

## SENTENZE - 15 MARZO

N. 00984/2016REG.PROV.COLL.  
N. 03415/2015 REG.RIC.

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

ha pronunciato la presente

### SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3415 del 2015, proposto da:

2I RETE GAS SPA, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Maria Alessandra Bazzani e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso l'avv. Andrea Manzi in Roma, Via Federico Confalonieri, n. 5;

#### **contro**

COMUNE DI ROZZANO, in persona del sindaco in carica, rappresentato e difeso dall'avv. Maurizio Zoppolato, con il quale è elettivamente domiciliato in Roma, Via del Mascherino, n. 72;

#### **nei confronti di**

SICURGAS S.R.L. - TECNOLOGIE PER LA SICUREZZA ED IL RISPARMIO ENERGETICO; DISTRIBUZIONE GAS NATURALE S.R.L.; EGEE - ENTE GESTIONE ENERGIA E AMBIENTE S.P.A.; API - AZIENDA PER IL PATRIMONIO IMMOBILIARE ROZZANO S.R.L.; ciascuna in persona del proprio rispettivo legale rappresentante in carica, non costituite in giudizio;

GASPIÙ DISTRIBUZIONE S.R.L., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dagli avv. Federico Sorrentino e Luigi Giuri, con domicilio eletto presso l'avv. Federico Sorrentino in Roma, Lungotevere delle Navi, n. 30;

#### **per l'ottemperanza**

alla sentenza del CONSIGLIO DI STATO, Sez. V, n. 3716 del 15 luglio 2014, resa tra le parti, concernente – l'affidamento servizio pubblico di distribuzione gas metano nel Comune di Rozzano;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Rozzano e di Gaspiù Distribuzione s.r.l., che hanno entrambi spiegato ricorso incidentale, ai sensi dell'art. 114, comma 5, c.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2015 il Cons. Carlo Saltelli e uditi per le parti gli avvocati Andrea Manzi, Maurizio Zoppolato e Federico Sorrentino;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

### FATTO

1. Il Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sez. I, con la sentenza n. 2037 del 29 luglio 2011 respingeva il ricorso proposto da Enel Rete Gas S.p.A. per l'annullamento della determinazione dirigenziale del Comune di Rozzano n. 4 del 10 gennaio 2011, recante l'aggiudicazione definitiva in favore del costituendo RTI tra Sicurgas s.r.l., D.G.N. s.r.l. e Egea S.p.A. dell'affidamento del servizio pubblico locale di distribuzione del gas metano nel territorio comunale di Rozzano.

Venivano infatti ritenuti infondati il primo motivo (impennato sulla violazione della disciplina di gara e degli artt. 2, 37 e 49 del D. lgs, n. 163 del 2006 e dell'art. 97 della Costituzione, in relazione alle modalità di ricorso all'istituto dell'avvalimento da parte della mandataria, asseritamente idonei a sovvertire gli equilibri interni del RTI ed a snaturare l'architettura indicata nell'offerta), con assorbimento del secondo ed il terzo (impennati rispettivamente sulla violazione, sotto altri profili, degli artt. 37 e 49 del D. Lgs. n. 136 del 2006,

in ragione dei ruoli assunti dalla mandataria e dalla mandante D.G.N. s.r.l. all'interno del raggruppamento che, sulla base della formulazione dell'offerta presentata, avrebbero dovuto invece essere invertiti, Sulla violazione, sotto ulteriore profilo, degli artt. 2 e 49 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e del principio della par condicio, a causa della genericità dei contratti di avvalimento); il quarto motivo (con cui era stata lamentata la violazione dell'art. 86 e ss. del D. Lgs. n. 163 del 2006, nonché difetto di istruttoria e motivazione, in conseguenza dell'omessa verifica di congruità dell'offerta delle contro interessate); il quinto motivo, con cui era stata dedotta la violazione degli obblighi di custodia dei plichi, le cui modalità non sarebbero state verbalizzate) ed il sesto motivo, concernente la violazione dell'art. 75 del D. Lgs. n. 163 del 2006 e della lex specialis per la mancata prestazione della prescritta garanzia da parte di ciascun soggetto raggruppato.

2. Il Consiglio di Stato, sez. V, con la sentenza n. 3716 del 15 luglio 2014 ha accolto l'appello proposto dalla società Enel Rete Gas S.p.A., ritenendo fondato ed assorbente il motivo di gravame relativo alla mancata specificazione delle risorse messe a disposizione della società ausiliaria nell'ambito del rapporto di avvalimento instaurato tra la mandataria Sicurgas s.r.l., da un lato, e la mandataria D.G.N. s.r.l. e l'ausiliaria esterna FIMET, dall'altro; per l'effetto, in riforma della impugnata sentenza, è stato accolto il ricorso di primo grado ed annullato il provvedimento di aggiudicazione con dichiarazione di inefficacia del contratto e "...subentro, previo controllo dei necessari, requisiti, dell'appellante nell'aggiudicazione e nella conseguente stipulazione contrattuale".

3. Con ricorso notificato a mezzo del servizio postale il 13 aprile 2015 2i Rete Gas S.p.A. (già Enel Rete Gas S.p.A.), ricapitolata l'intera vicenda contenziosa e precisato di aver prodotto, su richiesta dell'amministrazione appaltante, la documentazione attestante il possesso dei requisiti soggettivi previsti dal bando di gara ai fini del subentro nell'aggiudicazione e nel contratto, ha dedotto che ciò nonostante che l'amministrazione non avrebbe ancora provveduto a dare esecuzione alla predetta sentenza, frapponendo peraltro inammissibili ostacoli con richieste di adempimenti ultronei ed ingiustificati (obbligo di riassorbire il personale del gestore uscente; individuazione col gestore uscente gli investimenti da questi effettuati, concordando il valore residuo degli stessi da corrisponde al gestore stesso; esistenza di un diritto di Gas Più al godimento della rete fino alla scadenza del contratto di affitto stipulato e conseguente obbligo di 2i Rete Gas S.p.A. di pagamento in via anticipata dei canoni di affitto della rete di distribuzione del gas).

Ha pertanto chiesto al Consiglio di Stato l'accertamento della mancata ottemperanza del Comune di Rozzano alla sentenza n. 3716 del 15 luglio 2014, con ogni conseguente statuizione in ordine al suo subentro nell'aggiudicazione e nel contratto, assegnando a tal fine un termine non superiore a trenta giorni, con pagamento delle spese liquidate in sentenza, maggiorate degli interessi legali, nominando anche un commissario ad acta e con eventuale declaratoria di inefficacia e/o nullità degli atti eventualmente emessi in elusione del giudicato; ha altresì chiesto la fissazione della somma di danaro dovuta dal Comune di Sulzano ai sensi dell'art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a. per ogni giorno di ritardo nell'esecuzione della sentenza.

4. Ha resistito al ricorso il Comune di Rozzano, che oltre a dedurre l'improcedibilità, l'inammissibilità e l'infondatezza, ha spiegato anche appello incidentale ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a., chiedendo all'adito giudice dell'ottemperanza di "...fornire chiarimenti sulle modalità di esecuzione della sentenza n. 3716/2014..." circa: a) l'obbligo di 2i Rete Gas di subentro nei rapporti di lavoro subordinato con il personale addetto al servizio da GasPiù Distribuzione s.r.l.; b) l'obbligo di 21 Rete Gas di rimborsare a GasPiù Distribuzione s.r.l. gli investimenti realizzati dal gestore uscente; c) l'obbligo di 2i Rete Gas di pagamento a GasPiù Distribuzione s.r.l. di quota parte dei canoni di affitto della rete di distribuzione del gas.

5. Anche GasPiù Distribuzione s.r.l., oltre a resistere al ricorso, ha proposto appello incidentale ex art. 112, comma 5, c.p.a., chiedendo al Consiglio di Stato di fornire chiarimenti per l'esecuzione della sentenza in argomento: a) per la pendenza nei confronti della stessa del ricorso in Cassazione per motivi di giurisdizione; b) quanto alla restituzione dei canoni di affitto della rete e di concessione anticipati e pagamento del valore degli investimenti, come condizione necessaria per il rilascio degli impianti (in particolare, restituzione dei canoni di affitto della rete anticipati, per tutta la durata programmata dell'affidamento; restituzione dei canoni di concessione anticipati, per tutto il periodo di gestione, al momento della sottoscrizione del contratto di servizio; pagamento del valore di rimborso degli investimenti realizzati nel corso della gestione del servizio); c) circa l'obbligo di assunzione dei lavoratori impiegati da GasPiù Distribuzione s.r.l. nella gestione del servizio di distribuzione gas a Rozzano; d) sui tempi tecnici per

effettuare le letture dei contatori presenti nel territorio comunale ed altri adempimenti strumentali al subentro nella gestione del servizio da parte del nuovo aggiudicatario.

6. Nell'imminenza dell'udienza di trattazione le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensiva, replicando a quelle avverse; GasPiù Distribuzione s.r.l. ha anche depositato documenti e chiesto il rinvio della trattazione del ricorso in questione fino al deposito della sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite sul ricorso (NRG. 27717/2014) proposto per motivi di giurisdizione avverso la sentenza della cui ottemperanza si discute.

7. All'udienza in camera di consiglio del 27 ottobre 2015 la causa è stata trattenuta in decisione.

#### **DIRITTO**

8. Occorre preliminarmente esaminare la richiesta avanzata da GasPiù Produzione s.r.l. di rinvio della trattazione del ricorso in questione fino al deposito della sentenza della Corte di Cassazione a Sezioni Unite sul ricorso (NRG. 27717/2014) proposto per motivi di giurisdizione avverso la sentenza della cui ottemperanza si discute.

Essa non può essere accolta.

E' sufficiente osservare che la sentenza di questa Sezione n. 3716 del 15 luglio 2014 è dotata, come del resto tutte le sentenze del giudice amministrativo, del carattere dell'immediata esecutività, che non viene automaticamente meno per la sola proposizione del ricorso per cassazione per motivi di giurisdizione. Del resto l'art. 373 c.p.c. stabilisce espressamente che "il ricorso per cassazione non sospende la esecuzione della sentenze", aggiungendo che "tuttavia il giudice che ha pronunciato la sentenza impugnata può su istanza di parte e qualora dall'esecuzione possa derivare grave e irreparabile danno, disporre con ordinanza non impugnabile che l'esecuzione sia sospesa o che sia prestata congrua cauzione".

Nel caso di specie, com'è pacifico tra le parti, non è stata mai proposta domanda di sospensione dell'esecutività della sentenza ottemperanda, né è stata prospettata alcuna plausibile ragione che abbia giustificato la mancata richiesta di sospensione o che abbia reso solo ora attuale l'interesse alla sua proposizione, tali ragioni non potendo consistere nell'introduzione del giudizio di ottemperanza e tanto meno nella mera opportunità di attendere la decisione del ricorso per cassazione.

L'accoglimento della richiesta di rinvio della trattazione, anche solo per potere eventualmente presentare l'istanza di sospensione ex art. 373 c.p.c., si risolverebbe pertanto in una inammissibile violazione dei principi sanciti dagli articoli 24 e 111 Cost.

9. Prima di procedere all'esame del ricorso, la Sezione ritiene opportuno osservare quanto segue.

9.1. L'oggetto del giudizio di ottemperanza, com'è noto, è rappresentato dalla verifica da parte del giudice dell'esatto adempimento dell'obbligo dell'amministrazione di conformarsi al giudicato per far conseguire concretamente all'interessato l'utilità o il bene della vita riconosciutogli in sede di cognizione (Cons. St., sez. V, 30 agosto 2013, n. 4322; 23 novembre 2007, n. 6018; 3 ottobre 1997, n. 1108; sez. IV, 15 aprile 1999, n. 626; 17 ottobre 2000, n. 5512; da ultimo, sez. III, 2 ottobre 2015, n. 4614).

La verifica deve essere condotta nell'ambito dello stesso quadro processuale che ha costituito il substrato fattuale e giuridico della sentenza di cui si chiede l'esecuzione (Cons. St., sez. V, 9 maggio 2001, n. 2607; sez. IV, 9 gennaio 2001, n. 49; 28 dicembre 1999, n. 1964) e comporta una puntuale attività d'interpretazione del giudicato, al fine di enucleare e precisare il contenuto del comando, sulla base della sequenza "petitum - causa petendi - motivi - decisum" (Cons. St., sez. IV, 19 maggio 2008, n. 2312; sez. V, 7 gennaio 2009, n. 10): di conseguenza in sede di giudizio di ottemperanza non può essere riconosciuto un diritto nuovo ed ulteriore rispetto a quello fatto valere ed affermato con la sentenza da eseguire, anche se sia ad essa conseguente o collegato (Cons. St., sez. V, 24 gennaio 2013, n. 462; sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 247) e non possono essere neppure proposte domande che non siano contenute nel "decisum" della sentenza da eseguire (Cons. St., sez. IV, 9 gennaio 2001 n. 49; 10 agosto 2000, n. 4459), trovando ingresso solo quelle questioni che sono state oggetto dell'accertamento nel giudizio di cognizione (Cons. St., sez. VI, 8 marzo 2013, n. 1412; 3 giugno 2013, n. 3023; sez. IV, 28 maggio 2013, n. 2911; sez. III, 23 settembre 2015, n. 4463).

9.2. La delineata ricostruzione dei poteri del giudice dell'ottemperanza non implica alcun vulnus all'effettività della tutela giurisdizionale amministrativa e ai principi costituzionali sanciti dagli articoli 24, 111 e 113, rappresentando piuttosto il naturale e coerente contemperamento della pluralità degli interessi e dei principi costituzionali che vengono in gioco nel procedimento giurisdizionale amministrativo, ed in particolare di quello secondo cui la durata del processo non deve andare a detrimento della parte vittoriosa

(che ha diritto, però, all'esecuzione del giudicato in base allo stato di fatto e di diritto vigente al momento dell'atto lesivo, caducato in sede giurisdizionale) e di quello della stessa dinamicità dell'azione amministrativa e dell'esercizio della relativa funzione da parte della pubblica amministrazione che ne è titolare (che non consente di poter ragionevolmente ipotizzare una sorta di "congelamento" o di "fermo" della stessa, tant'è che sia l'atto amministrativo che la sentenza di primo grado, ancorché impugnati, non perdono in linea di principio la loro efficacia e la loro idoneità a spiegare gli effetti loro propri, tranne che questi ultimi non siano ritenuti meritevoli di essere sospesi, su istanza degli interessati, da parte rispettivamente del giudice di primo grado o da quello di appello).

E' stato sottolineato che nel giudizio di ottemperanza può essere dedotta come contrastante con il giudicato non solo l'inerzia della pubblica amministrazione cioè il non fare (inottemperanza in senso stretto), ma anche un fare, cioè un comportamento attivo, attraverso cui si realizzi un'ottemperanza parziale o inesatta ovvero ancora la violazione o l'elusione attiva del giudicato (Cons. St., sez. VI, 12 dicembre 2011, n. 6501), precisando che il nuovo atto emanato dall'amministrazione, dopo l'annullamento in sede giurisdizionale del provvedimento illegittimo, può essere considerato adottato in violazione o elusione del giudicato solo quando da quest'ultimo derivi un obbligo assolutamente puntuale e vincolato, così che il suo contenuto sia integralmente desumibile nei suoi tratti essenziali dalla sentenza (Cons. St., sez. VI, 3 maggio 2011, n. 2602; sez. IV, 13 gennaio 2010, n. 70; 4 ottobre 2007, n. 5188): in tali casi la verifica della sussistenza del vizio di violazione o elusione del giudicato implica il riscontro della difformità specifica dall'atto stesso rispetto all'obbligo processuale di attenersi esattamente all'accertamento contenuto nella sentenza da eseguire (Cons. St., sez. IV, 21 maggio 2010, n. 3233; sez. V, 6 maggio 2013, n. 2418; sez. VI, 7 giugno 2011, n. 3415; 5 dicembre 2005, n. 6963).

La violazione del giudicato è pertanto configurabile quando il nuovo atto riproduca gli stessi vizi già censurati in sede giurisdizionale ovvero quando si ponga in contrasto con precise e puntuali prescrizioni provenienti dalla statuizione del giudice, mentre si ha elusione del giudicato allorché l'amministrazione, pur provvedendo formalmente a dare esecuzione alle statuizioni della sentenza, persegue l'obiettivo di aggirarle dal punto di vista sostanziale, giungendo surrettiziamente allo stesso esito già ritenuto illegittimo (Cons. St., sez. IV, 1° aprile 2011, n. 2070, 4 marzo 2011, n. 1415; 31 dicembre 2009, n. 9296).

9.3. Costituisce poi *ius receptum* il principio secondo cui la P.A., in sede di rinnovazione di qualunque atto amministrativo annullato in via giurisdizionale, è chiamata ad effettuare un nuovo apprezzamento delle esigenze da soddisfare, prendendo in debita considerazione anche i nuovi elementi di fatto e di diritto eventualmente sopravvenuti al provvedimento impugnato nelle more del giudizio, con l'unico sbarramento temporale determinato dalla notificazione della sentenza di accoglimento del ricorso passata in giudicato e della quale si deve dare esecuzione.

9.4. Con specifico riferimento ai giudizi di annullamento di aggiudicazioni di procedure pubbliche di appalto è stato anche precisato (Cons. Stato, sez. III, 12 settembre 2012, n. 4831; sez. VI, 12 aprile 2011, n. 2260) che:

- a) se l'aggiudicazione è annullata e il ricorrente ha titolo a subentrare nel contratto perché questo è ad uno stadio di esecuzione tale da consentire la sostituzione dell'appaltatore, la soddisfazione in forma specifica della pretesa si ha mediante caducazione del contratto in corso e stipula di un nuovo contratto con l'avente diritto;
- b) a mente dell'art. 122 c.p.a. il subentro nel contratto deve essere inteso in senso atecnico, ovvero non come successione nel medesimo rapporto contrattuale intercorso con l'originario aggiudicatario – che anzi viene meno all'esito del giudicato amministrativo, bensì come necessità di stipulare un nuovo contratto che consenta di completare le prestazioni residue;
- c) per ineludibili esigenze di rispetto della *par condicio*, il subentrante non può conseguire un beneficio maggiore rispetto a quello che avrebbe avuto se fosse risultato aggiudicatario ab initio sicché la sostituzione deve avvenire secondo le condizioni della gara originaria e l'offerta fatta dal subentrante in quella originaria gara;
- d) ancorché possa essere trascorso del tempo dalla gara originaria, le oscillazioni dei prezzi non sono rilevanti in sé ma solo attraverso gli speciali meccanismi previsti dalla legge che presuppongono la stipula del nuovo contratto, sicché il subentrante non può pretendere un generico e complessivo aggiornamento del prezzo di gara in applicazione degli istituti del prezzo chiuso e della revisione dei prezzi.

9.5. Quanto poi ai chiarimenti ex art. 112, comma 5, c.p.a., è stato evidenziato (Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 2012, n. 6468; 10 luglio 2014, n. 3539; sez. V, 19 giugno 2013, n. 3339) che essi hanno una natura giuridica diversa dall'azione di ottemperanza propriamente detta, non potendo essere qualificati né un semplice strumento di "attuazione" del comando giudiziale (ex art. 112, comma 2), né una mera azione "esecutiva" in senso stretto (ex art. 112, comma 3); essi sono di regola proponibili dalla stessa parte soccombente nel giudizio di cognizione (laddove normalmente la parte vittoriosa non chiede chiarimenti circa le modalità di ottemperanza, quanto piuttosto direttamente l'ottemperanza, ex art. 112, comma 2, ovvero la condanna dell'amministrazione nelle ulteriori ipotesi ex art. 112, comma 3); non postulano, come l'azione di ottemperanza, una espressa volontà di non ottemperanza o una situazione di inottemperanza, né una situazione di violazione o di elusione del giudicato, presupponendo piuttosto dubbi o incertezze sull'esatta portata del comando giuridico oggetto dell'obbligo conformativo; né ancora possono essere qualificati come incidenti di esecuzione, ex art. 114, comma 7, ponendosi essi dal punto di vista logico - sistematico al di fuori del vero e proprio giudizio di ottemperanza.

Essi hanno una "...specificità di azione volta all'accertamento dell'esatto contenuto della sentenza e/o del provvedimento ad essa equiparato che, per intervenuta soccombenza in precedente giudizio, si è ora tenuti ad attuare/eseguire quanto al comando contenuto" (Cons. Stato, sez. IV, 17 dicembre 2012, n. 6468; 10 luglio 2014, n. 3539).

10. Ciò precisato, la Sezione è dell'avviso che il ricorso proposto dalla 2i Rete Gas S.p.A. per l'ottemperanza al giudicato formatosi sulla sentenza n. 3716 del 15 luglio 2014 di questa Quinta Sezione del Consiglio di Stato sia fondato e debba essere pertanto accolto.

10.1. Occorre innanzitutto rilevare che la predetta sentenza ha definitivamente dichiarato illegittima l'aggiudicazione disposta dal Comune di Rozzano (con la determinazione dirigenziale n. 4 del 10 gennaio 2011) in favore della costituenda A.T.I. tra Sicurgas s.r.l., D.G.N. s.r.l. e E.G.E.A. S.p.A. dell'affidamento del servizio pubblico locale di distribuzione del gas metano nel territorio comunale di Rozzano, avendo ritenuto fondata ed assorbente la censura sollevata da Enel Rete Gas S.p.A., oggi 2i Rete Gas S.p.A., per la "...mancata specificazione delle risorse messe a disposizione dalla società ausiliaria nell'ambito del rapporto di avvalimento instaurato tra la mandataria Sicurgas da un lato e, dall'altro, la mandataria DGN e l'ausiliaria esterna FIME".

In conseguenza dell'annullamento dell'aggiudicazione i giudici d'appello hanno anche dichiarato inefficace il contratto nel frattempo stipulato "...con conseguente subentro, previo controllo dei necessari requisiti, dell'appellante nell'aggiudicazione e nella conseguente stipulazione contrattuale".

10.2. Il dictum giudiziale da eseguire non è pertanto limitato all'annullamento dell'aggiudicazione e non ha quindi restituito all'amministrazione appaltante alcun potere di provvedere ex novo sulla questione controversa, attraverso la eventuale riedizione del potere (di valutazione della documentazione prodotta in sede di gara e/o delle offerte presentate) preordinato all'aggiudicazione dell'appalto per emendarlo dei vizi riscontrati.

Al contrario il comando giustiziale ha definitivamente conformato, in modo preciso e puntuale, la successiva attività dell'amministrazione, priva pertanto di qualsiasi ulteriore (o diverso) potere discrezionale, stabilendo il subentro di Enel Gas S.p.A. nell'aggiudicazione e nel contratto, previa verifica dei necessari requisiti, quest'ultima rimanendo l'unica attività, peraltro vincolata, in capo all'amministrazione appellante.

Peraltro, come dedotto nel ricorso in esame e come del resto emerge inconfutabilmente dagli atti di causa, non solo la società 2i Rete Gas S.p.A. ha effettivamente prodotto la documentazione richiesta dal Comune di Rozzano a dimostrazione del possesso dei requisiti necessari per il subentro nell'aggiudicazione e nel contratto di appalto, per quanto la stessa amministrazione comunale con nota in data 10 novembre (indirizzata alla predetta società 2i Rete Gas S.p.A. e, per conoscenza, alla GasPiù distribuzione s.r.l.) ha espressamente dato atto dalla sussistenza di tali requisiti, dichiarando in particolare che "...dalla verifica della documentazione allegata si è accertato il possesso dei requisiti oggettivi e soggetti..." e precisando altresì che "...pertanto nulla osta all'attuazione della sentenza...".

10.3. Ciò malgrado, come dedotto dalla ricorrente, l'amministrazione comunale di Rozzano non ha ancora prestato ottemperanza alla sentenza in questione il Comune di Rozzano, adducendo a giustificazione una serie di asseriti obblighi cui sarebbe subordinata l'aggiudicazione in favore della ricorrente ed il conseguente subentro nel contratto, obblighi relativi al mantenimento dei rapporti di lavoro del personale

in servizio presso il precedente gestore del servizio, GasPiù Distribuzione s.r.l., nonché quelli di natura patrimoniale concernenti il rimborso sempre al precedente gestore delle spese concernenti gli investimenti realizzati ed il pagamento di una quota parte dei canoni di affitto della rete di distribuzione del gas.

11. Ritenendo che tali obblighi influiscano quindi sull'esatta ottemperanza al giudicato in questione, sia il Comune di Rozzano che GasPiù Produzione s.r.l. hanno spiegato ricorso incidentale, ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a., proprio per ottenere a tal fine i necessari chiarimenti.

A tal riguardo la Sezione osserva quanto segue.

11.1. E' innanzitutto inammissibile il primo motivo del ricorso incidentale proposto da GasPiù Produzione s.r.l., con il quale si deduce la pendenza del ricorso per Cassazione avverso la sentenza ottemperanza.

Possono sul punto richiamarsi integralmente le considerazioni svolte al par. 8, detta pendenza non costituendo né causa di rinvio del presente giudizio, né tanto meno ostacolo all'ottemperanza, dal momento che essa non introduce alcun elemento di incertezza o di dubbio, concreto ed attuale, sul comando giuridico da eseguire.

11.2. Sia il Comune di Rozzano (primo motivo del proprio ricorso incidentale) che GasPiù Produzione s.r.l. (terzo motivo del relativo ricorso incidentale) hanno sostenuto che l'aggiudicazione in favore della ricorrente 2i Rete Gas S.p.A. e il subentro di quest'ultima nel contratto sarebbe subordinato all'obbligo di mantenere i rapporti di lavoro del personale in servizio presso il precedente gestore del servizio, GasPiù Produzione s.r.l., per effetto in particolare di quanto stabilito dal Decreto del Ministero dello sviluppo economico 21 aprile 2011 ("Disposizioni per governare gli effetti sociali connessi ai nuovi affidamenti delle concessioni di distribuzione del gas in attuazione del comma 6, dell'art. 28 del decreto legislativo 23 maggio 2000, n. 164, recante norme comuni per il mercato interno del gas").

Anche tale censura è inammissibile.

