

SENTENZE CONTRIBUTO DEL 15 FEBBRAIO

N. 00510/2016REG.PROV.COLL.
N. 09745/2015 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 9745 del 2015 proposto da:
Fondazione Teatro del Maggio Musicale Fiorentino, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, n. 12;

contro

Silva s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avv. Nico Moravia, con domicilio eletto in Roma, Via Bocca di Leone, n. 78;

nei confronti di

Fercam s.p.a., n.c.;

per la riforma

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, Sezione I, n. 1062 del 13 luglio 2015, resa tra le parti, concernente la gara per l'affidamento dei servizi di trasporti e facchinaggio.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Silva S.r.l., con la riproposizione dei motivi di ricorso non esaminati dal Tribunale amministrativo;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, del c.p.a.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 gennaio 2016 il Cons. Dante D'Alessio e uditi per le parti l'avvocato dello stato Angelo Vitale e l'avvocato Nico Moravia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- Risulta dagli atti che la Fondazione Teatro del Maggio Musicale Fiorentino ha indetto una gara, da aggiudicare con il criterio del prezzo più basso, per l'affidamento del servizio di facchinaggio e trasporti, di durata triennale, prorogabile per 18 mesi, di importo stimato pari ad €750.000 al netto della possibile proroga.

L'appalto è stato aggiudicato, con provvedimento n. 39 del 18 dicembre 2014, alla società Raffaello, classificatasi prima in graduatoria, che ha tuttavia rinunciato all'aggiudicazione, e poi, con delibera n. 1 del 21 gennaio 2015, alla seconda classificata Fercam s.p.a..

2.- La società Silva, che si era classificata al sesto posto nella graduatoria della gara, ha impugnato davanti al Tribunale amministrativo per la Toscana l'aggiudicazione della gara in favore della società Fercam, nonché tutti gli atti presupposti, incluso, in particolare, il capitolato di gara, sostenendone l'illegittimità.

3.- Il Tribunale amministrativo per la Toscana, Sezione I, con sentenza n. 1062 del 13 luglio 2015, ha prima respinto le eccezioni di inammissibilità sollevate con riferimento alla tardiva impugnazione della clausola del capitolato concernente il peso da attribuire all'offerta economica per i trasporti per le province di Roma e Milano e per il difetto di interesse della ricorrente, che si era classificata al sesto posto della graduatoria di gara, ed ha poi accolto il ricorso nel merito.

3.1.- Il Tribunale amministrativo, in particolare, ha ritenuto fondato il primo motivo del ricorso con il quale la società Silva aveva sostenuto che per le voci di costo relative ai trasporti su Roma e Milano i coefficienti previsti dal capitolato erano sproporzionati per eccesso rispetto all'incidenza dei trasporti stessi sull'intero appalto.

Infatti il dato storico esposto dalla ricorrente (non smentito dall'Amministrazione) indicava che «il corrispettivo dei trasporti per le province di Roma e Milano è pari all'1,54% dell'importo totale dell'appalto» e dagli atti emergeva «la macroscopica sproporzione tra la prevedibile incidenza (marginale), nell'economia complessiva dell'appalto, del valore del servizio su Roma e Milano e l'elevato punteggio attribuibile alla parte di ciascuna offerta riferita a detto servizio» che «ha comportato che il prestabilito criterio di valutazione, nell'applicazione concreta espressa nella contestata aggiudicazione, si è rivelato inidoneo alla individuazione dell'offerta più conveniente per la stazione appaltante in base alle sue obiettive esigenze istituzionali ed ha contraddetto la finalità propria della procedura di evidenza pubblica».

3.2.- Peraltro, ha aggiunto il Tribunale amministrativo, il valore non preponderante del corrispettivo dei trasporti per le province di Roma e Milano trova conferma nell'art. 1 del capitolato di gara che prevede l'affidamento in esclusiva solo per i servizi da effettuare entro la provincia di Firenze.

4.- La Fondazione Teatro del Maggio Musicale Fiorentino ha appellato l'indicata sentenza ritenendola erronea.

4.1.- In particolare la Fondazione appellante ha sostenuto che il Tribunale amministrativo erroneamente ha disatteso l'eccezione di inammissibilità del ricorso per la tardiva impugnazione della clausola contenuta negli atti di gara che riguardava l'elaborazione dell'offerta, tenuto anche conto che la società Silva, che aveva già svolto il servizio in questione fino al 2014, era ben in grado di valutare l'incidenza di tutte le voci di costo, compreso quelle relative ai trasporti fuori Firenze, specificate nel bando ai fini dell'offerta.

4.2.- La Fondazione appellante ha poi ritenuto erronea la decisione impugnata anche nella parte in cui ha affermato l'illogicità del coefficiente riguardante i trasporti su Roma e Milano, trattandosi di materia nella quale la stazione appaltante ha ampia discrezionalità e tenuto conto che il fatto che il servizio fuori dalla provincia di Firenze non è affidato in via esclusiva (art. 1 del capitolato) non significa che lo stesso costituisca una quota irrilevante nell'economia totale dell'appalto, con la conseguenza che i coefficienti dell'offerta economica devono ritenersi assolutamente proporzionati in relazione al tipo di gara indetta.

4.3.- La Fondazione appellante ha anche sostenuto che la decisione del Tribunale amministrativo si pone in contrasto con l'art. 11 del decreto-legge 8 agosto 2013, n. 91, convertito dalla legge 7 ottobre 2013, n. 112, che pone l'obbligo per le fondazioni di incrementare le coproduzioni degli allestimenti scenici, con il

conseguente aumento esponenziale del necessario trasporto del materiale nelle rispettive sedi di svolgimento degli spettacoli.

4.4.- All'appello si oppone la società Silva che ha anche riproposto gli altri motivi del ricorso di primo grado che sono stati assorbiti dal Tribunale amministrativo

5.- L'appello non è fondato e deve essere respinto.

5.1. – Per quanto riguarda la sostenuta tardività dell'impugnazione delle regole dettate dal capitolato per l'assegnazione del punteggio delle offerte pervenute, si deve osservare che, per principio pacifico, sussiste l'onere di immediata impugnazione delle clausole di un bando di gara quando le stesse impediscono o rendono ingiustificatamente più difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara, così violando i principi cardine delle procedure ad evidenza pubblica, tra cui quelli della concorrenza e della par condicio dei concorrenti (Cons. Stato, V. 18 giugno 2015, n. 3104). Si è anche affermato che deve essere riconosciuto carattere escludente non solo alle clausole che concernono i requisiti di partecipazione in senso stretto ma anche a quelle che impongono, ai fini della partecipazione, oneri manifestamente incomprensibili o sproporzionati, ovvero che impediscono o rendono impossibile il calcolo di convenienza tecnico o economico, ovvero che prevedono condizioni negoziali eccessivamente onerose o obiettivamente non convenienti, ovvero ancora che contengono gravi carenze circa i dati essenziali per la formulazione dell'offerta (fra le più recenti, Cons. Stato, III, 2 febbraio 2015, n. 491).

Si è quindi chiarito che, nelle gare pubbliche l'onere di immediata impugnazione del bando è circoscritto al caso della contestazione di clausole escludenti riguardanti i requisiti di partecipazione, che siano ostative all'ammissione dell'interessato, o, al più, impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura, dovendo le altre clausole essere ritenute lesive ed impuginate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva che definisce la procedura ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva.

Pertanto, di fronte ad una clausola ritenuta illegittima, ma non impeditiva della partecipazione, come quella di specie, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta o potenziale illegittimità della clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura di gara, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare (in termini, fra le più recenti: Cons. Stato, V. 12 novembre 2015, n. 5181).

Considerato che, nella fattispecie, come ha evidenziato il Tribunale amministrativo, la società Silva non ha sostenuto l'impossibilità di presentare un'offerta attendibile «ma ha evidenziato che il criterio di aggiudicazione prestabilito si era rivelato, ad esito del confronto tra i concorrenti, non idoneo ad individuare la migliore offerta e, quindi, a scegliere il miglior contraente, contrastando con il principio di proporzionalità e di ragionevolezza», il motivo deve essere respinto.

5.2.- Nel merito, si deve condividere quanto ha affermato il giudice di primo grado sull'evidente e ingiustificata sproporzione «tra la prevedibile incidenza (marginale), nell'economia complessiva dell'appalto, del valore del servizio su Roma e Milano e l'elevato punteggio attribuibile alla parte di ciascuna offerta riferita a detto servizio», rivelatosi poi decisivo per l'aggiudicazione della gara.

Né l'illogicità del coefficiente (eccessivo) riguardante i trasporti su Roma e Milano può essere giustificato facendo riferimento alla discrezionalità che ha in materia la stazione appaltante.

Nemmeno può avere rilievo, in senso contrario, il fatto che il servizio fuori dalla provincia di Firenze non è affidato in via esclusiva (art. 1 del capitolato), posto che comunque l'Amministrazione appellante non ha dimostrato (neanche in appello) le ragioni dell'assegnazione di un peso tanto rilevante (e decisivo ai fini dell'aggiudicazione) per la voce di costo riguardante i servizi di trasporto da effettuarsi su Roma e Milano.

5.3.- Infondato risulta poi anche il motivo con il quale la Fondazione appellante ha sostenuto che la decisione del Tribunale amministrativo si pone in contrasto con l'art. 11 (Disposizioni urgenti per il risanamento delle

fondazioni lirico-sinfoniche e il rilancio del sistema nazionale musicale di eccellenza) del decreto-legge 8 agosto 2013, n. 91 (Disposizioni urgenti per la tutela, la valorizzazione e il rilancio dei beni e delle attività culturali e del turismo) convertito dalla legge 7 ottobre 2013, n. 112, che pone l'obbligo per le fondazioni di incrementare le coproduzioni degli allestimenti scenici, con il conseguente aumento esponenziale del necessario trasporto del materiale nelle rispettive sedi di svolgimento degli spettacoli.

