**SENTENZE OGGIPA**

Pubblicato il 26/04/2019
**N. 05246/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 01497/2019 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**
**(Sezione Terza Quater)**
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1497 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
OMISSIS A R.L., in persona del legale rappreseOMISSISnte p.t., rappreseOMISSISta e difesa dall'avvocato OMISSIS, con domicilio eletto presso il suo studio come da PEC Registri Giustizia;
***contro***
Azienda Sanitaria Locale Roma 3, in persona del legale rappreseOMISSISnte p.t., rappreseOMISSISta e difesa dall'avvocato Vincenza Di Martino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Pompeo Magno n. 7;
***nei confronti***
OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappreseOMISSISnte p.t., rappreseOMISSISta e difesa dall'avvocato OMISSIS;
***per l'annullamento***
Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:
1) della deliberazione del Direttore Generale dell'Asl Roma 3 n. 967 del 31.12.2018, recante aggiudicazione della gara a procedura aperta per l'affidamento del “Servizio di Back Office per gli sportelli polifunzionali – lotto n. 1”;
1) di ogni altro atto anteriore, preordinato, connesso e conseguenziale
Per quanto riguarda i motivi aggiunti
per l'annullamento:
- per quanto di ragione ed ove occorrente, della deliberazione del Direttore Generale n. 114 del 20.02.2019 avente ad oggetto “Modifica deliberazione n. 967 del 31.12.2018 relativa a aggiudicazione gara a procedura aperta per l'affidamento del servizio di Back Office per gli sportelli polifunzionali lotto n. 1. Ampliamento del servizio di cui al lotto n. 1. Proroga attuale servizio back office”;
di ogni altro atto anteriore, preordinato, connesso e conseguenziale.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Roma 3 e di OMISSIS S.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2019 il dott. Massimo Santini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Premesso che:
a) la ricorrente società partecipava alla gara per l’affidamento del “Servizio di Back Office per gli sportelli polifunzionali – lotto n. 1” della ASL Roma 3 (attività connesse alla prenotazione prestazioni sanitarie). Importo a base d’asta del Lotto 1: oltre 1 milione 864 mila euro. Durata del contratto: 24 mesi. Metodo di aggiudicazione: offerta economicamente più vaOMISSISggiosa. Esito della gara: OMISSIS s.r.l. (controinteressata aggiudicataria) 99,16 punti; OMISSIS (ricorrente seconda classificata) 90,54 punti;
b) gli esiti della gara venivano impugnati per plurimi profili di violazione di legge (art. 95 decreto legislativo n. 50 del 2016) nonché per eccesso di potere sotto il profilo di difetto di istruttoria, difetto di motivazione ed erroneità dei presupposti, con particolare riguardo alla valutazione delle offerte tecniche (vedasi criteri su esperienza maturata nel settore specifico, caratteristiche delle attrezzature, sistema di monitoraggio delle prestazioni e connessa reportistica, aspetti migliorativi). Si formulava altresì istanza di accesso agli atti di gara;
c) si costituivano in giudizio l’intimata amministrazione sanitaria e la controinteressata OMISSIS, entrambe per chiedere il rigetto del gravame mediante articolate controdeduzioni che, più avanti, formeranno oggetto di specifica trattazione;
d) in seguito al deposito nel presente giudizio dell’intera offerta tecnica, con successivo atto di motivi aggiunti le censure di cui al punto b) venivano estese ad altri aspetti della valutazione effettuata dalla commissione di gara (progetto di utilizzazione delle risorse umane, tempistiche sostituzione personale, attestazioni professionali, organizzazione aziendale);
e) resistevano anche avverso tali motivi aggiunti l’intimata amministrazione sanitaria e la controinteressata aggiudicataria del servizio;
f) alla camera di consiglio del 26 marzo 2019, avvisate le parti circa la possibilità di adottare sentenza in forma semplificata, la causa veniva infine trattenuta in decisione.
Considerato che:
01. Va innanzitutto dichiarata la sopravvenuta carenza di interesse in ordine alla lameOMISSISta mancata ostensione dei documenti di gara, essendo stati i medesimi pacificamente prodotti nel corso del presente giudizio;
1. Nel merito è ampiamente noto l’indirizzo secondo cui: *“le valutazioni in ordine alla congruità delle offerte tecniche dell’Amministrazione pubblica sono espressione di discrezionalità della stessa e, quindi, assoggettabili ad un sindacato limitato alla presenza di macroscopiche illogicità ed omissioni ovvero ad evidenti errori di fatto, ferma restando l’impossibilità da parte del giudice di sostituire il proprio giudizio a quello dell’Amministrazione e di procedere ad una autonoma verifica di congruità dell’offerta e delle singole voci, che costituirebbe un’inammissibile invasione della sfera della Pubblica amministrazione”* (Cons. Stato, sez. III, 4 maggio 2016, n.1756). Ed ancora: *“Nell’ambito del sistema di aggiudicazione secondo il criterio dell’offerta economicamente più vaOMISSISggiosa, le valutazioni tecniche delle Commissioni di gara costituiscono espressione di ampia discrezionalità, suscettibili di sindacato solo nei limiti della manifesta illogicità: pertanto, le valutazioni delle Commissioni di gara relativamente agli aspetti tecnici delle offerte sono espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal G.A. non mediante una sostituzione dei giudizi, ma soltanto per difetto di motivazione, illogicità manifesta, erroneità dei presupposti di fatto, incoerenza della procedura valutativa e dei relativi esiti, non plausibilità dei criteri valutativi o della loro applicazione”* (cfr., ex multis, T.A.R. Lecce, sez. I, 7 maggio 2018, n.769); *“Nelle gare di appalto, che prevedono il criterio dell'offerta economicamente più vaOMISSISggiosa, la valutazione delle offerte tecniche costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica, con conseguente insindacabilità nel merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla Commissione giudicatrice, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta”* (T.A.R. Lazio, sez. III-quater, 23 marzo 2018, n. 3331);
2. Tanto premesso si osserva come, nel caso di specie, la tesi di parte ricorrente risulti nella sostanza volta a rifiutare aprioristicamente la valutazione compiuta dalla commissione di gara, proponendo al riguardo una ricostruzione del tutto alternativa dei criteri e dei parametri di giudizio cui la stessa avrebbe dovuto piuttosto attenersi (si tratta, in più di un passaggio, di una vera e propria “rivisitazione dei punteggi”);
3. Non vengono in altre parole mai sollevati aspetti di manifesta irragionevolezza o di palese erroneità nei giudizi espressi dalla commissione di gara, traducendosi le censure medesime in una inammissibile e personale sostituzione nelle valutazioni discrezionali compiute dalla commissione stessa;
4. Una simile impostazione difensiva (mancata prospettazione di aspetti di manifesta irragionevolezza e sovrapposizione di giudizi) è particolarmente evidente nella parte in cui si contesta: che la controinteressata non avrebbe una maggiore esperienza nello specifico settore (e ciò soprattutto a fronte dei numerosi servizi a tal fine allegati in sede di offerta tecnica dalla stessa controinteressata); che la controinteressata non avrebbe offerto nuove forniture informatiche ma soltanto la sostituzione di quelle esistenti laddove obsolescenti (criterio questo del resto del tutto logico e razionale, visto che la controinteressata stessa è l’attuale fornitore del servizio e non vi sarebbe ragione, solo perché trattasi di nuovo appalto, per sostituire macchinari di cui non è stata dimostrata l’inidoneità); che la commissione avrebbe dovuto assegnare un diverso punteggio per il monitoraggio delle prestazioni, per la reportistica e per gli aspetti migliorativi (e tanto senza mai specificare le ragioni per cui la commissione avrebbe attribuito un così ingiusto punteggio ad entrambi i concorrenti); che in relazione alla organizzazione aziendale la controinteressata avrebbe proposto *“la messa a disposizione di un generico sistema di work flow e di monitoraggio, senza tuttavia, indicarne le relative caratteristiche”* (e ciò senza mai descrivere anche solo sinteticamente in cosa consisterebbe questo “generico sistema”);
5. La tesi di parte ricorrente si appalesa altresì estremamente generica laddove si afferma: che la commissione non avrebbe assegnato alla ricorrente un punteggio migliore in riferimento al progetto di utilizzazione delle risorse umane, atteso che non viene specificato quale sarebbe il numero effettivo di persone ulteriori asseritamente messe a disposizione dell’ASL medesima; che avrebbe “in organico” 32 laureati, diversamente dalla controinteressata che ne avrebbe solo 8, senza tuttavia tenere conto che ai fini dell’assegnazione del relativo punteggio occorre unicamente soffermarsi sul numero di laureati *“messi concretamente a disposizione”* dell’ASL; che in tema di tempistiche di sostituzione si *“prefigura un inammissibile scenario in cui, di fatto, la gestione delle esigenze del servizio viene affidata alla committenza … attraverso l’utilizzo di assistant”* (senza in tal modo meglio specificare per quale via tale gestione si rivelerebbe inappropriata);
6. Si appalesa per tale via un procedimento nuovo e diverso, quello ossia in concreto prospettato dalla difesa di parte ricorrente, che tuttavia non può trovare ingresso in questa sede per i puntuali limiti al riguardo pacificamente posti dalla giurisprudenza (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2017, n. 5387).
Ritenuto in conclusione di rigettare il presente ricorso, per tutte le ragioni sopra partitamente evidenziate, con condanna alle spese di lite a carico della parte soccombente.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara improcedibile ed in parte lo rigetta, come da motivazione.
Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese di giudizio, da quantificare nella complessiva somma di euro 5.000 (cinquemila/00), oltre IVA e CPA e da ripartire in parti eguali in favore della intimata amministrazione e della controinteressata società.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 26 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:
Riccardo Savoia, Presidente
Massimo Santini, Consigliere, Estensore
Emanuela Traina, Referendario

Pubblicato il 26/04/2019
**N. 05302/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 01771/2019 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**
**(Sezione Terza Quater)**
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 1771 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da
OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato OMISSIS;
***contro***
Azienda Sanitaria Locale Roma 2, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato OMISSIS;
***nei confronti***
OMISSIS S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati OMISSIS;
***per l'annullamento***
del provvedimento di cui alla delibera n. 2513 del 28.12.2018, con cui la ASL ROMA 2 ha disposto l’aggiudicazione della “Procedura aperta telematica per l'affidamento del servizio di riutilizzo degli ausili di cui agli elenchi n. 2, n. 3 e di parte dell'elenco n. 1 dell'allegato 1 del D.M. sanità 332/99 per i soggetti aventi diritto residenti nel territorio dell'ASL Roma 2”, da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa; aggiudicazione disposta in favore di OMISSIS S.p.A.;
- di tutti i verbali di gara, in particolare dei verbali nn. 3, 4, 5, del verbale n. 6 del 31.7.2018 e del verbale n. 7 del 9.10.2018 con cui la Commissione di gara ha valutato l’offerta di OMISSIS, in difetto, e l’offerta di OMISSIS S.p.A., per eccesso, ed ha formato la graduatoria di gara;
nonchè di ogni atto connesso, presupposto e consequenziale;
ove occorrer possa e ove il Giudice ritenga di qualificarlo come tale, del silenzio-diniego serbato dall’Amministrazione resistente sull’istanza di accesso agli atti, inviata da OMISSIS in data 2.1.2019, ed assolta soltanto il 22.1.2019, oltre il termine previsto dall’art. 76 del Codice Appalti;
per la declaratoria
- dell’inefficacia del contratto eventualmente medio tempore stipulato tra l’Amministrazione resistente e la controinteressata OMISSIS S.p.A.;
per l’accertamento
- dell’avvenuta aggiudicazione in favore di OMISSIS e, per l’effetto, del diritto della ricorrente a stipulare il contratto pubblico in relazione all’oggetto della procedura di gara ovvero al subentro in quello medio tempore eventualmente stipulato inter alios;
nonché per la condanna
- dell’Amministrazione resistente a stipulare il contratto pubblico con OMISSIS;
dell’Amministrazione resistente al risarcimento dei danni subiti e subendi da parte di OMISSIS, in forma specifica mediante il subentro di OMISSIS nel contratto pubblico eventualmente stipulato medio tempore tra le avversarie, per la parte di servizio eventualmente non ancora espletata, nonché per equivalente per la parte già eventualmente eseguita e sino all’effettivo subentro di OMISSIS;
in via espressamente subordinata,
- nella denegata e non creduta ipotesi in cui il Giudice non intenda accogliere le domande volte all’aggiudicazione in favore di OMISSIS della gara, per l’annullamento di tutti gli atti di gara, con conseguente riedizione della stessa;
e con motivi aggiunti depositati il 21 febbraio 2019
per l’annullamento degli stessi atti impugnati in via principale e per altri motivi;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Roma 2 e di OMISSIS S.p.A.;
Visti tutti gli atti della causa;
Viste le memorie prodotte dalle parti a sostegno delle rispettive difese;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 12 marzo 2019 la dott.ssa Pierina Biancofiore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.Con ricorso notificato ai soggetti meglio in epigrafe indicati in data 25 gennaio 2019 e depositato il successivo 8 febbraio parte ricorrente, che è l’attuale gestore del servizio messo a gara, insorge contro l’esito della gara bandita dall’ASL Roma 2 “Procedura aperta telematica per l'affidamento del servizio di riutilizzo degli ausili di cui agli elenchi n. 2, n. 3 e di parte dell'elenco n. 1 dell'allegato 1 del D.M. sanità 332/99 per i soggetti aventi diritto residenti nel territorio dell'ASL Roma 2”, da aggiudicarsi secondo il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95 d. lgs. n. 50/2016, avente durata annuale e per l’importo annuale stimato a base d’asta pari ad € 550.000,00, gara che si concludeva con l’aggiudicazione alla controinteressata OMISSIS s.pa.. e con al secondo posto la ricorrente.
2. Quest’ultima, rappresentando di essere risultata seconda per una differenza di punteggio pari a 0,13, sostiene che a seguito dell’accesso, esaudito in data 22 gennaio 2019 a ridosso della scadenza del termine per promuovere il ricorso è stata in grado di proporre le seguenti doglianze: 1) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 95 d. lgs. n. 50/2016, del Punto 6, Criterio 2.1) del Disciplinare di gara, sull’Organizzazione del servizio, e dell’Art. 10) del Capitolato tecnico di gara, sugli obblighi circa il personale dedicato alla ASL, per aver la ASL palesemente errato nel valutare le due risorse del personale dedicate da OMISSIS alle funzioni di Front-Office e di Responsabile organizzativo del Servizio; Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 3 L. n. 241/1990, per motivazione solo apparente, illogica e contraddittoria, nonché palesemente erronea; 2) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 95 d. lgs. n. 50/2016, e del Punto 6, Criterio 2.2) del Disciplinare di gara, sul Programma informatico, per aver la ASL palesemente errato nel valutare il programma informatico di OMISSIS, nonché la sua integrazione con il sistema informatico della ASL; Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 3 L. n. 241/1990 per motivazione solo apparente, illogica e contraddittoria, nonché palesemente erronea; 3) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 95 d. lgs. n. 50/2016, e del Punto 6, Criterio 1.3) del Disciplinare di gara, sul Numero e la tipologia di mezzi, per aver la ASL palesemente errato nel valutare i mezzi messi a disposizione da OMISSIS S.p.A. per i ritiri, l’igienizzazione, il trattamento e la riconsegna degli au-sili protesici; Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 3 L. n. 241/1990 per motivazione solo apparente, illogica e contraddittoria, nonché palesemente erronea; 4) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 32, comma 4, d. lgs. n. 50/2016, e del Punto IV.3.7) del Bando di gara, sulla scadenza dell’offerta dopo il previsto periodo di 240 giorni; Violazione dei principi di serietà ed attualità dell’offerta, nonché dell’individuazione dell’offerta migliore; 5) Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione; arbitrarietà, contraddittorietà e illogicità della condotta amministrativa; manifesta sproporzione; 6) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 76, comma 5, lett. a) d. lgs. n. 50/2016, in materia di comunicazione dell’avvenuta aggiudicazione in favore di OMISSIS; 7) Sulla prova di resistenza di OMISSIS, ossia sull’interesse di OMISSIS ad ottenere la corretta applicazione delle norme di legge e di gara e la corretta valutazione dei fatti da parte della ASL, giungendo all’aggiudicazione della gara.
Conclude con istanze risarcitoria, istruttoria, cautelare anche monocratica e per l’accoglimento del ricorso, riservandosi la proposizione di motivi aggiunti.
3. Con provvedimento monocratico dell’11 febbraio 2019 l’istanza cautelare è stata accolta con rinvio alla Camera di Consiglio del 26 febbraio 2019.
4. Si sono costituite in giudizio la OMISSIS s.p.a. e l’ASL Roma 2, quest’ultima con compiuta memoria, con la quale ha rassegnato conclusioni del tutto opposte a quelle di parte ricorrente.
5. Alla Camera di Consiglio del 26 febbraio 2019 il ricorso è stato rinviato ad altra data in quanto parte ricorrente ha depositato motivi aggiunti il precedente 21 febbraio 2019.
6. Con questi ultimi, presentati a seguito dell’esaudimento della richiesta di accesso ex art. 116 c.p.a., l’interessata impugna gli stessi atti di cui sopra deducendo ulteriori doglianze: 1) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 80, comma 5, lett. c-bis) e f-bis) d. lgs. n. 50/2016, del Punto 6, Criterio 1.1) del Disciplinare di gara e dell’Art. 4 del Capitolato tecnico di gara, sull’indicazione dei locali di magazzinaggio; Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 95 d. lgs. n. 50/2016, del Punto 6, Criterio 1.1) del Disciplinare di gara e dell’Art. 4 del Capitolato tecnico di gara, sulla predisposizione di locali di magazzinaggio e spazi di manovra degli automezzi, per aver la ASL palesemente errato nel valutare come buona l’offerta di OMISSIS, assolutamente insufficiente visti gli spazi dedicati a tali attività; Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 97 d. lgs. n. 50/2016 per aver la ASL, in sede di verifica di congruità dell’offerta di OMISSIS, mancato di evidenziare la palese falsità, contraddittorietà ed illogicità dei giustificativi dell’offerta economica; Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 3 L. n. 241/1990, per motivazione solo apparente, illogica e contraddittoria, nonché palesemente erronea; 2) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 95 d. lgs. n. 50/2016, del Punto 6, Criterio 1.2) del Disciplinare di gara e dell’Art. 10 del Capitolato tecnico di gara, sul Numero, qualifica e mansioni del Personale, per aver la ASL mancato di rilevare che OMISSIS ha indicato nel progetto tecnico un numero di dipendenti palesemente erronea; 3) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 95 d. lgs. n. 50/2016, del Punto 6, Criterio 1.3) del Disciplinare di gara, sul Numero e tipologia dei mezzi predisposti per il servizio, per aver la ASL palesemente errato nel valutare come sufficiente l’offerta di OMISSIS, invece assolutamente insufficiente vista la tipologia dei mezzi utilizzata; Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 97 d. lgs. n. 50/2016 per aver la ASL, in sede di verifica di congruità dell’offerta di OMISSIS, mancato di evidenziare la palese non veridicità, contraddittorietà ed illogicità dei costi previsti per tale servizio nei giustificativi dell’offerta economica; Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 3 L. n. 241/1990, per motivazione solo apparente, illogica e contraddittoria, nonché palesemente erronea; 4) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 95 d. lgs. n. 50/2016, e del Punto 10 Criterio 2) del Disciplinare di gara, per aver la ASL palesemente errato nel valutare il Modello Gestionale; 5) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 95 d. lgs. n. 50/2016, e del Punto 6, Criterio 2.2) del Disciplinare di gara, sul Programma informatico, per aver la ASL palesemente errato nel valutare il programma informatico di OMISSIS, ossia la compatibilità ed integrazione con il sistema informatico della ASL del pro-gramma di OMISSIS, che invece viene interfacciato e condiviso da due anni ad oggi con i sistemi informatici utilizzati dalla, con piena consapevolezza dei dirigenti della Stazione appaltante e dei membri della Commissione di gara; 6) Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 105 d. lgs. n. 50/2016, in tema di norme regolanti il subappalto, per non aver la ASL rilevato nei giustificativi dell’offerta economica di OMISSIS è indicata una quota per interventi di ditte terze, pur non avendo la stessa dichiarato mai di volersi avvalere di subappaltatori; 7) Sulla prova di resistenza di OMISSIS, ossia sull’interesse di OMISSIS ad ottenere la corretta applicazione delle norme di legge e di gara e la corretta valutazione dei fatti da parte della ASL, giungendo all’aggiudicazione della gara.
Insiste con tutte le domande già formulate nel ricorso principale e conclude per l’accoglimento di quest’ultimo e dei motivi aggiunti.
7. OMISSIS si è opposta con compiuta memoria contestando tutte le doglianze proposte dall’interessata sia col ricorso principale che con i motivi aggiunti, come pure ha effettuate l’Azienda Sanitaria ed infine il ricorso è stato trattenuto in decisione alla Camera di Consiglio del 12 marzo 2019 ex art. 120 c.p.a.

