**SENTENZE OGGIPA**

Pubblicato il 17/02/2020
**N. 01212/2020REG.PROV.COLL.**
**N. 02595/2019 REG.RIC.**

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

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 2595 del 2019, proposto da
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato Maurizio Boifava, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;
***contro***
-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall’avvocato Andrea Di Lascio, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;
-OMISSIS-, non costituita in giudizio;
***nei confronti***
-OMISSIS-, in proprio e quale mandataria del RTI con -OMISSIS-, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall’avvocato Luca Raffaello Perfetti, con domicilio digitale come da PEC Registri di Giustizia;
-OMISSIS-, OMISSIS s.r.l., non costituite in giudizio;
***per la riforma***
della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia (sezione prima), n. -OMISSIS-, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello;
Visto l’atto di costituzione in giudizio del -OMISSIS-;
Visto l’atto di costituzione in giudizio di -OMISSIS-;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell’udienza pubblica del 14 novembre 2019 il Cons. Anna Bottiglieri e uditi per le parti gli avvocati Boifava, Caracciolo su delega di Di Lascio e Cassano su delega di Perfetti;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO**

La -OMISSIS- bandiva una procedura aperta per l’affidamento quinquennale dei servizi integrati di igiene urbana nel territorio del -OMISSIS-, che si concludeva con l’aggiudicazione del 30 novembre 2018 a favore del raggruppamento temporaneo di imprese tra -OMISSIS-, mandataria, -OMISSIS-.
-OMISSIS-, gestore uscente secondo classificato, impugnava l’aggiudicazione e gli atti presupposti con ricorso e motivi aggiunti proposti innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Lombardia, sezione staccata di Brescia. Domandava: l’annullamento degli atti gravati; l’ostensione integrale *ex* art. 116 Cod. proc. amm. di una comunicazione di -OMISSIS-del 18 settembre 2018, che aveva informato la stazione appaltante di aver appreso, dopo aver proposto istanza di partecipazione alla gara, di una condanna *ex* art. 444 Cod. proc. pen. a carico del presidente del suo collegio sindacale, poi dimessosi, che la stazione appaltante le aveva inviato in forma secretata; la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato nelle more con il RTI controinteressato; il subentro nello stesso; in via subordinata, il risarcimento del danno per equivalente.
Nel giudizio così proposto si costituivano in resistenza il -OMISSIS- e -OMISSIS- in proprio e quale mandataria del RTI aggiudicatario.
L’adito Tribunale (sezione prima), con sentenza n. -OMISSIS-, respingeva l’impugnativa ritenendola in parte inammissibile e in parte infondata e dichiarava la sopravvenuta carenza di interesse in relazione all’istanza *ex* art. 116 Cod. proc. amm., perchè l’Amministrazione aveva spontaneamente depositato in giudizio la comunicazione oggetto di richiesta in forma integrale; condannava -OMISSIS- alle spese di lite in favore di entrambe le parti resistenti.
Il primo giudice, in estrema sintesi:
- riteneva tardivi ai sensi dell’art. 120, comma 2-*bis* Cod. proc. amm. i primi due motivi dell’atto introduttivo del giudizio, volti all’esclusione dell’aggiudicataria (per atipicità del proposto raggruppamento; per falsa/omessa dichiarazione *ex* art. 80, comma 5, lett. c) e f-*bis*), d.lgs. 50/2016);
- riteneva infondato il terzo motivo, ritenendo che l’omessa indicazione nell’offerta tecnica dei profili professionali di parte del personale che l’aggiudicataria intendeva coinvolgere nel servizio non era una carenza essenziale;
- riteneva infondati il quarto e il quinto motivo, afferenti al giudizio di congruità dell’offerta dell’aggiudicataria e alla competenza allo svolgimento del relativo subprocedimento, rilevando l’insindacabilità della discrezionalità amministrativa esercitata dalla commissione di gara nell’effettuare le relative valutazioni, di cui era stata espressamente officiata dalla *lex specialis*;
- respingeva, senza esaminare l’eccezione preliminare di tardività svolta da -OMISSIS- i motivi aggiunti che all’esito della completa conoscenza della predetta comunicazione 18 settembre 2018 ribadivano l’illegittimità della mancata esclusione di -OMISSIS- ai sensi dell’articolo 80, comma 1, lett, b) e b-*bis*), ritenendo immune da mende il giudizio di non rilevanza del precedente emesso dalla stazione appaltante sull’affidabilità del concorrente.
-OMISSIS- ha appellato la predetta sentenza, deducendo: 1) *Error in iudicando* in relazione alla reiezione del motivo aggiunto, anche sesto motivo, per violazione degli artt. 80 del d. lgs. 50/2016 e 46, 47 e 76 del d.P.R. 445/2000 nonché delle linee guida Anac n. 6, motivazione perplessa, contraddittoria e travisante; 2) *Error in iudicando* in relazione alla reiezione del quarto motivo per violazione dell’art. 97 del d. lgs. 50/2016, motivazione perplessa, contraddittoria e travisante; 3) *Error in iudicando* in relazione alla reiezione del quinto motivo per violazione degli artt. 31, 77 e 97 del d. lgs. 50/2016 e delle linee guida Anac n. 3, motivazione perplessa, contraddittoria e travisante; 4) *Error in iudicando* in relazione alla dichiarazione di inammissibilità dei primi due motivi, violazione dell’art. 120, comma 2-*bis* del d. lgs. 104/2010. Ha concluso per la riforma della sentenza impugnata e l’accoglimento del suo ricorso di primo grado.
-OMISSIS- in qualità di mandataria del RTI aggiudicatario, ha proposto ricorso incidentale, con il quale, dedotto *error in iudicando*, violazione e falsa applicazione dell’art. 120, comma 2-*bis* Cod. proc. amm., ha sostenuto l’erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui non ha ritenuto irricevibili per tardività anche dei motivi aggiunti.
Il -OMISSIS- si è costituito in resistenza, illustrando l’infondatezza dell’appello principale e chiedendone la reiezione.
Con memoria depositata il 14 maggio 2019 -OMISSIS-ha chiesto lo stralcio dagli atti di giudizio degli estratti di una precedente memoria di -OMISSIS- riguardanti atti di indagini ancora in corso, perché inconferenti e lesivi della *privacy* dei soggetti coinvolti e dell’immagine del gruppo societario cui essa appartiene, in rispetto del principio di correttezza processuale e dei doveri di lealtà e probità di cui all’art. 88 Cod. proc. civ..
Con ordinanza n. -OMISSIS-la Sezione ha accolto l’istanza cautelare dell’appellante principale, sospendendo per l’effetto l’esecutività della sentenza appellata.
Tutte le parti hanno affidato a memorie e repliche lo sviluppo delle proprie argomentazioni difensive e la confutazione di quelle avverse.
La causa è stata indi trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 14 novembre 2019.