Il Tribunale amministrativo bene aveva osservato che «da un lato l'amministrazione non ha dato alcuna contezza dell'applicazione concreta data alla predetta legge nella programmazione dell'attività, dall'altro il dato storico relativo al pregresso periodo di vigenza della citata legge non mostra una maggiore incidenza del servizio sulle province di Roma e Milano».

6.- In conclusione, per gli esposti motivi, l'appello deve essere respinto e l'appellata sentenza del Tribunale amministrativo per la Toscana, Sezione I, 13 luglio 2015, n. 1062 deve essere integralmente confermata.

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

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la Fondazione Teatro del Maggio Musicale Fiorentino al pagamento di €3.000 (tremila) in favore della resistente Silva S.r.l. per le spese e competenze del grado di appello.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Giulio Castriota Scanderbeg, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere, Estensore

Andrea Pannone, Consigliere

Vincenzo Lopilato, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 08/02/2016

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria
Sezione Staccata di Reggio Calabria
ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 305 del 2014, proposto dalla società Sisto Giuseppe Costruzioni a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Domenico Zito, con domicilio eletto presso l'avv. Antonio Pizzone in Reggio Calabria, Via V. Veneto 58;

contro

Comune di Varapodio in persona del Sindaco p.t. , rappresentato e difeso dall'avv. Ettore Tigani, con domicilio eletto presso l'avv. Gianpaolo Catanzariti in Reggio Calabria, Via del Gelsomino N. 37;

nei confronti di

Monteleone S.r.l., Euroelettra S.n.c.;

per l'annullamento

- della determinazione del Responsabile del Settore Lavori Pubblici del Comune di Varapodio n° 75 del 1° aprile 2014, spedita con lettera raccomandata in data 2 aprile 2014, n. prot. 1270, e notificata alla ricorrente in data 3 aprile 2014;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale nonché per l'aggiudicazione dell'appalto in capo alla ricorrente, in via subordinata, per il risarcimento dei danni e pagamento dell'indennizzo.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Varapodio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2016 il dott. Filippo Maria Tropiano e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La Sisto Costruzioni Giuseppe srl (di seguito solo la "Sisto") ha impugnato la determinazione, in epigrafe indicata, assunta dal competente ufficio del Comune di Varapodio, a mezzo della quale sono stati motivatamente revocati gli atti della gara de qua, onde demandare lo svolgimento della selezione alla Centrale Unica di committenza previa pubblicazione di un nuovo bando.

La Sisto agisce altresì per l'ottenimento dell'aggiudicazione definitiva in proprio favore ed in subordine per il risarcimento del danno.

Nei fatti è accaduto quanto segue.

La selezione, indetta con determinazione del Comune di Varapodio n. 175 del 15 novembre 2013, aveva ad oggetto l'appalto dei lavori di "*intervento di riqualificazione energetica ed illuminotecnica della rete di illuminazione del Comune di Varapodio*".

Ammesse tutte le dieci offerte presentate ed espletata a cura della stazione appaltante la procedura di esclusione ex art. 86 comma 4 del Codice dei Contratti, si è proceduto all'aggiudicazione provvisoria in favore dell'impresa Monteleone srl; la stessa offerta della ricorrente è stata coinvolta dal cd. meccanismo del "*taglio delle ali*".

La Sisto, assumendo irregolarità nell'operato della Commissione, ha inoltrata istanza di accesso agli atti di gara con richiesta del 30 dicembre 2013; ostensione consentita di fatto in data 13 gennaio 2014 ed esitata in una nota critica datata 14 gennaio 2014, con la quale la ricorrente ha proposto talune osservazioni in merito all'aggiudicazione provvisoria nonché in ordine a dedotte illegittimità in cui sarebbe incorso l'operato della Commissione giudicatrice.

Tuttavia, con delibera di Giunta Comunale n. 20 del 21 gennaio 2014, il Comune intimato ha deliberato un

atto di indirizzo onde revocare gli atti di gara e provvedere alla pubblicazione di un nuovo bando da affidare alla Centrale Unica di Committenza.

E' stata così adottata l'impugnata delibera n. 75 dell'1 aprile 2014 con cui sono stati revocati in autotutela tutti gli atti di gara espletati ed è stato altresì disposto di provvedere alla pubblicazione del un nuovo bando. La Sisto lamenta l'erroneità della revoca ed assume che, laddove la procedura si fosse regolarmente sviluppata, essa ricorrente sarebbe divenuta la vincitrice della selezione.

Si è costituito il Comune di Varapodio con memoria depositata il 19 maggio 2014, contestando il ricorso e chiedendone il rigetto.

Con ordinanza n. 155/2014, resa alla camera di consiglio del 22 maggio 2014, il Collegio ha rigettato la domanda di sospensione.

All'udienza pubblica del 14 gennaio 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

Il ricorso non può essere accolto

Come già osservato seppur brachilogicamente dal Giudice della cautela, è assunto consolidato che:

“-nelle gare pubbliche d'appalto l'aggiudicazione provvisoria è atto endoprocedimentale che determina una scelta non ancora definitiva del soggetto aggiudicatario, con la conseguenza che la possibilità che ad un'aggiudicazione provvisoria non segua quella definitiva è un evento del tutto fisiologico, disciplinato dagli artt. 11 comma 11, 12 e 48 comma 2, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, inidoneo di per sé a ingenerare qualunque affidamento tutelabile ed obbligo risarcitorio, qualora non sussista nessuna illegittimità nell'operato dell'Amministrazione, a prescindere dall'inserimento nel bando di apposita clausola che preveda l'eventualità di non dare luogo alla gara o di revocarla (C.d.S., III, 28 febbraio 2014, n. 942; 26 settembre 2013, n. 4809);

- la natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili tipica dell'aggiudicazione provvisoria non consente, quindi, di applicare nei suoi riguardi la disciplina dettata dagli artt. 21 quinquies e 21 nonies della legge n. 241/1990 in tema di revoca e annullamento d'ufficio (C.d.S., V, 20 agosto 2013, n. 4183): la revoca dell'aggiudicazione provvisoria (ovvero, la sua mancata conferma) non è, difatti, qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario, dal momento che l'aggiudicazione provvisoria non è l'atto conclusivo del procedimento: sicché nei relativi casi nessun pregio ha la censura di carenza esplicitazione delle ragioni di pubblico interesse sottese alla revoca (V, 20 aprile 2012, n. 2338);

- fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva rientra, dunque, nel potere discrezionale dell'Amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara (VI, 6 maggio 2013, n. 2418);

- inoltre, la determinazione di non giungere alla naturale conclusione della gara che sia intervenuta nella fase dell'aggiudicazione provvisoria, fase in cui non si è determinato alcun affidamento qualificato neppure in capo all'aggiudicatario provvisorio (titolare tutt'al più di una mera aspettativa di fatto), non obbliga la Stazione appaltante ad alcuna comunicazione di avvio del procedimento, né all'aggiudicatario provvisorio, né a maggior ragione alle ditte escluse dalla gara stessa (V, 18 luglio 2012, n. 4189);

- che pure dopo l'aggiudicazione definitiva non è precluso all'Amministrazione appaltante di revocarla, in presenza di un interesse pubblico concreto specificamente indicato nella motivazione del provvedimento di autotutela (C.d.S., III, 26 settembre 2013, n. 4809; 11 luglio 2012, n. 4116);

- che l'Amministrazione, invero, è notoriamente titolare del generale potere, riconosciuto dall'art. 21 quinquies della legge n. 241/1990, di revocare un proprio precedente provvedimento amministrativo per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, oppure nel caso di un mutamento della situazione di fatto, o infine di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario;” (Cons. Stato, Sez. V, 23.10.2014 n. 5266).

Alla luce di tali principi consolidati ed in ragione della circostanza (peraltro espressamente riconosciuta nel corpo dell'ordinanza del 22.05.2014) che nel provvedimento di ritiro l'amministrazione, *ad abundantiam*, ha esposto i motivi che hanno comportato la mancata conclusione della procedura di aggiudicazione, ne deriva che la motivazione assunta dall'Amministrazione (“con particolare riguardo alla scelta di indire un nuovo bando di gara attraverso la centrale unica di committenza, in cui schema di convenzione è stato approvato con delibera del consiglio comunale n. 7 del 23.03.2013”) non appare manifestamente illogica, né irragionevole o contraddittoria.

D'altro canto, se è vero che lo stesso aggiudicatario provvisorio, in una circostanza di tal fatta, non vanta alcun diritto all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, a maggior ragione ciò vale per il mero partecipante che aspira a divenire l'aggiudicatario provvisorio, quale è stata di fatto la Sisto.

Né si può seguire la prospettazione difensiva offerta dall'istante, la quale esige dal Tribunale una riformulazione dei giudizi tecnici operati dalla Commissione, all'esito dei quali (a detta della ricorrente) sarebbe possibile ipotizzare la vittoria della gara proprio da parte della Sisto; trattandosi con tutta evidenza di una valutazione basata su di una prognosi postuma del tutto sottratta ai poteri del Giudicante e comunque, come detto, superata dalla revoca della gara siccome disposta in maniera apparentemente legittima ed immune da vizi macroscopici di sorta.

Ne consegue il rigetto di tutte le domande proposte con l'atto introduttivo, compresa la domanda risarcitoria per equivalente, non potendosi neppure astrattamente profilare una qualsivoglia responsabilità in capo alla Stazione appaltante.