**DIRITTO**

1. Il ricorso ed i motivi aggiunti sono infondati e vanno pertanto respinti.
2. Con essi in sostanza parte ricorrente, uscente nel servizio di che trattasi, ha sollevato molteplici censure avverso la valutazione dell’offerta della controinteressata, risultata poi aggiudicataria della gara con una differenza di punteggio pari a 0,13 punti rispetto alla ricorrente.
2.1 Rispetto alle altre doglianze va esaminata in particolare la quarta del ricorso principale, in quanto se accolta determinerebbe la caducazione della aggiudicazione.
Infatti l’interessata con essa deduce che ai sensi dell’art. 32, comma 4, d. lgs. n. 50/2016, “L'offerta è vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per centottanta giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione”. Nella specie, il bando di gara indicava il termine di 240 giorni.
Poiché l’offerta di OMISSIS era tenuta ferma e vincolata per 240 giorni, decorrenti dal termine ultimo per il ricevimento delle offerte, ossia dal 15.11.2017, dunque aveva scadenza in data 13.7.2018, mentre l’aggiudicazione in favore della ridetta controinteressata è stata disposta dalla ASL in data 28.12.2018, ossia ben oltre il termine previsto per la vincolatività dell’offerta. Infatti, una delle funzioni del termine dell’offerta è quella di garantire all’impresa aggiudicataria, una volta scaduto il termine, di poter esercitare una sorta di diritto di recesso dal rapporto con la p.a. ma, al contempo, anche di mantenere la vittoria della gara quale precedente curriculare. Tale funzione è prevista appositamente a vantaggio dell’offerente aggiudicatario.
Ma dall’altro lato dimostra altresì che l’Amministrazione, a seguito del decorso del termine previsto per la validità dell’offerta, non perde ogni potere, ma anzi può ed è tenuta a verificare la possibilità di stipulare il contratto con l’aggiudicatario, se ancora ne ricorrono i presupposti di legge e quest’ultimo ancora ne sia è intenzionato; in caso contrario, ad aggiudicare ad altri.
L’argomento di contestazione alla ridetta censura è proprio fornito dalla stessa ricorrente, che come da ultimo rilevato, osserva che comunque l’Amministrazione non perde il potere, pur decorso il termine, di verificare la persistenza dei requisiti in capo all’aggiudicatario provvisorio, come è avvenuto nel caso in esame, laddove, per come si evince dalla memoria per la Camera di Consiglio dell’11 febbraio 2019, l’Amministrazione ha rilevato che l’aggiudicazione era avvenuta con deliberazione del 28 dicembre 2018, ma dopo che la competente UOC “procedure di acquisto e contratti” aveva dato atto dei controlli effettuati sulla posizione della controinteressata sin dal 26 novembre 2018, come risulta dalla deliberazione n. 166 del 24 gennaio 2019 procedendo quindi a dichiarare efficace la disposta aggiudicazione.
D’altra parte pure la giurisprudenza sull’argomento, più che focalizzarsi sulla perentorietà del termine di cui all’art. 32, comma 4 del d.lgs. n. 50/2016, ritenuta dalla ricorrente, pone l’attenzione alle posizioni che sono coinvolte nella fase dell’approvazione delle operazioni di gara e di verifica dei requisiti dell’aspirante aggiudicatario, riflettendo che: “Il termine di 180 giorni è da considerare quale spatium deliberandi massimo per addivenire alla sottoscrizione del contratto, evitando che ulteriori lungaggini possano andare danno dell'impresa concorrente ovvero della stessa stazione appaltante ove costretta ad un'aggiudicazione che di fatto non conduce all'esito cui la stessa procedura mira. La sopravvenuta scadenza del termine di validità dell'offerta a seguito dell'eccessivo prolungamento delle operazioni di gara consente all'aggiudicatario la scelta di disimpegnarsi da ogni vincolo negoziale senza incorrere in alcuna sanzione. In sostanza, è riservata all'aggiudicatario, nell'ambito della sue autonome determinazioni imprenditoriali, la scelta se confermare la sua offerta ormai scaduta, addivenendo alla stipula, ovvero esercitare il suo diritto di recesso dalla fase della stipula.” (TAR Campania, Napoli, sezione III, 14 gennaio 2019, n. 201).
E tanto si è verificato nel caso in esame, in cui, come rilevato dall’ASL Roma 2, l’odierna aggiudicataria non ha ritirato l’offerta decorso il termine per l’aggiudicazione fissato dall’Amministrazione ed ha provveduto a trasmettere i documenti propedeutici alla stipula del contratto ed alla costituzione della cauzione definitiva, come risulta dalla nota acquisita dalla ASL con prot. 5 febbraio 2019.
La prospettazione di cogenza del termine previsto dalla art. 32, comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 come basata sulla massima del TAR Puglia Bari Sez. III, 06 dicembre 2018, n. 1555 in realtà non mette correttamente in rilievo che quel giudice ha voluto piuttosto valorizzare il portato della norma che “…, non presuppone un'ipotesi di decadenza ex lege dell'offerta decorso il relativo termine, consentendo all'offerente, con atto espresso, di potersi svincolare dalla stessa prima dell'approvazione dell'aggiudicazione definitiva.” (TAR Puglia Bari Sez. III, 06 dicembre 2018, n. 1555), circostanza quest’ultima che non si è verificata, nel caso in esame, come appena sopra riportato, poiché la controinteressata ha confermato la propria offerta e fornendo la cauzione definitiva relativa, pur essendo decorsi oltre due mesi durante i quali sono stati effettuati i relativi controlli da parte dell’Amministrazione.
2.2. Va anche contestata la censura proposta per sesta e con la quale parte ricorrente fa valere la violazione del termine di cinque giorni previsto dall’art. 76, comma 5 lett. a) del d.lgs. n. 50/2016 per la comunicazione alla ricorrente stessa dell’aggiudicazione in favore della controinteressata.
Al riguardo è da rilevare che il motivo è smentito in fatto poiché la stazione appaltante ha comunicato il provvedimento di aggiudicazione con nota a prot. 2750 dell’8 gennaio 2019, decorsi cinque giorni lavorativi dalla pubblicazione della deliberazione di aggiudicazione n. 2513 del 28 dicembre 2018, posto che sulla decorrenza del termine hanno influito le ricorrenze post natalizie e di inizio del nuovo anno.
Comunque anche le conclusioni che parte ricorrente ne trae e che cioè il termine di comunicazione dell’avvenuta aggiudicazione ha una rilevanza sulla posizione sostanziale dell’interessata perché dalla avvenuta conoscenza del detto provvedimento decorre quello per la proposizione del ricorso, anch’essa finisce per essere smentita dalle superiori considerazioni, posto che dalla data di avvenuta comunicazione l’interessata è stata comunque posta in condizione di proporre impugnazione nel termine di legge di trenta giorni decorrenti dall’avvenuta comunicazione, come peraltro dimostrato dalle sopra riferite date di notificazione e di deposito del ricorso in esame, senza alcun pregiudizio per il suo diritto di difesa, che è la funzione cui ottemperano gli accelerati termini del processo in tema di gare pubbliche.
2.3 L’altra censura che va contestata è quella proposta per prima con i motivi aggiunti e secondo cui l’aggiudicataria sarebbe incorsa in false dichiarazioni, avendo indicato in sede di offerta un elemento non veritiero e cioè la predisposizione di locali definitivi da adibire a magazzino, siti in Roma a Via Baldo degli Ubaldi n. 55, che ad oggi non sarebbero più nella sua disponibilità.
Al riguardo la controinteressata ha opposto di disporre dell'immobile indicato nella propria offerta in virtù di un contratto di locazione stipulato il 30 maggio 2016 tra Higea S.p.A. (oggi OMISSIS S.p.A.) e MA.BE. S.r.l. come dimostrato dalla relativa produzione in atti dell’estratto del contratto di locazione, contratto attualmente in essere e con termine di scadenza il 31 maggio 2022 (e con rinnovo automatico per ulteriori 6 anni salva disdetta del conduttore OMISSIS), con ciò risultando indimostrata anche la censura di violazione dell’art. 80, comma 5, lett. c bis) e f bis) del d.lgs. n. 50/2016.
Anche il tentativo effettuato dalla ricorrente di smentire la circostanza comprovata dal contratto di locazione versato in ordine dell'attuale disponibilità dei locali, producendo la visura delle sedi operative di OMISSIS e un rapporto investigativo della T.P.I. S.r.l. del 7.3.2019 con cui vengono raccolte informazioni dai proprietari degli esercizi contigui, porta la controinteressata a contestare, con notazione del tutto condivisibile, che tali ritenuti elementi probatori in realtà non possono portare a denegare il contenuto del ridetto contratto di locazione tutt’ora in essere e regolarmente registrato che attesta l’attuale disponibilità del magazzino sito in Baldo degli Ubaldi in capo ad OMISSIS. Anche la foto dell’affissione di un cartello sulla sede di Via Baldo degli Ubaldi che riporta ad un trasferimento in Fiumicino, lungi dal costituire la prova inequivocabile della definitiva perdita della disponibilità dei locali da parte di OMISSIS o della radicale impossibilità di destinarlo allo svolgimento del servizio di cui si discorre – come sembra sostenere la ricorrente - è semplicemente dovuto al fatto che alcuni locali sono stati parzialmente liberati per attività di ristrutturazione ed adeguamento anche in vista delle future attività.
Oltre tutto come correttamente sollevato dalla resistente ASL Roma 2, specificamente, laddove il magazzino indicato nel progetto tecnico di OMISSIS S.p.A., non fosse poi effettivamente esistente o non avesse i requisiti indicati nell’offerta oppure non fosse destinato alle attività descritte nel capitolato, la committente ASL ben potrebbe procedere all’applicazione di penali fino ad addivenire, in presenza degli ulteriori presupposti previsti dalla legge, ad una risoluzione del contratto ai sensi degli artt.1453 e ss. c.c., 108 del D.lgs. 50/2016 e 17 del Capitolato tecnico, fermo restando che il contratto a tutt’oggi non risulta stipulato.
2.4. Per il resto tutti gli altri motivi non analizzati, ancorchè esposti, sia del ricorso principale sia dei motivi aggiunti mirano a sindacare in maniera palese le valutazioni che la Commissione di gara ha effettuato in ordine alla offerta tecnica in particolare della controinteressata oltre che le valutazioni effettuate in sede di verifica di congruità ex art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, senza riuscire a dimostrarne quella manifesta e macroscopica erroneità e irragionevolezza, figure sintomatiche dell’eccesso di potere attraverso le quali possono sindacarsi il giudizio di una Commissione di gara dinanzi al giudice della legittimità, col che va, in particolare, respinta la quinta censura del ricorso principale con cui proprio parte ricorrente intende far valere l’eccesso di potere per arbitrarietà, contraddittorietà ed illogicità, che avrebbero caratterizzato l’operato dell’Amministrazione.
Al riguardo cospicua è la giurisprudenza in materia anche della sezione e dalla quale non è dato discostarsi: sulla illegittimità delle valutazioni della Commissione di gara: TAR Lazio, III quater, 29 maggio 2018, n. 6023 e Consiglio di Stato, III, 14 novembre 2017, n. 5258: “Nelle gare di appalto che prevedono il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte tecniche costituisce espressione di un'ampia discrezionalità tecnica, con conseguente insindacabilità del merito delle valutazioni e dei punteggi attribuiti dalla Commissione giudicatrice, ove non inficiate da macroscopici errori di fatto, da illogicità o da irragionevolezza manifesta” ed anche C. Stato, sezione V, 8 gennaio 2019, n. 173 con cui si evidenzia la illegittimità dei tentativi di sollecitare il giudice amministrativo ad esercitare in realtà un sindacato sostitutivo dell’amministrazione al di fuori dei tassativi casi di cui all’art. 134 c.p.a.; sulla congruità dell’offerta si veda TAR Lazio, III quater 19 marzo 2019, n. 3642: “Il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della Pubblica Amministrazione, sotto i profili suindicati, ma non può procedere ad un’autonoma verifica della congruità dell’offerta e delle sue singole voci, il che costituirebbe un’indebita invasione della sfera propria dell’Amministrazione (cfr. Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2016, n. 1533; Cons. Stato, sez. III, 6 febbraio 2017, n. 514).”.
3. La reiezione del ricorso principale e dei motivi aggiunti non consente di accogliere l’istanza risarcitoria, laddove la mancata dimostrazione delle censure sopra riportata e/o l’inammissibilità di alcune di esse non possono che produrre i rivenienti effetti sulla prova del danno ricavato dalla ricorrente, che, dunque, non risulta neanch’esso dimostrato, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo, ai sensi dell'art. 64 commi 1 e 3, c.p.a., opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento, come osservato in sede di disamina della legittimità di una gara in materia di forniture sanitarie da T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 17 luglio 2018, n. 883 ed anche analoga in parte nella massima T.A.R. Molise Campobasso Sez. I, 16 febbraio 2018, n. 66, con conseguente rigetto anche di tale domanda:.
4. Per le superiori considerazioni dunque il ricorso ed i motivi aggiunti vanno respinti.
5. Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, respinge il ricorso principale ed i motivi aggiunti.
Condanna parte ricorrente al pagamento di euro 5.000,00 per spese di giudizio a favore sia di Azienda Sanitaria Locale Roma 2 sia di OMISSIS s.p.a, per complessivi euro 10.000,00.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:
Riccardo Savoia, Presidente
Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore
Emanuela Traina, Referendario

Pubblicato il 23/04/2019
N. 02599/2019REG.PROV.COLL.
N. 10316/2018 REG.RIC.

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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 10316 del 2018, proposto da
OMISSIS s.p.a. in proprio e quale componente del costituendo raggruppamento temporaneo con OMISSIS s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS;

contro

OMISSIS s.p.a, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS;

nei confronti

OMISSIS s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, quale mandataria del raggruppamento con OMISSIS e OMISSIS s.r.l. rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS;
OMISSIS s.r.l. quale mandante del Raggruppamento con OMISSIS s.r.l., OMISSIS e OMISSIS s.r.l.;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 2592/2018, resa tra le parti, concernente l’impugnativa della determina prot. OMISSIS n. 2018.0009312 del 11 luglio 2018 di ammissione degli operatori economici partecipanti alla gara per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali e alle successive fasi della stessa, nei limiti dell'ammissione ai lotti da 1 a 9 del RTI OMISSIS S.r.l.-OMISSIS S.r.l.-OMISSIS-OMISSIS s.r.l. unitamente a tutti gli atti preordinati e connessi, inclusi i verbali n. 1 e 2 del 6 giugno 2018, n. 3 del 5 luglio 2018, relativi all'esame della documentazione amministrativa ed all'ammissione delle imprese alla gara;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di OMISSIS s.p.a. e di OMISSIS s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 14 marzo 2019 il Cons. Cecilia Altavista e uditi per le parti gli avvocati Valentino Vulpetti, Emanuela Quici su delega di Piera Pujatti e Gianluigi Pellegrino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con il presente atto di appello la società OMISSIS s.p.a. in proprio e quale componente del costituendo raggruppamento temporaneo di imprese con OMISSIS s.p.a. (avendo presentato domanda di partecipazione singolarmente per il lotto n. 4; quale capogruppo mandataria per i lotti nn.1 ,2 ,3 ,8; quale mandante per i lotti nn. 5, 6, 7, 9) ha impugnato la sentenza n. 2592 del 15 novembre 2018 del Tar Lombardia Milano, pronunciata in forma semplificata, che ha respinto il suo ricorso proposto ai sensi dell’art. 120 comma 2 bis c.p.a., avverso l’ammissione alla gara, indetta dall’ OMISSIS- Azienda regionale centrale acquisiti Lombardia s.p.a. per l’affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali, con bando pubblicato sulla Gazzetta ufficiale del 18 dicembre 2017, distinta in 9 lotti, del raggruppamento con mandataria OMISSIS s.r.l. e mandanti OMISSIS s.r.l., Sof, s.p.a., OMISSIS s.r.l. per tutti i 9 lotti.

In primo grado sono state proposte le seguenti censure:

- violazione e falsa applicazione dei paragrafi III.1.3 del bando e 2.4. del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione degli artt. 30, 48 e 83 del d.lgs. n. 50/2016; violazione del principio di par condicio fra i concorrenti; violazione e falsa applicazione dell’art. 97 della Costituzione; eccesso di potere di potere per difetto di istruttoria e dei presupposti, nonché per travisamento e ingiustizia manifesta; con tale censura la ricorrente sosteneva la illegittimità dell’ammissione della mandataria Poliedra Ingegneria e della mandante OMISSIS in quanto non in possesso del requisito di capacità tecnica in misura adeguata in relazione alla percentuale di partecipazione al raggruppamento e alle quote di esecuzione ( indicate nella misura del 55% per Poliedra Ingegneria e nel 25% per la mandante OMISSIS, nonché del 10% rispettivamente per le altre mandanti) e comunque non in misura maggioritaria rispetto agli altri componenti del raggruppamento;

-violazione e falsa applicazione dei paragrafi III.1.2 del bando e 2.4. del disciplinare di gara; violazione e falsa applicazione degli artt. 83 e 89 del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell’art. 1395 c.c.; violazione e falsa applicazione dell’art. 97 della Costituzione; eccesso di potere di potere per difetto di istruttoria e dei presupposti, nonché per travisamento e ingiustizia manifesta, in quanto la Poliedra, al fine di dimostrare i requisiti di capacità economico-finanziaria, avrebbe presentato un contratto di avvalimento ( con la EXITone s.p.a.) stipulato dal medesimo legale rappresentante di entrambe, senza specifica autorizzazione del rappresentato e quindi annullabile, ai sensi dell’art. 1395 del codice civile.

La sentenza ha respinto la prima censura sulla base della disposizione dell’art. 83 comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016, per cui in mancanza di specifica previsione della lex di gara non è richiesta alcuna corrispondenza per gli affidamenti di servizi e forniture tra i requisiti di qualificazione e le quote di esecuzione; la seconda censura per il regime di invalidità del contratto con se stesso annullabile solo su istanza del rappresentato, e quindi fino all’eventuale esercizio di tale azione, valido ed efficace.

Con il presente appello sono stati proposti i seguenti motivi:

-error in iudicando sul primo motivo di ricorso, in quanto sarebbe comunque vigente il principio per cui ogni impresa deve essere comunque qualificata per la parte di prestazioni che si impegna ad eseguire e quindi sarebbe fermo il principio della corrispondenza tra le quote di qualificazione e le quote di esecuzione anche per i servizi e le forniture; inoltre non sarebbe rispettato neppure la prescrizione del possesso del requisito in forma maggioritaria per la mandataria prevista dall’art. 83 comma 8 del d.lgs. 50 del 2016, interpretato dall’appellante nel senso della maggioranza del requisito nel suo complesso e non in misura percentuale rispetto agli altri componenti;

-error in iudicando sul secondo motivo, in quanto il contratto con se stesso sarebbe comunque invalido e suscettibile di annullamento, quindi comportante un impegno incerto e non univoco della impresa ausiliaria, in contrasto con i principi di buon andamento ed efficienza dell’azione amministrativa.