Sotto un primo profilo deve rilevarsi che, diversamente da quanto pur suggestivamente prospettato dai ricorrenti incidentali, le disposizioni del citato decreto ministeriale non costituiscono affatto sopravvenienze normative di cui l'amministrazione, secondo il consolidato indirizzo giurisprudenziale cui si è fatto cenno in precedenza, deve tener conto ai fini dell'esecuzione della sentenza: ciò per la decisiva considerazione che, come pure si è evidenziato, il comando giudiziale non lascia all'amministrazione alcuno spazio di discrezionalità avendo non solo annullato l'aggiudicazione, ma avendo altresì disposto il subentro della ricorrente nel contratto all'unica condizione (vincolata) della sussistenza in capo alla stessa dei requisiti soggettivi (condizione che è stata pacificamente riscontrata in modo positivo).

E' pertanto lo stesso comando giudiziale che rende insensibile l'ottemperanza di cui si discute a qualsiasi sopravvenienza normativa, salvo quelle concernenti i requisiti soggettivi di partecipazione alla gara non toccati però dall'invocato decreto ministeriale.

Sotto altro concorrente profilo, anche a voler prescindere dal fatto che l'invocato decreto ministeriale è successivo alla pubblicazione del bando con cui è stata indetta dal Comune di Rozzano la gara cui si riferisce il giudicato da ottemperare, così che esso non ha fatto parte del substrato normativo – fattuale della controversia, non può sottacersi che l'obbligo cui si riferiscono i ricorrenti incidentali non è neppure assoluto e automatico in considerazioni delle limitazioni contenute nell'articolo 2 del decreto stesso e presuppone in ogni caso che dell'esistenza del personale in questione sia stata fornita adeguata informazione nel bando di gara, il che, com'è pacifico, non si è verificato nella fattispecie in esame.

11.3. Ugualmente inammissibili sono il secondo ed il terzo motivo del ricorso incidentale del Comune di Rozzano ed il secondo articolato motivo di quello incidentale di GasPiù Produzione s.r.l., di contenuto sostanzialmente identico, con cui è stato dedotto che l'aggiudicazione in favore della ricorrente ed il suo subentro nel contratto sarebbero necessariamente condizionati alla restituzione in favore di GasPiù Produzione s.r.l., quale precedente gestore del servizio, delle quote dei canoni di affitto della rete e di concessione anticipati ed al pagamento del valore di rimborso degli investimenti.

A sostegno dell'invocato obbligo è stata indicata il combinato disposto dei commi 7 e a 9 dell'articolo 14 del D. Lgs. 23 maggio 2000, n. 164 ("Attuazione della direttiva 98/30/CE recante norme comuni per il mercato interno del gas naturale, a norma dell'art. 41 della L. 17 maggio 1999, n. 144"), a mente dei quali rispettivamente "...Il gestore uscente resta comunque obbligato a proseguire la gestione del servizio, limitatamente all'ordinaria amministrazione, fino alla data di decorrenza del nuovo affidamento..." (comma 7) e "...il gestore subentrante acquisisce la disponibilità degli impianti dalla data di pagamento della somma corrispondente agli oneri suddetti, ovvero dalla data di offerta reale della stessa".

Senonché tale disciplina non è applicabile al caso di specie innanzitutto perché regola l'ipotesi ordinaria che il subentro avvenga all'esito del procedimento ad evidenza pubblica, laddove nel caso di specie il subentro è l'effetto della dichiarazione di inefficacia del contratto di affidamento per l'annullamento giurisdizionale dell'aggiudicazione della gara in favore del precedente gestore per invalidità della relativa partecipazione; d'altra parte quella normativa presuppone espressamente che gli oneri gravanti sul nuovo gestore siano espressamente indicati nel bando di gara, laddove nel caso di specie non è stato giammai precisato né prospettato che gli oneri del cui pagamento si discute siano quelli indicati nel bando di gara, tanto più che essi concernono costi asseritamente sostenuti dal gestore per effetto del conseguimento dell'appalto, la cui aggiudicazione è stata giudicata illegittima.

Sotto tale decisivo profilo non può pertanto negarsi che essi siano estranei al substrato fattuale - normativo in relazione al quale si è formato il giudicato della cui ottemperanza si discute e come tale non possono incidere in alcun modo sull'obbligo di eseguire la sentenza n. 3716 del 15 luglio 2014 di questa sezione, dando luogo ad una mera controversia civilistica di natura patrimoniale, che non spetta alla cognizione del giudice amministrativo e che non può condizionare l'effettività della tutela giurisdizionale manifestatasi nel giudicato da ottemperare: infatti l'offerta presentata da Enel Rete Gas S.p.A., cui è succeduta la odierna ricorrente 2i Rete Gas S.p.A., ai fini della partecipazione alla gara non ha potuto tener conto di tali questioni che pertanto non sono mai entrate nel giudizio sulla legittimità dell'aggiudicazione, concluso con la ricordata sentenza n. 3716 del 15 luglio 2014, e che sono conseguentemente del tutto irrilevanti ai fini dell'esecuzione del giudicato.

11.4. Con il quarto motivo del ricorso incidentale da GasPiù Produzione s.r.l. ha rilevato che sarebbero temporaneamente ostativi alla piena ottemperanza al giudicato in esame i tempi tecnici entro cui, per disposizione dell'amministrazione comunale di Rozzano, si dovrebbe concludere le operazioni di lettura dei contatori nel territorio comunale, quale attività strumentale e propedeutica al subentro nel contratto di 2i Rete Gas S.p.A., con tutte le conseguenze operative e gestionali concernenti anche il personale dipendente. Senonché al riguardo, indipendente da ogni altra considerazione, anche in ordine alla correttezza del comportamento dell'amministrazione appaltante, non può che ribadirsi che le circostanze prospettate non solo sono del tutto estranee al comando giudiziale da ottemperare, per quanto attengono a questioni che riguardano esclusivamente i rapporti tra l'amministrazione ed il precedente gestore del servizio.

L'adeguatezza dei tempi necessari allo svolgimento delle predette attività, l'incidenza sulle stesse delle problematiche attinenti la gestione del personale e la stessa necessità di quelle attività, asseritamente propedeutiche e preparatorie al subentro, possono costituire oggetto di una controversia esclusivamente civilistica tra l'amministrazione ed il precedente gestore, ma non possono per converso impedire a 2i Rete Gas S.p.A. di conseguire il bene della vita riconosciuto dal giudicato, né tanto meno possono costituire condizioni necessarie per il conseguimento di quell'utilità.

Anche tale motivo è pertanto inammissibile.

13. Sulla scorta delle considerazioni svolte e sulla base al substrato, normativo e fattuale, della controversia, il giudicato di cui alla sentenza di questa Sezione n. 3716 del 15 luglio 2014 risulta essere del tutto chiaro ed inequivoco, così che il comportamento inadempiente del Comune di Rozzano nel prestarvi non trova alcuna ragionevole giustificazione

Di conseguenza deve essere ordinato al predetto Comune di Rozzano di ottemperare al predetto giudicato entro 120 giorni dalla comunicazione ovvero dalla notifica, se precedente, della presente sentenza, con la precisazione che nell'ottemperanza è da ritenersi compresa anche il pagamento delle spese di giudizio come indicate nella predetta sentenza, maggiorate degli interessi legali decorrenti dalla data di notifica del ricorso per l'ottemperanza.

Per il caso di ulteriore inadempimento, si nomina fin d'ora quale commissario ad acta il Prefetto di Milano o un funzionario da questi delegato, cui la parte ricorrente potrà rivolgersi direttamente una volta spirato il termine assegnato per l'esecuzione.

13. La particolarità della controversia, che giustifica la compensazione delle spese del presente giudizio, determina anche il rigetto della richiesta formulata dalla ricorrente di condanna al pagamento della penalità di mora di cui all'art 114, comma 4, lett. e), c.p.a.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale, Sezione Quinta, definitivamente pronunciando sul ricorso proposto da 2i Rete Gas S.p.A. per l'ottemperanza alla sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3716 del 15

luglio 2014 e sui ricorsi incidentali, proposti rispettivamente dal Comune di Rozzano e da GasPiù Produzione s.r.l., per chiarimenti ai sensi dell'art. 112, comma 5, c.p.a., così provvede:

- accoglie il ricorso proposto da 2i Rete Gas S.p.A. ed ordina al Comune di Rozzano di ottemperare alla sentenza del Consiglio di Stato, sez. V, n. 3716 del 15 luglio 2014, entro 120 (centoventi) giorni dalla comunicazione ovvero dalla notifica, se precedente, della presente sentenza, nei sensi indicati in motivazione;
- nomina per il caso di ulteriore inadempimento quale commissario ad acta il Prefetto di Milano o un funzionario da questi delegato, cui la parte ricorrente potrà rivolgersi direttamente una volta spirato il termine assegnato per l'esecuzione;
- dichiara inammissibili i ricorsi incidentali, ex art. 112, comma 5, c.p.a., proposti dal Comune di Rozzano e da GasPiù Distribuzione s.r.l.;
- respinge la domanda proposta dalla ricorrente di condanna del Comune di Rozzano al pagamento delle penalità di mora ex art. 114, comma 4, lett. e), c.p.a.;
- dichiara interamente compensate tra le parti le spese del presente giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Alessandro Pajno, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Carlo Saltelli, Consigliere, Estensore

Raffaele Prosperi, Consigliere

Sabato Guadagno, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 14/03/2016

N. 03119/2016 REG.PROV.COLL.  
N. 14266/2015 REG.RIC.  
REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 14266 del 2015, integrato con motivi aggiunti, proposto dalla Società Laziale Traffico Scarl - CLT, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Mario Sanino e Franco Coccoli, con domicilio eletto in Roma, viale Parioli n. 180, presso l'avvocato Mario Sanino;

contro

Roma Capitale, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luigi D'Ottavi, dell'Avvocatura comunale, con il quale è domiciliato per legge in Roma, via Tempio di Giove n. 21;

nei confronti di

società Mondial Park '95 Srl, in persona del suo legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Sergio Caracciolo, con domicilio eletto in Roma, via Appia Nuova n. 225;

per l'annullamento

- quanto al ricorso introduttivo, della determinazione dirigenziale del Corpo di Polizia Locale di Roma Capitale n. 1498 in data 3 novembre 2015 - con la quale sono state disposte l'esclusione della società ricorrente dalla gara informale, indetta ai sensi dell'art. 30 del decreto legislativo n. 163/2006, per l'affidamento della concessione del servizio di rimozione veicoli in sosta d'intralcio e/o pericolo nel territorio di Roma Capitale, la non convalida dell'aggiudicazione provvisoria disposta in favore della medesima società, l'escussione del deposito cauzionale provvisorio e la segnalazione all'ANAC - nonché della lettera di invito prot. n. 271582 del 17 giugno 2015 e di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compresi la determinazione dirigenziale del Corpo di Polizia Locale di Roma Capitale n. 1535 del 16 novembre 2015, con la quale è stata indetta una nuova procedura negoziata, ai sensi dell'art. 57, comma 2, del codice degli appalti, e gli atti di tale procedura negoziata, nella parte in cui la stazione appaltante ha deciso di non invitare la società ricorrente;

- quanto al ricorso per motivi aggiunti, dei medesimi atti già impugnati con il ricorso introduttivo, nonché della nota prot. n. 287458 del 1° dicembre 2015 - con la quale il Corpo di Polizia Locale di Roma Capitale, nel riscontrare l'apposita diffida della società ricorrente, si è determinato nel senso di non intervenire in autotutela sul suddetto provvedimento di esclusione e di non invitare la società alla nuova procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 57, comma 2, del codice degli appalti - nonché della determinazione dirigenziale del Corpo di Polizia Locale di Roma Capitale n. 1500 del 4 novembre 2015 - con la quale, a seguito dell'esclusione della società ricorrente, è stato provvisoriamente disposto l'affidamento del servizio ad altri soggetti (i gestori dei depositi giudiziari autorizzati dalla Prefettura di Roma) - e di ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, ivi compreso, se intervenuto, il provvedimento di aggiudicazione della nuova procedura negoziata indetta con la suddetta determinazione dirigenziale n. 1535 del 16

novembre 2015.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Roma Capitale e della società Mondial Park '95 Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2016 il dott. Carlo Polidori e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. In punto di fatto la società CLT con il ricorso introduttivo riferisce quanto segue: A) essa ha gestito per circa dieci anni (sino all'adozione dell'impugnato provvedimento di esclusione) il servizio di rimozione dei veicoli in sosta d'intralcio nel territorio di Roma Capitale, in virtù dell'affidamento risalente al 2005 e delle diverse proroghe che si sono succedute nel corso degli anni in ragione della «conclamata incapacità» dell'Amministrazione capitolina di indire una nuova procedura selettiva, resa palese dal fatto che questa Sezione ha annullato (cfr. la sentenza n. 10610 del 2015) la procedura di gara bandita nel 2014 per le medesime ragioni che avevano già determinato l'annullamento (cfr. la sentenza n. 109 del 2011) della precedente procedura di gara bandita nel 2014; B) in data 18 maggio 2015 è stato pubblicato un avviso finalizzato ad acquisire manifestazioni di interesse a partecipare ad una gara informale, indetta ai sensi dell'art. 30 del decreto legislativo n. 163/2006, per l'affidamento della concessione del servizio di rimozione veicoli in sosta d'intralcio e/o pericolo nel territorio di Roma Capitale; C) avendo manifestato il proprio interesse, essa con nota prot. n. 271582 del 17 giugno 2015 è stata invitata a partecipare alla gara ed ha, quindi, presentato un'offerta indicando di concorrere per le società consorziate Alfacar Srl e Autoturismo Srl; D) con determinazione dirigenziale n. 855 del 26 giugno 2015 è stata disposta in suo favore l'aggiudicazione provvisoria; E) tuttavia la stazione appaltante, all'esito delle verifiche espletate ha rilevato delle irregolarità nei confronti della società consorziate Alfacar Srl (cfr. nota del 14 agosto 2015) e Autoturismo Srl (cfr. nota del 20 agosto 2015); F) nonostante i chiarimenti forniti alla stazione appaltante, con l'impugnata determinazione dirigenziale n. 1498 in data 3 novembre 2015 è stata disposta la sua esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. g), del codice degli appalti, nonché l'escussione del deposito cauzionale e la segnalazione all'ANAC ai sensi dell'art. 38, comma 1-ter, del codice degli appalti; G) per effetto di tale provvedimento con l'impugnata determinazione dirigenziale n. 1535 del 16 novembre 2015 è stata indetta una nuova procedura negoziata, ai sensi dell'art. 57, comma 2, del codice degli appalti, per l'affidamento del servizio in questione, senza invitare la società ricorrente.

2. Avverso i provvedimenti impugnati la ricorrente deduce quindi le seguenti censure.

l) Violazione e falsa applicazione degli articoli 30, 34 e ss., 38, 57 e ss. del codice degli appalti; eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione e di istruttoria, perplessità dell'azione amministrativa, illogicità manifesta, irragionevolezza e sviamento di potere. La ricorrente - premesso che essa si configura come un consorzio stabile, costituito in forma di società consortile ai sensi dell'art. 2615-ter cod. civ. e nell'offerta tecnica presentata a seguito dell'invito della stazione appaltante, ha anche dichiarato di concorrere per una serie di consorziati, tra i quali le società Autoturismo ed Alfacar - evidenzia che: A) a differenza delle altre tipologie di consorzio e dei raggruppamenti temporanei di imprese, il consorzio stabile è un soggetto dotato di personalità giuridica autonoma e distinta da quella dei singoli consorziati; B) il consorzio stabile può, quindi, di volta in volta determinarsi ad operare ed eseguire lavori in proprio, ovvero mediante affidamento ad uno o più soggetti consorziati, sicché l'indicazione dei consorziati per i quali il consorzio concorre costituisce una mera facoltà, e non un obbligo, ben potendo il consorzio eseguire i lavori in proprio; C) costituisce corollario di tali principi l'inapplicabilità ai consorzi stabili del principio di

immodificabilità soggettiva, sancito dall'art. 37 del codice degli appalti, sicché eventuali mutamenti interni al consorzio rilevano solo come mutamenti di rapporti interorganici interni alla struttura, senza assumere valenza intersoggettiva, con l'ulteriore conseguenza che il consorzio può designare una diversa impresa come esecutrice, laddove per motivi sopravvenuti quella originariamente designata non sia in condizione di eseguire la prestazione; D) la deroga al principio di immodificabilità soggettiva, sancito dall'art. 37 del codice degli appalti, non può non riflettersi anche sul possesso e sulla verifica dei requisiti, dovendosi ritenere che - se il consorzio stabile possiede i requisiti per partecipare autonomamente (ovvero per conto di altri consorziati designati) alla gara - la mancanza dei requisiti in capo a due dei consorziati designati non possa precludere la partecipazione del consorzio (e degli altri consorziati eventualmente designati); E) di conseguenza sarebbe contraddittorio ed irragionevole, da un lato, consentire al consorzio stabile aggiudicatario di un appalto di eseguire l'appalto a mezzo di consorziati diversi da quelli designati in sede di gara e, dall'altro, escludere per il mancato possesso dei requisiti di partecipazione da parte di un consorzio designato quale esecutore dell'appalto, il consorzio stabile che sia comunque in possesso dei requisiti per la esecuzione del medesimo appalto. Ciò posto la ricorrente deduce che l'impugnato provvedimento di esclusione risulta illegittimo in quanto adottato in violazione dei descritti principi in tema di consorzi stabili. Difatti la stazione appaltante, anche in ragione della natura derogatoria ed informale della procedura negoziata in questione, ben avrebbe potuto precludere l'esecuzione del servizio ai due consorziati asseritamente privi dei requisiti, ovvero acquisire da parte della ricorrente medesima una revoca della dichiarazione presentata in sede di offerta, con cui dichiara di concorrere (anche, ma non solo) per i predetti consorziati. Del resto le considerazioni sin qui svolte varrebbero a maggior ragione per le procedure per l'affidamento di concessioni di servizi, come quella di cui trattasi, perché l'art. 30 del codice degli appalti dispone che alle concessioni di servizi non sono applicabili (salve le limitate eccezioni previste al comma 1) le prescrizioni del codice stesso e si limita a prescrivere (al comma 3) che la scelta del concessionario sia effettuata "nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici e, in particolare, dei principi di trasparenza, adeguata pubblicità, non discriminazione, parità di trattamento, mutuo riconoscimento, proporzionalità, previa gara informale a cui sono invitati almeno cinque concorrenti, se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto della concessione, e con predeterminazione dei criteri selettivi". Difatti, se è vero che il possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del codice degli appalti costituisce principio di carattere generale e di matrice comunitaria, come tale senz'altro applicabile anche alle procedure per l'affidamento delle concessioni, è altrettanto vero che alle predette concessioni non è applicabile la stringente disciplina codicistica attuativa di detto principio e, in particolare, la stringente disciplina sulla verifica dei predetti requisiti. In altre parole, secondo la ricorrente, fermo restando il principio di cui all'art. 38 del codice degli appalti, secondo il quale sono esclusi dalla partecipazione alle procedure di gara i soggetti privi dei requisiti ivi indicati, tale principio non implicherebbe tuttavia che la carenza dei predetti requisiti in capo ad un consorzio designato quale esecutore del servizio comporti automaticamente l'esclusione del consorzio stabile di cui fa parte e di altri consorziati che siano in possesso dei prescritti requisiti. Del resto, ad ulteriore conferma della ingiustizia e della irragionevolezza dell'impugnato provvedimento di esclusione varrebbero anche le seguenti circostanze di fatto: A) le due consorziate Autoturismo e Alfacar non hanno mai svolto alcuno dei servizi di rimozione in questione, né nel corso del precedente appalto, né nel corso dell'affidamento provvisorio avvenuto a seguito della aggiudicazione con riserva della concessione in esame; B) l'indicazione dei consorziati per i quali la ricorrente ha dichiarato di concorrere non comportava necessariamente ed automaticamente l'assegnazione a tali consorziati dei servizi oggetto di concessione perché, ai sensi dello statuto del consorzio avrebbe dovuto essere effettuata con delibera del Consiglio di Amministrazione della ricorrente medesima.

II) Violazione e falsa applicazione degli articoli 30, 34 e ss., 38, 57 e ss. del codice degli appalti; eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione e di istruttoria, perplessità dell'azione amministrativa, illogicità manifesta, irragionevolezza e sviamento di potere. La ricorrente contesta l'esistenza delle irregolarità rilevate in capo alle consorziate Alfacar e Autoturismo e che hanno determinato la sua esclusione dalla gara. In particolare la ricorrente - premesso che, con riferimento alla società Alfacar, la stazione appaltante dall'attestazione di regolarità fiscale trasmessa dall'Agenzia delle Entrate ha rilevato «la seguente violazione definitivamente accertata: Ricorso avverso l'AVV. RETT. E LIQ. 2007 S. 1T N. 001067-000 A 001

per l'anno d'imposta 2007, relativo alla società in oggetto deciso in I Grado con esito parzialmente favorevole all'ufficio con importo accertato di Euro 215.284,00» - afferma che l'errore commesso da controparte è davvero macroscopico, ed ancor più ingiustificato se si considera la stazione appaltante non ha tenuto alcun conto dei chiarimenti ricevuti. Difatti si deve considerare quanto segue: A) l'importo di euro 215.284,00 non è altro che il valore accertato dall'Agenzia delle Entrate, in relazione all'acquisto di un terreno da parte della società Alfacar; B) tale valore, a seguito di ricorso presentato dalla società Alfacar, è stato rideterminato dalla Commissione Tributaria Provinciale di Roma in euro 182.122,50; C) su tale valore l'Agenzia delle Entrate non ha ancora proceduto alla liquidazione delle imposte dovute, come si può evince dalla certificazione rilasciata dalla medesima Agenzia delle Entrate in atti, dalla quale risulta che solo in data 13 novembre 2015 (ossia dopo l'adozione del provvedimento di esclusione) l'Agenzia delle Entrate ha provveduto alla iscrizione nel Ruolo 902245 dell'importo di euro 38.297,99 a titolo di imposte e relativi interessi e sanzioni, con previsione di consegna al concessionario per la riscossione in data 10 dicembre 2015. Si deve, quindi, escludere la ricorrenza della causa di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), del codice degli appalti, relativa a violazioni "definitivamente accertate", perché ad oggi nessuna richiesta di pagamento del predetto importo, né il relativo ruolo sono stati recapitati alla società Alfacar. Inoltre con riferimento all'irregolarità contestata alla società Autoturismo, concernente il mancato pagamento di due cartelle esattoriali (la n. 09720140092209401 per l'anno d'imposta 2010 per euro 14.445,05 e la n. 09720130292330353 per l'anno d'imposta 2008 per euro 22.572,91) che sarebbero state notificate (rispettivamente) in data 17 giugno 2014 e in data 14 novembre 2013, la società ricorrente deduce quanto segue: A) la società Autoturismo non ha mai ricevuto la notifica delle due cartelle esattoriali ed ha avuto conoscenza delle stesse soltanto a seguito della richiesta di chiarimenti inviata dalla stazione appaltante dopo l'aggiudicazione provvisoria; B) la società Autoturismo ha quindi, immediatamente e prudenzialmente, presentato ad Equitalia Sud S.p.a. un'istanza di rateazione dei predetti carichi tributari ed ha contestualmente impugnato le predette cartelle esattoriali dinanzi alla Commissione Tributaria Provinciale di Roma in ragione del mancato ricevimento della notifica delle stesse, chiedendone la declaratoria di inefficacia; C) la predetta Commissione Tributaria con decreto del 18 novembre 2015 ha disposto la provvisoria sospensione dell'esecuzione delle indicate cartelle esattoriali sino alla decisione di merito. Risulterebbe, quindi, illegittima anche la seconda delle ragioni che ha determinato l'esclusione della ricorrente, perché questo stesso Tribunale (T.A.R. Lazio Roma, Sez. III-Ter, 12 novembre 2015, n. 12842) ha affermato che la sospensione della cartella esattoriale non consente di ritenere la violazione "definitivamente accertata".

III) Violazione e falsa applicazione degli articoli 30, 34 e ss., 38, 57 e ss. del codice degli appalti; eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione e di istruttoria, perplessità dell'azione amministrativa, illogicità manifesta, irragionevolezza e sviamento di potere. La ricorrente sostiene che il provvedimento di esclusione è comunque illegittimo anche nella parte in cui sono state disposte l'escussione della cauzione provvisoria e la segnalazione all'Autorità Nazionale Anticorruzione. In particolare, con riferimento all'escussione della cauzione provvisoria, la ricorrente, dopo aver ribadito che la procedura in questione concernendo l'affidamento di una concessione di servizi è sottratta all'applicazione delle disposizioni del codice degli appalti, deduce l'inapplicabilità delle disposizioni che disciplinano l'escussione della cauzione provvisoria - e, in particolare, dell'art. 75, comma 6, del codice degli appalti, secondo il quale la garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto per fatto dell'affidatario - evidenziando che, secondo la giurisprudenza (Consiglio di Stato, Sez. V, 13 luglio 2010, n. 4510) tale disposizione non costituisce espressione di principi generali e comunitari in materia di appalti. Comunque nel caso di specie non sarebbe ravvisabile un "fatto dell'affidatario" in quanto: A) non sono ascrivibili alla ricorrente medesima le violazioni contestate, direttamente riconducibili alle società Alfacar e Autoturismo; B) non è ascrivibile alla ricorrente medesima alcuna falsa e/o omessa dichiarazione, perché le dichiarazioni in ordine ai requisiti di ordine generale sono state autonomamente presentate dalle predette società (in fase di indagine esplorativa) e la disciplina di gara non prescriveva dichiarazioni per conto dei consorziati nella fase di presentazione delle offerte. Inoltre, secondo la ricorrente, posto che l'escussione della cauzione è prevista soltanto dall'art. 48 del codice degli appalti per il caso di mancanza dei requisiti speciali, rilevarebbe il fatto che anche l'art. 48 è stato ritenuto inapplicabile alle concessioni di servizi oltre che nella parte in cui prevede la segnalazione alla autorità di vigilanza, anche in quella in cui prevede l'incameramento della

cauzione provvisoria, salvo che la *lex specialis* non disponga diversamente (Cons. Stato, Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1370) e nel caso in esame la *lex specialis* non contiene alcuna previsione sulle modalità e sulle condizioni di escussione della cauzione provvisoria, limitandosi la lettera di invito a prevedere la costituzione di un deposito cauzionale a garanzia dell'offerta. Infine, in ragione dei medesimi principi normativi e giurisprudenziali dinanzi richiamati, sarebbe illegittimo anche il provvedimento con cui è stata disposta la segnalazione dell'esclusione all'ANAC. Del resto, anche a voler ritenere che, nel caso di specie, la segnalazione sia stata effettuata ai sensi dell'art. 38, comma 1-ter, del codice degli appalti, il provvedimento impugnato sarebbe viziato in quanto tale articolo presuppone la presentazione di una "falsa dichiarazione" ovvero di "falsa documentazione", circostanza che, nel caso di specie, non è ravvisabile per le ragioni già dedotte in precedenza.

