda la pronuncia di primo grado, in accoglimento in parte qua dell’appello, occorre a questo punto procedere all’esame delle ulteriori censure dedotte da Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni, da un lato, e dal Consorzio Arte’M Net dall’altro (ai sensi dell’art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.), ed in particolare stabilire quale ordine seguire.

A questo riguardo, per ragioni di economia processuale si ritiene di potere esaminare i motivi di ricorso principale riproposti con il presente appello, i quali sono infondati, per la parte in cui censurano la mancata esclusione del concorrente secondo classificato nella procedura di gara in contestazione e cioè il raggruppamento con capogruppo la Space s.p.a., così da privare la Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni dell’interesse a vedersi scrutinate le censure invece rivolte nei confronti del Consorzio Arte’M Net ed inoltre quelle relative allo svolgimento della gara.

Infatti, una volta accertata la legittimità dell’ammissione alla gara della Space, viene meno per l’odierna appellante la possibilità di aspirare al risarcimento del danno da mancato utile, che invece la stessa ha domandato nel presente appello, attesa l’avvenuta stipula e successiva esecuzione del contratto posto a gara da parte del consorzio aggiudicatario.

7. Tutto ciò precisato, la Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni sostiene innanzitutto che il raggruppamento secondo classificato avrebbe dovuto essere escluso perché la sua offerta non reca la separata indicazione degli oneri interni per la sicurezza e dunque in applicazione dei principi espressi dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza del 20 marzo 2015, n. 3 (poi ribaditi dallo stesso consesso con sentenza 2 novembre 2015, n. 9).

8. La censura non può essere accolta alla luce del parziale mutamento di indirizzo dell’Organo di nomofilachia avvenuto con sentenza del 27 luglio 2016, n. 19 (alla quale questa Sezione si è conformata con le sentenze 17 novembre 2016, n. 4755, 7 novembre 2016, n. 4646 e 11 ottobre 2016, n. 4182). Secondo quest’ultima pronuncia, infatti, in assenza di specifica richiesta contenuta nella normativa di gara, il solo mancato rispetto sul piano sostanziale dei costi minimi di sicurezza può essere legittima causa di esclusione da procedure di affidamento bandite anteriormente all’entrata in vigore del c.d. nuovo Codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50).

Ebbene, nel caso di specie nemmeno viene dedotta l’esistenza di una clausola di lex specialis contenente quest’obbligo o che l’offerta della Space non assicurasse il rispetto degli oneri per la sicurezza interni richiesti per lo svolgimento del servizio in contestazione. Inoltre, diversamente da quanto sostenuto dall’appellante in memoria conclusionale, l’ultima pronuncia dell’Adunanza plenaria sull’argomento ha portata generale e non può essere dunque circoscritta ai soli appalti pubblici di lavori.

9. Infondata è poi la censura secondo cui la Space avrebbe dovuto essere esclusa per mancata dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 del proprio “direttore tecnico” ing. Salvatore Lusso.

In realtà questa figura è prevista nei soli appalti pubblici di lavori e la legislazione in materia affida ad esso il ruolo di interlocutore nei confronti del direttore dei lavori nominato dalla committenza pubblica nella fase esecutiva del contratto, e dunque nell’ambito della funzione di controllo tecnico ed amministrativo spettante a quest’ultimo, così da richiederne la verifica dell’affidabilità morale già in sede di procedura di affidamento del contratto medesimo. Altrettanto non è previsto invece nel settore dei servizi, per i quali può parlarsi di responsabili tecnici – quale è appunto il citato ing. Lusso, come correttamente controdedotto dal Consorzio Arte’M Net – e nei cui confronti non è consentito estendere analogicamente gli obblighi dichiarativi previsti dal citato art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 e le conseguenti sanzioni espulsive in caso di relativa violazione.

10. La Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni sostiene inoltre che l’offerta tecnica del raggruppamento con capogruppo la Space sarebbe stata sopravvalutata rispetto alla propria.

Sennonché questa censura è generica e comunque esorbitante dai limiti del sindacato di legittimità devoluto a questo giudice.

L’appellante si diffonde nel censurare il punteggio attribuito al consorzio aggiudicatario, mentre riserva al secondo graduato la seguente deduzione: «Il RTI Space anch’esso, con un progetto assolutamente privo di specifica proposta sul punto (relativamente agli allestimenti multimediali nelle aree del sito archeologico; n.d.e.) viene addirittura valutato con il massimo punteggio relativo al predetto sottocriterio» (pag. 14 dell’appello). A fronte di ciò la Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni contrappone il pregio della propria offerta, corroborata dalla perizia di parte depositata nel giudizio di primo grado, e quindi sollecitando in modo inammissibile un sindacato di tipo sostitutivo rispetto alle valutazione tecnico-discrezionali riservate alla commissione giudicatrice, senza peraltro alcuna specificazione circa le asserite carenze dell’altrui progetto.

11. Ad analoghe conclusioni deve giungersi per quanto riguarda l’ulteriore vizio dell’offerta della Space, consistente nella mancata indicazione del nominativo del subappaltatore da essa previsto per i lavori specialistici previsti dal contratto posto a gara.

12. In ragione di tutto quanto sinora rilevato la collocazione in graduatoria del raggruppamento con capogruppo la Space risulta immune dalle censure legittimità formulate e tale da precludere definitivamente l’aspirazione dell’odierna appellante ad aggiudicarsi la gara.

L’esame dei motivi concernenti invece l’operato della commissione giudicatrice o la posizione di conflitto di interessi di alcuni dei suoi componenti non potrebbe in ogni caso giovare alla stessa nell’ottenere l’equivalente monetario consistente nel mancato utile ritraibile dal contratto, perché l’accoglimento degli stessi comporta la rinnovazione parziale della gara e non anche l’accertamento del diritto all’aggiudicazione di quest’ultima.

Per contro, la domanda di risarcimento del danno da mancata aggiudicazione di una gara d’appalto richiede la prova che una volta annullata l’aggiudicazione la ricorrente si sarebbe classificata al primo posto della graduatoria ed avrebbe quindi ottenuto l’aggiudicazione (cfr. in particolare Cons. Stato, IV, 23 maggio 2016, n. 2111, la quale ha anche precisato che si deve tenere conto dell’esito del ricalcolo delle offerte e dell’accertamento di possibili carenze dei requisiti soggettivi). Prova che nel caso di specie è contraria alle pretese della Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni, in relazione alla posizione della Space, come sopra accertato.

13. In conclusione, l’appello deve essere accolto nella sola parte relativa all’accoglimento del ricorso incidentale di primo grado, mentre deve essere respinto per il resto. In conseguenza di ciò la riforma della pronuncia del Tribunale amministrativo è solo parziale e relativa al ricorso incidentale del Consorzio Arte’M Net, che deve essere respinto in parte e dichiarato improcedibile nel resto, stante l’infondatezza del ricorso principale della Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni.

