N. 04054/2018REG.PROV.COLL.
N. 00446/2018 REG.RIC.

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

sul ricorso numero di registro generale 446 del 2018, proposto da
Baxter S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Riccardo Villata, Andreina Degli Esposti e Alberto Della Fontana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Riccardo Villata in Roma, via G. Caccini n. 1;
contro
Consip S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani e Francesca Sbrana, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Damiano Lipani in Roma, via Vittoria Colonna n. 40;
nei confronti
- B. Braun Avitum Italy S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mario Zoppellari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Andrea Lazzaretti in Roma, largo di Torre Argentina 11;
- Spindial S.p.A. Socio Unico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Franco Ferrari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via di Ripetta 142;
- Bellco S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico presso la Segreteria III Sezione Consiglio Di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;
- Fresenius Medical Care Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabio Todarello, Giuseppe Fuda e Franco Gaetano Scoca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Franco Gaetano Scoca in Roma, via Giovanni Paisiello n. 55;
- Nipro Europe Nv, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giorgio Fraccastoro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Piemonte 39;
per la riforma
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda) n. 12450/2017, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione definitiva a favore delle società Fresenius Medical Care Italia S.p.A., B. Braun Avitum Italy S.p.A., Spindial S.p.A., Bellco s.r.l., Nipro Europe N.V., della gara a procedura aperta per la conclusione di un Accordo Quadro con più operatori economici, ai sensi dell'art.54, comma 4, lett. a), del D.Lgs. n.50/2016, relativo alla fornitura in "service" di trattamenti di dialisi extracorporea;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consip S.p.A., B. Braun Avitum Italy S.p.A., Spindial S.p.A. Socio Unico, Bellco S.r.l., Fresenius Medical Care Italia S.p.A. e Nipro Europe Nv;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2018 il Cons. Giorgio Calderoni e uditi per le parti gli avvocati Riccardo Villata, Anna Mazzoncini su delega di Damiano Lipani, Michele Guzzo su delega di Giorgio Fraccastoro, Piero Fidanza, Giuseppe Fuda, Mario Zoppellari e Giuseppe Franco Ferrari;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

I. Con bando di gara pubblicato sulla GUUE del 24 settembre 2016, Consip ha indetto una gara a procedura aperta, in un unico lotto e per una base d'asta complessiva di € 90.550.000,00 per la conclusione di un accordo quadro con più operatori economici ai sensi dell'art. 54 co. 4 lett. a) d.lgs. n. 50/2016, relativo alla fornitura in "service" di trattamenti di dialisi extracorporea (trattamenti di emodialisi tampone bicarbonato a basso flusso "HD" e trattamenti di emodiafiltrazione on line “HDF on line”).
Queste le caratteristiche salienti della gara;
- durata prevista dell’accordo quadro: 12 mesi, decorrenti dalla data di attivazione e prorogabili di ulteriori 12 mesi;
- 5 anni, la durata dei successivi contratti di appalto con le singole amministrazioni;
- aggiudicazione dell'accordo quadro con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e in favore di più operatori economici, il cui numero sarebbe stato determinato in ragione del numero di offerte valide ricevute, come da apposita tabella di corrispondenza.
Entro il termine del 7 novembre 2016, pervenivano le offerte dell’appellante e delle società appellate; il successivo 8 novembre 2016, Consip nominava la commissione giudicatrice di gara all’esito dei cui lavori veniva disposta l'aggiudicazione definitiva in favore delle società odierne appellate Fresenius Medical Care Italia SpA (in seguito anche solo: Fresenius); B. Braun Avitum Italy SpA (anche solo Braun), Spindial SpA, Bellco srl, Nipro Europe NV (anche solo Nipro), aggiudicazione comunicata via PEC da Consip, con nota 1 agosto 2017, a Baxter, che risultava esclusa per essersi classificata, con un punteggio totale di 48,397, al sesto ed ultimo posto della graduatoria, essendo invece stabilito in cinque il numero degli operatori economici aggiudicatari dell’accordo quadro.
Baxter impugnava avanti al Tar Lazio gli atti di gara, lamentando, in sintesi, che:
1) la nomina della commissione, in particolar modo per quanto riguarda la nomina dei componenti esterni Dr. Massimo Morosetti e Dr. Giuseppe Quintiliani, sarebbe stata effettuata in palese violazione delle regole di competenza e trasparenza stabilite da Consip stessa, con particolare riferimento alla formazione dell’elenco dei candidati e al relativo sorteggio;
2) il commissario Dr. Massimo Morosetti sarebbe risultato in posizione di incompatibilità, posto che lo stesso avrebbe intrattenuto e intratterrebbe un rapporto di consulenza e collaborazione con le aggiudicatarie Fresenius e Spindial SpA;
3) in via espressamente graduata e subordinata, nell’ipotesi di non accoglimento dei primi due motivi di doglianza, Baxter deduce che Spindial, Nirpo e Braun avrebbero violato il capitolato d'oneri, avendo esse presentato - ai fini della dimostrazione del possesso di determinate caratteristiche tecniche migliorative dei propri dispositivi medici - documenti non predisposti e non forniti dal produttore.
Detraendo, pertanto, i punteggi alle stesse assegnati per i relativi parametri [rispettivamente: 6 punti a Spindial (parametri V3, V4, V11) e a Nipro (parametri V2, V11 e V32); 5 punti a Braun (parametri V1 e V33)], Baxter sopravanzerebbe nella graduatoria finale Nipro e Spindial, con conseguente aggiudicazione dell'accordo quadro; mentre anche il punteggio di Braun dovrebbe essere ridotto a p. 49,305;
4) con riguardo alla valutazione della caratteristica tecnica migliorativa tabellare V4 (possibilità di passare da metodica con ago doppio a quella ad ago singolo e viceversa con doppia pompa, senza cambiare linee né dover interrompere il trattamento), Baxter contesta, da una parte, l'errata assegnazione del punteggio di 1,5 ai concorrenti Nipro, Spindial e Fresenius; dall'altra, l'erronea mancata assegnazione del medesimo punteggio alla propria offerta.
La conseguenza sarebbe il superamento - da parte di Baxter - di Braun, in virtù del punteggio di quest’ultima come sopra ridotto;
5) Baxter contesta, infine, la mancata assegnazione in proprio favore del punteggio relativo alla caratteristica tecnica migliorativa tabellare V8 (dispositivo o metodo che comporti una procedura specifica durante la seduta per la valutazione del ricircolo dell'accesso vascolare) e deduce che il chiarimento n. 2 fornito - in proposito e in senso restrittivo - dalla stazione appaltante sarebbe inammissibile, in quanto modificherebbe la legge di gara.
In forza di quanto sopra, il punteggio totale di Baxter ammonterebbe a punti 52,897, consentendole di sopravanzare in graduatoria anche Bellco (punti 52,117) e di collocarsi così al secondo posto dopo Fresenius.
II. Con sentenza in forma semplificata 18/12/2017, n. 12450, la Sezione Seconda del Tar Lazio ha respinto il ricorso di Baxter, all’esito di un percorso argomentativo con cui il primo Giudice:
a) ha ritenuto fondata, con diffusa motivazione, l’eccezione di inammissibilità dei primi due motivi di ricorso, sollevata da Braun, Spindial e Fresenius, le quali sostenevano che il provvedimento di nomina della commissione giudicatrice avrebbe dovuto essere impugnato, in quanto immediatamente lesivo, entro il termine di decadenza decorrente dalla relativa data di pubblicazione (22 novembre 2016) sul profilo del committente di Consip, unitamente ai curricula dei singoli componenti prescelti;
b) ha ritenuto, comunque, infondato il primo motivo di ricorso, posto che:
- in data 30 novembre 2015, attesa la mancanza in organico di adeguate professionalità e onde acquisire i profili necessari tra i quali individuare i commissari esterni, è stato pubblicato sul portale "acquistinretepa" il "censimento per selezione commissari esterni", rivolto a funzionari di amministrazioni esperti nello specifico settore e contenente l’indicazione dei requisiti agli stessi richiesti;
- all'esito del suddetto censimento on line, sono state acquisite 21 candidature e relativi curricula di funzionari operanti nell'ambito di aziende del S.S.N., esperti nell'ambito dei trattamenti dialitici extracorporei;
- come risulta dallo scambio di corrispondenza intercorso tra Consip (mail 28 ottobre 2016 di quest’ultima) ed i singoli medici, tra le 21 candidature proposte soltanto 10 medici hanno manifestato la disponibilità a presenziare alla prima seduta pubblica di apertura delle offerte fissata per 1'8 novembre 2016;
- di conseguenza, Consip ha provveduto il 3 novembre 2016, mediante il sistema informatico SIGEF, all'esecuzione del sorteggio di cui all'art. 2, comma 3, del proprio regolamento interno, all'esito del quale sono stati individuati i due componenti effettivi della Commissione tecnica, vale a dire i dottori Massimo Morosetti e Giuseppe Quintaliani, la cui estrazione è avvenuta in maniera automatica e del tutto casuale;
- “trattandosi di procedura informatizzata, la verbalizzazione cartacea è sostituita ed anzi è essenzialmente costituita proprio dai passaggi automatizzati del sistema, il cui accadimento è riscontrabile per tabulas”, per cui non occorreva un’ulteriore e distinta verbalizzazione;
- quanto alla doglianza relativa alla circostanza che il sorteggio sarebbe stato effettuato non già fra tutti i 21 professionisti di cui era stata accettata la candidatura a seguito del censimento pubblico effettuato da Consip, bensì tra una più ristretta rosa di 10 candidati (i quali soli avrebbero risposto alla mail del 28 ottobre 2016 inviata da Consip), il Tar ha disatteso, siccome indimostrata e apodittica, sia la censura secondo cui la fissazione della prima seduta della commissione, fatta entro un termine brevissimo, avrebbe di fatto estromesso parte dei candidati; sia quella per cui non sarebbe avvenuta la corretta evocazione di tutti i candidati, poiché talune mail sarebbero state mandate ad indirizzi diversi rispetto a quello indicato nelle candidature: e ciò, stante che in contrario “milita il principio previsto dall'art. 1335 c.c., il quale predica una presunzione di conoscibilità della comunicazione dell'atto indirizzato al verosimile domicilio del destinatario (domicilio non contestato dal ricorrente, il quale avrebbe dovuto provare l'erroneità dell'indirizzo mail e non la semplice non coincidenza con l'altro indirizzo pure indicato dal professionista)”;
c) ha rigettato, nel merito, “il secondo motivo di ricorso, inerente la situazione di asserita incompatibilità, nonché conflitto di interesse, in cui verserebbe il dott. Morosetti”, in quanto:
- “non costituisce invero causa di incompatibilità o di astensione la mera circostanza affermata da Baxter Spa, secondo la quale il dott. Morosetti avrebbe assunto nel 2010 l'incarico di consulente tecnico di parte di Spindial Spa nell'ambito di un diverso giudizio pendente avanti al TAR Brescia.
Trattasi infatti di vertenza definita in primo grado con sentenza del 2011 e nello stesso anno risolto in appello”: attività, dunque, “risalente nel tempo che non può incidere sulla imparzialità del professionista. Ciò senza considerare che i tecnici nella materia non sono, per forza di cose, numerosissimi e che gli esperti vengono scelti tra un ristretto numero di professionisti”;
- inoltre, il suddetto professionista ha chiarito, in risposta a richiesta Consip del 19 settembre 2017, che il parere redatto nel novembre del 2010 in favore di Spindial (relativo ad un contenzioso inerente la gara indetta dalla ASL Vallecamonica — Sebino per il service di dialisi) era stato prestato a titolo gratuito, si era concretizzato in una semplice conferma di un mero fatto storico a sua conoscenza e nella valutazione di idoneità di una apparecchiatura prodotta dalla stessa Baxter;
- relativamente al secondo profilo sollevato da Baxter, secondo cui il Dott. Morosetti sarebbe attualmente il consulente tecnico di Fresenius nell'ambito di un giudizio pendente dinanzi TAR Lombardia, sede di Milano (recante R.G. n. 2483/2015) promosso dalla medesima Baxter SpA, l'accusa non sarebbe provata e si baserebbe su di una indimostrata interpretazione dell'invio di una mail tra il CTU nominato nel detto giudizio ed il CTP di Fresenius (dott. Brambilla), quando, invece, si tratterebbe di <un verosimile equivoco in cui è incorso il perito d'ufficio nell'inviare la mail, invece che al CTP designato, al dott. Morosetti; senza che, in assenza di più solidi riscontri, da ciò possa inferirsi la tesi prospettata da Baxter e cioè che dietro al CTP dott. Brambilla agisca, quale, per così dire, "perito ombra", il medesimo dott. Morosetti;
d) ha rilevato l’infondatezza dei restanti motivi di ricorso, riguardanti l'erroneità del giudizio valutativo formulato dalla commissione, e nello specifico:
d1) del terzo motivo di ricorso, in quanto le tre società Spindial, Nipro e Braun sono le rappresentanti commerciali (in Europa e in Italia) delle aziende produttrici dei beni offerti in gara dalle predette società e presso le sedi (europee e italiana) di tali società sono presenti siti produttivi dei dispositivi medici oggetto di offerta, per cui correttamente la Commissione giudicatrice avrebbe ritenuto che la documentazione fornita dai menzionati concorrenti potesse essere qualificata quale proveniente dal produttore delle apparecchiature offerte, risultando conseguentemente idonea a comprovare l'effettiva sussistenza delle caratteristiche tecniche migliorative proposte, come peraltro poi riscontrato dalla stessa Commissione nel corso della verifica tecnica eseguita sulle apparecchiature medesime presso alcune strutture ospedaliere.
In sintesi, i documenti offerti per certificare il possesso delle caratteristiche migliorative sarebbero “sostanzialmente coincidenti ovvero comunque equipollenti a quelli richiesti dalla legge di gara, non potendosi dare dubbi in ordine alla provenienza e alla significatività degli stessi”;
d2) dei motivi di ricorso 4 e 5, poiché:
- le contestazioni ivi mosse sarebbero inammissibili alla stregua dei “consolidati principi in tema di sindacato sulle valutazioni tecniche operate dalle commissioni in sede di gara, principi che impediscono un controllo sostitutivo e che prescrivono viceversa un sindacato giudiziale limitato al solo controllo circa l'insussistenza di manifeste illogicità e/o travisamenti palesi di fatti”;
- inoltre, sarebbe da disattendere la contestazione di Baxter laddove, in riferimento all’applicazione del criterio di valutazione di cui al punto V8, lamenta che la commissione avrebbe mutato le regole di gara mediante la risposta al chiarimento n. 2: invero, la risposta al quesito formulato avrebbe semplicemente esplicitato la portata del criterio previsto dalla lex specialis, spiegando che dal dispositivo offerto dal concorrente dovesse emergere la misura del ricircolo, onde consentire al medico di monitorare l'eventuale situazione di criticità del paziente;
- sarebbe, di conseguenza, plausibile e non censurabile il giudizio tecnico con cui la commissione ha ritenuto di non poter valorizzare l'offerta di Baxter, nella considerazione “che il dispositivo medico offerto dalla ricorrente consentiva solo una rilevazione fissa del ricircolo, risultando così meno idonea a controllare l'andamento della circolazione extra corporea del paziente sottoposto a trattamento”.
III. Avverso tale sentenza, Baxter ha interposto il presente atto di appello, che si articola nei seguenti motivi:
A. SUI PROFILI CONCERNENTI LA NOMINA DELLA COMMISSIONE
1. la statuizione di irricevibilità sarebbe erronea, poiché il provvedimento di nomina della commissione non sarebbe affatto immediatamente lesivo e opinare in senso contrario imporrebbe a tutti i concorrenti di proporre ricorso a prescindere dal concreto futuro esito della procedura;
2. sussisterebbe la violazione dei criteri di nomina della Commissione, in quanto:
- l’individuazione dei commissari esterni è avvenuta in epoca anteriore al termine di presentazione delle offerte;
- la necessità di verbalizzazione del sorteggio sarebbe stata riconosciuta dalla stessa Consip, la quale nel giudizio di primo grado ha depositato un verbale/attestazione datato 24 ottobre 2017, concernente le operazioni di sorteggio che sarebbero state effettuate un anno prima (3 novembre 2016);
- né sarebbero idonee, in assenza di apposita tracciatura prescritta dal punto 3.1. del Capitolato, le “schermate” depositate sempre in primo grado da Consip, che non descrivono neppure le operazioni effettivamente svolte dalla commissione, rispetto alle 12 effettive da eseguire secondo la stessa relazione tecnica depositata sempre da Consip;
- la rosa di candidati commissari sarebbe stata illegittimamente ridotta, poiché la brevità del termine tra l’invio delle richieste di disponibilità e l’inizio delle operazioni di gara rappresenterebbe un dato incontrovertibile (11 giorni); inoltre, non poteva operare la presunzione ex art. 1335 c.c., che richiede non solo l’invio, ma pure l’effettivo arrivo della corrispondenza all’indirizzo del destinatario, non provato da Consip che non ha utilizzato il sistema di posta certificata e nel caso del dott. Loschiavo ha inviato la richiesta di disponibilità all’indirizzo (ordinario) di mail diverso rispetto a quello istituzionale, in origine indicato dall’interessato nel proporre la propria candidatura;
3. il dott. Morosetti verserebbe in situazione di incompatibilità, dato che le norme del D. Lgs. 50/2016 (artt. 77 e 42) e del c.p.c. (art. 51) non prevedono alcun limite temporale sotto questo profilo e, in ogni caso, la corrispondenza relativa al giudizio n. 2483/15 pendente innanzi al T.A.R. Lombardia dimostrerebbe - a prescindere dalla circostanza che il dott. Morosetti abbia o meno rivestito un qualche ruolo formale nel suddetto giudizio - l’esistenza di rapporti recenti con un concorrente, poi divenuto aggiudicatario nella procedura valutata dal medesimo commissario, classificandosi addirittura al primo posto della procedura.
Di qui la conferma che quanto meno motivi di opportunità avrebbero consigliato l’astensione del dott. Morosetti, mentre Consip non avrebbe avuto difficoltà alcuna a provvedere alla sua sostituzione.
B.- SUI MOTIVI RELATIVI ALL’ATTRIBUZIONE DEI PUNTEGGI
Le tesi del T.A.R. al riguardo sarebbero erronee in quanto:
- deve in realtà escludersi la presenza di siti produttivi dei dispositivi presso le società controinteressate;
- non risulta neppure dimostrato che le controinteressate siano state espressamente designate ex art. 1, lett. f e i bis, d.lgs. 46/97 quali mandatarie da parte delle società produttrici;
- non sarebbero applicabili i principi in tema di discrezionalità tecnico/amministrativa, poiché Baxter aveva prospettato profili di illegittimità, riproposti nella presente sede di appello, riguardanti “caratteristiche tabellari, aventi come tali carattere vincolato”;
- nell’escludere l’illegittimità dell’operato di Consip, affermando che il passaggio del trattamento ad ago doppio a quello ad ago singolo non rappresenterebbe una manovra di ordinaria assistenza dialitica (trattandosi di intervento legato a situazioni impreviste di emergenza), il primo Giudice avrebbe trascurato che il capitolato non distingueva in alcun modo tra manovre ordinarie ed emergenziali, limitandosi a richiedere in termini oggettivi il passaggio da metodica con ago doppio a quella ad ago singolo con doppia pompa;
- il “chiarimento” fornito da Consip avrebbe indebitamente integrato le disposizioni della lex specialis, poiché in essa non vi sarebbe stata traccia alcuna della caratteristica, ritenuta dal primo giudice “immanente al criterio valutativo”, per cui dal dispositivo offerto dovesse emergere la misura dei ricircolo.
IV. In vista della Camera di consiglio dell’8 febbraio 2018, fissata per la delibazione della domanda cautelare, tutte le parti appellate si sono costituite in giudizio e hanno svolto difese, opponendosi alle deduzioni e domande di Baxter.
In particolare, esse hanno rispettivamente sostenuto quanto segue:
IV.1. Bellco (costituzione 30 gennaio 2018): <affinché sia inficiata la nomina della Commissione occorre che siano stati selezionati (…) soggetti privi delle necessarie competenze per rivestire il ruolo di Commissario: solo questa circostanza potrebbe aver rilievo (…), e non certo il mero “vizio di forma” nella procedura interna di nominae Baxter non ha posto in discussione la professionalità dei commissari prescelti;
IV.2. Braun (memoria 4 febbraio 2018):
- il ricorso di prime cure sarebbe inammissibile per carenza di interesse, stante il mancato superamento della prova di resistenza in ordine alla dimostrazione di un diverso esito della procedura, ove “governata” da una Commissione in differente composizione (eccezione formulata in primo grado e qui espressamente riproposta);
- sarebbero, altresì, inammissibili le censure Baxter relative al sorteggio dei Commissari, in quanto ampliative delthema decidendum, delineato nel ricorso di primo grado;
- il lasso di tempo di 11 giorni intercorso tra comunicazione di convocazione, datata 28.10.2016, e la prima seduta di Commissione, prevista per l’8.11.2016, non potrebbe considerarsi eccessivamente breve, atteso che, nell’Avviso di censimento predisposto da Consip era reso noto che le suddette riunioni avrebbero potuto tenersi anche con cadenza settimanale, a decorrere dall’accettazione dell’incarico;
- nell’Allegato A al suddetto Avviso di Censimento, denominato “Ricerca candidati al ruolo di Commissario esterno” era prevista la sola indicazione dell’indirizzo di posta elettronica ordinaria al quale ricevere tutte le comunicazioni relative alla gara in questione, tant’è vero che ben 20 candidati su 21, per trasmettere alla Stazione appaltante i propri curricula, oltre che il foglio Excel con i propri dati e recapiti, hanno utilizzato la propria casella di posta elettronica ordinaria;
- il dott. Maurizio Brambilla ricopre all’interno di Fresenius Medical Care Italia S.p.A. il ruolo di Therapy Marketing Director e dispone pertanto delle necessarie conoscenze circa le funzionalità e le caratteristiche tecniche possedute dalle apparecchiature oggetto di fornitura;
- secondo i chiarimenti nn. 46, 51 e 54 forniti da Consip “le autodichiarazioni previste ed attestanti l’originalità dei documenti tecnici richiesti” avrebbero potuto essere rese, in alternativa al legale rappresentante della ditta produttrice delle apparecchiature e dei kit oggetto di fornitura, anche da un “legale rappresentante della ditta concorrente” e al fine di soddisfare quanto richiesto al paragrafo 6 del Capitolato d’Oneri il concorrente avrebbe potuto “presentare, alternativamente uno dei documenti attestanti il possesso delle caratteristiche oggetto di punteggio tecnico migliorativo tabellare (schede tecniche, estratti dei Manuali di servizio, autodichiarazioni …); autodichiarazione in cui il concorrente avrebbe dovuto attestare “il possesso delle caratteristiche oggetto di punteggio tecnico migliorativo tabellare”;
- Braun ha, pertanto, prodotto, oltre all’estratto del Manuale delle apparecchiature offerte, anche le dichiarazioni rese dal dott. Paolo Partemi, Procuratore speciale e Responsabile Marketing di B. Braun Avitum Italy S.p.A., per fornire ulteriori informazioni a completamento di quanto già illustrato nella documentazione ufficiale del produttore, allegata in gara;
IV.3. Spindial (memoria 5 febbraio 2018):
- “il Legislatore, all’art. 29 d.lgs. 50/20106, ha coerentemente imposto l’onere di immediata pubblicazione del provvedimento di nomina della Commissione e dei curricula dei commissari, al fine implicito (e cionondimeno evidente) di consentirne la tempestiva impugnazione, laddove la nomina della Commissione risulti viziata” e “se v’è onere di impugnazione immediata dell'ammissione altrui, a fortiori deve sussistere l'onere di impugnazione per gli atti che la precedono”;
- “nell’ambito di una procedura telematica, il sorteggio dei commissari non poteva che essere effettuato con modalità telematica”;
- “Consip ha nominato la Commissione con provvedimento dell’8.11.2016 e, dunque, pacificamente dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte, nel pieno rispetto dall’art. 77 d.lgs. 50/2016” e in conformità all’art. 5 del Regolamento Consip, secondo cui “i componenti sono nominati dall’Amministratore Delegato della Consip S.p.A. con apposito atto che si perfeziona, dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte”;
- il citato art. 77 e lo stesso regolamento Consip non impongono di effettuare il sorteggio tra tutti i possibili candidati al ruolo di commissario né prescrivono alcuna specifica formalità (nella convocazione e/o nella raccolta delle disponibilità dei candidati);
- quanto alla dichiarazione di comprova delle caratteristiche migliorative resa da NikkisoEurope
GmbH e prodotta in gara da Spindial, la NikkisoEurope GmbH presenta la qualità di “mandataria” europea di Nikkiso CO. LTD, per cui, ai sensi della direttiva 93/42/CEE (attuata con d.lgs. 46/1997), essa agisce ex lege in vece del fabbricante;
IV.4. Fresenius (memoria 5 febbraio 2018) svolge in rito e nel merito deduzioni analoghe a quelle di Braun e Spindial, richiamando specialmente il tenore della dichiarazione resa a Consip dal Dott. Morosetti il 26 settembre 2017, circa l’inesistenza di rapporti professionali e/o di collaborazione con Fresenius stessa;
IV.5. Nipro (memoria 6 febbraio 2018):
- sottolinea preliminarmente la “peculiare” impostazione dei ricorsi di primo grado e d’appello di Baxter che “ha formulato, in via principale, i motivi potenzialmente demolitori dell’intera procedura di gara avviata da Consip relativa alla fornitura in “service” di trattamenti di dialisi extracorporea e, solo in via subordinata, quelli mirati ad un possibile conseguimento dell’aggiudicazione dell’appalto”, attribuendone la ragione alla circostanza per cui Baxter è l’attuale fornitore dei beni oggetto dell’appalto de quo;
- quanto alla documentazione da produrre in gara, afferma di aver “puntualmente ottemperato alle prescrizioni dellalex specialis fornendo documentazione proveniente dal produttore (i.e. Manuali di Istruzioni d’Uso e schede tecniche) atta, da sola, a comprovare il possesso dei requisiti tecnici tabellari, fornendo documentazione ulteriore e illustrativa, solo quando ciò si rendeva utile a chiarire le prescrizioni del Manuale”;
- inoltre, “il soggetto che ha reso le dichiarazioni illustrative accompagnatorie all’offerta tecnica e i chiarimenti richiesti da Consip” non è “un rivenditore o distributore terzo, ma il rappresentante per l’Italia di Nipro Europe NV” (società interamente controllata da Nipro Corporation, produttore delle apparecchiature offerte in gara, nonché mandataria del fabbricante);
IV.6. Infine, Consip (memoria 6 febbraio 2018) formula, a sua volta, argomenti complessivamente analoghi, in rito e nel merito, a quelli dispiegati dalle concorrenti appellate, rilevando, più nello specifico, che:
- tenuto conto delle tempistiche risultate necessarie per l’espletamento delle attività prodromiche (censimento pubblico, sorteggio) alla nomina e alla costituzione della Commissione, “sarebbe del tutto irragionevole ritenere che le stesse attività dovessero essere poste in essere una volta scaduto il termine per la presentazione delle offerte, atteso che ciò avrebbe comportato un inutile aggravio, in termini temporali, della procedura”;
- “le peculiari modalità di svolgimento della procedura e le particolari cautele insite nel sistema tecnico sono di per sé idonee ad assicurare la piena tracciabilità delle operazioni di gara, con la conseguenza che, in tale ipotesi, l’obbligo di verbalizzazione può ritenersi correttamente assolto mediante la sola generazione dei filesautomaticamente elaborati dal sistema telematico”;
- quanto al chiarimento n. 2, esso ha assolto una funzione meramente chiarificatrice della disciplina di gara, poiché dalla lex specialis <già risultava la necessità che dal dispositivo o metodo offerti dai concorrenti potesse essere individuata la “misura” del ricircolo; con il chiarimento de quo si è dato atto soltanto della possibilità per gli stessi concorrenti di indicare tale “misura” come valore assoluto o percentuale.
V. Alla predetta Camera di consiglio dell’8 febbraio 2018, su accordo delle parti, è stata disposto il rinvio della causa al merito, per la cui trattazione è stata successivamente fissata l'odierna Udienza Pubblica.
VI. In prossimità della quale, è stata svolta la seguente, ulteriore attività difensiva:
VI.1. in data 27 aprile 2018, Consip, Bellco, Spindial e Nipro hanno depositato rispettive memorie ex art. 73 c.p.a., in cui si sono richiamate alle difese già svolte, o direttamente per relationem (Consip, Bellco) o fornendone un quadro riassuntivo (Spindial, Nipro);
VI.2. anche Baxter ha depositato (30 aprile 2018) memoria conclusiva, in cui, con riferimento alle tesi contenute negli scritti avversari sino a quel momento prodotti nel giudizio di appello, formula le controdeduzioni così articolate:
\* sub A): infondatezza dell’eccezione di inammissibilità per mancato superamento della prova di resistenza, sollevata da Braun, in quanto simile prova non dovrebbe essere fornita dal deducente, allorché le censure dallo stesso proposte siano, come nel caso di specie, dirette ad ottenere l’annullamento dell’intera procedura;
\* sub B):
- i motivi concernenti la nomina della Commissione non sarebbero tardivi, alla stregua delle recenti sentenze 16 aprile 2018, n. 2257 e n. 2241 di questa Sezione, nonché della ancor più recente pronuncia (26 aprile 2018, n. 4), con cui l’Adunanza plenaria ha escluso l’immediata impugnabilità del bando di gara;
- con il sorteggio, l’individuazione dei commissari sarebbe sostanzialmente avvenuta prima della scadenza del termine per la presentazione delle offerte;
- permaneva in capo a Consip l’onere di accertare l’effettiva ricezione della corrispondenza elettronica;
- continuerebbe a non esser dimostrata l’affermazione secondo cui presso le sedi (europee ed italiana) delle società interessate sarebbero “presenti siti produttivi dei dispositivi medici oggetto di offerta”, né i chiarimenti nn. 46, 51 e 54 di Consip consentirebbero di avallare la tesi avanzata da Braun;
- sarebbe “evidente l’intento del capitolato di premiare la presenza di un sistema in grado di erogare sia il trattamento in Ago doppio sia quello in ago singolo con doppia pompa, quindi con elevata efficienza a tutela del paziente, ma con la versatilità di poter passare da una modalità all’altra”: e solo l’offerta Baxter sarebbe “pienamente conforme” a tale requisito “poiché permette con un unico set di effettuare entrambe le metodiche, ago doppio ed ago singolo, con doppia pompa”, mentre la commissione avrebbe “considerato esclusivamente la possibilità di passare dalla terapia ad ago doppio alla terapia ad ago singolo con una sola pompa”, con ciò “ignorando l’effettiva portata del capitolato”;
- infine, la circostanza che Consip ammetta che il chiarimento n. 2 dalla stessa fornito sopperisca alla “necessità di poter disporre … di una misura” ne dimostrerebbe il carattere integrativo e, quindi, illegittimo.
VI.3. sono poi seguite (4 maggio 2018) le memorie di replica di tutte le parti (salvo Bellco), nelle quali vengono generalmente riproposte le rispettive argomentazioni già svolte, con le seguenti puntualizzazioni:
\* Baxter afferma che il rifacimento delle operazioni di gara risulta del tutto agevole, poiché l’accordo quadro non è stato ancora sottoscritto;
\* Consip, rimarca che - diversamente da quanto asserito dalla stessa Baxter - nella memoria depositata nel corso della fase cautelare del presente giudizio, Consip stessa non ha affermato <che il chiarimento sopperisce alla ‘necessità di poter disporre di una misura’”, avendo piuttosto evidenziato che alla richiesta di un “Dispositivo o metodo che comporti una procedura specifica durante la seduta per la valutazione del ricircolo dell’accesso vascolare è evidentemente sottesa la necessità di poter disporre, attraverso tale dispositivo o metodo, di una “misura” che consenta al nefrologo che esegua il trattamento dialitico di valutare l’eventuale verificarsi di situazioni potenzialmente critiche per il paziente sottoposto a detto trattamento, come confermato dalla letteratura scientifica;
\* Fresenius evidenzia come Baxter “non abbia assolutamente replicato alle puntuali osservazioni svolte” dalla stessa società nella memoria depositata per la camera di consiglio dell’8 febbraio u.s. e con le quali si argomentava <con specifiche contestazioni che il sistema proposto da Baxter – “doppio ago in doppia pompa” – non solo è completamente avulso ai fini dell’attribuzione del punteggio per la caratteristica tecnica migliorativa V4 ma che addirittura peggiora la qualità del trattamento;
\* Spindial e Nipro deducono l’inconferenza degli ultimi richiami giurisprudenziali effettuati da Baxter, siccome relativi (come la sentenza n. 2257/2018) “a procedure disciplinate ratione temporis dal d.lgs. 163/2006”;
\* Nipro replica poi - circa la problematica del passaggio dalla terapia ad ago doppio a quella ad ago singolo con una sola pompa - che la Commissione “ha voluto semplicemente accertarsi che ci fosse in ogni situazione di trattamento, la possibilità di proseguire (in emergenza o no) a fronte di un problema imprevisto all’accesso vascolare, senza dovere necessariamente sostituire tutto il circuito extracorporeo. E, questa, a ben vedere, è realmente una caratteristica premiante delle offerte che avevano tale caratteristica, come quella di Nipro”, a differenza dell’apparecchiatura offerta da Baxter;
\* Braun insiste, in particolare, sulla portata dei chiarimenti forniti da Consip prima della scadenza del termine per la formulazione delle offerte e sulla qualifica di Procuratore speciale di colui che ha sottoscritto le dichiarazioni prodotte in gara.
VII. Indi, all’odierna udienza pubblica la causa è passata in decisione, senza ulteriore discussione orale e previa richiesta di pubblicazione del dispositivo da parte dei difensori delle parti.
Il quale dispositivo è stato pubblicato il 18/05/2018, con numero 3015 di registro e con il seguente esito:
“il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l’appello.
Spese compensate.”
Di seguito vengono, quindi, esposte le motivazioni relative al suddetto dispositivo.
VIII. Quanto ai primi due motivi di appello, il Collegio osserva in via preliminare quanto segue:
i) vanno disattese le eccezioni di tardività sollevate, nei loro riguardi, dalle parti appellate in quanto, come correttamente evidenziato da Baxter, anche di recente questa Sezione ha affermato che per la consolidata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato “la illegittima composizione della commissione non è suscettibile di immediata impugnazione, in quanto priva di autonomia lesiva, ma può essere contestata solo all'esito della gara”: così la sentenza Sez. III 16/04/2018, n. 2241 che si riferisce a gara indetta il 7 ottobre 2016 e, pertanto, disciplinataratione temporis dal D. Lgs. 50/2016, cosicché non può valere in relazione a tale pronuncia l’obiezione di “inattualità” formulata, in sede di replica, da Spindial e Nipro, tuttavia con corretto riferimento all’altra pronuncia (n. 2257) resa in pari data dalla Sezione.
Inoltre, ancor più di recente altra pronuncia di questa stessa Sezione (11/05/2018, n. 2835) ha ribadito che “nelle gare pubbliche l'atto di nomina della Commissione giudicatrice, al pari degli atti da questa compiuti nel corso del procedimento, non produce di per sé un effetto lesivo immediato, e comunque tale da implicare l'onere dell'immediata impugnazione nel prescritto termine decadenziale”;
ii) in ogni caso, gli stessi motivi sono infondati nel merito, per le ragioni che si esporranno infra ai capi immediatamente successivi al presente;
iii) è tuttavia, piuttosto infrequente e singolare, che - come rilevato da Nipro - l’appellante attribuisca valenza espressamente prioritaria a siffatte censure di carattere procedimentale e tali da comportare, in caso di accoglimento, la riedizione della procedura di gara ad opera di diversa Commissione (con tutta l’incertezza che ne deriva quanto all’esito finale di tale nuova valutazione) e carattere solo subordinato alle pure dedotte censure “di merito”, potenzialmente idonee a farle, invece, conseguire il bene della vita costituito dall’aggiudicazione (pro quota) di un sì rilevante appalto: tale (inusuale) inversione logico-giuridica nella graduazione dei motivi di censura rientra certamente nella facoltà della parte, ma il Collegio che al medesimo ordine è vincolato nel loro esame (per entrambe le anzidette enunciazioni, si veda ad es. Consiglio di Stato, sez. IV, 18/02/2016, n. 649) non può al contempo non rilevare come una simile strategia difensiva contribuisca obiettivamente a depotenziare la portata delle subordinate censure “di merito”, se è vero che la stessa parte attorea ne chiede espressamente la disamina (e l’eventuale accoglimento) solo in caso di reiezione delle censure in cui ripone il proprio principale interesse e che dunque ritiene, più o meno implicitamente, “forti”;
iv) le censure di natura procedimentale dedotte da Baxter sono, tuttavia, ammissibili per le condivisibili ragioni da questa esposte in replica (memoria conclusiva 30 aprile 2018) alla relativa eccezione di inammissibilità sollevata da Braun il 4 febbraio 2018, in quanto è pacifico che la prova di resistenza non debba essere offerta da colui che deduca vizi diretti ad ottenere l’annullamento e la successiva rinnovazione dell’intera procedura (per questa Sezione, da ultimo: 16/04/2018, n. 2258, 5 marzo 2018, n. 1335 e 2.3.2018, n. 1312).
IX. Ma un’ulteriore considerazione preliminare, di carattere questa volta metodologico/espositivo, il Collegio ritiene doverosa: e cioè che, come si evince dalla diffusa esposizione che precede, il presente giudizio si caratterizza per un’ulteriore peculiarità, dovuta al fatto che - pur essendo sostanzialmente due le tesi che si affrontano e confrontano (una demolitoria e l’altra a difesa della sentenza appellata) - sono ben sette le parti costituite e attivamente presenti in giudizio, ciascuna con proprie originali linee argomentative e non sempre esattamente sovrapponibili anche nel campo (numericamente maggioritario: 6 a 1) dello schieramento che contrasta l’appello.
Ne è scaturito il risultato, particolarmente fecondo sul piano della dialettica processuale, di un contraddittorio assai vivace, articolato e foriero di spunti per la successiva disamina del Giudicante: a fronte di tale ricchezza del materiale di causa, il Collegio ritiene che anche l’impostazione del proprio dire non possa che tenerne conto, dando espressamente atto, sulle singole questioni, delle principali posizioni in campo e motivando quale sia, secondo il proprio avviso, quella corretta.
X. Con queste premesse, vanno, dunque, ora esplicitate le ragioni dell’anticipato giudizio (lett. “ii” del capo VIII) di infondatezza dei menzionati primi due motivi di appello.
X.1. Quanto ai vizi afferenti la nomina della Commissione, va rilevato quanto segue.
X.1.1. Non sussiste il primo profilo di illegittimità, che l’appellante fa discendere dall’anteriorità del sorteggio di due dei tre commissari (3 novembre 2016) rispetto al termine ultimo (7 novembre 2016) di presentazione delle offerte, poiché il principio della posteriorità della nomina della Commissione giudicatrice rispetto a tale termine riguarda la formazione del collegio nella sua interezza e non la (eventuale e previa) individuazione di alcuni dei suoi componenti.
Infatti, la pronuncia dell’Adunanza plenaria di questo Consiglio (n.13/2013), richiamata da Baxter, ha espressamente circoscritto tale principio alla “nomina della commissione”, dovendosi con ciò intendere il collegio perfetto; in tal senso, invero, la citata pronuncia della Plenaria è stata interpretata dalla giurisprudenza di questo Consiglio ad essa successiva e ferma nell’escludere che detto principio si applichi alla individuazione/designazione di singoli membri.
Si veda ad esempio sez. V, 31/08/2016, n. 3743, ad avviso della quale <è dirimente il dato testuale per cui "la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte"(così recitava l'abrogato art. 84, comma 10 del d.lgs. n. 163/2006 e così identicamente recita l’attuale art. 77, comma 7 D. Lgs. n. 50/2016).
Ciò sta a significare, secondo la Sez. V, che <l'organo nel plenum di collegio perfetto - e non la designazione di un singolo membro ancorché individuato in ipotesi quale presidente - deve essere costituito dopo la presentazione delle offerte, in quanto <l'imparzialità e la trasparenza delle operazioni di gara, presidiati dalla norma richiamata, vanno per l'appunto riferiti all'organo in quanto tale che decide nell'integrità dei suoi membri componenti.
Al riguardo, la sentenza n. 3743/2016 richiama l'orientamento della giurisprudenza sul punto (tra cui, anche Ad. plen., 7 maggio 2013 n. 13) <che circoscrive l'ambito precettivo della norma "nella nomina della commissione giudicatrice" e/o, alternativamente, "nella nomina dei componenti della commissione di gara" dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, giammai nella designazione di un membro di essa; per poi concludere che <la designazione di un singolo membro è, in definitiva, un atto prodromico di carattere preparatorio, privo di efficacia esterna, mentre (anche nel caso deciso da quella sentenza: NdE) la nomina della commissione, con effetti costitutivi dell'organismo collegiale, risulta intervenuta, in conformità alla legge regolatrice della materia, in un torno di tempo posteriore alla presentazione delle offerte.