Invero anche l'ipotetica configurabilità di una responsabilità precontrattuale da colposo intrattenimento in selezione inutile, sulla falsariga della fattispecie civilistica di cui all'art. 1337 c.c., urta contro l'ostacolo logico costituito sia dalla apparente legittimità dell'atto di autotutela sia soprattutto dalla impossibilità (come sopra specificata) di configurare un affidamento qualificato in capo alle partecipanti alla gara.

Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria Sezione Staccata di Reggio Calabria definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna la ricorrente a rifondere le spese di lite in favore del Comune di Varapodio che si liquidano in complessivi € 1.500,00 oltre IVA e CPA come per legge.

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

Così deciso in Reggio Calabria nella camera di consiglio del giorno 14 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Roberto Politi, Presidente

Filippo Maria Tropiano, Referendario, Estensore

Donatella Testini, Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 10/02/2016

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 7039 del 2015, proposto da:

GADOMed s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Angelo Clarizia e dall'Avv. Giuseppe Inglese, con domicilio eletto presso lo stesso Avv. Angelo Clarizia in Roma, via Principessa Clotilde, n. 2;

contro

Gambro Hosal s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Alberto Della Fontana, con domicilio eletto presso l'Avv. Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

nei confronti di

ARS – Agenzia Regionale Sanitaria Liguria, in persona del Direttore Generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'Avv. Gabriele Pafundi e dall'Avv. Gerolamo Taccogna, con domicilio eletto presso l'Avv. Gabriele Pafundi in Roma, viale Giulio Cesare, n. 14/4;

Bellco s.r.l., non costituita;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. LIGURIA - SEZIONE II - n. 621 del 3 luglio 2015, resa tra le parti, concernente l'affidamento della fornitura in *service* di trattamenti depurativi extra-corporei per la cura dell'uremia occorrenti alle AA.SS.LL. e agli IRCCS della Regione Liguria per un periodo di tre anni.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio di Gambro Hosal s.p.a. e dell'ARS – Agenzia Regionale Sanitaria Liguria;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2016 il Cons. Massimiliano Noccelli e uditi per l'odierna appellante l'Avv. Angelo Clarizia, l'Avv. Giuseppe Inglese, l'Avv. Alberto Della Fontana e l'Avv. Gabriele Pafundi;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Con determinazione n. 86 del 28.4.2014 il Direttore dell'Area Centrale Regionale di Acquisto dell'ARS – Agenzia Regionale Sanitaria Liguria (di qui in avanti, per brevità, ARS Liguria) ha indetto un gara a procedura aperta, ai sensi dell'art. 55 del d. lgs. **163/2006**, per l'affidamento della fornitura *in service* dei trattamenti depurativi extra-corporei per la cura dell'uremia occorrenti alle AA.SS.LL. e IRCCS della Regione Liguria per un periodo di tre anni.

1.1. Secondo quanto disposto dall'art. 9 del capitolato tecnico, l'aggiudicazione del lotto 1, avente ad oggetto la fornitura di trattamenti di “*Tecniche diffusive*” e “*Tecniche convettive miste*” per un importo annuale – IVA esclusa – di €4.200.000,00, sarebbe avvenuta in base ai principi dell'accordo quadro, ai sensi dell'art. 59 del d. lgs. **163/2006**, con aggiudicazione, rispettivamente, del 70% al primo classificato e del 30% al secondo classificato.

1.2. L'esito della gara, per il lotto 1, vedeva quale prima classificata GADOMed s.r.l., quale seconda classificata Bellco s.r.l. e, infine, al terzo posto Gambro Hosal s.p.a., sicché ARS Liguria, con provvedimento n. 112 dell'11.5.2015, ha aggiudicato la fornitura, nella misura prevista del 70%, alla prima classificata GADOMed s.r.l.

2. Quest'ultima, odierna appellata, assumendo l'illegittimità degli atti con i quali ARS Liguria ha disposto l'ammissione di GADOMed s.r.l. alla gara e, poi, le ha aggiudicato il primo posto nel lotto 1 della fornitura, ha impugnato avanti al T.A.R. Liguria tali atti, chiedendone, previa sospensione, l'annullamento, l'aggiudicazione nella quota di fornitura già assegnata a GADOMed s.r.l. o, in subordine, il risarcimento del danno in forma equivalente.

2.1. Si sono costituite in primo grado ARS Liguria e GADOMed s.r.l., controinteressata, per resistere al ricorso.

2.2. Il T.A.R. Liguria, con la sentenza n. 621 del 3.7.2015 resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 c.p.a., ha accolto il primo motivo di ricorso, relativo all'accertata indeterminazione del contratto di avvalimento tra GADOMed s.r.l. e Fresenius Medical Care Italia s.p.a., annullando gli atti di gara, nella parte concernente l'ammissione di GADOMED s.r.l. alla gara e l'aggiudicazione definitiva della fornitura disposta in suo favore, e ha condannato ARS Liguria e GADOMED s.r.l., in solido, alla rifusione delle spese di lite in favore della ricorrente.

3. Contro tale sentenza propone appello GADOMed s.r.l., assumendone l'erroneità per tre distinti motivi che saranno di seguito esaminati, e ne chiede, previa sospensione, la riforma, con conseguente reiezione del ricorso proposto in primo grado da Gambro Hosal s.p.a.

3.1. Si è costituita l'ARS Liguria, aderendo al gravame proposto da GADOMed s.r.l., e si è costituita altresì Gambro Hosal s.p.a., per resistere, invece, ad esso e per riproporre, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., i motivi (implicitamente) assorbiti o, comunque, non esaminati dal primo giudice.

3.2. Nella camera di consiglio del 10.9.2015, fissata per l'esame della domanda cautelare di cui all'art. 98 c.p.a., il Collegio, ritenuto di dover decidere con sollecitudine la controversia nel merito, l'ha rinviata per la discussione alla pubblica udienza del 21.1.2016.

3.3. Nella pubblica udienza del 21.1.2016 il Collegio, uditi i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

4. Preliminarmente deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità della costituzione di ARS Liguria, sollevata dall'appellata Gambro Hosal s.p.a., la quale assume che l'Amministrazione, soccombente in primo grado e costituitasi nel presente grado di giudizio incardinato da altra soccombente (GADOMed s.r.l.), avrebbe dovuto proporre rituale appello, principale o incidentale, non essendole consentito di proporre, attraverso la costituzione nel presente giudizio, censure che avrebbe dovuto dedurre e introdurre attraverso la proposizione del necessario gravame.

4.1. L'eccezione, così formulata e intesa, non merita accoglimento.

4.2. Questo Consiglio ha di recente chiarito, infatti, che l'Amministrazione resistente in prime cure che non intenda appellare la sentenza che l'ha vista soccombente né proporre proprie censure specifiche e diverse da quelle proposte da un'altra parte soccombente che invece tale sentenza impugni, «*ben può limitarsi a costituirsi in secondo grado aderendo all'iniziativa giurisdizionale proposta dall'originario controinteressato, non essendo obbligata a proporre appello incidentale o autonomo per prendere parte al processo d'appello*» (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 23.3.2015, n. 1559) se, come nel caso di specie, essa è stata evocata in giudizio e non ha proposto intervento adesivo in elusione dell'onere di utilizzare quale strumento di impugnazione il rimedio appellatorio sancito dall'art. 102, co. 1, c.p.a.

Né si realizza, ammettendo tale costituzione, alcun aggiramento del termine impugnatorio a carico della parte soccombente, poiché quest'ultima non introduce nel giudizio di appello alcun *thema decidendum* diverso da quello ritualmente devoluto alla cognizione del secondo giudice da parte di altra parte soccombente, dovendosi altrimenti ammettere che essa sia tenuta, per interloquire in secondo grado, a "duplicare" l'impugnazione già proposta da altra parte, in modo del tutto irragionevole.

4.3. Diversa, invece, e non assimilabile al caso di specie è l'ipotesi del controinteressato o dell'Amministrazione soccombenti nel giudizio di primo grado, che abbiano interesse all'annullamento della relativa sentenza, per quanto attiene, sul piano soggettivo, alla propria specifica posizione (scindibile dalle altre), o intendano proporre, sul piano oggettivo (e, quindi, anche in caso di rapporti inscindibili), proprie specifiche censure, poiché essi devono in tali ipotesi impugnare la sentenza ritualmente, in via autonoma od in via incidentale dopo l'altrui impugnazione proposta per prima, non potendo eludere tale onere mediante la mera costituzione nel giudizio promosso da un altro soccombente e con il successivo deposito di una memoria, peraltro non notificata e dunque inammissibile (v., *inter multas*, Cons. St., sez. III, 28.10.2013, n. 5174).

4.4. Di qui, per le ragioni e secondo i limiti appena precisati, la validità della costituzione effettuata dall'Amministrazione appellata nel presente grado di giudizio, nella misura in cui essa non introduce, né intenda introdurre, censure nuove rispetto a quelle sollevate dall'appellante, salva naturalmente ogni

conseguenza processuale, anche in ordine alla rifusione delle spese (come si dirà), dell'atteggiamento difensivo assunto nel costituirsi nel giudizio di gravame da altri incardinato.

5. L'appello nel merito non può trovare accoglimento.

6. Con un primo motivo (pp. 10-18 del ricorso) l'appellante deduce l'erroneità della sentenza resa in forma semplificata dal T.A.R., quanto alla declaratoria di manifesta fondatezza del ricorso proposto da Gambro Hospal s.p.a., per *error in iudicando*, carenza di motivazione, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 49 del d. lgs. **163/2006** e dell'art. 88 del d.P.R. 207/2010.