Le spese di causa possono nondimeno essere compensate per la complessità delle questioni controverse.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte e per il resto lo respinge e per l’effetto, in riforma parziale della sentenza di primo grado, respinge il ricorso principale della Cinecittà Allestimenti Tematizzazioni s.r.l.; respinge in parte e per il resto dichiara improcedibile il ricorso incidentale del Consorzio stabile Arte’M Net.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 13 dicembre 2016 con l’intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

N. 05323/2016REG.PROV.COLL.
N. 01770/2016 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 numero di registro generale 1770 del 2016, proposto da:
Agromare Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Lorenzo, con domicilio eletto presso Giuseppe Placidi in Roma, via Cosseria 2;

contro

Consorzio di Gestione dell'Area Marina Protetta Punta Campanella, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Antonio Maria Di Leva C.F., con domicilio eletto presso Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 18;
Società Cantieri Navali F.Lli Aprea A R.L. in persona del legale rappresentante, non costituita in giudizio;

per l'ottemperanza della sentenza del CONSIGLIO DI STATO - SEZ. V n. 05264/2015, resa tra le parti, concernente esecuzione sentenza n.5264/2015 sezione quinta del consiglio di stato - affidamento fornitura di una imbarcazione da traffico passeggeri per una fruizione sostenibile dell'area marina protetta di punta campanella

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio di Gestione dell'Area Marina Protetta Punta Campanella;

Viste le memorie difensive;

Visto l 'art. 114 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2016 il Cons. Sandro Aureli e uditi per le parti gli avvocati Andrea Abbamonte per delega di Lentini, e Di Leva;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

La sentenza di questa Sezione n.3224/2015 per l’ottemperanza alla quale la Società ricorrente promuove il ricorso in esame, in accoglimento del gravame proposto da quest’ultima, ha riformato la sentenza di primo grado e per l’effetto ha dichiarato l’illegittimità dell’aggiudicazione in favore dei Cantieri F.lli Aprea per omessa indicazione degli oneri della sicurezza interna, secondo i principi espressi dall’Ad.Plen. di questo Consiglio n.3 del 2015, in relazione alla gara indetta dal Consorzio di Gestione dell’Area Marina Protetta “Punta Campanella” per l’affidamento, tramite dialogo competitivo ex art.58 del Codice degli Appalti pubblici, della fornitura di un’imbarcazione da traffico passeggeri ( gozzo sorrentino), prevedendo che l’aggiudicazione “ a corpo” sarebbe avvenuta in base al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

La decisione detta di questa Sezione ha inoltre dichiarato l’inefficacia del contratto di appalto nelle more sottoscritto con la Cantieri Navali F.lli Aprea s.r.l., quale prima nella graduatoria con conseguente subentro della Agromara s.r.l. nel contratto ai sensi dell’art. 124 c.p.a.

A quest’ultima, notificata la decisione e dichiarata la disponibilità al subentro, il Consorzio appaltante comunicava che “….in data 28.12.2015, il contratto oggetto della sentenza in parola, ha cessato i suoi effetti per essere stata l’opera oggetto dello stesso completata”.

Attesa l’impossibilità del subentro, la società ricorrente chiede il risarcimento per equivalente in relazione al danno da lucro cessante corrispondente all’utile che avrebbe ricavato se avesse conseguito l’aggiudicazione; chiede inoltre il riconoscimento del danno curriculare, nonchè il danno per mancato ammortamento dei macchinari e delle attrezzature (il cd. aliunde perceptum)

Si è costituito il Consorzio appaltante intimato per chiedere l’integrale rigetto del ricorso ed in subordine che il danno venga riconosciuto, non in misura integrale, bensì solo rispetto al mancato utile.

Parte ricorrente ha depositato memoria di replica.

All’camera di consiglio del 24 ottobre 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

Il ricorso merita accoglimento nei limiti che seguono.

Quanto al riconoscimento del mancato utile economico la Sezione osserva in via di premessa che l’aggiudicazione della gara alla prima classificata, la Cantieri Navali F.lli Aprea s.r.l., è stata annullata da questa Sezione per aver quest’ultima omesso di dichiarare i costi relativi agli oneri della sicurezza aziendale nell’offerta presentata

Prescindendo dal detto mancato adempimento dell’obbligo dichiarativo, merito peraltro d’essere sottolineato che la Stazione appaltante nell’effettuare l’esame dell’offerte ha ritenuto migliore quella presentata dalla Cantieri Navali F.lli Aprea s.r.l. rispetto a quella presentata dalla società ricorrente.

Ciò posto, la Sezione condivide il rilievo del Consorzio resistente laddove assume, come del resto riconosce la stessa ricorrente, che nessuna prova concreta da quest’ultima è stata data della misura dell’utile perduto per non essere subentrata nel contratto avente ad oggetto la fornitura messa a gara.

In tale contesto, non può quindi essere riconosciuta la richiesta a titolo di lucro cessante della percentuale del 10% dell’utile che avrebbe ricavato la ricorrente dall’aggiudicazione della a gara.

In assenza dell’omesso adempimento dell’onere probatorio, non vengono meno tuttavia le condizioni per riconoscere in via equitativa la misura del danno risarcibile per l’utile economico non percepito.

In quest’ambito, aderendo all’orientamento consolidato di questo Consiglio, il danno può quindi essere determinato nella misura del 5% del valore della fornitura offerta dalla società ricorrente. (v. Cons. Stato Sez.V , 09.12.2013 n.5884; idem 31.12.2014 n.6450)

A diversa conclusione deve giungersi per quel che concerne la richiesta di condanna della Stazione appaltante al danno curriculare ed al danno per i mancati introiti causati dal comportamento illegittimo della stazione appaltante accertato con la sentenza di questa Sezione della cui ottemperanza si discute.

Rispetto alle dette tipologie di danno, nell’indiscussa assenza di prova del danno da parte della società richiedente in ordine alla loro concreta esistenza, ritiene la Sezione che non sia consentito procedere alla sua determinazione in via equitativa.(v. sent. n.6450/2014 citata)

Ed invero, occorre porre in evidenza che l’utilizzazione di detto criterio supplementare è possibile rispetto al danno derivante dal mancato conseguimento dell’utile economico, inerendo la sua applicazione al solo quantum, laddove la prova dell’an del danno stesso è ricavabile deduttivamente dalla considerazione che, normalmente, la partecipazione alla gara ha come fine ed esito quello del conseguimento dell’ utile dalla sua aggiudicazione.

Nel danno per il mancato accrescimento del peso imprenditoriale (danno curricolare) e per l’aliunde perceptum, tale criterio supplementare non può essere utilizzato, venendo impedito l’ausilio logico deduttivo esposto dalla natura composita di circostanze la cui effettiva presenza soltanto, cioè quando adeguatamente provate e non genericamente affermate o fondate su presunzioni, afferma l’esistenza stessa del danno. ( v.sent. da ultimo citata n.6450/2014)

Diversamente ritenendo non vi è dubbio che illegittimamente, da un lato, la parte verrebbe avvantaggiata dall’elusione dell’onere di provare l’esistenza del danno e, dall’altro, il giudice perverrebbe alla sua quantificazione.

La domanda di risarcimento per i danni ulteriori rispetto al mancato conseguimento dell’utile economico deve conseguentemente essere respinta.