X.1.2. In ordine al secondo profilo riproposto in appello (insufficiente verbalizzazione/documentazione del suddetto sorteggio dei due commissari esterni), la sentenza di primo grado si era diffusamente soffermata, facendo riferimento al documento n. 20, depositato in giudizio da Consip e nel quale sono evidenziate le modalità di funzionamento del sistema SIGEF, utilizzato per il sorteggio dei commissari esterni, tra cui:
- lo scambio di comunicazioni e-mail del 3 novembre 2016 tra il "Consip Supporto Sigef” e i dipendenti Consip, con il quale viene attivato il sorteggio per i commissari esterni per la costituzione della Commissione giudicatrice;
- la schermata del sistema SIGEF, contenente la cronologia di inserimento e sorteggio dei candidati;
- l’attribuzione, da parte del sistema SIGEF e a seguito della richiesta del funzionario Consip incaricato, di uno specifico codice ad ogni nominativo dei medici inseriti nell'elenco per il sorteggio;
- l’ulteriore schermata del sistema, successiva all'estrazione casuale automatica, dalla quale si ricava che i due codici estratti sono quelli che identificano nell'algoritmo di estrazione i dottori Morosetti e Quintaliani.
La sentenza ha, altresì, preso espressamente in considerazione la memoria difensiva depositata da Baxter in data 6 novembre 2017, in replica al suddetto deposito documentale Consip: e ha, altrettanto espressamente, affermato di non poter seguire le contestazioni svolte in tale memoria, per la considerazione che “trattandosi di procedura informatizzata, la verbalizzazione cartacea è sostituita ed anzi è essenzialmente costituita proprio dai passaggi automatizzati del sistema, il cui accadimento è riscontrabile per tabulas. Esigere un'ulteriore verbalizzazione dell'attivazione del meccanismo automatizzato significherebbe pretendere un'inutile superfetazione di attività, al fine di riprodurre con valore meramente confermativo un passaggio che il sistema produce sì in via automatica, ma in maniera fenomenicamente percepibile.
Il che consente anche di disattendere l'attribuzione del carattere performativo alla pretesa verbalizzazione, come ritenuto dalla giurisprudenza citata dalla ricorrente. Nel caso di specie, invero, l'operazione informatizzata è al tempo stesso creazione dell'effetto e sua contestuale attestazione, sol che si depositi la documentazione che provi gli avvenuti passaggi informatici (cosa che nel caso di specie è avvenuta)”.
Orbene, nel riproporre (al punto I.2. del secondo motivo) il profilo di censura di invalidità del sorteggio per difetto assoluto di verbalizzazione, Baxter non contesta puntualmente le surriportate (e condivisibili, specie in assenza di precise controdeduzioni) argomentazioni dell’appellata sentenza di primo grado, ma si limita sostanzialmente a richiamare la stessa perizia tecnica di parte in data 3.11.2017, depositata in primo grado contestualmente alla memoria 6.11.2017 menzionata dal primo Giudice, memoria che a sua volta fa leva essenziale proprio su tale perizia quanto al tema in discussione.
In definitiva, il suddetto par. 1.2. del secondo motivo di appello si risolve in una (mera) reiterazione delle doglianze già prospettate in prime cure e non risulta, così, conforme allo stringente canone di “specificità” cui devono, invece, rispondere - ex art. 101, comma 1 c.p.a. - le censure mosse nel ricorso in appello contro i capi della sentenza gravata: il profilo all’esame deve, pertanto, essere disatteso.
X.1.3. Neppure può ritenersi sussistente il vizio (illegittima riduzione della rosa dei candidati commissari), dedotto al par. 1.3. del secondo motivo di appello con riferimento:
- alla brevità del termine (11 giorni) intercorrente tra l’invio delle richieste di disponibilità da parte di Consip e l’inizio delle operazioni di gara;
- alle modalità (posta elettronica ordinaria e non certificata) utilizzata da Consip per la verifica della suddetta disponibilità da parte dei candidati commissari.
Circa il primo elemento addotto da Baxter, il Collegio osserva che in primo grado Consip ha prodotto (doc. 23) le 21 candidature ricevute per posta elettronica, l’ultima delle quali inoltrata il 15 ottobre 2016.
In relazione a ciò, non può ragionevolmente ravvisarsi motivo di illegittimità nella circostanza che Consip stessa abbia sondato la disponibilità degli aspiranti Commissari il successivo 28 ottobre (a distanza, cioè di poco più di una decina di giorni); così come non può essere ritenuto incongruo e irragionevolmente breve l’ulteriore intervallo di poco più di dieci giorni intercorrente tra la richiesta di disponibilità di Consip e la prima seduta prevista dalla Commissione, se rapportato - come esattamente osservato da Braun (memoria 4 febbraio 2018) - alla cadenza settimanale delle riunioni di Commissione, esplicitamente preannunciata proprio nell’Avviso di censimento all’uopo predisposto da Consip e cui i 21 medici avevano risposto.
Quanto, poi, alle modalità con cui era stata sondata la loro disponibilità a partecipare alla suddetta prima riunione di Commissione, non si può non rilevare come - secondo l’id quod plerumque accidit - tale preventiva disponibilità a far parte di una Commissione di cui sia prevista la convocazione in un giorno determinato e prestabilito possa essere accertata dall’Amministrazione procedente anche per le vie brevi, rispetto alla quale l’utilizzo della posta elettronica (anche non certificata e non importa se spedita a indirizzi istituzionali o privati) costituisce una forma di indubbia maggior garanzia.
D’altra parte, poco meno del 50% dei candidati ha manifestato il proprio assenso (anche con gli anzidetti termini e modalità) e ciò ha consentito alla stazione appaltante Consip di poter disporre di una rosa di nominativi - nell’ambito della quale effettuare il sorteggio – niente affatto ridotta e comunque più che sufficiente, in quanto pari a 5 volte il numero dei commissari da nominare successivamente: il che, di nuovo, fa sì che non siano rilevabili profili di illegittimità nella procedura attivata da Consip nella fase precedente all’avvio delle operazioni di gara da parte della Commissione ancora da nominare.
Invero, è solo da questo momento in poi (e cioè a partire dall’insediamento della Commissione) che scattano le regole formali e inderogabili per quanto concerne la convocazione dei componenti della Commissione e la verbalizzazione delle sue sedute: ma vizi in tal senso e in relazione a tale fase non sono stati dedotti da Baxter.
X.2. Questa ha, invece, posto tanto in primo grado, quanto in appello (terzo motivo) questioni afferenti una pretesa incompatibilità del commissario Dott. Morosetti, in relazione a:
- una perizia redatta in favore di Spindial in un giudizio amministrativo definito nel 2011;
- un più recente (2015) e asserito rapporto di consulenza di parte in favore di Fresenius, che risulterebbe da una corrispondenza via e-mail intercorsa tra il CTU nominato nel relativo giudizio (rg. n. 2483/2015 innanzi al Tar Lombardia) e il direttore commerciale di Fresenius.
X.2.1. In entrambi i casi, richiamando l’art. 42 D. Lgs. 50/2016, Baxter evoca la categoria generale del “conflitto di interessi”, che dà il titolo alla suddetta norma.
Ma a tale categoria generale - per come declinata tanto in ambito civile, quanto in ambito penale - si accompagna necessariamente il requisito dell'attualità; si vedano ad es. e con riferimento a differenti istituti giuridici: Cassazione civile, sez. I, 18/07/2013, n. 17606 e 19/10/2011, n. 21651; Cassazione penale, sez. II, 3/06/2009, n. 26281 e sez. V, 18/11/2004, n. 10688.
E anche questo Consiglio (Sez. IV, n. 931 del 2008) ha richiesto un “interesse attuale e diretto” per potersi ravvisare un obbligo di astensione (principio generale anche questo invocato da Baxter, che cita al riguardo il coevo precedente di questo Consiglio n. 2970 del 2008).
Da questo punto di vista, non può, dunque ritenersi, che la redazione di una perizia in relazione a un processo definito oltre cinque anni prima (e per di più a titolo gratuito: argomento questo svolto dal primo Giudice e non preso espressamente in considerazione nell’appello di Baxter) possa soddisfare il suddetto e necessario requisito dell’attualità.
X.2.2. Quanto alla seconda causa di incompatibilità del Dott. Morosetti, prospettata da Baxter, va rilevato che secondo la giurisprudenza di questo Consiglio (sez. V, 18/06/2015, n. 3102), le situazioni di incompatibilità nelle gare pubbliche debbano risultare oggetto di specifica ed inequivoca prova, anche sulla base di elementi di fatto indizianti, gravi, precisi e concordanti.
Coerentemente, questa Sezione ha sempre richiesto:
- che debbano essere allegati concreti elementi dai quali desumere l'effettiva incompatibilità dei commissari di gara, presupposto indispensabile per l'accoglimento della relativa censura, non potendo, infatti, farsi riferimento ad elementi presuntivi e generici (28/07/2017, n. 3782: par. 9.3.);
- che debbano sussistere elementi specifici atti, in concreto, a far ritenere la dedotta incompatibilità e che dal deducente debbano essere addotti dirimenti elementi probatori al riguardo (5/02/2018, n. 695: par. 8.23).