**DIRITTO**

*1.* Sia l’appellante principale -OMISSIS- che l’appellante incidentale -OMISSIS-lamentano gli errori, di rito e di merito, in cui sarebbe incorsa la sentenza impugnata nell’apprezzamento delle censure svolte da -OMISSIS-, in ordine all’illegittimità, per violazione dell’art. 80 del d.lgs. 50/2016, dell’ammissione di -OMISSIS-alla gara di cui in fatto e della conseguente aggiudicazione disposta in suo favore.
Il punto va immediatamente affrontato, trattandosi di una questione suscettibile, se fondata, di condurre all’accoglimento dell’appello principale.
*2.* Occorre quindi illustrare che -OMISSIS- ha formulato la censura in parola nel secondo motivo del suo ricorso di primo grado, sulla base di un atto trasmessole dal -OMISSIS- in forma secretata. Si tratta della comunicazione 18 settembre 2019, con cui -OMISSIS- prima della seduta del seggio di gara dedicata alla definitiva ammissione dei concorrenti, ha informato la stazione appaltante di aver appreso, solo dopo la presentazione della domanda di partecipazione alla procedura, dell’esistenza di una condanna *ex* art. 444 Cod. proc. pen. a carico del presidente dimissionario del suo collegio sindacale, rappresentando le iniziative adottate al riguardo.
Nel corso del giudizio di primo grado, il Comune ha spontaneamente depositato in giudizio tale comunicazione in forma integrale, di cui -OMISSIS- aveva chiesto l’esibizione *ex* art. 116 Cod. proc. amm..
-OMISSIS- ha allora avanzato mediante motivi aggiunti una pretesa identica a quella originariamente azionata *ex* comma 5, lett. c) e f-*bis*) dell’art. 80 del d.lgs. 50/2016: l’esclusione di -OMISSIS-dalla gara a causa della predetta vicenda penale. Ha ampliato peraltro il titolo della relativa censura, invocando anche il comma 1, lett, b) e b-*bis* della stessa disposizione.
La sentenza appellata ha ritenuto tardivo il secondo motivo di ricorso e, senza esaminare l’eccezione di tardività al riguardo spiegata da -OMISSIS- ha esaminato nel merito i mezzi aggiunti, respingendoli.
In relazione alle censure svolte negli appelli in esame su tali statuizioni, va stabilito, nell’ordine: se anche i motivi aggiunti di -OMISSIS- erano tardivi, come sostiene -OMISSIS-nell’unico motivo del suo appello incidentale; se il secondo motivo di ricorso di -OMISSIS- era tempestivo, come sostiene -OMISSIS- nell’appello principale; in ogni caso, se la sentenza appellata è incorsa in errore respingendo i motivi aggiunti di -OMISSIS-, come pure sostenuto da quest’ultima nell’appello principale.
*3.* Per affrontare i primi due quesiti, va evidenziato che nella causa in esame trova applicazione l’art. 120, comma 2-*bis* Cod. proc. amm., che ha introdotto nella materia che occupa il rito c.d. “super-accelerato”, “super-speciale” o “sulle ammissioni ed esclusioni”, disposizione abrogata dall’art. 1, comma 22, lett. a) del d.l. 18 aprile 2019, n. 32, convertito dalla l. 14 giugno 2019, n. 55, che ha disposto (comma 23) che la norma abrogatrice si applica ai processi iniziati dopo l’entrata in vigore della legge di conversione (18 giugno 2019), novero in cui non rientra l’impugnativa di -OMISSIS-, proposta nel gennaio 2019.
Tanto chiarito, si rammenta che l’art. 120, comma 2-*bis* recita che “*Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell’articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici […] L’omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l’illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale*”).
Il predetto meccanismo, la cui finalità era quella di “cristallizzare” la platea dei partecipanti alla gara pubblica mediante la previsione di un giudizio atto a definire ogni relativa questione prima dell’esame delle offerte e dell’aggiudicazione (Cons. Stato, Ad plen. n. 4 del 2018), ha determinato la necessità di definire con esattezza il momento della conoscenza da parte degli interessati degli atti idonei a far decorrere il breve termine di impugnativa di cui trattasi.
A tanto ha provveduto l’art. 29 del Codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. 50 del 2016. L’articolo - la cui formulazione attuale è frutto delle modifiche apportate dal già citato d.l. 32/2019 in conseguenza dell’abrogazione del rito super-accelerato - nella versione originaria stabiliva le modalità di pubblicazione da parte della stazione appaltante degli atti conclusivi della predetta fase ai fini della eventuale proposizione del “*ricorso ai sensi dell’articolo 120 del codice del processo amministrativo*”. Il decreto correttivo del Codice dei contratti pubblici di cui al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 aveva poi emendato la disposizione, introducendovi, tra l’altro, un nuovo periodo, prevedente che il termine per l’impugnazione dei provvedimenti che determinano le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all’esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali “*decorre dal momento in cui gli atti* […] *sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione*”.
Per effetto della novella, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato si è prevalentemente orientata nel senso di escludere l’applicabilità del rito super-accelerato in carenza della pubblicazione dei provvedimenti di ammissione ed esclusione dalla gara nelle forme previste dall’art. 29 del Codice dei contratti pubblici, ritenuta la sola formalità in grado di fare decorrere il relativo termine decadenziale e, come tale, insuscettibile di essere supplita dalla conoscenza *aliunde* acquisita degli stessi provvedimenti (da ultimo, Cons. Stato, V, 22 ottobre 2019, n. 7187; III, 17 giugno 2019, n. 4025; V, 15 maggio 2019, n. 3151; 22 marzo 2019, n. 1923; III, 25 febbraio 2019, n. 1312; V, 11 febbraio 2019, n. 985; V, 21 novembre 2018, n. 6574). L’opzione ha comportato il riconoscimento dell’inapplicabilità alla materia *de qua* delle regole generali sulla conoscibilità dell’atto amministrativo e della sua lesività (art. 41, comma 2 e 120, comma 5, ultima parte Cod. proc. amm.). Alcune decisioni hanno anche evidenziato che le modifiche apportate all’art. 29 del Codice dei contratti pubblici dal citato decreto correttivo hanno avuto carattere meramente esplicativo della interdipendenza che previsione normativa ha sin da subito posto tra l’adempimento da parte della stazione appaltante delle previste formalità pubblicitarie e il rito super-accelerato (espressamente, Cons. Stato, III, 29 marzo 2019, n. 2079; implicitamente, V, 8 gennaio 2019, n. 173).
Del resto, anche la Corte di Giustizia, con ordinanza 14 febbraio 2019 resa nella causa C-54/18, nel ritenere la compatibilità del rito in parola con i principi di diritto euro-unitario stabiliti per le procedure di ricorso contro atti di procedure di affidamento di contratti pubblici, ha sottolineato la necessità che i provvedimenti emessi nella fase delle ammissioni fossero accompagnati dall’esposizione dei motivi pertinenti, così da garantire la conoscenza da parte degli interessati dei vizi di legittimità eventualmente verificatisi nella stessa fase.