6.1. GADOMed s.r.l., in sintesi, deduce che il contratto di avvalimento, oggetto del giudizio, non sarebbe affatto generico, come invece ha ritenuto il primo giudice, perché tale contratto conterrebbe l'esatta indicazione dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali, dei quali l'ausiliata interebbe valersi, senza considerare che, peraltro, Fresenius Medical Care s.p.a. ha offerto a GADOMed s.r.l. un supporto concreto e sostanziale, avendo messo a disposizione i propri mezzi, le proprie prassi produttive e i propri elementi aziendali qualificanti, tanto che GADOMed s.r.l., in virtù del contratto di distribuzione esclusiva stipulato con Fresenius Medical Care Italia s.p.a., ha offerto in gara prodotti fabbricati dalla stessa Fresenius Medical Care Italia s.p.a. nonché il servizio di assistenza tecnico e manutentivo tramite personale addestrato da Fresenius Medical Care Italia s.p.a. nell'ambito di un rapporto di collaborazione costante e durevole nel tempo.

6.2. Il primo giudice non avrebbe così compreso che null'altro Fresenius Medical Care Italia s.p.a. avrebbe potuto trasferire a GADOMed s.p.a., in termini di risorse e mezzi, oltre ai prodotti oggetto di fornitura, nonché alla formazione, all'addestramento, alle procedure operative e alla collaborazione per la correlata assistenza.

6.3. Così ragionando, pertanto, il T.A.R. avrebbe offerto del contratto e, più, in generale dell'offerta, una lettura astratta e formalistica, decontestualizzata dal caso di specie, senza considerare appunto, nel suo sostanziale significato economico, la complessiva offerta presentata in gara dal concorrente.

6.4. Il tema di decisione centrale del presente giudizio, che ancora una volta torna all'attenzione di questo Consiglio, è la *vexata quaestio* della validità o meno, sotto il profilo della determinatezza, del contratto di avvalimento.

6.5. Senza qui di nuovo ripetere e ripercorrere, per obbligo di sintesi (art. 3, comma 2, c.p.a.), tutto il percorso interpretativo che ha caratterizzato la complessa materia, valga qui ricordare l'approdo ermeneutico al quale è pervenuta, talvolta non senza interni contrasti, la giurisprudenza di questo Consiglio.

6.6. Benché il contratto di avvalimento non possa essere ricondotto ad alcuna specifica tipologia, tanto che ne è stata più volte ribadita la sua atipicità lasciata all'autonomia negoziale delle parti, la prova dell'effettiva disponibilità delle risorse dell'ausiliario da parte dell'ausiliato comporta, però, la necessità che il contrasto si sostanzi in relazione alla natura ed alle caratteristiche del singolo requisito, e ciò soprattutto nei settori dei servizi e delle forniture, dove non esiste un sistema di qualificazione a carattere unico ed obbligatorio, come accade per gli appalti di lavori, ed i requisiti richiesti vengono fissati di volta in volta dal bando di gara.

6.7. Le regole dettate dall'art. 49 del d. lgs. **163/2006** e dall'art. 88 del d.P.R. 207/2010 in materia di avvalimento, pur finalizzate a garantire la serietà, la concretezza e la determinatezza di questo, non devono, quindi, essere interpretate meccanicamente né secondo aprioristici schematismi concettuali, che non tengano conto del singolo appalto e, soprattutto, frustrando la sostanziale disciplina dettata dalla *lex specialis* (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 4.12.2014, n. 5978; Cons. St., sez. III, 2.3.2015, n. 1020).

6.8. Poste queste fondamentali premesse, che si ispirano ad un criterio sostanzialistico di recente recepito anche dal d.l. 90/2014, come si accennerà esaminando, *infra*, il secondo motivo di appello, deve pur rammentarsi che, per altrettanto consolidata giurisprudenza di questo Consiglio, è insufficiente allo scopo assegnato all'avvalimento la sola e tautologica riproduzione, nel testo dei relativi contratti, della formula legislativa della messa a disposizione delle "*risorse necessarie di cui è carente il concorrente*" o espressioni equivalenti, con la conseguenza che è legittima l'esclusione dalla gara pubblica dell'impresa che abbia fatto ricorso all'avvalimento producendo un contratto che non contiene alcuna analitica e specifica elencazione o indicazione delle risorse e dei mezzi in concreto prestati.

6.9. L'esigenza di una puntuale analitica individuazione dell'oggetto del contratto di avvalimento, oltre ad avere un sicuro ancoraggio sul terreno civilistico nella generale previsione codicistica che configura quale causa di nullità di ogni contratto l'indeterminatezza (e l'indeterminabilità) del relativo oggetto, trova la propria essenziale giustificazione funzionale, inscindibilmente connessa alle procedure contrattuali pubbliche, nella necessità di non consentire facili e strumentali aggiramenti del sistema dei requisiti di partecipazione alle gare (Cons. St., sez. V, 30.11.2005, n. 5396).

6.10. Nelle gare pubbliche elemento essenziale dell'istituto dell'avvalimento, infatti, è la reale messa a

disposizione delle risorse umane e dei beni strumentali occorrenti per la realizzazione dei lavori o dei servizi oggetto di gara, con conseguente obbligo per l'impresa ausiliata di presentare alla stazione appaltante l'elencazione dettagliata dei fattori produttivi, in modo da consentirle di conoscere la consistenza del complesso economico-finanziario e tecnico-organizzativo offerti in prestito dall'ausiliaria e di valutare la loro idoneità all'esecuzione dell'opera (Cons. St., sez. V, 28.9.2015, n. 4507).

6.11. Orbene, tutto ciò considerando, la conclusione del T.A.R. ligure in ordine alla indeterminatezza del contratto di avvalimento va immune da censura.

6.12. Il contratto di avvalimento (doc. 11 fasc. parte appellante), infatti, prevede espressamente ed esclusivamente che *«in relazione alla gara per l'affidamento di “Procedura aperta per la fornitura in service di trattamenti depurativi extra-corporei per la cura dell'uremia” bandita da ARS Centro Regionale di Acquisto di Genova, la società Fresenius Medical Care Italia s.p.a., nella sua qualità di impresa ausiliaria, si impegna a mettere a disposizione di GADOMED, ai fini della partecipazione alla gara nonché per l'esecuzione della stessa in caso di aggiudicazione, i requisiti economici finanziari e tecnico professionali in suo possesso di cui alla lettera b) delle premesse»*.

6.13. La lettera b) delle premesse, a sua volta, si limita a ricordare che *«la gara in questione prevede che il concorrente sia in possesso dei requisiti economico finanziari indicati a pag. 4 rif. a disciplinare di gara (punti 8 dell'istanza di partecipazione Allegato F1) nonché dei requisiti tecnico professionali (punto 9 dell'istanza di partecipazione Allegato F1)»*.

6.14. È evidente che una simile formulazione del contratto non sfugge alla censura di indeterminatezza, nell'oggetto, che contrasta con la finalità del medesimo contratto, come sopra ricordata, poiché dalla sua lettura non è dato comprendere, nemmeno adottando un'interpretazione improntata ai più latenti criteri sostanzialistici di cui si è fatto cenno, quali siano in concreto le risorse, i mezzi e l'apparato organizzativo che Fresenius Medical Care Italia s.p.a. mette a disposizione di GADOMED s.r.l.

6.15. Né giova a quest'ultima richiamare il contratto di distribuzione esclusiva stipulato con Fresenius Medical Care Italia s.p.a., non menzionato, nemmeno *per relationem*, nel contratto di avvalimento, poiché in assenza di ulteriori determinazioni, in quest'ultimo, circa i concreti rapporti esistenti tra le parti e il loro assetto organizzativo vano è ora invocare tardivamente, in questa sede, un non meglio precisato *«contesto dei rapporti che integra fisiologicamente il contratto di avvalimento e delinea il quadro complessivo delle relazioni esistente tra ausiliaria e concorrente»* (p. 16 del ricorso).

6.16. Tale contesto non può integrare “fisiologicamente” il contenuto dell'avvalimento non solo perché esso è un elemento esterno al contratto, ma perché di esso non vi è traccia nel contratto stesso, che nemmeno lo richiama *per relationem*, sicché attraverso l'invocata interpretazione sostanzialistica si perverrebbe, surrettiziamente, ad una eterointegrazione dello stesso, che ne conferma una volta di più, anziché sanarne, la irrimediabile lacunosità.

6.17. La delibazione effettuata del primo giudice, pertanto, non è in alcun modo atomistica né formalistica, ma anzi, nel prendere in esame persino il contratto di distribuzione esclusiva, nemmeno menzionato nel contratto di avvalimento, si è fatta carico di una interpretazione sostanzialistica dell'offerta, nel suo significato economico, al fine di valutarne, secondo un criterio di sostanza, la concretezza, ed è stata ampia, precisa e rigorosa, giungendo alla irrimediabile, e condivisibile, conclusione che il contenuto del contratto di avvalimento è e rimane, nonostante tutto e ad onta di ogni più elastica valutazione, generico, in violazione sia dell'art. 1346 c.c. che dell'art. 49 del d. lgs. **163/2006** (e dell'art. 88 del d.P.R. 207/2010).

6.18. Ne segue, quindi, la reiezione del primo motivo di appello qui proposto.

7. Anche il secondo motivo di gravame (pp. 18-24 del ricorso) è infondato.

7.1. Con esso l'appellante, denunciando la violazione dell'art. 112 c.p.c., tenta di sostenere che la presunta insufficienza del contratto poteva e doveva essere sanata dal T.A.R., che non si è pronunciato sulla relativa questione postagli da GADOMED s.r.l., tramite il c.d. soccorso istruttorio, di cui all'art. 46, comma 1, del d. lgs. **163/2006**, richiamato dal paragrafo 4, p. 6, del disciplinare di gara o, comunque, con l'applicazione degli artt. 46, comma 1-ter, e 38, comma 2-bis, del d. lgs. **163/2006**, come modificati dal d.l. 90/2014 e vigenti dal 24.6.2014 e, quindi, applicabili *ratione temporis* alla gara in oggetto, siccome da ultimo pubblicata in G.U.U.E. del 26.7.2014 e in G.U.R.I. del 25.7.2014 (docc. 2 e 3 fasc. parte ricorrente in primo grado).