Viceversa, l’unico elemento qui addotto da Baxter (mera indicazione del Dott. Morosetti quale consulente tecnico di parte di Fresenius in una mail inviata da un dirigente della stesa Fresenius, non seguita da alcun atto ufficiale da cui risulti l’effettivo svolgimento del ruolo di CTP nel giudizio avanti il Tar Lombardia) non assurge, con tutta evidenza, al necessario indice di concretezza e specificità al fine di poterne desumere l’effettiva incompatibilità del medesimo dott. Morosetti.
X.3. Entrambi i motivi afferenti la nomina della Commissione, in cui si articola il punto 2 del capo A) dell’appello Baxter, devono, pertanto, essere disattesi.
XI. Quanto ai motivi di cui al capo B, relativi all’all’attribuzione dei punteggi, il Collegio osserva che essi trovano, in generale, adeguata confutazione nelle difese in contrario svolte dalle parti appellate.
XI.1. Così è, ad esempio, per quanto concerne l’omessa produzione di documentazione da parte del produttore, dedotta al par. III del suddetto capo B con riferimento alle offerte Spindial, Nipro e Braun.
XI.1.1. Queste ultime hanno, infatti, replicato sul punto con le difese sopra rispettivamente riportate ai precedenti capi IV.2, IV.3. e IV.5; in particolare:
\* Braun si è richiamata alla possibilità di presentare autodichiarazioni, contemplata dai chiarimenti nn. 46, 51 e 54 forniti da Consip e ha affermato di aver prodotto, oltre all’estratto del Manuale delle apparecchiature offerte, anche le dichiarazioni rese dal Procuratore speciale e Responsabile Marketing di B. Braun Avitum Italy S.p.A.;
\* Spindial ha dichiarato, relativamente alla dichiarazione di comprova delle caratteristiche migliorative resa da NikkisoEurope GmbH e prodotta in gara, che la NikkisoEurope GmbH presenta la qualità di “mandataria” europea di Nikkiso CO. LTD, per cui, ai sensi della vigente normativa eurounitaria (direttiva 93/42) e interna (d. lgs 46/1997), essa agisce in vece del fabbricante;
\* Nipro ha precisato di aver fornito Manuali di Istruzioni d’Uso e schede tecniche provenienti dal produttore e che il soggetto che ha reso le dichiarazioni illustrative accompagnatorie all’offerta tecnica e i chiarimenti richiesti da Consip è il rappresentante per l’Italia di Nipro Europe NV (società interamente controllata da Nipro Corporation, produttore delle apparecchiature offerte in gara, nonché mandataria del fabbricante).
XI.1.2. A sua volta, nella successiva e conclusiva memoria del 30 aprile 2018, Baxter non fa cenno alcuno alle anzidette deduzioni di Nipro: ragion per cui, alla stregua del principio di non contestazione ex art. 64 comma 2 c.p.a., le censure in origine dedotte da Baxter a proposito dell’offerta Nipro devono intendersi così superate.
XI.1.3. Relativamente alla memoria Spindial, Baxter ha, invece, espressamente controdedotto che il richiamo al d. lgs 46/1997 sarebbe inconferente.
Al contrario, osserva il Collegio che tale norma interna di recepimento della Direttiva comunitaria concerne, come recita il titolo, i dispositivi medici e agli stessi si applica, come stabilisce l’incipit dell’art. 1 (definizioni): per cui essa risulta assolutamente pertinente ad una gara d’appalto europea riguardante la fornitura (in service) di dispositivi medici.
Ebbene, la lettera i-bis) del citato art. 1 definisce mandatario “la persona fisica o giuridica stabilita nel territorio dell'Unione europea che, dopo essere stata espressamente designata dal fabbricante, agisce e può essere interpellata dalle autorità nazionali competenti e dagli organismi comunitari in vece del fabbricante per quanto riguarda gli obblighi che il presente decreto impone a quest’ultimo”.
Siffatto rapporto fungibile e vicario tra fabbricante e suo mandatario è contemplato in successive e plurime disposizioni del medesimo D. Lgs, quali gli articoli 7, 9, 10, 14, 15, 17, 18, e 23, ove compare l’alternativa e disgiuntiva dizione “il fabbricante o il suo mandatario”, tanto che anche le sanzioni (art. 23) vedono tra i soggetti passivi “i fabbricanti o i loro mandatari”.
A ciò si aggiunga che l’art. 13 comma 2, dispone che: “se non ha sede in uno Stato membro, il fabbricante che immette in commercio a nome proprio un dispositivo, di cui al comma 1 o di cui al successivo comma 3-bis, designa un unico mandatario nell'Unione europea. Il mandatario che ha sede legale nel territorio italiano comunica al Ministero della salute le informazioni di cui rispettivamente ai commi 1 o 3-bis” (sui dispositivi).
Si deve, pertanto, concludere che ben poteva la mandataria europea di Nikkiso CO. LTD rendere la dichiarazione richiesta dalla legge di gara.
XI.1.4. Quanto alla contestazione della dichiarazione resa da Braun [tema sul quale si è svolto un puntuale contraddittorio tra le due parti interessate (menzionata memoria 30 aprile 2018 di Baxter; replica 4 maggio 2018 di Braun], il Collegio osserva che tale deduzione di Baxter non supera – al momento – la prova di resistenza (in questo caso, sì, necessaria), poiché, come dalla stessa Baxter prospettato in primo grado, anche con l’eventuale accoglimento di questa censura Braun continuerebbe, pur a punteggio ridotto di 49,305 e con una postergazione in graduatoria, a rientrare nel novero dei primi cinque posti utili e a sopravanzare così Baxter (che ha conseguito l’inferiore punteggio finale di 48,397,e rimarrebbe, comunque, al sesto posto).
Pertanto, l’esame di detto specifico profilo viene posposto rispetto a quello delle ulteriori censure dedotte con il quarto e quinto motivo di appello.
XII.1. Rispetto alle quali, il Collegio non può che convenire, in linea preliminare e generale, con l’asse portante della motivazione fornita sul punto dalla sentenza appellata (e comune alle difese, sul punto, delle parti appellate, tra cui in primo luogo quella di Consip), imperniato sull’inammissibilità di siffatte contestazioni alla stregua dei “consolidati principi in tema di sindacato sulle valutazioni tecniche operate dalle commissioni in sede di gara, principi che impediscono un controllo sostitutivo e che prescrivono viceversa un sindacato giudiziale limitato al solo controllo circa l'insussistenza di manifeste illogicità e/o travisamenti palesi di fatti”.
XII.2. Alla stregua di tali pacifici principi, il Collegio deve rilevare che sfuggono al proprio sindacato le censure svolte da Baxter, laddove si duole (relativamente al parametro V4) che la commissione avrebbe “tenuto conto solamente della possibilità di passare dalla terapia ad ago doppio a quella ad ago singolo con pompa singola (click-clack o sistema di emergenza), in contrasto pertanto con quella inequivocabilmente richiesta dalla legge di gara, vale a dire la possibilità di passare dalla terapia ad ago doppio a quella ad ago singolo ma con doppia pompa, elemento questo esplicitamente richiamato dal capitolato” (art. 8.3.).
XII.2.1. A evidenziare come si verta nell’esclusivo ambito di esercizio della discrezionalità tecnico-amministrativa è, invero, sufficiente riportare alcuni estratti dei passi da V.3. a V.6., che alla questione così posta dedica la memoria iniziale 6 febbraio 2018 di Consip:
\* la Commissione “ha assunto quale fondamentale principio ispiratore il miglioramento della tecnica dialitica al servizio esclusivo dei pazienti, al fine di ridurre e mitigare gli effetti di incidenti, malfunzionamenti ed inconvenienti che si possano verificare durante il trattamento”;
\* la Commissione ha ritenuto “che, nella valutazione delle caratteristiche tecniche migliorative delle apparecchiature offerte dai concorrenti, al di là di una mera interpretazione letterale di quanto richiesto, si dovesse in ogni caso considerare la corretta impostazione ed esecuzione del trattamento dialitico nel suo complesso, tenendo conto della competenza clinica, della esatta esecuzione e conduzione del trattamento, della sorveglianza durante la procedura, dei risultati clinici, nonché del benessere complessivo del paziente prima, durante e dopo il trattamento medesimo”;
\* la Commissione ha, pertanto, ritenuto che la “Possibilità di passare di metodica senza cambiare linee né dover interrompere il trattamento” (definizione del parametro V4) fosse “necessariamente connessa ad una situazione imprevista, da dover gestire quindi in una fase successiva all’avvio del trattamento”;
\* “invero, il passaggio da un trattamento ad ago doppio, qual è un normale trattamento dialitico, ad un trattamento ad ago singolo non costituisce una manovra di ordinaria assistenza dialitica – quale può essere un cambio di ultrafiltrazione, di flussi o di profili, gestibili senza difficoltà nel corso del trattamento – dovendosi piuttosto ricorrere a tale operazione in situazioni di emergenza, connesse alla rottura di un vaso, ad uno stravaso emorragico, ad una disconnessione e, in ogni caso, ad una circostanza imprevista, imprevedibile, contingente ed urgente che può verificarsi durante il trattamento”;
\* “l’assidua frequentazione delle sale dialisi dimostra che il passaggio ad ago singolo è un momento traumatico, tanto per il paziente quanto per il personale sanitario”; “ebbene, la Commissione giudicatrice, ben conoscendo la realtà dei centri di dialisi italiani ed essendo dunque consapevole che la normale ed usuale procedura di attacco del paziente comporta l’uso di un kit doppio ago e solo in via residuale (in caso di particolari patologie) l’uso di un kitago singolo, ha ritenuto che, ai fini della attestazione del possesso della caratteristica tecnica migliorativa di cui al punto V4 del paragrafo 8.3 del Capitolato d’oneri, le apparecchiature offerte dovessero garantire la possibilità di proseguire la dialisi, senza dover disconnettere il paziente con la procedura di restituzione sangue, al contempo assicurando una buona efficacia del trattamento con il solo ricorso a pochi comandi da impostare nelle apparecchiature medesime”;
\* <né, del resto, può assumere rilievo la circostanza, evidenziata da controparte, per cui “il capitolato non distingueva in alcun modo tra manovre ordinarie ed emergenziali, limitandosi a richiedere in termini oggettivi il passaggio da metodica con ago doppio a quella ad ago singolo don doppia pompa”: invero, la lettura della lex specialis fatta propria dalla Commissione è l’unica ragionevolmente possibile, atteso che, come riconosciuto dalla Società nel corso del primo grado di giudizio, “la funzione in quelle condizioni è irrealizzabile, poiché nessuna apparecchiatura offerta è in grado di effettuare una dialisi ad ago singolo a doppia pompa con il circuito normale ad ago doppio”: ciò, a maggior ragione, ove si considerino le soluzioni offerte dagli altri concorrenti, le quali, anche in esito alle prove pratiche in vitro, sono risultate pienamente valide e, dunque, idonee all’assegnazione del punteggio tabellare previsto dalla lex specialis in relazione al criterio di valutazione de quo.
XII.2.2. A tale diffusa illustrazione, si aggiungano le ulteriori osservazioni svolte da Fresenius e Nipro nelle rispettive memorie di replica depositate il 4 maggio 2018 e soprariportate sub VI.3.
XII.2.3. A sua volta, Baxter riconosce - nella propria memoria 30 aprile 2018 - che “con riferimento al parametro V4, paiono opportune le seguenti ulteriori deduzioni, stante la complessità della materia”.
E anche tale ulteriori deduzioni si muovono sull’esclusivo terreno tecnico-scientifico, tanto che alle pagine 14 e 16 vengono riprodotte le rispettive Figure 1 e 2 (per metà a colori, e per l’altra metà in bianco e nero) in cui si mettono a raffronto a sinistra il circuito ad ago doppio di Nipro e a destra il circuito ad ago singolo pompa singola di Baxter, facendosi espressamente notare (figura 1) la presenza in entrambi i casi “di un doppio spezzone per pompa peristaltica (A e V) e camera di espansione”.
XII.2.4. A fronte di tali raffigurazioni e spiegazioni, assai più consone a un trattato di medicina che a una memoria defensionale giuridica, la disamina di questo Giudice non può che arrestarsi e prendere atto che simili argomenti non possono che ritenersi non in grado di superare la soglia di ammissibilità, come già statuito dal primo Giudice.
XIII.3. Quanto, infine, al parametro V8, in relazione al quale Baxter deduce che il chiarimento fornito in proposito da Consip avrebbe “indebitamente integrato le disposizioni della lex specialis”, risultano, ancora una volta, convincenti le controdeduzioni svolte da Consip.
XIII.3.1. Invero:
- il Capitolato d’oneri reca la seguente definizione del suddetto parametro V8: “dispositivo o metodo che comporti una procedura specifica durante la seduta per la valutazione del ricircolo dell'accesso vascolare”;
- la domanda al riguardo posta alla stazione appaltante era del seguente tenore: “confermate che tale dispositivo o metodo debba essere integrato nella strumentazione hardware e software dell'apparecchiatura per dialisi offerta, e che la valutazione, attraverso dispositivo e metodo, debba essere svolta attraverso la determinazione quantitativa del valore del ricircolo, espresso in percentuale rispetto al flusso ematico?”
- alla quale il chiarimento n. 2 di Consip ha così risposto: “si conferma che tale dispositivo o metodo deve essere integrato nell'apparecchiatura; la determinazione quantitativa del valore del ricircolo potrà essere espressa in valore assoluto (ml/min) o percentuale Qb”.
XIII.3.2. Sin dalla memoria 6 febbraio 2018, Consip ha sostenuto che:
\* <alla richiesta di un “Dispositivo o metodo che comporti una procedura specifica durante la seduta per la valutazione del ricircolo dell’accesso vascolare” è evidentemente sottesa la necessità di poter disporre, attraverso tale dispositivo o metodo, di una “misura” che consenta al nefrologo che esegua il trattamento dialitico di valutare l’eventuale verificarsi di situazioni potenzialmente critiche per il paziente sottoposto a detto trattamento: infatti, come confermato dalla letteratura scientifica (vds. documentazione agli atti), la “misura” del ricircolo dell’accesso vascolare permette di verificare l’adeguatezza (o non), ai fini depurativi, della circolazione extracorporea, nonché di valutare se occorra sottoporre il paziente ad intervento chirurgico, in considerazione di un accesso vascolare problematico. Da qui la necessità di poter disporre della “misura” di ricircolo ogni qualvolta, nel corso del trattamento dialitico, il medico lo reputi necessario;
\* ne consegue che “la risposta al quesito formulato, lungi dall’avere innovato o modificato – tanto meno in senso restrittivo – la lex specialis di gara, ne ha soltanto meglio spiegato ed illustrato i contenuti”;
\* in definitiva, “al chiarimento in questione non può essere riconosciuta una funzione innovativa della disciplina cristallizzata negli atti di gara, ma una funzione meramente chiarificatrice della stessa disciplina: dalla lex specialisdi gara, infatti, già risultava la necessità che dal dispositivo o metodo offerti dai concorrenti potesse essere individuata la “misura” del ricircolo; con il chiarimento de quo si è dato atto soltanto della possibilità per gli stessi concorrenti di indicare tale “misura” come valore assoluto o percentuale, rilevando esclusivamente che al medico deputato alla esecuzione del trattamento dialitico sia fornita una modalità di fruizione dei dati relativi al ricircolo vascolare, così da poter monitorare – ed eventualmente risolvere – situazioni di potenziale criticità per il paziente”.
XIII.3.3. Ebbene tale spiegazione è certamente condivisibile sotto il profilo linguistico, l’unico che possa essere direttamente apprezzato dal Collegio: infatti, del termine “valutazione” i principali dizionari della lingua italiana forniscono la definizione di “determinazione del valore di cose e fatti”, “quotazione”, “stima”, “calcolo approssimativo”.
Dunque, per usare l’espressione della sentenza appellata, è sicuramente “immanente” alla nozione di “valutazione” la sua traduzione in termini quantitativi ove questa sia riferita ad un determinato bene ovvero a qualsiasi fenomeno fisico; ovviamente, lo stesso termine “valutazione” assume, invece, una dimensione qualitativa allorché si tratti di esprimere un giudizio.
Ma, con pari evidenza, nel caso in discussione si verte nell’ambito della valutazione di un fenomeno fisico, quale è “il ricircolo dell’accesso vascolare”: che, dunque, alla domanda sulla (inevitabile) “determinazione quantitativa del valore del ricircolo” il chiarimento n. 2 fornito da Consip abbia risposto precisando che questa “potrà essere espressa in valore assoluto o percentuale” non esula dall’ambito e dalla funzione di specificazione assegnata all’istituto dei chiarimenti, in quanto, lungi dal comportare la modifica della lex specialis denunciata da Baxter, lo stesso chiarimento si è limitato a prospettare le modalità alternative per la (indispensabile) misurazione del ricircolo.
Né Baxter contesta che il proprio dispositivo non presentasse (come ritenuto dalla Commissione) la caratteristica migliorativa di cui allo specifico parametro V8 sotto il profilo dell’anzidetta determinazione quantitativa del valore del ricircolo.
XIV. Dalla reiezione delle censure sub IV e V dell’atto di appello, consegue la definitiva declaratoria di inammissibilità, per mancato superamento della prova di resistenza, del profilo di doglianza rivolto nel motivo subIII nei confronti dell’offerta Braun e la cui (momentanea) inammissibilità è stata già prospettata al precedente capo XI.1.4.
XV. In conclusione, l’appello di Baxter deve essere respinto e, per l’effetto, la sentenza gravata deve essere confermata.
Dall’esposizione che precede emergono, tuttavia, innegabili tratti di peculiarità della controversia, tali da giustificare la compensazione delle spese del presente grado di appello.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Lanfranco Balucani, Presidente
Massimiliano Noccelli, Consigliere
Pierfrancesco Ungari, Consigliere
Giovanni Pescatore, Consigliere
Giorgio Calderoni, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 09/07/2018
N. 04180/2018REG.PROV.COLL.
N. 02524/2018 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 2524 del 2018, proposto da:
CDA Vending s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Matteo Spatocco, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Fabrizio Paoletti in Roma, viale M. Pilsudski, n. 118;

contro

Ministero dell'Istruzione dell’Università e della Ricerca, Educandato Statale SS. Annunziata, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, n. 12;

nei confronti

IVS Italia s.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Renato Perticarari, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Toscana n. 1665 del 2017.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2018 il Cons. Giordano Lamberti e uditi per le parti gli avvocati Attilio Barbieri, Matteo Spatocco e Attilio Biava, in sostituzione di Renato Perticarari;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1 - In data 5 giugno 2017, l’Educandato Statale SS. Annunziata ha indetto una procedura per l’affidamento del servizio di fornitura bevande calde, a cui ha partecipato la Società appellante (CDA Vending) e che si è conclusa con l’aggiudicazione alla società IVS Italia S.p.a.

2 - Con ricorso notificato il 20 ottobre 2017, CDA Vending ha impugnato gli atti di gara avanti il TAR per la Toscana, deducendo in particolare che l’aggiudicataria IVS Italia S.p.a. – in quanto gestore uscente - non avrebbe potuto prendere parte alla gara, per l’operatività del principio di rotazione, ed in quanto destinataria di una sanzione per condotta anticoncorrenziale.

2.1 – Con il medesimo ricorso, CDA Vending ha chiesto anche il risarcimento dei danni in ragione della condotta dell’Amministrazione, che ha provveduto tardivamente all’indizione della gara soltanto con la delibera n. 35 del 5 giugno 2017, nonostante la stessa Amministrazione avesse reso noto già in data 27 gennaio 2014 di indire una gara per l’affidamento del servizio di fornitura bevande calde per il biennio 1 aprile 2014 – 31 marzo 2016; così che, medio tempore, il servizio ha continuato ad essere gestito dalla precedente aggiudicataria (IVS Italia S.p.a.), anche a causa del fatto che la procedura di affidamento si è protratta per più anni a causa di due annullamenti in autotutela.

3 - Con sentenza n. 1665 del 2017 pubblicata in data 22 dicembre 2017, il TAR per la Toscana ha giudicato il ricorso inammissibile, per la mancata tempestiva impugnazione dell’ammissione alla gara di IVS Italia s.p.a.

3.1 - La decisione si fonda sulle seguenti circostanze di fatto, dalle quali si desume la piena conoscenza dell’ammissione della controinteressata alla gara: a) la presenza del legale rappresentante di CDA Vending alle due riunioni tenutesi in data 3-4 agosto 2017, nelle quali è stata ammessa la partecipazione alla gara della controinteressata; b) l’avvenuta pubblicazione sul web della stazione appaltante, nella sezione “Amministrazione trasparente”, sotto la voce “Bandi di gara e contratti” in data 4 agosto 2017, dell’esito della gara, ivi incluso il provvedimento di ammissione.

4 - L’appellante contesta tale statuizione, deducendo l’errore in cui sarebbe incorso il TAR nel punto in cui ha considerato comunque applicabile il rito super speciale di cui all’art. 120 comma 2 bis c.p.a., pur a fronte della inesistenza di un provvedimento autonomo di ammissione dei concorrenti alla gara.

A sostegno della censura, ha argomentato nel senso che il cd. rito super-speciale trova applicazione solo nel caso espressamente previsto e cioè quando sia stato emanato il provvedimento di cui all’art. 29, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016, ovvero il provvedimento di ammissione.

5 - La censura è infondata, avendo il TAR correttamente valorizzato la presenza del legale rappresentante della ricorrente durante le sedute di gara dedicate all’apertura delle buste e alla formazione della graduatoria finale, come risulta dai 2 verbali di gara, di ammissione e di valutazione.

Non solo, l’ammissione delle Società partecipanti alla gara, pur non avendo interessato un distinto momento delle operazioni di gara, è stata oggetto di rituale pubblicazione, nel relativo settore e nell’apposita voce, sul sito web dell’Amministrazione già in data 4 agosto 2017, ben prima dell’aggiudicazione definitiva.

6 - L’art. 120, comma 2 bis, del c.p.a. prevede che: “Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11”.

6.1 – Come già argomentato dalla giurisprudenza (cfr. Cons. St. n. 1843 del 2018; Cons. St. 5870 del 2017), la disposizione in parola non implica l’assoluta inapplicabilità del generale principio sancito dagli artt. 41, comma 2 e 120, comma 5, ultima parte, del c.p.a., per cui, in difetto della formale comunicazione dell'atto - o, per quanto qui interessa, in mancanza di pubblicazione di un autonomo atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante - il termine decorre, comunque, dal momento dell'intervenuta piena conoscenza del provvedimento da impugnare, ma ciò a patto che l’interessato sia in grado di percepire i profili che ne rendano evidente la lesività per la propria sfera giuridica in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale.

In altri termini, “la piena conoscenza dell’atto di ammissione della controinteressata, acquisita prima o in assenza della sua pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante, può dunque provenire da qualsiasi fonte e determina la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso” (Cons. St. 5870 del 2017).

7 – Alla luce delle precisazioni che precedono, deve osservarsi che le circostanze atte a determinare l’esclusione della controinteressata – e cioè: il previo affidamento del medesimo servizio e la collegata violazione del principio di rotazione e la comminazione della sanzione da parte dell’Antitrust valutabile alla stregua dell’art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016– ben devono ragionevolmente ritenersi note già dalla prima seduta di gara, in cui era presente il legale rappresentante dell’appellante e durante le quali si è proceduto all’apertura delle buste.

7.1 - In particolare, nel verbale del 3 agosto 2017 si dà atto che la Busta A dovrà contenere la documentazione amministrativa, tra cui la domanda di partecipazione e le relative dichiarazioni. Ciò premesso, prima dell’apertura delle buste B e C, relative all’offerta tecnica ed economica, lo stesso verbale si esprime chiaramente per l’ammissione delle partecipanti attraverso la dicitura: “ditte formalmente ammissibili”.

Nella successiva verbalizzazione, prima di passare alla apertura delle buste contenenti le offerte, è stata “visionata la documentazione delle ditte partecipanti al bando, per prendere atto del relativo contenuto”, concludendosi nel senso che “non risultano eventuali anomalie e/o cause per esclusione”.

8 - Inoltre, come evidenziato anche dal TAR, gli atti di gara sono stati pubblicati sul sito dell’Amministrazione in data 4 agosto 2017.

Infatti, è stato prodotto in causa l’estratto della pagina WEB dell’Amministrazione dalla quale risulta l’effettiva pubblicazione degli atti di gara in data 4 agosto 2017. Non pare inficiare la significatività di tale documento il fatto che lo stesso rechi la data di stampa del 30 ottobre 2017, posto che nello stesso si legge inequivocabilmente come data di pubblicazione quella del 4 agosto, con il relativo numero di protocollo.

8.1 – Alla luce di tale emergenza probatoria, alcun rilievo può essere attribuito alle generiche doglianze dell’appellante circa la difficoltà di accedere al sito. In primo luogo, gli elementi portati a sostegno di tale assunto sono le sole comunicazioni inoltrate dalla stessa Società all’Amministrazione, dunque, di esclusiva provenienza della parte che intende avvalersene; inoltre, in assenza di ulteriori riscontri oggettivi, le difficoltà di accesso della Società non provano necessariamente che la documentazione di gara non fosse pubblicata, né che il sito dell’Amministrazione non funzionasse correttamente.

9 – Alla luce delle considerazioni che precedono, sussistono dunque sufficienti indici tali da poter affermare che, ragionevolmente, la Società appellante doveva conoscere già in data 3 agosto (o quantomeno in data 4 agosto) la sussistenza dei motivi ostativi alla partecipazione da parte dell’aggiudicataria poi dedotti in causa; ne consegue che, nel caso concreto, l’applicazione dell’art. 120, comma 2 bis, D. Lgs. n. 104/2010 non ha violato in alcun modo i principi che governano i presupposti relativi alla proposizione del ricorso.