Il ricorso deve in conclusione deve essere accolto nella sola misura del 5% della fornitura offerta in gara dalla società ricorrente, quale danno per mancato utile economico.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio.

**P.Q.M.**

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

Accoglie il ricorso nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere, Estensore

Claudio Contessa, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

**N. 01837/2016 REG.PROV.COLL.**
**N. 00475/2016 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana
(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente
**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 475 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Resh S.r.l., Micromega Multiservices S.a.s., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Ettore Nesi e Francesco Paolini, presso lo studio dei quali sono elettivamente domiciliate in Firenze, via Puccinotti 30;
**contro**
Azienda Ospedaliero-Universitaria “Careggi”, in persona del Direttore generale pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandra Pieroni, con domicilio eletto presso l’Ufficio Legale dell’Azienda Ospedaliero-Universitaria Careggi in Firenze, largo Brambilla 3;
**nei confronti di**
Cmz Cryolab di Marco Manzani, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Ottaviano Colzi e Alexey Colzi, presso lo studio dei quali è elettivamente domiciliata in Firenze, via de' Benci 16;

Sanitel S.r.l.;
**per l'annullamento**

- del provvedimento del Direttore Generale A.O.U.C. n. 115 del 4.03.2016 recante ad oggetto "INT. 3/2014 "servizio di manutenzione full risk delle apparecchiature da cucina ed elettrodomestici di reparto, macchine per lavaggio e disinfezione, ecc." CIG 5900129C77. Revoca aggiudicazione provvisoria";
- della nota datata 23.03.2016, prot. aouc\_fi 000691, recante "comunicazione revoca aggiudicazione provvisoria";- della nota A.O.U.C. del 9.09.2015, prot. aouc\_fi0026899;
- della nota .O.U.C. del 18.11.2015, prot. aouc\_fi344880;
- del provvedimento dirigenziale n. 95 del 29.03.2016, con cui A.O.U.C. ha provveduto a indire una nuova gara per l'affidamento del servizio di "manutenzione ordinaria preventiva e correttiva a guasto delle apparecchiature economali oltre che delle apparecchiature di reparto lavapadelle, lavazzoccoli e produttori di ghiaccio. CIG 663851323B";
- nonché di ogni altro atto presupposto e connesso, ancorché non conosciuto.
Quanto ai motivi aggiunti depositati in data 21 giugno 2016, per l'annullamento:
- del provvedimento del Direttore della U.O.C. Manutenzione ordinaria n. 154 del 10.05.2016 recante ad oggetto: "Affidamento del servizio di manutenzione delle apparecchiature economali di reparto e dei lavapadelle e lavazzocoli oltre che dei produttori di ghiaccio ecc. CIG 663851323B importo spesa euro 144.718,00";
- della nota datata 9. 06.2016, prot. aouc\_fi14083, recante ad oggetto "Servizio di manutenzione full-risk delle apparecchiature da cucina, macchine da disinfezione, produttori di ghiaccio, elettrodomestici. Codice CIG 1346909078. Comunicazione cessazione contratto";
Quanto ai motivi aggiunti depositati in data 14 luglio 2016, per l'annullamento.
- della nota datata 29.06.2016, prot. aouc\_fi 15644, recante ad oggetto "Servizio di manutenzione full-risk delle seguenti apparecchiature: lavapadelle, lavazoccoli, apparecchiature da cucina ed elettrodomestici di reparto, macchine per il lavaggio e disinfezione, produttori di ghiaccio, asciugamani elettrici ecc. CIG 66381323B";
- della lettera d'invito da A.O.U. Careggi agli operatori economici recante ad oggetto: "Affidamento servizio di manutenzione Full-Risk AOUC-CIG 663851323B;
e per la declaratoria di inefficacia del contratto di data incognita sottoscritto da A.O.U.C. e il raggruppamento temporaneo d'imprese composto da CMZ Cryolab di Manzani Marco e Sanitel S.r.l..