7.2. Il motivo, in entrambi i profili qui prospettati, non merita condivisione.

7.3. Quanto al primo profilo, infatti, l'appellante trascura che il documento non era né mancante né incompleto, sul piano materiale, ma generico e inadatto dal punto di vista contenutistico, quanto, cioè, ad uno dei requisiti del contratto richiesti a pena di nullità e, cioè, l'oggetto, ai sensi dell'art. 1346 e dell'art. 1418, comma secondo, c.c., sicché a tale indeterminatezza dell'oggetto, con conseguente genericità dell'offerta, non può ovviarsi con il soccorso istruttorio.

7.4. Tanto ha autorevolmente insegnato, con funzione nomofilattica, l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio nella sentenza n. 9 del 25.2.2014, laddove ha chiarito che esso «non può essere mai utilizzato per supplire a carenze dell'offerta sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di errori materiali o refusi».

7.5. In questo senso, conforme all'insegnamento dell'Adunanza Plenaria, si è del resto espressa anche questa Sezione in numerosi precedenti proprio relativi al contratto di avvalimento indeterminato, rispetto al quale essa ha più volte, e sotto diversi profili, negato la legittimità del soccorso istruttorio (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. III, 22.1.2014, n. 294 nonché, più di recente, Cons. St., sez. III, 17.12.2015, n. 5703).

7.6. Quanto al secondo profilo dedotto nel motivo è sufficiente rilevare che la disciplina recata dal d.l. n. 90 del 2014 è inapplicabile *ratione temporis* in quanto il bando è stato pubblicato per la prima volta nel maggio del 2015, risultando irrilevanti, *in parte qua*, le integrazioni alla legge di gara successive all'entrata in vigore del menzionato d.l. n. 90

7.7. Ne segue, quindi, anche l'infondatezza del secondo motivo.

8. Deve essere respinto anche il terzo motivo (pp. 24-26 del ricorso), con il quale l'appellante lamenta la violazione dell'art. 60 c.p.a. da parte del T.A.R. per aver esso assunto la causa in decisione in difetto di uno dei presupposti previsti da tale disposizione e, cioè, la «completezza dell'istruttoria», poiché il primo giudice, attivando i propri poteri officiosi di acquisizione documentale, avrebbe potuto e dovuto acquisire gli elementi utili a dimostrare che il contratto di avvalimento non era affatto generico, tenuto conto dell'offerta presentata da GADOMed s.r.l. e di tutte le allegazioni e le produzioni effettuate da essa in primo grado.

8.1. Il motivo è anch'esso destituito di fondamento.

8.2. Anche prescindendo infatti dal rilievo, decisivo, che la difesa di GADOMed s.r.l., ritualmente avvertita ai sensi dell'art. 60 c.p.a., nulla ha opposto circa la decisione in forma semplificata da parte del T.A.R. né ha rappresentato alcuna necessità istruttoria al Collegio, valga qui rilevare che ciò che non è consentito in sede procedimentale, attraverso l'illegittimo utilizzo del soccorso istruttorio, per le ragioni vedute, a maggior ragione non lo è in sede processuale, poiché i poteri officiosi del giudice non possono certo supplire alle insanabili lacune dell'offerta presentata da GADOMed s.r.l., venendo altrimenti essi a concretizzare una forma di soccorso istruttorio, da parte del giudice, non solo illegittima sul piano sostanziale, dacché altera la *par condicio* dei concorrenti, ma anche sul piano processuale, poiché vulnera il principio di parità delle armi tra le parti.

8.3. Non vi è pertanto alcuna incompletezza dell'istruttoria, al contrario di quanto sostiene l'appellante, sicché la violazione, qui lamentata, dell'art. 60 c.p.a. è del tutto destituita di fondamento, non ravvisando il Collegio alcun *error in procedendo* qui denunciato.

8.4. Anche tale motivo, quindi, va disatteso.

9. L'infondatezza dell'appello, nei suoi tre motivi di doglianza, esime il Collegio dall'obbligo di scrutinare i due motivi non esaminati dal primo giudice (e, cioè, il secondo e il terzo motivo dell'originario ricorso) e qui riproposti, ai sensi dell'art. 101, comma 2, c.p.a., dall'appellata Gambro Hospital s.p.a. nella propria memoria difensiva di costituzione (pp. 24-32).

9.1. L'indeterminatezza del contratto di avvalimento, ritenuta dal primo giudice, ragione fondante l'accoglimento del primo motivo ricorso, proposto in primo grado, e qui confermata, costituisce infatti motivo in sé convincente e pienamente autosufficiente a giustificare l'esclusione di GADOMed s.r.l. dalla gara, con conseguente irrilevanza, sul piano giuridico, degli ulteriori motivi qui riproposti dall'odierna appellata, alla luce del consolidato principio secondo cui, ove l'atto impugnato (provvedimento o sentenza) sia legittimamente fondato su una ragione di per sé sufficiente a sorreggerlo, diventano irrilevanti, per difetto di interesse, le ulteriori censure dedotte dal ricorrente in primo grado (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. IV, 14.12.2015, n. 5663).

9.2. Nel processo amministrativo, infatti, la sentenza di primo grado fondata su una pluralità di ragioni tra loro autonome, ciascuna delle quali di per sé idonea a supportare la parte dispositiva del provvedimento, è legittima e non può essere annullata se anche solo una di esse resista all'impugnazione, atteso che l'accertata legittimità di un capo autonomo della decisione, come nel caso di specie, implica la perdita d'interesse del ricorrente all'esame delle altre doglianze (v., *ex plurimis*, Cons. St., sez. V, 1.8.2015, n. 3773).

10. In conclusione, per le ragioni esposte, l'appello di GADOMed s.r.l. deve essere respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata, rimanendo assorbite, per la loro irrilevanza, tutti i motivi di primo grado riproposti da Gambro Hospital s.p.a. nella propria memoria difensiva.

11. Le spese del presente grado di giudizio, liquidate in dispositivo, seguono la soccombenza dell'odierna appellante GADOMed s.r.l. e dell'ARS Liguria, costituitasi per sostenere la fondatezza dell'appello da questa

proposto.

11.1. A carico di GADOMed s.r.l., sempre per il principio della soccombenza (codificato, per quanto qui rileva, dall'art. 13, comma 6-bis.1., del d.P.R. 115 del 30.5.2002), resta il contributo unificato corrisposto per la proposizione del gravame.

11.2. GADOMed s.r.l. e ARS Liguria sono tenute, altresì, in solido a rimborsare in favore di Gambro Hospal s.p.a. il contributo unificato anticipato da questa per la proposizione del ricorso avanti al T.A.R., laddove già non restituito, all'esito del giudizio di primo grado – e siccome nel caso di specie disposto, peraltro, *expressis verbis* anche dalla sentenza impugnata nella parte dispositiva – in forza della loro obbligazione *ex lege* (v., *inter multas*, Cons. St., sez. V, 23.6.2014, n. 3153; Cons. St., sez. IV, 10.2.2014, n. 625; Cons. St., sez. III, 1.8.2011, n. 4596).

P.Q.M.

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

Condanna GADOMed s.r.l. e ARS – Agenzia Regionale Sanitaria Liguria, in solido fra loro, a rifondere in favore di Gambro Hospal s.p.a. le spese del presente grado di giudizio, che liquida in €6.000,00, oltre accessori come per legge (I.V.A., C.P.A. e 15% a titolo di rimborso di spese generali).

Condanna in solido GADOMed s.r.l. e ARS – Agenzia Regionale Sanitaria Liguria a rimborsare in favore di Gambro Hospal s.p.a., laddove già non restituito, il contributo unificato anticipato da questa per la proposizione del ricorso in primo grado.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere, Estensore

Alessandro Palanza, Consigliere

Paola Alba Aurora Puliatti, Consigliere

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

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 722 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Bioh S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Vittoria Luciano, Vincenzo Avolio, con domicilio eletto presso
Mario Fois in Cagliari, piazza del Carmine n. 22;

contro

Asl 5 - Oristano, rappresentata e difesa dall'avv. Salvatore Angelo Miscali, con domicilio eletto presso
Segreteria T.A.R. Sardegna in Cagliari, Via Sassari n. 17;

nei confronti di

Fresenius Medical Care Italia S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Fabio Todarello, Giuseppe Fuda, Sara
Merella, con domicilio eletto presso Sara Merella in Cagliari, Via Besta n. 2;

per l'annullamento

- del verbale n. 1 del 6.7.2015, emesso dalla ASL n. 5 di Oristano, per la valutazione delle offerte relative
alla gara per l'affidamento della fornitura e posa in opera di n. 1 impianto di trattamento e distribuzione
acqua per il CAL Dialisi di Bosa, nella parte in cui l'offerta della ricorrente è stata ritenuta non idonea e ha
disposto l'esclusione della stessa dalla gara;

- delle note del 10.7.2015 e del 3.8.2015, del provvedimento di aggiudicazione e dell'art. 7 del capitolato
speciale;

- di tutti gli atti verbali preordinati, consequenziali e comunque connessi;

e con i motivi aggiunti depositati il 13.11.2015:

- della delibera n. 708 del 19.10.2015, con la quale la ASL n. 5 di Oristano ha definitivamente aggiudicato
alla controinteressata l'affidamento della fornitura e posa in opera di n. 1 impianto di trattamento e
distribuzione acqua per il CAL Dialisi di Bosa, compreso il contratto biennale di manutenzione full - risk
post garanzia ordinaria, nonché delle note del 13.10.2015 e 22.10.2015.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio della Asl 5 - Oristano e di Fresenius Medical Care Italia S.p.a.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 dicembre 2015 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti i
difensori come specificato nel verbale;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente ha partecipato alla gara indetta dalla ASL 5 per l'affidamento della fornitura e posa in opera di
n. 1 impianto di trattamento e distribuzione acqua per il CAL Dialisi di Bosa e manutenzione full - risk post
garanzia ordinaria.