9.1 – Deve solo aggiungersi, per fugare i dubbi sollevati dall’appellante circa la legittimità del rito di cui all’art. 120 comma 2 bis, che questo Consiglio ha già messo in luce come l’intento del legislatore sia stato quello di definire prontamente la platea dei soggetti ammessi alla gara, sì da impedire censure incrociate “sulla fase iniziale del procedimento selettivo (in particolare sull’ammissione alla gara)…una volta che questo sia giunto a conclusione (Cons. Stato, commissione speciale, parere n. 885 dell’1 aprile 2016). Grazie a tale norma, emerge anticipatamente rispetto alla conclusione della gara, un distinto interesse che, comunque, rimane proprio e personale del concorrente, e quindi differenziato dall’interesse generale alla correttezza e trasparenza delle procedure di gara. In altri termini, accanto all’interesse sostanziale finaledel soggettoeconomico, diretto all’aggiudicazione dell’appalto, l’ordinamento positivo contempla oraun interesse strumentale– ma anche esso sostanziale – polarizzato sulla regolarità dellaprocedura di gara, in sé considerata, nella forma di un vero e proprio “diritto” dell’operatoreeconomico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore (cfr. Cons. St., Ad. Plen, 26 aprile 2018, n.4).

10 – L’intangibilità dell’aggiudicazione a favore di IVS Italia comporta l’insussistenza di ogni interesse dell’appellante all’eventuale accoglimento del motivo con il quale – attraverso “un’azione di accertamento” – intende determinare l’entità del canone come dalla stessa offerto, piuttosto che quello maggiore calcolato dall’Amministrazione. Al riguardo, è la stessa appellante a subordinare l’interesse rispetto a tale censura all’accoglimento degli altri motivi di ricorso, volti all’ottenimento dell’aggiudicazione.

11 - La cristallizzazione dell’esito della procedura comporta infine il rigetto della domanda risarcitoria prospettata in relazione: “all’indebito prolungamento dei tempi di indizione della nuova gara, che integra una illegittima proroga del contratto ed ha quindi prodotto effetti negativi sull’odierna ricorrente, posto che la stessa, per un periodo di tempo di durata assolutamente non irrilevante, si è vista preclusa la possibilità di un confronto concorrenziale all’esito del quale è poi risultata la migliore (dato che, per tutto quanto detto sub 1) e sub 2), la IVS Italia S.p.a. non avrebbe neppure potuto partecipare alla selezione)”. Invero, stante l’inammissibilità del ricorso, IVS Italia conserva l’aggiudicazione, da cui il venir meno del presupposto – ovvero l’essere divenuta aggiudicataria – sul quale si basa la domanda dell’appellante.

12 – In definitiva, l’appello deve essere rigettato. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando, rigetta l’appello e condanna l’appellante alla refusione delle spese di lite in favore della Società controinteressata e dell’Amministrazione appellata, liquidate, per ciascuna, in €3.000,00 oltre accessori come per legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Luigi Carbone, Presidente

Francesco Mele, Consigliere

Dario Simeoli, Consigliere

Giordano Lamberti, Consigliere, Estensore

Oswald Leitner, Consigliere

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE

**N. 07379/2018 REG.PROV.COLL.**

**N. 07924/2017 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 7924 del 2017, proposto da:
Geca Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Angelo Lucio Lacerenza, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, largo Toniolo 6;

contro

RAI – Radiotelevisione Italiana S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato prof. Marcello Clarich, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, viale Liegi 32;

nei confronti

C.A.R.E.S. - Cooperativa Analisi e rilevazioni economiche e sociali S.c.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Marzia Eoli, Agostino Vismara e Marco Selvaggi, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso avv. Marco Selvaggi in Roma, via Nomentana 76;

per l'annullamento

previa adozione di ogni idonea misura cautelare

- della Determinazione del Direttore Generale di RAI S.p.a. n. 152 del 13 luglio 2017, comunicata con nota prot. A/D/4665/P in pari data a firma del Responsabile del procedimento, con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara con “Procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di rilevazione dei contenuti dei programmi televisivi trasmessi su canali Rai ed altre emittenti nazionali gara n. 6480093” in favore di C.A.R.E.S. Cooperativa analisi e rilevazioni economiche e sociali s.c.r.l. (di seguito anche “Cares”);

- di tutti i verbali di gara, sia in seduta pubblica che riservata, ancorché sconosciuti alla ricorrente;

- di tutte le note/comunicazioni inerenti il sub-procedimento di verifica di anomalia dell'offerta presentata da Cares;

- di ogni altro atto presupposto, collegato, connesso, antecedente o successivo, ancorché sconosciuto alla Società ricorrente, ivi compresa la Determinazione del Direttore Generale n. 123/2016 recante la determina a contrarre e il contratto eventualmente stipulato nelle more della decisione

e per la dichiarazione di inefficacia

- del contratto eventualmente medio tempore stipulato tra la Stazione appaltante e la controinteressata Cares;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cares S.c.r.l. e di Rai – Radiotelevisione Italiana S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 febbraio 2018 il dott. Claudio Vallorani e uditi per le parti i difensori: Avv. A. L. Lacerenza, Avv. M. Clarich, Avv. M. Eoli, Avv. M. Selvaggi e Avv. A. Vismara;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

**FATTO e DIRITTO**

1. Con ricorso spedito a notifica in data 11.8.2017 e depositato entro il termine di rito la società Geca Italia S.r.l. impugnava la Determina in epigrafe con cui la RAI – Radiotelevisione Italiana S.p.a. aveva disposto l'aggiudicazione definitiva della gara con “Procedura aperta ai sensi dell'art. 60 del d.lgs. n. 50/2016 per l'affidamento del servizio di rilevazione dei contenuti dei programmi televisivi trasmessi su canali Rai ed altre emittenti nazionali - gara n. 6480093”, in favore di C.A.R.E.S. Cooperativa analisi e rilevazioni economiche e sociali s.c.r.l. (di seguito anche “Cares”).

L’appalto, articolato in un lotto unico da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità-prezzo, aveva durata di 36 mesi, per un importo complessivo stimato, in caso di esercizio dell’opzione di rinnovo di ulteriori 12 mesi, DI Euro 1.760.000,00, Iva esclusa (punto II.1.4 del bando di gara, doc. 1 ric. e art. 5 del disciplinare di gara, doc. 2 ric.).

Più precisamente l’attività dedotta in appalto, come definita dal capitolato tecnico, consisteva nel servizio di c.d. “scalettatura”, termine con cui, in gergo tecnico, si designa la rilevazione dei contenuti delle trasmissioni televisive, con elaborazione delle “scalette” dei programmi, funzionale alla messa a punto di analisi di prodotto mirate sull’offerta televisiva della RAI (cfr. punti 2 e 4 del capitolato tecnico, doc. 3 ric.).

In particolare, la scalettatura fornita per ciascun tipo di programma sarebbe stata ricondotta a tre distinte tipologie, in funzione di quanto richiesto dal Direttore dell’esecuzione RAI:

a) “scalettatura sintetica”: con la quale, per ogni minuto di messa in onda, viene riportato solo il cambio di contenuto con relativa classificazione (video, sigla, studio, ecc) e viene ripetuta la classificazione del contenuto minuto per minuto;

b) “scalettatura completa + scalettatura sintetica”: con realizzazione di due tipi di scaletta sullo stesso programma televisivo: una scaletta completa nella quale viene riportato esattamente ciò che sta andando in onda minuto per minuto e una sintetica nella quale viene indicato solo il cambio di contenuto, ambedue accompagnate dalla relativa classificazione;

c) “scalettatura telegiornali”, avente ad oggetto i soli telegiornali: la peculiarità è data dal fatto che la descrizione sintetica minuto per minuto viene ridotta a un massimo di 3-4 parole (par. 5 del capitolato tecnico, doc. 3 ric.).

In esito allo scrutinio delle offerte tecniche ed economiche presentate dalle imprese partecipanti alla gara, la graduatoria vedeva in un primo momento come vincitrice la Knowmark, seguita dalla C.A.R.E.S. - Cooperativa Analisi e rilevazioni economiche e sociali S.c.r.l. (di seguito semplicemente “Cares”) e, al terzo posto dalla odierna ricorrente Geca Italia S.r.l. (di seguito semplicemente “Geca”).

Tuttavia, svoltosi il sub-procedimento di verifica dell’anomalia a cui venivano sottoposte con esito favorevole sia la prima che la seconda graduata, in data 10 aprile 2017 il RUP comunicava l’esclusione dalla gara della Kowmark per non avere comprovato il possesso del requisito di capacità tecnica prescritto dal bando di gara (vedi doc. 18 ric.). La legittimità dell’esclusione veniva confermata dal TAR Lazio con sentenza di questa Sezione n. 6436 del 31 maggio 2017.

Parte ricorrente sottolinea che, dopo l’esclusione della prima classificata, il seggio di gara, con nota del 20.4.2017 riapriva il subprocedimento di verifica di anomalia nei confronti della Cares, la cui offerta era già stata ritenuta congrua con precedente valutazione, chiedendo alla Cooperativa una precisazione sui costi della commessa, ovvero in che modo fosse presente un utile di impresa (doc. 15 ric.).

La Cares forniva una prima risposta con nota del 26 aprile e una successiva integrazione con nota del giorno successivo (vedi doc. 16 ric.). Il giorno 5.6.2017 si chiudeva il procedimento di verifica dell’anomalia con esito favorevole alla Cares, la cui offerta veniva ritenuta congrua.

Con determinazione del D.G. RAI n. 152 del 13.7.2017 la gara è stata definitivamente aggiudicata alla Cares s.c.r.l..

2. A seguito dell’esame della documentazione di gara, la Geca ha ritenuto di poter individuare quattro distinti motivi di impugnazione a cui affida il presente ricorso e che possono essere così sintenticamente descritti:

1) la valutazione di anomalia dell’offerta di Cares S.c.r.l. e il conseguente provvedimento di aggiudicazione sarebbero viziati perché mancherebbe l’utile di impresa; in realtà la Cares non ha indicato alcun utile di impresa nelle proprie giustificazioni, tale non potendosi qualificare la voce “eventuali costi non previsti” per un importo pari a euro 17.640,00; la Cares, peraltro, nel tentare di giustificare l’inesistente utile, nella nota indirizzata alla S.A. in data 27.4.2017 “tradisce” lo scopo mutualisitco che le è proprio (quale coop. a mutualità prevalente), laddove dichiara il suo obbiettivo di chiudere gli esercizi economici annuali in utile e di svolgere ogni attività lavorativa con la creazione di un margine operativo (doc. 16 ric.); sarebbe peraltro del tutto contradditoria la pretestuosa sovrapposizione tra “utile di impresa” e “costi non previsti”, realtà economicamente del tutto differenti;

2) l’attività di scalettatura proposta da Cares S.c.r.l. non sarebbe sostenibile per i ridotti tempi di esecuzione stimati: la ricorrente descrive gli elementi caratteristici dell’attività di “scalettatura”, la quale comporta che, per ogni minuto di programmazione, si provveda alla rilevazione di numerosi dati in grado di identificare il contenuto trasmesso, momento per momento; con ciò parte ricorrente intende provare che l’attività che la ditta appaltatrice dovrà svolgere è opera articolata che richiede un adeguato arco di tempo lavorativo; viceversa dalle giustificazioni prodotte da Cares (vedi nota del 3.4.2017, doc. 14 ric.) risulta che l’attività di scalettatura verrà svolta soltanto da 4 analisti per 7 ore al giorno, quindi per 28 ore giornaliere e per un tutale annuo di 10.220 ore lavoro. Quest’ultima cifra, rapportata alle 17.000 ore annue di programmazione da lavorare, comporta una media di 36 secondi per ogni minuto di programmazione, tempo da ritenere irragionevole e insufficiente per lo svolgimento di un servizio puntuale e corretto;

3) il costo del personale da impiegare nella commessa sarebbe errato perché si tratterebbe, al contrario di quanto dichiarato dall’aggiudicataria, di un rapporto di lavoro non autonomo ma subordinato, con conseguente e ben diversa incidenza degli oneri previdenziali: parte ricorrente prende atto di quanto previsto dall’art. 3 del Regolamento di Cares (doc. 9 ric.), a mente del quale le prestazioni lavorative dei soci non sono caratterizzate da subordinazione bensì si identificano in prestazioni d’opera ai sensi dell’art. 1, comma 3, della Legge 142/2001, che godono di ampia autonomia e discrezionalità organizzativa; tuttavia si contesta che sono plurimi gli indicatori di subordinazione nell’espletamento del servizio – quali il calendario dei turni di lavoro, le direttive specifiche impartite, il sistema dei controlli sul lavoro svolto, l’utilizzo di strumenti di proprietà dell’appaltatore, la formazione del personale – i quali inducono ad escludere che vi sia realmente prestazione di lavoro autonomo; secondo la ricorrente da ciò si evince che, considerata la reale natura dei rapporti di lavoro che verranno impiegati nell’espletamento della commessa, il costo del lavoro deve essere notevolmente più alto con riguardo, in particolare, agli oneri sociali annuali (aliquota del 33,84% comprensiva dell’Irap) che Cares dovrebbe sostenere nella misura di euro 77.655,36 annui, contro i dichiarati 67.558,33, pari a euro 202.674,98 per il triennio; tale illegittimo risparmio sarebbe stato determinante ai fini dell’aggiudicazione;

4) la procedura seguita per lo svolgimento del sub-procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta non sarebbe corretta perché condotta dal Responsabile del procedimento e non dalla Commissione, mentre l’art. 16 del disciplinare di gara prevedeva il necessario supporto della Commissione.

Si sono costituite per resistere al ricorso RAI S.p.a. e la controinteressata Cares S.c.a.r.l. che hanno depositato le rispettive memorie corredate da documenti, insistendo entrambe per la reiezione del ricorso.

In esito alla camera di consiglio del 14.9.2017, la Sezione ha emesso l’ordinanza n. 4871/2017 con cui è stata sospesa l’efficacia e l’esecutività del provvedimento in quanto “ferma e impregiudicata restando ogni valutazione in rito e in merito, gli effetti potenzialmente irreversibili (e pregiudizievoli per la parte ricorrente) di un eventuale stipula del contratto in oggetto con l’attuale aggiudicataria definitiva - insieme alla considerazione dell’interesse della S.A., a che sia individuata con sicurezza l’affidataria del servizio, in esito alla emananda sentenza di merito di questo TAR – inducono il Collegio alla concessione della misura cautelare richiesta”.

In vista della pubblica udienza di merito tutte le parti costituite si sono scambiate memorie conclusionali e note di replica.

Quindi alla pubblica udienza del 21 febbraio 2018 la causa, dopo la discussione, è stata trattenuta in decisione.

3. Venendo ora all’esame dei motivi di ricorso a partire dal primo, il Collegio osserva in primo luogo che la Cares è società cooperativa a “mutualità prevalente” la quale ha ad oggetto la prestazione lavorativa da parte dei soci. Ad essa si applica quanto previsto dall’art. 3 della Legge n. 142 del 2001 a mente del quale:

*“1. Fermo restando quanto previsto dall'articolo 36 della legge 20 maggio 1970, n. 300, le società cooperative sono tenute a corrispondere al socio lavoratore un trattamento economico complessivo proporzionato alla quantità e qualità del lavoro prestato e comunque non inferiore ai minimi previsti, per prestazioni analoghe, dalla contrattazione collettiva nazionale del settore o della categoria affine, ovvero, per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato, in assenza di contratti o accordi collettivi specifici, ai compensi medi in uso per prestazioni analoghe rese in forma di lavoro autonomo.*

*2. Trattamenti economici ulteriori possono essere deliberati dall'assemblea e possono essere erogati:*

*a) a titolo di maggiorazione retributiva, secondo le modalità stabilite in accordi stipulati ai sensi dell'articolo 2;*

*b) in sede di approvazione del bilancio di esercizio, a titolo di ristorno, in misura non superiore al 30 per cento dei trattamenti retributivi complessivi di cui al comma 1 e alla lettera a), mediante integrazioni delle retribuzioni medesime, mediante aumento gratuito del capitale sociale sottoscritto e versato, in deroga ai limiti stabiliti dall'articolo 24 del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, ratificato, con modificazioni, dalla legge 2 aprile 1951, n. 302, e successive modificazioni, ovvero mediante distribuzione gratuita dei titoli di cui all'articolo 5 della legge 31 gennaio 1992, n. 59”.*

In conformità al proprio scopo mutualistico la Cares è chiamata a fornire lavoro e retribuzione adeguata ai propri lavoratori e calcola i costi di lavoro del personale, non allo scopo di massimizzare l’utile, bensì mirando a retribuzioni anche superiori rispetto ai minimi sindacali di settore, prevedendo un “utile congruo” in grado di coprire, eventualmente, i costi imprevisti (vedi quanto dichiarato dalla Cares nei chiarimenti forniti alla S.A., doc. 13 res.). I predetti profili (emersi negli scambi informativi con la RAI avvenuti in sede di subprocedimento di verifica dell’anomalia, vedi in part. docc. 13 e 14 res.), sono stati ritenuti convincenti dalla S.A. al fine di ritenere congrua l’offerta dell’aggiudicataria.

Con riferimento al nodo centrale costituito dai “costi non previsti” dichiarati in euro 17.640,00 i quali, secondo la ricostruzione critica di parte ricorrente, la Cares avrebbe successivamente riqualificato, contraddittoriamente, in “utile di esercizio” (v. nota indirizzata alla S.A. in data 27.4.2017), “tradendo” così lo scopo mutualistico, il Collegio osserva che la problematica è stata già affrontata con la sentenza di questa Sezione 21 gennaio 2015, n. 987 nella quale, in termini ampiamente sovrapponibili alle censure in esame si è osservato che:*“quanto alla mancanza di un utile d’impresa nell’offerta presentata dalla controinteressata, appare evidente l’infondatezza della censura la quale non si attaglia alla natura di Cooperative sociali e ONLUS delle due compagini costituenti l’ATI aggiudicataria che, per definizione, non operano a scopo di lucro.*

*La (…omissis…), in particolare è una cooperativa sociale ONLUS la quale ai sensi dell’art. 10 del D.Lgs. n. 460 del 1997 opera per esclusivi fini di utilità e solidarietà sociale, con divieto di distribuire, anche in modo indiretto utili e avanzi di gestione e l’obbligo di impiegarli per la realizzazione delle attività istituzionali.*

*In coerenza con tale natura non vi è, per la ONLUS, in quanto ente no-profit la necessità di produzione di utili come per le ordinarie società commerciali aventi come scopo imprescindibile quello della produzione di utili da dividere tra i soci (v. art. 2247 cod. civ.).*

*Deriva da ciò che un utile esiguo o, addirittura, assente non si riflette di per sé in una valutazione negativa sulla congruità dell’offerta, in quanto presentata da soggetto che può operare senza perseguire e conseguire necessariamente utili.*

*L’offerta va piuttosto verificata nel suo complesso, al fine di dimostrare la sua economicità e sostenibilità, in termini di copertura dei costi organizzativi e gestionali da sopportare per l’erogazione del servizio oggetto della gara, non essendo possibile (economicamente, prima ancora che giuridicamente) per nessun organismo economico, pur se non assoggettato allo statuto tipico dell’impresa e/o della società commerciale, svolgere attività a costi tali da sopravanzare la remunerazione dei fattori di produzione, a cominciare dal lavoro che, in servizi come quello all’odierno vaglio, incide per una quota largamente maggioritaria sui costi complessivi (vedi per analoghe considerazioni TAR Toscana, Sez. I., sent. 19.3.2013, n. 425).*

*Entro questo limite, pertanto, non è anomala l’offerta dell’ATI aggiudicataria sotto il profilo della mancata percezione di un utile, avendo la stessa attestato con quanto dedotto in sede di verifica di anomalia, l’integrale copertura dei costi di produzione ed in particolare dei costi per il lavoro complessivamente impiegato.*

*Va detto, invero, che il bilancio costi-corrispettivi dell’appalto in questione non appare a “utile zero” avendo la (omissis) ONLUS dimostrato che sotto la voce “altre spese” del prospetto di cui alla nota del 31.7.2014 (doc. 4 controint.) si indica un importo di Euro 17.118,00 che non rappresenta, in realtà, null’altro se non un “surplus” rispetto ai costi indicati, da utilizzare, secondo gli obblighi di legge gravanti sulle ONLUS, nelle proprie attività istituzionali e nelle iniziative di utilità sociale.*

*Peraltro è condivisibile, in quanto di intuitiva evidenza, la considerazione difensiva svolta dall’aggiudicataria circa la “convenienza” ad assumere un servizio assistenziale così importante e capillare (quale è quello in esame), anche a utile zero, nel settore dell’assistenza scolastica ai disabili uditivi, per una cooperativa sociale che opera proprio in tale settore e che ha tutto l’interesse a porsi in una posizione di primo piano, di collaborazione stabile con la p.A. per le finalità di utilità sociale da essa perseguite”. Anche nella pronuncia del Consiglio di Stato del 13 settembre 2016, n. 3855, si legge che “diversamente da quanto accade per gli enti a scopo di lucro, l'offerta senza utile presentata da un soggetto che tale utile non persegue non è, solo per questo, anomala o inaffidabile in quanto non impedisce il perseguimento efficiente di finalità istituzionali che prescindono da tale vantaggio stricto sensu economico (in tal senso: Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2015, n. 84)”.*

In effetti, anche per la Cares non si può parlare, per le sua natura di cooperativa a mutualità prevalente, di un “utile” in senso tecnico ma di un surplus dei ricavi rispetto ai costi il quale, essenzialmente, è idoneo a dimostrare l’economicità e sostenibilità della gestione del servizio, profilo imprescindibile per qualsiasi forma imprenditoriale. Pertanto, ciò che rileva è che, in sede di sub-procedimento di verifica di anomalia, sia stato appurato che l’importo per “costi non previsti” corrisponde all’eccedenza preventivata tra i costi di esecuzione dell’appalto e quanto ricavato a titolo di corrispettivo, la quale potrà a seconda dei casi andare a coprire costi sopravvenuti oppure essere in tutto o in parte redistribuita tra i soci lavoratori nel rispetto dello spirito mutualistico e dell’art. 3 della legge n. 142 del 2001 sopra trascritto. L’impropria qualificazione dell’importo come utile è in realtà conseguente alla peculiarità della figura soggettiva in esame e comunque non inficia la attendibilità e serietà della proposta contrattuale, essendo stata comprovata l’economicità e sostenibilità della gestione dell’impresa.

Per le ragioni che precedono il primo motivo va respinto.

4. Con riguardo alle deduzioni di cui al secondo motivo, relativo alla sottostima dei tempi di esecuzione del servizio (in rapporto al numero dei lavoratori in esso impegnati), con conseguente sottovalutazione dei costi di impresa, il Collegio ritiene che la censura sia, prima ancora che infondata, inammissibile, stando al consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudizio sull'anomalia delle offerte presentate nelle gare pubbliche di appalto è ampiamente discrezionale e il sindacato va limitato ai casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza. Il vaglio del Giudice amministrativo, infatti, può riguardare le valutazioni della Stazione Appaltante unicamente sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, ma non può consistere in una autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, con conseguente invasione della sfera propria della P.A. (vedi, ex plurimis, Cons. Stato, sez. V, 13 settembre 2016 n. 3855; Cons. Stato, Sez. V, 13 giugno 2016, n. 2524 e Cons. Stato, Ad. plen., 29 novembre 2012, n. 36. In senso analogo - ex multis - Sez. III, 22 gennaio 2016, n. 211; Sez. V, 25 gennaio 2016, n. 242, 21 settembre 2015, n. 4431, 15 giugno 2015, n. 2953, 9 aprile 2015, n. 1813, 16 febbraio 2015, n. 801; Sez. VI, 5 giugno 2015, n. 2770, 26 maggio 2015, n. 2662).

La giustificazione presentata dall’aggiudicataria è stata ritenuta attendibile dalla Commissione di verifica e parte appellante non ha rappresentato censure che possano inficiare tale giudizio sul piano della ragionevolezza, sostenibilità economica e logicità.

In ogni caso la censura è anche infondata nel merito in quanto la resistente è stata in grado di dimostrare che il calcolo di Geca Italia è errato sotto diversi profili. In particolare:

- le risorse indicate da Cares nella propria offerta come concretamente impiegate nell’attività di scalettatura sono in numero di sei e non di quattro come asserito da parte ricorrente e cioè: n. 4 analisti (impiegati per 7 ore al giorno) e n. 2 coordinatori, impiegati per 8 ore al giorno (vedi doc. 14, pag. 3 ric.); questi ultimi, oltre a coordinare il lavoro giornaliero degli analisti, sono anche tenuti, come prima mansione, alla “partecipazione all’attività di scalettatura e inserimento nel data base” (vedi offerta tecnica Cares, doc. 8 ric., pag. 35 e pag. 36); ne consegue l’erroneità del calcolo svolto da Geca che parte da un’assunzione erronea e sottostimata del numero di addetti (e quindi anche delle ore lavoro) destinati alla scalettatura quotidiana;

- in secondo luogo è opinabile la modalità di calcolo dei tempi di lavorazione seguita da parte ricorrente, trattandosi di un “dato” che può dipendere da una serie di variabili costituite da fattori interni alla singola organizzazione aziendale e che possono portare anche ad una notevole riduzione dei tempi di esecuzione (si pensi ad es. a sistemi più evoluti per lo svolgimento dell’attività);

- la stessa complessità del servizio appare sovrastimata dalla Geca, dovendosi considerare i diversi livelli di impegno richiesti dalle scalettature semplici (che sono la maggioranza per un totale di 14.000 ore) rispetto a quelle complete (corrispondenti ad un monte ore di 3.000 ore): le prime richiedono una attività di compilazione assai più rapida in quanto se i contenuti del programma non mutano non c’è necessita di compilare alcunché;

- va inoltre considerato, in base all’“id quod plerumque accidit”, che l’offerta tecnica della Cares contempla una articolata attività di monitoraggio, verifica e controllo degli errori di esecuzione sia su base giornaliera che mensile, il che lascia presumere che, superata la fase di avvio, il servizio verrà reso sempre più efficiente anche sotto il profilo dei tempi.