Si sono costituite in giudizio l’OMISSIS s.p.a. e la OMISSIS s.r.l. contestando la fondatezza dell’appello.

Essendo stata fissata l’udienza pubblica per la trattazione del merito dell’appello, con memoria depositata il 12 marzo 2019, la parte appellante ha chiesto un rinvio per la fissazione della camera di consiglio prevista dall’art. 120 comma 6 bis.

All’udienza pubblica del 14 marzo 2019, la difesa appellante ha rinunciato alla richiesta di rinvio ed il giudizio è stato trattenuto in decisione.

L’appello è infondato.

Il bando di gara indicava un valore complessivo dell’appalto per tutti i lotti pari a euro 154.787.457,75 successivamente rettificato in euro 166.332.204,05.

Ai sensi del paragrafo III.1.3 del bando con riferimento alla “capacità professionale e tecnica”, a pena di esclusione, ciascun concorrente (secondo la forma con cui concorre e nel rispetto delle indicazioni del disciplinare) doveva soddisfare la seguente condizione: avere eseguito, negli ultimi tre esercizi sociali, contratti per servizi analoghi a quelli oggetto dell’appalto per un importo complessivo, IVA esclusa, almeno pari al 15% del valore complessivo della base d’asta dei lotti per cui presenta offerta; egualmente disponeva il paragrafo 2.4. del disciplinare di gara, rubricato “requisiti necessari per la partecipazione”. In particolare, in base a tale disposizione del disciplinare, in caso di partecipazione in RTI “la mandataria dovrà possedere il requisito in misura maggioritaria; resta inteso che le imprese mandanti del RTI devono avere eseguito, nel periodo di riferimento almeno un contratto relativo all’oggetto dell’appalto, fermo restando il possesso del requisito del RTI nel suo complesso”.

Da tali disposizioni della lex di gara risulta evidente che nessuna particolare prescrizione era stata imposta circa il possesso dei requisiti da parte dei partecipanti al raggruppamento circa la corrispondenza delle quote di qualificazione e delle quote di esecuzione delle prestazioni, se non che, in base alla previsione, dell’art. 83 comma 8, la mandataria avesse il requisito in misura maggioritaria.

L’art. 83 comma 8 del d.lgs. 50 del 2016 prevede, infatti, per i raggruppamenti temporanei, che nel bando siano indicate le eventuali misure in cui gli stessi requisiti devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti e che la mandataria in ogni caso debba possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria.

Nel caso di specie, deve essere fatta, dunque, applicazione dell’orientamento giurisprudenziale espresso di recente anche dalla Sezione per cui, in mancanza di espressa previsione della lex di gara per i contratti di servizi e forniture, non sussiste alcuna necessaria corrispondenza tra requisiti di qualificazione, quote di prestazione e quote di esecuzione dei componenti un raggruppamento.

“Dopo l’intervento dell’Adunanza Plenaria n. 27/2014 non può dubitarsi che negli appalti di servizi e forniture non vige ex lege il principio di necessaria corrispondenza tra la qualificazione di ciascuna impresa e la quota della prestazione di rispettiva pertinenza, essendo la relativa disciplina rimessa alle disposizioni della lex specialis della gara; per i servizi e forniture, per i quali non vi è un sistema di qualificazione SOA normativo, spetta alla stazione appaltante decidere se introdurre sistemi di qualificazione e in che misura disporne la ripartizione in sede di ATI” ( Cons. Stato, Sez. III, 16 novembre 2018, n. 6471; 13 settembre 2017 n. 4336).

“In assenza di un sistema di previa qualificazione normativamente organizzato secondo criteri omogenei, ed a fronte di prestazioni rispetto alle quali, di regola, il subentro di un diverso operatore in corso di esecuzione presenta minori difficoltà rispetto ai lavori, è anzitutto la stazione appaltante a potere e dovere valutare, alla luce delle concrete caratteristiche della prestazione da appaltare, la necessità di richiedere nella legge di gara il possesso dei requisiti di partecipazione in capo a ciascuna impresa associata secondo determinate entità. Le relative previsioni, ove ritenute eccessivamente o, al contrario, insufficientemente selettive, potranno essere impugnate dai concorrenti” (Sezione III, 21 gennaio 2019, nn. 491, 490, 489, 488, 487; 26 febbraio 2019, n. 1327).

Pertanto, nella gara in questione, in mancanza di alcuna previsione specifica volta a richiedere una corrispondenza tra requisiti di qualificazione e quote di esecuzione deve ritenersi legittima l’ammissione del raggruppamento con mandataria OMISSIS, non essendo contestato il requisito comunque nel complesso raggiunto dal raggruppamento.

Quanto al possesso del requisito in misura maggioritaria, tale previsione è stata rispettata, in quanto la mandataria Poliedra ha dichiarato un fatturato specifico di € 9.144.040,23, mentre la mandante OMISSIS ne ha dichiarato uno di € 4.856.835,78, né l’appellante deduce alcunchè circa i requisiti posseduti dagli altri partecipanti al raggruppamento, ma comunque, in base alle rispettive dichiarazioni prodotte in gara, inferiori a quelli dichiarati dalla Poliedra.

Non può essere, infatti, accolta la interpretazione ricavabile dall’atto di appello per cui il requisito maggioritario dovrebbe essere inteso nel senso della maggioranza “assoluta” e non “relativa” del raggruppamento, non essendoci alcun riferimento né nell’art. 83 comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016 né nella lex di gara per una tale indicazione di requisito maggioritario.

Il dato testuale sia dell’art. 83 comma 8 del d.lgs. n. 50 del 2016 sia della lex di gara si riferisce al requisito in misura “maggioritaria”, il che, in assenza di ulteriori previsioni, deve essere inteso nel senso letterale di misura “più grande” rispetto agli altri partecipanti al raggruppamento; né si può fare riferimento alle nozioni di “maggioranza”, che riguardano le regole di funzionamento degli organi collegiali.

In ogni caso, la interpretazione letterale dell’art. 83 comma 8 è anche idonea a soddisfare la ratio della norma, di assicurare che l’impresa capogruppo sia il soggetto prevalente nel raggruppamento, in quanto più qualificato e affidatario della parte preponderante dell’appalto al fine di evitare che la mandataria possa assumere, all’interno del raggruppamento, una posizione marginale, che si rifletterebbe poi nell’esecuzione della prestazione ( cfr. sulla ratio della previsione dell’art. 83 comma 8, Consiglio di Stato, Sez. V, 8 febbraio 2017, n. 560; Sez. III, 16 aprile 2018, n. 2257).

Infondato è altresì l’ulteriore motivo di appello relativo alla carenza dei requisiti di capacità economico- finanziaria per la invalidità del contratto di avvalimento stipulato dal rappresentante della Poliedra e della Exitone “con se stesso”.

Secondo l’appellante tale contratto rimarrebbe comunque esposto ad una possibile azione di annullamento, con la conseguenza che la stazione appaltante non avrebbe dovuto considerarlo idoneo all’avvalimento, a pena della violazione dei principi di buon andamento e di efficienza della pubblica amministrazione.

Ritiene il Collegio che tale ricostruzione non possa essere condivisa.

Le stazioni appaltanti, come in genere gli organismi pubblici, sono soggette, se non espressamente previsto da disposizioni legislative speciali, alle norme del codice civile relative alla disciplina dei contratti.

Il contratto stipulato dal rappresentante “con se stesso”, come correttamente rilevato dal giudice di primo grado, pur relativo all’avvalimento, resta disciplinato dal codice civile; in particolare dall’art. 1395 c.c., in base al quale “è annullabile il contratto che rappresentante conclude con se stesso, in proprio o come rappresentante di un'altra parte, a meno che il rappresentato lo abbia autorizzato specificatamente ovvero il contenuto del contratto sia determinato in modo da escludere la possibilità di conflitto d'interessi”.

Inoltre, ai sensi dell’art. 1394 c.c. “il contratto concluso dal rappresentante in conflitto d'interessi col rappresentato può essere annullato su domanda del rappresentato, se il conflitto era conosciuto o riconoscibile dal terzo”.

L’impugnazione può essere proposta soltanto dal rappresentato e, ai sensi della disciplina generale dell’art. 1444, può essere convalidato.

Ne deriva, in primo luogo che, in base alla disciplina generale dei contratti, fino a che non sia esercitata l’azione di annullamento, si tratta di un contratto valido ed efficace, che, quindi, non poteva essere considerato come “inidoneo” all’avvalimento da parte della stazione appaltante.

Inoltre, nel caso di specie, applicando la previsione dell’ultima parte del primo comma dell’art. 1395 c.c., è la stessa natura del contratto di avvalimento, che esclude la sussistenza del conflitto di interessi al momento della sua sottoscrizione.

Infatti, il contratto di avvalimento realizza l’interesse di entrambe le imprese che lo sottoscrivano alla partecipazione alle gare pubbliche. Si tratta quindi di un contratto in cui la posizione delle parti non è confliggente, in posizione di contrasto, ma tesa a realizzare un interesse economico comune ad entrambe.

Tale assetto di interessi posto a base dell’avvalimento risulta anche nello specifico contratto stipulato per la partecipazione alla gara indetta dall’OMISSIS.

Infine, il conflitto di interessi non appare sussistere, anche in relazione all’orientamento della Cassazione per cui il conflitto d'interessi idoneo, ai sensi dell'art. 1394 c.c., a produrre l'annullabilità del contratto, richiede l'accertamento dell'esistenza di un rapporto d'incompatibilità tra gli interessi del rappresentato e quelli del rappresentante, da dimostrare non in modo astratto od ipotetico ma con riferimento al singolo atto o negozio che, per le sue intrinseche caratteristiche, consenta la creazione dell'utile di un soggetto mediante il sacrificio dell'altro (Cass. civ. Sez. II, Sent., 31 gennaio 2017, n. 2529).

L’appello è quindi infondato e deve essere respinto.

In considerazione della particolarità delle questioni, le spese di entrambi i gradi possono essere compensate.

**P.Q.M.**

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

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 14 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Cecilia Altavista, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 16/04/2019
N. 02493/2019REG.PROV.COLL.
N. 01266/2019 REG.RIC.

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

sul ricorso numero di registro generale 1266 del 2019, proposto da
OMISSIS s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS;
contro
OMISSIS s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato OMISSIS;

nei confronti

OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato OMISSIS;
Azienda Regionale Centrale Acquisti - ARCA s.p.a., non costituita in giudizio;
per la riforma
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta) n. 00262/2019, resa tra le parti
Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di OMISSIS s.p.a. e di OMISSIS.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 aprile 2019 il Cons. Ezio Fedullo e uditi per le parti gli Avvocati OMISSIS;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con la sentenza appellata, il T.A.R. Lombardia si è pronunciato sul ricorso proposto, ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a., dalla società OMISSIS s.p.a. avverso la determina ARCA s.p.a. (centrale di committenza della Regione Lombardia) n. 2018.0009312 dell’11 luglio 2018, concernente l’ammissione degli operatori economici partecipanti alla “gara per l’affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali” a favore degli Enti del Servizio Sanitario Regionale della Lombardia, articolata in 9 lotti: ricorso rivolto, in particolare, alla contestazione dell’ammissione alla gara, relativamente ai lotti da 1, 2, 6 e 9, del RTI OMISSIS - OMISSIS s.p.a..

Con la medesima sentenza, il T.A.R. Lombardia si è pronunciato sui motivi aggiunti proposti dalla società ricorrente avverso i verbali n. 5 del 4 ottobre 2018 e n. 6 del 26 ottobre 2018, con i quali la commissione, all’esito del riesame, ha confermato l’ammissione alla gara del RTI controinteressato, nonché sul ricorso incidentale proposto da OMISSIS s.p.a. (mandante del medesimo RTI) avverso il provvedimento impugnato principaliter, nella parte in cui ammetteva OMISSIS s.p.a. al prosieguo della procedura.

Il T.A.R. ha preliminarmente dichiarato l’irricevibilità del ricorso incidentale proposto da OMISSIS s.p.a., sul presupposto che il dies a quo per la proposizione dello stesso, nell’ambito del rito “super-accelerato” di cui al comma 2 bis dell’articolo 120 c.p.a., doveva farsi coincidere con la pubblicazione del provvedimento di ammissione incidentalmente impugnato.

Quanto invece al ricorso principale, il T.A.R. lo ha dichiarato improcedibile, evidenziando che il provvedimento di ammissione alla gara impugnato aveva costituito oggetto del provvedimento di conferma gravato con il ricorso per motivi aggiunti.

Infine, il T.A.R. ha accolto questi ultimi, ravvisando la fondatezza della censura con la quale veniva dedotta l’inesistenza di una autonoma struttura aziendale in capo al Co.Med., distinta da quella delle imprese consorziate, con la conseguente preclusione alla possibilità per lo stesso di qualificarsi come un consorzio stabile e, quindi, di avvalersi dei requisiti di partecipazione delle consorziate secondo il criterio del cd. cumulo alla rinfusa, e di quella con la quale veniva dedotto che, per effetto dell’atto di cessione del ramo di azienda del 29 luglio 2016 a favore di Biomedicale s.r.l., la OMISSIS s.p.a. aveva dismesso anche i requisiti di qualificazione maturati con lo svolgimento delle pregresse commesse.

2. Con l’appello in esame, la OMISSIS s.p.a. contesta la sentenza suindicata, sia relativamente alla statuizione di irricevibilità del ricorso incidentale da essa proposto in primo grado, sia nella parte in cui ha accolto alcuni dei motivi aggiunti articolati dalla originaria ricorrente OMISSIS s.p.a..

Con memoria del 15 marzo 2019, OMISSIS s.p.a. ha anche riproposto, ex art. 101, comma 2, c.p.a., alcuni dei motivi aggiunti proposti in primo e grado ed assorbiti dal T.A.R..

Si è costituito nel giudizio di appello anche il Co.Med, il quale ha criticato la sentenza appellata, in particolare, nella parte in cui ha ravvisato la carenza in capo allo stesso dei requisiti necessari per essere qualificato come “consorzio stabile”, e replicato ai motivi aggiunti riproposti in grado di appello da OMISSIS s.p.a..

In data 29 marzo 2018 OMISSIS s.p.a. ha prodotto la determina ARCA n. 115 del 13.2.2019, con la quale ha disposto di “annullare, relativamente alla procedura denominata “ARCA\_2017\_006 Gara per l’affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature elettromedicali”, l’ammissione alle successive fasi di gara dell’operatore economico OMISSIS e OMISSIS s.p.a. (Raggruppamento temporaneo di imprese costituendo) per tutti i lotti per cui concorre e precisamente i lotti nn. 1, 2, 6 e 9 in quanto lo stesso non risulta soddisfare le caratteristiche di consorzio stabile e non è in possesso del requisito di capacità tecnico finanziaria non avendo fornito evidenza della cessione del ramo di azienda di OMISSIS S.p.A. a Biomedicale s.r.l. e con esso tutte le qualificazioni possedute”.

La società appellata ha altresì prodotto il ricorso ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a. proposto da OMISSIS s.p.a. avverso il provvedimento sopravvenuto suindicato.

3. Ebbene, muovendo da tale ultima sopravvenienza provvedimentale, deve ritenersi che la stessa non sia idonea a determinare, come eccepito da OMISSIS s.p.a., l’improcedibilità dell’appello, non emergendo la sua autonomia motivazionale e dispositiva rispetto alla sentenza appellata, da cui appare anzi, per la perfetta simmetria ravvisabile tra la stessa e la motivazione della medesima sentenza, dipendere geneticamente.

4. Mediante l’atto di appello, la OMISSIS s.p.a. contesta in primo luogo la statuizione di inammissibilità del ricorso incidentale da essa proposto in primo grado, al fine di paralizzare (mediante la sanzione della inammissibilità) il ricorso principale proposto da OMISSIS s.r.l. avverso la sua ammissione alla gara de qua.

Premesso che il T.A.R. ha fatto discendere l’impugnata statuizione di irricevibilità dal mancato rispetto del termine per la proposizione del ricorso incidentale, fissandone la decorrenza in coincidenza con la pubblicazione sul profilo del committente del provvedimento di ammissione della ricorrente principale, ai sensi dell’art. 29 d.lvo n. 50/2016, e che il motivo di appello all’uopo formulato si prefigge di dimostrare che il dies a quo deve essere invece fissato secondo la prescrizione di cui all’art. 42, comma 1, c.p.a., è sufficiente richiamare, al fine di accogliere in parte qua la domanda di riforma della sentenza appellata, l’orientamento di questa Sezione, sintetizzato nella formula motivazionale della sentenza n. 5182 del 10 novembre 2017, secondo cui “deve ritenersi preferibile ricondurre il ricorso incidentale, anche nel contesto del rito disciplinato dall’art. 120, comma 2 bis, c.p.a., al regime decadenziale previsto dall’art. 42, comma 1 c.p.a.”.

Quanto al merito dei motivi dell’originario ricorso incidentale, riproposti con il presente appello principale, viene preliminarmente in rilievo quello inteso a sostenere che OMISSIS s.r.l., nella partecipazione (in forma singola o collettiva) alla gara, avrebbe posto in essere un comportamento elusivo dell’art. 5.2. del disciplinare di gara, laddove stabilisce che “ciascun operatore economico, nel rispetto della forma di partecipazione con cui concorre alla procedura non potrà risultare aggiudicatario per più di quattro lotti”: ciò in quanto essa ha presentato offerta:

- per quattro lotti (1, 2, 3 e 8), in qualità di mandataria nel RTI costituendo con HC Hospital Consulting s.p.a.;

- per altri quattro lotti (5, 6, 7 e 9), come mandante in RTI con la medesima HC;

- per il restante lotto (4) - unico al quale non hanno partecipato i citati RTI con HC – a titolo individuale.

In via subordinata, l’appellante deduce che la predetta clausola della lex specialis sarebbe illegittima ove dovesse essere interpretata nel senso di consentire comunque l’aggiudicazione di più di quattro lotti ad un medesimo soggetto, seppur partecipante alla procedura in “forme diverse”, ponendosi in contrasto con l’art. 51 d.lvo n. 50/2016, a mente del quale sono ammesse clausole aventi un simile contenuto allo specifico fine di limitare il numero di lotti aggiudicabili ad un singolo concorrente.

I motivi non sono meritevoli di accoglimento.

La disposizione della lex specialis di cui la parte appellante assume la violazione coincide con l’art. 5.2 del disciplinare di gara, rubricato (non a caso) “vincolo di aggiudicazione”, a mente del quale “ciascun operatore economico, nel rispetto della forma di partecipazione con cui concorre alla procura non potrà risultare aggiudicatario per più di 4 lotti della procedura stessa e l’ordine dei lotti per i quali potrà risultare aggiudicatario sarà definito sulla base del valore decrescente stimato per ciascuno dei lotti della procedura”.

E’ quindi evidente, dal tenore testuale della disposizione, che essa attiene alla fase dell’aggiudicazione, dettando un criterio regolatore in base al quale ciascun operatore non potrà rendersi aggiudicatario di più di quattro lotti: pertanto, l’eventuale violazione della citata disposizione potrà essere dedotta (non mediante la speciale impugnativa ex art. 120, comma 2 bis, c.p.a., ma) in sede di contestazione del provvedimento di aggiudicazione, ove (ritenuto) confliggente con la citata disposizione.

Tale conclusione trova conferma nel fatto che l’art. 2.5 del disciplinare di gara, concernente la “partecipazione a più lotti”, non contiene al riguardo alcuna disposizione limitativa.

Né potrebbe sostenersi che la strutturazione delle plurime forme partecipative adottate da OMISSIS s.r.l., precostituendo i presupposti per l’elusione (in fase di aggiudicazione) della citata disposizione, integri una illegittimità riverberante i suoi effetti invalidanti già sul provvedimento di ammissione della stessa alla gara: ribadito infatti che la disciplina di gara non fissa alcun limite numerico ai lotti per la cui aggiudicazione è possibile partecipare alla gara, ne consegue che l’eventuale ricorso a forme partecipative (sostanzialmente) ripetitive non potrebbe essere sanzionata in sede di ammissione, restando rimessa alla stazione appaltante, nella fase di aggiudicazione, verificare la loro compatibilità con il “vincolo di aggiudicazione” di cui all’art. 5.2 del disciplinare di gara.