In ogni caso, un consistente orientamento giurisprudenziale ha escluso la possibilità, precedentemente dibattuta, di ritenere equipollente alla pubblicazione la presenza di un rappresentante dell’impresa concorrente alla seduta di gara in cui l’ammissione è stata disposta (da ultimo, Cons. Stato, III, 17 giugno 2019, n. 4025; 25 febbraio 2019, n. 1312; V, 15 maggio 2019, n. 3151; 5 aprile 2019, n. 2243; 11 febbraio 2019, n. 985; 27 dicembre 2018, n. 7256; 7 novembre 2018, n. 6292; 22 ottobre 2018, n. 6005).
Un opposto orientamento, a cui ha aderito la sentenza appellata, ha invece ammesso la decorrenza del termine breve di impugnativa in relazione alla piena conoscenza dell’atto *aliunde* acquisita (Cons. Stato, VI, 9 luglio 2018, n. 4180; 13 dicembre 2017, n. 5870; V, 23 marzo 2018, n. 1843)*.*
*4.* A questo punto va evidenziato che per affermare la tardività della censura con cui -OMISSIS- aveva contestato nel ricorso introduttivo del giudizio (secondo motivo) l’ammissione alla gara di -OMISSIS-il primo giudice ha rilevato:
a) che la stazione appaltante non aveva effettuato la pubblicazione sul sito dei provvedimenti di ammissione ai sensi dell’art. 29 del d.lgs. 50/2016;
b) che tali determinazioni erano state assunte nella seduta pubblica del 21 settembre 2018, alla presenza dei rappresentanti delle parti e previa disamina di tutta la documentazione pervenuta;
c) che le stesse erano state comunicate individualmente ai concorrenti via PEC tramite la piattaforma SINTEL nella stessa data;
d) che il 12 novembre 2018 era stata inviata a -OMISSIS- tutta la documentazione relativa all’aggiudicazione provvisoria a favore di -OMISSIS-
e) che la comunicazione di -OMISSIS-relativa al precedente penale emerso a carico del presidente del suo collegio sindacale era stata trasmessa a -OMISSIS- il 20 novembre 2018.
Sulla base di tali presupposti, e chiarito di aderire al precitato orientamento secondo cui la piena conoscenza dell’atto di ammissione della controinteressata, acquisita prima o anche in assenza della sua pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante, può provenire da qualsiasi fonte e determina la decorrenza del termine decadenziale per la proposizione del ricorso mediante il rito super-accelerato, il primo giudice ha ritenuto che l’onere di immediata impugnazione del provvedimento di ammissione del RTI capeggiato da -OMISSIS-era decorso “quanto meno” dal 20 novembre 2018, data in cui la stazione appaltante aveva trasmesso a -OMISSIS- la comunicazione 18 settembre 2018 della stessa -OMISSIS- mentre il ricorso di -OMISSIS- era stato notificato solo il 28 dicembre 2018; da cui la tardività del motivo che aveva contestato l’illegittimità dell’ammissione in gara di -OMISSIS-
Il primo giudice ha poi esaminato nel merito, respingendola, la stessa censura proposta con motivi aggiunti, senza previamente delibare sull’eccezione di tardività al riguardo spiegata da -OMISSIS-
*5.* Tanto chiarito, il Collegio può passare, secondo l’ordine logico rappresentato al precedente capo 2, all’esame congiunto dell’appello incidentale di -OMISSIS- che sostiene che anche i motivi aggiunti di -OMISSIS-, come il secondo motivo del ricorso cui accedono, avrebbero dovuto essere dichiarati tardivi anziché respinti, e del quarto motivo dell’appello principale di -OMISSIS-, che sostiene, di contro, la tempestività del suo secondo motivo, dichiarato tardivo.
*5.1.* L’appello incidentale di -OMISSIS-è infondato.
Il bando in esame è stato spedito per la pubblicazione il 20 giugno 2018.
Viene pertanto in rilievo nella fattispecie l’art. 29, comma 1 del Codice dei contratti pubblici nella versione emendata dal d.lgs. n. 56 del 2017, vigente dal 20 maggio 2017 al 18 aprile 2019, che stabilisce che “*Il termine per l’impugnativa di cui al citato articolo 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione*”, nonché la giurisprudenza richiamata al precedente capo 3, cui il Collegio convintamente aderisce, che esclude la possibilità di ritenere equipollente agli adempimenti pubblicitari di cui al detto art. 29, comma 1 – che nella specie, pacificamente, non sono stati assolti – la presenza di un rappresentante dell’impresa concorrente alla seduta di gara in cui l’ammissione è stata disposta.
Va data in particolare continuità al principio, ripetutamente affermato da questo Consiglio di Stato (da ultimo, V, 5 aprile 2019, n. 2243; 8 gennaio 2019, n. 173; 21 novembre 2018, n. 6574; 7 novembre 2018, n. 6292) che ha escluso che l’eventuale presenza di un delegato di un concorrente alla seduta di gara deliberativa delle ammissioni possa fare decorrere il termine decadenziale per proporre il ricorso *ex* art. 120, comma 2-*bis* Cod. proc. amm., dovendosi, invece, a questo fine farsi esclusivo riferimento alla data di pubblicazione sul profilo del committente dei provvedimenti relativi a questa fase, ai sensi dell’art. 29 del Codice dei contratti pubblici (Cons. Stato, V, 29 ottobre 2018, n. 6139; 8 giugno 2018, n. 3481; III, 8 febbraio 2018, n. 1765), in quanto le ragioni di questo orientamento restrittivo riposano sul carattere speciale, derogatorio, e pertanto di stretta interpretazione, del “rito super speciale” sulle ammissioni ed esclusioni, in relazione al quale sono tassativamente richieste le formalità pubblicitarie prima richiamate e in difetto delle quali “l’impresa sarebbe costretta a produrre un ricorso al buio” (così, Cons. Stato, III, 26 gennaio 2018, n. 565).
E’ quindi da respingere la tesi di -OMISSIS-laddove fondata sulla presenza di rappresentanti di -OMISSIS- alla seduta di gara del 21 settembre 2018, anche a prescindere dal contenuto di quanto esaminato dalla commissione valutatrice in tale seduta.
Anche gli ulteriori elementi evidenziati da -OMISSIS-non convincono.
In particolare, l’invio del 12 novembre 2018 a -OMISSIS- della documentazione relativa all’aggiudicazione provvisoria della gara non poteva far sorgere alcun dubbio in capo alla società sulla legittimità della presupposta ammissione, in quanto non risulta che -OMISSIS-, alla stessa data, avesse la disponibilità della comunicazione di -OMISSIS-18 settembre 2018 relativa al predetto precedente penale.
Quanto, invece, alla trasmissione a -OMISSIS- della comunicazione in parola, avvenuta il 20 novembre 2018, basti osservare che il documento è stato trasmesso in forma secretata, ovvero “omissando” il titolo di reato imputato al presidente del collegio sindacale di -OMISSIS-*ex* 444 Cod. proc. civ., elemento che alla luce dell’art. 80 del Codice dei contratti pubblici non è di poco rilievo.