Nella seduta del 6 luglio 2015 la commissione tecnica dichiarava l'offerta della ricorrente "non conforme" in
quanto "non sono stati rilevati nella documentazione i tempi di intervento su chiamata, così come richiesto
dal capitolato tecnico, e non viene riportata l'organizzazione sul territorio regionale che possa permettere un
intervento nelle due ore richieste".

Avverso l'esclusione insorgeva Bioh s.r.l. deducendo le seguenti censure:

- eccesso di potere per erroneità del presupposto, violazione e falsa applicazione dell'art. 14 del capitolato
speciale, violazione dell'art. 46 commi 1 e 1 bis d.lgs. **163/2006**, eccesso di potere per violazione dei principi
di ragionevolezza, proporzionalità e massima partecipazione.

Concludeva per l'accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati previa
concessione di idonea misura cautelare.

Si costituiva l'ASL 5 chiedendo il rigetto del ricorso.

Alla camera di consiglio del 23 settembre 2015 la domanda cautelare veniva rigettata.

Il 5 novembre 2015 la ricorrente depositava ricorso per motivi aggiunti per l'annullamento della deliberazione n. 708/2015 con la quale l'ASL 5 aggiudicava la gara in via definitiva alla Fresenius Medical Care Italia s.p.a.

Si costituiva la controinteressata chiedendo il rigetto del ricorso.

Il 23 novembre 2015 la controinteressata depositava memoria difensiva.

Il 4 dicembre 2015 la ricorrente depositava memoria difensiva.

Alla udienza pubblica del 17 dicembre 2015 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

DIRITTO

Il ricorso è infondato e deve essere rigettato.

La questione è di pronta e agevole soluzione.

L'art. 14 del capitolato speciale d'appalto prevedeva, a pena di esclusione, tra l'altro, che le concorrenti dovessero presentare una relazione sulla modalità di prestazione del servizio di assistenza e manutenzione, compresi i controlli chimico – fisici e batteriologici – endotossinici dell'acqua, con riferimento a tutti i requisiti indicati nel capitolato tecnico.

La ricorrente ha semplicemente dichiarato che avrebbe eseguito gli interventi straordinari e urgenti come da capitolato speciale.

E' del tutto evidente che tale dichiarazione non può considerarsi idonea ad assolvere l'obbligo imposto dalla lex specialis.

Le indicazioni del capitolato tecnico dovevano essere sviluppate da ogni concorrente in modo che la Commissione potesse valutare le modalità di intervento che ciascuno di essi intendeva assicurare.

Sul punto le difese svolte dall'Amministrazione nella memoria depositata il 21 settembre 2015 (pagina 5) sono del tutto condivisibili. La ricorrente, con sede in Cinisello Balsamo, non ha in alcun modo precisato, tra le altre cose, come avrebbe svolto il servizio e, per esempio, in che modo avrebbe raggiunto il Presidio ospedaliero di Bosa.

In definitiva, la Commissione, nell'impossibilità di valutare l'offerta della ricorrente, ha correttamente proceduto alla sua esclusione.

Essendo carente la relazione prevista dal capitolato, l'offerta tecnica deve considerarsi caratterizzata da incompletezza talmente grave, da minarne funditus l'affidabilità e la valutabilità, senza nessuna possibilità di soccorso istruttorio a fini di integrazione o chiarimento.

Né tale carenza poteva, come è ovvio, essere accettata dalla Commissione per poi rinviare il controllo sulle modalità di esecuzione alla fase successiva alla stipula contrattuale.

Condivisibile è poi, il richiamo che la difesa della controinteressata fa alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. III, 29 luglio 2015, n. 3750 ove, nell'esaminare la portata dell'art. 46, comma 1 bis, del Codice dei contratti ha affermato:

"(...) 11.1.- Tale disposizione, introdotta dall'art. 4, comma 2, del d.l. 13 maggio 2011 n. 70, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, prevede che i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, oltre quelle indicate nello stesso comma 1 bis e riguardanti il mancato adempimento alle prescrizioni previste dal codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

11.2.- Tale norma, come ha ricordato anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, nella decisione n. 9 del 25 febbraio 2014, è chiaramente volta a favorire la massima partecipazione alle gare, attraverso il divieto di un aggravio del procedimento, e «mira a correggere quelle soluzioni, diffuse nella prassi (amministrativa e forense), che sfociavano in esclusioni anche per violazioni puramente formali».

Lo scopo della disposizione è, quindi, principalmente quello di evitare la possibile esclusione da una gara non a causa della mancanza dei requisiti (soggettivi o oggettivi) di partecipazione ma a causa del mancato rispetto di adempimenti solo documentali o formali o privi, comunque, di una base normativa espressa.

11.3.- Mentre nella fattispecie l'offerta di Dussmann doveva essere esclusa per l'accertata carenza di una parte del contenuto dell'offerta ritenuta essenziale dalla stazione appaltante".

Così è nel caso che qui occupa il Collegio, ove la Commissione non ha potuto far altro che escludere la

ricorrente che ha presentato documentazione tecnica in aperta violazione dell'art. 14 del Capitolato speciale d'appalto e quindi carente di elementi ritenuti essenziali dalla Stazione appaltante.

Il ricorso è, in definitiva, infondato e deve essere rigettato.

In ordine alla domanda di accesso formulata con il ricorso per motivi aggiunti ne va rilevata l'infondatezza tenuto conto che, come è noto, la disciplina dettata dall'art. 13, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 in tema di accesso agli atti di gara pubblica è più restrittiva di quella generale imposta dall'art. 24, l.7 agosto 1990 n. 241, sia sotto il profilo soggettivo, atteso che nel primo caso l'accesso è consentito solo al concorrente che abbia partecipato alla selezione che sul piano oggettivo, essendo l'accesso condizionato alla sola comprovata esigenza di una difesa in giudizio, laddove il cit. art. 24, l. n. 241 del 1990 offre un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente, senza alcuna restrizione sul piano processuale (Consiglio di Stato, sez. V, 17/06/2014, n. 3079). La ricorrente, esclusa dalla gara, nel caso che qui occupa il collegio, non ha legittimazione all'accesso alla documentazione tecnica degli altri concorrenti.

Le spese seguono la regola della soccombenza e vengono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna la ricorrente alle spese del presente giudizio che liquida come di seguito:

€2.000/00 (duemila) oltre accessori di legge in favore dell'Amministrazione;

€2.000/00 (duemila) oltre accessori di legge in favore della controinteressata.

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

Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 17 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Caro Lucrezio Monticelli, Presidente

Marco Lensi, Consigliere

Gianluca Rovelli, Primo Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 02/02/2016

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

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 4747 del 2015, proposto dall'Impresa Genovese geom. Vincenzo, in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo con l'impresa La Tiriolese s.n.c., rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Gualtieri e Demetrio Verbaro, con domicilio eletto presso l'avvocato Giuseppe Cosco in Roma, via Muggia 33;

contro

Costruzioni Santoro s.r.l., in proprio e quale capogruppo mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese con l'agenzia funebre Gentile L. Di Alessandro Germinara, e quest'ultima in proprio, rappresentate e difese dagli avvocati Corrado Morrone e Francesco Bocchinfuso, con domicilio eletto presso quest'ultimo, in Roma, viale XXI Aprile 11;

nei confronti di

Comune di Catanzaro;

Ufficio S.u.a.c. - Stazione unica appaltante comunale;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CALABRIA – CATANZARO, SEZIONE II, n. 813/2015, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento del servizio di gestione dei servizi cimiteriali

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Costruzioni Santoro s.r.l. e dell'agenzia funebre Gentile L. di Alessandro Germinara;

Viste le ordinanze della Sezione nn. 3092 del 9 luglio 2015 e n. 3547 del 31 luglio 2015;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2015 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Demetrio Verbaro e Corrado Morrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Le imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo con capogruppo la Costruzioni Santoro s.r.l. impugnavano davanti al TAR Calabria – sede di Catanzaro, gli atti della procedura di affidamento in appalto dei servizi cimiteriali per il Comune di Catanzaro (indetta da quest'ultimo con determinazione n. 2922 del 16 settembre 2014), dalla quale venivano escluse dopo essere state dichiarate aggiudicatarie provvisorie, in virtù del d.u.r.c. della Cassa edile di Catanzaro in data 16 gennaio 2015, attestante un'irregolarità contributiva della mandataria al 10 dicembre 2014, termine di scadenza per la presentazione delle offerte (determinazione n. 484 del 26 febbraio 2015). Contestualmente veniva disposta aggiudicazione della gara al concorrente secondo classificato, raggruppamento temporaneo con capogruppo l'impresa Genovese geom. Vincenzo.