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Azienda Ospedaliero-Universitaria “Careggi” e della controinteressata Cmz Cryolab di Marco Manzani;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 novembre 2016 il dott. Pierpaolo Grauso e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Le ricorrenti Resh S.r.l. e Micromega Multiservices S.a.s. hanno partecipato in raggruppamento temporaneo fra loro alla gara indetta dall’Azienda Ospedaliero-Universitaria “Careggi” di Firenze, con atto del 30 settembre 2014, per l’affidamento triennale in appalto del servizio di gestione e manutenzione full risk di apparecchiature da cucina ed elettrodomestici di reparto, macchine per il lavaggio e la disinfezione, lavapadelle, macchine per la produzione del ghiaccio. Le stesse ricorrenti erano affidatarie uscenti del più ampio servizio di manutenzione delle apparecchiature della cucina centrale e delle apparecchiature da reparto, che, nelle more della definizione della gara, ha continuato a essere da loro gestito in regime di proroga.
Il 27 agosto 2015, la stazione appaltante ha provvisoriamente aggiudicato la gara alle ricorrenti. Tuttavia, a seguito dell’avvio dei controlli finalizzati all’aggiudicazione definitiva e alla stipula del contratto essa ha chiesto chiarimenti in ordine a une serie di inadempienze riscontrate nell’adempimento, da parte di Resh s.r.l., degli obblighi fiscali relativi all’anno 2011; e, all’esito del contraddittorio procedimentale e della presentazione di documenti e controdeduzioni da parte della concorrente, con provvedimento del 4 marzo 2016 ha revocato l’aggiudicazione provvisoria avuto riguardo al venir meno del requisito della regolarità fiscale in capo alle prime classificate.
1.1. La revoca dell’aggiudicazione provvisoria forma oggetto dell’impugnazione proposta con il ricorso introduttivo del giudizio unitamente al provvedimento dirigenziale del 29 marzo 2016, di indizione di una nuova gara per l’affidamento del servizio di manutenzione ordinaria preventiva e correttiva a guasto delle apparecchiature economali, oltre che delle apparecchiature di reparto lavapadelle, lavazoccoli e produttori di ghiaccio.
1.2. Costituitasi l’A.O.U. “Careggi” per resistere al gravame, nella camera di consiglio del 20 aprile 2016 il collegio ha respinto la domanda cautelare articolata in ricorso. Il diniego della misura cautelare è stato successivamente confermato in appello (Cons. Stato, sez. III, ord. 22 luglio 2016, n. 2983).
1.3. Con atto di motivi aggiunti depositati il 21 giugno 2016, le società ricorrenti hanno esteso l’impugnazione al sopravvenuto provvedimento di aggiudicazione della nuova gara in favore del costituendo raggruppamento fra CMZ Cryolab di Manzani Marco e Sanitel S.r.l., datato 10 maggio 2016, nonché della nota del 9 giugno 2016, con cui l’A.O.U. aveva comunicato loro che dal 15 giungo 2016 sarebbero cessati gli effetti del contratto precedente, sin lì prorogato su richiesta della stessa Azienda.
L’istanza ex art. 56 c.p.a., formulata con i motivi aggiunti, è stata respinta con decreto presidenziale del 23 giugno 2016. La trattazione collegiale del nuovo incidente cautelare è stata tuttavia differita su richiesta delle stesse ricorrenti, nella camera di consiglio del 13 luglio 2016.
1.4. Con secondo atto di motivi aggiunti, depositato il 14 luglio 2016, sono state quindi impugnate la nota del 29 giugno 2016, con cui l’A.O.U. “Careggi” aveva riscontrato l’istanza di accesso agli atti della nuova procedura di gara, presentata da Resh, nonché gli atti oggetto di ostensione, con contestuale domanda volta a ottenere la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato fra l’Azienda ospedaliera e il raggruppamento CMZ Cryolab/Sanitel.
1.5. Costituitasi, frattanto, anche la controinteressata CMZ Cryolab, nella camera di consiglio del 28 luglio 2016 anche le domande cautelari proposte con i due atti di motivi aggiunti sono state respinte.
1.6. Nel merito, la causa è stata discussa e trattenuta per la decisione nella pubblica udienza del 9 novembre 2016, preceduta dal deposito di memorie difensive e repliche.
2. L’impugnativa proposta con il ricorso introduttivo del giudizio investe, in prima battuta, la revoca dell’aggiudicazione provvisoria della gara per l’affidamento del servizio di manutenzione delle apparecchiature da cucina e degli elettrodomestici di reparto, indetta dall’A.O.U. “Careggi” con provvedimento dirigenziale del 30 settembre 2014, n. 660. Essa presenta carattere preliminare rispetto alle impugnative proposte dalle ricorrenti in corso di causa, con i motivi aggiunti del 21 giugno e del 14 luglio 2016.
Come detto, il provvedimento impugnato trae origine dal rilievo di una irregolarità fiscale a carico della ricorrente Resh S.r.l.. Dalla certificazione acquisita dalla stazione appaltante presso l’Agenzia delle Entrate, Resh sarebbe infatti risultata destinataria – in corso di gara, e prima dell’aggiudicazione – di una cartella esattoriale per un importo superiore alla soglia di gravità di 10.000,00 euro; e, per tale ragione, non è stata ritenuta in possesso dei requisiti generali di partecipazione alla procedura, né la stazione appaltante ha ritenuto che all’assenza del requisito potesse ovviarsi mediate il soccorso istruttorio, ovvero in virtù del ravvedimento operoso messo in atto dall’impresa.
2.1. Con il primo motivo di ricorso, le ricorrenti affermano che il venir meno del requisito della regolarità fiscale, posto a fondamento della revoca dell’aggiudicazione, costituirebbe una ragione nuova, mai rappresentata dalla stazione appaltante nel corso del procedimento per la verifica dei requisiti e sulla quale non potrebbe dirsi formato un idoneo contraddittorio endoprocedimentale (le contestazioni della stazione appaltante avrebbero avuto per oggetto piuttosto la falsità delle dichiarazioni rese da Resh, in sede di partecipazione alla gara, al fine di attestare il possesso dei requisiti). Per altro verso, l’amministrazione procedente sarebbe altresì incorsa nella violazione dell’art. 79 co. 5-bis del D.Lgs. n. 163/2006, applicabile ratione temporis, per aver dato notizia dell’avvenuta revoca, senza tuttavia allegare alla comunicazione copia del provvedimento e della relativa motivazione.
Con il secondo motivo, le ricorrenti lamentano che l’Azienda Ospedaliera avrebbe illegittimamente disatteso l’accertamento di cui alla nota rilasciata il 16 ottobre 2015 dall’Agenzia delle Entrate di Firenze su richiesta della stessa Azienda, ed attestante la regolarità fiscale di Resh sin da epoca anteriore alla richiesta stessa.
Con il terzo motivo, è dedotta la violazione dell’art. 38 D.Lgs. n. 163/2006, nonché dell’art. 45 della Direttiva 2004/18/CE, in forza dei quali le stazioni appaltanti dovrebbero limitarsi a verificare se i requisiti di ordine generale sussistano o meno al momento della presentazione delle offerte. Analoga interpretazione sarebbe imposta, nella procedura in questione, dalla lex specialis di gara.
Che il termine ultimo, entro il quale i concorrenti debbono essere in regola con i propri obblighi fiscali, coincida con la presentazione dell’offerta sarebbe confermato dalla giurisprudenza europea, che, pur demandando ai legislatori nazionali di stabilire detto termine, richiederebbe pur sempre che lo stesso sia reso noto anticipatamente ai concorrenti e, comunque, sia determinato con certezza assoluta.
Ne conseguirebbe, l’irrilevanza della cartella esattoriale notificata a Resh il 29 maggio 2015, vale a dire successivamente alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte; e si imporrebbe perciò una revisione del diverso indirizzo giurisprudenziale che attribuisce rilievo anche alle irregolarità sopravvenute, ma che sarebbe contrario ai principi di trasparenza e parità di trattamento. Al riguardo, le ricorrenti sollecitano la rimessione alla Corte di Giustizia UE della questione pregiudiziale circa la compatibilità dell’interpretazione dell’art. 38 D.Lgs. n. 163/2006, da loro avversata, con i principi desumibili dagli artt. 49 e 58 T.F.U.E., come interpretati dalla Corte.
Il quarto motivo è diretto a far valere il ravvedimento operoso intervenuto anteriormente all’adozione della revoca. Il 16 settembre 2015, Resh avrebbe infatti chiesto e ottenuto dall’Agenzia delle Entrate un piano di rateazione del proprio debito fiscale, e provveduto ad effettuare i relativi versamenti, dimostrando con ciò la propria affidabilità.