IV) Illegittimità in via derivata della determinazione di indizione della nuova procedura negoziata. La ricorrente - premesso che la determinazione dirigenziale n. 1535 del 16 novembre 2015, con la quale è stata indetta una nuova procedura negoziata, ha come unico presupposto il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha disposto la sua esclusione dalla precedente procedura, dichiarando deserta la gara - sostiene che anche tale provvedimento deve ritenersi viziato, in via derivata, per effetto dei vizi che inficiano la precedente determinazione dirigenziale n. 1498 in data 3 novembre 2015.

V) Violazione e falsa applicazione degli articoli 30 e 57 del codice degli appalti; violazione dei principi di massima partecipazione, par condicio e concorrenza; eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione e di istruttoria, perplessità dell'azione amministrativa, illogicità manifesta, irragionevolezza e sviamento di potere. In via subordinata la ricorrente deduce l'illegittimità degli atti della nuova procedura di gara indetta con la determinazione dirigenziale n. 1535 del 16 novembre 2015, nella parte in cui - pur avendo essa formalmente manifestato il proprio interesse a prendere parte alla gara, con atto di diffida del 23 novembre 2015 - non le è stato consentito di partecipare a causa del mancato invito. In particolare, secondo la ricorrente, il mancato invito è illegittimo sia perché essa è il principale operatore sul territorio comunale ed ha gestito regolarmente il servizio per oltre dieci anni, sia perché non varrebbe a giustificare il mancato invito la segnalazione all'ANAC disposta con il provvedimento di esclusione dalla precedente gara. Difatti si deve considerare che: A) essa, come già evidenziato, si configura come un consorzio stabile, in possesso dei requisiti per partecipare alla procedura, e del tutto autonomo rispetto alle consorziate in capo alle quali sono state ravvisate le violazioni che hanno determinato l'esclusione dalla precedente procedura; B) la predetta segnalazione, oltre ad essere illegittima (per le ragioni espresse nel terzo motivo di ricorso), costituisce soltanto l'avvio di un procedimento in contraddittorio dinanzi all'ANAC, che non ha ancora avuto corso.

3. Roma Capitale si è costituita in giudizio per resistere al ricorso e con memoria depositata in data 11 dicembre 2015 ha eccepito l'infondatezza delle suesposte censure evidenziando quanto segue: A) le tesi sostenute con il primo motivo di ricorso sono smentite dalla recente sentenza della Quarta Sezione del Consiglio di Stato n. 4703 del 13 ottobre 2015; B) con riferimento all'irregolarità riguardante la società Alfacar, quest'ultima, nonostante i ripetuti solleciti, non ha mai contestato gli addebiti, mentre la ricorrente si è limitata a fere riferimento ad un incontro con i funzionari dell'Agenzia delle Entrate, ma non ha mai fornito documenti da cui si potesse desumere che la violazione non era definitivamente accertata; C) con riferimento all'irregolarità relativa alla società Autoturismo, rilevano sia il fatto che la richiesta di rateazione dei predetti carichi tributari sia stata presentata solo in data 22 settembre 2015, ossia in data successiva alla presentazione dell'offerta della ricorrente (5 maggio 2015), sia il fatto che la stazione appaltante solo al momento della notifica del ricorso abbia appreso la notizia dell'impugnazione delle suddette cartelle esattoriali dinanzi alla Commissione Tributaria Provinciale di Roma; D) la ricorrente, avendo accettato la *lex specialis*, che prevede la costituzione di un deposito cauzionale a garanzia dell'offerta, non può invocare l'inapplicabilità dell'art. 75 del codice degli appalti, fermo restando che nel caso in esame l'obbligo dell'escussione della garanzia e della segnalazione all'ANAC è stato ribadito dalla stessa ANAC con il parere n. 147154 del 5 novembre 2015; E) la ricorrente non è stata invitata a partecipare alla c.d. gara ponte sia a causa della sua esclusione dalla gara informale, sia per ovvi motivi di opportunità, essendo venuto meno il rapporto di fiducia a seguito delle dichiarazioni non veritiere e in ragione di quanto emerso dagli organi di

stampa, sia perché - avendo la stessa già gestito il servizio per oltre dieci anni - si è preferito applicare il principio di rotazione degli operatori economici, a vantaggio di una maggiore concorrenza, sia perché la ricorrente medesima ha manifestato tardivamente (in data 23 novembre 2015) la propria intenzione di partecipare alla procedura di gara, mentre la richiesta di offerta è stata inviata in data 17 novembre 2015 agli operatori economici identificati dalla stazione appaltante, con scadenza del termine per la presentazione delle offerte fissato per le ore 12.00 del 30 novembre 2015, e considerato l'avvio immediato del Giubileo della Misericordia si è ritenuto di non dover riaprire i termini.

4. Anche la società Mondial Park '95 si è costituita in giudizio per resistere al ricorso e con memoria depositata in data 14 dicembre 2015 ha eccepito l'infondatezza delle suesposte censure svolgendo considerazioni in parte analoghe a quelle di Roma Capitale. Inoltre ha eccepito la mancata impugnazione, da parte della società, della determinazione dirigenziale n. 1500 del 4 novembre 2015, con la quale - nelle more della conclusione della nuova gara indetta con la determinazione dirigenziale n. 1535 del 16 novembre 2015 - il servizio è stato affidato alla società Italsoccorso Srl.

5. Questa Sezione con l'ordinanza n. 5676 del 17 dicembre 2015 ha respinto la domanda cautelare proposta dalla ricorrente facendo espresso riferimento in motivazione soltanto alla posizione della società Autoturismo.

6. La società CLT con ricorso per motivi aggiunti depositato in data 30 dicembre 2015 ha impugnato la nota prot. n. 287458 del 1° dicembre 2015 - con la quale l'Amministrazione, nel riscontrare l'apposita diffida presentata dalla società ricorrente ai sensi dell'art. 243-bis del codice degli appalti, si è determinata nel senso di non intervenire in autotutela sul provvedimento di esclusione della ricorrente medesima e di non invitarla alla nuova procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 57, comma 2, del codice degli appalti - nonché la suddetta determinazione dirigenziale n. 1500 del 4 novembre 2015, deducendo le seguenti censure.

I) Violazione e falsa applicazione degli articoli 30, 34 e ss., 38, 57 e ss. e 243-bis del codice degli appalti; eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione e di istruttoria, perplessità dell'azione amministrativa, illogicità manifesta, irragionevolezza e sviamento di potere. La ricorrente sostiene che la determinazione di conferma del provvedimento con il quale è stata disposta la sua esclusione dalla gara risulta gravemente viziata per la violazione dei generali principi in tema di motivazione degli atti amministrativi, nonché dell'art. 243-bis del codice degli appalti, che imponeva alla stazione appaltante di rideterminarsi. Difatti la stazione appaltante non ha tenuto in alcuna considerazione le seguenti circostanze rappresentate nella diffida del 23 novembre 2015: A) la sopravvenuta sospensione, da parte della competente Commissione Tributaria, delle due cartelle esattoriali emesse nei confronti della società Autoturismo; B) l'errore commesso dalla stazione appaltante nel considerare, come violazione definitivamente accertata in capo alla consorziata Alfacar, una somma che, come risulta dalla suddetta certificazione rilasciata dall'Agenzia delle Entrate, al momento dell'esclusione non risultava ancora iscritto a ruolo.

II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 57 del codice degli appalti; eccesso di potere per difetto assoluto di motivazione e di istruttoria, perplessità dell'azione amministrativa, illogicità manifesta, irragionevolezza e sviamento di potere. La ricorrente sostiene che il provvedimento impugnato è illegittimo anche nella parte in cui la stazione appaltante ha esternato le ragioni si è determinata nel senso di non invitarla alla nuova procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 57, comma 2, del codice degli appalti. In particolare - premesso che la stazione appaltante si è limitata affermare che, «visti i ristrettissimi tempi non procrastinabili per l'identificazione di un nuovo affidatario del servizio di cui trattasi, non si è ritenuto opportuno invitare codesto consorzio alla procedura negoziata ... in quanto l'istanza è pervenuta il 24/11/15 e un suo accoglimento avrebbe comportato un differimento dei termini di presentazione delle offerte non conciliabile con l'urgenza di provvedere, dettata dall'imminente evento giubilare, come chiaramente esplicitato nei provvedimenti adottati» - la ricorrente deduce innanzi tutto che tale motivazione deve ritenersi pretestuosa in quanto: A) la determinazione di indizione della nuova procedura negoziata non prevedeva un'istanza di partecipazione di soggetti eventualmente interessati, bensì un invito

della stazione appaltante, a seguito del quale il soggetto invitato avrebbe potuto partecipare alla procedura; B) lo stesso art. 57, comma 6, del codice degli appalti, nel disciplinare la procedura negoziata, dispone che “la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione”, senza prevedere una previa richiesta di partecipazione ovvero una manifestazione di interesse da parte di operatori interessati. Pertanto il mancato invito della ricorrente si porrebbe in contrasto con la normativa di riferimento e con i principi di trasparenza e di massima concorrenza che la stessa stazione appaltante pretende di garantire. Inoltre la ricorrente sostiene che la motivazione del provvedimento impugnato risulta ancor più pretestuosa se si considera che il giorno antecedente la sua adozione questo Tribunale, con decreto presidenziale n. 5366 del 30 novembre 2015, ha sospeso la nuova procedura negoziata e, quindi, anche la decorrenza del termine di presentazione delle offerte (ancora in corso a quella data). Pertanto, in ragione della sopravvenuta sospensione del termine fissato per la presentazione delle offerte, la stazione appaltante ben avrebbe potuto invitare la ricorrente senza alcun rischio di differimento dei termini, in quanto già sospesi.

III) Illegittimità in via derivata della determinazione di indizione della nuova procedura negoziata. La ricorrente - premesso che la determinazione dirigenziale n. 1535 del 16 novembre 2015 (con la quale è stata indetta una nuova procedura negoziata) e la successiva determinazione dirigenziale n. 1500 del 4 novembre 2015 (con la quale è stato disposto l'affidamento provvisorio del servizio) hanno come unico presupposto il provvedimento con il quale la stazione appaltante ha disposto la sua esclusione dalla precedente procedura di gara - sostiene che anche tali provvedimenti devono ritenersi viziati, in via derivata, per effetto dei vizi che inficiano la precedente determinazione dirigenziale n. 1498 in data 3 novembre 2015.

7. La ricorrente con memoria depositata in data 8 febbraio 2016 ha illustrato le suesposte censure ed ha insistito per l'accoglimento delle sue domande.

8. Roma Capitale con memoria depositata in data 9 febbraio 2016 ha insistito per il rigetto dei ricorsi ribadendo le eccezioni sollevate con la sua precedente memoria.

9. La ricorrente con memoria di replica depositata in data 12 febbraio 2016 - nel rappresentare la sopravvenuta pubblicazione della sentenza n. 1873 del 9 febbraio 2016, con la quale questa Sezione ha accolto il ricorso n. 9010/2015, proposto da Mondial Park '95, ed ha conseguentemente annullato gli atti dalla gara informale indetta ai sensi dell'art. 30 del codice degli appalti per l'affidamento della concessione del servizio di rimozione veicoli in sosta d'intralcio e/o pericolo nel territorio di Roma Capitale, e della sentenza n. 2330/4/16 del 4 febbraio 2016, con la quale la Commissione Tributaria Provinciale di Roma ha accolto il ricorso proposto dalla società Autoturismo avverso le cartelle esattoriali che avevano determinato l'esclusione della ricorrente medesima dalla gara - ha rappresentato che tali pronunce risultano «dirimenti ai fini del presente giudizio». Innanzi tutto la ricorrente sostiene che l'annullamento disposto con la sentenza n. 1873 del 2016 determina la caducazione dei provvedimenti con i quali è stata disposta la sua esclusione dalla prima gara, l'escussione della garanzia e la segnalazione all'ANAC, sicché a questo Tribunale non resterebbe che prendere atto della parziale sopravvenuta carenza di interesse del ricorso introduttivo. In via subordinata, per il caso in cui questo Tribunale non condividesse tale prospettazione in ordine agli effetti caducanti della predetta sentenza, la ricorrente afferma che risulta decisiva la suddetta sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Roma, con la quale è stata dichiarata l'inefficacia giuridica delle cartelle esattoriali che avevano indotto la stazione appaltante a ravvisare la violazione di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), del codice degli appalti in capo alla società Autoturismo. Inoltre la ricorrente sostiene che l'annullamento disposto con la citata sentenza n. 1873 del 2016 determina anche la caducazione degli atti della nuova procedura (tuttora in corso) per l'affidamento del servizio, in quanto indetta proprio in conseguenza della esclusione della ricorrente medesima dalla precedente procedura. In

particolare, secondo la ricorrente, posto che la nuova gara è stata indetta ai sensi dell'art. 57, comma 2, lett. c), del codice degli appalti proprio in ragione dell'urgenza determinata dalla esclusione della ricorrente, l'annullamento della precedente gara determinerebbe il venir meno dell'unico presupposto che aveva legittimato l'indizione della nuova procedura in deroga alle ordinarie regole di espletamento delle procedure di evidenza pubblica, anche perché l'art. 57, comma 2, lett. c), del codice degli appalti dispone che "le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alla stazione appaltante" e non v'è dubbio che l'annullamento della precedente procedura debba essere ritenuto imputabile alla stazione appaltante. Un'ulteriore ragione per la quale l'annullamento della precedente gara determinerebbe la caducazione della nuova gara sarebbe poi costituita dal fatto che - stando a quanto sostenuto da Roma Capitale nelle sue difese - la ricorrente non è stato invitato alla nuova gara proprio in ragione delle violazioni che avevano determinato la sua esclusione dalla precedente gara. Pertanto, anche con riferimento alla domanda di annullamento degli atti della nuova procedura negoziata, a questo Tribunale non resterebbe che prendere atto della sopravvenuta carenza di interesse del ricorso introduttivo. In via ulteriormente subordinata - per il caso in cui questo Tribunale non condividesse tale prospettazione in ordine agli ulteriori effetti caducanti della predetta sentenza, la ricorrente conferma il suo interesse all'annullamento degli atti della nuova gara, evidenziando che gli stessi sono stati impugnati anche in via autonoma, in ragione dell'illegittimo ed ingiustificato mancato invito a partecipare alla procedura stessa, e che la fondatezza della domanda è confermata dalla citata sentenza della Commissione Tributaria, che comporta il venir meno del motivo che ha determinato il mancato invito.

10. Roma Capitale con memoria depositata in data 17 febbraio 2016 ha replicato alle considerazioni svolte dalla società ricorrente con l'ultima memoria, evidenziando quanto segue: A) la suddetta sentenza n. 1873 del 2016, sebbene immediatamente esecutiva, non è ancora passata in giudicato; B) fermo restando quanto precede, anche in ragione dell'orientamento fatto proprio da questa stessa Sezione nella sentenza n. 1882 del 9 febbraio 2016, non sussistono i presupposti per l'adozione di una pronuncia di sopravvenuta carenza di interesse, perché l'Amministrazione ha interesse a conoscere se un potenziale contraente possieda i requisiti generali e la predetta sentenza n. 1873 del 2016 non contiene alcun riferimento alla sussistenza o meno dei requisiti generali in capo alla società CLT; C) la invocata sentenza della Commissione Tributaria Provinciale di Roma, oltre a non essere passata in giudicato, contiene una statuizione che, oltre ad apparire opinabile, appare irrilevante ai fini del presente giudizio in quanto affermare, ora per allora, che le notifiche delle cartelle esattoriali non siano state effettuate non significa che la stazione appaltante abbia errato nel considerare le violazioni contestate alla società Autoturismo come definitivamente accertate al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, perché la ricorrente non ha fornito un puntuale e rigoroso riscontro alle richieste della stazione appaltante. Quindi Roma Capitale ha manifestato il suo interesse ad una pronuncia che accerti l'insussistenza, al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, dei requisiti generali in capo alla ricorrente. Inoltre Roma Capitale - nel precisare che nella nota prot. n. 36883 del 12 febbraio 2016 sono state ribadite le circostanze che hanno precluso l'aggiudicazione definitiva della prima gara in favore della ricorrente e precludono la partecipazione della stessa alla gara in atto - ha evidenziato che: A) sono in corso i dovuti approfondimenti per l'erogazione del servizio anche in forma di autoproduzione ovvero secondo una procedura concorrenziale di evidenza pubblica comunitaria, nonché ulteriori approfondimenti, anche da parte dell'ANAC sul ruolo degli operatori economici che in passato hanno svolto il servizio per conto di Roma Capitale; B) alla luce degli atti di causa si rende opportuno estendere il contraddittorio anche nei confronti dell'Agenzia delle Entrate, ovvero disporre una verifica sulla correttezza e definitività degli accertamenti tributari effettuati.

13. Alla pubblica udienza del 9 marzo 2016 Roma Capitale ha prodotto copia delle note con le quali ha comunicato l'avvio del procedimento finalizzato alla revoca della determinazione dirigenziale con la quale è stata indetta la nuova procedura negoziata, ai sensi dell'art. 57, comma 2, del codice degli appalti. Quindi, su richiesta della parte ricorrente, il ricorso è stato chiamato e trattenuto per la decisione.

#### DIRITTO

1. In via preliminare il Collegio ritiene che - sebbene questa Sezione, a seguito di un separato ricorso proposto dalla società Mondial Park '95, abbia annullato gli atti relativi alla prima gara indetta per

l'affidamento della concessione del servizio di rimozione veicoli in sosta d'intralcio e/o pericolo nel territorio di Roma Capitale, a partire dall'avviso relativo all'indagine esplorativa pubblicato dalla stazione appaltante in data 18 maggio 2015 - persista l'interesse della società ricorrente all'annullamento dei seguenti atti: A) lettera di invito alla prima gara, di cui alla nota prot. n. 271582 del 17 giugno 2015; B) determinazione dirigenziale n. 1498 in data 3 novembre 2015, con la quale sono state disposte l'esclusione della società ricorrente dalla prima gara, la non convalida dell'aggiudicazione provvisoria disposta in suo favore, l'escussione del deposito cauzionale e la segnalazione all'ANAC; C) nota prot. n. 287458 del 1° dicembre 2015, limitatamente alla parte in cui l'Amministrazione si è determinata nel senso di non intervenire in autotutela sulla suddetta determinazione dirigenziale n. 1498 in data 3 novembre 2015. Si deve infatti rilevare che la sentenza di questa Sezione n. 1873 del 2016 - sebbene sia stata resa nell'ambito di un giudizio di cui era parte anche la società CLT - allo stato non risulta passata in giudicato.

2. Sempre in via preliminare il Collegio ritiene che non possa essere accolta l'ulteriore prospettazione della società ricorrente, tesa ad estendere il c.d. effetto caducante della sentenza n. 1873 del 9 febbraio 2016 agli atti della seconda procedura di gara. Difatti, stando a quanto riferito da Roma Capitale nelle sue memorie difensive, il mancato invito della ricorrente a partecipare alla gara ponte sarebbe dipeso da molteplici ragioni, che possono essere riassunte come segue: A) l'esclusione della ricorrente medesima dalla prima gara; B) motivi di opportunità, connessi non solo al venir meno del rapporto di fiducia, a seguito delle dichiarazioni non veritiere rese nella prima gara, ma anche a notizie emerse dagli organi di stampa; C) la volontà dell'Amministrazione di applicare il principio di rotazione degli operatori economici; D) la circostanza che la società ricorrente abbia tardivamente manifestato la propria intenzione di partecipare alla nuova gara; E) l'avvio immediato del Giubileo della Misericordia, che ha sconsigliato la riapertura del termine per la presentazione delle offerte. Pertanto, sebbene sia innegabile che la gara ponte è stata indetta anche in conseguenza dell'esclusione della società ricorrente dalla prima gara, tuttavia non può ritenersi che gli atti della gara ponte siano parte della medesima sequenza procedimentale, perché le decisioni sottese all'indizione della gara ponte sono frutto anche di ulteriori autonome valutazioni della stazione appaltante. Deve allora ritenersi che persista l'interesse della società ricorrente anche all'annullamento: A) sia della determinazione dirigenziale n. 1535 del 16 novembre 2015, con la quale è stata indetta la gara ponte, della nota prot. n. 287458 del 1° dicembre 2015, limitatamente alla parte in cui l'Amministrazione si è espressamente determinata nel senso di non invitare la ricorrente alla gara ponte; B) sia della determinazione dirigenziale n. 1500 del 4 novembre 2015 con la quale è stato provvisoriamente disposto l'affidamento del servizio ad altri soggetti, nelle more della conclusione della gara ponte.

3. Ancora in via preliminare il Collegio ritiene infondata l'eccezione di improcedibilità sollevata dalla società Mondial Park '95 sul presupposto della mancata impugnazione, da parte della ricorrente, della determinazione dirigenziale n. 1500 del 4 novembre 2015, con la quale, nelle more della conclusione della nuova gara indetta con la determinazione dirigenziale n. 1535 del 16 novembre 2015, il servizio è stato affidato alla società Italsoccorso Srl. Difatti - premesso che l'interesse della società ricorrente riguarda evidentemente la gestione a regime del servizio - è sufficiente evidenziare che la predetta determinazione dirigenziale è stata impugnata con il ricorso per motivi aggiunti.

4. Poste tali premesse, occorre procedere innanzi tutto all'esame dei primi due motivi del ricorso introduttivo (riproposti con i motivi aggiunti), con i quali la società CLT censura la sua esclusione dalla prima gara. In proposito il Collegio ritiene che non possa essere accolto il primo motivo (che avrebbe carattere assorbente), con il quale la ricorrente - sulla base di un'articolata ricostruzione della disciplina relativa ai consorzi stabili - perviene ad affermare che, anche in ragione della peculiare natura della gara in questione (procedura negoziata, indetta ai sensi dell'art. 30 del codice degli appalti), la stazione appaltante, invece di disporre l'esclusione della ricorrente stessa in ragione della asserita carenza dei requisiti generali in capo a due delle consorziate indicate nell'offerta, ben avrebbe potuto limitarsi a precludere l'esecuzione del servizio alle due consorziate, oppure chiedere alla ricorrente di revocare la dichiarazione presentata in sede di offerta, nella parte in cui essa dichiara di concorrere anche per conto delle predette consorziate. Difatti, secondo la giurisprudenza (ex multis, Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 2015, n. 244; id., Sez. III, 4 marzo 2014, n. 1030), la connotazione di consorzio stabile comporta l'esecuzione delle prestazioni contrattuali ad opera

di un soggetto affidatario costituito in forma collettiva, che stipula il contratto in nome proprio e per conto delle consorziate, con la conseguenza che ai fini della verifica dei requisiti di qualificazione, atti a comprovare la capacità tecnica e la solidità generale, il consorzio può cumulare quelli posseduti dalle imprese consorziate e usufruirne in proprio. Di conseguenza la giurisprudenza (Cons. Stato, Sez. IV, 13 ottobre 2015, n. 4703) ha chiarito che anche i consorzi stabili, se in forza della natura di soggetto collettivo legittimamente cumulano indistintamente i requisiti tecnici e finanziari delle imprese consorziate, devono tuttavia comprovare il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38 del codice degli appalti in capo ad esse; del resto, se così non fosse, per gli operatori economici privi dei requisiti di cui all'art. 38 risulterebbe agevole, anziché concorrere direttamente andando incontro a sicura esclusione, aderire ad un consorzio da utilizzare come «copertura elusiva» dell'obbligo di possedere i requisiti generali. Di conseguenza, posto che l'affidabilità morale rappresenta un requisito ineludibile e specifico per ogni singolo esecutore, la carenza dei requisiti di cui all'art. 38 in capo alle imprese consorziate indicate come esecutrici dell'appalto non può non comportare l'esclusione del consorzio stabile. Né giova alla ricorrente far leva sul fatto che l'art. 38 non sia espressamente richiamato dall'art. 30, comma 1, del codice degli appalti. Difatti il terzo comma dell'art. 30 prevede espressamente che la scelta del concessionario deve avvenire «nel rispetto dei principi desumibili dal Trattato e dei principi generali relativi ai contratti pubblici» e la stessa ricorrente finisce per ammettere che le disposizioni dell'art. 38 - nel richiedere il possesso dei requisiti di ordine generale - costituiscono espressione di un principio di carattere generale e di matrice comunitaria, come tale senz'altro applicabile anche alle procedure per l'affidamento delle concessioni. Pertanto resta solo da evidenziare che - qualora si accedesse all'ulteriore prospettazione della ricorrente, secondo la quale nelle procedure per l'affidamento delle concessioni il principio sotteso all'art. 38 (secondo il quale sono esclusi dalla gara i soggetti privi dei requisiti generali) comunque non implica che la carenza dei requisiti generali in capo ad uno dei consorziati designati per l'esecuzione dell'appalto determini automaticamente l'esclusione del consorzio stabile - in tali procedure si riproporrebbe il rischio dell'adesione al consorzio come mero espediente per eludere l'applicazione del principio sotteso all'art. 38.