2. Con la sentenza in epigrafe il TAR adito ha accolto l'impugnativa, sul rilievo che l'irregolarità contributiva, pari ad €1.745,00, risultante alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, era stata sanata dalla Costruzioni Santoro nei termine di 15 giorni dall'invito dell'ente previdenziale, in conformità al disposto dell'art. 39, comma 8, d.l. n. 69/2013 ("Disposizioni urgenti per il rilancio dell'economia"; conv. con l. n. 98/2013), a sua volta applicabile anche alle procedure di affidamento di contratti pubblici sulla base di un'«interpretazione favorevole alla massima partecipazione». Con la medesima pronuncia il TAR ha anche respinto il ricorso incidentale "escludente" dell'aggiudicataria, diretto a contestare sotto diversi profili il possesso in capo al raggruppamento temporaneo ricorrente principale dei requisiti di capacità tecnico-

professionale ed economico-finanziario previsti dalla normativa di gara.

3. Per la riforma di entrambe queste statuizioni, oltre che quella di rigetto dell'eccezione preliminare di improcedibilità del ricorso principale per mancata impugnazione dell'atto con cui la stazione appaltante ha integrato la motivazione della revoca dell'aggiudicazione provvisoria (determinazione n. 816 del 27 marzo 2015), ha quindi proposto appello l'impresa Genovese.

4. Resistono al mezzo la s.r.l. Costruzioni Santoro e la mandante ditta individuale Agenzia funebre L. Gentile di Alessandro Germinara.

5. L'esecutività della sentenza appellata è stata sospesa da questa Sezione al fine di «*mantenere la res adhuc integra*», con ordinanza n. 3092 del 9 luglio 2015. Con ordinanza n. 3547 del 31 luglio successivo è stata respinta l'istanza di revoca della sospensiva proposta dalle appellate.

DIRITTO

1. L'eccezione di improcedibilità per mancata impugnazione della determinazione n. 816 del 27 marzo 2015, riproposta dall'impresa Genovese nel primo motivo d'appello, è fondata ed assorbente.

2. Come sopra accennato, il provvedimento in questione è stato emesso dal Comune di Catanzaro dopo i chiarimenti ricevuti dalla Cassa edile in ordine al d.u.r.c. inizialmente acquisito (nota del 25 marzo 2015, prot. n. 15838), ed in particolare dopo il preavviso di ricorso ex art. 243-bis cod. contratti pubblici con cui la Costruzioni Santoro aveva chiesto di essere riammessa alla gara, deducendo di avere regolarizzato l'irregolarità contributiva attestata nel d.u.r.c. nel termine di legge (il citato art. 39, comma 8, d.l. n. 69/2013). A fronte dei chiarimenti dell'ente previdenziale, il Comune di Catanzaro ha tuttavia confermato l'esclusione, aggiungendo che questa si fonda anche sulla falsa attestazione dell'a.t.i. Costruzioni Santoro in ordine alla propria regolarità contributiva («*per aver reso dichiarazioni non veritiere*»), e conseguentemente incamerando la cauzione provvisoria e segnalando il fatto all'Autorità nazionale anticorruzione.

3. Le appellate Santoro Costruzioni ed agenzia funebre L. Gentile di Alessandro Germinara controdeducono all'eccezione, sottolineando in primo luogo che la determinazione n. 816 del 27 marzo 2015 è l'atto conclusivo del sub-procedimento avviato in seguito al loro preavviso di ricorso ai sensi del citato art. 243-bis d.lgs. n. 163/2006, il quale «*non assume una portata autonoma ed ulteriormente lesiva*» degli atti impugnati, ed inoltre che il medesimo provvedimento è stato emesso dopo la rinuncia all'istanza di autotutela, motivata dall'imminente scadenza del termine per ricorrere in sede giurisdizionale (nota ricevuta dal Comune di Catanzaro il 27 marzo 2015, prot. n. 25589).

4. Ciò premesso, deve innanzitutto ricordarsi che secondo l'incontrastata giurisprudenza di questo Consiglio di Stato (da ultimo: Sez. III, 3 dicembre 2015, n. 5494), il c.d. preavviso di ricorso previsto dall'art. 243-bis non comporta per l'amministrazione alcun obbligo di riesame né di sospensione della procedura, e neppure un obbligo di risposta espressa, potendo la stessa formarsi *per silentium* ai sensi del comma 6. Inoltre, la procedura introdotta a seguito del preavviso di ricorso non influisce sull'esito della gara, cosicché la stazione appaltante può legittimamente aggiudicare in via definitiva la gara senza attendere l'esito del riesame. Come infatti chiarisce il comma 3 di tale disposizione, il preavviso di ricorso «*non impedisce l'ulteriore corso del procedimento di gara, né il decorso del termine dilatorio per la stipulazione del contratto, fissato dall'articolo 11, comma 10, né il decorso del termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale*».

Pertanto, il comportamento della stazione appaltante può al più essere valutato in sede giurisdizionale ai fini risarcitori (comma 5), in ipotesi di successiva accertata illegittimità, e in ogni caso in sede di regolamento delle spese processuali.

5. L'indirizzo giurisprudenziale formatosi sulla disposizione in esame (*ex multis*: Sez. V, 21 luglio 2015, n. 3613, 20 marzo 2015, n. 1543, 9 marzo 2015, n. 1176, 26 settembre 2014, n. 4830, queste ultime tre citate dalle appellate) ha quindi specificato che lo strumento da questa previsto non è posto a tutela di una posizione giuridica soggettiva, ma è finalizzato a sollecitare l'amministrazione ad un eventuale riesame, comunque non obbligatorio, del proprio operato in autotutela, il cui esito negativo per l'istante ha natura meramente confermativa del provvedimento contestato, privo di carattere lesivo rispetto a quest'ultimo e dunque non comportante alcun onere di impugnativa. In particolare, la pronuncia da ultimo richiamata si è soffermata sul comma 6 del più volte citato art. 243-bis, il quale prevede che il diniego di autotutela «*è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti*», precisando che tale disposizione attribuisce all'interessato una mera facoltà di impugnazione esercitabile nel giudizio sull'atto "principale" (in questi termini anche: Sez. III, 12 dicembre 2014, n. 6137, 6 maggio 2013, n. 2449; Sez. V, 25 giugno 2014, n. 3203).

5. Il caso oggetto del presente giudizio è tuttavia ben diverso da quelli esaminati nelle pronunce finora

richiamate.

Infatti, con la determinazione n. 816 del 27 marzo 2015 l'amministrazione ha individuato nei confronti dell'a.t.i. Santoro Costruzioni una nuova ed autonoma ragione di esclusione, e cioè «*per aver reso dichiarazioni non veritiere*», dopo quella inizialmente disposta per via del d.u.r.c. attestante un'irregolarità contributiva, come si evince anche dalle statuizioni conseguentemente adottate ai sensi del comma 1-ter dell'art. 38 cod. contratti pubblici (incameramento della cauzione provvisoria e segnalazione all'Autorità nazionale anticorruzione).

6. Fondata o meno che sia, la ragione esternata con la determinazione sopravvenuta è di per sé idonea a sorreggere l'esclusione iniziale e prescinde del tutto dai limiti del potere di autotutela sollecitato con il preavviso di ricorso ex art. 243-bis e con il fatto che l'istanza era stata ritirata al momento dell'emanazione dell'atto, poiché la stesso costituisce comunque espressione di una nuova manifestazione di volontà provvedimentale lesiva degli interessi delle odierne appellate. Pertanto, l'eventuale annullamento dell'iniziale esclusione, in accoglimento della presente impugnativa, non sortirebbe alcun effetto caducante nei confronti della determinazione successiva, i cui effetti lesivi poc'anzi accennati devono ritenersi definitivamente consolidati.

7. Il fatto poi che entrambi i provvedimenti in questione concernano il «*medesimo fatto storico*», come ritenuto dal TAR, non è determinante, perché questa caratteristica è consustanziale a qualsiasi atto di autotutela o di conferma di precedenti determinazioni. Invece, ciò cui occorre avere riguardo ai fini del rispetto dell'onere di impugnativa giurisdizionale è se l'atto successivamente emanato sia o meno frutto di valutazioni autonome e dunque se integrando la determinazione iniziale con nuove ragioni ne consolidi il carattere lesivo per gli interessi del destinatario.

8. In conclusione in accoglimento dell'appello la sentenza di primo grado deve essere riformata, dovendosi dichiarare improcedibile per sopravvenuto difetto di interesse l'impugnativa delle imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo Costruzioni Santoro e, in via di ulteriore conseguenza, improcedibile per la medesima ragione anche il ricorso incidentale dell'a.t.i. con capogruppo l'Impresa Genovese geom. Vincenzo. Per la particolarità del caso controverso le spese del doppio grado di giudizio possono nondimeno essere integralmente compensate.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza di primo grado, dichiara improcedibili i ricorsi principale ed incidentale di primo grado.

Compensa le spese del doppio grado di giudizio tra tutte le parti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Antonio Amicuzzi, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Sabato Guadagno, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/02/2016

**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 7679 del 2015, proposto da:
Piccolo Costruzioni Srl, rappresentata e difesa dagli avv.ti Massimo Di Sotto, Gianluca Parente, con domicilio eletto presso Gianluca Parente in Roma, Via degli Scipioni 288;

contro

Autostrade per l'Italia Spa;

nei confronti di

Ministero dell'Interno, U.T.G. - Prefettura di Roma, rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE III n. 09089/2015, resa tra le parti, concernente revoca dell'aggiudicazione dell'appalto dei lavori di ampliamento dell'area di servizio Lucignano EST a seguito del provvedimento interdittivo antimafia;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero dell'Interno e di U.T.G. - Prefettura di Roma;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 gennaio 2016 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli Avvocati Gianluca Parente e l'Avvocato dello Stato Mario Antonio Scino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza impugnata il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio respingeva il ricorso proposto dalla Piccolo Costruzioni s.r.l. avverso l'informativa interdittiva antimafia adottata, a suo carico, dalla Prefettura di Roma in data 10 marzo 2014 e il conseguente provvedimento (in data 27 marzo 2014) con cui Autostrade per l'Italia S.p.A. aveva revocato l'aggiudicazione in suo favore dell'appalto avente ad oggetto i

lavori di ampliamento dell'area di servizio Lucignano Est.