In seno al quinto motivo è sviluppata la sollecitazione, già rivolta al giudice, affinché venga eseguito un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE circa la compatibilità con l’ordinamento europeo di fonti interne che impongano l’esclusione da una gara di appalto del concorrente che abbia commesso una violazione fiscale nelle more dell’aggiudicazione definitiva, benché sanata prima dell’esclusione.
Ricordano, le ricorrenti, che una questione analoga è già stata sollevata dal Consiglio di Stato, Sezione IV, con l’ordinanza n. 1236 dell’11 marzo 2015, seppure in materia di regolarità contributiva. I dubbi, che anche nella presente controversia si riproporrebbero, attengono al possibile contrasto dell’opzione ermeneutica fatta propria dalla resistente Azienda Ospedaliera con l’art. 45 della Direttiva 2004/18/CE e con il principio di concorrenza di cui ai sopra citati artt. 49 e 56 T.F.U.E..
Con il sesto motivo le ricorrenti sostengono, in subordine, che anche a non voler accogliere la prospettazione contenuta nelle censure precedenti, la stazione appaltante avrebbe comunque dovuto esercitare i propri poteri di soccorso istruttorio, onde consentire loro di dimostrare l’avvenuta regolarizzazione del debito fiscale nelle more del subprocedimento di controllo dei requisiti.
Con il settimo motivo, viene impugnata la determinazione dell’Azienda Ospedaliera – assunta con provvedimento n. 95 del 29 marzo 2016 – di indire una nuova gara per l’affidamento del servizio di manutenzione delle apparecchiature di reparto, la quale risentirebbe in via derivata dei vizi della revoca.
Con l’ottavo motivo, infine, si contesta la pretesa dell’Azienda Ospedaliera di escutere la cauzione provvisoria presentata dalle ricorrenti.
2.1.1. Le censure sono infondate.
Dalla documentazione in atti risulta, ed è pacifico, che:
- dando seguito alla richiesta trasmessa dall’A.O.U. “Careggi”, con certificazione del 31 agosto 2015 la Direzione Provinciale di Firenze dell’Agenzia delle Entrate ha attestato, a carico della ricorrente Resh, un inadempimento ad obblighi tributari relativamente all’anno d’imposta 2011 per l’importo di euro 46.019,53, come da cartella di pagamento notificata il 29 maggio 2015, oltre ad altri inadempimenti minori;
- con nota del 9 settembre 2015, l’A.O.U. ha chiesto alla Resh chiarimenti circa l’inadempimento attestato dall’Agenzia delle Entrate;
- il 16 settembre 2015, Resh ha presentato all’amministrazione finanziaria richiesta di rateizzazione del debito di cui alla cartella di pagamento sopra indicata, accolta il 23 settembre 2015;
- in risposta alla richiesta di chiarimenti ricevuta dalla stazione appaltante, Resh, tramite il proprio legale, con nota del 19 ottobre 2015 ha quindi rappresentato all’Azienda Ospedaliera la circostanza dell’avvenuto accoglimento della sua domanda di rateizzazione del debito fiscale oggetto di contestazione, ed insistito sulla veridicità delle dichiarazioni rese ai fini della partecipazione alla gara;
- con successiva nota del 18 novembre 2015, l’Azienda Ospedaliera ha contestato a Resh una possibile dichiarazione mendace in sede di partecipazione alla gara, sollecitando la presentazione di documenti e controdeduzioni;
- il 14 dicembre 2015, Resh ha presentato le proprie controdeduzioni, negando di aver reso dichiarazioni mendaci, atteso che la notifica della cartella di pagamento era intervenuta successivamente alla presentazione dell’offerta, e che prima della notifica della cartella il debito fiscale non poteva dirsi definitivamente accertato. Resh ribadiva anche di aver provveduto alla tempestiva regolarizzazione del debito fiscale;
- il 4 marzo 2016, la stazione appaltante ha disposto la revoca dell’aggiudicazione provvisoria, per difetto in capo a Resh del requisito di regolarità fiscale.
Tanto premesso in fatto, la giurisprudenza nazionale è da tempo stabilmente orientata nel senso che la regolarità contributiva e fiscale, richiesta come requisito indispensabile per la partecipazione ad una gara di appalto ai sensi dell'art. 38 D.Lgs. n. 163/2006, deve essere mantenuta per tutto l'arco di svolgimento della gara “fino al momento dell'aggiudicazione, sussistendo l'esigenza della stazione appaltante di verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo degli obblighi contributivi e fiscali, ancorché con effetti retroattivi” (così Cons. Stato, sez. V, 10 febbraio 2015, n. 681, e i precedenti ivi richiamati, ma anche, più di recente, Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2016, n. 4558; id., sez. IV, 3 maggio 2016, n. 1717).
Che i requisiti soggettivi di partecipazione stabiliti dall’art. 38 cit. debbano essere conservati dalle imprese concorrenti all’affidamento di contratti pubblici, senza soluzione di continuità, per l’intera durata della procedura di aggiudicazione costituisce, del resto, affermazione ricorrente nelle pronunce dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Pronunce che, proprio in materia di regolarità fiscale e contributiva, valorizzano e fanno applicazione di quegli stessi arresti del giudice eurounitario che le odierne ricorrenti invocano a sostegno della propria tesi; ma che, a ben vedere, si limitano a constatare come spetti ai legislatori nazionali determinare fino a che momento o entro quale termine gli interessati devono aver effettuato i pagamenti corrispondenti ai loro obblighi tributari, ovvero dimostrare di avere sanato eventuali irregolarità, fermo restando che tale momento può ben farsi coincidere con la data limite per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ovvero con la data di spedizione della lettera di invito a presentare un'offerta, con il termine per la presentazione delle offerte dei candidati, con la data di valutazione delle offerte da parte dell'amministrazione aggiudicatrice o, ancora, con il momento che precede immediatamente l'aggiudicazione dell'appalto (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. I, 9 febbraio 2006, C-226 e 228/04, “La Cascina”, cui rinviano, per quanto qui interessa, Cons. Stato, A.P. 29 febbraio 2016, n. 5; 20 agosto 2013, n. 20; 4 maggio 2012, n. 8).
Se, pertanto, il diritto europeo non impone affatto di ignorare le irregolarità fiscali sopravvenute al momento della scadenza dei termini per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara, ulteriori dubbi di compatibilità comunitaria dell’ordinamento interno sono sollevati dalle ricorrenti mutuando argomenti spesi dal giudice di secondo grado nel sollevare una questione pregiudiziale inerente l’analogo tema della regolarità contributiva (Cons. Stato, ord. 11 marzo 2015, n. 1236).
Al riguardo, non può che ribadirsi quanto già rilevato in sede cautelare circa la non sovrapponibilità della presente fattispecie concreta a quella oggetto del rinvio pregiudiziale in questione (il caso all’attenzione del Consiglio di Stato riguarda un’esclusione disposta a fronte di una irregolarità contributiva esistente al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, spontaneamente regolarizzata prima dell’aggiudicazione e della verifica d’ufficio da parte dell’amministrazione aggiudicatrice).
Può peraltro aggiungersi che, in ogni caso, quei dubbi possono oggi dirsi fugati dalla pronuncia con cui la Corte di Giustizia ha dato seguito a quell’ordinanza di rimessione.
In linea con i propri precedenti, la Corte ha infatti chiarito che l’art. 45 par. 2 della direttiva 2004/18 lascia agli Stati membri il compito di determinare entro quale termine gli interessati devono mettersi in regola con i propri obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali e possono procedere a eventuali regolarizzazioni a posteriori, purché tale termine rispetti i principi di trasparenza e di parità di trattamento. La norma, aggiunge la Corte, non prevede peraltro uniformità di applicazione a livello dell’Unione delle cause di esclusione ivi indicate, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto queste cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. IX,10 novembre 2016, C-199/15, “Ciclat”).
2.1.2. La peculiarità del caso in esame risiede, come si è visto, nella circostanza che il definitivo accertamento della grave violazione dei propri obblighi tributari, commessa dalla Resh S.r.l., è maturato nelle more tra la scadenza del termine per la presentazione dell’offerta e l’aggiudicazione provvisoria della procedura.