5. Passando al secondo motivo di ricorso - con il quale la ricorrente mira a dimostrare l'insussistenza delle violazioni gravi rispetto agli obblighi tributari, che la stazione appaltante ha ritenuto «definitivamente accertate» in capo alle consorziate Alfacar e Autoturismo e che hanno determinato la sua esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. g), del codice degli appalti - il Collegio preliminarmente osserva che non vi è motivo per disporre l'integrazione del contraddittorio nei confronti dell'Agenzia delle Entrate o per disporre l'esecuzione una verifica sulla posizione fiscale delle predette consorziate, potendosi ritenere la stessa già adeguatamente acclarata in base alla documentazione versata in atti. Ciò premesso il Collegio osserva innanzi tutto che, con riferimento al requisito di regolarità fiscale di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), del codice degli appalti, costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili (cfr. parere dell'ANAC n. 199 del 5 dicembre 2012). Infatti, solo in tal caso l'inadempimento tributario può ritenersi indicativo del mancato rispetto degli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse, mentre non è sufficiente la circostanza che l'operatore economico sia destinatario di una cartella esattoriale, attesa la necessità non solo che la pendenza con l'Erario sia stata debitamente accertata dai competenti organi come esistente ad una determinata data, ma anche che la pretesa tributaria si sia consolidata in favore della Amministrazione finanziaria per l'inutile decorso del termine di impugnazione. Ne consegue che, con particolare riferimento alla posizione della società Alfacar - sebbene nell'attestazione dell'Agenzia delle Entrate in data 7 agosto 2015 (richiamata nella richiesta di chiarimenti formulata dalla stazione appaltante con nota del 14 agosto 2015) venga qualificata come «violazione definitivamente accertata» la seguente annotazione «Ricorso avverso l'AVV. RETT. E LIQ. 2007 S. 1T N. 001067-000 A 001 per l'anno d'imposta 2007, relativo alla società in oggetto deciso in I Grado con esito parzialmente favorevole all'ufficio con importo accertato di Euro 215.284,00» - tuttavia dal riferimento espresso ad un avviso di rettifica e liquidazione, contenuto in tale annotazione, ben si poteva desumere che il predetto importo di euro 215.284,00 non equivaleva ad un debito di natura tributaria accertato nei confronti della predetta società, bensì al valore accertato dall'Agenzia delle Entrate, in relazione all'acquisto di un terreno da parte della società stessa, peraltro rideterminato dalla Commissione Tributaria Provinciale di Roma, a seguito di ricorso presentato dalla medesima società, in euro 182.122,50. Coglie, quindi, nel segno la ricorrente quando afferma che tale

annotazione non consentiva alla stazione appaltante di ritenere che la società Alfacar fosse priva del requisito della regolarità fiscale al momento della presentazione dell'offerta, perché - come si può evincere dalla attestazione della medesima Agenzia delle Entrate in data 13 novembre 2015 (versata in atti anche da Roma Capitale) - solo in tale data l'Agenzia delle Entrate ha provveduto alla iscrizione a ruolo della somma complessiva di euro 38.297,99 a titolo di imposte, interessi e sanzioni.

6. Diverse considerazioni valgono - come già sommariamente indicato da questa Sezione nell'ordinanza cautelare n. 5676 del 2015 - per la posizione della società Autoturismo, in relazione alla quale la stazione appaltante ha correttamente ritenuto di poter desumere la mancanza del requisito della regolarità fiscale non solo dall'attestazione dell'Agenzia delle Entrate in data 13 agosto 2015, richiamata nella richiesta di chiarimenti formulata con nota del 20 agosto 2015, ma anche dalla risposta a tale richiesta fornita dalla predetta società con nota del 10 settembre 2015. Difatti si deve rammentare che, secondo la giurisprudenza (ex multis, Cons. Stato, Sez. IV, 18 novembre 2011, n. 6084; T.A.R. Campania Napoli, sez. II, 13 settembre 2013, n. 4269), l'impresa che abbia ottenuto una rateizzazione del debito tributario deve essere considerata in regola ai fini della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, stante il valore novativo che tali atti assumono, fermo restando che la sussistenza del requisito della regolarità fiscale deve essere valutata con riferimento al momento ultimo per la presentazione delle offerte; pertanto la mera presentazione di una richiesta di rateizzazione del debito tributario non esclude - anzi conferma - il carattere della definitività del debito stesso, perché la rateizzazione implica la certezza dell'ammontare e dell'esistenza della pretesa erariale, la quale non può essere più contestata in sede giudiziale, e non è comunque pienamente certo il suo accoglimento prima della adozione del relativo atto, con l'ulteriore conseguenza che la dichiarazione di non aver commesso infrazioni definitivamente accertate non può essere validamente resa prima dell'effettivo accoglimento della domanda di rateizzazione. Ciò posto, con riferimento alla fattispecie in esame non può farsi a meno di evidenziare che la società Autoturismo - nel fornire i chiarimenti richiesti dalla stazione appaltante con la suddetta nota del 20 agosto 2015, in relazione al contestato mancato pagamento delle cartelle esattoriali n. 09720140092209401 (relativa ad un importo pari ad euro 14.445,05) e n. 09720130292330353 (relativa ad un importo pari ad euro 22.572,91) - si è limitata a rappresentare soltanto che le cartelle stesse «sono in fase di istruttoria per la rateizzazione. Sarà premura di questa Società trasmettere copia dell'avvenuta rateizzazione di rateizzazione non appena l'Agenzia delle Entrate restituirà l'apposita modulistica», senza fare alcun cenno all'intenzione di impugnare tali cartelle esattoriali innanzi alla competente Commissione Tributaria. Risulta quindi evidente che: A) da un lato, è stata la stessa società Autoturismo a fornire alla stazione appaltante gli elementi in base ai quali essa è stata ritenuta non in possesso del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. g), del codice degli appalti; B) dall'altro, nessun rilievo può assumere - ai fini della valutazione della legittimità dell'esclusione della società ricorrente - il fatto che la Commissione Tributaria Provinciale di Roma abbia provveduto dapprima a sospendere le predette cartelle, con il decreto presidenziale n. 2638/4/15 del 18 novembre 2015, e poi a dichiararle inefficaci con la sentenza n. 2330/4/16 del 4 febbraio 2016. Difatti tali provvedimenti giurisdizionali sono successivi non solo alla scadenza del termine ultimo per la presentazione delle offerte (5 maggio 2015), ma anche all'adozione dell'impugnata determinazione dirigenziale n. 1498 del 3 novembre 2015.

7. Una volta acclarata la legittimità della determinazione dirigenziale n. 1498 del 3 novembre 2015 e della nota prot. n. 287458 del 1° dicembre 2015, nella parte in cui l'Amministrazione si è determinata nel senso di non intervenire in autotutela sulla predetta determinazione dirigenziale, resta da valutare la legittimità degli ulteriori provvedimenti adottati dopo che la prima gara è andata deserta e, in particolare, se debba ritenersi legittima o meno la scelta della stazione appaltante di non invitare la società ricorrente a partecipare alla nuova gara, scelta implicitamente operata con la determinazione dirigenziale n. 1535 del 16 novembre 2015 ed espressamente confermata con la nota prot. n. 287458 del 1° dicembre 2015. A tal riguardo si è già evidenziato che - come più volte ribadito da Roma Capitale nelle sue difese - la decisione di non invitare la società ricorrente è maturata sulla base di molteplici ragioni, riassumibili come segue: A) l'esclusione della ricorrente medesima dalla prima gara; B) motivi di opportunità, connessi non solo al venir meno del rapporto di fiducia, a seguito delle dichiarazioni non veritiere rese nella prima gara, ma anche a notizie emerse dagli organi di stampa; C) la volontà dell'Amministrazione di applicare il principio di

rotazione degli operatori economici; D) la circostanza che la società ricorrente abbia tardivamente manifestato la propria intenzione di partecipare alla nuova gara (motivazione espressamente ribadita con la nota prot. n. 287458 del 1° dicembre 2015); E) l'avvio immediato del Giubileo della Misericordia, che ha sconsigliato la riapertura del termine per la presentazione delle offerte (motivazione espressamente ribadita con la nota prot. n. 287458 del 1° dicembre 2015). Ebbene il Collegio ritiene che - dovendosi valutare la decisione della stazione appaltante in base al principio *tempus regit actum* - tale decisione non possa essere giudicata legittima, alla luce delle seguenti considerazioni.

8. Innanzi tutto risulta fondato il quinto motivo del ricorso introduttivo (riproposto con i motivi aggiunti), nella parte in cui la ricorrente deduce che il mancato invito non può essere giustificato con il venir meno del rapporto di fiducia con l'Amministrazione. Difatti, con particolare riferimento alle ragioni che hanno determinato l'esclusione dalla precedente gara, alla quale ha fatto seguito anche la segnalazione all'ANAC, il Collegio osserva che: A) questa Sezione già nell'ordinanza cautelare n. 5676 del 2015 non aveva fatto alcun riferimento alla violazione contestata alla società Alfacar come valido motivo che potesse giustificare l'esclusione della ricorrente dalla prima gara; B) se è vero quanto affermato in precedenza con riferimento alla posizione della società Autoturismo nell'ambito della prima gara, non può tuttavia sottacersi come, alla data del 1° dicembre 2015, la stazione appaltante avesse piena contezza del suddetto decreto presidenziale del 18 novembre 2015, perché tale provvedimento risulta allegato al ricorso introduttivo. Pertanto - posto che, come evidenziato dalla ricorrente, la segnalazione all'ANAC, di per sé, costituisce soltanto l'avvio di un autonomo procedimento - la sopravvenuta adozione del predetto decreto presidenziale, evidentemente idonea a far ritenere che la violazione contestata alla società Autoturismo dovesse ancora essere qualificata come definitivamente accertata, avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante a ritenere che l'esclusione della ricorrente potesse essere dipesa da una situazione di fatto oramai superata. Quanto poi agli ulteriori motivi di opportunità, connessi a notizie emerse dagli organi di stampa, trattasi evidentemente di ragioni che non possono, di per sé, giustificare il mancato invito di un operatore economico.

9. Né può ritenersi che la decisione della stazione appaltante sia adeguatamente supportata dalla volontà di applicare il principio di rotazione degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate, espressamente richiamato dall'art. 57, comma 6, del codice degli appalti. Difatti la giurisprudenza ha precisato che il principio di rotazione, essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, di guisa che: A) la sua episodica mancata applicazione non vale ex se ad inficiare gli esiti di una gara già espletata, una volta che questa si sia conclusa con l'aggiudicazione in favore di un soggetto già in precedenza invitato a simili selezioni, ovvero già affidatario del servizio (Cons. Stato, Sez. VI, 28 dicembre 2011, n. 6906); B) in difetto di situazioni particolari, riscontrabili ad esempio in ipotesi di precedenti inadempimenti contrattuali, non può essere invocato sic et simpliciter per escludere un concorrente che chieda di essere invitato a partecipare ad una procedura negoziata (T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. II, 14 ottobre 2015, n. 1325; T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 16 gennaio 2015, n. 179; T.A.R. Molise Campobasso, Sez. I, 17 aprile 2014, n. 269). In definitiva, posto che l'art. 57, comma 6, del codice degli appalti pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare (anche) il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale. Ciò posto, il Collegio ritiene che nel caso in esame il principio di rotazione non possa essere utilmente invocato per giustificare il mancato invito della ricorrente in quanto la stessa nel quinto motivo del ricorso introduttivo, oltre ad eccepire che ha regolarmente gestito il servizio per oltre dieci anni, ha eccepito di essere il principale operatore del settore attivo sul territorio capitolino, circostanza che trova riscontro nel fatto che sia l'unico soggetto che ha presentato un offerta nella prima gara. Pertanto il suo invito, lungi dal pregiudicare l'applicazione del principio di rotazione, avrebbe semmai favorito la concorrenza.

10. Infine il Collegio ritiene che il mancato invito non possa essere giustificato dal fatto che la ricorrente abbia tardivamente manifestato la propria intenzione di partecipare alla nuova gara, né dall'avvio

immediato del Giubileo della Misericordia. Difatti - a prescindere da ogni considerazione in merito alla circostanza che né la determinazione di indizione della nuova procedura negoziata, né l'art. 57 del codice degli appalti prevedono un'istanza di partecipazione da parte dei soggetti interessati - assume rilevanza decisiva il fatto che il giorno antecedente l'adozione della suddetta nota prot. n. 287458 del 1° dicembre 2015 questo Tribunale, con decreto presidenziale n. 5366 del 30 novembre 2015, abbia sospeso la nuova procedura negoziata. Pertanto la stazione appaltante, quantomeno a seguito della ricezione della diffida presentata dalla ricorrente ai sensi dell'art. 243-bis del codice degli appalti, ben avrebbe potuto invitare la società ricorrente a partecipare alla gara senza che ciò comportasse un «differimento dei termini di presentazione delle offerte non conciliabile con l'urgenza di provvedere», posto che tali termini risultavano comunque già sospesi con il suddetto decreto presidenziale.

11. Diverse considerazioni valgono per la domanda di annullamento della determinazione dirigenziale n. 1500 del 4 novembre 2015, con la quale è stato disposto l'affidamento provvisorio del servizio al solo fine di garantire la prosecuzione del servizio stesso nelle more dell'espletamento della gara ponte. Difatti la reiezione della domanda di annullamento del provvedimento di esclusione della società ricorrente dimostra l'infondatezza dell'unica censura dedotta avverso la predetta determinazione dirigenziale, incentrata sull'invalidità derivata della stessa per effetto dei vizi dei vizi che avrebbero dovuto condurre all'annullamento del predetto provvedimento di esclusione.

12. Stante quanto precede, i ricorsi in epigrafe indicati devono essere accolti in parte e, per l'effetto si deve disporre l'annullamento della determinazione dirigenziale n. 1535 del 16 novembre 2015 e della nota prot. n. 287458 del 1° dicembre 2015 nella parte in cui non ammettono la società ricorrente a partecipare alla nuova procedura negoziata.

13. Tenuto conto del parziale accoglimento delle domande proposte dalla società ricorrente e della complessità delle questioni trattate, sussistono giusti motivi per compensare tra le parti le spese del presente giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 14266/2015 e sul ricorso per motivi aggiunti in epigrafe indicato, li accoglie in parte e, per l'effetto, annulla la determinazione dirigenziale n. 1535 del 16 novembre 2015 e la nota prot. n. 287458 del 1° dicembre 2015 nei limiti indicati in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2016 con l'intervento dei magistrati:

Antonino Savo Amodio, Presidente

Elena Stanizzi, Consigliere

Carlo Polidori, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 11.03.2016

N. 00006/2016REG.PROV.COLL.  
N. 00019/2015 REG.RIC.A.P  
REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 19 di A.P. del 2015, proposto da:  
Cavecon s.r.l., Greco s.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, entrambi  
rappresentati e difesi dall'avvocato Marco Di Lullo, con domicilio eletto presso Di Lullo Marco Studio in  
Roma, viale Parioli n.180;

contro

Consorzio Stabile Grandi Opere Scarl in proprio e in qualità di mandataria Ati, in persona del legale  
rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Sofia, con domicilio eletto  
presso Pierluigi Acquarelli in Roma, Via Oslavia, 6;  
Ati-Mas Costruzioni di Carucci Marco;

nei confronti di

Anas Spa;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. CALABRIA - CATANZARO :SEZIONE I n. 00903/2015, resa tra le parti, concernente  
aggiudicazione appalto lavori di manutenzione straordinaria per la fornitura e posa in opera di giunti e  
contestuale rifacimento delle testate delle solette di impalcato sui viadotti presenti tra il km 243 521 ed il  
km 353 450 - Provincia di Cosenza

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Consorzio Stabile Grandi Opere Scarl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 dicembre 2015 il Cons. Roberto Giovagnoli e uditi per le parti gli  
avvocati Di Lullo e Sofia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

I) Il giudizio di primo grado

1. Con bando del 18 luglio 2014 l'ANAS s.p.a. indiceva una procedura di gara per l'affidamento dei lavori di  
manutenzione straordinaria per la fornitura e posa in opera di giunti e contestuale rifacimento delle testate

delle solette di impalcato sui viadotti presenti tra il km 243+521 ed il km 353+450 in provincia di Cosenza.

Partecipavano alla procedura sia la Cavecon (risultata seconda in graduatoria) sia l'associazione temporanea d'impresе, Consorzio Stabile Grandi Opere s.c.a.r.l. - MAS Costruzioni (risultata prima), dichiarando la regolarità della rispettiva posizione contributiva.

Con provvedimento prot. CCZ-0031753-I del 22 settembre 2014 la stazione appaltante aggiudicava definitivamente l'appalto all'ATI Consorzio Stabile Grandi Opere s.c.a.r.l. - MAS Costruzioni (di seguito anche solo GOP), subordinando l'efficacia e l'esecutività dell'aggiudicazione alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati dal concorrente in sede di gara.

2. Con DURC prot. n. 31866431 del 23 settembre 2014, emesso dall'INPS in data 9 ottobre 2014, l'Ente previdenziale comunicava alla stazione appaltante che la posizione contributiva dell'impresa MAS Costruzioni non risultava regolare ai fini del DURC .

Il DURC richiamato, in particolare, chiariva che la posizione della MAS Costruzioni non risultava regolare in virtù: a) del mancato versamento all'INAIL dei premi assicurativi per l'anno 2014 per un importo di Euro 305,92; b) del mancato versamento all'INPS dei contributi fissi 2013 per un importo di Euro 372,47.

3. Alla luce di quanto sopra, con note del 16.10.2014 prot. n. CCZ- 0034774-P e prot. n. CCZ-0034776-P, ANAS richiedeva, rispettivamente, all'INAIL e all'INPS, di voler chiarire se alla data di partecipazione alla procedura del 27 agosto 2014 la MAS Costruzioni avesse o meno «commesso una violazione grave e definitivamente accertata».

In tale contesto, con nuovo DURC prot. n. 32338703 del 22.10.2014, emesso dall'INPS in data 3.11.2014, gli enti previdenziali confermavano l'irregolarità contributiva della MAS Costruzioni alla data del 27.8.2014, precisando che detta irregolarità consisteva nel mancato versamento a quella data «dei premi assicurativi (INAIL) per gli anni 2013-2014 per un importo di Euro 314,47” e che “una parte del debito (E. 305,89) è stata pagata in data 24/9/2014».

Con nota del 12.10.2014, quindi, ANAS comunicava al Consorzio l'avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione. Con provvedimento del 21.1.2015 revocava l'aggiudicazione disposta in favore dell'ATI Consorzio Stabile Grandi Opere e disponeva l'aggiudicazione dell'appalto in favore della società Cavecon s.r.l.

4. Avverso tale provvedimento, il Consorzio GOP proponeva ricorso innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Calabria, sede di Catanzaro.

La Cavecon, a sua volta, proponeva ricorso incidentale contestando l'atto di ammissione alla gara del R.T.I. ricorrente, i verbali di gara nella parte in cui la stazione appaltante non lo aveva escluso, il provvedimento di aggiudicazione dell'appalto in favore del medesimo R.T.I. (sebbene condizionato alla successiva verifica del possesso dei requisiti dichiarati in sede di gara), i correlati provvedimenti concernenti la relativa verifica dei requisiti, nonché, in parte qua, il successivo provvedimento di revoca di cui alla nota prot. CCZ-0001882-1 del 21.1.2015.

5. Con la sentenza, in epigrafe indicata, il Tribunale amministrativo regionale ha accolto il ricorso principale e respinto il ricorso incidentale.

II) Il giudizio di appello e l'ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria

6. Per ottenere la riforma di tale sentenza hanno proposto appello le società Cavecon s.r.l. e Greco s.r.l.

formulando, in sintesi, le seguenti censure.

7. In via pregiudiziale, le appellanti ripropongono l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado per la mancata impugnazione del DURC negativo da parte del Consorzio Stabile Grandi Opere s.c.a.r.l.. Le appellanti deducono che in mancanza di impugnazione dell'atto presupposto (il DURC negativo), la sentenza del Tribunale, amministrativo regionale sarebbe affetta da eccesso di potere giurisdizionale per la violazione dei limiti esterni della giurisdizione in quanto volta a sostituire, anche in assenza della devoluzione della relativa cognizione, l'apprezzamento dell'Amministrazione circa la permanenza del requisito in capo al Consorzio Stabile Grandi Opere.

8. Nel merito le appellanti hanno sostenuto la tesi secondo cui il requisito della regolarità contributiva deve sussistere al momento della presentazione della domanda, senza che sia possibile, neanche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge 21 giugno 2013, n. 69, alcuna forma di regolarizzazione postuma.

Sempre nel merito, le appellanti hanno, in via subordinata, censurato la sentenza appellata nella parte in cui ha respinto il ricorso incidentale proposto in primo grado diretto ad evidenziare in capo al Consorzio Stabile Grandi Opere la sussistenza di ulteriori ragioni di esclusione.

Si è costituito in giudizio il Consorzio Stabile Grandi Opere chiedendo il rigetto dell'appello.

9. Con ordinanza 29 settembre 2015, n. 4542, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione, se l'obbligo degli Istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione del DURC (c.d. preavviso di DURC negativo), previsto dall'art. 7, comma 3 D.M. 24 ottobre 2007 e ribadito dall'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013, sussista anche nel caso in cui la richiesta provenga dalla stazione appaltante in sede di verifica della dichiarazione resa dall'impresa ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i) del d.lgs. n. 163 del 2006. Se, in altri termini, la mancanza dell'invito alla regolarizzazione impedisca di considerare come "definitivamente accertata" la situazione di irregolarità contributiva.

### III) Il contrasto giurisprudenziale in atto

10. La Sezione rimettente evidenzia come sulla questione si sia formato un contrasto giurisprudenziale che può essere così sintetizzato.

10.1. Un primo orientamento, che la stessa Sezione rimettente considera prevalente, ritiene che: a). per l'accertamento del requisito, oggetto di dichiarazioni sostitutive degli offerenti, debba aversi riguardo al DURC richiesto dalla stazione appaltante in sede di controlli, con riferimento, appunto, all'esatta data della domanda di partecipazione, con conseguente insufficienza, ai fini della prova, di eventuali DURC in possesso degli offerenti ed ancora in corso di validità (sul punto Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2009, n. 1458; sez. V, 10 agosto 2010, n. 5556; sez. IV, 15 settembre 2010, n. 6907; sez. V, 12 ottobre 2011, n. 5531); b). l'invito alla regolarizzazione (c.d. preavviso di DURC negativo) non si applica in caso di DURC richiesto dalla stazione appaltante, atteso che, l'obbligo dell'INPS di attivare la procedura di regolarizzazione prevista dall'art. 7, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007 si scontra con i principi in tema di procedure di evidenza pubblica che non ammettono regolarizzazioni postume (o, detto diversamente, l'eventuale regolarizzazione postuma non sarebbe comunque idonea ad elidere il dato dell'irregolarità alla data di presentazione dell'offerta). In tal senso, fra le altre, si sono pronunciate: Cons. Stato, Ad. Plen. 4 maggio 2012, n. 8; indirettamente anche Adunanza Plenaria, 20 agosto 2013, n. 20; Cons. Stato, Cons. Stato, IV, 12 marzo 2009 n. 1458; Cons. stato VI, 11 agosto 2009, n. 4928; 6 aprile 2010, n. 1934; 5 luglio 2010, n. 4243; sez. V, 16 settembre 2011, n.5194).

10.2. Un secondo, più recente, ma ancora minoritario orientamento, afferma, invece, che l'obbligo degli Istituti previdenziali di invitare l'interessato alla regolarizzazione sussiste anche ove la richiesta sia fatta in sede di verifica dalla stazione appaltante (Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 14 ottobre 2014, n. 5064); Cons. Stato, sez. VI 16 febbraio 2015 n. 78). A sostegno di tale conclusione si valorizza la "novità" rappresentata dall'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013, che secondo la tesi in esame avrebbe implicitamente ma sostanzialmente modificato, l'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, con la conseguenza che l'irregolarità contributiva potrebbe considerarsi definitivamente accertata solo alla scadenza del termine di quindici giorni assegnato dall'ente previdenziale per la regolarizzazione della posizione contributiva.

#### IV) La soluzione proposta dall'ordinanza di rimessione

11. Così delineato il contrasto giurisprudenziale, la Sezione rimettente mostra di condividere la tesi secondo cui l'obbligo del preavviso di regolarizzazione, previsto sin dal 2007 in via regolamentare (art. 7 del D.M. 24 ottobre 2007) e dal 2013 in forza di disposizione di legge (art. 31, comma 8, del d.l. n. 69 del 2013), debba intendersi sussistente anche per il caso di richiesta proveniente dalla stazione appaltante.

Ciò poiché – si legge nell'ordinanza di rimessione – «in mancanza di avviso non solo si pone nel nulla il sistema della certificazione di regolarità conseguita dal privato ed in corso di validità, in violazione del d.m. 24 ottobre 2007, che non distingue in punto di efficacia degli atti di certazione a seconda della natura pubblica o privata del richiedente, ma si violano il principio di affidamento dei privati, costituzionalmente e comunitariamente fondato, riconoscendo carattere di definitività ad una violazione previdenziale che non risulta dal "durc" privato, né è mai stata previamente comunicata a ricorrente».

La Sezione rimettente evidenzia come tale soluzione interpretativa sia stata recepita dall'art. 4 D.M. 30 gennaio 2015 e, soprattutto, da una successiva circolare interpretativa del Ministero del Lavoro (n. 19/2015) nella quale si afferma espressamente che «le Amministrazioni aggiudicatrici procederanno, pertanto, a decorrere dal 1° luglio 2015, alla verifica delle dichiarazioni sostitutive con le stesse modalità di cui all'art. 6 del D.M. restando precluso, pertanto, dalla medesima data, come precisato nella circolare ministeriale, la possibilità per le Amministrazioni in fase di richiesta di specificare la data nella quale ciascuna dichiarazione è stata resa. Ciò stante l'obbligo generale di invito alla regolarizzazione, previsto dall'art. 4 del DM, anche ai fini di qualificare come definitivamente accertate le violazioni gravi alle norme in materia di contributi previdenziali ai sensi dell'art. 38, comma 1, lettera i), del d.lgs. n. 163/2006».

Proprio alla luce di tale circolare, non vi sarebbe dubbio, quindi, secondo la Sezione rimettente, che dal 1° luglio (data di entrata in vigore del D.M. 30 gennaio 2015), in ragione delle nuove previsioni normative e delle modalità applicative, il concetto di definitivo accertamento (proprio dell'ordinamento previdenziale) sia subordinato all'invito a regolarizzare anche se l'interrogazione sia compiuta dalla stazione appaltante in funzione di verifica della dichiarazione resa ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006.

Il dubbio esegetico, quindi, secondo l'impostazione accolta dall'ordinanza di rimessione, sarebbe circoscritto al periodo antecedente all'entrata in vigore del D.M. 30 gennaio 2015 e dovrebbe, comunque, risolversi ritenendo applicabile il preavviso di DURC negativo anche nell'ambito delle procedure di gara.