Ugualmente infondata è la censura (subordinata) intesa a sostenere l’illegittimità della clausola citata, ove intesa nel senso di consentire l’aggiudicazione di più di quattro lotti allo stesso soggetto, seppur partecipante nella descritte “forme diverse”.

Se da un lato, infatti, la violazione prospettata attiene (anch’essa) astrattamente alla fase dell’aggiudicazione (sì che la sua eventuale illegittimità non potrebbe essere dedotta in sede di sindacato concernenti gli atti di ammissione), dall’altro lato, secondo la stessa prospettazione attorea, la norma invocata (art. 51 d.lvo n. 50/2016) “consente” - ergo, non impone - l’introduzione di limiti al numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente: facoltà di cui la stazione appaltante risulta essersi appunto avvalsa introducendo la clausola suindicata.

Con ulteriore motivo dell’originario ricorso incidentale, riproposto con il presente appello principale, viene dedotto che OMISSIS s.p.a. ha altresì partecipato a titolo individuale al lotto 4, unico nel quale gli RTI incrociati con HC non hanno presentato offerta: ebbene, poiché tanto sarebbe stato possibile solo in quanto la stessa era certa dell’astensione dei suddetti RTI dalla partecipazione ai fini dell’aggiudicazione del suddetto lotto, viene allegato che essa ha beneficiato di un “indebito flusso informativo”, che le avrebbe consentito di “disporre di notizie certe circa la partecipazione di altri concorrenti ancora prima che fosse scaduto il termine di presentazione delle offerte”, in contrasto con il principio desumibile dall’art. 53 d.lgs. 50/2016, laddove vieta l’accesso all’elenco dei partecipanti fino alla scadenza del termine di presentazione delle offerte.

Neanche tale motivo è meritevole di accoglimento.

Deve infatti osservarsi che l’acquisizione di notizie concernenti la partecipazione dei RTI di cui fa parte l’impresa asseritamente beneficiaria dell’“indebito flusso informativo” costituisce il fisiologico o, quantomeno, inevitabile corollario del ricorso alla suddetta forma partecipativa, che implica necessariamente il concordamento della strategia partecipativa (in forma collettiva o individuale) in relazione ai diversi lotti in cui si articola la gara: ciò senza che tale modus operandi possa ritenersi vietato da disposizioni di legge - come quella (art. 53, comma 2, lett. a) d.lvo n. 50/2016) invocata dalla parte appellante, che nelle procedure aperte differisce l’accesso, in relazione all’elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime - aventi un contenuto tipico e volte a disciplinare specifici istituti.

La rilevata infondatezza del ricorso incidentale, riproposto con l’appello in esame, consente di prescindere dall’eccezione di improcedibilità dello stesso formulata dalla parte appellata.

5. Devono adesso esaminarsi i motivi dell’appello intesi a contestare la sentenza appellata laddove ha accolto due dei motivi aggiunti (al ricorso originario di OMISSIS s.p.a.) rivolti avverso l’ammissione alla gara del RTI OMISSIS - Zephyiro s.p.a., a cominciare da quello inteso a contestare l’intervenuta cessione del ramo d’azienda da parte della mandante OMISSIS s.p.a..

Il T.A.R., premesso che “la cessione del ramo d’azienda non determina automaticamente la perdita dei requisiti di qualificazione, dovendosi di contro effettuare una verifica in concreto caso per caso” (secondo l’insegnamento di Ad. pl. n. 3/2017), ha evidenziato che l’atto pubblico del 29 luglio 2016, con il quale la OMISSIS s.p.a. ha conferito alla società Biomedicale s.r.l. «il ramo d’azienda di sua titolarità composto dal complesso di beni e rapporti giuridici organizzati per l’esercizio delle attività nel settore delle prestazione e fornitura di servizi di ingegneria biomedicale da intendersi come la manutenzione (ivi inclusa la manutenzione correttiva, preventiva e straordinaria) di apparecchiature biomedicali, la verifica della sicurezza dei dispositivi pianificati e postriparazione, l’inventario delle apparecchiature e la gestione di attrezzature biomedicali (ivi inclusa la gestione informatizzata del parco apparecchiature) a favore di strutture sanitarie, di ricovero e non, sia pubbliche che private», utilizza una “dizione omnicomprensiva così da avvalorare la conclusione che la cessione del ramo d’azienda si estenda ai requisiti di qualificazione maturati con lo svolgimento delle pregresse commesse”.

Alla suddetta conclusione il giudice di primo grado è pervenuto anche sul rilievo che OMISSIS s.p.a., “che in quanto parte del contratto ha la piena disponibilità dell’elemento di prova, ha liberamente scelto di depositare in giudizio una copia omissata della relazione di stima - presuntivamente nella sua disponibilità nella forma integrale - allegata al suddetto atto di conferimento (vedi documento depositato in data 13.11.2018), con la conseguenza che il documento non consente di escludere dal trasferimento i beni che espressamente non compaiono nelle parti non omissate”, non assumendo rilievo decisivo “la circostanza che, successivamente al conferimento del ramo d’azienda, la OMISSIS S.p.A. abbia svolto in proroga un contratto analogo per una struttura sanitaria pubblica di altra Regione, posto che non vi è prova né che in quel caso la stazione appaltante abbia verificato la permanenza dei requisiti di qualificazione ai fini della proroga, né che l’appaltatrice fosse qualificata in proprio”.

Deduce in senso contrario la parte appellante che l’unico requisito di qualificazione richiesto dal disciplinare di gara per le mandanti di RTI (quale essa è) era quello di aver eseguito nel periodo di riferimento almeno un contratto relativo all’oggetto dell’appalto: ebbene, essa ha dimostrato di possedere il suddetto (unico) requisito di qualificazione all’uopo producendo: 1) il certificato di buona esecuzione rilasciatole dall’ASL di Torino per un contratto avente l’identico oggetto nel triennio di riferimento; 2) la relazione di stima allegata al verbale di assemblea con contestuale trasferimento in natura n. 2180 di rep. e 1164 di racc. del 29 luglio 2016.

Aggiunge che la suddetta relazione di stima riporta, nella parte non oscurata, che il ramo di azienda oggetto di cessione comprende “una serie di contratti di appalto/prestazioni di servizio sottoscritti dalla Conferente con importanti strutture sanitarie e aziende ospedaliere italiane aventi ad oggetto, tra le altre, la prestazione di servizi integrati per la gestione e la manutenzione di tipo full risk di apparecchiature elettromedicali e biomedicali (…)”, a tal fine rimandando all’allegato 3 alla relazione medesima, integralmente prodotto, il quale consiste di una tabella in cui vengono elencati tutti i contratti che fanno parte del ramo d’azienda ceduto, alla quale è estraneo il predetto contratto con la ASL Torino.

Precisa altresì la parte appellante che la produzione in giudizio di una copia con omissis – peraltro non interessanti le parti rilevanti ai fini del decidere – è discesa dal vincolo imposto con la clausola di riservatezza inserita nel contratto di cessione, tanto che aveva chiesto espressamente al Tribunale, ove avesse ritenuto necessario disporre del testo integrale di detta copia, di ordinarne l’esibizione, così liberandola dal suddetto obbligo contrattuale.

Il motivo di appello è meritevole di accoglimento.

Deve premettersi il carattere incontestato della deduzione di parte appellante, intesa ad evidenziare che l’unico requisito di qualificazione – di cui verificare la permanenza in capo alla mandante OMISSIS s.p.a., nonostante la cessione del ramo di azienda effettuata in data 29 luglio 2016 in favore di Biomedicale s.r.l. – attiene alla capacità tecnica e professionale e consiste nella esecuzione, negli ultimi tre esercizi sociali (2016/2015/2014), di almeno un contratto relativo all’oggetto dell’appalto (cfr. pag. 18 del disciplinare di gara).

E’ altresì incontestato che la mandante OMISSIS s.p.a. ha inteso dimostrare il possesso del suddetto requisito mediante la produzione del certificato di esecuzione relativo al contratto di appalto stipulato con la ASL Torino e relativo al periodo suindicato (cfr., sul punto, la dichiarazione di partecipazione alla gara di OMISSIS s.p.a.).

Ebbene, l’atto di cessione del 29 luglio 2016 rimanda, ai fini della definizione del suo oggetto (anche quanto ai rapporti contrattuali in corso), alla relazione di stima di cui all’allegato “B” dello stesso.

La necessità di avere riguardo a tale documento, in ordine alla delimitazione dell’oggetto del conferimento, si evince vieppiù dalla clausola di chiusura secondo cui “è escluso dal presente conferimento tutto ciò che non è espressamente menzionato nella relazione di stima”.

La relazione di stima rimanda a sua volta, sotto il profilo in esame, all’allegato 3, recante l’elencazione dei contratti trasferiti, tra i quali non figura quello suindicato: ciò che è sufficiente ad escludere che la cessione abbia comportato la perdita, in capo alla cedente, del suddetto requisito di qualificazione.

Né la presenza degli omissis nell’atto di cessione e nella relazione di stima poteva indurre a dubitare della permanenza in capo alla appellante del suindicato requisito di qualificazione (dubbi che peraltro avrebbero dovuto indurre il Tribunale, al fine di verificare funditus la censura di parte ricorrente, a disporre i pertinenti incombenti istruttori), atteso che la correlazione tra le parti rilevanti degli atti menzionati, quale dianzi operata, e l’assenza di omissis nella tabella di cui all’allegato 3 della relazione di stima, consentiva di pervenire con sufficiente univocità alla conclusione della permanenza in capo alla conferente del rapporto contrattuale de quo, rilevante ai fini della partecipazione della mandante alla gara.

Non persuasive, in proposito, risultano le deduzioni formulate dalla parte appellata con successiva memoria, intese ad evidenziare che, dalla lettura dell’atto rep. n. 2180 del 29 luglio 2016, si evincerebbe che OMISSIS s.p.a. ha conferito a Biomedicale s.r.l. il ramo d’azienda di sua titolarità composto dal complesso dei beni e rapporti giuridici organizzati per l’esercizio dell’attività nel settore della prestazione e fornitura di servizi di ingegneria biomedicale, con la conseguente acquisizione da parte della seconda di tutte le qualificazioni necessarie ad esercitare l’attività propria del ramo medesimo: ciò sul rilievo che il fatturato specifico, quale requisito di capacità economica e finanziaria, rileva quale espressione della capacità dell’imprenditore di operare nel settore grazie alle risorse, materiali ed immateriali, che compongono il ramo d’azienda, non potendo invece considerarsi un mero valore cartolare ed astratto.

Prosegue la parte appellata osservando che OMISSIS s.p.a., una volta spogliatasi del suddetto ramo di azienda, non potrebbe ritenersi qualificata in termini di capacità economica e finanziaria solo perché avrebbe mantenuto la titolarità di un contratto, una volta che tutte le risorse, materiali ed immateriali, che hanno contribuito a generare il fatturato sono state trasferite alla avente causa Biomedicale s.r.l., a meno di non ritenere ammissibile la duplicazione di capacità e qualificazioni.

Deve osservarsi, in senso contrario, che non è affatto dimostrato che il conferimento abbia rivestito carattere assorbente rispetto alla complessiva capacità produttiva della società conferente nello specifico settore cui inerisce il ramo ceduto: la già evidenziata connessione tra l’atto di cessione e la relazione di stima ad esso allegata – assumendo quest’ultima il ruolo di delimitare la portata effettuale del primo – induce invero ad escludere, prima facie, il carattere assoluto dell’effetto dispositivo da quello nascente.

In ogni caso, il possesso dei requisiti di capacità deve essere accertato alla stregua delle prescrizioni dettate al riguardo dalla disciplina di gara: ebbene, poiché questo fissa la suddetta capacità con riferimento all’esecuzione di un contratto analogo nel triennio 2014/2016, e la cessione del ramo di azienda si è perfezionata (ed ha acquisito efficacia) solo in data 29 luglio 2016, deve revocarsi in dubbio il rapporto di stretta consequenzialità, invocato dalla parte appellata, tra la dismissione del ramo d’azienda e la perdita, da parte dell’impresa cedente, della capacità tecnica che essa, svolgendo il suddetto contratto, ha maturato nel settore oggetto di gara, così come definita dalla lex specialis.

Né potrebbe sostenersi che la suddetta dismissione rileverebbe comunque per il futuro, denotando la carenza in capo a OMISSIS s.p.a. della capacità tecnica e professionale necessaria all’esecuzione dell’appalto: deve infatti osservarsi che, una volta comprovato il possesso della suddetta capacità, nei termini dimostrativi prefigurati dalla lex specialis, non è precluso all'impresa concorrente, nell’ipotesi di aggiudicazione, ricostituire quella (ipoteticamente, ma comunque non definitivamente, perduta) capacità, mediante l’acquisizione dei mezzi e del personale all’uopo necessari.

Assume ancora la parte appellata, con la memoria del 4 aprile 2019, che, ai sensi dell’art. 2557 c.c. (rubricato “divieto di concorrenza”), chi aliena l’azienda o il ramo d’azienda, anche a titolo di conferimento al capitale di altra società (come nella specie), non può, per un periodo di cinque anni, svolgere l’attività già svolta attraverso il ramo d’azienda alienato.

Il rilievo (oltre che inammissibile, non essendo stato ritualmente riproposto ex art. 101, comma 2, c.p.a.) non è condivisibile, in primo luogo, perché il vincolo de quo riveste efficacia meramente obbligatoria (nell’ambito dei rapporti tra l’impresa cedente e quella cessionaria), in secondo luogo, in quanto proprio il già evidenziato carattere parziale della cessione, con particolare riguardo ai rapporti contrattuali trasferiti, sottende la rinuncia della parte cessionaria all’effetto restrittivo della concorrenza, discendente dalla previsione menzionata.

Deduce altresì la parte appellata, nella medesima sede difensiva, che la cessionaria Biomedicale s.r.l., mediante l’atto di fusione del 9 ottobre 2017, è stata poi incorporata in Higea s.p.a. (ora Althea Italia s.p.a.), la quale è anch’essa un’impresa concorrente alla gara di cui trattasi, con il paradossale risultato per cui sia la conferente che la conferitaria del ramo d’azienda in questione partecipano in concorrenza alla stessa gara, avvalendosi di qualificazioni attinenti al medesimo ramo d’azienda, in palese violazione del principio di personalità dei requisiti di partecipazione alla gara.

Nemmeno tale deduzione (a prescindere dalla sua inammissibilità, risultando estranea al contenuto delle doglianze originariamente formulate) è meritevole di positiva valutazione, ove si consideri che il requisito di qualificazione, rilevante ai fini della partecipazione alla gara de qua, non è costituito dal “ramo di azienda”, ma dalla esecuzione, nel triennio di riferimento, di un rapporto contrattuale “analogo”: rapporto contrattuale che, relativamente al suddetto periodo, coincide con la titolarità in capo alla OMISSIS s.p.a. del ramo di azienda atto a generarlo.

Deduce infine la parte appellata che il contratto da quella dichiarato ai fini partecipativi riguarda un appalto con scadenza naturale al 31 dicembre 2013, per cui nel triennio rilevante essa ha eseguito la commessa in proroga.

La deduzione (anch’essa inammissibile, siccome estranea al contenuto del ricorso originario) non è condivisibile, non giustificandosi, anche alla stregua della disciplina di gara, alcuna differenziazione tra rapporti contrattuali eseguiti antecedentemente alla loro scadenza naturale e rapporti contrattuali eseguiti in proroga.

6. Con ulteriore motivo di appello, la OMISSIS s.p.a. contesta la sentenza appellata nella parte in cui ha accolto l’ulteriore motivo aggiunto della originaria ricorrente, inteso a sostenere che il Co.Med., che si era auto-qualificato come consorzio stabile, tale non era, in quanto: 1) era privo della denominazione di consorzio stabile; 2) era carente di un’autonoma struttura di impresa; 3) condivideva con le singole consorziate sia gli organi di rappresentanza, sia la sede sociale; 4) non risultavano le deliberazioni delle singole consorziate volte alla costituzione del suddetto consorzio stabile.

Il T.A.R. in particolare, premesso che, ai sensi dell’art. 45, comma 2, lettera c), d.lvo n. 50/2016, i consorzi stabili sono «formati da non meno di tre consorziati che, con decisione assunta dai rispettivi organi deliberativi, abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni, istituendo a tal fine una comune struttura di impresa», e che, secondo la giurisprudenza, elemento essenziale e qualificante del consorzio stabile è «l’astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un’autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l’ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto (ferma restando la facoltà per il consorzio, che abbia tale struttura, di eseguire le prestazioni, nei limiti consentiti, attraverso le consorziate)», ha rilevato che “dalla documentazione in atti non emerge affatto l’esistenza di un’autonoma struttura aziendale in capo al Co.Med., distinta da quella delle imprese consorziate”.

Al fine di pervenire a tale conclusione, il T.A.R. ha posto l’accento sui seguenti elementi:

- lo statuto consortile, oltre a non riportare la denominazione “consorzio stabile” (articolo 1), indica quale oggetto sociale – tra gli altri – l’assunzione di lavori e ordinativi da ripartire tra i consorziati (articolo 2). A sua volta, la visura camerale conferma che l’attività prevalente del Co.Med. è il «reperimento di lavoro per le imprese consorziate che operano nel settore ospedaliero», e non anche lo svolgimento in proprio di quel lavoro;

- lo stesso Co.Med. ha ammesso di non avere dipendenti propri e che i dipendenti che svolgono le prestazioni contrattuali sono quelli delle consorziate: ebbene, “non può certo qualificarsi come stabile un consorzio che si avvale esclusivamente delle strutture e del personale delle singole consorziate”;

- “non sono emersi in giudizio elementi che attestino la presenza di un idoneo patrimonio (oltre all’esiguo fondo consortile) per l’esercizio dell’attività d’impresa. Così come non sono state prodotte le delibere delle imprese consorziate volte alla costituzione di un consorzio avente il carattere di consorzio stabile”.

Quindi, ad avviso del T.A.R., “non avendo Co.Med. dimostrato, almeno nella presente controversia, di essere un consorzio stabile, non può avvalersi dei requisiti di partecipazione delle consorziate (criterio del cumulo alla rinfusa, su cui v., da ultimo, C.d.S., Sez. V, sentenza n. 5057/2018), e, dunque, non è qualificato per svolgere l’appalto”.

Mediante i corrispondenti motivi di appello, la OMISSIS s.p.a. osserva, in senso critico, che:

- irrilevanti sono i profili formali indicati dalla sentenza appellata, in quanto questa Sezione, con la sentenza n. 4983 del 20 agosto 2018, ha chiarito che la mancata indicazione formale di consorzio stabile non impedisce al soggetto di possedere sostanzialmente quest’ultima qualità, l’autonoma struttura di impresa può anche prescindere da una formale costituzione né è necessario che debba essere recepita in uno specifico atto la volontà delle consorziate di operare in modo congiunto;

- la sentenza non ha considerato le molteplici disposizioni statutarie che dimostrano la natura sostanziale di consorzio stabile rivestita da Co.Med.. In particolare, dall’atto costitutivo si evince che: il consorzio, costituito nel 2011 da 4 soci, opera “con lo scopo di ridurre i costi di esercizio delle imprese consorziate e di rafforzare la loro capacità contrattuale con la possibilità di presentarsi alla committenza e ai fornitori come organizzazione unitaria” (art. 2); l’atto suindicato non indica affatto il solo generico reperimento di lavoro, ma anche la partecipazione alle procedure di aggiudicazione di appalti e concessioni (art. 2); la durata del consorzio è stabilita in ben venticinque anni (art. 3); alle consorziate è vietato intraprendere autonomamente “iniziative dirette con i committenti o i concedenti del consorzio” (art. 5); “è compito del Consorzio, con l’ausilio della propria struttura organizzativa o di quella eventuale dei consorziati, provvedere per conto e nell’interesse dei consorziati stessi al compimento di tutto quanto necessario per l’esecuzione dei lavori assunti e per il raggiungimento dell’oggetto consortile” (art. 9); il Consorzio è dotato di propri organi (art. 10 e ss.).