Le società ricorrenti sostengono che l’art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 non contenesse alcuna esplicita previsione in ordine all’obbligo di conservare i requisiti soggettivi di partecipazione in epoca successiva alla presentazione dell’offerta, a pena di esclusione; e che, allo stesso modo, anche secondo il disciplinare di gara il momento rilevante, ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti, sarebbe stato unicamente quello della presentazione delle offerte. In mancanza di una espressa previsione di legge, o degli atti di gara, quell’obbligo non potrebbe essere ricavato dalla prassi amministrativa o dall’interpretazione giurisprudenziale, a ciò ostando ancora una volta il diritto europeo, che non tollererebbe esclusioni dovute alla violazione di obblighi non esplicitamente posti dagli atti della procedura di affidamento o dal diritto nazionale vigente.
La prospettazione non è condivisibile.
È vero che i principi di trasparenza e di parità di trattamento esigono che il termine di riferimento per la dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici sia determinato con una certezza assoluta e reso pubblico, affinché gli interessati possano conoscere esattamente gli obblighi procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi obblighi valgano per tutti i concorrenti (cfr. Corte di Giustizia, sentenza “La Cascina”, cit.). Occorre, pertanto, 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 a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di comprenderne l’esatta portata e d’interpretarle allo stesso modo, e all’amministrazione aggiudicatrice di essere in grado di verificare effettivamente se le offerte degli offerenti rispondano ai criteri che disciplinano l’appalto in questione; di modo che non può dirsi conforme ai principi inizialmente richiamati l’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 (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. VI, 2 giugno 2016, C-27/15, “Pippo Pizzo”).
Tanto premesso, l’orientamento invalso, in forza del quale i requisiti di partecipazione alla gara debbono essere posseduti al momento della presentazione della domanda di partecipazione e mantenuti per l’intera durata della procedura, fino alla stipula del contratto, è il frutto di una piana lettura della disciplina legale di riferimento.
Esso origina nel vigore dell’art. 75 del D.P.R. n. 554/1999, il cui primo comma stabiliva, a carico dei soggetti che versassero in una delle situazioni previste dalla stessa norma (ivi compresa la commissione di irregolarità definitivamente accertate rispetto gli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse), l’esclusione dalla partecipazione alle procedure di affidamento e il divieto di stipula dei relativi contratti: un duplice effetto, in virtù del quale è di tutta evidenza che il venir meno di uno dei requisiti di partecipazione in una fase successiva a quella della presentazione dell’offerta non solo non può considerarsi irrilevante, ma impone all’amministrazione “con la forma cogente di una prescrizione vincolante, di procedere all'esclusione della concorrente autrice dell'infrazione e finanche di rifiutare la stipulazione del contratto con essa” (così Cons. Stato, sez. IV, 20 settembre 2005, n. 4817, ma, fra le altre, v. anche Cons. Stato, A.P., 15 aprile 2010, n. 2155).
L’art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006 riproduce al primo comma, con l’aggiunta del divieto di affidamento di subappalti, la previsione del citato art. 75, ciò che ha consentito alla giurisprudenza di dare continuità agli indirizzi pregressi attraverso nulla più che la semplice interpretazione letterale di un testo normativo chiaro al di là di ogni ragionevole dubbio. Per questo aspetto, dunque, il diritto interno soddisfa pienamente le condizioni di prevedibilità e conoscibilità delle cause di esclusione dalle procedure di affidamento, dovendosi perciò concludere per l’insussistenza del contrasto, paventato dalle ricorrenti, tra i principi del diritto europeo e le pronunce del giudice amministrativo nazionale.
2.1.3. Alla luce delle considerazioni esposte, la revoca dell’aggiudicazione provvisoria e l’esclusione dalla gara del raggruppamento formato dalle società ricorrenti si atteggia a provvedimento vincolato.
Ne deriva che la dedotta violazione dell’art. 10-bis della legge n. 241/1990, anche a volerla reputare sussistente, è sterilizzata nei suoi effetti invalidanti dalla previsione di cui all’art. 21-octies co. 2 della stessa legge n. 241, atteso che la stazione appaltante non avrebbe potuto adottare determinazioni diverse da quelle concretamente assunte. In particolare la stazione appaltante, una volta verificato il venir meno del requisito della regolarità fiscale in capo alla ricorrente Resh, non avrebbe potuto in alcun modo attivare i poteri di soccorso istruttorio ai fini di una regolarizzazione postuma di un elemento essenziale dell’offerta, pena la manifesta violazione della par condicio (l’unica sanatoria ammissibile della situazione di irregolarità fiscale è quella che intervenga, mediante accoglimento dell’istanza di rateizzazione presentata dalla concorrente all’amministrazione finanziaria, prima del decorso del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara di appalto: Cons. Stato, A.P. n. 20/2013, e, da ultimo, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3375; id., 5 maggio 2016, n. 1783).
La mancata allegazione del provvedimento di revoca alla comunicazione del 23 marzo 2016 non rileva, evidentemente, ai fini della validità, quanto della piena conoscenza della revoca medesima e del decorso del relativo termine di impugnazione.
2.1.4. L’accertata infondatezza delle censure avverso la revoca dell’aggiudicazione provvisoria si estende al gravame proposto, con il settimo motivo di ricorso, nei confronti del provvedimento del 29 marzo 2016, di indizione della nuova gara per l’affidamento del servizio di manutenzione ordinaria preventiva e correttiva a guasto delle apparecchiature economali oltre che delle apparecchiature di reparto.
Inaccoglibile è altresì l’ottavo motivo, in relazione non solo ai dedotti profili di invalidità derivata, ma anche ai presunti vizi autonomi del provvedimento dirigenziale del 4 marzo 2016, che ha disposto l’escussione della polizza fideiussoria presentata dalle ricorrenti.
La determinazione di incamerare la cauzione provvisoria costituisce una conseguenza automatica del provvedimento di esclusione dalla gara a seguito della verifica negativa circa il possesso dei requisiti di partecipazione (fra le molte, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 novembre 2015, n. 5280). E, comunque, esula dalla giurisdizione del giudice amministrativo ogni questione relativa alla perdurante validità ed efficacia della garanzia (per questo aspetto, la censura è inammissibile: cfr. Cass. civ., SS.UU., 8 settembre 2015, n. 17741).
3. Il primo atto di motivi aggiunti è indirizzato nei confronti dei provvedimenti del 10 maggio e del 9 giugno 2016, mediante i quali l’Azienda Ospedaliera “Careggi” ha, rispettivamente, affidato alla controinteressata CMZ Cryolab, in raggruppamento con Sanitel S.r.l., il servizio di manutenzione delle apparecchiature economali di reparto, ed ha comunicato alle ricorrenti la cessazione del servizio di manutenzione delle apparecchiature da cucina, da loro gestito sin dal 2012 e sino a quel momento proseguito in regime di proroga.
Oltre al vizio di illegittimità derivata dagli atti impugnati con il ricorso introduttivo del giudizio (nono motivo, aggiunto), le ricorrenti lamentano (decimo motivo, aggiunto) che la proroga convenzionale, richiesta dall’Azienda per atto dell’8 ottobre 2014, avrebbe dovuto essere prolungata sino all’affidamento di ambedue i servizi originati dallo scorporo delle prestazioni loro unitariamente affidate nel 2012 (vale a dire, sia del servizio di manutenzione delle apparecchiature di reparto, sia di quello relativo alla cucina centrale).
3.1. L’infondatezza del ricorso introduttivo travolge le censure dedotte con il nono motivo.
Quanto al decimo, si ricorda che Resh e Micromega Multiservices si erano rese affidatarie, per contratto dell’11 maggio 2012, del servizio di manutenzione full risk delle apparecchiature da cucina (centrale) e delle apparecchiature da reparto.