Tale circostanza esclude che, come sostenuto da -OMISSIS-nell’appello incidentale, alla data del 20 novembre 2018, “*la ricorrente aveva perfettamente contezza delle presunte cause di esclusione del RTI aggiudicatario*”: tale contezza è infatti avvenuta solo il 14 gennaio 2019, quando la stazione appaltante ha depositato spontaneamente in giudizio tale comunicazione in versione integrale, ciò che ha consentito a -OMISSIS- di apprezzare appieno i possibili riflessi delle circostanze ivi indicate in ordine alla partecipazione di -OMISSIS-alla gara.
E rispetto a tale data, i motivi aggiunti, proposti da -OMISSIS- il 31 gennaio 2019, sono tempestivi (art. 120, comma 5, Cod. proc. amm.).
Non è infine decisivo il rilievo di -OMISSIS-che la comunicazione “omissata” non ha impedito a -OMISSIS- di proporre il motivo dell’atto introduttivo del giudizio relativo alla omissione/falsità della dichiarazione *ex* art. 80 d.lgs. 50/2016 presentata in gara da di -OMISSIS- A prescindere dalla tempestività o meno di tale motivo, su cui in immediato seguito, si tratta, infatti, proprio di quella tipologia di impugnazione, avente finalità cautelativa in vista della possibile decorrenza dei termini decadenziali della domanda demolitoria, e che la sopra richiamata giurisprudenza definisce “al buio”, cui il concorrente è costretto a ricorrere in carenza di una compiuta conoscenza dei presupposti di fatto e di diritto e delle ragioni degli atti amministrativi avverso i quali intende ricorrere, e che non soddisfa il suo diritto di difesa, se non seguita da ulteriori contestazioni da formularsi all’esito dell’accesso a tali elementi. Si tratta, in altre parole, dello scenario che il rito super-accelerato intendeva evitare, e che si è manifestato nel caso di specie a causa della non corretta applicazione del principio di trasparenza nella fase dell’ammissione dei concorrenti alla gara *de qua* da parte della stazione appaltante.
Pertanto, in definitiva, -OMISSIS-non può fondatamente dolersi che il primo giudice abbia esaminato nel merito i motivi aggiunti di -OMISSIS- (peraltro respingendoli) invece che dichiararli tardivi.
*5.2.* Il quarto motivo dell’appello principale di -OMISSIS- è, di contro, meritevole di positiva valutazione.
In particolare, sono condivisibili le censure che -OMISSIS- indirizza avverso la parte della sentenza impugnata che ha dichiarato la tardività del secondo motivo del suo ricorso originario, facendo erroneamente decorrere il termine di impugnazione dell’ammissione di -OMISSIS-“quantomeno” dal 20 novembre 2018.
In particolare, alla luce dei principi e delle considerazioni svolte ai precedenti capi 3 e 5.1, l’atto introduttivo del giudizio di -OMISSIS- era ricevibile anche relativamente ai due primi motivi (e segnatamente al secondo), rientranti nell’ambito di applicazione dell’art. 120, comma 2-*bis*Cod. proc. amm., perché l’inosservanza da parte della stazione appaltante degli oneri pubblicitari previsti dall’art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016, nel testo applicabile *ratione temporis*, è come visto di ostacolo alla decorrenza del termine breve di impugnazione previsto dal rito super-accelerato.
In ogni caso, poi, la conclusione del primo giudice non convince anche volendo considerare l’orientamento giurisprudenziale cui il medesimo ha dichiarato di aderire, atteso che la “piena conoscenza” valorizzata da tale orientamento non può dirsi integrata in capo a -OMISSIS- alla data del 20 novembre 2018 considerata nella sentenza appellata: a tale data la società non era infatti stata posta in grado di avere esatta cognizione della vicenda penale che aveva interessato il presidente dell’organo sindacale di -OMISSIS- perchè la comunicazione 18 settembre 2018 di -OMISSIS-ricevuta dalla stazione appaltante le era stata trasmessa in forma “omissata” in relazione a uno dei suoi elementi essenziali, ovvero al titolo di reato oggetto di sentenza *ex* art. 444 Cod. proc. pen..
Solo quando la stazione appaltante ha versato in atti il documento in forma integrale -OMISSIS- ha potuto apprendere quale fosse l’imputazione penale (bancarotta fraudolenta, artt. 216, 219 e 223 d.P.R. 267/1942; false comunicazioni sociali, art. 2621 Cod. civ.) e la pena comminata all’*ex* presidente del collegio sindacale di -OMISSIS-(reclusione di anni uno e mesi sei, con la concessione del beneficio della sospensione condizionale).
Indi, il primo giudice avrebbe dovuto in ogni caso considerare la regola generale secondo cui, per l’impugnazione dei provvedimenti di ammissione, è necessario conoscere i contenuti della documentazione presentata dall’operatore economico (tra altre, Cons. Stato, V, 31 ottobre 2018, n. 6187; IV, 21 marzo 2016, n. 1135; V, 15 gennaio 2013, n. 170; V, 5 novembre 2012, n. 5588; III, 13 maggio 2012, n. 2993; IV, 2 settembre 2011, n. 4973; V, 25 luglio 2011, n. 4454).
Del resto, di tale regola lo stesso giudice sembra aver fatto applicazione esaminando nel merito i motivi aggiunti di -OMISSIS-.
*6.* Le conclusioni appena raggiunte conducono alla riforma della sentenza appellata nella parte in cui ha dichiarato tardivo il secondo motivo dell’atto introduttivo del giudizio di -OMISSIS-.
*7.* Occorre quindi esaminare, sempre nell’ambito del percorso delineato al precedente capo 2, il primo motivo dell’appello principale, con cui -OMISSIS- sostiene l’erroneità della sentenza nella parte in cui ha respinto i suoi motivi aggiunti.
*7.1.* Il primo giudice ha ritenuto legittima l’ammissione alla gara di -OMISSIS-pur in presenza del predetto precedente penale carico del presidente del collegio sindacale della società, non risultante dal casellario giudiziale, valorizzando i seguenti elementi: che la società, incolpevolmente, ne aveva appreso l’esistenza solo dopo aver presentato la domanda di partecipazione alla gara e ne aveva dato immediata informazione al seggio di gara; che la società aveva adottato adeguate misure di dissociazione dalla condotta penalmente rilevante, estranea alla società; che la società, in quanto partecipata totalitariamente da una s.p.a., a sua volta avente come socio unico altra s.p.a. quotata in borsa, “è dotata del massimo livello delle procedure di verifica e controllo dei propri partecipanti”.
*7.2.* Le censure che -OMISSIS- ha formulato avverso tali argomentazioni sono fondate.
*7.3.* Il primo giudice ha ritenuto che gli elementi rappresentati da -OMISSIS-fossero rispondenti a quanto richiesto dal comma 7 dell’art. 80 del d.lgs. 50/2016 (che stabilisce che “*Un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi* *ovvero abbia riconosciuto l’attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, è ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall’illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti*”).