Le ragioni che precedono inducono senz’altro alla reiezione del secondo motivo.

5. Non merita di essere accolto neanche il terzo motivo, nel quale Geca contesta che Cares avrebbe dovuto essere esclusa in ragione del carattere oggettivamente subordinato del lavoro svolto dai soci lavoratori nella commessa, dell’illegittima qualificazione del loro rapporto come contratto d’opera e dalla conseguente mancata assunzione degli oneri previdenziali connessi a prestazioni lavorative che devono avere il doveroso inquadramento proprio del lavoro subordinato, sulla base di norme imperative.

Invero, l’instaurazione esclusiva di rapporti di lavoro di tipo autonomo o professionale prevista dall’art. 3 del Regolamento interno della Cares non rappresenta di certo un’anomalia ma va ad integrare una fattispecie che trova un preciso e favorevole riscontro nell’art. 3 della Legge n. 142 del 2001 che al comma 3 prevede: *“3. Il socio lavoratore di cooperativa stabilisce con la propria adesione o successivamente all'instaurazione del rapporto associativo un ulteriore rapporto di lavoro, in forma subordinata o autonoma o in qualsiasi altra forma, ivi compresi i rapporti di collaborazione coordinata non occasionale, con cui contribuisce comunque al raggiungimento degli scopi sociali. Dall'instaurazione dei predetti rapporti associativi e di lavoro in qualsiasi forma derivano i relativi effetti di natura fiscale e previdenziale e tutti gli altri effetti giuridici rispettivamente previsti dalla presente legge, nonché, in quanto compatibili con la posizione del socio lavoratore, da altre leggi o da qualsiasi altra fonte”.*

E’ pertanto la legge stessa che consente alla Cooperative di lavoratori di instaurare rapporti di tipo autonomo / professionale con i soci lavoratori, che si vanno a collegare in modo inscindibile con il rapporto associativo, secondo lo schema generale del collegamento negoziale.

La possibilità delle cooperative di ricorrere a forme di lavoro diverse da quello subordinato trova conferma nell’art. 6 della stessa Legge n. 142/2001, laddove si prevede che il regolamento interno, che la Cooperativa di lavoro è tenuta ad adottare, descriva, vicino agli altri contenuti previsti dalla norma: *“….; b) le modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative da parte dei soci, in relazione all'organizzazione aziendale della cooperativa e ai profili professionali dei soci stessi, anche nei casi di tipologie diverse da quella del lavoro subordinato; c) il richiamo espresso alle normative di legge vigenti per i rapporti di lavoro diversi da quello subordinato;…”.*

Pertanto, con la norma interna adottata e con l’instaurazione di rapporti di tipo non subordinato, la Cares non ha fatto altro che avvalersi legittimamente di una facoltà riconosciutale dalla legge che considera il ricorso a tipologie di lavoro diverse da quello subordinato (come il contratto d’opera o il rapporto parasubordinato) pienamente compatibile con l’organizzazione aziendale della cooperativa.

In secondo luogo va anche rilevato che nessuno degli indicatori di presunta subordinazione allegati da parte ricorrente (vedi pag. 11 ric.) costituiscono indici certi di lavoro subordinato, trattandosi – più che di elementi caratteristici dei rapporti lavorativi dei singoli soci impiegati nella commessa - di connotazioni afferenti alle modalità di organizzazione del servizio dedotto in contratto, per la realizzazione del quale non sarebbe possibile evitare il ricorso a forme di coordinamento, di controllo della qualità, di turnazione del lavoro settimanale, di formazione dei soci lavoratori ecc. senza che ciò si riveli in alcun modo incompatibile con il lavoro autonomo (e comunque non subordinato).

Gli stessi “richiami” in caso di carenze o errori individuali degli analisti coinvolti (vedi pag. 25 dell’offerta economica Cares), lungi dall’essere espressione di un potere disciplinare/gerarchico, mirano a rendere più efficiente ed ottimale il servizio di scalettatura come richiesto dalla RAI.

In ogni caso le prestazioni sono riferibili all’oggetto sociale e allo scopo proprio della Cooperativa di lavoro e sono svolte in adempimento del contratto sociale mutualistico. Peraltro sia lo Statuto che il Regolamento interno (vedi in particolare l’art. 9 di quest’ultimo) assicurano a tutti i soci, ivi compresi ovviamente quelli coinvolti nel servizio per cui è causa, i diritti e gli obblighi dei soci lavoratori ai quali è assicurata la piena partecipazione alla vita sociale.

Ne consegue che parte ricorrente non ha dimostrato la natura subordinata del rapporto lavorativo che vincolerebbe i soci lavoratori alla Cooperativa né ha provato che la tipologia di attività che gli stessi dovranno svolgere nell’esecuzione dell’appalto sia incompatibile con una tipologia di lavoro priva della subordinazione.

Va infine rilevato che il tipo di controllo demandato al seggio di gara in sede di verifica della congruità dell’offerta non sembra potersi spingere fino al punto di potere/dovere riqualificare il rapporto giuslavoristico e di applicare un regime giuridico alle prestazioni dei lavoratori impiegati, diverso rispetto a quello derivante dalle scelte aziendali di inquadramento del personale compiute dall’impresa.

Invero la verifica ex art. 97 d.lgs. n. 50 del 2016 è di tipo tecnico-economico, in quanto diretta ad accertare la sostenibilità del prezzo proposto, principalmente in rapporto ai costi aziendali (ivi compresi, ovviamente, quelli del fattore-lavoro). Non compete invece alla Commissione di verifica - una volta ritenute adeguate e accolte le spiegazioni sui prezzi e/o sui costi proposti nelle offerte (che, ad un primo esame, siano apparse anormalmente basse alla luce di uno dei criteri di cui al comma 2 dell’art. 97 cit.) - di spingersi a sindacare le scelte di merito compiute dall’impresa sul piano dell’organizzazione aziendale e del lavoro, svolgendo un sindacato che, nel caso di specie, sarebbe sovrapponibile, oggettivamente, a quello riservato dal Giudice del lavoro.

Per tutte le ragioni che precedono anche il terzo motivo va respinto, in quanto infondato.

6. Quanto alla doglianza (quarto ed ultimo motivo) relativa al fatto che la verifica dell’anomalia dell’offerta sia stata illegittimamente svolta dal solo RUP e non dalla Commissione, il Collegio rileva che la censura ha in realtà mera valenza formale-procedurale dal momento che non si allega nulla, da parte di Geca, per tentare di provare che dal supposto vizio di procedura sia dipeso l’esito della verifica e che tale esito sarebbe stato diverso in assenza del vizio stesso. Peraltro nel sub-procedimento di verifica dell’anomalia la Commissione aveva soltanto un ruolo di supporto al RUP, che era il vero organo chiamato a provvedere, come chiaramente si evince dall’art. 16 del disciplinare di gara.

Il motivo non appare pertanto meritevole di accoglimento.

7. Conclusivamente il ricorso di Geca Italia S.r.l. è infondato e va respinto.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna Geca Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., alla refusione degli onorari di causa che liquida:

in euro 3.000,00 (tremila/00) in favore della RAI – Radiotelevisione Italiana S.p.a.;

in euro 2.000,00 (duemila/00) in favore di C.A.R.E.S. Cooperativa analisi e rilevazioni economiche e sociali s.c.r.l.; con pagamento in favore di entrambe dell’Iva, della Cassa Avvocati e di ogni ulteriore onere di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Gabriella De Michele, Presidente

Vincenzo Blanda, Consigliere

Claudio Vallorani, Referendario, Estensore

N. 04039/2018REG.PROV.COLL.
N. 08631/2017 REG.RIC.

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

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 8631 del 2017, proposto da:
Ecologia Falzarano S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Saverio Marini e Valerio Di Stasio, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Saverio Marini in Roma, via di Villa Sacchetti 9.

contro

Comune di Brindisi, non costituito in giudizio;
Istituto Nazionale di Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante pro-tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonino Sgroi, Lelio Maritato, Carla D'Aloisio, Emanuele De Rose, Giuseppe Matano, Ester Sciplino, con domicilio eletto presso lo studio Antonino Sgroi in Roma, via Cesare Beccaria 29.
Inail, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giandomenico Catalano e Lorella Frascona', con domicilio eletto presso lo studio Giandomenico Catalano in Roma, via IV Novembre 144.

per la riforma della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE, SEZ. III, n. 1682/2017, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Istituto Nazionale di Previdenza Sociale e dell’Inail;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 marzo 2018 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Francesco Saverio Marini, Giandomenico Catalano, Carla D'Aloisio;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.Con la sentenza impugnata il Tar per la Puglia - Lecce, sezione terza, ha respinto il ricorso proposto dalla società Ecologia Falzarano S.r.l., per l’annullamento della determinazione n. 49 del 3 maggio 2017, con cui il Dirigente del Servizio “Ufficio Contratti” del Comune di Brindisi ha revocato l’aggiudicazione in favore della società (disposta con determinazione dirigenziale n. 4 del 20 gennaio 2017) ed ha escluso quest’ultima dalla procedura di gara ponte, di durata biennale, per l’affidamento del “Servizio di raccolta e trasporti dei rifiuti solidi e urbani e rifiuti assimilabili da avviare a smaltimento/recupero, raccolta differenziata e di ulteriori servizi accessori per la tutela dell’ambiente”.

1.1. La ricorrente aveva chiesto l’annullamento altresì di ogni atto presupposto, connesso e conseguente, e, in particolare, del provvedimento di incameramento della cauzione e della nota di segnalazione all’ANAC, nonché della determina sindacale prot. n. 111839 del 30 dicembre 2016 di conferimento di incarichi di direzione e gestione delle strutture dell’ente.

1.2. Ancora, aveva chiesto l’annullamento e, comunque, l’accertamento dell’illegittimità/irregolarità del DURC richiesto in data 29 marzo 2017, ai fini della stipula del contratto, ed emesso in data 27 aprile 2017, prot. INAIL 6977664, attestante la non regolarità della società Ecologia Falzarano s.r.l. per omessi versamenti nei confronti dell’I.N.P.S. (per l’importo di € 4.062.654,80), assunto a presupposto del provvedimento di revoca dell’aggiudicazione e di esclusione dalla procedura di gara.

2. In giudizio si erano costituiti il Comune di Brindisi, contestando in toto le avverse pretese e chiedendo il rigetto del gravame, e l’I.N.A.I.L., rilevando l’estraneità dell’Istituto in merito alle contestazioni della ricorrente.

Non aveva resistito l’I.N.P.S.

3. Il Tribunale ha respinto le tre censure mosse all’operato dell’amministrazione aggiudicatrice, compensando le spese di lite, per l’assoluta novità di alcune delle questioni trattate.

4. La società Ecologia Falzarano S.r.l. ha proposto appello per ottenere la riforma di questa sentenza.

4.1. L’I.N.P.S. e l’I.N.A.I.L. si sono costituiti per resistere al gravame, depositando memorie.

Non si è costituito il Comune di Brindisi.

4.2. L’appellante ha depositato memoria e l’I.N.P.S. memoria di replica in vista della pubblica udienza del 29 marzo 2018, all’esito della quale la causa è stata trattenuta in decisione.

5. Occorre premettere in punto di fatto che: il bando di gara, indetta con determina dirigenziale del 29 novembre 2016, è stato pubblicato il 1° dicembre 2016; la società ha presentato domanda di partecipazione il 5 gennaio 2017; nessun altra offerta è pervenuta nel termine fissato dal bando; l’aggiudicazione è stata disposta con determina dirigenziale n. 4 del 20 gennaio 2017; con la successiva determina dirigenziale n. 49 del 3 maggio 2017, poi impugnata, a firma dell’avv. Francesco Trane, Responsabile dell’Ufficio Affari Legali del Comune di Brindisi, è stata disposta la revoca dell’aggiudicazione, con definitiva esclusione della società dalla gara, per emissione di DURC irregolare nei confronti dell’appellante; la motivazione del provvedimento di revoca è la seguente: <<In data 27/04/2017 è stato emesso il Documento Unico di Regolarità Contributiva (D.U.R.C.), richiesto in data 29/03/2017 ai fini della stipula del contratto, il quale attesta la “non regolarità” della posizione della società Ecologia Falzarano srl per irregolare versamento di contributi ed accessori per l’importo di € 4.062.654,80 nei confronti dell’INPS>>; la società, in possesso di DURC regolare al momento di presentazione della domanda di partecipazione alla gara ed al momento dell’aggiudicazione, ha ricevuto la notificazione da parte dell’INPS del preavviso di DURC negativo in data 30 marzo 2017, con nota riscontrata in data 1 aprile 2017; presentata istanza di rateizzazione, l’INPS ha rilasciato nuovamente DURC regolare con periodo di validità 27 aprile 2017 – 25 agosto 2017.

6. Col primo motivo (Illegittimità della sentenza impugnata per violazione degli articoli 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 e 8 del Decreto del Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali 30 gennaio 2015) si ripropone il motivo del ricorso introduttivo, relativo all’interpretazione da darsi al testo dell’art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 (applicabile ratione temporis), laddove prevedeva, prima della correzione apportata col d.lgs. n. 56 del 2017, che <<costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC) di cui all’art. 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015>>. Con il decreto correttivo del 2017 è stato soppresso il riferimento all’art. 8, ed il rinvio risulta fatto all’intero testo del decreto ministeriale.

La società qui appellante ha sostenuto che, non avendo commesso alcuno degli illeciti previsti dall’art. 8 del D.M. 30 gennaio 2015 (vale a dire nessuna delle violazioni individuate nell’allegato A del decreto, integranti gravi illeciti, anche di rilevanza penale in materia di condizioni di lavoro) -circostanza incontestata- l’irregolarità contributiva nella quale è incorsa non sarebbe stata rilevante ai fini dell’esclusione dalla gara.

6.1. Il giudice di primo grado ha respinto la censura, ritenendo che <<il testo originario dell’art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016 sia stato meramente rettificato (e non, invece, innovato), in parte qua, dall’art. 49, comma 1, lett. “d” del D.Lgs. 19 aprile 2017 n. 56, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 5 maggio 2017, n. 103, S.O. […]: pertanto, anche anteriormente all’intervento del primo correttivo del Codice degli Appalti, il riferimento al solo “art. 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015” (di contenuto non coincidente con il previgente art. 8 del Decreto Ministeriale 24 ottobre 2007 […]) sia frutto di un evidente refuso normativo, prontamente (e doverosamente) colmato dal Legislatore medesimo con il corretto richiamo all’intero (vigente) D.M. del 30 gennaio 2015>>.

6.2. L’appellante sostiene che il Tar avrebbe disapplicato una puntuale disposizione di legge, alla quale si sarebbe dovuto attenere in ossequio al principio di legalità, per effetto del quale non è consentito al giudice disapplicare la norma, ma solo procedere, se del caso, a sollevare una questione di legittimità costituzionale della medesima davanti alla Corte costituzionale.

Aggiunge che, nel caso di specie, il rinvio fisso operato dall’art. 80, comma 4, all’art. 8 del D.M. del 2015 non si sarebbe prestato ad alcuna interpretazione estensiva o adeguatrice, in quanto veniva in rilievo una norma recante un elenco puntuale e dettagliato di fattispecie illecite; che la sentenza sarebbe errata anche laddove ha affermato che il d.lgs. n. 56 del 2017 avrebbe “meramente rettificato” e non innovato la norma; che così non sarebbe perché, fermo restando che il presente appalto è soggetto alla disciplina previgente, il d.lgs. del 2017 non ha effetto retroattivo e non ha introdotto alcun regime transitorio; che, d’altronde, una “rettifica” con effetto retroattivo sarebbe ammessa, nel nostro ordinamento, solo in presenza di uno specifico “erratum” o di un’interpretazione autentica posta in essere dal legislatore secondo le dovute formalità di legge, mentre il d.lgs. n. 56 del 2017 disporrebbe solo pro futuro.

7. Il motivo è infondato.

Già l’art. 38 (Requisiti di ordine generale) del d.lgs. n. 163 del 2006 prevedeva, al comma 1, che <<Sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, forniture e servizi, né possono essere affidatari di subappalti, e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti: … i) che hanno commesso gravi violazioni, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, secondo la legislazione italiana o dello Stato in cui sono stabiliti…>>; al comma 2, che <<Ai fini del comma 1, lett. i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all’art.2, comma 2, del decreto legge 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 novembre 2002, n. 266 >>.

L’interpretazione della norma, nei termini riportati nella sentenza impugnata e riconosciuti anche dall’appellante, non escludeva dal suo ambito di applicazione alcun tipo di violazione alle norme in materia di contributi previdenziali, rilevando il dato oggettivo del mancato rilascio di DURC regolare.

La disciplina si completava con le previsioni del decreto del Ministero del Lavoro 24 ottobre 2007, il quale all’art. 8 prevedeva, tra le cause non ostative al rilascio del DURC, per la sola ipotesi di partecipazione a gare di appalto, lo scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate inferiore o pari al 5% (con riferimento a ciascun periodo di paga o di contribuzione) o, comunque, uno scostamento inferiore a 100 Euro, fermo restando l’obbligo del versamento entro trenta giorni dal rilascio del documento.

7.1. L’interpretazione strettamente letterale della disposizione sopravvenuta di cui all’art. 80, comma 4, penultimo inciso (sopra testualmente riportato), del d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 comporterebbe pertanto l’attribuzione al legislatore di una chiara volontà di innovare rispetto al passato, restringendo significativamente le cause di esclusione per irregolarità contributiva, addirittura limitandole a quelle previste dall’art. 8 del D.M. 30 gennaio 2015.

Quest’ultimo decreto ministeriale ha abrogato la disciplina generale contenuta nel citato D.M. 24 ottobre 2007 ed, in attuazione di quanto previsto dall’art. 4 (Semplificazioni in materia di documento di regolarità contributiva) del d.l. 20 marzo 2014, n. 34, convertito con modificazioni dalla legge 16 maggio 2014, n. 78, ha introdotto la normativa di dettaglio in punto di requisiti di regolarità, contenuti e modalità della verifica di regolarità contributiva da parte dei soggetti abilitati.

L’art. 8 del D.M. 30 gennaio 2015 non si riferisce alla regolarità dei pagamenti ai fini del rilascio del DURC (c.d. regolarità contributiva in senso stretto); esso, disciplina le cause ostative alla regolarità contributiva, ai (differenti) << fini del godimento di benefici normativi e contributivi>>, quindi in ambito diverso da quello proprio delle gare di appalto; tali cause consistono negli illeciti penali o amministrativi elencati nella tabella allegata al decreto e riguardano le violazioni di natura previdenziale e la tutela delle condizioni di lavoro (omicidio e lesioni in violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni, rimozione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro, violazione di norme sulle condizioni dei lavoratori stranieri, violazioni in materia di orario di lavoro e così via).

Orbene, oltre al fatto che tali illeciti sono autonomamente rilevanti come causa di esclusione ai sensi dello stesso art. 80, comma 5, lett. a) o lett. c), l’insostenibilità dell’interpretazione auspicata dall’appellante si desume dal raffronto tra il citato art. 8 e lo stesso quarto comma dell’art. 80, primo inciso, laddove contempla l’esclusione dalla gara dell’operatore economico che abbia commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, <<rispetto agli obblighi relativi al pagamento … dei contributi previdenziali>>. Il testo di legge è chiarissimo nel riferire la causa escludente alla violazione che riguarda, appunto, i mancati pagamenti che, di per sé, ostano al rilascio del DURC regolare.

Coerente con questa interpretazione è l’art. 3 del D.M. 30 gennaio 2015, che disciplina i requisiti di regolarità contributiva che rilevano ai fini dell’insussistenza delle gravi violazioni in materia contributiva ai sensi dell’art. 80 del codice dei contratti pubblici (implicitamente richiamato dall’art. 2, comma 2, lett. b, dello stesso D.M.), espressamente prevedendo che la verifica della regolarità in tempo reale riguarda <<i pagamenti dovuti dall’impresa>e che la regolarità sussiste, oltre che nei casi di rateizzazione, sospensione e compensazione di cui al secondo comma, in presenza di uno scostamento non grave tra le somme dovute e quelle versate, con riferimento a ciascun istituto previdenziale ed a ciascuna cassa edile; a differenza di quanto previsto nella norma corrispondente del D.M. 24 ottobre 2007 (che consentiva lo scostamento del 5%), attualmente è consentito soltanto lo scostamento pari od inferiore ad € 150,00.

Pertanto, lo specifico rinvio al solo art. 8 del D.M. 30 gennaio 2015 risulta essere, come già ritenuto dal giudice di primo grado, un mero refuso del legislatore, superabile alla stregua dell’interpretazione sistematica sia dell’intero testo dell’art. 80, quarto comma, sia di tale disposizione in coordinamento con la disciplina di dettaglio dell’intero decreto ministeriale.

7.3. Questa conclusione è consequenziale a quanto disposto dall’art. 57, secondo paragrafo, della direttiva 2014/24/UE, che, pur prevedendo la possibilità di deroghe (sulle quali si tornerà trattando del secondo motivo di appello), tuttavia chiaramente presuppone che la violazione grave ostativa alla partecipazione alle gare sia conseguenza del mancato pagamento di contributi previdenziali, previsti dalle legislazioni di riferimento.

Sul punto, nessuna portata innovativa ha la direttiva del 2014, rispetto alla direttiva n. 18 del 2004, sicché, a maggior ragione, nessuna portata innovativa va attribuita all’art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 rispetto al previgente art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006.

7.4. Se le violazioni contributive rilevanti per il codice dei contratti pubblici, a fini escludenti, dovessero essere limitate a quelle <<di cui all’art. 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015>>, in forza del rinvio fisso sul quale si appunta la censura dell’appellante, si arriverebbe alla conseguenza che potrebbero essere ammesse a partecipare alle gare pubbliche imprese prive di DURC regolare, ai sensi dello stesso D.M., con violazione dei principi della direttiva e delle norme costituzionali.

Il testo dell’art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016 consente, tuttavia, un’interpretazione conforme ai detti principi e costituzionalmente orientata: infatti, la chiara previsione di cui al primo inciso importa che rilevino comunque -fatta salva la deroga dell’ultimo inciso- le violazioni gravi, definitivamente accertate, consistenti nell’omesso pagamento dei contributi; la previsione dello stesso penultimo inciso importa, a sua volta, che siano qualificabili “gravi” tutte quelle “ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC)”, senza che possa essere attribuita portata normativa alcuna al richiamo dell’art. 8, che, in quanto riguardante altra fattispecie, è frutto di mero refuso.

7.5. La correzione apportata dall’art. 49, comma 1, lett. d) del d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56 conferma questa conclusione.

Contrariamente a quanto assume l’appellante, il d.lgv. n. 56 del 2017 non ha contenuto esclusivamente innovativo o correttivo del contenuto “sostanziale” del d.lgs. n. 50 del 2016, né la funzione di mera correzione degli errori materiali sarebbe stata interamente assolta dall’avviso di rettifica pubblicato sulla G.U. del 15 luglio 2016.

Non vi è dubbio che tale precedente intervento -avente ad oggetto un elevato numero di norme del nuovo codice dei contratti pubblici, interessate da correzioni formali, tra cui anche errati riferimenti normativi esterni- sia servito a porre rimedio ad una serie di errori materiali ed omissioni, secondo quanto disposto dagli artt. 8, d.P.R. n. 1092 del 1985 (recante il t.u. delle disposizioni sulla promulgazione e pubblicazione delle leggi), e 14 e 18, d.P.R. n. 217 del 1986 (recante il regolamento di esecuzione del medesimo t.u.).

Tuttavia, l’art. 1, comma 8, della legge delega n. 11 del 2016 ha previsto che entro un anno dalla data di entrata in vigore del codice, il Governo avrebbe potuto adottare disposizioni integrative e correttive nel rispetto dei princìpi e criteri direttivi e della procedura dettati dalla delega per il codice.

A distanza di un anno dall’adozione del citato decreto legislativo n. 50 del 2016, il Governo ha deciso di avvalersi di tale facoltà, approvando il decreto legislativo recante disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Come sottolineato nel parere reso dal Consiglio di Stato, Comm. speciale, 30 marzo 2017, n. 782 (reso in riferimento all’affare n. 432/2017), lo strumento del decreto legislativo “correttivo”, non previsto nell’art. 76 Cost., ma riconosciuto nella più recente prassi costituzionale, pone la ben diversa questione dei suoi limiti, rispetto alla possibile violazione del termine di scadenza della delega. La lettura conforme a Costituzione impone che siano <<consentite, appunto, “integrazioni e correzioni” (anche rilevanti), a seguito di una periodo di “sperimentazione applicativa”, riguardanti le parti di delega già esercitate, ma non un esercizio tardivo, per la prima volta, della delega>>, né una sorta di “nuova riforma”, che modifichi le scelte di fondo già realizzate.

Al contrario, seppure è vero che il decreto delegato correttivo non sia strumento tipicamente destinato a contenere correzioni di errori materiali, è pur indubitabile che possa provvedere anche a correggere refusi o mere omissioni ed, ove la correzione sia contenuta nel decreto legislativo piuttosto che in un avviso di rettifica, ai sensi delle disposizioni su citate, non si può concludere -come pretende l’appellante- che essa valga soltanto per il futuro. Ed invero, ciò che caratterizza la portata, innovativa o meno, dell’intervento normativo, non è tanto lo strumento col quale il legislatore interviene, quanto la tipologia dell’integrazione o della correzione.