Il servizio, in origine unitariamente considerato dall’A.O.U. “Careggi”, è stato scorporato in due distinti servizi – manutenzione delle apparecchiature da reparto e manutenzione della cucina centrale – in vista del nuovo affidamento alla scadenza del contratto con le odierne ricorrenti, le quali hanno operato in regime di proroga da ultimo in forza di richiesta della stazione appaltante dell’8 ottobre 2014, per un periodo pari a quattro mesi “o comunque fino ad aggiudicazione delle nuove gare in corso di svolgimento”.
Come riferito in precedenza, il servizio per la manutenzione delle apparecchiature da reparto è stato aggiudicato dall’Azienda Ospedaliera “Careggi” alle controinteressate CMZ/Sanitel con provvedimento del 10 maggio 2016. Il servizio di manutenzione della cucina centrale, dal canto suo, era già stato aggiudicato sin dal 10 marzo 2016 dalla centrale di committenza regionale ESTAR, che, con comunicazione del 1 giugno 2016, ha invitato il raggruppamento vincitore a dare esecuzione anticipata al contratto a partire dal mese di luglio.
Se ne ha che, nel momento in cui l’Azienda “Careggi” ha comunicato alle ricorrenti la cessazione della proroga disposta nell’ottobre 2014, si era avverata la condizione risolutiva a suo tempo stabilita, e coincidente con l’avvenuto affidamento sia del servizio relativo alle apparecchiature e della cucina di reparto, sia di quello relativo alla cucina centrale. Né è sostenibile che dall’affidamento in favore delle odierne controinteressate esulasse la manutenzione delle apparecchiature della cucina di reparto: in contrario, sia sufficiente rinviare ai contenuti della lettera di invito alla procedura e del capitolato speciale d’appalto, che menzionano espressamente le apparecchiature da cucina di reparto.
La censura, manifestamente pretestuosa, va perciò respinta.
4. Con il secondo atto di motivi aggiunti è allegata, in primo luogo (undicesimo motivo, aggiunto), l’invalidità derivata della nota 29 giugno 2016, con la quale la stazione appaltante ha riscontrato l’istanza di accesso presentata dalle ricorrenti, e della lettera di invito alla gara per l’affidamento del servizio di manutenzione delle apparecchiature da reparto, indetta con provvedimento del 29 marzo 2016.
Le ricorrenti deducono quindi (dodicesimo motivo, aggiunto) l’insussistenza dei presupposti di legge che avrebbero giustificato l’acquisizione in economia, disposta mediante l’indizione della procedura di cui al provvedimento dirigenziale del 29 marzo 2016 (si tratta della procedura poi aggiudicata alle controinteressate) di parte dei servizi già gestiti dalle ricorrenti in virtù della proroga tecnica dell’8 ottobre 2014. Tali presupposti sarebbero stati esplicitati dall’amministrazione solo con comunicazione del 29 giugno 2016, nella quale si fa riferimento all’ipotesi disciplinata dall’art. 125 co. 10 lett. a) del D.Lgs. n. 163/2006. La revoca dell’aggiudicazione provvisoria non sarebbe però equiparabile alla risoluzione di un precedente contratto evocata dalla norma, tanto più che nella specie l’erogazione del servizio era comunque garantita dalla proroga in essere, circostanza che escluderebbe del pari la configurabilità di motivi d’urgenza ai sensi della lettera d) dello stesso art. 125 co. 10. cit..
Per altro verso, la lettera di invito alla gara indetta con il provvedimento del 29 marzo non avrebbe indicato la data della prima seduta pubblica concernente le operazioni di gara, in violazione dell’art. 117 D.P.R. n. 207/2010 e dei principi di trasparenza e pubblicità delle operazioni di gara, e l’omissione non sarebbe giustificata dal fatto che la procedura è stata indetta ex art. 125 D.Lgs. n. 163/2006 (tredicesimo motivo, aggiunto). Detta violazione vizierebbe l’intera procedura (quattordicesimo motivo, aggiunto).
4.1. L’infondatezza dell’undicesimo motivo discende dalla legittimità degli atti e provvedimenti previamente impugnati.
Il dodicesimo motivo, dal canto suo, è inammissibile.
La circostanza che la procedura aggiudicata alle controinteressate sia stata indetta dall’Azienda resistente a norma dell’art. 125 D.Lgs. n. 163/2006 emerge, infatti, già dal menzionato provvedimento di indizione del 29 marzo 2016, che non solo espressamente richiama la disposizione dianzi citata, ma nella parte narrativa illustra le ragioni d’urgenza sottese all’affidamento in conseguenza della revoca dell’aggiudicazione provvisoria al raggruppamento Resh/Micromega. Eventuali vizi della scelta operata dalla stazione appaltante, a partire da quella di acquisire in economia il servizio, avrebbero potuto e dovuto essere fatti valere nel termine decadenziale decorrente dalla conoscenza del provvedimento di indizione, impugnati con il ricorso introduttivo, mentre la proposizione con i motivi aggiunti notificati il 12 luglio 2016 rende la censura senz’altro tardiva; e la tardività non può essere superata in ragione delle precisazioni contenute nella nota A.O.U. “Careggi” del 29 giugno 2016, impugnata appunto per motivi aggiunti, ma sprovvista in parte qua di autonomo contenuto lesivo, trattandosi di atto meramente ricognitivo.
4.2. Il tredicesimo e il quattordicesimo motivo, da esaminarsi congiuntamente, sono infondati.
Dalla documentazione in atti risulta che la procedura di affidamento, poi aggiudicata alle controinteressate, si è svolta mediante ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione facente capo al M.E.F., di cui all’art. 328 D.P.R. n. 207/2010.
L’Azienda resistente ha invitato alla gara dieci operatori selezionati, prescrivendo loro di presentare l’offerta a mezzo del portale telematico “acquistinretepa.it” entro il termine stabilito nella richiesta di offerta ivi immessa e contenente, per quanto qui rileva, l’indicazione di data e ora di inizio e termine della presentazione delle offerte, nonché di data e ora finali per la richiesta di chiarimenti e la data limite per la stipula del contratto (e per la validità/vincolatività delle offerte).
Ora, è noto che la gestione telematica della procedura di acquisizione si caratterizza per una maggiore sicurezza nella custodia delle offerte, giacché le piattaforme elettroniche prevedono una serie di passaggi obbligati e sempre tracciati e tracciabili, in virtù dei quali l’offerta, una volta “caricata” sul sistema, diviene immodificabile, così come immodificabili sono le valutazioni rese dalla stazione appaltante a seguito dell’apertura, esame e chiusura delle “buste” virtuali.
Tali caratteristiche della gara non sono messe in discussione dalle ricorrenti, le quali denunciano esclusivamente la mancata fissazione, sin dalla lettera di invito, del giorno e dell’ora della prima seduta pubblica di gara ai sensi dell’art. 117 D.P.R. n. 207/2010. Anche ammesso che la norma invocata trovi applicazione agli acquisti effettuati sul mercato elettronico (e, secondo la giurisprudenza più recente, così non è: cfr. Cons. Stato, sez. III, 25 novembre 2016, n. 4990), l’omissione integra tuttavia un vizio meramente formale e non incide sul rispetto del principio di trasparenza, pienamente assicurato dalle specifiche modalità di conduzione della gara (cfr., in fattispecie analoga, Cons. Stato, sez. III, 12 luglio 2016, n. 3086).
Si aggiunga, per inciso, che la data e l’ora di apertura delle buste, pur non indicate nella lettera di invito, sono state preventivamente comunicate dalla stazione appaltante alle imprese concorrenti attraverso la stessa piattaforma telematica, ciò che consente a maggior ragione di escludere che la procedura possa aver sofferto momenti di opacità.
5. In forza di tutte le considerazioni che precedono, nessuna delle domande proposte dalle società ricorrenti può trovare accoglimento.
5.1. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, respinge il ricorso e i connessi motivi aggiunti, e tutte le domande ivi proposte.
Condanna le società ricorrenti alla rifusione delle spese processuali, che liquida in complessivi euro 5.000,00, oltre agli accessori di legge, in favore di ciascuna delle parti resistenti.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 9 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:
Armando Pozzi, Presidente
Gianluca Bellucci, Consigliere
Pierpaolo Grauso, Consigliere, Estensore