Osserva altresì la parte appellante, quanto al riferimento all’assenza di dipendenti in capo a Co.Med. contenuto nella sentenza appellata, che secondo la stessa giurisprudenza del Consiglio di Stato da essa richiamata, il consorzio stabile può eseguire anche in proprio le prestazioni contrattuali, con la conseguenza che il consorzio medesimo ben può utilizzare beni e personale delle consorziate.

Infine, evidenzia la parte appellante che Co.Med. (come si legge nella relativa domanda di partecipazione) dispone di requisiti economici e tecnici in proprio, così ulteriormente avvalorando la gestione imprenditoriale autonoma.

L’appello, anche per il capo in questione della sentenza appellata, è meritevole di accoglimento.

Deve preliminarmente osservarsi che, sulla scorta dell’orientamento giurisprudenziale prevalente, la natura del soggetto imprenditoriale – in relazione alla questione della sua qualificabilità come “consorzio stabile” – deve essere accertata sulla scorta di una ricostruzione sostanzialistica dei suoi tratti identificativi, così come delineati dall’art. 45, comma 2, lettera c), D.Lgs. n. 50/2016: consegue, già da tale rilievo, l’irrilevanza, ai fini del decidere, della assenza nell’atto costitutivo del Co.Med., di espresse indicazioni nominalistiche della sua natura così come di formali manifestazioni di volontà delle imprese consorziate dirette alla costituzione di un consorzio stabile (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5152 del 6 dicembre 2016: “quanto all’essenza dell’istituzione di una comune struttura d’impresa va ricordato che per pacifico orientamento della giurisprudenza tale aspetto non comporta, l’uso del verbo "istituire" in luogo di "costituire" ne è la significativa riprova, "un’autonoma struttura d’impresa né che la decisione delle imprese di operare in modo congiunto debba essere formalizzata in un apposito atto" (Cons. Stato V,15 ottobre 2010, n. 7524). Quel che conta invero, è la possibilità di " individuare l’avvenuta creazione di un complesso strutturale ed organizzativo compatibile con il modello giuridico-formale di riferimento").

Tanto premesso, non vi è dubbio che, analizzando il contenuto dell’atto costitutivo del Co.Med., esso rechi la definizione di un modello organizzativo del tutto coerente con lo schema normativo di riferimento, ricorrendo di quest’ultimo: 1) il requisito numerico (“formati da non meno di tre consorziati”), partecipando al Co.Med. 4 imprese; 2) temporale (“per un periodo di tempo non inferiore a cinque anni”), essendo stabilita dall’atto costitutivo la durata di 25 anni; 3) teleologico (“abbiano stabilito di operare in modo congiunto nel settore dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”); e 4) strutturale (“istituendo a tal fine una comune struttura di impresa”).

Quanto in particolare ai requisiti sub 3) e 4), deve osservarsi che, alla stregua dell’art. 2 dell’atto costitutivo, il Co.Med. persegue “lo scopo di ridurre i costi di esercizio delle imprese consorziate e di rafforzare la loro capacità contrattuale con la possibilità di presentarsi alla committenza e ai fornitori come organizzazione unitaria”, avendo come oggetto, tra l’altro, la “partecipazione alle procedure di aggiudicazione di gare di appalto nazionali ed internazionali”, mentre, in base all’art. 9, “è compito del Consorzio, con l’ausilio della propria struttura organizzativa o di quella eventuale dei consorziati, provvedere per conto e nell’interesse dei consorziati stessi al compimento di tutto quanto necessario per l’esecuzione dei lavori assunti e per il raggiungimento dell’oggetto consortile” (art. 9).

Dalle citate disposizioni si evince quindi la finalizzazione del Co.Med. a partecipare in proprio alle procedure di affidamento e realizzare le relative attività preparatorie (in particolare di carattere progettuale) ed esecutive.

Quanto poi all’elemento strutturale, è sufficiente osservare che, ai sensi dell’art. 7 dell’atto costitutivo, le imprese consorziate si obbligano a “mettere a disposizione del consorzio, sempre pro quota e secondo le direttive del Consiglio, le risorse di qualsivoglia natura ivi compreso il personale, i materiali, i macchinari e le attrezzature occorrenti per l’esecuzione dei lavori assunti nonché i mezzi finanziari necessari ed utili alla loro corretta esecuzione”: è quindi evidente che la struttura organizzativa consacrata dall’atto costitutivo sia corredata degli strumenti e delle garanzie funzionali a dotare il consorzio, unitariamente e distintamente (rispetto alle imprese consorziate) considerato, dei mezzi necessari alla sua autonoma operatività imprenditoriale.

Le conclusioni esposte non si pongono in contrasto con le acquisizioni giurisprudenziali richiamate dalla parte appellata, con particolare riguardo all’orientamento secondo cui “elemento essenziale per attribuire al consorzio la qualifica di consorzio stabile il c.d. elemento teleologico, ossia l’astratta idoneità del consorzio, esplicitamente consacrata nello statuto consortile, di operare con un’autonoma struttura di impresa, capace di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l’ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto” (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 23 agosto 2018, n. 5036, nonché, più recentemente e di questa stessa Sezione, 4 febbraio 2019, n. 865).

Deve infatti osservarsi che, anche alla luce della giurisprudenza citata, rilievo discriminante, ai fini della riconoscibilità di un “consorzio stabile”, deve attribuirsi alla sussistenza di un “complesso dei beni organizzati dall’imprenditore per l’esercizio dell’impresa”, secondo la nozione civilistica di “azienda”.

Ebbene, è un dato acquisito, sul piano interpretativo, che ciò che connota l’impresa non è la disponibilità materiale dei mezzi e delle attrezzature necessarie allo svolgimento dell’attività produttiva, quanto piuttosto la disponibilità giuridica degli stessi, intesa come un complesso di rapporti giuridici che consentono all’imprenditore di disporre dei mezzi necessari all’esercizio dell’impresa, nonché la capacità dell’imprenditore medesimo di organizzarli in modo da asservirli ad una nuova funzione produttiva, diversa da quella delle imprese da cui quei mezzi siano eventualmente “prestati”: capacità che viene meno – a leggere attentamente la citata giurisprudenza – quando il consorzio operi avvalendosi della struttura imprenditoriale tout court delle imprese consorziate, replicandone la funzione produttiva, ma non quando esso attinga al patrimonio di queste ultime ai fini della costituzione di un nuovo assetto produttivo, di cui esso abbia la diretta responsabilità organizzativa.

Infine, l’esistenza di una “autonoma struttura di impresa”, nel senso chiarito, non può ritenersi esclusa dal fatto, dedotto dalla parte appellata, che i componenti del Consiglio di Direttivo del Co.Med. sono contemporaneamente soci e/o amministratori delle singole imprese consorziate TEA s.r.l., Sorat Rappresentanze s.r.l., RHA Vision s.r.l. e SISTEA società cooperativa, ovvero dal fatto che il consorzio e le singole consorziate hanno tutte la sede legale e operativa in Fragagnano (TA), Via per Torricella Zona Pip Lotto 22, ovvero ancora dal fatto che i dipendenti dichiarati in proprio dalla Co.Med. (40 unità), in realtà, corrispondono alla somma dei dipendenti di ogni singola impresa consorziata.

Quanto alla composizione del Consiglio Direttivo del consorzio, invero, il fatto che i suoi singoli componenti siano contestualmente soci e/o amministratori delle imprese consorziate non elide l’autonomia organizzativa del consorzio: anzi, proprio il concorso dei soggetti suindicati alla composizione di un nuovo organismo decisionale dimostra la diversità organica del consorzio rispetto alle imprese consorziate.

Quanto poi alla comunanza della sede, essa è indice semplicemente di una scelta organizzativa improntata al migliore impiego delle risorse.

Il fatto, invece, che i dipendenti dichiarati dal consorzio corrispondano a quelli delle imprese consorziate si correla al già evidenziato obbligo di queste ultime di concorrere alla dotazione delle risorse consortili necessarie allo svolgimento dei suoi compiti.

Allega ancora la parte appellata che, come si evince dalla dichiarazione di partecipazione presentata dallo stesso consorzio e dalle singole imprese consorziate, tutti i contratti citati da Co.Med. risultano, in realtà, effettivamente eseguiti soltanto con l’ausilio delle singole consorziate, le quali – a loro volta – hanno fatto valere le stesse commesse quale proprio requisito di fatturato specifico: invero, T.E.A. s.r.l., Sorat Rappresentanze s.r.l., RHA VISION s.r.l. e SISTEA società cooperativa hanno stipulato con Co.Med., per ognuno dei quattro contratti che lo stesso ha dichiarato di aver eseguito in proprio, singoli contratti di subappalto di importi che, sommati, corrispondono sostanzialmente alla cifra complessiva dichiarata dal consorzio quale proprio fatturato specifico, con la conseguenza che Co.Med. non ha eseguito in proprio alcuna commessa, essendo stati tutti i contratti, dichiarati come imputabili direttamente al consorzio ai fini della partecipazione all’appalto di cui trattasi, eseguiti in realtà dalle singole consorziate tramite una serie di contratti di subappalto.

Nemmeno tale deduzione è meritevole di accoglimento.

Basti osservare che il fatturato complessivo, imputabile direttamente al consorzio sulla base della dichiarazione di partecipazione, è pari ad € 2.836.867, mentre quello di carattere specifico, che la parte appellata deduce corrispondere al fatturato delle imprese consorziate, assomma all’importo (inferiore) di € 2.147.378: ciò che dimostra a sufficienza l’autonoma operatività del consorzio rispetto alle imprese consorziate.

7. Devono adesso esaminarsi i motivi, formulati con il ricorso introduttivo del giudizio (recte, i successivi motivi aggiunti, attesa l’incontestata improcedibilità del primo), dichiarati assorbiti dal T.A.R. e riproposti da OMISSIS s.p.a., ex art. 101, comma 2, c.p.a., con memoria del 15 marzo 2019.

Con il primo di essi, la parte appellata deduce che la commissione di gara, a seguito del ricorso introduttivo del giudizio, preso atto della incongruenza in ordine alla ottemperanza alla legge n. 68/1999 tra le dichiarazioni presentate da TEA s.r.l. (consorziata Co.Med.) nel modello di dichiarazione e nella DGUE, in luogo di escludere il concorrente sulla scorta della presentazione di una dichiarazione mendace, ha illegittimamente attivato il soccorso istruttorio, a seguito del quale il concorrente ha trasmesso la dichiarazione di TEA s.r.l. con la quale la stessa ha dichiarato di avere un numero di dipendenti, cumulabile ai sensi dell’art. 4 della legge n. 68/1999, pari a 24 unità iscritti al libro unico del lavoro e di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili di cui alla legge citata, rappresentando che per mero errore, nella dichiarazione di partecipazione, aveva posto la spunta in corrispondenza della dichiarazione di non essere assoggettata a tali norme.

Sotto altro profilo, la parte resistente all’appello deduce che il seggio di gara ha omesso di considerare che il vizio lamentato in ricorso riguardava altresì la dichiarazione carente e mendace rilasciata dallo stesso consorzio Co.Med. sul rispetto della normativa sul diritto al lavoro dei disabili: ciò perché esso aveva dichiarato di avere un numero di dipendenti pari a 40 unità, numero in realtà corrispondente alla somma dei dipendenti delle singole imprese consorziate, mentre non possedeva alcun dipendente.

Deduce inoltre che, in relazione agli obblighi nascenti dalla l. n. 68/1999, Co.Med. si era limitato a rimandare “a quanto dichiarato dalle imprese consorziate”: ebbene, deduce la parte appellata che tale richiamo equivarrebbe ad un’omessa dichiarazione circa il possesso del citato requisito, giacché il consorzio avrebbe dovuto rilasciare al riguardo una specifica dichiarazione in relazione ai propri dipendenti, avendo dichiarato di averne 40.

Del resto, aggiunge la parte appellata, trattandosi di requisito di ordine generale, Co.Med. non poteva affatto avvalersi del c.d. “cumulo alla rinfusa”, tipico dei consorzi stabili, ed evidenzia che l’art. 80, comma 5, lett. i) d.lvo n. 50/2016 include tra i motivi di esclusione l’ipotesi in cui “l’operatore economico non presenti la certificazione di cui all’art. 17 della l. 12 marzo 1999 n. 68 ovvero non autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito”.

Conclude osservando che il ricorso al soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, d.lvo n. 50/2016 è ammissibile solo in ipotesi di regolarizzazione di documentazione di gara incompleta e non certo in ipotesi, come quella in esame, di carente e/o omessa dichiarazione, oltre che di inadempienza agli obblighi di legge in merito alla assunzione dei disabili e, quindi, di insussistenza del requisito morale ex art. 80 d.lvo n. 50/2016 in capo al Co.Med. ed alla sua consorziata.

Il motivo, nella sua complessa articolazione, non è meritevole di accoglimento.

In primo luogo, quanto alla incongruenza ravvisabile tra le dichiarazioni presentate da TEA s.r.l. (consorziata Co.Med.) nel modello di dichiarazione di partecipazione, nel senso di non essere assoggettata all’applicazione delle norme a tutela del diritto al lavoro dei disabili, e nella DGUE, nel senso di essere in regola con le relative disposizioni, la stazione appaltante ha correttamente attivato il soccorso istruttorio: come statuito dalla giurisprudenza, infatti (cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3361 del 3 luglio 2014), “la conseguente esclusione dalla gara deve essere di certo disposta quando la dichiarazione manchi ma non anche se, essendo stata resa, appaia di tenore equivoco o contraddittorio inducendo soltanto margini di dubbio sull'effettiva volontà del dichiarante, dovendosi ricorrere in tal caso all’applicazione dell’art. 46, comma 1, del codice (Sez. III, 9 maggio 2014, n. 2376), a meno che la contraddittorietà della dichiarazione sia tale da farla risultare come inesistente, con esclusione del potere di chiedere chiarimenti o integrazioni (Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2385; Sez. V, 24 marzo 2011, n. 1792)”.

In ogni caso, nel mutato (rispetto a quello vigente all’epoca di formazione della menzionata giurisprudenza) contesto normativo, caratterizzato dall’ampliamento delle ipotesi di carenza documentale regolarizzabili (inclusive della mancata presentazione di dichiarazioni essenziali), la carenza della citata dichiarazione, ove si ritenga conseguente alla contraddittorietà delle dichiarazioni fornite dall’impresa nei citati contesti documentali, non avrebbe potuto condurre all’esclusione della stessa, ma all’attivazione, di fatto avvenuta, del meccanismo di soccorso istruttorio (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3674 del 25 luglio 2017:”da un lato, la legge n. 68/1999, all’art. 17, prevede che le imprese partecipanti a gare indette da pubbliche amministrazioni sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, nonché apposita certificazione rilasciata dagli uffici competenti dalla quale risulti l’ottemperanza alle norme della presente legge, pena l’esclusione", mentre, dall’altro, lo stesso art. 38, lettera l, del D.LGS. n. 163/2006 sanziona con l’esclusione la concorrente, che non abbia presentato la certificazione di cui all’art. 17 legge n. 68/1999, n. 68. Quindi, pur se la legge di gara non comminava espressamente l’esclusione in caso di mancanza di tale documentazione, tuttavia il contenuto della lex specialis (bando e disciplinare) doveva intendersi etero integrato direttamente dalla legge nel senso esposto con la conseguenza che la mancanza totale di tale documentazione, secondo la normativa vigente all’epoca, doveva essere sanata con il c.d. soccorso istruttorio”).

A tale conclusione deve pervenirsi anche in relazione alla dedotta omissione dichiarativa imputabile al Co.Med. (ove fosse assimilabile ad una carenza dichiarativa la dichiarazione con la quale esso, in merito all’osservanza degli obblighi nascenti dalla l. n. 68/1999, ha rinviato alle dichiarazioni rese sul punto dalle imprese consorziate), la quale non avrebbe potuto condurre, per le ragioni illustrate, alla sua diretta estromissione della procedura di gara, come preteso dalla parte appellata: ciò senza trascurare che la stessa parte appellata chiarisce che il Co.Med. non dispone di propri lavoratori, in relazione ai quali dichiarare l’osservanza degli obblighi discendenti dalla legge suindicata, essendo il numero dichiarato (40) la sommatoria dei dipendenti delle imprese consorziate.

Né, infine, la parte appellata fornisce concreti elementi per dimostrare che faccia difetto, in capo al Co.Med. e/o alla consorziata TEA s.r.l., il requisito in discorso, concentrandosi le sue deduzioni nella contestazione del corretto adempimento dei relativi oneri dichiarativi.

Con ulteriore motivo aggiunto, riproposto come si è detto nella presente sede di appello, viene dedotta l’erroneità del riscontro dato dal seggio di gara alla censura, formulata con il ricorso originario, intesa ad evidenziare la mancata allegazione del documento di riconoscimento alle dichiarazioni sostitutive ex d.P.R. n.445/2000 del consorzio e delle consorziate: premesso che la commissione ha affermato la presenza della firma digitale e del documento di identità del sottoscrittore, allega in senso contrario OMISSIS s.p.a. che risulta mancante, all’interno dei relativi files, l’allegazione del documento di riconoscimento del firmatario delle dichiarazioni sostitutive rilasciate dalla mandataria e da tutte le consorziate, e che inoltre è stata omessa l’allegazione del documento di identità del legale rappresentante della Co.Med., sottoscrittore della dichiarazione del RTI riguardante il subappalto.

Conclude la parte appellata osservando che tale omissione non può essere sanata dal fatto che una copia del documento fosse presente in un file inserito nella cartella contenente la documentazione amministrativa, giacché tale file era totalmente isolato dai restanti, senza alcun elemento di congiunzione da cui potesse evincersi un qualche collegamento tra essi.

Il motivo non è complessivamente meritevole di accoglimento.

Evidenziato che le dichiarazioni asseritamente carenti sono state sottoscritte con firma digitale, basti osservare che, come statuito da Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 4676 del 20 settembre 2013, “dal combinato disposto dell’articolo 65, comma 1, lettera a) del Codice dell’amministrazione digitale e dell’articolo 77, comma 6, lettera b) del Codice dei contratti deriva che l’apposizione della firma digitale, a cagione del particolare grado di sicurezza e di certezza nell’imputabilità soggettiva che la caratterizza, sia di per sé idoneo a soddisfare i requisiti dichiarativi di cui al comma 3 dell’articolo 38 del d.P.R. 445 del 2000, anche in assenza dell’allegazione in atti di copia del documento di identità del dichiarante”.

Con ulteriore doglianza, l’originaria ricorrente deduceva - reiterando la censura in questa sede - che la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere il RTI controinteressato in ragione della mancata dichiarazione di fatti suscettibili di apprezzamento ai fini della integrazione della causa di esclusione di cui all’art. 80, comma 5, lett. c) d.lvo n. 50/2016, il quale prevede che i soggetti che partecipano alle gare di appalto non debbano aver commesso gravi negligenze o malafede nell’esecuzione di contratti di appalto ovvero gravi errori professionali.

Deduceva infatti che la mandante OMISSIS s.r.l., originariamente denominata Prima Vera s.p.a., non aveva dichiarato in sede di partecipazione alla gara di aver ricevuto la contestazione (nell’ambito dell’inchiesta giudiziaria c.d. “clean hospital”) di gravissime irregolarità nell’esecuzione di appalti presso l’ospedale di Gallarate e presso la Asl di Torino, quali erano state riferite dagli organi di stampa.

Il motivo non è meritevole di accoglimento.

Deve infatti osservarsi che, sulla base della disposizione invocata, la stazione appaltante esclude l’operatore economico dalla gara ove “dimostri con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”.

E’ quindi evidente che i fatti suscettibili di apprezzamento, alla luce della stessa, devono trovare traccia, al fine di generare il corrispondente onere dichiarativo in capo all’impresa interessata, in atti/documenti dotati di un minimum di attendibilità e valenza dimostrativa, onde fornire alla stazione appaltante la base probatoria (i “mezzi adeguati” di cui alla disposizione citata) al fine di formulare le eventuali conseguenti contestazioni di inaffidabilità professionale.