#### V) La questione pregiudiziale dei limiti della cognizione del giudice amministrativo a fronte di un provvedimento di esclusione fondato su un DURC negativo non impugnato

12. In via pregiudiziale, prima di affrontare nel merito la questione rimessa dalla Quarta Sezione, deve essere esaminata l'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado riproposto da Cavecon con

apposito motivo di appello.

Cavecon ha dedotto l'inammissibilità del ricorso di primo grado in ragione della mancata impugnazione del DURC negativo da parte del Consorzio GOP.

Il Tribunale amministrativo regionale in primo grado ha disatteso l'eccezione affermando che il DURC «è un'attestazione concernente il rapporto obbligatorio previdenziale, che non costituisce espressione di poteri autoritativi pubblicistici e che non ha, quindi, valenza provvedimentoale, con conseguente insussistenza della giurisdizione rispetto ad esso del giudice amministrativo».

13. L'eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado è infondata.

14. Va precisato che la questione dei limiti entro i quali sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo sulla legittimità del DURC è, a sua volta, oggetto di un contrasto giurisprudenziale, tanto che recentemente la Quinta Sezione del Consiglio di Stato ne ha rimesso la risoluzione all'Adunanza Plenaria (cfr. ordinanza 21 ottobre 2015, n. 4799), insieme, peraltro, a questioni di diritto sostanziale (sulla corretta interpretazione dell'art. 31, comma 8, decreto legge n. 69 del 2013), in gran parte corrispondenti a quelle oggetto del presente giudizio.

Ai fini del presente giudizio, nel cui ambito la citata questione processuale non è oggetto di remissione ma viene in rilievo al solo fine di decidere sulla pregiudiziale eccezione di inammissibilità del ricorso di primo grado, è sufficiente richiamare quanto affermato dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione (cfr. Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 11 dicembre 2007, n. 25818 e 9 febbraio 2011, n. 3169), secondo cui la produzione della certificazione attestante la regolarità contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto costituisce uno dei requisiti posti dalla normativa di settore ai fini dell'ammissione alla gara, sicché il giudice amministrativo ben può verificare la regolarità di tale certificazione, sia pure incidenter tantum, cioè con accertamento privo di efficacia di giudicato nel rapporto previdenziale, ai sensi dell'art. 8 del Cod. proc. amm.

Deve rilevarsi, invero, che il sindacato del giudice amministrativo ha come oggetto principale la questione relativa alla legittimità dell'atto amministrativo adottato dalla stazione appaltante sulla base delle risultante del DURC negativo; rispetto a tale questione, il sindacato sulla regolarità della posizione contributiva quale attestata dal DURC viene effettuato in via meramente incidentale e senza efficacia di giudicato, al solo fine di statuire sulla questione principale, in conformità allo schema decisorio delineato dall'art. 8 Cod. proc. amm.

In tal modo si riesce ad assicurare l'effettività della tutela (che esclude che ci possano essere profili dell'azione amministrativa sottratti al sindacato giurisdizionale), senza invadere i confini della giurisdizione ordinaria, quali delineati dagli artt. 442, comma 1, e 444, comma 3, del Cod. proc. civ. che devolvono alla giurisdizione civile le controversie relative agli obblighi dei datori di lavoro e all'applicazione delle sanzioni civili per l'inadempimento di tali obblighi.

Diverso è, in definitiva, lo scrutinio compiuto dal giudice ordinario sui diritti previdenziali del lavoratore che si assumono violati, rispetto al sindacato effettuato dal giudice amministrativo sul loro corretto adempimento, attestato dal certificato di regolarità contributiva che le imprese affidatarie di un appalto pubblico devono presentare alla stazione appaltante, a pena di esclusione.

Nell'accertare il mancato versamento di contributi dovuti all'Ente di previdenza, il sindacato del giudice ha per oggetto la sussistenza del diritto del lavoratore dipendente alla contribuzione in relazione all'attività prestata ed al diritto al trattamento di quiescenza, mentre, nelle controversie relative a procedure di affidamento di lavori, servizi o forniture da parte di soggetti tenuti al rispetto dei procedimenti di evidenza pubblica, oggetto di indagine del giudice è la mera regolarità della certificazione prodotta, attestante la regolarità contributiva dell'impresa partecipante alla gara di appalto, che rappresenta un requisito di

partecipazione.

In quest'ottica, il giudice amministrativo può conoscere, senza travalicare i limiti della propria giurisdizione, la questione relativa alla sussistenza del requisito della regolarità contributiva, senza che occorra l'espressa impugnazione del DURC, oggetto solo di un sindacato incidenter tantum ai sensi dell'art. 8 Cod. proc. amm.

15. Il ricorso deve, dunque, essere esaminato nel merito.

VI) La decisione dell'Adunanza Plenaria sulla questione di merito oggetto di remissione

16. La questione sottoposta dall'ordinanza di remissione deve essere risolta dando continuità, anche dopo l'entrata in vigore dell'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013, all'indirizzo interpretativo secondo cui non sono consentite regolarizzazioni postume della posizione previdenziale, dovendo l'impresa deve 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.

Tale principio, già chiaramente espresso dall'Adunanza Plenaria nella sentenza 4 maggio 2012, n. 8, non risulta superato dalla norma, più volte richiamata dall'ordinanza di remissione, introdotta con l'articolo 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013.

La disposizione in esame testualmente prevede, sotto la rubrica «Semplificazioni in materia di DURC»: «Ai fini della verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), in caso di mancanza dei requisiti per il rilascio di tale documento gli Enti preposti al rilascio, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato, invitano l'interessato, mediante posta elettronica certificata o con lo stesso mezzo per il tramite del consulente del lavoro ovvero degli altri soggetti di cui all'articolo 1 della legge 11 gennaio 1979, n. 12, a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni, indicando analiticamente le cause della irregolarità»

Tale disposizione, contrariamente a quanto sostenuto nell'ordinanza di remissione, non può interpretarsi nel senso di subordinare il carattere definitivo della violazione previdenziale (che ai sensi dell'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 rappresenta un elemento ostativo alla partecipazione alle gare d'appalto) alla condizione che l'impresa che versi in stato di irregolarità contributiva al momento della presentazione dell'offerta venga previamente invitata a regolarizzare la propria posizione previdenziale e che, nonostante tale invito, perseveri nell'inadempimento dei propri obblighi contributivi.

L'Adunanza Plenaria ritiene, al contrario, che l'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013 non abbia in alcun modo modificato la disciplina dettata dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 e che, pertanto, la regola del previo invito alla regolarizzazione non trovi applicazione nel caso di DURC richiesto dalla stazione appaltante ai fini della verifica delle dichiarazioni rese dall'impresa ai fini della partecipazione alla gara.

L'istituto dell'invito alla regolarizzazione (il c.d. preavviso di DURC negativo) può, dunque, 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.

17. Depongono a favore di tale conclusione, una pluralità di argomenti di carattere letterale, storico e sistematico.

## VI) Gli argomenti fondati sul dato letterale

18. Da un punto di vista letterale, risulta significativo il confronto tra la formulazione del comma 8 dell'articolo 31 e quella dei commi che lo precedono (in particolare quelli che vanno dal comma 2 al comma 7).

Nel comma 8 (quello oggetto della questione interpretativa rimessa all'esame dell'Adunanza Plenaria) manca qualsiasi riferimento alla disciplina dell'evidenza pubblica o dei contratti pubblici e questa mancanza è tanto più significativa se si considera che, invece, nei commi precedenti (in tutti quelli che vanno dal comma 2 al comma 7) vi è un riferimento esplicito a tale disciplina, riferimento enfatizzato anche dalla relativa collocazione, sempre all'inizio della disposizione.

Più nel dettaglio:

- i commi 3, 4, 6 e 7 si aprono tutti con la stessa locuzione: «Nei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture [...]»;

- il comma 2 si apre con la formula: «Al codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono apportate le seguenti modificazioni: [...]»;

- il comma 7 si apre, a sua volta, con uno specifico riferimento proprio al «documento unico di regolarità contributiva (DURC) rilasciato per i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture».

Già il dato letterale, rafforzato dal confronto tra i vari commi che compongono l'articolo in esame, supporta, quindi, la conclusione che laddove il legislatore del 2013 ha inteso occuparsi dei contratti pubblici, apportando modifiche alla relativa disciplina, lo ha detto espressamente, attraverso un richiamo esplicito.

19. L'argomento letterale è rafforzato dalla considerazione che ai sensi dell'art. 255 d.lgs. 163 del 2006 « [o]gni intervento normativo incidente sul codice, o sulle materie dallo stesso disciplinate, va attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute» (c.d. clausola di abrogazione esplicita).

Conformemente a tale previsione normativa, che impone l'abrogazione o la modifica esplicita delle norme del codice dei contratti pubblici (o delle norme che incidono sulle materie dallo stesso regolate), l'art. 31, comma 2, come si è già accennato, contiene l'elenco esplicito delle disposizioni del decreto legislativo n. 163 del 2006 che sono state modificate.

In questo elenco non è menzionato l'art. 38, comma 1, lettera i), ovvero la disposizione che prevede come causa ostativa della partecipazione l'aver commesso «violazioni gravi e definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali».

Non è allora sostenibile che una modifica così rilevante come quella che l'ordinanza di rimessione vorrebbe trarre dal decreto legge n. 69 del 2013 (ossia, la modifica della nozione di "definitivo accertamento" quale fatta propria dal c.d. diritto vivente di cui è certamente espressione la sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2012) possa discendere, in violazione della clausola dell'abrogazione esplicita, da una disposizione che non solo non lo dispone espressamente, ma che non contiene nemmeno alcun esplicito riferimento alla materia dei contratti pubblici ed è per di più inserita in un articolo che in un diverso comma (il comma 5) elenca in maniera analitica e puntuale le modifiche apportate alla disciplina dei contratti pubblici.

20. Sempre sotto il profilo letterale, giova evidenziare che il comma 8 dell'art. 31, nel prevedere l'onere del previo invito alla regolarizzazione fa testualmente riferimento all'attività di «verifica per il rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC) » richiesto dal datore di lavoro. Ben diversa è l'attività

che l'Ente previdenziale compie non per rilasciare il DURC su richiesta dell'impresa, ma per verificare, su richiesta della stazione appaltante, la veridicità della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'articolo 38, comma 1, lettera i), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

La netta distinzione tra le due fattispecie di DURC – quello rilasciato su richiesta di parte e quello acquisito d'ufficio dalla stazione appaltante nell'ambito delle procedure di gara (o della successiva fase di esecuzione del contratto) – trova ancora conferma nel testo dell'articolo 33 del decreto legge n. 69 del 2010.

Nell'ambito di tale articolo, il DURC relativo all'aggiudicazione e all'esecuzione dei contratti pubblici è fatto oggetto di specifica disciplina nei commi 3, 4 e 5, 6 e 7. In questi commi, il legislatore non prevede mai, neanche implicitamente o indirettamente, la possibilità di regolarizzazione postuma dell'eventuale inadempienza contributiva che dovesse essere riscontrata in capo all'impresa che ha partecipato alla gara o che sta eseguendo il contratto.

Solo il comma 8, che si riferisce però al DURC rilasciato su richiesta di parte, prevede il previo invito alla regolarizzazione.

La conclusione che si trae, anche alla luce del fondamentale canone interpretativo *ubi lex voluit dixit, ubi nolit tacuit*, è univoca: l'invito alla regolarizzazione è un istituto estraneo alla disciplina dell'aggiudicazione e dell'esecuzione dei contratti pubblici.

Tale risultato interpretativo è ulteriormente confermato dalla considerazione che l'art. 38, comma 2, del decreto legislativo n. 163 del 2006 rinvia alle norme dell'ordinamento previdenziale solo per stabilire quando l'irregolarità contributiva deve considerarsi "grave" (prevedendo letteralmente che, « ai fini del comma 1, lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva »).

Analogo rinvio non è presente, invece, per quanto riguarda l'altra caratteristica che la violazione contributiva deve avere affinché rilevi come causa ostativa alla partecipazione alle gare d'appalto (essere appunto "definitivamente accertata"). Da qui la conclusione che la nozione di "definitivo accertamento" che viene in rilievo nell'ambito del Codice dei contratti pubblici debba essere ricostruita in maniera autonoma rispetto alla disciplina dell'ordinamento previdenziale, e prescindere, pertanto, dalla necessità della previa attivazione di meccanismi di regolarizzazione postuma, come quelli di cui si discute nel presente giudizio.

## VII) Gli argomenti di sistema

21. Anche da un punto di vista sistematico, non può non considerarsi che il c.d. invito alla regolarizzazione costituisce una sorte di preavviso di rigetto (si parla non a caso di preavviso di DURC negativo).

Esso evoca, pertanto, un istituto (la comunicazione dei motivi ostativi all'accoglimento dell'istanza) previsto in via generale dall'art. 10-bis legge 7 agosto 1990, n. 241.

Si tratta di un istituto che, come è noto, è stato previsto, nell'ambito della disciplina del procedimento amministrativo, solo con riferimento ai procedimenti ad istanza di parte, risultando incompatibile con i procedimenti d'ufficio, dove, in effetti, non vi è un'istanza di parte e, quindi, non vi è un onere di preventiva comunicazione dei motivi ostativi al suo accoglimento.

Merita considerazione anche il rilievo che lo stesso art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, introduce due deroghe espresse alla regola del c.d. preavviso di rigetto. Le deroghe si riferiscono: 1) alle procedure concorsuali; 2) ai procedimenti in materia previdenziale e assistenziale sorti a seguito di istanza di parte e

gestiti dagli enti previdenziali.

Entrambe le deroghe offrono elementi d'interesse ai fini della risoluzione della questione oggetto del presente giudizio.

La deroga alle procedure concorsuali (a prescindere dalla difficoltà di considerare, a rigore, la procedura concorsuale un procedimento ad istanza di parte) si riferisce a tutte le procedure caratterizzate dal principio della concorsualità e, quindi, anche alle procedure di evidenza pubblica per l'aggiudicazione di contratti pubblici.

La deroga relativa ai procedimenti previdenziali fa specifico riferimento a quelli sorti a seguito ad istanza di parte. Se il procedimento previdenziale inizia d'ufficio (come è nel caso di cui ci si occupa nel presente giudizio) l'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990 non ha nemmeno previsto la deroga, sul presupposto che tali procedimenti sono, per la loro stessa natura, estranei all'ambito di applicazione del c.d. preavviso di rigetto.

Rispetto alle previsioni dell'art. 10-bis della legge n. 241 del 1990, l'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013, introduce un elemento di novità: una sorta di "deroga alla deroga" per effetto della quale un meccanismo analogo al preavviso di rigetto è ora previsto per un particolare procedimento previdenziale: quello ad istanza di parte per il rilascio del DURC.

Al di fuori di questa specifica ipotesi, tuttavia, torna ad operare la disciplina generale, che appunto esclude il preavviso di rigetto nell'ambito sia delle procedure concorsuali sia dei procedimenti previdenziali che iniziano d'ufficio.

22. Sempre da un punto di vista sistematico, l'esclusione del c.d. preavviso di DURC negativo nell'ambito del procedimento d'ufficio per la verifica della veridicità delle dichiarazioni sostitutive rese in sede ai fini della partecipazione alla gara, si pone in linea con alcuni principi fondamentali che governano appunto le procedure di gara: i principi di parità di trattamento e di autoresponsabilità e il principio di continuità nel possesso dei requisiti di partecipazione alla gara.

22.1. Per quanto riguarda il principio della parità di trattamento e dell'autoresponsabilità (per i quali si rinvia alla fondamentale sentenza di questa Adunanza Plenaria 25 febbraio 2014, n. 9), è fin troppo evidente che l'applicazione della "regolarizzazione postuma" finirebbe per consentire ad una impresa di partecipare alla gara senza preoccuparsi dell'esistenza a proprio carico di una irregolarità contributiva, potendo essa confidare sulla possibilità di sanare il proprio inadempimento in caso di aggiudicazione (e, dunque, a seconda della convenienza).

Si arriverebbe, in tal modo, a consentire all'offerente – che pur a conoscenza di una irregolarità contributiva abbia reso una dichiarazione volta ad attestare falsamente il contrario – di beneficiare di una facoltà di regolarizzazione postuma della sua posizione, andando così a sanare, non una mera irregolarità formale, ma la mancanza di un requisito sostanziale, mancanza aggravata dall'aver reso una dichiarazione oggettivamente falsa in ordine al possesso del requisito.

Una simile generalizzata possibilità di sanatoria – della dichiarazione falsa e della mancanza del requisito sostanziale – darebbe vita ad una palese violazione del principio della parità di trattamento e dell'autoresponsabilità dei concorrenti, in forza del quale ciascuno di essi sopporta le conseguenze di errori, omissioni e, a fortiori, delle falsità, commesse nella formulazione dell'offerta e nella presentazione delle dichiarazioni (cfr. ancora Ad. Plen. 25 febbraio 2014, n. 9).

Va richiamato a tale proposito anche quanto autorevolmente e condivisibilmente affermato dall'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) nella Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 (Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D.Lgs. 12 aprile 2006, n.

163).

In quella sede l'ANAC, proprio delimitando il campo di applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio in materia di appalti pubblici [in seguito alla modifiche apportate al Codice dei contratti pubblici dal decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari), convertito, con modificazioni in legge 11 agosto 2014, n. 114] ha giustamente precisato che il nuovo istituto del soccorso istruttorio «non può, in ogni caso, essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, in gara, di un requisito o di una condizione di partecipazione, mancante alla scadenza del termine di presentazione dell'offerta. Resta fermo, in sostanza, il principio per cui i requisiti di partecipazione devono essere posseduti dal concorrente - che deve essere, altresì, in regola con tutte le altre condizioni di partecipazioni - alla scadenza del termine fissato nel bando per la presentazione dell'offerta o della domanda di partecipazione, senza possibilità di acquisirli successivamente».

E con particolare riferimento alle dichiarazioni false, la citata determinazione precisa che «La novella in esame, infatti, non incide sulla disciplina delle false dichiarazioni in gara, che resta confermata. Pertanto ai sensi dell'art. 38, comma 1-ter del Codice, ove la stazione appaltante accerti che il concorrente abbia presentato una falsa dichiarazione o una falsa documentazione, si dà luogo al procedimento definito nel citato comma 1-ter dell'art. 38 ed alla comunicazione del caso all'Autorità per l'applicazione delle sanzioni interdittive e pecuniarie fissate nella disciplina di riferimento (art. 38, comma 1-ter e art. 6, comma 11, del Codice) ».

L'Adunanza Plenaria condivide e fa proprie tali conclusioni, dovendosi ribadire anche in questa sede l'inammissibilità di qualsiasi forma di regolarizzazione postuma della carenza del requisito sostanziale o della falsa dichiarazione.

22.2. Deve, inoltre, richiamarsi il principio di continuità nel possesso dei requisiti (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. 20 luglio 2014, n. 8), che non possono essere persi dal concorrente neanche temporaneamente nel corso della procedura. A voler seguire, invece, il principio della regolarizzazione postuma dovrebbe allora sostanzialmente consentirsi al soggetto che abbia perso e poi riacquisito il requisito di conseguire l'aggiudicazione, in netto contrasto con quanto chiaramente affermato da questa Adunanza Plenaria nella sentenza n. 8 del 2015.

VIII) Gli argomenti legati all'evoluzione storico-normativa e alla relativa interpretazione giurisprudenziale

23. L'asserita portata innovativa che si vorrebbe riconoscere all'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013 risulta sensibilmente ridimensionata anche da considerazioni legate all'osservazione dell'evoluzione storico-normativa e della relativa interpretazione giurisprudenziale.

Deve osservarsi, invero, che una regola di portata analoga a quella ora recepita a livello legislativo dall'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013, già esisteva nell'ordinamento, sia pure posta da una fonte regolamentare.

Si fa riferimento all'art. 7, comma 3, del D.M. 24 ottobre 2007 (peraltro applicabile *ratione temporis* alla procedura di gara oggetto del presente giudizio) il quale, appunto prevedeva:« In mancanza dei requisiti di cui all'art. 5 gli Istituti, le Casse edili e gli Enti bilaterali, prima dell'emissione del DURC o dell'annullamento del documento già rilasciato ai sensi dell'art. 3, invitano l'interessato a regolarizzare la propria posizione entro un termine non superiore a quindici giorni. ».

Nell'interpretazione di questa norma non si è mai dubitato che la regola del previo invito alla regolarizzazione non trovasse applicazione nel caso di richiesta della certificazione preordinata alle verifiche

effettuate dalla stazione appaltante ai fini della partecipazione alle gare d'appalto.

Vanno riportare sotto tale profilo i chiarissimi principi enunciati da questa Adunanza Plenaria nella già citata sentenza 20 maggio 2012, n. 8, in cui si legge: « Quanto alla questione del momento in cui deve sussistere la regolarità contributiva e della possibile sanatoria dell'irregolarità in corso di gara, la giurisprudenza di questo Consesso ha affermato che l'assenza del requisito della regolarità contributiva, costituendo condizione di partecipazione alla gara, se non posseduto alla data di scadenza del termine di presentazione dell'offerta, non può che comportare la esclusione del concorrente non adempiente, non potendo valere la regolarizzazione postuma.

L'impresa infatti deve essere in regola con i relativi obblighi fin dalla presentazione della domanda e conservare tale regolarità per tutto lo svolgimento della procedura. Costituisce principio pacifico che poiché il momento in cui va verificata la sussistenza del requisito della regolarità contributiva e previdenziale è quello di presentazione della domanda di partecipazione alla gara, la eventuale regolarizzazione successiva, se vale a eliminare il contenzioso tra l'impresa e l'ente previdenziale non può comportare ex post il venir meno della causa di esclusione [Cons. St., sez. IV, 12 aprile 2011, n. 2284; Id., sez. V, 23 ottobre 2007, n.5575]

Deve escludersi la rilevanza di un eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, quand'anche ricondotto retroattivamente, quanto ad efficacia, al momento della scadenza del termine di pagamento [Cons. St., sez. IV, n. 1458/2009].

Si tratta, del resto, di un corollario del più generale principio (già affermato nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE con la pronuncia del 9 febbraio 1996, in cause riunite C-226/04 e C-228/04) secondo cui la sussistenza del requisito della regolarità fiscale e contributiva (che, pure, può essere regolarizzato in base a disposizioni nazionali di concordato, condono o sanatoria) deve comunque essere riguardata con riferimento insuperabile al momento ultimo per la presentazione delle offerte, a nulla rilevando una regolarizzazione successiva la quale, pertanto, non potrà in alcun modo incidere sul dato dell'irregolarità ai fini della singola gara [Cons. St., sez. VI, 5 luglio 2010, n. 4243].

La mancanza del requisito della regolarità contributiva alla data di scadenza del termine previsto dal bando per la presentazione delle offerte, in definitiva, non é sanato dall'eventuale adempimento tardivo dell'obbligazione contributiva, atteso che tale tardivo adempimento può rilevare nelle reciproche relazioni di credito e di debito fra i soggetti del rapporto obbligatorio e non anche nei confronti dell'Amministrazione aggiudicatrice che debba accertare la sussistenza del requisito della regolarità contributiva ai fini dell'ammissione alla gara [Cons. St., sez. VI, 12 gennaio 2011, n.104]. ».

L'art. 31, comma 8, del decreto legge n. 69 del 2013 ha determinato una sorta di "novazione" della fonte della previsione normativa già contenuta nel decreto ministeriale del 24 ottobre 2007, conferendole rango legislativo. Ma non vi sono nella disposizione che ora ha rango legislativo elementi di novità che consentano di superare l'interpretazione "storica" della precedente norma regolamentare.

24. Nessun argomento in senso contrario può trarsi, diversamente da quanto ipotizzato nell'ordinanza di rimessione, dal decreto ministeriale 30 gennaio 2015 (comunque inapplicabile *ratione temporis* perché entrato in vigore il 1° luglio 2015) e dalla successiva circolare interpretativa del Ministero del Lavoro – Direzione generale per l'attività ispettiva dell' 8 giugno 2015, n. 19.

Appurato, infatti, che a livello di normativa primaria, la disciplina dell'affidamento degli appalti pubblici non consente la regolarizzazione postuma della irregolarità contributiva, deve certamente escludersi che tale forma di regolarizzazione possa essere stata introdotta da una fonte di rango regolamentare, quale è il decreto ministeriale 30 gennaio 2015.

È fin troppo evidente che il generale principio di gerarchia delle fonti normative non permette ad una

norma regolamentare di introdurre una forma di regolarizzazione incompatibile con la disciplina di rango legislativo.

Una simile interpretazione (dando luogo ad una inammissibile inversione della gerarchia delle fonti) deve, pertanto, essere disattesa.

#### IX) La presunta incompatibilità comunitaria

25. In senso contrario alla tesi qui accolta non possono essere invocati neanche presunti profili di incompatibilità con i principi dell'ordinamento comunitario.

25.1. Non viene, in rilievo, innanzitutto, il principio di tutela del legittimo affidamento, che trova le sue radici anche nell'ordinamento nazionale.

La tutela dell'affidamento incontra, infatti, il limite dell'autoresponsabilità e non può allora essere invocato dall'impresa che volontariamente o colpevolmente si trovi in una situazione di irregolarità contributiva. In base al già richiamato principio di auto responsabilità (in forza del quale ciascuno risponde degli errori commessi) non si può pretendere di superare l'inadempimento storicamente verificatosi in nome dell'apparenza ingenerata dal precedente rilascio di un documento unico di regolarità contributiva che va a "fotografare" una situazione di regolarità non più attuale a causa di errori imputabili alla stessa impresa.

L'affidamento sulle risultanze del precedente DURC in questo caso è colpevole perché la discrasia tra il DURC e la realtà dipende da omissioni od errori imputabili proprio all'impresa che tale affidamento invoca.

25.2. Non risulta pertinente neanche il richiamo alle motivazioni sulla cui base la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, con ordinanza 11 marzo 2015, n. 1236 ha rimesso alla Corte di Giustizia dell'Unione europea una questione pregiudiziale circa la compatibilità tra l'articolo 45 della direttiva 18/2004 – interpretato alla luce del principio di ragionevolezza nonché degli articoli 49 e 56 del TFUE – e una normativa nazionale (quale quella italiana) che, nell'ambito di una procedura d'appalto sopra soglia, consente alle stazioni d'appaltanti di richiedere d'ufficio agli istituti previdenziali il documento unico di regolarità contributiva (DURC) ed obbliga le medesime stazioni appaltanti ad escludere dalla gara quegli operatori economici dalla cui certificazione si evince una violazione contributiva sussistente al momento della partecipazione – anche se da essi non conosciuta in quanto hanno partecipato in forza di un DURC positivo in corso di validità – e non più presente al momento dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio.