Nel citato parere reso sullo schema del decreto legislativo correttivo del codice degli appalti si è evidenziato come gli interventi correttivi ed integrativi richiesti dal decreto legislativo n. 50 del 2016 possono essere classificati in quattro categorie principali, una delle quali dovuta al fatto che <<il codice presenta, ad una analisi complessiva, numerosi refusi ed errori, che sembrerebbero prima facie meramente materiali, spesso imputabili ai tempi ristretti di confezionamento del codice.

Molti di questi errori, oltre 180, sono stati già corretti con il già citato avviso di rettifica pubblicato nel luglio 2016.

Molti altri ne restano, e la circostanza che si tratti spesso di refusi o errori materiali, non rende meno impellente l’esigenza di correzione, atteso che essi sono, comunque, fonte di incertezze e di dubbi applicativi. […]>>.

Rientra appunto in questa tipologia di correzioni indispensabili (rimozione di errori materiali e refusi), anche la correzione apportata all’art. 80, comma 4, qui in contestazione.

In conclusione, va affermato che l’art. 80, comma 4, penultimo inciso, del d.lgs. n. 50 del 2016, anche nel periodo di vigenza del testo originario, precedente l’intervento correttivo del 2017, deve essere inteso nel senso che <<Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC) di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015>>, valendo anche per il passato la correzione così apportata col d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

8. Col secondo motivo (Illegittimità della sentenza impugnata per violazione dell’art. 80, commi 4 e 6, del d.lgs. n. 50 del 2016, nonché dell’art. 57 della Direttiva 2014/24. Lesione del principio della par condicio) si ripropone il motivo del ricorso introduttivo, relativo all’interpretazione da darsi al testo dell’art. 80, comma 4, ultimo inciso, del d.lgs. n. 50 del 2016 (rimasto inalterato dopo l’entrata in vigore del d.lgs. n. 56 del 2017), che è formulato nei seguenti termini: <<Il presente comma non si applica quando l’operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi e multe, purché il pagamento o l’impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande>>.

La società qui appellante ha sostenuto, già col ricorso introduttivo, che -essendo in possesso di DURC valido sia alla scadenza del termine per la presentazione della domanda sia alla data del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ed avendo regolarizzato la propria posizione prima della stipula del contratto di appalto, mediante richiesta di rateizzazione e pagamento dei debiti contributivi- non avrebbe potuto essere destinataria del provvedimento di revoca dell’aggiudicazione e di esclusione dalla gara, poiché il testo attualmente vigente dell’art. 80, comma 4, ultimo inciso, su riportato, consentirebbe, a differenza del passato, la regolarizzazione della posizione previdenziale in corso di procedura.

8.1. Il giudice di primo grado ha respinto la censura, richiamando la giurisprudenza formatasi sull’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, secondo la quale l’impresa deve conservare la regolarità contributiva per tutto lo svolgimento della procedura (Cons. Stato, Ad. Plen., 4 maggio 2012, n. 8), senza soluzione di continuità (Cons. Stato, V, 31 agosto 2015, n. 4043), sicché restano irrilevanti eventuali adempimenti tardivi dell’obbligazione contributiva (Cons. Stato, V, 29 maggio 2017, n. 2529), anche dopo l’entrata in vigore dell’art. 31 (Semplificazioni in materia di DURC), comma 8, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69 (Disposizioni urgenti per il rilancio dell’economia), convertito con modificazioni dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 sull’invito alla regolarizzazione (Cons. Stato, n. 2529/2017 cit.; Cons. Stato, Ad. Plen., 29 febbraio 2016, n. 5 e n. 6 e id., 25 maggio 2016, n. 10).

Il Tar ha ritenuto che alle medesime conclusioni si debba pervenire, salvo che per tassative ipotesi derogatorie (che confermerebbero, con la previsione dell’eccezione, la permanenza della regola generale), anche con riferimento alla <<corrispondente disposizione di cui all’art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50/2016, considerato, essenzialmente, che la continuità del possesso del requisito della regolarità contributiva (e la conseguente irrilevanza della c.d. “regolarizzazione postuma”) si pone in linea con alcuni principi fondamentali che governano le procedure di gara, e cioè quello di parità di trattamento e di autoresponsabilità>>.

8.1.1. Il Tribunale amministrativo ha qualificato l’inciso finale dell’art. 80, comma 4, come <<norma eccezionale (e derogatoria rispetto alla su esposta … regola generale della permanenza, senza soluzione di continuità, del requisito della regolarità contributiva, riferita al “pagamento … dei contributi previdenziali”, durante l’intero corso della procedura di affidamento delle commesse pubbliche) e … di stretta interpretazione …>>. Ha quindi interpretato la disposizione come volta ad impedire unicamente l’esclusione dalla gara dell’impresa partecipante che, entro il termine perentorio previsto, ha pagato ovvero si è obbligata, in maniera vincolante, a pagare il debito, ma non applicabile alla diversa fattispecie, come quella in esame, dell’irregolarità contributiva sopravvenuta alla scadenza del termine per la presentazione delle domande e fino alla stipula del contratto.

8.1.2. Con la sentenza si è ritenuto che questa interpretazione trovi conferma nel disposto del successivo comma 6 del medesimo art. 80, che richiede, quale principio generale, la permanenza dei requisiti ivi indicati nel corso dell’intera procedura di gara.

8.1.3. Infine, si è escluso che possa condurre a diversa conclusione l’art. 30, comma 5, del d.lgs. n. 50 del 2016, trattandosi di norma pertinente alla fase di esecuzione del contratto.

8.2. L’appellante censura le affermazioni che sorreggono la su riportata decisione di rigetto (tranne l’ultima, riferita all’art. 30), osservando che:

- l’art. 80, comma 4, consentirebbe la regolarizzazione della posizione contributiva, ove l’irregolarità emerga per la prima volta in corso di procedura ed il comma 6 non impedirebbe l’operatività della deroga anche in corso di gara per il caso in cui il concorrente abbia regolarmente pagato o si sia impegnato in maniera vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali contestati;

- la possibilità di regolarizzazione si dovrebbe desumere, prima ancora che dal codice degli appalti, dall’art. 57 della direttiva n. 2014/24, che prevede che l’operatore economico che si trovi in una situazione che ne potrebbe comportare l’esclusione dalla gara <<può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l’esistenza di un pertinente motivo di esclusione>ed inoltre equiparerebbe l’impegno assunto dal concorrente per l’estinzione del debito contributivo al suo integrale pagamento;

- l’interpretazione sostenuta dall’appellante verrebbe confermata dal confronto tra la direttiva 2004/18, che nulla prevedeva, e la direttiva 2014/24, che invece prevede che l’irregolarità contributiva non rileva ai fini dell’esclusione <<quando l’operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe>>, quale che sia il momento in cui tale impegno viene formalizzato;

- anche il parere n. 1063 del 19 ottobre 2016 delle Sezioni Unite del Consiglio di Giustizia Amministrativa della Regione Sicilia confermerebbe la fondatezza dell’appello;

- la sentenza sarebbe errata laddove ha escluso la possibilità di regolarizzazione nel caso di irregolarità contributiva sopravvenuta “non imputabile all’impresa”, come sarebbe nel caso in cui l’irregolarità del DURC venga notificata dopo la scadenza del termine per la presentazione della domanda di partecipazione alla gara;

- l’impossibilità della regolarizzazione sarebbe contraria ai principi fondamentali che governano le procedure di gara, richiamati dallo stesso Tar, cioè i principi di parità di trattamento e di autoresponsabilità, nonché illegittima per violazione dell’art. 57, paragrafo 3, della direttiva 2014/24.

9. Il motivo è infondato.

I commi 4, ultimo inciso, e 6 dell’art. 80 del d.lgs. n. 50 del 2016 vanno interpretati nel senso che il requisito della regolarità contributiva deve sussistere al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda e deve permanere per tutta la durata della procedura selettiva.

La novità rispetto alle corrispondenti previsioni dell’art. 38, commi 1, lett. i) e comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006 è costituita da una maggiore ampiezza riconosciuta alla nozione di regolarità contributiva, dovendosi intendere per tale non solo l’avvenuto pagamento dei contributi previdenziali dovuti, ma anche la formalizzazione dell’impegno al pagamento, purché intervenuti prima della scadenza del detto termine.

In sintesi, la norma attuale consente la partecipazione alla gara all’operatore economico che, al momento della scadenza del termine per la presentazione della domanda, pur non in regola con gli obblighi contributivi e pur raggiunto da un c.d. preavviso di DURC negativo (cioè dall’invito alla regolarizzazione già previsto dall’art. 31, comma 8, del d.l. 21 giugno 2013, n. 69, convertito nella legge n. 98 del 2013; oggi previsto dall’art. 4 del D.M. 30 giugno 2015), provveda tempestivamente a regolarizzare la propria posizione contributiva, eventualmente anche mediante richiesta di rateizzazione, sempre che la formalizzazione dell’impegno a sanare intervenga prima del termine di scadenza per la presentazione della domanda.

9.1. La disposizione dell’art. 80, comma 4, viene ad incidere sulla giurisprudenza amministrativa formatasi nel vigore dell’art. 38 del d.lgs. n. 163 del 2006, ma non nei termini pretesi dall’appellante.

Le diverse decisioni in materia, alcune delle quali citate nella sentenza qui impugnata, hanno infatti affermato l’irrilevanza della regolarizzazione postuma della posizione previdenziale, imponendo all’impresa di essere in regola col pagamento dei contributi previdenziali ed assistenziali sin dal momento di presentazione dell’offerta e di conservare tale stato per tutta la durata della procedura di aggiudicazione.

In particolare, il principio di diritto affermato nelle sentenze nn. 5 e 6 del 29 febbraio 2016 dell’Adunanza Plenaria, e confermato con la sentenza della stessa Adunanza Plenaria n. 10 del 25 maggio 2016, è il seguente: <<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>>.

Questo principio risulta superato solo in parte dall’art. 80, comma 4, d.lgs. n. 50 del 2016.

L’ultimo inciso consente infatti all’impresa che intenda partecipare alla gara di aderire all’invito alla regolarizzazione fino al momento di presentazione dell’offerta, potendo perciò autocertificare il possesso del requisito a tale momento anche se non abbia ancora pagato le somme dovute agli enti di previdenza ed assistenza, ma si sia formalmente impegnata al pagamento.

Non vi è invece alcun dato letterale né sistematico che legittimi l’interpretazione della norma sostenuta dall’appellante, nel senso che essa consenta anche l’adempimento tardivo o l’impegno all’adempimento tardivo, qualora l’invito alla regolarizzazione (c.d. preavviso di DURC negativo) intervenga nel corso della procedura.

Per tale eventualità, il Collegio ritiene che debba essere ribadito il principio di diritto espresso dall’Adunanza Plenaria nelle sentenze citate, e confermato anche da decisioni del Consiglio di Stato successive (tra cui cfr. Cons. Stato, V, 5 maggio 2017, n. 2041; id., V, 29 maggio 2017, n. 2529; id., VI, 15 settembre 2017, n. 4349), nel senso che, anche qualora l’operatore economico fosse in possesso di DURC regolare al momento della presentazione della domanda, deve essere escluso se, nel corso della procedura, emerga una situazione di irregolarità contributiva, ostativa al rilascio del DURC, pur se sia ancora in tempo per provvedere alla regolarizzazione e vi provveda tempestivamente ai sensi del D.M. 30 gennaio 2015.

9.2. Questa lettura rigorosa va confermata, oltre che per la menzionata esplicita previsione del termine di cui all’ultimo inciso dell’art. 80, comma 4, anche per il disposto dello stesso art. 80, comma 6. La disposizione (<<Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l’operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5>>) non consente di distinguere tra omissioni di pagamenti di contributi precedenti o sopravvenute all’inizio della procedura; né consente di distinguere, ai fini dell’emissione del provvedimento di esclusione, i diversi momenti della procedura di gara, imponendo perciò l’esclusione anche dopo l’aggiudicazione e prima della stipula del contratto di appalto, come accaduto nella specie.

D’altra parte, il rinvio integrale al quarto comma che, come detto, attribuisce espressamente rilevanza alla scadenza del termine per la presentazione della domanda, impone di leggere in combinato disposto i due comma dello stesso articolo, dovendosi perciò affermare che si trova nella situazione di cui al comma 4, ai sensi del comma 6, l’operatore economico che non abbia pagato o non si sia impegnato a pagare “prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande”.

9.3. Né si può sostenere, come pure fa l’appellante, che a diversa conclusione si dovrebbe pervenire quanto meno <<nei casi in cui la mancata tempestiva assunzione dell’impegno a pagare entro il termine di scadenza della domanda di partecipazione alla gara non sia dipesa da una negligenza dell’operatore, ma solo dal fatto che l’irregolarità del DURC gli sia stata notificata dopo la suddetta scadenza>e, come accaduto nel caso di specie, il concorrente si sia immediatamente attivato regolarizzando la propria posizione prima della conclusione della gara.

Non risultano pertinenti i rilievi dell’appellante riguardanti la buona o mala fede nell’attivazione della procedura di regolarizzazione; l’accertamento negativo, anche quando sopravvenuto ad un DURC regolare, trova ragion d’essere nella scadenza di pagamenti (<<sino all’ultimo giorno del secondo mese antecedente a quello in cui la verifica è effettuata>ex art. 4 del d.l. n. 34 del 2014) riguardanti posizioni di lavoratori subordinati o para-subordinati per i quali l’impresa ha l’obbligo di denuncia della retribuzione; in virtù del principio di autoresponsabilità e diligenza, incombe all’impresa non solo la verifica- possibile in ogni momento e anche online- della situazione effettiva di regolarità contributiva (cfr. Cons. Stato, V, 11 gennaio 2018, n.110), ma anche della permanenza di tale situazione.

Fermi restando perciò gli obblighi contributivi e la possibilità di generale sanatoria secondo il meccanismo attualmente previsto dall’art. 4 del D.M. 30 gennaio 2015, rientra nella discrezionalità del legislatore differenziare, ai fini della partecipazione alle gare ad evidenza pubblica, le posizioni -che sono oggettivamente differenti- dell’impresa che si attivi per conseguire prima della presentazione dell’offerta un DURC regolare e, per contro, dell’impresa che, pur formalmente in possesso di DURC regolare al momento della presentazione dell’offerta, perda il requisito contributivo a causa di debiti sopravvenuti od emersi in corso di gara.

In senso contrario non rileva il parere di cui all’Adunanza delle Sezioni riunite del Consiglio di Giustizia Amministrativa per la Regione Siciliana n. 1063 del 19 ottobre 2016, impropriamente citato dall’appellante poiché riferito ad un procedimento di erogazione di fondi pubblici, cui non è applicabile il codice dei contratti pubblici (richiamato solo in un obiter dictum, riguardante peraltro l’art. 80, comma 4, e l’art. 86, comma 2, lett. b, nel testo poi corretto con il d.lgs. n. 56 del 2017).

9.4. Va perciò confermata la sentenza di primo grado che ha affermato l’attualità della regola generale della necessità della permanenza, senza soluzione di continuità, del requisito di regolarità contributiva, durante l’intero corso della procedura di affidamento di pubblici appalti e l’eccezionalità della deroga disposta dall’ultimo inciso dell’art. 80, comma 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, da considerarsi norma di stretta interpretazione, applicabile alle sole ipotesi ivi tassativamente ed espressamente previste.

10. Restano da delibare le censure dell’appellante concernenti la asserita incompatibilità di tale interpretazione con le previsioni di cui all’art. 57, paragrafo 6 e paragrafo 2, della direttiva n. 24 del 2014 ovvero l’asserita illegittimità della norma interna, come sopra interpretata, per violazione dello stesso art. 57, paragrafo 3.

Il richiamo dell’art. 57, paragrafo 6 (<<Un operatore economico che si trovi in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 4 può fornire prove del fatto che le misure da lui adottate sono sufficienti a dimostrare la sua affidabilità nonostante l’esistenza di un pertinente motivo di esclusione. Se tali prove sono ritenute sufficienti, l’operatore economico in questione non è escluso dalla procedura d’appalto>>), non è pertinente, poiché la possibilità di dimostrare l’affidabilità, nonostante l’esistenza di una causa di esclusione, non è riferita al motivo di esclusione dell’inottemperanza all’obbligo di pagamento dei contributi previdenziali.

Questo infatti non è disciplinato nei paragrafi 1 e 4, richiamati dal paragrafo 6, bensì nei paragrafi 2 e 3, nonché nel paragrafo 5 dello stesso art. 57.

10.1. Per evitare di incorrere nel fraintendimento che sta alla base di una delle censure formulate dall’appellante, i paragrafi 2 e 3 vanno letti in combinato disposto.

Il primo prevede che <<Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d’appalto se l’amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza del fatto che l’operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali e se ciò è stato stabilito da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo e vincolante secondo la legislazione del paese dove è stabilito o dello Stato membro dell’amministrazione aggiudicatrice.

Inoltre, le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere o possono essere obbligate dagli Stati membri a escludere dalla partecipazione a una procedura d’appalto un operatore economico se l’amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con qualunque mezzo adeguato che l’operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali>>.

Effettivamente, al terzo comma, lo stesso paragrafo 2 dispone che esso <<non è più applicabile quando l’operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe>>, senza fissare un termine esplicito entro il quale il pagamento o l’impegno debbano essere formalizzati per consentire la deroga all’operatività della causa di esclusione.

Tuttavia, il termine si desume per implicito da quanto dispone il successivo paragrafo 3, comma secondo: << Gli Stati membri possono inoltre prevedere una deroga alle esclusioni obbligatorie di cui al paragrafo 2 nei casi in cui un’esclusione sarebbe chiaramente sproporzionata, in particolare qualora non siano stati pagati solo piccoli importi di imposte o contributi previdenziali o qualora l’operatore economico sia stato informato dell’importo preciso dovuto a seguito della sua violazione degli obblighi relativi al pagamento di imposte o di contributi previdenziali in un momento in cui non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito, come previsto al paragrafo 2, terzo comma, prima della scadenza del termine per richiedere la partecipazione ovvero, in procedure aperte, del termine per la presentazione dell’offerta>>.

La facoltà offerta agli Stati membri da tale ultima disposizione della direttiva rende palese che la previsione di cui al secondo paragrafo, ultimo comma, attiene al divieto di esclusione dell’operatore economico che abbia ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, prima della scadenza del termine per richiedere la partecipazione ovvero, in procedure aperte, del termine per la presentazione dell’offerta.

A tale obbligo imposto dalla direttiva 2014/24 UE, il legislatore italiano si è perfettamente adeguato, con la disposizione dell’art. 80, comma 4, ultimo inciso, che recepisce perciò la deroga all’esclusione obbligatoria prevista dall’art. 57, secondo paragrafo.

10.2. Invece, il legislatore italiano non ha inteso ampliare l’ambito delle deroghe all’esclusione obbligatoria per violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali, avvalendosi della facoltà che pur è concessa dal paragrafo 3, appena richiamato.

Quest’ultimo infatti prevede che gli Stati membri “possono” prevedere una deroga alle esclusioni obbligatorie anche in riferimento alla situazione che l’appellante assume essersi determinata nel caso di specie: essere stato l’operatore economico informato dell’importo preciso dovuto a seguito della sua violazione degli obblighi contributivi in un momento in cui “non aveva la possibilità di prendere provvedimenti in merito”, vale a dire non poteva più avvalersi della deroga consentita fino alla scadenza del termine di presentazione dell’offerta.

Il legislatore nazionale non ha inteso prevedere la deroga all’esclusione nel caso in cui l’operatore economico sia stato informato della violazione (od, a maggior ragione vi sia incorso) soltanto dopo la scadenza del termine di presentazione delle domande e tale maggior rigore non è in violazione della direttiva, in ragione appunto della facoltà concessa dal paragrafo 3 dell’art. 57.

10.3. Peraltro la Corte di Giustizia si è espressa, sia pure in riferimento all’art. 45 della direttiva 2004/18/CE, ma con un principio valido anche nel vigore della direttiva 2014/24/UE, affermando che ciò che rileva è la possibilità dell’operatore economico di verificare in ogni momento la regolarità della sua situazione presso l’istituto previdenziale; ove tale condizione sia soddisfatta, l’impresa non può fondare l’addotta situazione di regolarità e la legittimità della sua partecipazione alla gara su un certificato ottenuto prima della presentazione della sua offerta e attestante l’assolvimento degli obblighi contributivi in un periodo anteriore a tale presentazione, qualora tale regolarità con gli obblighi contributivi non sia in effetti sussistente alla data di presentazione della domanda di partecipazione (cfr. Corte di Giustizia, 10 novembre 2016, in causa C-199/15). Analogamente, è a dirsi in riferimento all’ipotesi, pur non coincidente, ma affine, rilevante nel caso di specie, in cui il periodo di validità del DURC venga a scadere nelle more dell’espletamento delle procedure di gara, essendo onere dell’operatore economico verificare la regolarità della sua situazione presso l’istituto previdenziale anche in vista di tale scadenza e comunque nel corso della procedura di gara.

10.4. La norma di chiusura di cui al paragrafo 5 dell’art. 57 della direttiva n. 24/2014 (<<Le amministrazioni aggiudicatrici escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura qualora risulti che l’operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai paragrafi 1 e 2>>), trasfusa nel comma 6 dell’art. 80 del codice dei contratti pubblici, conferma che, al di fuori delle ipotesi di deroga, di stretta interpretazione, l’operatore economico debba mantenere il possesso del requisito generale per l’intero corso della procedura, potendo essere escluso, in caso contrario, “in qualunque momento della procedura” medesima.

11. In conclusione, in applicazione dei principi e delle norme fin qui richiamati, il provvedimento di revoca dell’aggiudicazione e di esclusione dalla gara della società Ecologia Falzarano s.r.l. è legittimo, essendo incontestati i dati di fatto rilevanti ai fini dell’esclusione dell’impresa aggiudicataria, vale a dire: il possesso da parte di Ecologia Falzarano del DURC regolare con validità 29 novembre 2016- 29 marzo 2017, quindi per il periodo nel quale si collocano la presentazione dell’offerta ed il provvedimento di aggiudicazione; la comunicazione di irregolarità contributiva (per l’importo di € 4.062.654,80), a seguito della richiesta avanzata dall’amministrazione aggiudicatrice in data 29 marzo 2017 (ai fini della stipula del contratto), attestata con c.d. preavviso di DURC negativo notificato all’impresa in data 30 marzo 2017; istanza di rateizzazione avanzata in data 3 aprile 2017; rilascio di DURC regolare con validità 27 aprile 2017-25 agosto 2017, mancando la continuità della regolarità contributiva nel periodo 30 marzo -26 aprile 2017, in riferimento ad un debito certo, scaduto ed esigibile, di gran lunga superiore alla soglia dell’art. 3, comma 3, del D.M. 30 gennaio 2015 .

Il secondo motivo di appello va perciò respinto.

12. Col terzo motivo (Illegittimità della sentenza impugnata per violazione degli artt. 18 e 23 della l. n. 247 del 2012 e dell’art. 4 del d.lgs. n. 39 del 2013, nella parte in cui ha respinto la censura volta a far valere l’invalidità degli atti impugnati in primo grado per incompetenza e incompatibilità del sottoscrittore) si ripropone appunto tale ultima censura, riferita all’avv. Trane, quale sottoscrittore degli atti impugnati, malgrado fosse Responsabile dell’Ufficio Legale del Comune, perciò soggetto diverso dal titolare dell’Ufficio Contratti del Comune (che risultava essere la dott.ssa Cristina Guadalupi) e comunque soggetto incompatibile perché l’iscrizione nell’elenco degli avvocati e procuratori legali dipendenti da enti pubblici richiede, quale presupposto imprescindibile, la “esclusività” dell’espletamento, da parte degli stessi, dell’attività di assistenza, rappresentanza e difesa dell’ente pubblico, non potendo perciò essere titolari di altre funzioni o ricoprire altri incarichi all’interno dell’Amministrazione, né adottare atti di gestione, ai sensi degli artt. 18 e 23 della legge n. 247 del 2012.

12.1. Il giudice di primo grado ha respinto entrambe le censure, osservando:

- che risulta per tabulas il conferimento dell’incarico di “direzione e gestione” del Settore “Affari Legali” in uno al Servizio ad interim “Contratti” all’avv. Francesco Trane, con decreto sindacale prot. n. 111839 del 30 dicembre 2016 (pure oggetto di impugnazione);

- che la società sarebbe carente di interesse ad eccepire l’incompatibilità <<in ragione dell’inevitabile motivo di esclusione della Società ricorrente (in esito all’ipotetica rinnovazione dell’azione amministrativa)>>;

- che comunque l’art. 1, comma 221, della legge 28 dicembre 2015, n. 208 (<<Allo scopo di garantire la maggior flessibilità della figura dirigenziale nonché il corretto funzionamento degli uffici, il conferimento degli incarichi dirigenziali può essere attribuito senza alcun vincolo di esclusività anche ai dirigenti dell’avvocatura civica e della polizia municipale>>), in quanto norma sopravvenuta di settore e speciale prevarrebbe sulla norma, pure speciale, ma previgente dell’art. 23 della legge 31 dicembre 2012, n. 247 (<<Per l’iscrizione nell’elenco gli interessati presentano la deliberazione dell’ente dalla quale risulti la stabile costituzione di un ufficio legale con specifica attribuzione della trattazione degli affari legali dell’ente stesso e l’appartenenza a tale ufficio del professionista incaricato in forma esclusiva di tali funzioni>>), con la conseguente compatibilità dell’iscrizione nell’elenco speciale annesso all’Albo forense e con il mantenimento dello ius postulandi nell’esclusivo interesse del civico Ente. Il Tar ha aggiunto che la contraria opzione ermeneutica proposta dalla società ricorrente condurrebbe ad una sostanziale disapplicazione della normativa sopravvenuta.