Ebbene, tale livello di significatività probatoria non può ritenersi raggiunto dalle notizie di stampa, cronologicamente collocate nel 2014, menzionate con il motivo in esame: ciò sia in ragione della intrinseca inaffidabilità di tale fonte informativa, per sé considerata, sia in considerazione del fatto che non è allegato alcun elemento per ritenere che le notizie diffuse fossero ancora attuali alla data della presentazione dell’offerta (e tali, quindi, da generare in capo all’impresa interessata il predicato obbligo dichiarativo).

Infine, deduce la parte appellata che una ulteriore ragione di esclusione dalla gara, a carico del RTI controinteressato, discendeva dalla avvenuta presentazione da parte dello stesso, in relazione ai lotti 1 e 6, di due garanzie per la partecipazione alla gara non conformi al dettato di legge e alla lex specialis di gara.

In particolare, essa evidenzia che nella polizza fideiussoria per la cauzione provvisoria prodotta dalla Elba Assicurazioni s.p.a. per i suddetti lotti si legge, all’art. 4 (rubricato “escussione della garanzia”), quanto segue: “Il Garante corrisponderà l’importo dovuto dal Contraente, nei limiti della somma garantita, entro il termine di 15 giorni dal ricevimento della semplice richiesta scritta della Stazione appaltante - inviata per conoscenza anche al Contraente - recante l’indicazione dei motivi per i quali la Stazione appaltante attiva l’escussione”.

Deduce al riguardo la parte appellata che la necessaria indicazione dei motivi per i quali la stazione appaltante attiva l’escussione della garanzia costituisce un’eccezione e/o una condizione all’operatività della polizza non consentita dalla legge e dalla normativa di gara: da un lato, infatti, l’art. 93, comma 4, d.lvo n. 50/2016 prescrive che “la garanzia deve prevedere espressamente la rinuncia al beneficio della preventiva escussione del debitore principale, la rinuncia all’eccezione di cui all’articolo 1957, secondo comma, del codice civile nonché l’operatività della garanzia medesima entro quindici giorni, a semplice richiesta scritta della stazione appaltante”, dall’altro lato, il disciplinare di gara, al paragrafo 4.3.2., punto c), impone, a pena di esclusione, “la piena operatività entro quindici giorni su semplice richiesta scritta di ARCA S.p.A.”.

La censura non può essere accolta.

La mera indicazione dei motivi per i quali la stazione appaltante procede all’attivazione della garanzia non può infatti essere equiparata ad una “condizione di operatività” della stessa, non essendo previsto alcun potere di sindacato in capo all’impresa garante: inoltre, l’indicazione dei motivi appare connessa al modus operandi della stazione appaltante che, quale soggetto pubblico, non agisce ad libitum, ma al ricorrere dei presupposti di legge, dei quali quindi è del tutto plausibile richiedere l’esposizione nel contesto della richiesta di pagamento.

8. L’appello, in conclusione, deve essere accolto e conseguentemente, in riforma della sentenza appellata, respinti i motivi aggiunti al ricorso di primo grado.

9. La peculiarità dell’oggetto della controversia giustifica la compensazione delle spese dei due gradi di giudizio, fermo il rimborso del contributo unificato versato dalla odierna appellante, in relazione al giudizio di appello, a carico della società OMISSIS s.p.a..

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge i motivi aggiunti al ricorso di primo grado.

Spese dei due gradi di giudizio compensate, fermo il rimborso del contributo unificato versato dalla odierna appellante, in relazione al giudizio di appello, a carico della società OMISSIS s.p.a..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere

Ezio Fedullo, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 18/04/2019
**N. 00897/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 00169/2019 REG.RIC.**

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

sul ricorso numero di registro generale 169 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da
-OMISSIS-, rappresentata e difesa dall'avvocato Marco Napoli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Corso Venezia 10;
***contro***
Comune di Milano, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano, Stefania Pagano, Emilio Luigi Pregnolato, Sara Pagliosa, Danilo Parvopasso e Massimo Cali', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Milano, Via della Guastalla 6;
Autorità Nazionale Anticorruzione; non costituito in giudizio;
***nei confronti***
Esse A3 S.r.l.; non costituita in giudizio
***per l'annullamento***
del verbale del 13.12.2018, con il quale -OMISSIS- è stata esclusa dall'accordo quadro con unico operatore n. 28/2018 avente ad oggetto “interventi di rimozione fibre di vetro e bonifica amianto - Lotto 2”, dell’allegato al predetto verbale, di ogni altro atto ad essi preordinato, presupposto, consequenziale e/o comunque connesso, con particolare riferimento alla nota di segnalazione, di data ed estremi sconosciuti, con la quale il Comune di Milano ha dato “comunicazione …del motivo di esclusione all’Autorità Nazionale Anticorruzione per l’inserimento del dato nel Casellario informatico di cui all’articolo 213, c. 10, del Codice dei Contratti”
e per la conseguente condanna dell’Amministrazione intimata al risarcimento del danno in forma specifica o, in subordine, per equivalente economico
atti impugnati con il ricorso introduttivo, nonché
del provvedimento di aggiudicazione definitiva della procedura, reso noto il 19.2.2019, in favore di Esse A3 S.r.l.,
atto impugnato con i motivi aggiunti presentati in data 21.2.2019.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti, ed i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Milano;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 aprile 2019 il dott. Mauro Gatti e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con bando di gara del 21.3.2018, il Comune di Milano ha indetto una procedura aperta per l’affidamento, tramite accordo quadro con un unico operatore, dei lavori occorrenti per la realizzazione di “interventi di rimozione fibre di vetro e bonifica amianto - Lotto 2”, per un valore complessivo a base d’asta di € 1.305.330,27, e con il criterio del prezzo più basso.
Con i provvedimenti impugnati nel ricorso principale il Comune di Milano ha disposto l’esclusione della ricorrente dalla predetta procedura, in relazione ad una vicenda penale per la quale, in data 31.7.2018, il Pubblico Ministero ha formulato una richiesta di rinvio a giudizio per l’illecito amministrativo di cui agli artt. 5 e 25 del D.Lgs. 8.6.2001 n. 231, con riferimento ai delitti previsti dagli artt. 319, 319 bis, 321 e 353 c. 1 c.p. (corruzione e turbata libertà degli incanti), ascritti al suo ex socio ed amministratore -OMISSIS-, per non aver adeguatamente adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione dei fatti, un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire la commissione dei reati contestati.
L’Ente Locale resistente si è costituito in giudizio, insistendo per il rigetto del ricorso, in rito e nel merito.
Alla camera di consiglio del 6.2.2019 la ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare.
Con i motivi aggiunti l’istante ha impugnato il provvedimento di aggiudicazione definitiva, deducendone l’invalidità in via derivata, in favore di Esse A3 S.r.l., che non si è tuttavia costituita.
Nelle more del giudizio, il G.I.P. presso il Tribunale di Milano, ha dichiarato estinto, per intervenuta prescrizione, l’illecito amministrativo contestato alla ricorrente, ed ha disposto il rinvio a giudizio del suo ex amministratore, mentre il Comune ha affermato che sono in corso i controlli propedeutici alla stipulazione del contratto con la controinteressata.
All’udienza pubblica del 3.4.2019, la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