In primo luogo, le differenze che si colgono, sul piano fattuale, tra le relative fattispecie concrete (quella oggetto del presente giudizio e quella con riferimento alla quale è stata sollevata la questione pregiudiziale), già esclude la possibilità di "trasferire" automaticamente i medesimi dubbi di compatibilità comunitaria nell'ambito del presente giudizio.

In ogni caso è dirimente, ed esclude la necessità di una ulteriore rimessione alla Corte di Giustizia o di una sospensione c.d. impropria del presente giudizio in attesa della decisione sulla questione pregiudiziale rimessa dalla Quarta Sezione, la constatazione che la Corte di Giustizia ha già avuto modo di occuparsi della compatibilità comunitaria della disciplina legislativa nazionale che preclude rigidamente la partecipazione alle gare di appalto alle imprese che versino in una situazione grave e definitivamente accertata di irregolarità contributiva (e delle relative nozioni di "gravità" e "definitivo accertamento").

Già nella sentenza 10 luglio 2014, C-358/12, Consorzio Stabile Libor Lavori Pubblici, la Corte di giustizia, occupandosi anche della presunta incompatibilità tra la causa di esclusione prevista l'art.38, comma 1, lettera i) e l'art. 45, paragrafo 2, della direttiva n. 18/2014 ha statuito(paragrafi 32 e seguenti della motivazione) che:

- l'obiettivo perseguito dalla causa di esclusione dagli appalti pubblici definita dall'articolo 38, paragrafo 1, lettera i), del decreto legislativo n. 163/2006 consiste nell'accertarsi dell'affidabilità, della diligenza e della serietà dell'offerente nonché della correttezza del suo comportamento nei confronti dei suoi dipendenti;
- accertarsi che un offerente possieda tali qualità costituisce un obiettivo legittimo di interesse generale;
- una causa di esclusione come quella prevista dall'articolo 38, paragrafo 1, lettera i), del decreto legislativo n. 163/2006 è idonea a garantire il conseguimento dell'obiettivo perseguito, dato che il mancato versamento delle prestazioni previdenziali da parte di un operatore economico tende a indicare assenza di affidabilità, di diligenza e di serietà di quest'ultimo quanto all'adempimento dei suoi obblighi legali e sociali;
- per quanto riguarda la necessità di una tale misura, la definizione, da parte della normativa nazionale, di una soglia precisa di esclusione alla partecipazione agli appalti pubblici, vale a dire uno scostamento tra le somme dovute a titolo di prestazioni sociali e quelle versate è di un importo superiore, al contempo, a EUR 100 e al 5% delle somme dovute, garantisce non solo la parità di trattamento degli offerenti ma anche la certezza del diritto, principio il cui rispetto costituisce una condizione della proporzionalità di una misura restrittiva (v., in tal senso, sentenza Itelcar, C-282/12, EU:C:2013:629, punto 44);
- per quanto riguarda il livello di tale soglia di esclusione, quale definito dalla normativa nazionale, occorre ricordare che, riguardo agli appalti pubblici che ricadono nella sfera di applicazione della direttiva 2004/18, l'articolo 45, paragrafo 2, di tale direttiva lascia l'applicazione dei casi di esclusione che menziona alla valutazione degli Stati membri, come risulta dall'espressione «può venire escluso dalla partecipazione ad un appalto», che figura all'inizio di detta disposizione, e rinvia esplicitamente, in particolare alle lettere e) e f), alle disposizioni legislative nazionali [v., per quanto riguarda l'articolo 29 della direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992 che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi (GU L 209, pag. 1), sentenza La Cascina e a., C-226/04 e C-228/04, EU:C:2006:94, punto 21]. Inoltre, ai sensi del secondo comma di detto articolo 45, paragrafo 2, gli Stati membri precisano, conformemente al rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto dell'Unione, le condizioni di applicazione del paragrafo stesso;
- di conseguenza, l'articolo 45, paragrafo 2, della direttiva 2004/18 non prevede una uniformità di applicazione delle cause di esclusione ivi indicate a livello dell'Unione, in quanto gli Stati membri hanno la facoltà di non applicare affatto queste cause di esclusione o di inserirle nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale. In tale ambito, gli Stati membri hanno il potere di attenuare o di rendere più flessibili i criteri stabiliti da tale disposizione (v., per quanto riguarda l'articolo 29 della direttiva 92/50, sentenza La Cascina e a., EU:C:2006:94, punto 23);
- l'articolo 45, paragrafo 2, lettera e), della direttiva 2004/18 consente agli Stati membri di escludere dalla partecipazione a un appalto pubblico ogni operatore economico che non sia in regola con gli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali, senza che sia previsto un qualsivoglia importo minimo di contributi arretrati. In tale contesto, il fatto di prevedere un siffatto importo minimo nel diritto nazionale costituisce un'attenuazione del criterio di esclusione previsto da tale disposizione e non può, pertanto, ritenersi che vada oltre il necessario.
- gli Stati membri sono liberi di integrare le cause di esclusione previste, in particolare, dall'articolo 45, paragrafo 2, lettere e) e f), di detta direttiva nella normativa nazionale con un grado di rigore che potrebbe variare a seconda dei casi, in funzione di considerazioni di ordine giuridico, economico o sociale prevalenti a livello nazionale.

Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, la Corte di giustizia ha, quindi, affermato dichiarato che gli articoli 49 TFUE e 56 TFUE nonché il principio di proporzionalità vanno interpretati nel

senso che non ostano a una normativa nazionale che, riguardo agli appalti pubblici di lavori il cui valore sia inferiore alla soglia definita all'articolo 7, lettera c), della direttiva 2004/18, obblighi l'amministrazione aggiudicatrice a escludere dalla procedura di aggiudicazione di un tale appalto un offerente responsabile di un'infrazione in materia di versamento di prestazioni previdenziali se lo scostamento tra le somme dovute e quelle versate è di un importo superiore, al contempo, a EUR 100 e al 5% delle somme dovute.

A ciò si deve aggiungere il principio generale affermato nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ce con la pronuncia del 9 febbraio 1996, in cause riunite C-226/04 e C-228/04, secondo cui: «la sussistenza del requisito della regolarità fiscale e contributiva (che, pure, può essere regolarizzato in base a disposizioni nazionali di concordato, condono o sanatoria) deve comunque essere riguardata con riferimento insuperabile al momento ultimo per la presentazione delle offerte, a nulla rilevando una regolarizzazione successiva la quale, pertanto, non potrà in alcun modo incidere sul dato dell'irregolarità ai fini della singola gara».

Nemmeno gli argomenti fondati sul diritto comunitario impongono, quindi, di dare spazio ad una generalizzata regolarizzazione postuma come quella prospettata dall'ordinanza di rimessione.

X) Il principio di diritto sulla questione interpretativa rimessa all'Adunanza Plenaria

26. Alla luce delle considerazioni che precedono, la questione interpretativa sottoposta dall'Adunanza Plenaria deve, pertanto, essere risolta enunciando il seguente principio di diritto:

«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 deve 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».

XI) L'applicazione del principio al caso di specie

27. L'applicazione dell'enunciato principio al caso oggetto del presente giudizio comporta l'accoglimento dell'appello proposto dalle società Cavecon e Greco.

Nel caso di specie è pacifico, infatti, che la posizione MAS Costruzioni nel momento in cui ha reso la dichiarazione ai fini della partecipazione alla gara non era regolare (cfr. nota Inail del 9 dicembre 2014 che conferma l'irregolarità contributiva dell'impresa MAS alla data del 27 agosto 2014).

Risulta accertato, quindi, che la concorrente in sede di gara ha attestato, contrariamente al vero, la regolarità della posizione contributiva e che solo successivamente alla conoscenza dell'aggiudicazione ha proceduto alla relativa regolarizzazione.

Nel caso di specie, peraltro, MAS Costruzioni era certamente consapevole della propria irregolarità

contributiva, trattandosi di contributi dovuti in autoliquidazione, rispetto ai quali l'impresa ha prima chiesto la rateizzazione, senza poi corrispondere quanto dovuto.

La dichiarazione ex art. 38, comma 1, lettera i) del decreto legislativo n. 163 del 2006 è stata, quindi, resa nella piena consapevolezza della non corrispondenza al vero.

28. L'appello principale deve, quindi, essere accolto e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado contro la revoca dell'aggiudicazione.

29. La controvertibilità e la complessità delle questioni esaminate giustifica l'integrale compensazione delle spese del doppio grado giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Adunanza Plenaria), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Spese del doppio grado compensate.

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

IL PRESIDENTE

L'ESTENSORE IL SEGRETARIO

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 29/02/2016

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 932 del 2015, proposto da:

Valbasento Lavori Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Tepedino, con domicilio eletto presso Giovanni Bruno in Roma, Via Savoia N.31;

contro

Società Ferrovie Appulo - Lucane Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Luciano Martucci, Alvisè Vergerio Di Cesana, con domicilio eletto presso Alvisè Vergerio Di Cesana in Roma, Via G. P. Da Palestrina, 19;

nei confronti di

Consorzio Stabile Valori Srl, rappresentato e difeso dagli avv. Marco Petrone, Francesco Zaccone, con domicilio eletto presso Francesco Mollica in Roma, Via E. Gianturco, 6;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. BASILICATA - POTENZA: SEZIONE I n. 00759/2014, resa tra le parti, concernente  
della sentenza del T.A.R. BASILICATA - POTENZA: SEZIONE I, n. 00759/2014, resa tra le parti, concernente  
affidamento della progettazione definitiva, progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase  
di progettazione, realizzazione delle infrastrutture connesse al piano integrato di sviluppo urbano  
sostenibile - città di Potenza - servizio ferroviario metropolitano hinterland potenzino - lotto 1.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Società Ferrovie Appulo - Lucane Srl e di Consorzio Stabile Valori Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 giugno 2015 il Cons. Raffaele Potenza e uditi per le parti gli avvocati Martucci, Vergerio Di Cesana e Petrone;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con il ricorso in trattazione la società Valbasento ha impugnato la sentenza in epigrafe specificata, con la quale il TAR della Basilicata ha accolto il ricorso, proposto da s.c.a.r.l. Consorzio stabile valori, per ottenere l'annullamento dei seguenti provvedimenti:

- degli atti ed operazioni concernenti la procedura aperta, indetta dalla Società Ferrovie Appulo Lucane, ex art. 53 comma 2, lett. c), d.lgs. 163/2006, per l'affidamento della "progettazione definitiva, progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, realizzazione delle infrastrutture connesse al piano integrato di sviluppo urbano sostenibile - Città di Potenza - Servizio Ferroviario Metropolitano Hinterland Potenzino - Lotto 1", nella parte in cui con gli stessi si è dato luogo all'aggiudicazione della procedura in favore di Valbasento Lavori S.r.l.;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura in favore di Valbasento Lavori;
- all'occorrenza, della nota n. prot. DE/1943 del 3.3.2014, a mezzo della quale la stazione appaltante ha comunicato ai ricorrenti l'intervenuta aggiudicazione definitiva della procedura, ex art. 79 D.lgs. 163/2006;
- della nota prot. 1705 dd. 25.2.2014, con la quale la stazione appaltante ha riscontrato negativamente l'istanza di riesame degli esiti concorsuali, ai sensi dell'art. 243-bis d.lgs. 163/2006;
- per quanto di ragione, dell'aggiudicazione provvisoria;
- ove occorra, di tutti gli atti ed i verbali inerenti l'operato del seggio di gara e della stazione appaltante, ivi compresi i verbali delle sedute pubbliche del 13 e 23 settembre 2013, del 3, 4, e 23 ottobre 2013, del 28, 29 e 30 novembre, 2013, del 5 e del 9 dicembre 2013, nonché di ogni ulteriore verbale o atto ancorché non conosciuto;

- ove occorra, dei verbali anche istruttori relativi alla valutazione ed alla verifica dell'offerta aggiudicataria, nella misura in cui con essi si è ammesso a partecipare alla procedura il concorrente Valbasento Lavori e si è proceduto alla valutazione della relativa offerta.

La ricorrente aveva altresì chiesto:

- il subentro nel contratto eventualmente stipulato con l'impresa aggiudicataria, previa dichiarazione d'inefficacia ex artt. 121 e/o 122 del codice del processo amministrativo, del contratto stesso;  
- in subordine, ove l'interesse primario all'esecuzione dell'appalto controverso non avesse trovato soddisfazione per fatto indipendente da volontà e/o colpa dei ricorrenti, con richiesta di condanna della stazione appaltante intimata al risarcimento per equivalente del pregiudizio correlato alla mancata esecuzione dell'appalto.

2.- Dalla predetta e gravata pronunzia risulta quanto segue.

2.1. La società Ferrovie Appulo Lucane s.r.l., indicava una procedura aperta per l'affidamento della "progettazione definitiva, progettazione esecutiva, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, realizzazione delle infrastrutture connesse al piano integrato di sviluppo urbano sostenibile (P.I.S.U.S.) - Citta di Potenza - Servizio Ferroviario Metropolitan Hinterland Potentino — Lotto 1", per un importo complessivo posto a base di gara pari ad euro 8.426.511,65, individuando, quale criterio di aggiudicazione, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A tale procedura comparativa prendevano parte, tra gli altri, il raggruppamento temporaneo di imprese – R.T.I. tra Consorzio Valori s.c.a.r.l. e società Tecnomec Engineering s.r.l. e la società Valbasento Lavori s.c.r.l..

2.1. Espletate le operazioni di gara, nella seduta del 9 dicembre 2013, la stazione appaltante ha formato la graduatoria di merito, ove al primo posto è risultata collocata la società Valbasento Lavori, con il punteggio complessivo di 85,14 punti (di cui 50,14 sui 65 previsti per l'offerta tecnica), e, al secondo posto, il R.T.I. Valori con 84,5 punti (di cui 58,80 sui 65 previsti per l'offerta tecnica).

Successivamente, con nota del 3 marzo 2014, la stazione appaltante informava lo stesso R.T.I. Valori, ex art. 79 d.lgs. n. 163/2006, dell'intervenuta aggiudicazione definitiva della procedura di cui trattasi alla medesima società Valbasento Lavori, peraltro, dopo aver riscontrato negativamente l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale formulata dallo stesso R.T.I., ai sensi dell'art. 243-bis d.lgs. n. 163/2006. Di qui il cennato ricorso del raggruppamento citato, accolto dal TAR che, rigettate le eccezioni di controparte, ha riconosciuto la fondatezza :

-del motivo che lamentava come la società Valbasento, priva della qualificazione nella categoria prevalente OG3, classifica V, avesse fatto ricorso all'avvalimento per i requisiti speciali posseduti dalla società Bulfaro s.p.a., senza tuttavia aver prodotto a tal fine un contratto di avvalimento valido e conforme alle normativa primaria di riferimento;

- del motivo di ricorso che evidenziava come l'originaria aggiudicataria, in quanto priva di adeguata qualificazione nelle categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria previste dal bando, fosse tenuta ad individuare ed indicare, nell'ambito della dichiarazione concernente il subappalto, l'impresa subappaltatrice, nonché a dimostrare il possesso in capo a quest'ultima dei requisiti di qualificazione di cui alle lavorazioni subappaltate.

Il Tribunale, pertanto ha annullato gli atti impugnati, assorbendo le altre censure non esaminate.

4.- Contro la sentenza ha proposto l'odierno appello, la società Valbasento. Il ricorso, cui resistono l'Amministrazione appaltante e l'appellata, è stato trattenuto in decisione all'udienza del 4 giugno 2015.

DIRITTO

- E' controversa la legittimità dell'affidamento dell'appalto in fatto specificato, alla ditta appellante (priva della qualificazione richiesta per la categoria prevalente di opere scorporabili), affidamento contrastato con successo dall'odierna appellata per la inidoneità del contratto di avvalimento proposto e le omesse indicazioni (nell'ambito della dichiarazione concernente il subappalto) di impresa subappaltatrice e dimostrazione del possesso in capo a quest'ultima dei requisiti di qualificazione di cui alle lavorazioni subappaltate.

1.- La Sezione, preliminarmente, ritiene di evidenziare come la ricostruzione in fatto, come sopra riportata e ripetitiva di quella operata dal giudice di prime cure, non sia stata contestata dalle parti costituite per cui, vigendo la preclusione di cui all'art. 64 comma 2 del codice del processo amministrativo, deve considerarsi idonea alla prova dei fatti oggetto di giudizio.

2.1.- Nel merito, dall'atto d'appello emerge la formulazione contro la sentenza di quattro ordini di censure.

a).- Il primo evidenzia che il contratto di avvalimento concluso tra l'appellante Valbasento e la società Bulfaro recava senza dubbio il concreto impegno della seconda (ditta ausiliaria) a prestare i propri requisiti alla prima (ditta ausiliata), e a prova di ciò riporta il testo del contratto di avvalimento sul punto. In contrario il TAR ha rilevato la violazione dell'art. 49 d.lgs. n. 163/2006, dell'art. 88 del d.P.R. n. 207/2010, sia poiché la società Valbasento, priva della qualificazione nella categoria prevalente OG3, classifica V, avrebbe fatto ricorso all'avvalimento per i requisiti speciali posseduti dalla società Bulfaro s.p.a., mediante un contratto privo di "ogni compiuta, esplicita ed esauriente indicazione del relativo oggetto: ossia delle risorse e dei mezzi prestati, indicati in modo determinato e specifico", sia perché, più in generale, difetterebbe l'impegno contrattuale a mettere a disposizione tali risorse e mezzi". La censura è infondata. Il testo del contratto, correttamente riportato dall'appellante, mostra in altrettanta chiarezza che l'impegno delle imprese, riguardava unicamente i requisiti SOA (dei quali, per la categoria OG3, cl.7 l'impresa ausiliata era priva), restando quindi confermato sia che la pattuizione rivestiva semplicemente la valenza di autorizzazione ad utilizzare l'iscrizione (dunque uno dei requisiti di partecipazione), sia che nessuna menzione il contratto reca sul diverso contenuto del contratto di avvalimento, che postula in effetti (ai sensi delle norme citate) una esplicita ed esauriente indicazione del relativo oggetto, in particolare che le risorse ed i mezzi da prestare alla ditta ausiliata siano indicati in modo determinato e specifico. Correttamente pertanto il primo giudice, nel ritenere violati articoli 49 d.lgs. n. 163/2006 e 88 del d.P.R. n. 207/2010, (ma anche artt. 1325 e 1418 cod. civ.), ha sottolineato che sia la cennata normativa sia la giurisprudenza di questo Consesso (entrambe recepite dalla prescrizione del bando sul punto) richiedono, a pena di esclusione, una estrema completezza del contratto di avvalimento, che non si ravvisa invece nel caso in esame.

Ed invero occorre tener presente che l'esigenza di una applicazione in senso rigoroso di dette disposizioni si giustifica proprio per il fatto che l'avvalimento tende a supplire in via assolutamente sostanziale alla carenza del fondamentale requisito di partecipazione quale la qualificazione nella categoria prevalente e senza la quale non è possibile partecipare alla procedura.

b). – Sulla stessa questione verte anche la seconda doglianza, che domanda la riforma della sentenza ove ha ritenuto irrilevante la dichiarazione di disponibilità resa della ditta Bulfaro. La censura, che tenta di superare la genericità, rilevata dal primo giudice, degli elenchi del personale e del parco macchine messi a disposizione dalla ditta ausiliante, non può essere accolta. In realtà il TAR ha rafforzato la valutazione di insufficienza dell'impegno assunto, ove ha rilevato la natura meramente ipotetica della disponibilità di fornitura di materiali e mezzi e della valutazione dei costi che deve precederla. Anche la dichiarazione suddetta si conferma perciò insufficiente.

c).- Il terzo motivo riguarda l'omessa indicazione, nell'ambito della dichiarazione concernente il subappalto, dell'impresa subappaltatrice, nonché del possesso in capo a quest'ultima dei requisiti di qualificazione di cui alle lavorazioni subappaltate. Sul punto l'appellante, riproponendo il quarto motivo di prime cure, sostiene che, diversamente da quanto ritenuto dal TAR, l'art. 118, comma 2, del codice degli appalti e l'art.92 del regolamento non recano alcun obbligo del concorrente, che dichiara di voler ricorrere al subappalto per alcune specifiche lavorazioni, di indicare già in sede di presentazione dell'offerta il nominativo dell'impresa subappaltatrice. Anche questa censura non può trovare accoglimento.

Al riguardo la Sezione non ritiene di doversi discostare dall'orientamento più volte espresso, e richiamato dal TAR, ( C.d.S., sez. IV, 26 agosto 2014, n. 4229; sez. V, 28 agosto 2014, n. 4405; sez. IV, 13 maggio 2014, n. 1224; sez. V, 21 novembre 2012, n. 5900), per il quale "l'art. 118, comma 2, del d.l.vo 12 aprile 2006, n. 163, va applicato tenendo presente che la dichiarazione di subappalto può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto nelle sole ipotesi in cui il concorrente sia a propria volta in possesso delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione in via autonoma delle lavorazioni oggetto dell'appalto, ossia nelle sole ipotesi in cui il ricorso al subappalto rappresenti per lui una facoltà, non la via necessitata per partecipare alla gara; al contrario, la dichiarazione deve indicare il subappaltatore e dimostrare il possesso, da parte di quest'ultimo, dei requisiti di qualificazione, nelle ipotesi in cui il subappalto si renda necessario a cagione del mancato autonomo possesso, da parte del concorrente, dei necessari requisiti di qualificazione".

d).- Infine un quarto mezzo sostiene la necessità di riformare la sentenza ove ha ritenuto valida l'esclusione dalla gara del concorrente che non abbia indicato i costi di sicurezza aziendale, nonostante che il bando di

gara non ne prescrive l'indicazione; l'esclusione violerebbe quindi gli artt. 86 ed 87 del decreto n.163/2006 (codice degli appalti) che non prescrivono di fornire detti elementi. Anche questo motivo è infondato, risultando corretto l'orientamento espresso dal TAR. Ed in effetti " L'indicazione degli oneri aziendali per la sicurezza costituisce, in virtù degli artt. 86, n. 3-bis, e 87, n. 4, d. lgs. n. 163 del 2006, un adempimento imposto dalla legge. Inoltre, l'art. 26, n. 6, del d. lgs. n. 81 del 9 aprile 2008, recante norme in materia di tutela della salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro, stabilisce che, nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte, nelle procedure di affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro ed al costo relativo alla sicurezza, che deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture".

Quanto all'osservazione in contrario secondo cui il bando non reca una espressa clausola di esclusione dalla gara per detta omissione, va sottolineato che questa rende l'offerta incompleta di un requisito la cui essenzialità è direttamente stimata dalla legge, sicchè sul punto appare condivisibile l'orientamento (anch'esso citato dalla sentenza ed espresso anche dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici) per il quale "l'offerta economica priva dell'indicazione degli oneri di sicurezza manca di un elemento essenziale e costitutivo, con conseguente applicazione della sanzione dell'esclusione dalla gara anche in assenza di una specifica previsione in seno alla lex specialis, attesa la natura immediatamente precettiva della disciplina contenuta nelle norme citate, idonea ad eterointegrare le regole procedurali" (pareri 17 luglio 2013, n. 118, e 9 maggio 2013, n.77).

3.- Le questioni testè vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

4.- Conclusivamente, il ricorso deve essere respinto.

5.- Le spese del presente giudizio seguono il principio della soccombenza (art. 91 c.p.c).

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta) definitivamente pronunciando in merito al ricorso in epigrafe, respinge l'appello.

Condanna la parte ricorrente al pagamento, in favore delle parti costituite, delle spese del presente grado di giudizio, che liquida complessivamente un Euro tremila(3.000), oltre accessori di legge, in favore di ciascuna

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

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 03/03/2016

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10496 del 2012, proposto da:

Società Seap Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Buscaglia, con domicilio eletto presso l'avv. Angelisa Castronovo in Roma, Via Etruria, 44;

contro

Presidenza del Consiglio Ministri - Dipartimento Protezione Civile - Commissario Delegato ex Opcm 3933/11 per l'emergenza immigrazione dal Nord Africa, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura Generale dello Stato, presso i cui Uffici è domiciliata in Roma, Via dei Portoghesi, 12;

per la condanna

dell'Amministrazione resistente al risarcimento dei danni ingiustamente arrecati alla ricorrente per effetto dell'adozione dei provvedimenti di illegittima esclusione dalla gara per l'affidamento del "servizio di rimozione, trasporto, demolizione ed avvio a recupero/smaltimento di imbarcazioni e relitti situati nell'isola di Lampedusa di imbarcazioni situate nei porti di Licata e Mazara del Vallo, nonché di imbarcazioni e motori situati nell'area portuale dell'isola di Pantelleria nell'ambito dell'emergenza derivante dall'eccezionale afflusso di cittadini extracomunitari";

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento Protezione Civile - Commissario Delegato ex Opcm 3933/11 per l'emergenza immigrazione dal Nord Africa;

Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 febbraio 2016 la dott.ssa Rosa Perna e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con il ricorso in epigrafe, ritualmente notificato e depositato, la società Seap S.r.l. (di seguito anche "Seap" o "società"), odierna esponente, ha rappresentato quanto segue.

1.1 Il Dipartimento della Protezione Civile, Commissario delegato ex OPCM 3933/2011, indicava una procedura di gara per l'affidamento del "servizio di rimozione, trasporto, demolizione ed avvio a recupero/smaltimento di imbarcazioni e relitti situati nell'isola di Lampedusa, di imbarcazioni situate nei porti di Licata e Mazara del Vallo, nonché di imbarcazioni e motori situati nell'area portuale dell'isola di Pantelleria".

Alla gara partecipava il raggruppamento temporaneo d'impresa costituendo tra S.E.A.P. S.r.l. ed Adormare S.r.l. che, nel formulare la propria offerta, specificava l'esatto ammontare delle spese relative al costo del personale, detraendolo dall'importo a base d'asta, nell'osservanza delle prescrizioni di cui all'art. 81, comma 3 bis, del D. Lgs. n. 163/2006, come introdotto dalla legge 12 luglio 2011, n. 106 di conversione del D.L. n. 70/2011, applicabile razione temporis al procedimento di cui trattasi.