Ma la fattispecie era estranea all’istituto della dissociazione considerato dal primo giudice.
E’ infatti principio ripetuto nella giurisprudenza formatasi nella vigenza del precedente Codice dei contratti pubblici, e ribadito anche con riferimento al nuovo Codice, che nelle procedure a evidenza pubblica preordinate all’affidamento di un appalto l’omessa dichiarazione da parte del concorrente di tutte le condanne penali eventualmente riportate (sempreché per le stesse non sia già intervenuta una formale riabilitazione), anche se attinenti a reati diversi da quelli contemplati nell’art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016, può giustificare senz’altro l’esclusione dalla gara, traducendosi in un impedimento per la stazione appaltante di valutarne la gravità (Cons. Stato, 13 marzo 2019, n. 1649, che cita, *ex multis*, Cons. Stato, IV, 29 febbraio 2016, n. 834; V, 29 aprile 2016, n. 1641; 27 luglio 2016, n. 3402; 2 dicembre 2015, n. 5451; III, 28 settembre 2016, n. 4019).
La mancata indicazione delle condanne rilevanti ai sensi dell’art. 80 del d.lgs. 50/2016 costituisce indi autonoma causa di esclusione, comportando l’impossibilità della stazione appaltante di valutare consapevolmente l’affidabilità del concorrente, che opera per il tramite dei suoi organi, e di dare in tal modo applicazione alla regola che impone la presenza del requisito dell’onorabilità sin dalla proposizione dell’offerta e per tutta la durata della gara e del rapporto (in caso di aggiudicazione), senza soluzione di continuità. Per converso, l’attività di dissociazione non può giammai assumere valore esimente con riferimento agli amministratori in carica al momento di presentazione della domanda di partecipazione (Cons. Stato, V, 7 giugno 2017, n. 2727; III, 1° luglio 2015, n. 3274).
Non è poi significativa l’assenza di coscienza e volontà da parte di -OMISSIS-nell’omissione dichiarativa, pure valorizzata dal primo giudice: ai fini della sussistenza o meno della fattispecie di cui all’art. 80, comma 5, lett. f-*bis* del d.lgs. n. 50 del 2016 rileva infatti esclusivamente il fatto materiale e oggettivo del falso, a prescindere dunque dall’*animus* soggettivo che l’ha ispirato, tant’è che la disposizione attribuisce attribuito al dolo o alla colpa ai soli fini dell’ulteriore adozione, da parte dell’Anac, di sanzioni di carattere interdittivo (art. 80, comma 12).
Non trovano pertanto applicazione in materia gli istituti - di derivazione penalistica - del falso innocuo e del falso inutile (*ex multis*, Cons. Stato, IV, 7 luglio 2016, n. 3014), la completezza delle dichiarazioni costituendo, in materia di pubblici appalti, un autonomo valore da perseguire, in quanto strumentale alla celere decisione in ordine all’ammissione dell’operatore economico alla procedura: proprio per tale motivo, ai sensi dell’art. 80, una dichiarazione falsa o incompleta è di per sé inaffidabile, anche al di là delle effettive intenzioni del suo autore; non è pertanto decisivo ai fini di cui si discute che la società, nel rendere a suo tempo la dichiarazione per cui è causa, abbia fatto incolpevolmente affidamento sul certificato del casellario giudiziale dell’*ex* presidente del collegio sindacale, dal quale non risultava alcun precedente.
Da quanto sopra deriva l’infondatezza delle difese con cui il -OMISSIS- sostiene che, siccome la condanna in parola consiste in una pena non superiore ai 18 mesi, e considerando ulteriormente che l’esistenza del precedente penale (volutamente celato dall’interessato) è stata comunicata da -OMISSIS-non appena questa ne è venuta a conoscenza, la società era ammessa a provare, ai sensi del combinato disposto dei commi 7 e 8 dell’art. 80 del Codice dei contratti pubblici e al fine di evitare l’esclusione dalla gara, di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.
*7.4.* Quanto appena osservato conduce già di per sé all’accoglimento del primo motivo dell’appello principale di -OMISSIS-, avente valenza assorbente di ogni altra censura dalla medesima proposta.
*7.5.* Non appare però superfluo segnalare che la sentenza appellata, illustrati al capo 5.2 i già citati elementi difensivi rappresentati da -OMISSIS- li ha fatti propri al capo successivo, con la locuzione “*sulla scorta di tali elementi*…” che precede la valutazione di infondatezza delle censure di -OMISSIS-, e che così facendo, il primo giudice è incorso, innanzitutto, in un errore sul fatto, validando, mediante la descritta tecnica espositiva, l’affermazione di -OMISSIS-di aver “risolto” il rapporto con il presidente del suo collegio sindacale non appena conosciuto il precedente penale: emerge infatti incontestatamente dal fascicolo di causa e costituisce fatto esposto anche nella comunicazione 18 settembre 2018 che quest’ultimo ha presentato le dimissioni dalla carica rivestita in seno alla società il 9 agosto 2018.
Da tale errore discende un errore ulteriore, che colpisce quella che, nella rappresentazione della sentenza (nella parte in cui, come detto, recepisce acriticamente le argomentazioni di -OMISSIS-, è la principale misura dissociativa che è stata (erroneamente) attribuita alla società: la “risoluzione” del rapporto con il predetto soggetto e l’adozione delle “misure organizzative necessarie alla ricostituzione dell’organo” cui egli precedentemente partecipava.
Infatti, per quanto sopra, non è ravvisabile il ruolo attivo esercitato dalla società nell’allontanamento di tale soggetto evocato dalla medesima (anche nelle memorie difensive qui proposte) con il riferimento a una “risoluzione” giammai avvenuta, mentre la ricostituzione dell’organo si rivela una mera e necessaria conseguenza delle dimissioni presentate dal soggetto stesso.
Sicchè, le iniziative rappresentate in giudizio da -OMISSIS-– anche laddove esse potessero essere qualificate come misure dissociative, il che, come visto, non è – si riducono, in sostanza, alla denuncia penale sporta dalla società in relazione alle “false certificazioni” rese dall’*ex* presidente del collegio sindacale in occasione delle autocertificazioni periodiche, atteso che, come ulteriormente chiarito da -OMISSIS-nella memoria depositata il 14 maggio 2019 (pag. 5, punto c), la società non ha neanche avviato azione volta a ottenere il risarcimento del danno, ritenendo che “*un danno attuale e concreto non era ancora stato subito*”.
*8.* Resta da esaminare l’istanza formulata da -OMISSIS-con memoria 14 maggio 2019.
La sentenza appellata ha come visto valorizzato anche le difese di -OMISSIS-di appartenere a un gruppo societario che, per le sue caratteristiche, garantirebbe il “massimo livello delle procedure di verifica e controllo dei propri rappresentanti”.