N. 02522/2016 REG.PROV.COLL.
N. 01267/2016 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1267 del 2016, proposto da:
Cooperativa Malgrado Tutto, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Luisa Cimino C.F. CMNLSU78E53M208G, domiciliato ex art. 25 cpa presso Tar Segreteria in Catanzaro, via De Gasperi, 76/B;

contro

U.T.G. - Prefettura di Catanzaro, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura Distr.le Catanzaro, domiciliata in Catanzaro, via G.Da Fiore, 34;

nei confronti di

R.G. Multiservice, Euroservice S.r.l. non costituiti in giudizio;

per l'annullamento

della procedura negoziata in via d'urgenza ex art. 63 d. lgs.vo 50/2016, per conclusione accordo quadro affidamento in convenzione servizio accoglienza nella provincia di catanzaro cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale per il periodo 1/8/2016-31/10/2016 (prot. agid 20160009120 del 25/10/2016)

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di U.T.G. - Prefettura di Catanzaro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 il dott. Raffaele Tuccillo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Con ricorso la Malgrado Tutto chiedeva di annullare i provvedimenti indicati in ricorso con i quali la stessa era stata esclusa dalla procedura in questione e di accertare il diritto della cooperativa stessa a partecipare alla procedura oggetto di gara.

La ricorrente è stata esclusa dalla gara avente ad oggetto procedura negoziata in via di urgenza per la conclusione di un accordo quadro per l’affidamento in convenzione del servizio di accoglienza nel territorio della provincia di Catanzaro in favore di cittadini stranieri richiedenti protezione internazionale. L’esclusione è motivata con riferimento alle contestazioni che hanno comportato la risoluzione di precedente analogo rapporto contrattuale ai sensi dell’art. 80, comma 5, let. c) del d.lgs. n. 50 del 2016.

Il ricorso deve trovare accoglimento.

La citata disposizione prevede che l’esclusione del concorrente è condizionata al fatto che la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; 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. Nel caso di specie, anche in seguito alla richiesta istruttoria formulata in corso di causa e della produzione documentale da parte della resistente, emerge che non si riscontrino adeguati elementi per ritenere che l’amministrazione abbia dimostrato con mezzi adeguati che l’operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Gli inadempimenti allegati e relativi a precedente rapporto contrattuale risultano, infatti, essere stati tutti contestati da parte ricorrente e ciò in modo espresso (nel senso della diretta impugnazione delle note adottate dalla Prefettura) o in forma non espressa (le contestazioni di cui alla nota n. 91546 del 5.2.2016 risultano essere oggetto del procedimento civile pendente, cfr. ricorso per riassunzione allegato da parte ricorrente alla memoria del 12.12.2015). Ne discende che l’allegato inadempimento difetta della prova dei caratteri della definitività e della gravità dell’inadempimento. Parte resistente non ha, pertanto, provato con mezzi adeguati che l’operatore si è reso colpevole di gravi illeciti professionali.

La modificazione nel testo normativo rispetto alla precedente formulazione (art. 38, let. f., d.lgs. n. 163/06) implica che l’accertamento in ordine alla esistenza della violazione debba essere effettuato sulla base delle indicazioni contenute nella medesima disposizione ovvero, anche, secondo altre e differenti modalità analiticamente descritte da parte della stazione appaltante. Nel caso di specie, posta la sussistenza di un’analitica contestazione giudiziale dei vari inadempimenti allegati e la mancanza di un’adeguata descrizione di fatti estranei e differenti rispetto a quelli oggetto di contestazione giudiziale, deve ritenersi non integrata l’ipotesi descritta nella fattispecie in esame con il conseguente accoglimento del ricorso.

Si precisa che, ugualmente, la citata disposizione fa riferimento e pertanto richiede la condanna al risarcimento del danno ovvero la condanna ad altre sanzioni che devono analiticamente essere motivate nell’ambito del procedimento applicativo della relativa sanzione. Come precisato nel parere reso dalla commissione speciale del Consiglio di Stato (Linee guida ANAC “indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) del codice”) “possono essere considerate come “altre sanzioni”, l’incameramento delle garanzie di esecuzione o l’applicazione di penali, fermo che la sola applicazione di una clausola penale non è di per sé sintomo di grave illecito professionale, specie nel caso di applicazione di penali in misura modesta”. Nel caso di specie, viste le contestazioni giudiziali e l’entità delle penali non contestate, non appaiono adeguatamente provati i presupposti applicativi della citata disposizione.

La domanda di caducazione dell’intera procedura non può invece trovare accoglimento in mancanza di adeguata e specifica descrizione dei motivi di caducazione dell’intera procedura. Allo stesso modo, non può trovare accoglimento la domanda diretta ad accertare il diritto della cooperativa alla stipulazione della convenzione, rientrando nei poteri istruttori e discrezionali della pubblica amministrazione, né la rimozione di altre penalità riguardanti atti o fatti estranei all’odierno giudizio.

In considerazione della parziale soccombenza reciproca nonché della novità della questione di lite, vertendo sull’interpretazione di una disposizione entrata in vigore di recente, devono ritenersi sussistenti eccezionali motivi per compensare le spese di lite tra le parti.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, annulla gli atti impugnati nei limiti di cui in motivazione.

Compensa le spese di lite

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

Così deciso in Catanzaro nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Salamone, Presidente

Francesco Tallaro, Referendario

Raffaele Tuccillo, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE
Raffaele Tuccillo  Vincenzo Salamone