L'offerta presentata dal RTI SEAP ADORMARE, pari al ribasso percentuale del 29,685% oltre oneri di sicurezza e costo del personale come per legge, per come formulata, sarebbe risultata la migliore tra le offerte ammesse.

Le modalità di formulazione di detta offerta, tuttavia, venivano ritenute irregolari dal Seggio di gara che disponeva l'esclusione del R.T.I. SEAP ADORMARE dalla selezione in parola.

Il servizio veniva quindi aggiudicato al concorrente Consorzio Comap.

Nonostante che con atto stragiudiziale del 10.10.2011 Seap invitasse l'Amministrazione a procedere alla corretta applicazione dell'art. 81, comma 3 bis, del D. Lgs. n. 163/2006 e, conseguentemente, a provvedere alla sua riammissione in gara e alla contestuale esclusione delle offerte formulate in violazione della prefata norma, con nota prot. n. 3933/0005898 del 18 ottobre 2011, l'Amministrazione resistente confermava

l'esclusione del RTI SEAP ADORMARE.

1.2 Avverso l'illegittima esclusione il RTI SEAP ADORMARE proponeva ricorso avanti il Tar del Lazio, che con ordinanza n. 4369/2011 del 24.11.2011 accoglieva l'istanza cautelare del ricorrente e disponeva la sospensione degli effetti dell'esclusione impugnata; l'Amministrazione appaltante tuttavia aggiudicava e manteneva l'affidamento del servizio de quo in capo al Consorzio Comap.

Successivamente, con sentenza n. 612/2012 del 18.01.2012, il Tar accoglieva il ricorso e disponeva:

- "a) l'annullamento degli atti gravati che hanno disposto l'esclusione dell'offerta della ricorrente nonché l'aggiudicazione definitiva della gara ad altro concorrente;
- b) l'ordine di riammissione alla procedura del R.T.I. ricorrente;
- c) l'obbligo di rinnovare le operazioni di gara".

Ancorché immediatamente esecutive, le superiori statuizioni rimanevano inottemperate dalla Stazione appaltante che appellava la sentenza predetta avanti il Consiglio di Stato.

Con decisione n. 2988/2012 del 22.5.2012 il Giudice di seconde cure, ritenendo l'illegittimità dell'esclusione subita, rigettava l'appello come sopra proposto.

Soltanto in data 6.8.2012, dietro le reiterate diffide formulate dalla ricorrente, l'Amministrazione resistente comunicava di aver provveduto all'aggiudicazione provvisoria del servizio in favore della stessa.

2. Poiché il servizio oggetto della gara d'appalto, o meglio, la minima porzione di esso che ne residuava, non veniva tuttavia consegnato alla ricorrente, Seap proponeva il ricorso in epigrafe per chiedere la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento per equivalente di tutti i danni patiti e patienti dalla società a cagione della condotta illegittima della p.a., come sopra colpevolmente mantenuta, precisando di agire in giudizio uti singula e, conseguentemente, entro i limiti della quota (58%) da essa detenuta in seno al raggruppamento RTI SEAP ADORMARE.

La società chiedeva, in primo luogo, il risarcimento del danno emergente, per un complessivo ammontare di € 125.000,00, comprensivo dei costi sostenuti per la partecipazione alla procedura negoziata, dei costi di immobilizzazione e mancato utilizzo dei mezzi e delle attrezzature esclusivamente dedicati alle peculiarità dei servizi appaltati, degli oneri riconducibili al mancato abbattimento delle spese generali afferenti le economie di gestione della struttura aziendale a causa dell'inattività dell'impresa, del c.d. danno curriculare, del danno all'immagine e delle spese legali.

A titolo di lucro cessante domandava poi il risarcimento del danno riferibile all'utile che la ricorrente avrebbe conseguito nell'eventualità di regolare espletamento del servizio, quantificandolo in € 246.582,57. I danni complessivamente patiti dalla ricorrente venivano quindi quantificati in € 371.582,57.

Per l'illustrazione dei criteri di quantificazione Seap faceva rinvio ad una perizia giurata asseritamente allegata in atti, che tuttavia non risulta depositata nel presente giudizio, non essendo essa materialmente presente nel fascicolo di causa né figurando il suo deposito dal nuovo sistema informatico della giustizia amministrativa concernente la gestione del fascicolo elettronico.

Al termine dell'esposizione dei motivi di diritto la ricorrente avanzava richieste istruttorie, chiedendo a questo Giudice di voler disporre una consulenza tecnica d'ufficio al fine di accertare l'effettiva consistenza dei danni complessivamente residuati in capo alla società.

3. Nel presente giudizio si costituiva la Presidenza del Consiglio dei Ministri per resistere al ricorso in epigrafe; con argomentata memoria depositata in data 8.1.2016 contestava le richieste avanzate dalla ricorrente e chiedeva il rigetto del gravame nel merito.

Contestava altresì la fondatezza dei motivi aggiunti asseritamente proposti dalla parte ricorrente, che tuttavia non risultano depositati nel presente giudizio, non essendo essi materialmente presenti nel fascicolo di causa né figurando il loro deposito dal nuovo sistema informatico della giustizia amministrativa concernente la gestione del fascicolo elettronico.

4. Alla Pubblica udienza del 10 febbraio 2014 la causa veniva trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

1. Viene all'odierno esame del Collegio il ricorso in epigrafe, proposto da Seap per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento per equivalente del danno da illegittima esclusione dalla gara per l'affidamento del servizio in oggetto, che la società ha dettagliato in due distinte voci: danno emergente e lucro cessante.

2. A tal proposito, Seap, quale legittima aggiudicataria ingiustamente lesa dalla perdita di chance conseguente al mancato espletamento del servizio per cui risultava vantare la migliore capacità tecnica e

finanziaria e tutti i prescritti requisiti di idoneità a contrarre, deduce di aver subito un danno ingiusto come diretta conseguenza del comportamento colpevole dell'odierna resistente, che non solo illegittimamente escludeva il RTI SEAP ADORMARE dalla gara, ma altresì ometteva di ottemperare ai provvedimenti giudiziari favorevoli via via ottenuti da Seap nel contenzioso instaurato avverso l'atto di esclusione, quali l'ordinanza cautelare della Sezione n. 4369/2011 del 24.11.2011 che disponeva la sospensione degli effetti dell'esclusione impugnata, la successiva sentenza di primo grado n. 612/2012 del 18.01.2012 che accoglieva il ricorso, e la decisione del Consiglio di Stato n. 2988/2012 del 22.5.2012, di conferma della prima sentenza, alla quale soltanto seguiva l'aggiudicazione provvisoria del servizio in favore della ricorrente, omettendosene tuttavia, in punto di fatto, la consegna.

3. Nel caso all'odierno esame, quanto al comportamento tenuto dall'Amministrazione resistente, le richiamate pronunce del giudice amministrativo chiaramente accertano l'illegittimità dell'esclusione del RTI dalla gara in esame; dalla narrativa in fatto si evince, altresì, il protrarsi dell'inerzia della p.a. che reiteratamente ometteva di prestare esecuzione ai provvedimenti giudiziari suddetti e di aggiudicare il servizio in gara all'odierna ricorrente, restando ingiustificatamente inerte.

Quanto all'elemento soggettivo, si rammenta come, secondo il prevalente indirizzo giurisprudenziale, al privato non sia chiesto un particolare sforzo probatorio per dimostrare la colpa dell'Amministrazione, potendo egli invocare l'illegittimità del provvedimento quale presunzione (semplice) della colpa, ed anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che non si è trattato di un errore non scusabile (da ultimo Cass., n. 23170 del 2014 e Cons. Stato, sez. III, 10 settembre 2014, n. 4618; in termini, Cons. Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2008, n. 213; 3 giugno 2006, n. 3981; 9 marzo 2007, n. 1114; 9 giugno 2008, n. 2751). Nessuna circostanza idonea ad integrare l'errore scusabile è stata per contro addotta dalla intimata Presidenza del Consiglio, desumendosi, viceversa, nella vicenda controversa, la violazione delle regole di imparzialità, correttezza e di buona amministrazione nel non aver provveduto a dare tempestivamente e fattivamente esecuzione agli obblighi discendenti dalle ripetute pronunce giurisdizionali.

4. Appare dunque evidente che la domanda risarcitoria avanzata dalla società ricorrente è fondata e va senz'altro accolta nell'an, salvo determinare concretamente le voci di danno da riconoscersi a Seap. Occorre in proposito considerare che, in materia di risarcimento del danno da lesione di interessi legittimi pretensivi, nel caso di accoglimento della domanda risarcitoria proposta dal partecipante ad una pubblica gara illegittimamente pretermesso (nella specie si trattava di una gara per l'affidamento di un incarico professionale), questi ha diritto all'integrale risarcimento dei danni subiti, a fronte della colpa dell'Amministrazione nel preferirgli un altro concorrente, qualora risulti accertato che, se la gara si fosse svolta regolarmente, ne sarebbe risultato vincitore. Nella quantificazione del danno, il giudice dovrà tener conto di tutte le circostanze del caso concreto e liquidare sia il danno emergente che il lucro cessante (quali le spese sostenute per partecipare alla gara, il mancato guadagno per non aver potuto svolgere l'attività professionale ed il mancato incremento del curriculum professionale) (Corte di Cassazione, sez. III civile, 8.6.2015, n. 11794).

La domanda sul quantum del richiesto risarcimento è dunque fondata e la pretesa risarcitoria dovrà essere commisurata al danno da mancata aggiudicazione del servizio de quo, la quale si pone in rapporto di diretta causalità con l'illegittima esclusione della società dalla gara e con la mancata tempestiva esecuzione delle pronunce giurisdizionali sopra richiamate, nei termini che di seguito si vanno ad esporre.

4.1 Preliminarmente va rilevato che Seap agisce uti singula rispetto al RTI SEAP ADORMARE nel quale, per effetto degli accordi intercorsi tra mandante e mandataria, le attività oggetto del servizio e i relativi corrispettivi venivano ripartiti secondo il seguente criterio di riparto: SEAP 58% , ADORMARE 42%. Ne discende che, posto uguale a € 1.417.141,26 il valore complessivo dell'offerta formulata dal RTI predetto nella gara controversa, pari all'importo a base d'asta al netto del ribasso praticato (del 29,685%), maggiorato delle spese per gli oneri di sicurezza e per il costo del personale, la quota corrispondente alla ricorrente dovrà computarsi nella misura pari al 58% dell'offerta come sopra proposta, ossia in € 821.941,931.

4.2 Quanto alla prima voce di danno concernente il danno emergente, va premesso che i costi sostenuti per la partecipazione alla gara sono risarcibili all'impresa che lamenta la illegittima esclusione dall'appalto. Ed invero la partecipazione alle gare di appalto comporta, inevitabilmente, per le imprese, dei costi, che, ordinariamente, restano a carico dell'impresa medesima, sia in caso di aggiudicazione, che di mancata aggiudicazione; detti costi di partecipazione si connotano come danno emergente solo allorché l'impresa

subisca un'illegittima esclusione, venendo in tale evenienza in considerazione la pretesa del contraente a non essere coinvolto in trattative inutili (Cons. St., sez. III, 14 dicembre 2012, n. 6444; Tar Bari, sez. I, 6 ottobre 2011, n. 1466). Ritiene tuttavia il Collegio che tali costi debbano peraltro essere contenuti nell'ambito dei costi diretti subiti ai fini della partecipazione, e non anche degli oneri afferenti al mancato utilizzo dei mezzi dedicati alle peculiarità dei servizi appaltati, perché rientranti nella valutazione della voce del lucro cessante, né di quelli legati al mancato abbattimento delle spese generali in ragione dell'inattività dell'impresa, perché non direttamente connessi e non di facile determinazione.

Tuttavia nel caso di specie i costi sostenuti per la partecipazione alla gara sono oggetto di mera allegazione da parte di Seap e non anche di documentazione a fini di prova, e pertanto non possono essere riconosciuti alla ricorrente quale componente del risarcimento per equivalente del danno da illegittima esclusione dalla gara in questione.

4.3 Quanto al danno curriculare, che la ricorrente lamenta in dipendenza della mancata acquisizione dell'appalto che il RTI aveva titolo ad acquisire e consistente nel pregiudizio dallo stesso subito a causa del mancato arricchimento del curriculum professionale (Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751), ritiene il Collegio che esso debba essere riconosciuto in virtù di una autonoma considerazione e non possa viceversa considerarsi incluso nel mancato utile d'impresa, anche tenuto conto della dedotta impossibilità per il RTI di utilizzare "aliunde" le attrezzature e le maestranze deputate all'espletamento del servizio non aggiudicato.

4.3.1 Si osserva al riguardo che, in linea di massima, deve ammettersi che l'impresa ingiustamente privata dell'esecuzione di un appalto possa rivendicare anche la perdita della specifica possibilità concreta di incrementare il proprio avviamento per la parte relativa al curriculum professionale, da intendersi anche come immagine e prestigio professionale, al di là dell'incremento degli specifici requisiti di qualificazione e di partecipazione alle singole gare (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 18 maggio 2011 n. 1681; sez. IV, 27 novembre 2010 n. 8253; sez. VI, 11 gennaio 2010 n. 20; sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3144; sez. VI, 9 giugno 2008 n. 2751; sez. IV, 6 giugno 2008 n. 2680; sez. V, 23 luglio 2009 n. 4594; sez. V, 12 febbraio 2008 n. 491; sez. IV, 29 luglio 2008 n. 3723; nonché T.A.R. Lazio, sez. III, 2 febbraio 2011 n. 974 e T.A.R. Sicilia, Catania, Sez. IV, 7 gennaio 2010 n. 3).

4.3.2 E infatti, come la Sezione ha già avuto modo di osservare, tale voce di danno, costituente una specificazione del danno per perdita di chance, si correla necessariamente alla qualità di impresa operante nel settore degli appalti pubblici; e, più in particolare, al fatto stesso dell'esecuzione di uno di questi tipi di contratto, a prescindere dal lucro che l'impresa stessa si riprometta di ricavare per effetto del corrispettivo pagato dalla stazione appaltante. Questa qualità imprenditoriale può ben essere fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, in quanto idonea ad accrescere la capacità competitiva sul mercato e, quindi, la chance di aggiudicazione di ulteriori e futuri appalti: l'interesse alla vittoria di un appalto, nella vita di un operatore economico, va infatti oltre l'interesse all'esecuzione dell'opera in sé e ai relativi ricavi diretti.

Alla mancata esecuzione di un'opera pubblica illegittimamente appaltata si ricollegano, pertanto, indiretti nocimenti all'immagine della società, al suo radicamento nel mercato, all'ampliamento della qualità industriale o commerciale dell'azienda, al suo avviamento; ulteriormente dovendosi prendere in considerazione la lesione arrecata al più generale interesse pubblico al rispetto della concorrenza, in conseguenza dell'indebito potenziamento di imprese concorrenti che operino sul medesimo target di mercato, in modo illegittimo dichiarate aggiudicatari della gara (Tar Lazio, sez. I, 2 agosto 2011, n. 6907).

4.3.3 Circa la quantificazione del risarcimento, considerato che gli effetti dell'illegittima esclusione e della conseguente mancata aggiudicazione riguardano il solo territorio dell'isola di Lampedusa, dei porti di Licata e Mazara del Vallo e dell'isola di Pantelleria, si ritiene equo, in applicazione del criterio ex art. 1226 c.c., riconoscere una somma pari al 2% dell'offerta economica del RTI, per la quota riferibile a Seap Srl.

4.4 Viceversa, va disattesa la pretesa al maggiore danno con riguardo al c.d. "danno esistenziale", in quanto nella vicenda controversa non risulta essere stato leso il diritto all'immagine, al buon nome e all'onorabilità aziendale della ricorrente, e che si concretizza nella considerazione che un soggetto ha di sé e della reputazione di cui gode (Cons. Stato, Sez. V, 12/2/2008, n. 491), considerato che il provvedimento di esclusione, impugnato con il primo ricorso, è stato annullato dalle richiamate decisioni del giudice amministrativo, mentre la mancata realizzazione del servizio in questione non può concretare, in sé, un motivo di svalutazione o di detrazione dell'impresa nel mondo degli affari.

4.5 Venendo alla seconda voce di danno, non vi è dubbio che alla ricorrente vada riconosciuto

integralmente l'utile conseguibile e non conseguito per effetto della mancata aggiudicazione dell'appalto in ragione dell'illegittima esclusione dalla gara.

E invero, tutte le volte che si tratti di quantificare il lucro cessante da mancata esplicazione di un'attività d'impresa, pari al mancato utile ritraibile, vanno determinati, sulla base dell'offerta presentata dalla società, gli utili attesi dall'intera iniziativa per il periodo di riferimento, e però diminuiti dei redditi sotto qualunque forma conseguiti dalla società nel medesimo periodo, per l'impiego alternativo dei mezzi propri necessari al progetto mancato; e tanto, in applicazione del criterio dell'*aliunde perceptum*, vale a dire dell'utile alternativo che l'impresa può avere acquisito svolgendo attività alternative rispetto a quella che avrebbe dovuto eseguire, ove avesse ottenuto il servizio in appalto (Cons. Stato, Sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2751; Tar Lazio, sez. III-ter, 23 luglio 2010, n. 28158). Tuttavia, nel caso in esame rileva la dedotta impossibilità per il RTI di utilizzare "aliunde" le attrezzature e le maestranze deputate all'espletamento del servizio non aggiudicato, essendo evidente che, se l'ambito territoriale del servizio de qua afferente il solo territorio dell'isola di Lampedusa, dei porti di Licata e Mazara del Vallo e dell'isola di Pantelleria, è stato affidato ad un'impresa (il Consorzio Comap), lo stesso contratto non può, ovviamente, esser stato eseguito da altra impresa (Seap Srl), la quale si è pertanto trovata nell'impossibilità di utilizzare le relative risorse aziendali all'uopo predisposte, e tanto giustifica l'integrale riconoscimento del danno per mancato utile d'impresa, ragguagliato all'intero utile che allo stesso ricorrente sarebbe derivato dall'esecuzione dell'appalto in questione .

Quanto alla determinazione del danno da mancato utile, il Collegio ritiene che all'impresa danneggiata possa essere riconosciuto un risarcimento che si reputa equo determinare nel 10% del valore dell'appalto, per la quota riferibile a Seap, anche perché la ricorrente non ha dato dimostrazione del fatto che il margine di utile sarebbe stato maggiore di quello presunto (cfr. CGARS, 5.10.2010, n. 1236). Né, al riguardo, vale indagare sulla possibilità di diverso utilizzo delle risorse umane e strumentali da parte della ricorrente in quanto il Collegio mostra di condividere quella giurisprudenza che reputa illogico ed ingiusto caricare sul danneggiato le conseguenze negative della mancata prova di un fatto estintivo o modificativo della pretesa, quale è la compensazione per *aliunde perceptum* (CGARS, 21.9.2010, n. 1226; Tar Lazio, sez. II-ter, 13.12.2011, n. 9729)

5. Sugli importi complessivamente dovuti alla società a titolo di risarcimento del danno va calcolata la rivalutazione monetaria (trattandosi di un debito di valore) dalla data della maturazione del diritto (e cioè dalla data dell'aggiudicazione al Consorzio Comap ) fino alla pubblicazione della presente sentenza.

Su tale somma sono, poi, dovuti gli interessi compensativi (conseguenti alla mancata disponibilità della somma in cui viene liquidato il debito di valore) da computarsi:

- sulla somma non rivalutata (sulla base del tasso degli interessi legali vigente al momento della maturazione del rateo del credito) per il periodo intercorrente fra l'aggiudicazione e la pubblicazione della presente sentenza;
- ed, invece, sull'importo rivalutato, per il periodo dalla pubblicazione della sentenza fino al saldo effettivo a favore della ricorrente.

6. Le spese seguono la soccombenza e restano liquidate come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in tali limiti accerta il diritto della parte ricorrente al risarcimento del danno, giusta la determinazione del relativo importo di cui ai punti 4.3, 4.5 e 5 della motivazione stessa.

Condanna la Presidenza del Consiglio dei Ministri al pagamento nei confronti di Seap Srl delle spese del presente giudizio, che liquida complessivamente e forfetariamente in euro 3.000,00.

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

L'ESTENSORE  
IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA  
II 07/03/2016

**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 9826 del 2015, proposto da:  
Ortho-Clinical Diagnostics Italy S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Angelo Raffaele Cassano, Luca Pocobelli, Cesare Milani, con domicilio eletto presso Angelo Raffaele Cassano in Roma, viale Liegi, 32;

contro

Azienda Unita' Sanitaria Locale Roma E (succeduta nei rapporti della Azienda Complesso Ospedaliero San Filippo Neri), rappresentata e difesa dall'avv. Rodolfo Mazzei, con domicilio eletto presso Rodolfo Mazzei in Roma, Via XX Settembre, 1;

nei confronti di

- Grifols Italia S.p.a., rappresentata e difesa dagli avv. Federico Maria Ferrara, Ferdinando Pinto, con domicilio eletto presso Federico Maria Ferrara in Roma, piazza dell'Ara Coeli, 1;
- Diamed Italiana S.r.l., rappresentata e difesa dagli avv. Nicola Olgiati, Giovanni Corbyons, con domicilio eletto presso Giovanni Corbyons in Roma, Via Cicerone, 44 – anche appellante incidentale;
- Astra Formedic S.r.l.;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZIONE III QUATER, n. 12395/2015, resa tra le parti, concernente affidamento della fornitura di reattivi e sistemi diagnostici – mcp;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Unita' Sanitaria Locale Roma E, Grifols Italia S.p.a. e Diamed Italiana S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2016 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Angelo Raffaele Cassano, Rodolfo Mazzei, Nicola Olgiati, Giovanni Corbyons e Ferdinando Pinto;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Si controverte sull'esito della gara, espletata dall'Azienda Complesso Ospedaliero San Filippo Neri, per la fornitura dei reattivi e sistemi diagnostici occorrenti alle esigenze della medicina trasfusionale, divisi in 45 lotti, ed aggiudicata, con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, mediante deliberazione del commissario straordinario n. 789 in data 28 settembre 2014.

2. I lotti nn. 6 ("Sistema per le urgenze tramite tecnologia con agglutinazione su colonna per l'esecuzione dei test immunoematologici: gruppo sanguigno, test di coomb diretto e indiretto, fenotipo/kell, gruppo neonato, T&S", 18 ("Sistema automatico per esecuzione dei test immunoematologici gruppo sanguigno diretto e indiretto, type & screen, prove di compatibilità, ricerca anticorpi irregolari, fenotipo rh/kell, gruppo neonati e controllo gruppo"), e 26 ("Immunoematologia speciale"), sono stati aggiudicati, rispettivamente, a Grifols Italia S.p.a., Diamed Italiana S.r.l. e ad Astra Formedic S.r.l., mentre la Johnson & Johnson Medical S.p.a. (dante causa dell'odierna appellante, Ortho-Clinical Diagnostic Italy S.r.l. – di seguito OCD - avendo questa acquisito il ramo d'azienda interessato) si è classificata, rispettivamente, al terzo, al terzo ed al quinto posto.

3. E' utile precisare fin d'ora che l'art. 4 del capitolato speciale, prevedeva:

- l'assegnazione al "Coefficiente di qualità del prodotto" di 60 punti, "conferiti sulla base delle caratteristiche tecniche del prodotto. I 60 punti saranno distribuiti secondo i criteri indicati nell'accluso fabbisogno.", aggiungendo che "Per poter ritenere valida l'offerta la Ditta deve aver offerto almeno l'80% della somma delle determinazioni costituenti il lotto, come riportato nelle specifiche tecniche organizzative. Per i diagnostici non offerti l'Amministrazione procederà alla valutazione delle voci mancanti attribuendo a queste il prezzo più elevato offerto dalle Ditte concorrenti su quel prodotto ...";

- l'assegnazione al "Coefficiente di convenienza economico-finanziaria" di 40 punti.

Mentre il richiamato "Fabbisogno Annuale", allegato al capitolato, individuava per ciascun lotto, oltre al valore presunto, una serie di "caratteristiche indispensabili" e di "caratteristiche non indispensabili"; così, almeno, per il sistema diagnostico per le urgenze, richiesto dal lotto n. 6, e per la strumentazione a noleggio per i test immunoematologici, richiesta dal lotto 18; mentre per i reattivi richiesti dal lotto n. 26, era indicato soltanto il numero di determinazioni/test annui per ciascun parametro (anticorpi) di immunoematologia speciale.

4. OCD ha impugnato l'aggiudicazione dei tre lotti suindicati, unitamente alla lex specialis, dinanzi al TAR del Lazio, lamentando la mancanza di adeguati criteri di valutazione delle offerte tecniche, l'arbitrario operato della Commissione di gara (che avrebbe penalizzato l'offerta della ricorrente, altrimenti meritevole di conseguire l'aggiudicazione), e l'illegittima modifica in corso di gara di un requisito essenziale del confronto concorrenziale.

5. Grifols (aggiudicataria del lotto n. 6) ha proposto ricorso incidentale, sostenendo che l'offerta di OCD avrebbe dovuto essere esclusa, in quanto carente di una caratteristica indispensabile richiesta dal capitolato.

6. Il TAR del Lazio, con la sentenza appellata (III-quater, n. 12935/2015) ha respinto entrambi i ricorsi. Ciò, in estrema sintesi: affermando la non indispensabilità della caratteristica di cui l'offerta OCD sarebbe carente; affermando una carenza probatoria della ricorrente principale quanto alla c.d. prova di resistenza e disconoscendo il solo interesse strumentale alla riedizione della gara; ritenendo l'adeguatezza dei criteri di valutazione e la non arbitrarietà delle attribuzioni di punteggio operate dalla Commissione di gara; negando l'interesse all'esibizione della documentazione attinente alla verifica dell'anomalia.

7. Nell'appello, OCD ripropone le censure respinte in primo grado, accompagnandole con considerazioni critiche delle argomentazioni svolte dal TAR.

8. Si sono costituite in appello e controdeducono la AUSL Roma E (succeduta nei rapporti della A.O. appaltante), e le società Grifols e Diamed.