-OMISSIS-, con memoria depositata il 13 maggio 2019, all’espresso fine di confutare tale argomentazione, ha rappresentato che un componente del consiglio di amministrazione di una di tali società è interessato da indagini penali, come emergente da atti pubblicati su quotidiani *on line*.
Con l’istanza in esame -OMISSIS-ha chiesto lo stralcio dagli atti di giudizio degli estratti di tale memoria, perché riguardanti indagini ancora in corso e inconferenti e lesivi della privacy dei soggetti coinvolti e dell’immagine del gruppo societario cui essa appartiene, in rispetto del principio di correttezza processuale e dei doveri di lealtà e probità di cui all’art. 88 Cod. proc. civ..
Il Collegio, nell’esercizio del potere discrezionale che gli pertiene nella materia (da ultimo, Cass. civ., II, 5 giugno 2018, n. 14364), previamente sottolineato che né le predette argomentazioni di -OMISSIS- nè gli elementi sui quali esse fondano hanno concorso alla formazione dei convincimenti sopra raggiunti, interamente fondati sulla interpretazione di norme di legge siccome rinveniente da consolidata giurisprudenza, ritiene che la richiesta di -OMISSIS-non possa essere accolta, non essendo stata ipotizzata la violazione di un segreto istruttorio penale e non potendo dirsi tali argomentazioni estranee all’odierna controversia, stante la loro connessione con la tipologia di illegittimità oggetto di giudizio (indiretta) e con gli elementi offerti alla cognizione del giudice dalla stessa parte richiedente (diretta); per le stesse ragioni, è da escludere anche l’asserita violazione del principio di correttezza processuale e dei doveri di lealtà e probità di cui all’art. 88 Cod. proc. civ..
*9.* In definitiva, l’appello incidentale di -OMISSIS-deve essere respinto, mentre l’appello principale di -OMISSIS- deve essere accolto, disponendosi, per l’effetto, la riforma della sentenza appellata e l’annullamento degli atti gravati in primo grado, nei limiti dell’interesse dell’appellante principale.
Non vi è invece luogo a disporre sulle altre domande pure formulate da -OMISSIS-, atteso che, per quanto consta, il contratto con -OMISSIS-non è stato stipulato per effetto della misura cautelare disposta dalla Sezione con ordinanza -OMISSIS-
Stante la particolarità della vicenda controversa e il suo andamento, sussistono giusti motivi per disporre la compensazione tra le parti delle spese di lite dell’intero giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull’appello di cui in epigrafe, respinge l’appello incidentale e accoglie l’appello principale, disponendo, per l’effetto, la riforma della sentenza appellata e l’annullamento degli atti gravati in primo grado, nei limiti dell’interesse dell’appellante principale.
Compensa tra le parti le spese di lite dell’intero giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’autorità amministrativa.
Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all’articolo 52, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 giugno 2003, n. 196, e dell’articolo 10 del Regolamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 aprile 2016, 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 le parti stesse e il procedimento amministrativo oggetto di giudizio.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del 14 novembre 2019 con l’intervento dei magistrati:
Fabio Franconiero, Presidente FF
Valerio Perotti, Consigliere
Giovanni Grasso, Consigliere
Alberto Urso, Consigliere
Anna Bottiglieri, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 12/02/2020
**N. 01101/2020REG.PROV.COLL.**
**N. 00982/2018 REG.RIC.**

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

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 982 del 2018, proposto da
OMISSIS s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Fabio Raponi, con domicilio eletto presso il suo studio in Latina, corso G. Matteotti, 208;
***contro***
OMISSIS s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Carmelo Barreca, con domicilio eletto presso il suo studio in Catania, via V. Giuffrida, 37;
***nei confronti***
OMISSIS s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Alfredo Zaza D'Aulisio e Tiziana Ferrantini, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Francesco Cardarelli in Roma, via G.P. Da Palestrina, 47;
Angelo De Cesaris, non costituito in giudizio;
***per la riforma***
della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina (Sezione Prima) n. 00532/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della OMISSIS s.r.l. e di OMISSIS s.p.a.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 novembre 2019 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Raponi, Barreca, e Quatrale in dichiarata delega di Zaza D'Aulisio;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Con avviso di gara pubblicato in Gazzetta ufficiale il 10 giugno 2016 OMISSIS s.p.a., gestore del servizio idrico integrato dell’ATO n. 4 Lazio meridionale – Latina, indiceva una procedura aperta per l’affidamento del servizio di movimentazione, ritiro, carico, trasporto e smaltimento fanghi biologici di depurazione e rifiuti palabili prodotti dagli impianti in esercizio presso le strutture del S.I.I. – servizio idrico integrato dell’ATO 4.
2. La procedura era conclusa dall’aggiudicazione provvisoria alla OMISSIS s.r.l. in proprio e in qualità di capogruppo mandataria del R.t.i. costituito con Progest s.p.a. in qualità di mandante; all’aggiudicataria veniva richiesto di produrre documentazione idonea a comprovare i requisiti dichiarati in sede di presentazione dell’offerta.
3. Nel tempo necessario alla raccolta della documentazione richiesta, due soci della Paratore s.p.a., società controllante della OMISSIS s.r.l. con una quota del 75%, venivano tratti in arresto e il GIP del Tribunale di Catania, su richiesta dei p.m. titolari dell’inchiesta, disponeva il sequestro delle quote di partecipazione nella titolarità della Paratore s.p.a., vale a dire proprio quelle relative alla OMISSIS s.r.l., con contestuale nomina dell’avv. Francesco Carpinato quale custode giudiziario; questi, a seguito delle dimissione dell’amministratore delegato, ottenuta l’autorizzazione del GIP, assumeva il ruolo di amministratore giudiziario della OMISSIS s.r.l.
4. Le predette vicende erano riportate dalla Progest s.p.a. alla stazione appaltante con nota del 22 marzo 2017, cui seguiva la comunicazione della sua volontà di recedere dal R.t.i. con OMISSIS s.r.l.
5. Con nota 7 aprile 2017 OMISSIS s.p.a. comunicava alla OMISSIS s.r.l. l’avvio del procedimento finalizzato a dichiarare la decadenza/revoca dall’aggiudicazione disposta in suo favore; in motivazione la stazione appaltante spiegava che le vicende penali apprese, in quanto relative a traffico illecito di rifiuti, erano idonee a configurare la causa di esclusione dalla procedura ai sensi dell’art. 80, comma 3, lett. a), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e, comunque, in grado di pregiudicare il necessario vincolo fiduciario tra committente e appaltatore. Era dato tempo all’aggiudicataria di fornire osservazioni e relativa documentazione. Nel medesimo provvedimento veniva richiesto, altresì, alla OMISSIS s.r.l. di specificare se, nonostante il recesso della Progest s.r.l., fosse in possesso dei requisiti di qualificazione sufficienti all’esecuzione dell’interno appalto.