Avverso la predetta decisione proponeva appello la Piccolo Costruzioni s.r.l., contestando la correttezza della statuizione reiettiva gravata e domandandone la riforma, con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati in primo grado.

Resisteva il Ministero dell'interno, che contestava la fondatezza dell'appello, domandandone la reiezione, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Con ordinanza in data 8 ottobre 2015 veniva sospesa l'esecutività della decisione appellata.

Il ricorso veniva successivamente trattenuto in decisione alla pubblica udienza del 14 gennaio 2016.

DIRITTO

1.- E' controversa la legittimità dell'informativa interdittiva antimafia della Prefettura di Roma che ha colpito la Piccolo Costruzioni s.r.l. e della conseguente e coerente revoca, disposta da Autostrade per l'Italia S.p.A., dell'aggiudicazione ad essa di un appalto di lavori.

Il T.A.R. ha giudicato legittima la determinazione prefettizia gravata, in quanto assunta sulla base di un'adeguata istruttoria e sulla corretta valorizzazione di indizi significativi del pericolo di infiltrazione mafiosa nell'amministrazione della società.

La società appellante critica il convincimento espresso dai giudici di prima istanza, assumendo, in particolare, che la contestata valutazione prefettizia risulta smentita dalle contrarie e più recenti risultanze probatorie (di seguito meglio indicate), idonee ad attestare l'estraneità dell'impresa a qualsivoglia rischio di permeabilità all'influenza di associazioni di stampo mafioso.

2.- L'appello è fondato, alla stregua delle considerazioni di seguito esposte, e va accolto.

2.1- L'assunto che sorregge l'impugnazione può essere sintetizzato nel rilievo, svolto anche per mezzo della proposizione di motivi aggiunti ai sensi dell'art.104, comma 3, c.p.a., che l'interdittiva controversa è stata assunta sulla (sola) base di indici di pericolo di infiltrazione mafiosa risalenti nel tempo, errati, equivoci, non concludenti e, soprattutto, del tutto inidonei ad attestare, con la necessaria capacità probatoria, la concretezza e l'attualità del tentativo di ingerenza della criminalità organizzata nell'amministrazione dell'impresa, soprattutto a fronte della contraria (e più recente, rispetto alle circostanze assunte a fondamento della contestata interdittiva) documentazione, ritualmente prodotta solo in appello (in quanto acquisita dall'appellante solo dopo la pubblicazione della decisione impugnata), con la quale la D.I.A., unitamente a diversi organi di polizia, ha escluso la sussistenza, a carico della Piccolo Costruzioni s.r.l., di risultanze investigative idonee a dimostrare la sua esposizione al rischio di influenze mafiose.

2.2- Ora, se è vero che la misura dell'interdittiva antimafia obbedisce a una logica di anticipazione della soglia di difesa sociale e non postula, come tale, l'accertamento in sede penale di uno o più reati che attestino il collegamento o la contiguità dell'impresa con associazioni di tipo mafioso (Cons. St., sez. III, 15 settembre 2014, n.4693), potendo, perciò, restare legittimata anche dal solo rilievo di elementi sintomatici che dimostrino il concreto pericolo (anche se non la certezza) di infiltrazioni della criminalità organizzata nell'attività imprenditoriale (Cons. St., sez. III, 1 settembre 2014, n.4441), è anche vero che l'apprezzamento degli indizi significativi del predetto rischio deve necessariamente fondare una valutazione di attualità del tentativo di condizionamento della gestione dell'impresa da parte di associazioni mafiose (Cons. St., sez. III, 7 ottobre 2015, n.4657).

E' stato, al riguardo, chiarito che l'interdittiva antimafia può legittimamente fondarsi su fatti e circostanze risalenti nel tempo, oltre che su indici più recenti, purché, tuttavia, dall'analisi del complesso delle vicende esaminate emerga un quadro indiziario idoneo a giustificare il necessario giudizio di attualità e di concretezza del pericolo di infiltrazione mafiosa nell'amministrazione dell'attività d'impresa (Cons. St., sez. III, 13 marzo 2015, n.1345).

2.3- Orbene, alla stregua dei parametri di giudizio appena riassunti, l'interdittiva controversa dev'essere giudicata illegittima, siccome adottata in difetto di un'istruttoria idonea ad attestare, con la necessaria capacità probatoria, l'indefettibile presupposto dell'attualità del tentativo di condizionamento mafioso dell'impresa.

2.4- A prescindere, infatti, dalla delibazione della valenza probatoria degli indici assunti a fondamento del provvedimento contestato, che si rivelano, in ogni caso, del tutto carenti (come gli sporadici e risalenti episodi di frequentazione di Luigi Piccolo con soggetti gravati da precedenti di polizia), poco probanti (come la cessione, di per sé scarsamente significativa della contiguità all'impresa di associazioni mafiose, alla COGE s.r.l., solo indirettamente riferibile alla Piccolo Costruzioni s.r.l., di un ramo d'azienda da parte di un soggetto, Francesco Iovine, solo successivamente arrestato per associazione mafiosa), o, addirittura, errati (come il rapporto di parentela tra Rosetta Capaldo e Bartolomeo Piccolo), occorre rilevare, per un verso, che gli stessi risultano riferiti ad un periodo (2006-2008) estremamente remoto, rispetto alla data (10 marzo 2014) di adozione dell'interdittiva, e, per un altro, che le risultanze investigative più recenti prodotte in appello dalla ricorrente (tra le quali, si segnalano, per la loro evidente efficacia probatoria, le note della D.I.A. in data 7 novembre 2011 e della Questura di Roma – Divisione Polizia Anticrimine in data 21 novembre 2011) smentiscono in maniera univoca e concordante l'attendibilità del giudizio di pericolo di infiltrazione mafiosa, nella misura in cui escludono chiaramente la sussistenza di qualsivoglia elemento significativo di esso.

A fronte, quindi, di risultanze istruttorie (peraltro particolarmente qualificate) attestanti (nel 2011) l'insussistenza di evidenze investigative attestanti il tentativo o, comunque, il rischio di condizionamento mafioso dell'impresa, l'Amministrazione, lungi dal tenerne conto (come, invece, avrebbe dovuto) nel giudizio complessivo ad essa affidato dagli artt. 90 e ss. d.lgs. n. 159 del 2011, ne ha del tutto pretermesso l'esame, ignorandone la stessa esistenza (nella motivazione dell'atto) e fondando, invece, la sua valutazione sull'apprezzamento di circostanze (peraltro scarsamente significative, come sopra rilevato) più risalenti nel tempo e, come tali, del tutto inidonee ad attestare (soprattutto se contraddette da più recenti e affidabili risultanze contrarie) l'attualità dell'esposizione dell'impresa al pericolo concreto di ingerenze mafiose.

2.5.- Né vale, di contro, obiettare, come fa il Ministero appellato, che l'interdittiva è stata correttamente assunta sulla base delle informative trasmesse dalle autorità di polizia territorialmente competenti e che la documentazione prodotta in appello dalla Piccolo Costruzioni s.r.l. non vale, di per sé, ad inficiare la correttezza della valutazione formulata dalla Prefettura di Roma (siccome proveniente da organi che non operano nel medesimo territorio interessato dall'attività dell'impresa in questione).

Tale argomentazione dev'essere, in particolare, disattesa sia in quanto, tra le attestazioni negative allegate dall'appellante, riveste particolare capacità probatoria (in quanto proveniente dall'autorità istituzionalmente preposta al contrasto all'attività delle organizzazioni criminali di stampo mafioso) la nota (la cui valenza non può essere in alcun modo sminuita) con cui la D.I.A. in data 7 novembre 2011 ha riferito alla Prefettura di Roma (che ne ha, invece, ignorato il rilievo) l'insussistenza di informazioni attestanti il pericolo di infiltrazioni mafiose, sia in quanto le informazioni trasmesse da tutti gli organi di polizia operanti nel territorio dove resta ubicata la sede legale della Piccolo Costruzioni (Roma) risultano coerenti con l'attestazione della D.I.A. nell'escludere l'esistenza di elementi sintomatici di contiguità mafiosa, sia, ancora, in quanto le informative provenienti dagli organi ubicati nel territorio dove la società interessata ha iniziato l'attività d'impresa (e da dove proviene la famiglia Piccolo) restano, in ogni caso, riferite a vicende e circostanze, oltre che scarsamente significative, relative ad un arco temporale (2006-2008, con l'unica eccezione del singolo episodio, comunque risalente alla fine del 2011, di un incontro tra Antonio Piccolo e Giulio Capaldo) che rimonta a diversi anni antecedenti la formalizzazione dell'interdittiva e, quindi, del tutto inidonee ad attestare, con il necessario rigore, l'attualità e la concretezza del pericolo del condizionamento mafioso della gestione dell'impresa in questione.

3.- Alle considerazioni che precedono conseguono, in definitiva, l'accoglimento dell'appello e, in riforma della decisione impugnata, l'accoglimento del ricorso di primo grado e l'annullamento dei provvedimenti con lo stesso impugnati, ferme restando, ovviamente, le ulteriori determinazioni che la Prefettura di Roma – U.T.G. intenderà assumere al riguardo.

4.- La produzione solo nel grado di appello della documentazione decisiva giustifica la compensazione delle spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della decisione appellata e in accoglimento del ricorso proposto dinanzi al T.A.R., annulla i provvedimenti impugnati in primo grado e compensa tra le parti le spese 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 14 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Salvatore Cacace, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/02/2016