I.1) Le vicende poste a fondamento del presente giudizio traggono origine da un procedimento penale, in cui l’amministratore della società ricorrente è accusato di aver messo a disposizione le proprie maestranze per l’esecuzione di lavori di ristrutturazione di un centro estetico di proprietà della figlia di un funzionario comunale, al fine di essere favorito nella procedura per l’affidamento dell’appalto n. 67/2011, aggiudicatole dal Comune di Milano, in data 1.8.2012.
In particolare, a seguito della richiesta di rinvio a giudizio dell’operatore economico -OMISSIS- formulata dal pubblico ministero, con il provvedimento impugnato, il Comune resistente ha dato applicazione all’art. 80 c. 5 lett. c) del D.Lgs. 18.4.2016 n. 50, secondo cui, le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alle gare i concorrenti che si siano resi colpevoli di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la loro integrità od affidabilità, qualora ciò sia dimostrato con “mezzi adeguati”.
I.2) Sotto un primo aspetto, la ricorrente deduce la violazione di detta norma, sostenendo che la stessa presupporrebbe l’esistenza di un “accertamento definitivo”, non essendo a tal fine sufficiente una richiesta di rinvio a giudizio, come ha invece avuto luogo nel caso di specie.
Sotto altro profilo, l’istante lamenta il difetto di motivazione e di istruttoria del provvedimento impugnato, che si sarebbe limitato ad un “mero richiamo per relationem ai contenuti della richiesta di rinvio a giudizio”, non operando “alcuna ulteriore valutazione o approfondimento istruttorio sulla vicenda”, limitandosi invece “a dare acriticamente per assodato tutto quello che la Procura della Repubblica ha contestato come capo d’imputazione”.
II) Ritiene il Collegio che, in linea generale, anche i fatti oggetto di accertamento in un procedimento penale ancora in corso possano essere considerati “mezzi adeguati” da parte di un’amministrazione aggiudicatrice, per dimostrare che un operatore economico si sia reso responsabile di gravi illeciti professionali.
Come recentemente affermato dalla Corte di Giustizia, nell’ambito delle “ricerche e verifiche” che le stazioni appaltanti possono condurre per accertare l’integrità di un operatore economico, laddove esista “una procedura specifica disciplinata dal diritto dell'Unione o dal diritto nazionale per perseguire determinate violazioni, e in cui particolari organismi sono incaricati di effettuare indagini al riguardo, l'amministrazione aggiudicatrice, nell'ambito della valutazione delle prove fornite, deve basarsi in linea di massima sull'esito di siffatta procedura” (C-124/17 del 24.10.2018, punti 24-25).
Tuttavia, diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente, la Corte di Giustizia non ha affermato l’impossibilità per una stazione appaltante di procedere ad un’autonoma valutazione dei fatti oggetto di accertamento in sede penale, statuendo invece che “occorre tener conto delle funzioni rispettive, da un lato, delle amministrazioni aggiudicatrici e, dall'altro, delle autorità investigative. Mentre queste ultime hanno il compito di stabilire la responsabilità di determinati agenti nel commettere una violazione a una norma di diritto, accertando con imparzialità la realtà di fatti che possono costituire una siffatta violazione, nonché punendo il comportamento illecito pregresso di detti agenti, le amministrazioni aggiudicatrici devono valutare i rischi cui potrebbero essere esposte aggiudicando un appalto a un offerente la cui integrità o affidabilità sia dubbia” (v. punto 26).
Ad analoghe conclusioni è giunta la giurisprudenza amministrativa, ritenendo che, in linea generale, l'art. 80, c. 5, lett. c) cit., rimetta alla stazione appaltante il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un “grave illecito professionale”, tale da metterne in dubbio la sua integrità o affidabilità, anche oltre le ipotesi elencate nel medesimo articolo (C.S., Sez. V, 3.9.2018 n. 5142).
In particolare, non è indispensabile che i gravi illeciti professionali posti a fondamento della sanzione espulsiva del concorrente dalla gara siano accertati con sentenza, anche se non definitiva, essendo infatti sufficiente che gli stessi siano ricavabili da altri gravi indizi (C.S., Sez. V, 27.2.2019 n. 1367, 20.3.2019 n. 1846).
III.1) Più in generale, il Collegio evidenzia che l’ampiezza della formulazione utilizzata dall’art. 57 c. 4 lett. c) della Direttiva 2014/24, consentendo di escludere i partecipanti che abbiano commesso “gravi illeciti professionali”, riconosce un ampio potere discrezionale alle amministrazioni aggiudicatrici, ciò che ha indotto la giurisprudenza a dubitare della legittimità degli automatismi previsti dall’art. 80 c. 5 lett. c) cit., e più recentemente, lo stesso legislatore, a modificare tale norma.
In particolare, a fronte del quesito posto dal T.A.R. Campania (ordinanza n. 5893 del 13.12.2017), nelle proprie conclusioni rese nella causa C-41/18 in data 7.3.2019, l’Avvocato Generale ha affermato che la normativa italiana, nella parte in cui precludeva la partecipazione ad un operatore economico che non avesse contestato in giudizio la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto, “sottrae all’amministrazione aggiudicatrice la facoltà di valutare pienamente l’affidabilità del candidato” (v. punto 53), restringendone indebitamente il campo di azione (v. punto 55. Un’analoga questione è stata peraltro sollevata da C.S., 3.5.2018 n. 2639).
A sua volta, l’art. 5, c. 1, del D.L. 14.12.2018, n. 135, convertito con L. 11.2.2019 n. 12, ha modificato l’art. 80 c. 5 cit., consentendo alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere il concorrente cha abbia subito una risoluzione per inadempimento, una condanna al risarcimento, o altre sanzioni, anche a fronte dalla loro mancata contestazione, richiedendo tuttavia che, in tali casi, “la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa” (v. nuovo comma c-ter).
III.2) Alla luce di quanto sopra evidenziato, il Collegio dà atto che, ai fini dell’individuazione dei “gravi illeciti professionali”, si assiste ad una tendenziale riduzione delle fattispecie generali e astratte normativamente previste, venendo tale onere direttamente demandato alle amministrazioni aggiudicatrici.
Il punto di equilibrio tra la tutela della concorrenza e le esigenze delle stazioni appaltanti, è conseguentemente spostato in favore di queste ultime, che essendo chiamate ad individuare in concreto le condotte suscettibili ad integrare un “grave illecito professionale”, devono perciò giustificare l’esercizio dei più ampi poteri discrezionali loro attribuiti, mediante congrua motivazione.
III.3) Come espressamente affermato da C.S., Sez. III, 23.11.2017, n. 5467, l’art. 80 c. 5 lett. c) cit. ha infatti esteso il potere discrezionale delle amministrazioni aggiudicatrici di escludere i concorrenti da una gara d’appalto, correlandone l’esercizio ad un “concetto giuridico indeterminato”, e consentendo loro di declinare, caso per caso, la condotta dell’operatore economico “colpevole di gravi illeciti professionali”.
Come noto, la categoria dei concetti giuridici a contenuto indeterminato, attiene ad una particolare tecnica legislativa nella quale, per individuare il fatto produttivo di effetti, la norma non descrive la fattispecie astratta in maniera tassativa ed esaustiva, ma rinvia, per la sussunzione del fatto concreto nell'ipotesi normativa, all'integrazione dell'interprete, mediante l'utilizzo di concetti che vanno completati e specificati con elementi o criteri extragiuridici (C.S. n. 5467/17 cit.).
A fronte di concetti giuridici indeterminati, l’Amministrazione dispone pertanto di un più ampio potere discrezionale, ciò che è potenzialmente suscettibile di pregiudicare il principio di legalità, dovendo pertanto richiedersi l’adempimento di un onere motivazione rafforzato.
Conseguentemente, come ha avuto luogo nel caso di specie, quando la stazione appaltante esclude dalla partecipazione alla gara un operatore economico perché considerato colpevole di un grave illecito professionale non compreso nell'elenco dell'art. 80, c. 5 lett. c) cit., deve adeguatamente motivare l'esercizio di siffatta discrezionalità, ed in maniera ben più rigorosa ed impegnativa rispetto a quanto avviene a fronte delle particolari ipotesi esemplificate dal testo di legge (C.S., Sez. V, 2.3.2018 n. 1299).
III.4) In conclusione, in linea generale, non può pertanto che riconoscersi alla stazione appaltante la facoltà di escludere un concorrente, a prescindere dalla definitività degli accertamenti compiuti in sede penale, e dunque, anche a fronte di una richiesta di rinvio a giudizio, ferma restando tuttavia la necessità di accertare che ciò abbia in concreto avuto luogo a fronte di una congrua motivazione.
IV) A questo punto, il Collegio deve pertanto prendere in esame la motivazione del provvedimento impugnato, al fine di vagliarne l’adeguatezza.
Dalla lettura dell’allegato al verbale di esclusione della ricorrente, si desume che la Commissione, dopo aver rinviato in toto ai fatti oggetto del procedimento penale, ha espressamente affermato che “l’elemento determinante che ha indotto l’Amministrazione a valutare l’irrimediabile lesione del rapporto fiduciario, è la richiesta di rinvio a giudizio nei confronti dell’operatore economico -OMISSIS-”.
In sostanza, il potere amministrativo esercitato per escludere la ricorrente dalla procedura impugnata, ha avuto ad oggetto le sole valutazioni espresse dal pubblico ministero nel procedimento penale, in ordine al rilievo dei fatti in quella sede evidenziati, che il Comune di Milano ha ritenuto di condividere, senza peraltro minimamente indicarne le motivazioni.
L’affermazione secondo cui “la rilevanza di tali fatti per l’Amministrazione è stata autonomamente valutata”, è meramente apodittica, non trovando infatti alcun riscontro nel testo del provvedimento impugnato, che non evidenzia alcuna attività istruttoria a ciò preordinata, né contiene una benché minima motivazione sul punto.
Come detto, il Comune di Milano si è invece limitato a prendere atto della richiesta di rinvio a giudizio a carico della ricorrente formulata dal p.m., ciò che risulta altresì comprovato dal contenuto della comunicazione ex art. 7 L. n. 241/90 inviata alla stessa, che evidenzia infatti la sola pendenza del procedimento penale.
Come sarà dimostrato dal puntuale esame del citato allegato al verbale, il Comune di Milano non ha proceduto ad alcuna autonoma valutazione dei fatti oggetto di detto procedimento, e delle relative fonti di prova, né del resto ne ha preso in esame ulteriori.
In particolare, non v’è traccia di alcuna valutazione dei fatti indicati nel procedimento penale che secondo il Comune avrebbero dato luogo ad un grave illecito professionale, mancando finanche la loro descrizione, così come degli elementi di prova ivi raccolti, non essendovi alcun riferimento alle risultanze delle annotazioni, intercettazioni telefoniche, verbali di interrogatorio, ecc., su cui è fondata la richiesta di rinvio a giudizio.
Parimenti, la stazione appaltante non ha proceduto neppure all’accertamento di fatti estranei al procedimento penale, ad esempio, mediante audizioni, ispezioni, esami documentali, ecc., aventi ad oggetto la procedura di appalto n. 67/2011, sospettata di essere stata illecitamente influenzata dall’amministratore dell’attuale ricorrente.
In conclusione, contrariamente a quanto sostenuto nel citato allegato al verbale di esclusione, il Comune di Milano non ha compiuto alcuna valutazione in sede amministrativa, che possa ritenersi autonoma dal procedimento penale, limitandosi invece a rinviare, tanto per l’individuazione dei fatti, che per la formulazione del giudizio sulla loro illiceità, a quanto ritenuto dal Pubblico Ministero nella richiesta di rinvio a giudizio.
IV.1) Nel dettaglio, secondo quanto evidenziato nell’allegato al verbale di esclusione, la richiesta di rinvio a giudizio della ricorrente ha avuto luogo per l’asserita violazione degli artt. 5 e 25 del D.Lgs. 8.6.2001 n. 231, “per non avere adeguatamente adottato ed efficacemente attuato, prima della commissione del fatto, un modello di organizzazione e gestione idoneo a prevenire la commissione di reati, consumati dai propri vertici, anche nell’interesse della società, con ciò traendo dalle condotte delittuose un ingiusto profitto”.
In tale procedimento penale, in cui il Comune di Milano si è costituito parte civile, al socio amministratore unico e direttore tecnico della società, sono stati contestati i reati di cui agli artt. 110, 319, 319 bis, 321 e 353 c. 1 c.p.
“Le motivazioni che hanno determinato questa Amministrazione ad avviare il procedimento (…) trovano fondamento nella valutazione dei fatti sottostanti la richiesta di rinvio a giudizio, riguardante la persona giuridica -OMISSIS-, quale soggetto giuridico autonomo, e come operatore economico partecipante a gare d’appalto”, senza tuttavia che gli stessi vengano minimamente indicati, né tantomeno autonomamente valutati, ribadendo semplicemente che “riguardano i comportamenti tenuti, tra gli altri, da -OMISSIS- Giovanni, all’epoca dei fatti socio, amministratore unico e direttore tecnico di -OMISSIS-”.
Anziché indicare quali fatti contestati alla persona giuridica ricorrente, ed al suo amministratore, nell’ambito del citato procedimento penale, avrebbero dato luogo ad un grave illecito professionale, e soprattutto, le relative ragioni, il verbale si limita ad affermare che “tali comportamenti riguardano gravi fattispecie di reato contro la Pubblica Amministrazione”, ciò che non è evidentemente una motivazione, quanto un dato di fatto.
Ulteriormente, il verbale prosegue evidenziando che “dalla richiesta di rinvio a giudizio risulta che i fatti contestati sono comprovati da diversi elementi probatori”, che tuttavia, anche in questo caso, non sono stati né indicati né autonomamente valutati dalla stazione appaltante, neppur sinteticamente.
La Commissione si è invece limitata a ribadire che “siamo in presenza di gravi delitti propri dell’attività imprenditoriale”, e che “i fatti descritti nella richiesta di rinvio a giudizio dimostrano l’esistenza di un sistema organizzato, finalizzato alla sistematica violazione della finalità pubblica che dovrebbe caratterizzare l’attività imprenditoriale”, anche in questo caso, fondando il proprio convincimento unicamente su quanto formulato dal pubblico ministero in sede penale.
Il verbale conclude affermando che non possa seriamente contestarsi “che il rapporto fiduciario tra la stazione appaltante e l’impresa aggiudicataria sia gravemente compromesso dai fatti oggetto della menzionata indagine penale”, tuttavia, ancora una volta, dimostrando che è quest’ultima in quanto tale, e nel suo complesso, ad essere considerata preclusiva alla partecipazione della ricorrente alla procedura di gara.
Nell’unico passaggio in cui la Commissione pare parzialmente esaminare elementi ulteriori rispetto alle risultanze della richiesta di rinvio a giudizio, afferma che “i fatti contestati riguardano vicende che hanno come protagonisti le medesime parti che agiscono” nella procedura impugnata, e che la “tipologia di lavori” nei due casi è pressoché identica, ciò che tuttavia, ad avviso del Collegio, non costituisce “mezzo adeguato” di prova di un illecito professionale, trattandosi piuttosto di un dato di fatto, in particolare, inidoneo a chiarire perché il Comune ritenga che “potrebbe plausibilmente (…) ripetersi quanto accaduto nel 2012”, cioè ben sei anni prima dell’adozione del provvedimento impugnato.
V) Pur comprendendo il disagio di un’Amministrazione che si trovi di fronte ad un aggiudicatario indagato in una vicenda penale che l’ha vista coinvolta, e dando atto che a fondamento dell’operato del Comune di Milano, vi sia l’intenzione di voler tutelare l’interesse pubblico, il Collegio non può tuttavia che annullare il provvedimento impugnato.
Come evidenziato nel precedente punto II), una richiesta di rinvio a giudizio non è certamente ostativa all’adozione di un provvedimento di esclusione da una gara d’appalto, non essendo infatti a tal fine necessario che il procedimento penale avviato a carico di un concorrente si sia concluso con una sentenza di condanna a suo carico. Tuttavia, una richiesta di rinvio a giudizio, sebbene per gravi reati, in assenza di un autonomo accertamento dei fatti idonei a configurare un grave illecito professionale da parte della stazione appaltante, e di una congrua motivazione sul punto, non può di per sé essere sufficiente a giustificare un provvedimento amministrativo di esclusione, spesso suscettibile di arrecare gravissimi pregiudizi all’operatore economico, e in taluni casi, la cessazione della sua attività.
In assenza di un’autonoma valutazione dei fatti posti a fondamento della richiesta di rinvio a giudizio, a cui il provvedimento impugnato ha invece sostanzialmente rinviato, lo stesso deve essere annullato, avvallandosi in contrario il principio secondo cui, a fronte di un atto proveniente dal solo p.m., prima ancora che il g.i.p. si sia potuto pronunciare sulla sufficienza ed idoneità degli elementi acquisiti, e prima ancora di potersi difendere nel dibattimento dalle accuse rivoltegli, un operatore economico si vedrebbe preclusa la possibilità di partecipare alle gare d’appalto, ciò che violerebbe i principi fondamentali dell’ordinamento (artt. 27 c. 2 Cost. e 6 c. 2 Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo).
E’ certamente vero che, come evidenziato dalla difesa comunale e da Corte Giustizia C-124/17 cit., mentre nel processo penale deve essere raggiunta la prova piena degli elementi del reato contestato, un’amministrazione aggiudicatrice che intenda escludere un operatore economico, deve invece solo dimostrare i fatti che ne rendano dubbia l’integrità ed affidabilità. Come tuttavia indicato nel precedente punto III), il giudizio con cui una stazione appaltante accerti la sussistenza di un grave illecito professionale, non può essere incentrato su un automatismo, e pertanto, sulla mera sussistenza di una richiesta di rinvio a giudizio, richiedendo invece un’articolata ed autonoma motivazione.
In conclusione, ritiene il Collegio che il mero richiamo alla richiesta di rinvio a giudizio del pubblico ministero, posta a fondamento del provvedimento impugnato, in assenza di ulteriori ed autonome valutazioni da parte della stazione appaltante, non costituisca “mezzo adeguato” di prova della sussistenza di un grave illecito professionale di cui all’art. 80 c. 5 lett. c) cit., dovendosi pertanto accogliere il presente ricorso.
VI.1) Quanto sopra pare al Collegio in linea con le prime pronunce giurisprudenziali rese nella materia per cui è causa.
T.A.R. Toscana, Sez. I, 1.8.2017 n. 1011, ha accolto un ricorso avverso un provvedimento di esclusione per difetto di motivazione, essendo quest’ultimo incentrato unicamente sulla mancata contestazione in giudizio di una risoluzione contrattuale da parte della concorrente, che tuttavia negava di essersi resa inadempiente. In particolare, il T.A.R. Toscana ha ritenuto di non poter considerare consolidata la risoluzione contrattuale posta a fondamento del provvedimento impugnato, in difetto “di alcun accertamento giudiziale”.
T.A.R. Lombardia Brescia, Sez. I, 5.10.2018, n. 955, ha a sua volta accolto un ricorso avverso un’esclusione, a fronte di un difetto di motivazione del provvedimento impugnato, che si era limitato a richiamare un precedente inadempimento contrattuale, evidenziando la mancanza di un “percorso logico che ha condotto all'adozione del provvedimento qui gravato, lungi dallo svolgersi attraverso il compiuto accertamento in ordine alla presenza di elementi effettivamente, quanto concretamente, suscettibili di condurre all'espressione di un giudizio di non affidabilità”.
Nei casi sopra evidenziati, la giurisprudenza non ha pertanto ritenuto sufficiente il mero rinvio della stazione appaltante ad un fatto (precedente inadempimento contrattuale), richiedendone invece espressamente una sua valutazione autonoma.
A maggior ragione, nella fattispecie per cui è causa, in cui i fatti esterni a cui il provvedimento impugnato ha rinviato, sono oggetto di accertamento in un procedimento penale, avrebbero dovuto essere approfonditamente ed autonomamente valutati in sede amministrativa.
VI.2) In una fattispecie pressoché identica a quella per cui è causa, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 4.3.2019 n. 2771, ha infatti accolto un ricorso avverso l’esclusione da una gara d’appalto indetta dal Consiglio Superiore della Magistratura, disposta in considerazione della sussistenza di un procedimento penale per corruzione a carico dell’ex amministratore unico e legale rappresentante della concorrente.
In particolare, oltre a dare atto della pendenza del citato procedimento penale, il provvedimento impugnato si fondava sulla “esigenza del Consiglio di verificare l’affidabilità, complessivamente considerata, dell'operatore economico con cui andrà a contrarre per evitare, a tutela del buon andamento dell'azione amministrativa, che entri in contatto con soggetti privi di affidabilità morale e professionale; dato atto che i casi di gravi illeciti professionali sono elencati all'art. 80, c. 5, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016 e che, secondo la più recente e affermata giurisprudenza, detta elencazione è da ritenersi meramente esemplificativa; ritenuto pertanto che è facoltà dell'Amministrazione disporre l'esclusione in tutti i casi in cui è dubbia l'integrità e affidabilità del concorrente al di là delle tipizzazioni elencate dalla norma in questione”.
Analogamente al provvedimento impugnato nel presente giudizio, anche quello adottato dal C.S.M. era in sostanza incentrato sulla “gravità dei fatti contestati che, pur in pendenza di giudizio, rende dubbia l'integrità o l'affidabilità dei concorrenti”, ciò che non è stato tuttavia reputato sufficiente dal T.A.R. Lazio, secondo cui, “la motivazione, invero, per come formulata nel provvedimento, che fa generico riferimento alla gravità dei fatti contestati, si risolve nella applicazione di una sanzione automatica, riconnessa alla sola pendenza del giudizio per il reato di corruzione. Un simile automatismo, tuttavia, non è previsto dalla norma primaria e, anzi, si palesa contrario alla stessa ratio dell’art. 80 del Codice, che impone alla stazione appaltante un particolare rigore probatorio qualora intenda escludere un concorrente in presenza di una fattispecie non ricompresa tra quelle menzionate dalla norma di legge o dalle linee guida”.
VI.3) Né in contrario il Collegio ritiene che le pronunce invocate dalla difesa comunale ostino all’accoglimento del ricorso.
Se infatti è pur vero che T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 13.4.2018 n. 562, confermata da C.S., Sez. V, 27.2.2019 n. 1367, ha ritenuto legittimo un provvedimento di esclusione motivato con riferimento ad un rinvio “per relationem, sia ai gravi indizi di colpevolezza”, che “al pericolo di reiterazione del reato”, ciò ha tuttavia avuto luogo a fronte di un’ordinanza applicativa di una misura cautelare disposta dal giudice delle indagini preliminari, e non invece, come nel caso di specie, di una mera richiesta formulata dalla pubblica accusa.
Quanto a T.A.R. Lazio, Sez. II, 13.2.2019 n. 1931, ha affrontato una fattispecie in cui il g.i.p. aveva accolto la richiesta di giudizio immediato formulata dal p.m, ciò che, ai sensi dell’art. 453 c.p.p., presuppone che le prove a carico della persona sottoposta alle indagini siano ritenute “evidenti”, diversamente dal caso di specie, in cui la richiesta di rinvio a giudizio, oltre ad essere avanzata dal solo p.m., presuppone semplicemente la sussistenza di elementi sufficienti a sostenere l'accusa (nel caso sottoposto al T.A.R. Lazio, la gravità delle prove raccolte, aveva inoltre giustificato, pochi giorni prima dell’adozione del provvedimento impugnato, l’applicazione della sanzione interdittiva cautelare del divieto di contrarre con la Pubblica Amministrazione). La lettura di T.A.R. Lazio n. 1931/19 cit., pare in realtà confermare l’illegittimità del provvedimento in questa sede impugnato, atteso che, in quel caso, la stazione appaltante aveva espressamente richiamato specifici contenuti di taluni “verbali degli interrogatori”, ed in particolare, di uno riferito ad un proprio dipendente, indicando i fatti oggetto degli stessi, e ritenuti rilevanti ai fini della dimostrazione di un “grave illecito professionale”, diversamente da quanto avuto luogo nella fattispecie per cui è causa, in cui il Comune di Milano ha invece effettuato un rinvio generico ed omnicomprensivo alla richiesta di rinvio a giudizio.
Anche T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 8.1.2019 n. 21 e C.S., Sez. V, 20.3.2019 n. 1846 non paiono pertinenti, essendo entrambe riferite a fattispecie relative ad appalti secretati, disciplinate dall’art. 162 del D.Lgs. 50/2016, che deroga alla disciplina ordinaria, avendo infatti dette sentenze espressamente riconosciuto alle stazioni appaltanti la possibilità di valutare “ogni circostanza che possa incidere negativamente sulla corretta esecuzione dell’attività”, ciò che “supera necessariamente le cause di esclusione codificate nell’art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016, e anche il livello di accertamento previsto da tale norma”.
Quanto infine a C.S., Sez. III, 12.12.2018 n. 7022, osserva il Collegio che, in primo luogo, in quel caso, la gravità degli elementi raccolti nel procedimento penale era stata confermata dal giudice nelle indagini preliminari, che aveva infatti accolto la richiesta di sequestro inoltrata dal p.m., diversamente da quello per cui è causa, come detto, incentrato sulla sola richiesta di rinvio a giudizio. Inoltre, nella fattispecie decisa da C.S., n. 7022/18 cit., “l’Amministrazione, nella motivazione del provvedimento di esclusione, ha dato conto non solo delle specifiche circostanze risultanti dal decreto di sequestro, ma anche dei profili per cui ha ritenuto rilevanti tali elementi”, ciò che non ha invece avuto luogo nel provvedimento oggetto del presente giudizio, che si è invece limitato ad un rinvio per relationem al procedimento penale. In ogni caso, la fattispecie sottoposta a C.S., n. 7022/18 cit. non è equiparabile a quella per cui è causa, essendo il provvedimento di esclusione ivi impugnato in realtà incentrato sulla mancata regolarità contributiva della ricorrente, che come detto, risultava altresì coinvolta in un procedimento penale, sul cui rilievo, il giudice di primo grado non si era peraltro neppure pronunciato, diversamente dal caso di specie, in cui la richiesta di rinvio a giudizio ne ha costituito l’unico presupposto.
VII.1) Nella propria memoria finale, il Comune di Milano evidenzia che, in ragione delle funzioni attribuitegli, lo stesso non disporrebbe di alcun potere di accertamento esercitabile nel caso in esame, trattandosi di appurare la dazione di denaro o altre utilità, dalla ricorrente a funzionari pubblici. In sostanza, a fronte degli “elementi di prova contenuti nel fascicolo del p.m.”, la stazione appaltante non avrebbe potuto procedere altrimenti da come ha concretamente avuto luogo, avendo conseguentemente “compiuto l’unica scelta possibile”.
Ritiene il Collegio che dette argomentazioni denotino l’erroneità dell’impostazione seguita dall’Amministrazione, dimostrando che l’esclusione impugnata è stata effettivamente disposta in assenza di un autonomo accertamento, avente ad oggetto condotte rilevanti in ambito professionale, ritenute gravemente illecite, quanto invece, sulle sole valutazioni espresse dal p.m., nella richiesta di rinvio a giudizio.
Contrariamente a quanto sostenuto dal Comune di Milano, lo stesso non era infatti chiamato a pronunciarsi sulla fondatezza delle accuse rivolte alla ricorrente in sede penale, quanto invece, come detto, ad accertare se quest’ultima avesse o meno commesso “gravi illeciti professionali”. A tal fine, la stazione appaltante avrebbe dovuto avviare un procedimento amministrativo, in cui esaminare i fatti oggetto di quello penale, oltreché eventualmente altri ad esso estranei, e le relative fonti di prova, provvedendo alla loro valutazione, nell’esercizio del proprio potere discrezionale, eventualmente, anche in difformità da quanto ritenuto dal p.m., purché mediante congrua motivazione.
Ad esempio, l’insolita frequentazione tra funzionari comunali e i rappresentanti di un’impresa, ed i loro assidui contatti telefonici, al di fuori delle sedi istituzionali e degli orari di servizio, documentati nelle intercettazioni e pedinamenti effettuati in un procedimento penale, pur non essendo di per sé sufficienti a comprovare la commissione di alcun reato, potrebbero tuttavia, unitamente ad altri, costituire indici rilevatori di una scarsa integrità dell’operatore economico.
In particolare, anziché fondare il provvedimento impugnato sulla richiesta di rinvio a giudizio del p.m., quale unico “fatto” presupposto, in primo luogo, la stazione appaltante avrebbe dovuto accertare se e quali dei fatti confluiti nel procedimento penale, unitamente agli elementi di prova, fossero suscettibili a rivelare l’esistenza di un grave illecito professionale, specificamente segnalando gli stessi alla società ricorrente, ex art. 7 L. n. 241/90. In esito al procedimento amministrativo così avviato, nell’esercizio dei propri poteri discrezionali, il Comune di Milano avrebbe poi dovuto assumere il provvedimento finale, senza pertanto compiere alcun accertamento finalizzato a valutare la fondatezza delle accuse rivolte alla ricorrente in sede penale.
VII.2) Al contrario, nell’avviso inviato alla ricorrente, ex art. 7 L. n. 241/90, il Comune di Milano si è limitato a richiamare il procedimento penale, e a sua volta, nel provvedimento impugnato, non ha evidenziato alcun fatto diverso dalla richiesta di rinvio a giudizio, indicato quale unico presupposto.
Ulteriormente, né l’avviso di avvio del procedimento, né il provvedimento finale, hanno minimamente indicato le fonti di prova (interrogatori, intercettazioni, ecc.) raccolte in ambito penale, che in base all’autonomo apprezzamento discrezionale della stazione appaltante, avrebbero potuto costituire “mezzi adeguati”, ai fini della dimostrazione di un grave illecito professionale commesso dalla ricorrente, malgrado il Comune abbia espressamente affermato in giudizio di aver potuto accedere “al fascicolo del P.M.” (V. prima memoria).
VII.3) La dimostrazione della mancanza di un’autonoma valutazione dei fatti asseritamente incidenti sulla moralità professionale, e delle relative fonti di prova, e prima ancora, della loro omessa indicazione, nel provvedimento impugnato, trova un’ulteriore conferma nella memoria finale del Comune in cui, sebbene sommariamente, ne sono invece evidenziati alcuni, affermandosi infatti che sarebbe stato l’amministratore della società ricorrente a contattare il Direttore del Settore Tecnico Scuole del Comune, e non il contrario, e che in virtù di ciò, “solo in un secondo momento”, quest’ultimo avrebbe acquisito il ruolo di R.U.P. nell’appalto oggetto del procedimento penale.
Per giurisprudenza consolidata, la motivazione del provvedimento amministrativo non può tuttavia essere integrata nel corso del giudizio, con la specificazione di elementi di fatto, dovendo precedere e non seguire ogni provvedimento, da cui consegue, a tutela del buon andamento e dell'esigenza di delimitazione del controllo giudiziario, l'illegittimità della motivazione postuma (C.S., Sez. VI, 8.9.2017, n. 4253).
VII.4) Infine, il Collegio dissente anche da un’ulteriore affermazione della resistente, contenuta nella sua memoria finale, secondo cui i fatti sarebbero “rimasti incontestati”, e non smentiti dalla ricorrente.
Per giurisprudenza costante, “è la stazione appaltante ad essere gravata dell’onere di dimostrare l’inaffidabilità del concorrente, e non quest’ultimo a dover dimostrare la propria affidabilità” (T.A.R. Toscana, n. 1011/17 cit.). L’aver posto a fondamento dell’avviso di avvio del procedimento, e del provvedimento finale, una mera richiesta proveniente dalla pubblica accusa, e non specifiche condotte della ricorrente comprovanti la commissione di un grave illecito professionale, non consente perciò di considerare provati i relativi fatti.
Come documentato dalla stessa resistente, alcuni degli imputati nella vicenda penale che ha coinvolto la ricorrente, hanno ammesso le loro responsabilità, e risarcito il Comune di Milano, tra cui non figura tuttavia l’istante, che si ritiene al contrario vittima di concussione, perpetrata in suo danno dai funzionari pubblici, negando di aver ricevuto alcun indebito vantaggio, ciò che tenterà di dimostrare nel corso del dibattimento, e che non può pertanto ritenersi incontestato.
VIII.1) Anche se le vicende che hanno dato luogo al procedimento penale, nella loro oggettività, coincidono con quelle poste a fondamento dell’esclusione impugnata, il richiedere al Comune di pronunciarsi autonomamente sui relativi fatti, malgrado il pubblico ministero li abbia ritenuti idonei a sostenere l’accusa nel processo penale, non è un inutile formalismo, quanto invece, un’ineludibile garanzia a tutela degli interessi legittimi del privato.
Un procedimento amministrativo, non può infatti consistere nello svolgimento di un’attività difensiva rispetto alle accuse ipotizzate in una richiesta di rinvio a giudizio, né il provvedimento finale può avere ad oggetto la conferma di tale atto, ciò che ha invece sostanzialmente avuto luogo nel caso di specie.
Come detto, l’allegato al verbale di esclusione, richiamata la valutazione dei fatti ascritti alla ricorrente da parte del pubblico ministero, ne ha desunto l’irrimediabile compromissione del rapporto fiduciario, ritenendo pertanto sostanzialmente superfluo effettuare ulteriori accertamenti.
Le condotte contestate alla ricorrente, ai fini della loro rilevanza nell’ambito di una selezione per l’affidamento di un appalto pubblico, dovevano invece essere valutate in un procedimento amministrativo, disciplinato da regole procedimentali e sostanziali, che ne scandiscono le modalità di svolgimento, in ossequio al principio di legalità (T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. III, 6.4.2016, n. 650).
L’aver adottato il provvedimento impugnato sulla base del mero rinvio alle richieste del pubblico ministero, preclude inoltre alla ricorrente la tutela giurisdizionale dei propri interessi legittimi, non potendo infatti il Collegio pronunciarsi sulla legittimità di valutazioni che il Comune non ha effettuato, sostanzialmente rinunciando ad esercitare il suo potere discrezionale, né ovviamente, sindacare quelle formulate nel rinvio a giudizio.
VIII.2) Conseguentemente, oltreché in relazione alla motivazione, il provvedimento impugnato risulta viziato anche sotto l’ulteriore profilo del difetto di istruttoria.
Il Comune di Milano ha infatti comunicato alla ricorrente l’avviso di avvio del procedimento, ex art. 7 L. n. 241/90, richiamando unicamente l’udienza preliminare tenutasi presso il Tribunale di Milano, nell’ambito del procedimento penale, ed evidenziando espressamente che “la circostanza sopradescritta può integrare la previsione di cui all’art. 80 c. 5 lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016”.
Quanto precede, oltre a confermare, ulteriormente e definitivamente, che a fondamento del provvedimento impugnato vi sono solo e soltanto le risultanze del procedimento penale, dimostra inoltre che l’attività istruttoria è stata illegittimamente circoscritta ad un unico oggetto, trattandosi infatti del solo elemento comunicato alla ricorrente, e su cui la stazione appaltante ha richiesto il suo apporto partecipativo.
Al contrario, l’Amministrazione avrebbe dovuto far confluire nel procedimento elementi ulteriori rispetto alla mera richiesta di rinvio a giudizio, come evidenziati nel precedente punto VII.1 e nel successivo, rappresentandoli alla ricorrente, e valutandone i relativi apporti.
IX) Infine, anche in un’ottica conformativa, il Collegio intende dare atto di alcune valutazioni ulteriori, rispetto a quelle aventi strettamente ad oggetto i fatti dedotti in sede penale, che il Comune di Milano avrebbe dovuto effettuare, nel procedimento amministrativo preordinato all’emanazione del provvedimento impugnato.
In particolare, la stazione appaltante avrebbe dovuto ponderare le ragioni che l’hanno indotta, a distanza di sei anni, a “plausibilmente temere il ripetersi di quanto accaduto” nella procedura oggetto dell’inchiesta penale, e ciò che in realtà è emerso in tale sede, in cui detto pericolo non è stato invece ravvisato. Parimenti, il Comune di Milano avrebbe dovuto verificare se talune circostanze sopravvenute, rispetto ai fatti oggetto del procedimento penale, fossero o meno idonee ad incidere sul predetto rischio di recidiva.
Premesso infatti che, anche a fronte di una sentenza passata in giudicato, che abbia accertato la commissione di gravi reati, l’operatore economico può essere escluso dalle gare d’appalto solo per un periodo determinato (ex art. 80 c. 10 D.Lgs. n. 50/2016), e pur avendo il provvedimento impugnato affermato che la ricorrente “non ha fatto nulla per marcare una discontinuità rispetto ai comportamenti avuti all’epoca dei fatti”, lo stesso non ha tuttavia minimamente considerato che il D.Lgs. 231/2001, della cui violazione l’istante era accusata, laddove vi siano “fondati e specifici elementi che fanno ritenere concreto il pericolo che vengano commessi illeciti della stessa indole di quello per cui si procede”, prevede l’adozione di misure cautelari, tra cui, “il divieto di contrattare con la pubblica amministrazione” (art. 45). A tal fine, il pubblico ministero deve presentare al giudice “gli elementi su cui la richiesta si fonda, compresi quelli a favore dell'ente”, ciò che non ha tuttavia avuto luogo nel caso di specie.
Malgrado nel procedimento penale avviato a carico della ricorrente, e posto a fondamento dell’esclusione impugnata, non fosse emerso alcun pericolo attuale di reiterazione degli illeciti, come detto, il provvedimento impugnato lo ha invece ritenuto sussistente, senza tuttavia minimamente considerare che ciò era stato implicitamente escluso dal p.m., che non aveva infatti richiesto al giudice l’adozione delle misure cautelari di cui all’art. 45 cit.
Ulteriormente, dopo aver dato atto che i dipendenti comunali accusati di aver agito in concorso con la società ricorrente sono stati sospesi, il Comune di Milano non ha valutato l’eventuale impatto di tale circostanza sul pericolo di reiterazione di reati analoghi a quelli contestati, ad esempio, considerando l’apporto di tali funzionari alla creazione del “sistema organizzato finalizzato alla sistematica violazione delle finalità pubblica”, citato nel provvedimento impugnato.
In conclusione, il ricorso va pertanto accolto, salvi gli ulteriori provvedimenti dell’Amministrazione.
Quanto alla domanda risarcitoria, sebbene formalmente proposta, la stessa non è stata tuttavia minimamente articolata, essendo pertanto allo stato inammissibile.
Le spese di lite, attesa la novità delle questioni sottoposte, possono essere compensate tra le parti.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e per l’effetto annulla i provvedimenti impugnati, nei termini di cui in motivazione.
Spese compensate, salvo il rimborso del contributo unificato in favore della ricorrente.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare la ricorrente ed il suo ex amministratore.
Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 3 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:
Mauro Gatti, Presidente, Estensore
Fabrizio Fornataro, Consigliere
Rocco Vampa, Referendario