10.2. L’appellante critica la decisione perché non avrebbe considerato che il Comune di Brindisi ha affidato l’incarico gestorio all’avv. Trane pur risultando l’Ufficio Contratti dell’ente già diretto da altro dirigente, con la conseguenza che, anche a prescindere dal vincolo di esclusività, l’avv. Trane sarebbe stato incompetente rispetto all’adozione degli atti impugnati.

10.2.1. Aggiunge che l’art. 23 della legge n. 247 del 2012 è norma avente natura speciale, come tale non derogabile dalla normativa generale sopravvenuta, quale quella recata dalla legge di stabilità erroneamente richiamata ed interpretata dal Tar Puglia, per come confermato da un parere del CNF adottato il 28 febbraio 2017, già depositato nel giudizio di primo grado, nonché dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 91 del 2013; pertanto, l’art. 1, comma 221, della legge n. 208 del 2015 si applicherebbe soltanto ai dirigenti dell’avvocatura civica che non risultano iscritti nell’Albo Speciale, al contrario dell’avv. Trane.

10.2.2. Infine, l’affermazione della carenza di interesse della società a sollevare detta causa di incompatibilità, secondo l’appellante non sarebbe “affatto condivisibile” poiché dà per scontata l’infondatezza della pretesa principale, che, invece, non potrebbe essere affermata.

11. Il motivo, oltre ad essere inammissibile per carenza di interesse per la ragione già espressa nella sentenza impugnata (inevitabilità dell’esclusione della società aggiudicataria anche in esito all’ipotetica rinnovazione dell’attività amministrativa), non merita di essere accolto per un duplice ulteriore ordine di ragioni.

In primo luogo, anche a voler ritenere fondata l’interpretazione sostenuta dall’appellante a proposito del coordinamento tra l’art. 1, comma 221, della legge n. 208 del 2015 e l’art. 23 della legge n. 247 del 2012 (conforme peraltro a quella espressa nel parere del CNF del 28 febbraio 2017), l’unica conseguenza che si avrebbe sarebbe la necessaria cancellazione dell’avv. Trane dall’Elenco speciale annesso all’Albo degli avvocati e la conseguente perdita dello ius postulandi per l’ente civico, non certo l’invalidità degli atti gestori assunti nella qualità di dirigente di settore diverso dall’Ufficio legale, ma competente all’adozione degli atti impugnati (nel caso di specie, le determinazioni dirigenziali di revoca dell’aggiudicazione e di incameramento della cauzione).

In secondo luogo, ed appunto in ragione di detta conseguenza -rilevante tutt’al più sotto il profilo disciplinare nei confronti dell’avvocato e/o sotto il profilo dell’esercizio dello ius postulandi del medesimo (oltre che del permanere della qualifica di dirigente dell’Ufficio legale)- il privato, in qualità di destinatario dell’atto gestorio, adottato dal medesimo dirigente in forza dell’incarico attribuito senza vincolo di esclusività, non è legittimato ad agire per far valere la dedotta causa di incompatibilità.

12. In conclusione, l’appello va respinto.

Sussistono giusti motivi di compensazione delle spese per la novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

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

Compensa le spese processuali.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Giovagnoli, Presidente FF

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore

**N. 00750/2018 REG.PROV.COLL.**
**N. 01061/2017 REG.RIC.**

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

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1061 del 2017, proposto da
All Foods S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Enrico Di Ienno, domiciliato presso la Segreteria del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte in Torino, via Confienza, 10;
***contro***
C.U.C. dell'Unione dei Comuni del Ciriacese e del Basso Canavese, Comune di Robassomero, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dagli avvocati Stefano Cresta, Anteo Massone, Laura Polito, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Stefano Cresta in Torino, via Principi D'Acaja, 47;
***nei confronti***
Sodexo Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Maurizio Boifava, Giuseppina Salatino, Antonio Marchiano', con domicilio eletto ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte in Torino, via Confienza n. 10;
***Per:***
I) per quanto riguarda il ricorso introduttivo:
a) l’annullamento:
- del Provvedimento prot. n. 507/2017 del 5 ottobre 2017 di comunicazione di aggiudicazione inviato dalla C.U.C. Unione dei Comuni del Ciriacese e del Basso Canavese alla Ricorrente;
- della Determinazione del Responsabile della Centrale di Committenza n. 15/CUC del 4 ottobre 2017, non cognita nei suoi intrinseci contenuti;
- di tutti i verbali di gara, con particolare riferimento a: il n. 5 del 31 luglio 2017 di valutazione delle offerte tecniche; il n. 6 del 3 agosto 2017 di apertura delle offerte economiche; il verbale del 6 settembre 2017 di verifica e assenso alle giustificazioni rese da SODEXO; il verbale del 25 settembre 2017 di proposta di aggiudicazione.
nonché, ove occorrer possa:
- del Provvedimento prot. n. 417 dell'08 agosto 2017 con cui la C.U.C. dei Comuni del Ciriacese e del Basso Canavese ha comunicato alle concorrenti della verifica dell'anomalia ex art. 97 D.Lgs. 50/2017;
- della Comunicazione prot. n. 424 del 10 agosto 2017 con cui la C.U.C. dei Comuni del Ciriacese e del Basso Canavese ha reso noto alla ALL FOODS che “la procedura di gara in oggetto è ancora in corso, con la verifica dell'offerta ai sensi dell'art. 97 del D. Lgs. 50/2016. Si procederà a dare le successive comunicazioni come previsto dal Codice Contratti”;
- del Bando e del Disciplinare di gara con particolare riferimento all'art. 18, laddove ha previsto che “Nell'offerta economica dovrà essere indicato, in cifre ed in lettere il ribasso percentuale sull'importo posto a base di gara, comprensivo di tutte le spese che l'aggiudicatario dovrà sostenere per l'esecuzione del servizio, di € 4,90 (IVA ed oneri di sicurezza per rischi di natura interferenziale esclusi) e la stima dei costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro”;
- di ogni altro atto annesso, connesso, presupposto e consequenziale ivi compresa, laddove intervenuta, l'aggiudicazione definitiva.
b) la declaratoria di inefficacia del contratto, ove nelle more eventualmente stipulato;
c) l'accertamento e la condanna:
- al risarcimento dei danni patiti e patiendi in via prioritaria in forma specifica attraverso l'aggiudicazione della procedura e la stipula del relativo contratto di appalto con richiesta fin da ora di eventuale subentro;
- in via subordinata, nell'impossibilità di reintegrazione in forma specifica, al risarcimento del danno per equivalente;
- in via ulteriormente subordinata e strumentale, per la rinnovazione della procedura di gara.
II) per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da SODEXO ITALIA S.P.A. il 21122017 :
a) l'annullamento, con tutti gli atti preordinati, consequenziali e connessi de:
1) la determinazione dirigenziale n. 15/CUC del 04/10/2017 del Responsabile della Centrale Unica di Committenza Unione dei Comuni del Ciriacese e del Basso Canavese di aggiudicazione a favore di Sodexo Italia S.p.A. della “procedura aperta per l'affidamento del servizio di fornitura e somministrazione giornaliera dei pasti per il servizio di refezione scolastica destinato agli alunni e ai docenti della scuola primaria e dell'infanzia”, nella parte in cui, approvando le risultanze delle operazioni di gara, colloca al secondo posto in graduatoria la ricorrente principale (cfr. All. n. 18 della CUC);
2) i processi verbali tutti della procedura de qua nelle parti in cui i preposti ritengono ammissibile e valutabile l'offerta della ricorrente principale (cfr. All. n. 3, 6, 7, 8, 11, 16 e 17 della CUC.), ivi compreso il verbale n. 4 allo stato non conosciuto;
3) per quanto occorrer possa, dell'art. 22 del disciplinare di gara, rubricato “Svolgimento gara ed apertura dei plichi”, nella parte in cui non prevede l'adempimento degli obblighi di comunicazione previsti dall'art. 29 del D. lgs. 50/2016;
b) la conseguente declaratoria d'inammissibilità del ricorso principale per carenza d'interesse.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Cuc dell'Unione dei Comuni del Ciriacese e del Basso Canavese e di Comune di Robassomero e di Sodexo Italia S.p.A.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 aprile 2018 la dott.ssa Roberta Ravasio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con bando del 30 maggio 2017 il Comune di Robassomero, a mezzo della Centrale Unica di Committenza dell’Unione dei Comuni del Ci-riacese e del Basso Canavese (di seguito CUC) ha indetto una procedura aperta per l’affidamento in appalto della fornitura e somministrazione giornaliera di pasti, da preparare nel Centro di cottura comunale, per il servizio di refezione scolastica destinato agli alunni e ai docenti della scuola primaria e dell’infanzia del territorio Comunale.
2. Il disciplinare prevedeva, all’art. 18, che ciascun concorrente indicasse nella offerta economica il ribasso sull’importo posto a base d’asta “*comprensivo di tutte le spese che l’aggiudicatario dovrà sostenere per l’esecuzione del servizio, di € 4,90 (IVA ed oneri di sicurezza per rischi di natura interferenziale esclusi) e la stima dei costi aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*”, ed a tal fine nel modulo “offerta economica”, allegato al bando, era richiesto di indicare anche “*i propri costi aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (c.d. costi di sicurezza aziendale di cui all’art. 95 comma 10 del d. lgs. 50/2016)*”.
3. Alla gara hanno partecipato solo la ricorrente e Sodexo Italia S.p.A., la quale è risultata prima in graduatoria: essa nel modulo “offerta economica” ha indicato, per i costi della sicurezza, l’importo di Euro 3.359.981,56.
4. L’offerta di Sodexo è stata sottoposta a verifica di anomalìa, anche al fine di chiarire l’ingente importo indicato a titolo di costi della sicurezza. Nelle giustificazioni Sodexo ha chiarito che l’importo indicato si riferiva ai costi per la sicurezza sopportati dalla azienda nel corso di tutto il 2016 e con riferimento a tutte le commesse eseguite, e precisava che i costi afferenti l’esecuzione dell’appalto oggetto di gara dovevano quantificarsi in Euro 7.536,00.
5. Di seguito a ciò la Commissione, ritenuti sufficienti i chiarimenti pervenuti da Sodexo, la dichiarava vincitrice, e con provvedimento del 4 ottobre 2017 il Responsabile della Centrale Unica di Committenza aggiudicava alla medesima il servizio.
6. Detto provvedimento è stato impugnato da All Foods s.r.l. con il ricorso in epigrafe indicato, a mezzo del quale ne ha dedotto la illegittimità per:
I) violazione dell’art. 95 comma 10 del D. L.vo 50/2016, degli artt. 5 e 10 del Disciplinare di gara, della L. 241/90, della *par condicio*, del principio del *favor partecipationis*, e vari profili di eccesso di potere: l’indicazione dei costi aziendali che Sodexo ha effettuato nel modulo della offerta economica è completamente sbagliata e come tale, in sostanza, inesistente poiché inidonea a svolgere la funzione di assicurare alla stazione appaltante che tali costi sono stati debitamente considerati nella formulazione della offerta economica;
II) violazione dell’art. 97 del D. L.vo 50/2016, dell’art. 3 della L. 241/90, della *par condicio*, dei principi di trasparenza e non discriminazione, e vari profili di eccesso di potere: in sede di chiarimenti Sodexo non ha spiegato per quale ragione i costi della sicurezza aziendale ammonterebbero, per il servizio oggetto di gara, ad Euro 7.536,00 e, correlativamente, la Stazione appaltante non ha spiegato per quale motivo tale indicazione dovrebbe considerarsi esaustiva;
III) in via subordinata, illegittimità dell’art. 18 del Disciplinare, per contrasto con l’art. 95 comma 10 del D. L.vo 50/2016, ove tale previsione dovesse interpretarsi nel senso che richiedeva l’indicazione, nella offerta economica, dei costi aziendali della intera struttura aziendale e non già dei costi aziendali generati dall’espletamento del servizio oggetto di gara.
5.1. La ricorrente ha quindi concluso chiedendo l’annullamento della aggiudicazione pronunciata a favore di Sodexo, il subentro nel contratto e la condanna della Stazione appaltante al risarcimento del danno.
6. Si sono costituite in giudizio, per resistere al ricorso sia la Centrale Unica di Committenza dei Comuni del Ciriacese e del Basso Canavese che Sodexo, la quale ha anche proposto ricorso incidentale, depositato il 21 dicembre 2017, per far valere l’illegittima ammissione della ricorrente alla gara.
6.1. In particolare Sodexo ha dedotto:
I) che la ricorrente si è resa responsabile di gravi illeciti professionali nel corso della esecuzione di analoghi servizi appaltati dal Comune di Moncalieri e dal Comune di Ardea: tali illeciti, inoltre, sono stati da All Foods sottaciuti al Comune di Baranzate all’atto di partecipare ad altra gara indetta da tale Ente, e proprio in ragione della lacunosità delle dichiarazioni rese al Comune di Baranzate la ricorrente è stata esclusa da tale gara, con provvedimento ritenuto legittimo dal TAR Lombardia;
II) l’offerta tecnica presentata dal All Foods non sarebbe conforme alle prescrizioni di cui all’art. 64 del Capitolato Speciale d’Appalto, non avendo All Foods provveduto a nominare il soggetto preposto ad incassare le rette né avendo prospettato garanzie di immediato intervento sostitutivo in caso di imprevisto recesso del preposto nel corso dell’anno.
7. Il ricorso è stato chiamato alla camera di consiglio del 22 novembre 2017 e poi alla pubblica udienza del 5 aprile 2018, allorché è stato introitato a decisione.
8. L’infondatezza nel merito del ricorso principale consente di prescindere dall’esame del ricorso incidentale in applicazione del principio (enunciato da ultimo nella sentenza della Adunanza Plenaria n. 5/2015) secondo cui il giudice, in ossequio al superiore principio di economia dei mezzi processuali, in connessione con quello del rispetto della scarsità della risorsa giustizia, derogando alla naturale rigidità dell'ordine di esame, può ritenere preferibile risolvere la lite, rigettando il ricorso nel merito o nel rito in base ad una ben individuata ragione "più liquida" sulla scorta del paradigma sancito dagli artt. 49, comma 2 e 74 c.p.a. ovvero modificando il detto ordine di esame, sempre che il suo esercizio non incida sul diritto di difesa delle parti in giudizio.
9. Procedendo con la disamina del primo dei motivi di ricorso principale, il Collegio osserva, anzitutto che sia l’art. 18 del Disciplinare di gara che il modulo relativo alla offerta economica non erano assolutamente chiari laddove richiedevano l’indicazione dei costi di sicurezza aziendali, nel senso che non facevano espresso riferimento ai soli costi riferibili, o comunque computabili, al servizio oggetto di gara. Si osserva in particolare che la citata previsione del Disciplinare prevedeva, sul punto che “*Nella offerta economica dovrà essere indicato, in cifre ed in lettere, il ribasso percentuale sull’importo posto a base di gara, comprensivo di tutte le spese che l’aggiudicatario dovrà sostenere per l’esecuzione del servizio, di E. 4,90 (IVA ed oneri di sicurezza per rischi di natura interferenziale esclusi) e la stima dei costi aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e di sicurezza sui luoghi di lavoro*”, riferendo espressamente l’obbligo di tenere conto dei costi generati dalla esecuzione del servizio al solo fine della indicazione del prezzo per singolo pasto, oggetto di ribasso d’asta, e non anche al fine di indicare, separatamente, i costi aziendali per la sicurezza. La stessa dizione si ritrova nel modulo relativo alla offerta economica allegato agli atti di gara. Il Collegio ritiene pertanto che la *lex specialis* di gara ed il modulo ad essa allegato erano oggettivamente ambigue e si prestavano ad una non corretta interpretazione.
9.1. Il fatto che la Stazione appaltante abbia dato a Sodexo la possibilità di chiarire l’importo degli oneri della sicurezza riferibili alla esecuzione del servizio oggetto di gara appare quindi un atto doveroso al fine di garantire la *par condicio* nonché il rispetto del principio di non discriminazione, tenuto conto del fatto che in caso contrario Sodexo sarebbe stata penalizzata per un errore compiuto anche, se non esclusivamente, per colpa della Stazione appaltante.
9.2. V’è inoltre da dire che in giurisprudenza (T.A.R. Basilicata, sez. I, ordinanza 25/07/2017, n. 525) si è già messa in luce la possibile difformità dal diritto europeo del combinato disposto degli articoli 95 comma 10 e 83 comma 9 del D. L.vo 50/2016 laddove interpretato nel senso che esso impone sempre di escludere l’offerta economica che non rechi l’indicazione separata degli oneri della sicurezza, senza possibilità di ammettere la ditta al soccorso istruttorio, anche a prescindere dalla circostanza che, dal punto di vista sostanziale, l'offerta rispetti effettivamente i costi minimi di sicurezza aziendale.
9.3. Allo stato il Collegio, rivisitando l’opinione già espressa dalla Sezione all’indomani della entrata in vigore del Correttivo, ritiene preferibile aderire all’orientamento (si veda: TAR Brescia, Sez. II, 14 luglio 2017, n. 912; TAR Palermo, Sez. III, 15 maggio 2017, n. 1318) che interpreta l’art. 95 comma 10 nel senso che consente alla stazione appaltante di esercitare il soccorso istruttorio nel caso in cui l’offerta economica non contenga l’indicazione separata degli oneri della sicurezza.
9.4. Alla stregua delle argomentazioni che precedono vanno respinti sia il primo che il terzo motivo di ricorso, questo ultimo formulato in via subordinata e peraltro fondato su una interpretazione dell’art. 18 del Disciplinare di gara che effettivamente non trova riscontro nel comportamento tenuto dalla Stazione appaltante.
10. Infondato è pure il secondo motivo di ricorso principale, a mezzo del quale la ricorrente lamenta che i costi aziendali indicati da Sodexo in sede di chiarimenti non sono stati minimamente specificati e documentati e che ciò nonostante la Stazione appaltante ha ritenuto sufficiente l’indicazione.
10.1. Vero è che nel caso di specie la Stazione appaltante ha ritenuto l’offerta anomala solo alla luce degli ingentissimi costi della sicurezza aziendale indicati dalla ricorrente, tale da superare abbondantemente il valore complessivo dell’appalto: appare dunque ragionevole il comportamento della Centrale Unica di Committenza che, una volta ricevuta conferma del fatto che in realtà gli oneri della sicurezza riferibili alla esecuzione del servizio oggetto di gara erano contenuti in un importo compatibile con il valore dell’appalto, ha ritenuto l’offerta attendibile senza ulteriori indagini.
11. Il ricorso principale va conclusivamente respinto, mentre il ricorso incidentale deve essere dichiarato improcedibile per difetto di interesse.
12. Le spese del giudizio possono essere compensate in considerazione del fatto che la giurisprudenza sulla interpretazione dell’art. 95 comma 10 del D. L.vo 50/2016 risultava, al momento della presentazione del ricorso principale, in via di formazione.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Piemonte (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, così provvede:
- respinge il ricorso principale;
- dichiara improcedibile il ricorso incidentale presentato da Sodexo il 21 dicembre 2017;
- compensa le spese del giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Torino nella camera di consiglio del giorno 5 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:
Domenico Giordano, Presidente
Silvana Bini, Consigliere
Roberta Ravasio, Consigliere, Estensore