9. Diamed ha anche proposto appello incidentale, riproponendo la tesi (oggetto di eccezione respinta dal TAR) dell'inammissibilità dell'appello principale, in quanto implicante un indebito cumulo di domande non connesse, poiché riferite a tre distinti lotti, con parametri di valutazione delle offerte, presupposti di fatto (caratteristiche della fornitura, natura dei prodotti e servizi richiesti) e relativi motivi di censura differenti.

10. L'appello incidentale può senz'altro ritenersi infondato.

Può al riguardo ribadirsi quanto sottolineato dal TAR, e cioè che l'ordine di censura principale prospettato da OCD riguarda l'assenza, in violazione degli artt. 53 della Direttiva 2004/18/CE e 83 del Codice dei contratti pubblici, di criteri di valutazione determinati e tali da ridurre la discrezionalità della Commissione ad un ambito fisiologico, e che tale profilo riguarda tutti e tre i lotti, a prescindere dalle caratteristiche di ciascun lotto e degli specifici rilievi critici che sono stati mossi alle rispettive valutazioni.

A ben vedere, le censure specifiche dedicate all'attribuzione dei punteggi per i tre lotti, prima ancora che la funzione di supportare la pretesa di OCD all'aggiudicazione dei lotti (disposta con unico provvedimento a contenuto plurimo), hanno quella di dimostrare il superamento della prova di resistenza, ai fini della sussistenza dell'interesse strumentale alla riedizione della gara.

Ciò stante, poiché nel processo amministrativo impugnatorio – in assenza di una norma analoga all'art. 104 c.p.c. e quindi a differenza di quanto accade nel processo civile, in cui il cumulo delle domande può essere giustificato tanto da una connessione oggettiva quanto da una connessione soggettiva - vale la regola per cui il ricorso deve essere diretto contro un solo provvedimento, salvo che tra gli atti impugnati esista una connessione procedimentale o funzionale tale da giustificare un unico giudizio (cfr. Cons. Stato, IV, n. 4277/2014; V, n. 398/2013 e n. 6537/2011), deve ritenersi che nel caso in esame detta connessione vi sia.

11. Riguardo all'appello principale, le parti appellate hanno riproposto l'eccezione di tardività del ricorso di primo grado, sotto il profilo della conoscenza degli effetti sfavorevoli della gara a far data dal 25 giugno 2014 (seduta di gara nel corso della quale sono stati letti i punteggi).

L'eccezione va disattesa, in quanto il ricorso è stato notificato entro il termine di trenta giorni dall'aggiudicazione, mentre la conoscenza dell'esito della gara non determina un'anticipazione del termine di impugnazione (ma al più l'indifferibilità dello stesso, in applicazione dell'art. 79, comma 5-quater, del Codice dei contratti - questo è il principio affermato da Cons. Stato, III, n. 4982/2015, invocata da Diamed).

12. Va parimenti disattesa l'altro profilo di tardività eccepito dalle appellate, secondo cui OCD avrebbe dovuto contestare immediatamente la *lex specialis*, essendo le censure dedotte idonee a minare l'intero procedimento di gara.

E' sufficiente al riguardo ricordare l'orientamento consolidato della giurisprudenza secondo il quale soggiacciono all'onere della immediata impugnazione le sole clausole che impediscano la partecipazione o impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati ovvero che rendano impossibile la stessa formulazione dell'offerta, mentre per le altre previsioni, comprese quelle concernenti i criteri di valutazione e attribuzione dei punteggi, l'interesse al ricorso nasce con gli atti che ne facciano applicazione, quali l'esclusione o l'aggiudicazione definitiva a terzi, in quanto effettivamente lesivi della situazione giuridica tutelata (cfr. Cons. Stato, III, n. 2413/2015 e n. 491/2015; IV, n. 361/2015; V, n. 3776/2015, n. 5296/2015 e n. 5218/2015).

13. Essendo questa la regola, non può nemmeno ritenersi che OCD abbia prestato acquiescenza alle regole della gara ed alle decisioni della Commissione giudicatrice, come eccepiscono le appellate, per il solo fatto

di aver partecipato alle sedute di gara senza formulare riserve in merito ai criteri di formulazione delle offerte (la pronuncia al riguardo invocata da Diamed - Cons. Stato, V, n. 1166/2015 - si è limitata ad affermare, in presenza di un'omessa previa impugnazione della clausola del bando che prevedeva l'apertura dell'offerta economica in seduta riservata, che la commissione non può autonomamente derogare alla disciplina di gara in assenza di contestazioni immediate delle parti).

14. L'ulteriore eccezione di inammissibilità per genericità dei motivi di ricorso è poi evidentemente infondata, alla luce del tenore delle censure, appresso specificato.

15. Infine, l'eccezione di inammissibilità sollevata dalla AUSL Roma E in quanto la scelta dei criteri di aggiudicazione di una gara pubblica sarebbe sottratta al sindacato del giudice amministrativo, travisa il contenuto delle censure dedotte, essendo i criteri di valutazione e di attribuzione dei punteggi, la cui carenza viene contestata, cosa evidentemente diversa dai criteri di aggiudicazione dell'appalto (nel caso in esame, offerta economicamente più vantaggiosa, anziché prezzo più basso – scelta, peraltro, espressione di ampia discrezionalità ma pur tuttavia sindacabile sotto i profili dell'evidente irrazionalità o travisamento dei fatti: cfr. Cons. Stato, V, n. 3121/2015; III, n. 3484/2014).

16. Può passarsi all'esame delle censure dedotte da OCD.

OCD sostiene anzitutto che il TAR ha errato nel ritenere che le censure di indeterminatezza dei criteri di valutazione e mancanza di sub-criteri di valutazione delle offerte tecniche predeterminati dalla *lex specialis*, in violazione e falsa applicazione degli artt. 53 della Direttiva 2004/18/CE e 83 del Codice dei contratti pubblici, nonché dei principi di trasparenza e *par condicio*, non superino la prova di resistenza, e nel ritenere che siano comunque infondate in ragione della sufficienza delle previsioni dell'art. 4 e dell'allegato "Fabbisogno Annuale" del Capitolato speciale.

16.1. Quanto alla prova di resistenza, sottolinea di avere in realtà assolto l'onere probatorio, nei limiti in cui risultava possibile stante la lacunosità dei criteri, prospettando specificamente le conseguenze in termini di punteggio tecnico che si sarebbero verificate qualora la Commissione le avesse riconosciuto il possesso di tutte le caratteristiche in misura equivalente alle controinteressate, e, per contro, non avesse apprezzato per costoro caratteristiche non contemplate dal capitolato speciale. Senza contare che il TAR ha posto in capo alla ricorrente una prova di resistenza di segno più attenuato, consistente nella dimostrazione della possibilità di collocarsi in una posizione più utile, e tale parametro non può essere disatteso in mancanza di impugnazione del relativo capo della sentenza. In ogni caso, l'interesse strumentale può essere escluso solo quando, in relazione ai vizi dedotti, l'eventuale annullamento darebbe luogo ad effetti conformativi incompatibili con qualsiasi possibilità di realizzazione dell'interesse materiale al bene della vita cui ambisce il ricorrente.

16.2. Quanto alla insufficienza della *lex specialis*, a dire dell'appellante principale, il TAR, nell'affermare che l'art. 83 del Codice non prevede un obbligo di stabilire dei sub-punteggi, ma soltanto che gli stessi siano fissati "ove necessario", ha travisato il contenuto della censura, incentrata sul rilievo secondo cui nessuno specifico e obiettivo criterio di valutazione (né alcun correlato sub-punteggio) è rinvenibile nel caso in esame, ove si è conseguentemente lasciata alla Commissione la possibilità di attribuire, secondo le proprie arbitrarie determinazioni, maggiore o minore rilievo ad alcune singole caratteristiche elencate dal capitolato.

17. OCD lamenta inoltre che il TAR non abbia riconosciuto che la Commissione ha effettuato valutazioni illogiche ed arbitrarie, penalizzanti in chiave comparativa la propria offerta. In questa prospettiva, indica analiticamente censure nei confronti di tutte le note motivazionali esternate dalla Commissione, riguardo alle proprie offerte ed a quelle delle aggiudicatriche, per i tre lotti di interesse.

18. Lamenta infine OCD che erroneamente il TAR abbia ritenuto inammissibili, per genericità e mancanza di un principio di prova, le censure rivolte nei confronti dell'ammissione alla gara con riserva della Grifols,

nonché nei confronti dell'accoglimento delle giustificazioni fornite dalle tre aggiudicatarie in sede di verifica dell'anomalia. Sottolinea di aver censurato l'esito dell'ammissione con riserva di Grifols, e la valutazione di non anomalia di tutte e tre le aggiudicatarie (mediante ricorso per motivi aggiunti), e chiesto l'esibizione degli atti relativi; ribadendo il proprio interesse strumentale, insiste per ottenere l'esibizione dei verbali di verifica.

19. Ciò precisato, il Collegio osserva che, in ordine alla prova di resistenza, il TAR e le parti appellate fanno leva sulla tesi secondo la quale anche l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara presuppone una verifica a priori dell'utilità potenzialmente ottenibile dal ricorrente, in relazione all'aggiudicazione dell'appalto.

19.1. Il Collegio non intende discostarsi dall'orientamento, fatto proprio anche da recenti pronunce di questa Sezione (cfr. sentt. n. 2050/2015, n. 619/2015 e n. 571/2014), secondo il quale il ricorrente, per superare la prova di resistenza, nel sottoporre a critica l'operato della commissione di gara, deve esplicitare le caratteristiche della propria offerta e raffrontarle con quelle dei concorrenti, e dimostrare che la propria offerta avrebbe meritato un punteggio più alto o una valutazione comparativamente migliore, al punto da poter conseguire il risultato sperato.

19.2. Osserva, tuttavia, che la prova di resistenza deve assumere diversa consistenza a seconda del contesto di gara nell'ambito del quale viene effettuata. Qualora venga messa in dubbio la legittimità di alcuni criteri di valutazione o l'applicazione che la Commissione ne abbia fatto, è certamente corretto ritenere che il ricorrente debba dimostrare che, accogliendo l'interpretazione alternativa che propone, avrebbe potuto conseguire l'aggiudicazione.

19.3. Qualora, invece, venga censurata la (sostanziale) assenza complessiva di prefissati criteri di valutazione delle offerte tecniche, e dunque una *lex specialis* tale da demandare in modo decisivo l'esito della gara alle scelte discrezionali in senso stretto della Commissione giudicatrice, è la stessa natura del vizio demolitorio che rende sufficiente una prospettazione come quella data dall'appellante. Nel senso che la prova di resistenza si intende superata se le risultanze della gara non consentono di escludere che l'offerta del ricorrente, attraverso una diversa valutazione, potesse divenire aggiudicataria.

20. Con riserva di tornare sulla prova di resistenza, il Collegio ritiene opportuno ricordare che nelle gare pubbliche il punteggio numerico assegnato ai singoli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa integra una sufficiente motivazione a condizione che siano prefissati, con chiarezza e adeguato grado di dettaglio, i criteri di valutazione, prevedenti un minimo ed un massimo (cfr. Cons. Stato, III, n. 112/2016, n. 5717/2015 e n. 4698/2014; V, n. 5450/2015); di modo che sussiste violazione dell'art. 83 del Codice dei contratti pubblici in caso di mancata predeterminazione di puntuali criteri per l'attribuzione dei punteggi relativi agli elementi tecnici dell'offerta, atteso che solo la presenza di criteri sufficientemente puntuali consente la verifica dell'operato dell'amministrazione da parte del privato, nonché l'effettivo esercizio del sindacato di legittimità da parte del giudice amministrativo (cfr. Cons. Stato, III, n. 5909/2013 e n. 5060/2013).

20.1. In particolare, l'art. 83, cit., richiede che il bando preveda criteri di valutazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto per l'affidamento del quale si compete (comma 1), e la ponderazione relativa a ciascuno di essi (comma 2); l'ulteriore previsione della fissazione, "ove necessario", per ciascun criterio, di sub-criteri, sub-pesi o sub-punteggi (comma 4), sta a significare che l'articolazione della griglia di valutazione deve essere adeguata al livello di varietà e di autonoma rilevanza delle caratteristiche della prestazione.

20.2. E' dunque necessaria una adeguata articolazione dei criteri, per specificità dei parametri e limitatezza dei punteggi a ciascuno di essi attribuibile, ad opera della *lex specialis*, essendo altrimenti necessaria una puntuale motivazione dei singoli punteggi attribuiti. (cfr. Cons. Stato, III, n. 4067/2014), anche se non può negarsi che il giudizio su tale adeguatezza resti nella maggior parte dei casi opinabile.

20.3. Fuori dell'ipotesi in cui sia demandato alla commissione giudicatrice un mero riscontro dell'esistenza di tutte le caratteristiche rilevanti, alle quali venga attribuito un punteggio secco, da attribuire (in caso di esistenza) o non attribuire (in caso di inesistenza), in tutti gli altri casi - sia perché le caratteristiche sono descritte in modo non esaustivo, sia perché, comunque, è prevista l'attribuzione di un punteggio prefissato solo nel minimo o nel massimo - il sindacato del giudice amministrativo si svolge sull'esercizio della discrezionalità da parte della stazione appaltante, nel predisporre criteri di valutazione adeguatamente dettagliati e sulla idoneità delle motivazioni date dalla Commissione di gara a ricondurre ad essi le caratteristiche delle diverse offerte (cfr. Cons. Stato, III, n. 2050/2015).

20.4. I limiti di tale sindacato sono generalmente intesi in senso restrittivo, siccome limitato a verificare che la valutazione non sia macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale ed i criteri siano trasparenti ed intelleggibili, consentendo nel contempo ai concorrenti di calibrare la propria offerta (cfr. Cons. Stato, V, n. 3105/2015; VI, n. 2682/2015).

21. Quando sia mancata la predisposizione di una griglia di criteri con tutte le suindicate caratteristiche - di chiarezza, grado di dettaglio e correlazione ad un range di punteggio limitato (con fissazione, quindi, di eventuali sub-criteri) - per fugare il dubbio che la Commissione, confezionando a posteriori appositi criteri di valutazione, ovvero enfatizzando uno, piuttosto che l'altro, degli aspetti dell'offerta tecnica, determini parzialità e irrazionalità nelle operazioni di valutazione, è quanto meno necessaria una analitica motivazione di tutti i punteggi attribuiti in relazione a tutti gli aspetti rilevanti.

22. Ad avviso del Collegio, nel caso in esame, sono mancati entrambi i presupposti predetti, necessari per assicurare la legittimità dell'attribuzione dei punteggi.

22.1. A fronte delle numerose caratteristiche indispensabili/non indispensabili (aggiuntive) elencate dall'Allegato Fabbisogno Annuale (rispettivamente, 8/8, per il lotto n. 6; 13/11, per il lotto n. 18, mentre, come esposto, per il lotto n. 26 non erano nemmeno previste), non era prevista alcuna ripartizione interna, per sottocriteri/sottopesi, del complessivo punteggio di 60 punti previsto per l'elemento qualità.

L'attribuzione del punteggio alle offerte tecniche da parte della Commissione è avvenuta in forma complessiva.

Il punteggio numerico, nelle tabelle di valutazione, è stato sì accompagnato da sintetiche note motivazionali, che indicano, per i lotti n. 6 e n. 18 (ma non per tutte le offerte) aspetti positivi/negativi riscontrati dalla Commissione, ma in relazione solo ad alcune aspetti dei prodotti offerti (da 2 a 4, a seconda dei casi), e, peraltro, con descrizioni non sempre univocamente riconducibili alle caratteristiche riportate nell'Allegato; ovvero, per il lotto n. 26, riportano la considerazione, riferita a tutte le offerte, secondo la quale "gli antisieri sono stati presi in considerazione per il grado di avidità [acidità], per le caratteristiche dell'anti D, con particolare riguardo all'evidenziazione dei D-weak e per la completezza delle specificità proposte".

22.2. Inoltre, il TAR, nel rigettare la censura volta all'esclusione dell'offerta J&J in quanto carente di una delle "caratteristiche indispensabili", ha affermato che, in realtà, l'art. 4 del capitolato comminava l'esclusione soltanto per le ipotesi più gravi di indeterminatezza dell'offerta e cioè nel caso in cui non fosse proprio possibile "valutare l'adeguatezza della quantità del materiale offerto al numero dei test messi in gara".

Tale capo della sentenza non è stato appellato.

Ne discende che viene messa in dubbio anche la gerarchia, ai fini del punteggio, tra caratteristiche indicate come "indispensabili" e caratteristiche indicate come "non indispensabili".

22.3. In tale contesto, non sembra possibile stabilire quali valutazioni siano state effettuate dalla Commissione per tutti i parametri (caratteristiche) rilevanti, ai fini dell'attribuzione di un dato punteggio, anziché di un altro.

Infatti, dall'esame dei punteggi non è possibile desumere una soglia standard rispetto alla quale la Commissione abbia apportato incrementi, a fronte di caratteristiche non indispensabili possedute, ovvero decrementi, a fronte di caratteristiche indispensabili (tali, come esposto, solo nominalmente, ma non giuridicamente) mancanti, così da rendere comprensibili e quindi razionali gli scostamenti tra i punteggi attribuiti alle diverse offerte.

22.4. Le aggiudicatarie hanno difeso la congruità dei punteggi attribuiti alle diverse offerte nei rispettivi lotti, argomentando sulla esistenza delle caratteristiche, positive o negative, indicate nelle note di commento dalla Commissione; ma non hanno potuto considerare l'insieme delle caratteristiche rilevanti, in relazione al punteggio complessivo attribuito (né, in particolare, ipotizzare un criterio di giustificazione della correlazione tra note motivazionali e punteggi, che risultasse valido per tutti i lotti e tutte le offerte).

E' particolarmente significativo che la difesa della AUSL, nelle proprie memorie, non abbia neanche tentato una ricostruzione organica della razionalità dei punteggi attribuiti dalla Commissione in relazione alle caratteristiche valutate.

22.5. La difesa della AUSL Roma E afferma che l'esigenza di articolazione dei criteri espressa dall'art. 83, cit., nel caso in esame non sussisteva, trattandosi di una fornitura di reattivi con noleggio di strumenti medici rivolta a soggetti già operanti e muniti di specifica esperienza del settore. Aggiunge la AUSL che le prescrizioni della lex specialis sono formulate in modo da sollecitare la proposizione di prodotti originali e soluzioni innovative e differenziare così le proposte dei concorrenti per favorire la competizione, cosicché una eccessiva analiticità della griglia di valutazione avrebbe potuto determinare l'omogeneizzazione delle proposte e l'aumento eccessivo del rilievo dell'elemento prezzo.

22.6. Ad avviso del Collegio, tali argomentazioni non colgono nel segno, in quanto, da un lato, non si controverte tanto del significato che alle descrizioni delle caratteristiche rilevanti potevano dare i concorrenti, quanto piuttosto della correttezza delle attribuzioni di punteggio; dall'altro, la presentazione di offerte tutte rispondenti alle caratteristiche tecniche rilevanti, e quindi graduabili in base al prezzo, non sembra un esito contrario alla norma o agli interessi della stazione appaltante.

23. In un simile contesto di valutazioni, è in qualche modo possibile valutare – e a questo le parti private hanno dedicato buona parte delle rispettive difese – se le note motivazionali abbiano o meno travisato i contenuti prestazionali delle offerte, e ricondotto con coerenza logica tali contenuti alle caratteristiche (criteri) che il Fabbisogno elencava.

23.1. Il Collegio, riguardo a tali valutazioni, ritiene che, per il lotto n. 6, risulti adeguatamente dimostrato che l'offerta J&J non prevedeva la caratteristica della capacità di caricamento di un minimo di 48 campioni in provetta, posto che, anche disconoscendo la paternità della scheda tecnica da cui tale limitazione era stata desunta, sembra trattarsi di documentazione illustrativa ufficiale dell'impresa, e comunque è restato senza confutazione il rilievo di Grifols secondo cui lo strumento in questione sarebbe lo stesso offerto da J&J, dichiarando tale limitata capacità di caricamento, nel lotto n. 18; e che risulti giustificata, in assenza di rituale contestazione della mancata previsione tra le caratteristiche rilevanti, la non considerazione della capacità di caricamento in continuo di 120 campioni; per contro, non è stata dimostrata in modo univoco la riconducibilità alle caratteristiche previste dal Fabbisogno, di aspetti apprezzati dalla Commissione nell'offerta Grifols, riguardo alla presenza di una postazione manuale completa di lettore automatico e riguardo alla presenza della doppia centrifuga.

23.2. Per il lotto n. 18, ritiene che non risulti univocamente dimostrato che la "capacità di effettuare in totale automazione tutti i sistemi eritrocitari minori con metodica validata", apprezzata nell'offerta

Diamed, sia riconducibile alle caratteristiche previste dal Fabbisogno; anche, in questo caso, il TAR ha ritenuto di giustificare la corrispondenza, invocando l'esigenza di considerare il giudizio complessivo di apprezzamento dell'offerta Diamed, che comprende valutazioni più agevolmente riconducibili alle caratteristiche, ma così facendo ha vanificato la specificità delle caratteristiche distintamente elencate e rese rilevanti dal Fabbisogno, operando una ponderazione che spetta alla lex specialis, non al giudice della legittimità; inoltre, la censura secondo la quale l'apprezzamento nell'offerta Diamed della "alta produttività per massima capacità di caricamento campioni", deriva dalla riqualificazione di una caratteristica prestazionale come caratteristica non indispensabile (dovuta al chiarimento prot. 10422 in data 28 ottobre 2013, che ha affermato trattarsi della correzione di un refuso), evidenzia una modifica della lex specialis effettuata attraverso uno strumento non idoneo allo scopo (e tanto, a prescindere dal fatto che il chiarimento sia intervenuta prima della scadenza del termine, prorogato, per la presentazione delle offerte); anche la nota critica all'offerta J&J, perché "Mezzo filtrante non in gel. Lo strumento non ha la funzione di back up", si scontra con la censura secondo la quale il capitolato non prescriveva univocamente un mezzo filtrante costituito da gel, e la ricorrente ha offerto un sistema filtrante brevettato più vantaggioso che non è stato considerato, mentre per la carenza della funzione di back up, trattandosi di caratteristica non indispensabile, non risulta considerata la circostanza, sottolineata dalla ricorrente, secondo la quale la strumentazione è munita di "un sistema auto correttivo per cui se si creano fermi macchina dovuti a perdita di passi nelle coordinate, resettando lo strumento si recupera l'errore", soluzione a suo dire ragionevole, se non tecnicamente preferibile.

23.3. Infine, riguardo al lotto n. 26, il TAR ha giustificato il punteggio numerico, in quanto attribuito in base a parametri di giudizio correlati con le quantità della fornitura da ciascuna ditta offerta per antigene, correlazione che si evincerebbe dalla locuzione "per la completezza delle specifiche proposte", da intendersi in senso quantitativo, ma al Collegio sembra fondato il rilievo di OCD, nel senso che detta "completezza" non può intendersi, se non attraverso una forzatura logica, in senso quantitativo, e non c'è comunque alcuna evidenza del modo in cui la Commissione abbia commisurato il punteggio alla quantità dei reattivi offerti.

24. Non è invece possibile, stante la omessa previsione di sottocriteri e sottopunteggi, valutare se le differenze di punteggio che la Commissione ha ritenuto di giustificare con le note motivazionali fossero congrue, né come dette differenze dovrebbero cambiare alla luce dei rilievi di travisamento o illogicità che possono muoversi alle note motivazionali (quanto meno sotto i segnalati profili di non univoca esternazione delle caratteristiche delle offerte e della loro corrispondenza a quelle prefissate).

25. Da quanto appena esposto, alla luce di quanto premesso circa il diverso atteggiarsi della prova di resistenza, discende che, se non può ritenersi fondata la pretesa di OCD ad ottenere l'aggiudicazione in luogo delle controinteressate, non può nemmeno escludersi che, in esito ad una diversa valutazione priva di vizi, ciò potesse avvenire, e quindi va riconosciuto in capo all'appellante un interesse strumentale alla rinnovazione della gara.

Tanto, anche se non sono state specificamente censurate le attribuzioni di punteggi alle altre concorrenti graduate in posizioni intermedie.

In altri termini, non può escludersi la fondatezza della prospettazione di OCD, secondo la quale la Commissione ha sottolineato solo alcune delle caratteristiche (esistenti o mancanti) delle diverse offerte tecniche, graduando i punteggi in base ad esse, ma al di fuori di un prefissato sistema di criteri idoneo a giustificare, e quindi a rendere concretamente sindacabili, l'entità delle attribuzioni dei punteggi in relazione all'insieme delle caratteristiche prefissate dal capitolato come rilevanti.

26. Peraltro, quanto esposto sull'indeterminatezza del sistema di valutazione, suggerisce di tornare sull'eccezione di tardività incentrata sull'onere di immediata impugnazione di una lex specialis siffatta.

Tale onere non sussisteva, in quanto non poteva escludersi a priori che la Commissione neutralizzasse

l'indeterminatezza del valore ponderale dei criteri, dividendo il punteggio disponibile tra le caratteristiche indicate dal capitolato, anche graduando il rapporto tra indispensabili e non indispensabili; nonché, per il lotto n. 26, declinando specificamente, prima dell'apertura delle offerte tecniche, gli aspetti specificamente rilevanti ai fini della valutazione; ed accompagnando l'attribuzione di tutti i punteggi con note motivazionali sulle caratteristiche riscontrate e su quelle mancanti.

27. La fondatezza delle censure esaminate comporta l'accoglimento dell'appello proposto da OCD, con riforma della sentenza appellata ed accoglimento parziale del ricorso introduttivo di primo grado, limitatamente alla domanda di annullamento degli atti di gara riguardo ai lotti nn. 6, 18 e 26.

Considerati la complessità delle questioni trattate e l'esito della controversia, sussistono i presupposti per disporre l'integrale compensazione tra le parti delle spese del giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- respinge l'appello incidentale di Diamed Italiana S.r.l.;
- accoglie l'appello principale di Ortho-Clinical Diagnostics Italy S.r.l., e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie parzialmente il ricorso da detta società proposto in primo grado limitatamente all'annullamento degli atti di gara riguardo ai lotti n. 6, n. 18 e n. 26.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 28 gennaio 2016 con l'intervento dei magistrati:  
Filippo Patroni Griffi, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere

Salvatore Cacace, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE  
DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 07/03/2016