Pubblicato il 19/04/2019
**N. 00586/2019 REG.PROV.COLL.**
**N. 01242/2018 REG.RIC.**

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

sul ricorso numero di registro generale 1242 del 2018, proposto da
OMISSIS s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati OMISSIS;
***contro***
Comune di Viareggio, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Lidia Iascone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
Provincia di Lucca, non costituita in giudizio;
***e con l'intervento di***
*ad adiuvandum*:
OMISSIS a r.l. in liquidazione, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Alessandro Del Dotto, Stefano Genick, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
***per l'annullamento***
- della determinazione dirigenziale n. 858 del 20 luglio 2018, dell'Unità di Staff “Politiche del territorio”, Servizio “Patrimonio e Concessioni Comunali”, del Comune di Viareggio, avente ad oggetto “procedura negoziata per affidamento gestione spiaggia posta in marina di torre del lago con servizio di pulizia, vigilanza, salvataggio a mare e posa in opera di attrezzature LOTTO 2 – CIG 75040499920 – determinazioni”, comunicata a mezzo PEC in data 20 luglio 2018;
- comunicazione della determinazione dirigenziale del Servizio “Centro Unico Gare, Centrale unica di committenza, Provveditorato, Archivio e Protocollo” della Provincia di Lucca, avente ad oggetto la revoca dell'aggiudicazione provvisoria relativa alla “Procedura negoziata per conto Comune di Viareggio appalto concessione gestione della spiaggia in Marina Di Torre del Lago NUOVA INDIZIONE gara lotto2 CIG 7504049920”, comunicata a mezzo PEC in data 6 settembre 2018;
- di tutti gli altri atti presupposti, connessi o consequenziali, ivi inclusi (ove occorrer possa):
a) per derivata illegittimità, la determinazione n. 876 del 27 luglio 2018 dell'Unità di Staff “Politiche del territorio”, Servizio “Patrimonio e Concessioni comunali”, del Comune di Viareggio, avente ad oggetto “affidamento gestione spiaggia posta in marina di torre del lago con servizio di pulizia, vigilanza, salvataggio a mare e posa in opera di attrezzature stagioni balneari 2018 – 2020 nuova indizione procedura aperta LOTTO 2”;
b) per derivata illegittimità, il bando pubblicato dalla Provincia di Lucca in data 13 agosto 2018, avente ad oggetto “Procedura aperta con modalità telematica per conto del Comune di Viareggio per l'appalto della concessione per la gestione della spiaggia posta in Marina di Torre del lago con servizio di pulizia, vigilanza, salvataggio a mare e posa in opera di attrezzature da spiaggia su aree di spiaggia libera in concessione al Comune di Viareggio stagioni balneari 2018-2020 lotto 2”;
e per il risarcimento dei danni subiti e subendi, consistenti nel mancato guadagno sugli introiti esercizio di attività per la ormai trascorsa stagione balneare 2018 e – in caso di non accoglimento della successiva domanda di aggiudicazione – nel lucro cessante calcolato sull'ammontare dei mancati introiti che si realizzeranno per le stagioni 2019 e 2020 e/o per il conseguimento dell'aggiudicazione del contratto di concessione ai sensi e per gli effetti dell'art. 123 del d.lgs. n. 104/2010 e ss.mm.ii.
Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Viareggio;
Visto l’atto di intervento *ad adiuvandum* di OMISSIS a r.l. in liquidazione;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 aprile 2019 il consigliere Luigi Viola e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

La società ricorrente partecipava alla procedura indetta dall’Amministrazione comunale di Viareggio con determinazione dirigenziale 9 maggio 2018, n. 499 ed avente ad oggetto la gestione della spiaggia di Marina di Torre del Lago per le stagioni balneari 2018-2020 con servizio di pulizia, vigilanza e salvataggio a mare e posa in opera di attrezzature da spiaggia; per documentare il possesso dei requisiti previsti dal bando di gara si avvaleva di un contratto d’affitto d’azienda stipulato con la OMISSIS s.c.a.r.l. in liquidazione, in passato affidataria del servizio, nel corso degli anni 2015 e 2016.
Con nota del 12 luglio 2018, la Stazione appaltante Provincia di Lucca (cui erano devolute le operazioni di gara) proponeva l’aggiudicazione alla ricorrente della gara, ma il Comune di Viareggio, con la determina dirigenziale 20 luglio n. 858 dell'Unità di Staff Politiche del territorio, Servizio Patrimonio e Concessioni, determinava di non aggiudicare la procedura, motivando la decisione sulla base della risultanze del D.U.R.C. relativo alla OMISSIS s.c.a.r.l. in liquidazione; di conseguenza, con la determinazione 27 luglio 2018 n. 876 sempre dell’Unità di Staff Politiche del territorio, Servizio Patrimonio e Concessioni del Comune di Viareggio era disposta una nuova procedura di gara che vedeva la partecipazione della ricorrente.
Gli atti meglio specificati in epigrafe erano impugnati dalla ricorrente che articolava censure di: 1) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1 e 3 della L. n. 241/1990 e ss.mm.ii., violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2558 del Codice Civile, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80 e 89 del d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto e in diritto, sviamento; 2) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1 e 3 della L. n. 241/1990 e ss.mm.ii., violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2558 del Codice Civile, violazione e/o falsa applicazione degli artt. 80 e 89 del d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto e in diritto, sviamento; 3) violazione e/o falsa applicazione dell'art. 1 e 3 della L. n. 241/1990 e ss.mm.ii., violazione e/o falsa applicazione dell'art. 2558 del Codice Civile, violazione e/o falsa applicazione dell'art. 32 del d.lgs. n. 50/2016 e ss.mm.ii., eccesso di potere per travisamento dei presupposti in fatto e in diritto, eccesso di potere per incompetenza, sviamento; con il ricorso, erano altresì richiesti il risarcimento dei danni derivanti dall’illegittimo comportamento dell’Amministrazione (quantificati, con solo riferimento al lucro cessante, sulla base del <<valore stimato della concessione, diviso per ciascuno dei tre anni di esercizio della concessione, così ottenendo lo stimato introito di una stagione (ormai persa) pari a circa Euro 170.000,00 (centosettantamila/00)>>) e l’aggiudicazione in forma specifica del contratto *ex* art. 124 c.p.a.
Si costituiva in giudizio l’Amministrazione comunale di Viareggio, controdeducendo sul merito del ricorso; in data 6 dicembre 2018, interveniva in giudizio *ad adiuvandum* la OMISSIS Cooperativa a r.l. in liquidazione, instando per l’accoglimento del ricorso.
Alla pubblica udienza del 17 aprile 2019, la Sezione sollecitava il contraddittorio *ex* art. 73, 3° comma c.p.a. in ordine ad una possibile improcedibilità sopravvenuta delle azioni di annullamento e di aggiudicazione del contratto*ex* art. 124 c.p.a. e tratteneva in decisione il ricorso.
Le azioni di annullamento e di aggiudicazione del contratto *ex* art. 124 c.p.a. devono essere dichiarate improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse.
Come già rilevato nella parte in fatto della sentenza, la ricorrente ha partecipato alla nuova procedura indetta dall’Amministrazione comunale con la determinazione 27 luglio 2018 n. 876 sempre dell’Unità di Staff Politiche del territorio, Servizio Patrimonio e Concessioni del Comune di Viareggio ed un nuovo bando (provvedimenti sempre impugnati con il presente ricorso) e ne è stata esclusa con la determinazione 17 settembre 2018 prot. n. 24778/2018 (doc. n. 10 del deposito dell’Amministrazione comunale resistente) del Servizio Unico Gare, Centrale Unica di committenza, Provveditorato, Archivio e Protocollo della Provincia di Lucca (cui erano devolute, anche in questo caso, le operazioni di aggiudicazione), per mancanza dei requisiti di capacità tecnica richiesti dal bando di gara.
La determinazione di esclusione dalla seconda procedura di aggiudicazione del compendio demaniale non risulta essere stata impugnata dalla ricorrente e si è pertanto consolidata, divenendo definitiva; al di là di ogni considerazione relativa all’esito della quarta procedura di aggiudicazione ancora non definitivamente conclusa (che ha visto la ricorrente aggiudicataria del bene in questione, sia pure per un solo biennio in luogo del triennio previsto dalla procedura che ha originato il presente ricorso), appare pertanto di tutta evidenza come non sussista più alcun interesse alla decisione del ricorso proposto avverso il diniego di aggiudicazione e la successiva indizione della procedura di gara, quando l’interesse della ricorrente a conseguire il bene della vita costituito dalla gestione della spiaggia nel periodo 2018/2020 risulta definitivamente leso per effetto di un provvedimento di esclusione dalla seconda procedura che non risulta impugnato ed è ormai definitivo (non potendo peraltro neanche essere considerato automaticamente caducato per effetto dell’eventuale accoglimento della presente impugnazione).
Quanto sopra rilevato porta poi al rigetto anche dell’istanza risarcitoria proposta dalla ricorrente.
Per quello che riguarda il periodo successivo all’intervento della già richiamata determinazione 17 settembre 2018 prot. n. 24778/2018, il rigetto dell’istanza risarcitoria deriva dall’elementare considerazione relativa al fatto che la lesione deriva da una diversa sequenza procedimentale che risulta del tutto estranea alla presente vicenda.
Per quello che riguarda il periodo antecedente all’intervento della detta determinazione il rigetto dell’azione risarcitoria risulta comunque del tutto pacifico alla luce di una duplice serie di considerazioni.
La prima deriva dalla stessa motivazione posta a base della già richiamata determinazione 17 settembre 2018 prot. n. 24778/2018, come già rilevato, costituita dalla mancanza, in capo alla ricorrente, dei requisiti di capacità tecnica previsti dal bando ed all’assoluta mancanza di una contestazione della circostanza da parte della stessa (anche solo sotto il profilo della contraddittorietà con la positiva valutazione del possesso dei requisiti operata nella precedente procedura di gara); in buona sostanza, è pertanto mancata, nella fattispecie, la dimostrazione, da parte della ricorrente, della possibilità concreta di conseguire il bene della vita posto a base della procedura, sia pure nella logica prognostica propria dell’azione risarcitoria in materia di interessi pretensivi.
La seconda serie di considerazioni attiene alla completa mancata dimostrazione, ad opera della società ricorrente, del pregiudizio derivante dal presunto illegittimo comportamento del Comune di Viareggio.
Una giurisprudenza assolutamente incontroversa ha, infatti, rilevato come, <<secondo la definizione offerta dall'art. 1223 c.c. il danno risarcibile …….si compon(ga) del danno emergente e del lucro cessante, e cioè della diminuzione reale del suo patrimonio, per effetto di esborsi connessi all'inutile partecipazione al procedimento, e della perdita di un'occasione di guadagno o, comunque, di un'utilità economica connessa all'adozione o all'esecuzione del provvedimento illegittimo; peraltro, se per la prima voce di danno (quello emergente) non si pongono particolari problemi nell'assolvimento dell'onere della prova, essendo sufficiente documentare le spese sostenute, per la seconda (lucro cessante) l'interessato, per avere accesso al risarcimento, deve dimostrare non solo che la sua sfera giuridica ha subito una diminuzione per effetto dell'atto illegittimo, ma anche che non si è accresciuta nella misura che avrebbe raggiunto se il provvedimento viziato non fosse stato adottato o eseguito>> (Cons. Stato, sez. V, 3 settembre 2013 n. 4376; 15 luglio 2013 n. 3781; 21 giugno 2013 n. 3405; sez. VI, 14 novembre 2012 n. 5747).
Del resto, il mancata adempimento dell’onere della prova non può essere certo surrogato dal ricorso al cd. soccorso istruttorio del Giudice (limitato ai dati fattuali che non siano nell’immediata disponibilità della parte: Cons. Stato, sez. V, 2 maggio 2013 n. 2388) o al potere equitativo di liquidazione ex artt. 2056 e 1226 c.c. (previsioni che trovano applicazione solo nel caso di impossibilità del ricorrente di fornire la prova del quantum: Cons. Stato, sez. V, 15 luglio 2013 n. 3781).
Analogamente ad altre fattispecie decise da altre Sezioni di questo T.A.R. (per tutte T.A.R. Toscana, sez. II, 15 luglio 2016, n. 1187 che risulta condivisibile e può essere richiamata anche in funzione motivazionale della presente decisione), la società ricorrente si è limitata ad operare un generico riferimento al <<valore stimato della concessione, diviso per ciascuno dei tre anni di esercizio della concessione, così ottenendo lo stimato introito di una stagione (ormai persa) pari a circa Euro 170.000,00 (centosettantamila/00)>>); il valore stimato della concessione è però cosa assai diversa dal mancato guadagno che rappresenta un dato economico completamente diverso e risultante dalla differenza contabile tra le entrate e le spese, necessarie per la produzione del bene o servizio prodotto dall’impresa.
Con riferimento a questo secondo elemento (costi di impresa) necessario per l’individuazione della redditività dell’attività ed in definitiva, del possibile pregiudizio economico subito dall’impresa nulla è stato dimostrato in giudizio dall’impresa ricorrente (che sola aveva a propria disposizione i dati contabili necessari) e pertanto non è possibile alla Sezione, neanche in via presuntiva (alla fattispecie, sono, infatti, inapplicabili gli ordinari elementi di quantificazione presuntiva utilizzati nel settore dei lavori pubblici), procedere all’individuazione del pregiudizio risarcibile.
In definitiva, le azioni di annullamento e di aggiudicazione in forma specifica del contratto devono essere dichiarate improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse, mentre l’azione risarcitoria deve essere respinta, come da motivazione; sussistono ragioni per procedere alla compensazione delle spese tra le parti.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto:
a) dichiara improcedibili le azioni di annullamento e di aggiudicazione in forma specifica del contratto;
b) respinge l’azione risarcitoria, come da motivazione.
Compensa le spese di giudizio tra le parti.
Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 17 aprile 2019 con l'intervento dei magistrati:
Luigi Viola, Presidente FF, Estensore
Raffaello Gisondi, Consigliere
Giovanni Ricchiuto, Consigliere