**N. 03483/2018REG.PROV.COLL.**
**N. 00300/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Consiglio di Stato**
**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 300 del 2018, proposto da:
Electric Impianti System s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria di costituendo Rti con MR “Impianti elettrici, elettronici ed automazioni di Meriano Raffaele”, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Silvio Garofalo, con domicilio eletto presso il suo studio in Avellino, via Tagliamento, 50;
***contro***
Centrale Unica di Committenza dei Comuni di Montemarano, Castelvetere sul Calore e Paternopoli, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, nonché società I.T. (Impianti Tecnologici) dell'Ing. Astengo, non costituiti in giudizio;
Costruzioni Roberto & Reppucci s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Eduardo Chiacchio, Francesca Fatima Coretta e Luigi Chieffo, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Napoli, Centro Direzionale Is. A7;
***per la riforma***
della sentenza del T.A.R. CAMPANIA - SEZ. STACCATA DI SALERNO, SEZIONE I n. 01606/2017, resa tra le parti, concernente concessione del servizio di illuminazione votiva, comprensiva della progettazione definitiva ed esecutiva dei lavori di adeguamento funzionale e completamento dell’impianto elettrico nel cimitero di Castelvetere sul Calore.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio della società Costruzioni Roberto & Reppucci s.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 aprile 2018 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Silvio Garofalo, Eduardo Chiacchio, Francesca Fatima Coretta e Luigi Chieffo;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Risulta dagli atti che in data 15 dicembre 2016 la Centrale Unica di Committenza (Comune di Montemarano Capofila) indiceva una gara per la concessione del “*servizio di illuminazione votiva, comprensiva di progettazione definitiva, progettazione esecutiva ed esecuzione dei lavori di adeguamento funzionale e completamento dell’impianto elettrico nel cimitero di Castelvetere sul Calore*”, da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016.
Entro la scadenza del termine fissato dalla *lex specialis* di gara pervenivano alla stazione appaltante tre offerte, presentate da I.T. (Impianti Tecnologici) dell’Ing. Astengo s.r.l.; Ati Electric Impianti System s.r.l. / M.R. “Impianti Elettrici, Elettronici e Automazioni”, nonché Costruzioni Roberto&Reppucci s.r.l.
Con verbale di gara n. 1 del 9 marzo 2017 venivano ammesse alla fase successiva della gara l’Ati Electric Impianti System / M.R. e la Roberto&Reppucci s.r.l., mentre alla I.T. dell’Ing. Astengo veniva applicato il soccorso istruttorio; quindi, nella seduta del 27 marzo 2017, valutata la completezza della documentazione trasmessa, anche la I.T. veniva ammessa a proseguire la gara.
Nella medesima seduta (come da verbale n. 3), la Commissione procedeva all’apertura dei plichi contenenti l’offerta tecnica per la sola verifica ed elencazione della documentazione, mentre nella seduta del 31 marzo 2017 procedeva all’esame dell’offerta tecnica (verbale n. 4).
Nella seduta del 6 aprile 2017 la Commissione, procedendo nella valutazione dell’offerta tecnica, attribuiva i singoli punteggi alle ditte partecipanti (verbale n. 5) ed infine, nella seduta del 4 maggio 2017 (verbale n. 6), dopo aver valutato la congruità delle offerte ai sensi dell’art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, proponeva l’aggiudicazione della gara in favore dell’Ati Electric Impianti System / M.R. In graduatoria risultavano collocate rispettivamente al secondo ed al terzo posto la I.T. dell’Ing. Astengo e la Roberto&Reppucci s.r.l.
Con determinazione n. 69 del 30 maggio 2017, pubblicata il 5 giugno 2017, la stazione appaltante prendeva atto dei verbali di gara ed approvava la proposta di aggiudicazione così come formulata.
Infine, con nota n. 2536 del 5 giugno 2017, il responsabile del procedimento comunicava a mezzo Pec l’aggiudicazione definitiva.
Avverso tale provvedimento e quelli ad esso presupposti, la Roberto&Reppucci s.r.l. proponeva ricorso al Tribunale amministrativo della Campania, deducendone l’illegittimità.
Con il primo motivo di gravame, in particolare, chiedeva venisse dichiarata la nullità della procedura di gara innanzitutto per non essere la Commissione giudicatrice composta da “*esperti nello specifico settore cui afferisce l’oggetto dell’appalto*” come previsto dall’art. 77 del d.lgs. n. 50 del 2016; inoltre non vi sarebbe riscontro dell’iscrizione dei membri della Commissione nell’Albo nazionale obbligatorio istituito presso l’ANAC, ai sensi del successivo art. 78, d.lgs. n. 50 del 2016.
Con il secondo e terzo motivo, invece, la ricorrente si doleva invece della mancata esclusione delle prime due concorrenti, ritenendo: A) illegittimamente esperita la procedura del soccorso istruttorio, ai sensi dell’art. 83, comma 9, d.lgs. n. 50/2016, in ordine a dichiarazioni mancanti nelle rispettive offerte; B) non dimostrato, da parte dell’Ati aggiudicataria, il possesso dei requisiti di partecipazione previsti dagli artt. III.2.2 e III.2.3 del bando di gara (deducendo altresì il difetto di istruttoria, da parte della stazione appaltante, in relazione alla verifica del possesso dei requisiti stessi).
Con un quarto motivo di gravame, infine, la ricorrente censurava l’incompletezza dell’offerta tecnica dell’Ati aggiudicataria.
Costituitesi in giudizio, sia la stazione appaltante che le imprese controinteressate eccepivano l’infondatezza del ricorso, chiedendo che fosse respinto.
Con sentenza 14 novembre 2017, n. 1606, il Tribunale amministrativo della Campania, dopo aver dato preliminarmente atto della corretta composizione della Commissione di gara, accoglieva comunque, nel merito, il gravame.
Avverso tale decisione la società Electric Impianti System s.r.l. interponeva appello, deducendo i seguenti motivi di impugnazione:
1) in primo luogo, la sentenza di primo grado avrebbe dovuto essere censurata nella parte in cui disattendeva l’eccezione di tardività del ricorso di primo grado, quanto all’impugnativa della ammissione alla gara di entrambi gli altri partecipanti alla gara, per difetto di prova dell’avvenuta pubblicazione sul profilo del committente ex art. 29 d.lgs. n. 50 del 2016.
2) La sentenza appellata avrebbe altresì dovuto essere censurata nella parte in cui, in accoglimento del secondo motivo del ricorso di prime cure, pronunciava l’illegittimità del soccorso istruttorio operato dalla Commissione giudicatrice in favore della seconda classificata società IT dell’ing. Astengo (non costituita nel giudizio di primo grado), in ordine alla dichiarazione del direttore tecnico delle condanne penali riportate ex art. 80 d.lgs. 50 del 2016 ed alla dichiarazione di impegno a corrispondere alla stazione appaltante, in caso di aggiudicazione, la somma di euro 15.000.
3) La sentenza di primo grado doveva inoltre considerarsi erronea nella parte in cui, accogliendo il terzo motivo del ricorso di prime cure, riteneva che l'odierna appellante non possedesse i requisiti di partecipazione di cui ai punti III.2.2 (“*capacità economica e finanziaria*”) e III.2.3 (“*capacità tecnica*”) prescritti dal bando di gara, in ordine alla mandante impresa individuale MR “Impianti Elettrici, Elettronici, Automazioni di Meriano Raffaele”, e che comunque non avrebbe potuto avvalersi del soccorso istruttorio processuale, dal momento che si sarebbe limitata a depositare un mero e generico elenco di contratti senza indicazione della durata e del prezzo del servizio reso.
4) Infine, la sentenza appellata avrebbe dovuto essere censurata nella parte in cui, in accoglimento del quarto motivo del ricorso di prime cure, aveva ritenuto che l’Ati odierna appellante andasse esclusa per aver presentato il progetto tecnico definitivo di un manufatto di contenimento del quadro elettrico principale in calcestruzzo ed acciaio di notevoli dimensioni senza il corredo dei calcoli strutturali e delle relazioni normativamente prescritte ai sensi dell’art. 24 e segg. D.P.R. n. 207 del 2010.
Si costituiva in giudizio la controinteressata Costruzioni Roberto & Reppucci s.r.l., eccependo l’inammissibilità del gravame per difetto di specificità dei motivi d’appello ex art. 101 Cod. proc. amm. e, comunque, l’infondatezza, conseguentemente chiedendone la reiezione.
Con ordinanza 23 febbraio 2018, n. 854, la V Sezione del Consiglio di Stato respingeva l’istanza cautelare proposta dall’appellante.
Successivamente le parti ulteriormente illustravano con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive e, all’udienza del 26 aprile 2018, dopo la rituale discussione, la causa passava in decisione.
Con il primo motivo di appello la sentenza impugnata viene censurata nella parte in cui ha disatteso l’eccezione di tardività – a suo tempo formulata dall’appellane – del ricorso di primo grado, quanto all’impugnativa della ammissione alla gara di entrambi gli altri concorrenti, per difetto di prova dell’avvenuta pubblicazione sul profilo del committente ex art. 29 d.lgs n. 50 del 2016.
Invero, dal momento che il legale rappresentante della ricorrente Costruzioni Roberto & Reppucci s.r.l. era presente alle prime due sedute della Commissione giudicatrice, nel corso delle quali era stata deliberata l’ammissione alla gara della Ati controinteressata ed il soccorso istruttorio per la società I.T. dell’Ing. Astengo, nonché l’ammissione alla gara anche di quest’ultima, avendo la stessa adempiuto agli obblighi di cui al soccorso istruttorio, ritiene l’appellante che il termine di proposizione del ricorso del ricorso ex art. 120 comma 2-*bis* Cod. proc. amm. debba esser fatto decorrere dalla piena conoscenza del provvedimento di ammissione degli altri partecipanti alla gara, e dalla percezione della sua immediata lesività, anche qualora trattasi di ammissione intervenuta a seguito di soccorso istruttorio, prescindendosi dalla pubblicazione *on line* sul profilo del committente del verbale di gara, con conseguente tardività di quello su cui si verte.
Il motivo non è fondato: invero, deve ragionevolmente ritenersi, secondo l’*id quod plerumque accidit*– né, del resto, l’appellante ha fornito alcuna dimostrazione di segno opposto – che tale presenza possa al più determinare la conoscenza del provvedimento di ammissione e di quanto ivi emerso, oltre alla mera conoscibilità di eventuali ulteriori profili di illegittimità all’esito di successive indagini, ma non anche la percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove esistenti, inficino le relative determinazioni.
Per l’effetto, in difetto di una precisa dimostrazione in tal senso da parte di chi abbia interesse a sostenere tale tesi, deve in linea di principio escludersi che dalla mera partecipazione alle sedute della Commissione di gara dei rispettivi rappresentanti o incaricati possa automaticamente presumersi la conoscenza, in capo alle singole imprese concorrenti, dell’immediata lesività per la propria sfera giuridica dei provvedimenti di ammissione alla gara, in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall’ordinamento processuale.
Del resto, nel caso di mancata pubblicazione dell’ammissione o esclusione di un partecipante, l’eventuale presenza “*di un delegato di un concorrente alla seduta di gara in cui si sono deliberate le ammissioni non è, di per sé, idonea alla decorrenza del termine decadenziale nei riguardi dell’impresa interessata*” (Cons. Stato, III, 8 febbraio 2018, n. 1765), essendo il linea di principio il termine per la proposizione del ricorso *ex* art. 120 comma 2-*bis* Cod. proc. amm. riferito alla data di pubblicazione dei verbali di ammissione e esclusione sul profilo del committente.
La ragione di ciò è stata del resto ben evidenziata dalla giurisprudenza, in quanto “*l’onere di impugnazione dell’altrui ammissione senza attendere la conclusione della gara, prevista dal comma 2 bis dell’art. 120 cpa è ragionevolmente subordinata alla pubblicazione degli atti della procedura, perché diversamente l’impresa sarebbe costretta a produrre un ricorso al buio*” (Cons. Stato, III, 26 gennaio 2018, n. 565).
Con il secondo motivo di appello viene invece dedotta l’erroneità della sentenza di primo grado nella parte in cui, in accoglimento del secondo motivo del ricorso introduttivo, dichiara l’illegittimità del soccorso istruttorio operato dalla Commissione giudicatrice in favore della seconda classificata (società IT dell’ing. Astengo), non costituita nel giudizio di primo grado, in ordine alla dichiarazione del direttore tecnico delle condanne penali riportate ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 ed alla dichiarazione di impegno a corrispondere alla stazione appaltante, in caso di aggiudicazione, la somma di € 15.000,00.
Ad avviso dell’appellante, infatti, il soccorso istruttorio in favore della ditta poi risultata seconda graduata sarebbe stato pienamente legittimo, in quanto conforme al disposto dell’art. 83, comma 9, del d.lgs. n. 50 del 2016: da un lato, infatti, la dichiarazione delle condanne penali riportate ex art. 80 d.lgs. n. 50 del 2016 da parte del direttore tecnico della società IT dell’ing. Astengo avrebbe dato contezza del possesso sostanziale del requisito al momento della partecipazione della medesima società IT alla gara, laddove – dall’altro – la dichiarazione di impegno a corrispondere alla stazione appaltante, in caso di aggiudicazione, la somma di € 15.000,00 non potrebbe ritenersi tardiva, non trattandosi di un requisito di partecipazione ma, piuttosto, di un presupposto per l’aggiudicazione definitiva della gara.
Anche questo motivo non risulta fondato, nei termini di seguito precisati: ritiene infatti il Collegio di dover confermare l’orientamento espresso dal proprio precedente (richiamato nella sentenza appellata) n. 1641 del 29 aprile 2016, sia pur riferito al previgente *Codice dei contratti pubblici* (d.lgs. n. 163 del 2006) ma espressivo di principi applicabili anche alla luce della normativa sopravvenuta, a mente del quale l’esclusione di un'impresa dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico per mancata allegazione della dichiarazione attestante l'assenza di procedimenti o condanne penali a carico del direttore tecnico, prevista dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 (ora art. 80 comma 3 del d.lgs. n. 50 del 2016) è del tutto legittima, né può essere evitata con la produzione della documentazione in un momento successivo (cfr. Corte di Giustizia UE, sez. X, 6 novembre 2014, n. 42-2013).
Alla luce del richiamato precedente, infatti, “*il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza […] obbligano l'Amministrazione ad escludere un operatore che non abbia comunicato un documento o un’informazione la cui produzione era prevista dalla*lex specialis*a pena di esclusione, e non vi è possibilità, contrariamente a quanto afferma l’appellante, d’invocare il soccorso istruttorio né il c.d. falso innocuo (Cons. Stato, sez. IV, 22 dicembre 2014 n. 6336)*”.
In termini, anche Cons. Stato, V, 28 dicembre 2016, n. 5488; V, 12 ottobre 2016, n. 4219; V, 15 luglio 2016, n. 3153; V, 21 luglio 2015, n. 3605; III, 24 novembre 2016, n. 4930; IV, 15 settembre 2015, n. 4315.
Per quanto poi concerne, in particolare, la mancata allegazione dell’impegno a corrispondere alla stazione appaltante l’acconto in caso di aggiudicazione, appare convincente l’interpretazione fornita dal primo giudice, secondo cui non potrebbe parlarsi di “*un requisito in tesi posseduto ancorché non tempestivamente dichiarato, bensì di una manifestazione di volontà che – decorso il termine di presentazione dell’istanza di partecipazione – si rivela definitivamente tardiva*”, pertanto al di fuori del perimetro del cd. soccorso istruttorio.
Con il terzo motivo di appello vengono invece contestate sia la ritenuta mancanza, in capo alla MR “Impianti Elettrici, Elettronici, Automazioni di Meriano Raffaele”, mandante del Rti odierno appellante, dei requisiti di partecipazione di cui ai punti III.2.2 e III.2.3 del bando di gara (relativi, rispettivamente, alla “*capacità economico-finanziaria*” ed alla “*capacità tecnica*” delle imprese offerenti), sia la decisione del primo giudice secondo cui, al fine di consentire al Rti la dimostrazione di quanto sopra, non si sarebbe comunque potuti ricorrere al cd. soccorso istruttorio processuale, dal momento l’allora resistente si sarebbe limitata a depositare “*un mero e generico elenco di contratti senza indicazione di durata e senza indicazione del prezzo del servizio reso*”.
Nella specie, la dimostrazione del requisito della capacità economica e finanziaria in capo alla mandante MR “Impianti Elettrici, Elettronici, Automazioni di Meriano Raffaele” sarebbe stata data depositando l’intera contabilità per gli anni dal 2013 al 2015, come del resto riconosciuto dalla stessa controinteressata Costruzioni Roberto & Reppucci s.r.l. (a pag. 10, righi 13 e 14 del ricorso introduttivo); la capacità tecnica, a sua volta, sarebbe stata dimostrata depositando un elenco di contratti di manutenzione e gestione di impianti pubblici di illuminazione o illuminazione votiva con indicazione degli enti concedenti, come prescritto dal disciplinare di gara, p.to 1.2.2, lettera C.
Del resto, prosegue l’appellante, “*lo stesso capo III.2.3, rubricato capacità tecnica, prescrive, ai soli fini della realizzazione dei lavori, alternativamente, l’esecuzione di lavori o di opere assimilabili alla categoria OG10 per l’importo complessivo di € 130.000,00 negli ultimi tre anni oppure la attestazione SOA per la categoria OG10 classifica I, che è posseduta dalla mandataria dell’ATI, la società Electric Impianti System srl, come ammette e riconosce la stessa società Reppucci, odierna appellata, alla pagina 10, rigo 10, del ricorso di prime cure, sicché la ATI nulla doveva produrre sul punto in relazione alla impresa individuale MR Impianti Elettrici, Elettronici, Automazioni di Meriano Raffaele*”.
Il ogni caso, il deposito della contabilità relativa agli anni dal 2013 al 2015 dell’impresa individuale MR “Impianti Elettrici, Elettronici, Automazioni di Meriano Raffaele” da parte dell’appellante avrebbe consentito di dimostrare anche l’esecuzione di lavori e/o opere assimilabili alla categoria OG10 per l’importo dalla *lex specialis* di gara.
A fronte di ciò, conclude l’appellante, ben avrebbe dovuto il primo giudice consentire all’Ati resistente, già aggiudicataria della gara, di dimostrare in giudizio il possesso dei requisiti richiesti dalla *lex specialis*, a fronte delle contestazioni di parte ricorrente.
Ciò, a maggior ragione, a fronte della circostanza per cui la ricorrente Roberto & Reppucci – in origine terza classificata – non aveva dedotto alcuna diversa attribuzione di punteggi tra le imprese partecipanti alla gara sufficientemente motivata.
Il motivo è fondato, nei termini di seguito riportati.
Deve farsi applicazione, nel presente caso, dei principi generali già espressi nel precedente di Cons. Stato, III, 2 marzo 2017, n. 975, a mente del quale in sede processuale, laddove la stazione appaltante abbia aggiudicato la gara senza aver preventivamente attivato la doverosa procedura del soccorso istruttorio, il giudice può operare la verifica volta ad appurare se il vizio in questione sia solo formale (tanto da lasciare impregiudicata l’aggiudicazione definitiva) o, invece, sostanziale (tanto da comportare l’esclusione dell’aggiudicataria dalla gara).
Detta verifica può essere effettuata laddove si tratti di attività vincolata, ovvero quando si tratti di operare un mero accertamento di sussistenza o meno del requisito mancante (casi nei quali il giudice amministrativo può sostituirsi all’amministrazione).
Laddove, invece, tale verifica involga anche valutazioni di carattere tecnico-discrezionale, il giudice dovrà limitarsi ad annullare l’aggiudicazione e disporre la riedizione della gara.
In ogni caso, è onere della parte dimostrare che, qualora il soccorso istruttorio fosse stato attivato dalla stazione appaltante, l’esito della procedura sarebbe stato favorevole, disponendo l’impresa del requisito asseritamente mancante: tale onere, gravante in capo alla parte aggiudicataria, si traduce nel dover produrre in giudizio la documentazione comprovante il possesso dei requisiti mancanti.
Nel caso di specie, ritiene il Collegio che non si fosse in presenza di dichiarazioni radicalmente mancanti, ma al più di dichiarazioni incomplete, per tali astrattamente suscettibili di soccorso istruttorio.
La sentenza impugnata contesta al Rti odierno appellante di essersi a suo tempo limitato a produrre, unitamente alla domanda di partecipazione alla procedura di gara, “*un mero elenco di contratti (rispettivamente, in numero di 3 e 2) di “illuminazione votiva” e “manutenzione impianti pubblica illuminazione”, e di enti concedenti (tra i quali la stessa Electric Impianti System), dal quale non risultano il periodo di riferimento e la durata, i lavori svolti e il servizio in concreto prestato, il valore*”; per quanto riguarda, in particolare, il possesso della qualificazione Soa per la categoria OG10 da parte della Electric Impianti System, il primo giudice rileva come la stessa avrebbe depositato “*solo nel corso del processo - invocando all’occorrenza l’istituto del soccorso istruttorio processuale (pag. 7, memoria del 29 settembre 2017) - le determinazioni del Comune di Castelvetere sul Calore nn. 61,122 e 180/2015, ciascuna per un impegno di euro 2.500, 2.250 e 2.250, per l’affidamento alla M.R. Impianti Elettrici del servizio di manutenzione degli impianti comunali di pubblica illuminazione, e le fatture della stessa M.R. relative agli esercizi 2013-2015*”.
A fronte del mancato rispetto di una rilevantissima parte delle prescrizioni della *lex specialis* di gara non potrebbe quindi trovare applicazione l’istituto del soccorso istruttorio processuale, pena il venir meno della stessa *par condicio* tra i concorrenti e la serietà degli impegni assunti dagli stessi.
Al riguardo, quanto ai requisiti di capacità tecnica, va però rilevato come l’art. I.2.2. lett. C) del disciplinare di gara prevedesse solamente il deposito di un “*Elenco di lavori e/o gestioni di impianti di pubblica illuminazione e/o illuminazione votiva di cui l’impresa è stata titolare negli ultimi tre esercizi finanziari antecedenti alla data di pubblicazione del bando di gara, con indicazione degli Enti concedenti*”, oppure – in alternativa – la “*Attestazione SOA per la categoria OG10 classifica I*”, nonché un “*Elenco contratti di gestione di impianti di pubblica illuminazione e/o illuminazione votiva di cui l’impresa è stata titolare negli ultimi tre esercizi finanziari antecedenti alla data di pubblicazione del bando di gara, con indicazione degli Enti concedenti*”.
Non appare quindi corretta la censura secondo cui la produzione dell’Ati aggiudicataria sarebbe stata insufficiente a soddisfare le condizioni del bando di gara, riducendosi ad un mero elenco di contratti dai quali “*non risultano il periodo di riferimento e la durata, i lavori svolti e il servizio in concreto prestato, il valore*”, atteso che tali ultime precisazioni, a rigore, non erano richieste dalla *lex specialis*, ma solo l’indicazione degli enti concedenti.
Neppure persuade la difesa dell’odierna appellata, secondo cui – essendo l’aggiudicataria un’Ati orizzontale – anche la società mandante avrebbe dovuto possedere i medesimi requisiti di partecipazione di cui all’art. III.2.3 del bando di gara (previsti a pena di esclusione) della mandataria, tra cui l’attestazione Soa per la categoria OG10, quest’ultima però non desumibile né dal contenuto delle determinazioni del Comune di Castelvetere sul Calore nn. 61, 122 e 180 del 2015 (prodotte in corso di causa, ai fini del soccorso istruttorio), riguardanti l’affidamento alla MR “*Impianti elettrici, elettronici ed automazioni di Meriano Raffaele*” del servizio di manutenzione degli impianti comunali di pubblica illuminazione, né dalle fatture della stessa MR relative agli esercizi 2013-2015.
Va in primo luogo rilevato, al riguardo, che il possesso della qualificazione Soa era un requisito non obbligatorio, bensì alternativo allo svolgimento, per almeno dodici mesi, del “*servizio di manutenzione e gestione di impianti pubblici di illuminazione o illuminazione votiva. Per le associazioni temporanee di imprese di tipo orizzontale e per i consorzi il requisito deve essere posseduto dalla mandataria o da impresa consorziata nella misura minima del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all’intero raggruppamento*”.
L’attestazione Soa, neppur contestata dalla ricorrente in primo grado nei riguardi della mandataria, avrebbe per contro dovuto essere considerata dal primo giudice ad ulteriore comprova della capacità tecnica di questa, in relazione ai lavori oggetto di gara, stante la previsione della *lex specialis*.
Per la mandante MR “*Impianti elettrici, elettronici ed automazioni di Meriano Raffaele*”, la capacità tecnica avrebbe invece potuto trovare riscontro, come da indicazione del capitolato di gara (cui rinviava la previsione del bando), con la produzione di un unico elenco di lavori e dei contratti di gestione prodotto unitamente all’offerta.
Dunque, alla luce delle prescrizioni della *lex specialis* di gara, il Rti odierno appellante risulta aver fornito perlomeno un oggettivo principio di prova circa il possesso del requisito della capacità tecnica (di cui al richiamato punto III.2.3 del bando), avendo la società mandataria depositato sia l’elenco dei contratti di gestione di impianti di pubblica illuminazione ed illuminazione votiva di cui era stata titolare nei tre esercizi finanziari precedenti la gara, sia l’attestazione Soa per la categoria OG10 classifica 1, quest’ultima comunque sufficiente; l’impresa individuale MR “*Impianti elettrici, elettronici ed automazioni di Meriano Raffaele*” – mandante – a sua vota risulta aver prodotto (con unico documento) sia l’elenco dei contratti di gestione di impianti di pubblica illuminazione ed illuminazione votiva di cui era stata titolare nei tre esercizi finanziari precedenti la gara, sia l’elenco dei lavori relativi ad impianti di pubblica illuminazione ed illuminazione votiva eseguiti nel medesimo periodo.
Anche per quanto concerne il requisito della capacità economico-finanziaria il Rti appellante risulta aver fornito perlomeno un principio di prova, per entrambe le imprese partecipanti al Rti, alla luce di quanto al riguardo previsto dall’art. III.2.2 del bando: “*Essere in possesso dei requisiti di cui all’art. 83 comma 4 del Dlgs 50/2016 e, quindi, aver ottenuto un fatturato minimo annuo di impresa, riferito alla media degli ultimi tre esercizi finanziari, non inferiore a € 130.000,00. Per le associazioni temporanee di imprese di tipo orizzontale e per i consorzi il requisito deve essere posseduto dalla mandataria o da impresa consorziata nella misura minima del 40%; la restante percentuale è posseduta cumulativamente dalle mandanti o dalle altre imprese consorziate ciascuna nella misura minima del 10% di quanto richiesto all’intero raggruppamento. Si rinvia al disciplinare*”.
Quest’ultimo, a sua volta, all’art. I.2.2, lett. B) richiedeva “*Copia dei bilanci degli ultimi 3 esercizi finanziari antecedenti alla data di pubblicazione del bando di gara, con allegata attestazione di certificazione relativa ai bilanci chiusi in data antecedente al 1° gennaio 2015 da cui risulti un fatturato complessivo medio annuo non inferiore ad € 130.000,00 (Euro centotrentamila//00)*”.
Risulta infatti dagli atti che il Rti odierno appellante aveva depositato, ai fini della partecipazione alla gara, i bilanci della mandataria Electric Impianti System s.r.l. relativamente agli ultimi tre esercizi finanziari antecedenti la procedura concorrenziale, laddove la mandante – impresa individuale MR “*Impianti elettrici, elettronici ed automazioni di Meriano Raffaele*”, avvalendosi del regime di contabilità semplificata, aveva depositato tutte le fatture degli ultimi tre esercizi finanziari relativi al medesimo periodo. Risulta parimenti che il requisito della capacità finanziaria non è stato neppure oggetto di contestazione da parte della ricorrente Costruzioni Roberto & Reppucci s.r.l., nel precedente grado di giudizio.
Alla luce di quanto sopra, ritiene il Collegio che sussistano i presupposti – di cui al richiamato precedente – per disporsi il cd. soccorso istruttorio processuale, dovendo peraltro essere rinviato alla stazione appaltante l’assolvimento dei relativi incombenti.
In effetti, nel caso di specie la valutazione delle risultanze della documentazione prodotta dall’appellante nel corso del precedente grado di giudizio non può dirsi vincolata, involgendo profili di discrezionalità tecnica che sfuggono al sindacato del giudice amministrativo.
Infine, con il quarto motivo di gravame la sentenza appellata viene censurata nella parte in cui, in accoglimento del quarto motivo del ricorso di prime cure, dichiara che l’Ati odierna appellante andava comunque esclusa per avere presentato il progetto tecnico definitivo di un manufatto di contenimento del quadro elettrico principale in calcestruzzo ed acciaio di notevoli dimensioni, senza però allegarvi i calcoli strutturali e le relazioni prescritte ai sensi degli artt. 24ss. d.P.R. n. 207 del 2010.
Ad avviso dell’appellante, la sentenza non terrebbe in conto il fatto che, avuto riguardo all’oggetto della procedura di gara, la realizzazione in cemento armato del manufatto di contenimento del quadro elettrico principale non era richiesta a pena di esclusione e neppure costituiva requisito di partecipazione alla gara; piuttosto, il mancato deposito dei calcoli strutturali e del progetto di un gabbiotto per il quadro elettrico all’ufficio del Genio civile avrebbe al più potuto incidere sulla valutazione del punteggio attribuibile ad ogni singolo concorrente.
Il motivo è fondato.
Invero, non risulta dagli atti di causa che la *lex specialis* di gara prevedesse necessariamente la realizzazione di un manufatto in cemento armato – *a fortiori*, l’appellata Costruzioni Roberto & Reppucci s.r.l. avrebbe ipotizzato di realizzare una struttura in legno prefabbricato – di talché l’eventuale adeguatezza della documentazione allegata al relativo progetto – questione, peraltro, coinvolgente aspetti di discrezionalità amministrativa – non avrebbe potuto automaticamente tradursi in una causa di esclusione dalla gara, per di più senza che la stazione appaltante avesse preventivamente verificato la sussistenza o meno delle condizioni per un eventuale soccorso istruttorio.
Alla luce di quanto precede, l’appello va dunque parzialmente accolto, con conseguente annullamento dell’aggiudicazione definitiva in favore dell’appellante Electric Impianti System s.r.l. nonché dei precedenti atti di gara, sino alla fase di valutazione delle offerte, affinché la stazione appaltante possa disporre il soccorso istruttorio nei confronti dell’offerta del Rti appellante e successivamente valutarne gli esiti, con ogni conseguente determinazione di sua spettanza quanto al prosieguo della gara.
Ritiene inoltre il Collegio che la novità e complessità delle questioni esaminate giustifichi l’integrale compensazione, tra le parti, delle spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, parzialmente lo accoglie, nei termini di cui in motivazione.
Conseguentemente, in parziale riforma dell’appellata sentenza, dispone l’annullamento dell’aggiudicazione definitiva in favore della società Electric Impianti System s.r.l. nonché dei presupposti atti di gara sino alla fase di valutazione delle offerte, affinché la stazione appaltante possa disporre il soccorso istruttorio nei confronti del Rti appellante, con ogni successiva determinazione di sua competenza in merito agli esiti della gara.
Compensa integralmente tra le parti le spese di lite di entrambi i gradi di giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:
Francesco Caringella, Presidente
Roberto Giovagnoli, Consigliere
Claudio Contessa, Consigliere
Valerio Perotti, Consigliere, Estensore
Federico Di Matteo, Consigliere