5.1. Il termine per la presentazione delle osservazioni decorreva senza che nulla pervenisse alla stazione appaltante, benchè la OMISSIS s.r.l. in una serie di comunicazioni successive precisava di aver reso i chiarimenti richiesti, nonché elaborato osservazioni alla decisione di annullare l’aggiudicazione ma che, per un malfunzionamento della posta elettronica certificata, nulla era pervenuto ad OMISSIS s.p.a.
5.2. Con nota 19 aprile 2017 OMISSIS s.p.a. disponeva l’esclusione del R.t.i. tra le società OMISSIS s.r.l. e la Progest s.p.a. dalla procedura di gara con conseguente revoca dell’aggiudicazione del lotto 1 per le seguenti ragioni: - mancato possesso e mancata dimostrazione del requisito del fatturato di cui al disciplinare di gara interamente in capo alla OMISSIS s.r.l. a seguito del recesso di Progest s.p.a; - mancato adempimento alla richiesta di chiarimenti formulata dalla stazione appaltante e conseguente violazione dell’art. 16, comma 10, del disciplinare di gara.
6. Le vicende successive al provvedimento di esclusione erano le seguenti: - Progest s.p.a., con nota del 20 aprile 2017, dichiarava di rivedere la propria volontà di recedere dall’A.t.i. e, dunque, era disponibile alla prosecuzione dell’appalto; - OMISSIS s.p.a., con nota 2 maggio 2017, sollecitata dal difensore del R.t.i. OMISSIS s.r.l., confermava il provvedimento di esclusione aggiungendo, ai motivi già indicati nel provvedimento confermato, la constatazione che nell’ambito del raggruppamento, Progest s.p.a., pur essendo la mandante con una quota di partecipazione al raggruppamento del 49%, presentava un requisito di fatturato maggiore rispetto a quello della OMISSIS s.r.l. in contrasto con la normativa di settore e con il disciplinare di gara per i quali la mandataria deve essere in possesso dei requisiti in misura maggioritaria.
7. Infine, con nota 8 maggio 2017 OMISSIS s.p.a. comunicava l’aggiudicazione alla OMISSIS s.r.l. per avvenuto scorrimento della graduatoria in seguito all’esclusione della prima graduata.
8. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione staccata di Latina, OMISSIS s.r.l. impugnava il provvedimento di esclusione dalla procedura di gara e contestuale revoca dell’aggiudicazione intervenuta, nonché il provvedimento di aggiudicazione a favore della OMISSIS s.r.l.; quest’ultimo con motivi aggiunti notificati in corso di causa.
8.1. Nel giudizio si costituivano la stazione appaltante e la OMISSIS s.r.l. che concludevano per il rigetto del ricorso.
8.2. Il giudizio era concluso dalla sentenza, sezione prima, 30 ottobre 2017, n. 532, di accoglimento del ricorso e conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati e compensazione delle spese di lite.
9. Ha proposto appello OMISSIS s.r.l.; nel giudizio si sono costituite OMISSIS s.p.a. e OMISSIS s.r.l.. Le parti hanno presentato memorie cui sono seguite rituali repliche.
9.1. Con sentenza non definitiva 16 novembre 2018, n. 6465 la Sezione ha respinto tutte le eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado riproposte dall’appellante, come pure i motivi di appello diretti a contestare la decisione di merito, salvo l’ultimo motivo (l’undicesimo), per aver ritenuto ivi proposta una questione di diritto sulla quale si registravano orientamenti contrastanti e che, per questa ragione, era stata sottoposta all’Adunanza plenaria da questa Sezione con ordinanza 18 ottobre 2018, n. 5957.
Il giudizio, pertanto, era sospeso fino alla decisione dell’Adunanza plenaria.
10. L’Adunanza plenaria ha pronunciato la sentenza 27 marzo 2019, n. 6 con la quale ha risolto il contrasto giurisprudenziale che le era stato sottoposto e il 30 marzo 2019 OMISSIS s.r.l. ha presentato istanza di fissazione dell’udienza pubblica.
Fissata l’udienza OMISSIS s.r.l. e OMISSIS s.p.a. hanno presentato memorie ex art. 73 Cod. proc. amm., cui sono seguite rituali repliche da parte di OMISSIS s.r.l. e della stessa OMISSIS s.p.a..
All’udienza pubblica del 21 novembre 2019 la causa è stata assunta in decisione.

**DIRITTO**

1. Come riportato nella sentenza non definitiva 16 novembre 2018, n. 6465 (par. 11 e ss.), con l’ultimo motivo di appello OMISSIS s.r.l. lamenta l’accoglimento in primo grado del motivo di ricorso diretto a contestare la ragione di esclusione indicata dalla stazione appaltante nel provvedimento di conferma del 2 maggio 2017.
1.1. OMISSIS s.p.a., infatti, contestava al R.t.i. OMISSIS la violazione dell’art. 275, comma 2, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (“*Per i soggetti di cui all'articolo 34, comma 1, lettere d), e), f), e f-bis), del codice, il bando individua i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi necessari per partecipare alla procedura di affidamento, nonché le eventuali misure in cui gli stessi devono essere posseduti dai singoli concorrenti partecipanti. La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria*”) come pure del disciplinare di gara (per il quale le prestazioni “*devono essere coerenti rispetto alla ripartizione dei requisiti*”)
per aver la mandante Progest s.p.a. speso il requisito del fatturato in misura maggioritaria rispetto alla mandataria OMISSIS s.r.l. (51%), e per la non corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento, relative percentuali di esecuzione della prestazione e requisiti di qualificazione spesi (nel caso il fatturato), considerato che la mandante partecipava al raggruppamento con una quota del 49%.
1.2. Il motivo di ricorso era accolto per aver il giudice di primo grado ritenuto che all’interno di un raggruppamento temporaneo di imprese alla mandataria è richiesto “*soltanto di assumere impegni di spesa maggioritari rispetto all’impresa mandante*”, ma ciò “*non implica che esse debbano possedere un fatturato, quale requisito di partecipazione, in misura superiore al fatturato della mandante*”; inoltre, aggiungeva il giudice, la stazione appaltante non ha svolto indagini “*sulle riserve finanziarie della società a verifica dell’adeguatezza dei rispettivi impegni economici nell’esecuzione dell’appalto*”.
1.3. L’appellante assume che la decisione del primo giudice si ponga in contrasto con l’art. 7, comma 3, del disciplinare di gara per il quale ciascuna impresa facente parte del raggruppamento era tenuta a dichiarare l’entità della prestazione che intendeva eseguire, la quale, poi, doveva essere coerente con i requisiti di partecipazione richiesti dal medesimo disciplinare.
1.4. Successivamente alla sentenza dell’Adunanza plenaria n. 6 del 2019 le parti hanno depositato memorie in cui sono ulteriormente precisate le loro ragioni alla luce dell’intervenuta decisione.
1.4.1. In particolare, OMISSIS s.r.l. ha evidenziato che l’Adunanza plenaria ha enunciato un principio di diritto – la mancanza del requisito di partecipazione in misura corrispondente alla quota dei lavori cui si è impegnata una delle imprese costituenti il raggruppamento temporaneo in sede di presentazione dell’offerta, è causa di esclusione dell’intero raggruppamento, anche se lo scostamento sia minimo ed anche nel caso in cui il raggruppamento nel suo insieme (ovvero un’altra delle imprese del medesimo) sia in possesso del requisito di qualificazione sufficiente all’esecuzione dell’intera quota dei lavori – valevole solamente per il caso dell’appalto di lavori, poichè, nel caso di appalto di servizi, quale quello oggetto della presente controversia, si deve aver riguardo alle sole prescrizioni contenute nel disciplinare di gara ed, in particolare, occorre accertare se ivi risulti una chiara espressa ed univoca indicazione nel senso della tassativa corrispondenza tra qualificazione posseduta e quota percentuale di servizi assunti con la domanda in caso di partecipazione di raggruppamento temporaneo di imprese.
Secondo l’appellata il disciplinare di gara conteneva prescrizioni contrastanti tra loro, poiché, all’art. 6.3 lett. a), prevedeva, nell’ambito dei requisiti di partecipazione, che “*la mandataria capogruppo dovrà possedere il requisito di cui al punto 6.B.1 (fatturato specifico) in misura almeno pari al 40% (quaranta per cento), mentre la restante percentuale dovrà essere posseduta cumulativamente dalle mandanti, ciascuna nella misura minima del 10% (dieci percento)*”, così spingendo i concorrenti a fare legittimo affidamento sulla sufficienza del possesso in capo alla mandataria del requisito in misura pari al 40%, salvo, poi, all’art. 7, intitolato “*Termini e modalità di presentazione delle offerte*”, richiedere, al punto 3, lett. f), tra le varie dichiarazioni anche di “*indica*(re) *le parti delle prestazioni che saranno eseguite da ciascun soggetto riunito (le parti delle prestazioni indicate devono essere coerenti rispetto alla ripartizione dei requisiti di cui al precedente art. 6 possedute da ciascun soggetto)*”.
A parere dell’appellata era, in questo modo, ingenerata confusione e incertezza poiché la stazione appaltante avrebbe dovuto inserire nell’articolo dedicato ai requisiti minimi di partecipazione ogni prescrizione sul rapporto tra requisiti di partecipazione e quote di prestazioni da eseguire; è invocata, pertanto, anche l’applicazione del principio di massima partecipazione nell’interpretazione della *lex specialis*.
1.4.2. L’appellante OMISSIS, nella sua memoria di replica, afferma che:
a) il principio espresso dall’Adunanza plenaria n. 6 del 2016, per essere fondato sull’argomento sistematico secondo cui la non corrispondenza tra requisito di partecipazione e quota di lavori da eseguire costituisce una violazione sostanziale delle regole disciplinanti l’intero sistema dei contratti pubblici (e valevoli oggettivamente per tutti i partecipanti alle gare), deve necessariamente trovare applicazione anche nel caso di appalto di servizi, e non solo, dunque, in caso di appalto di lavori;
b) il disciplinare di gara non era in alcun modo ambiguo perché, all’art. 7, la stazione appaltante aveva chiaramente espresso la sua intenzione di voler fare applicazione del principio di corrispondenza tra quote di esecuzione e requisiti di qualificazione, e, d’altra parte, nel precedente art. 6, non aveva previsto, come invece ordinariamente avviene nei casi ove opposto è l’intendimento della stazione appaltante, che i requisiti di capacità economico – finanziaria e tecnica dovessero essere posseduti cumulativamente dalle imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo (come confermato, peraltro, da altre disposizioni del disciplinare quali i commi 5 e 6 dell’art. 2);
c) l’appellata, pur avendo dichiarato di voler impugnare anche le norme del disciplinare rilevanti, non aveva dedotto né in primo grado né in appello, mediante rituale riproposizione ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm., alcuno specifico motivo di diritto avverso il disciplinare stesso, onde l’impugnazione doveva ritenersi inammissibile;
d) le prescrizioni del disciplinare non erano in contrasto con il principio di massima partecipazione poiché l’appellata avrebbe potuto ricorrere all’avvalimento per il raggiungimento del requisito tecnico – economico coerente con la quota di esecuzione alla quale si era impegnata del 51%; esse rispondono, comunque, all’esigenza, del tutto ragionevole, che il soggetto più qualificato in rapporto al complesso delle prestazioni oggetto dell’appalto, sia fornito del requisito di qualificazione coerente (da intendersi come “corrispondente” secondo l’uso che comunemente fa di questo termine la giurisprudenza amministrativa).
1.4.3. OMISSIS condivide nelle memorie depositate il ragionamento svolto dall’appellante e chiede la riforma della sentenza.
2. Il motivo di appello è fondato; la sentenza di primo grado va riformata sul punto.
2.1. La circostanza della partecipazione della Progest s.p.a., mandante del r.t.i. OMISSIS, per una quota di esecuzione della prestazione non coerente con il requisito di partecipazione speso, è pacifica tra le parti in causa.
La Progest s.p.a., infatti, si è assunta l’impegno ad eseguire una quota di servizi pari al 51%, dichiarando, poi, nel modello 1, Parte IV, punto 3, pag. 12, di possedere un fatturato specifico relativo ai servizi analoghi a quelli oggetto di affidamento negli ultimi tre esercizi approvati alla data di pubblicazione del bando pari ad € 742.960,25, laddove, per garantire la coerenza percentuale con la quota di esecuzione, sarebbe stato necessario il fatturato pari a € 854.209,40.
Per tale discrepanza la stazione appaltante ha disposto nel provvedimento del 2 maggio 2017 l’esclusione del raggruppamento dalla procedura di gara.
2.2. Il Collegio concorda con l’appellata nel senso che l’Adunanza plenaria nella sentenza 27 marzo 2019, n. 6 abbia riferito l’obbligo di piena corrispondenza tra quote di partecipazione al raggruppamento, a loro volta coerenti con le quote di esecuzione della prestazione, e requisito di partecipazione posseduto, ai soli appalti aventi ad oggetto lavori; e ciò in primo luogo per aver ritenuto decisivo l’argomento letterale tratto dall’art. 92 d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (“*Regolamento di esecuzione ed attuazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163*”) il quale, indubbiamente, si riferisce agli appalti di lavori (come emerge dalla rubrica “*Soggetti abilitati ad assumere lavori*”, come pure dal contenuto dell’articolo nel quale il riferimento ai soli “lavori”) e utilizzato l’ulteriore argomento sistematico per condividere la *ratio* a fondamento dell’obbligo imposto.
Ne deriva che per gli appalti aventi ad oggetto servizi (e forniture) resta confermato l’orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo il quale dopo la sentenza dell’Adunanza plenaria 28 aprile 2014, n. 27 non può dubitarsi che, negli appalti di servizi e forniture, non vige più *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; rientra pertanto nella discrezionalità della stazione appaltante sia stabilire il fatturato necessario per la qualificazione delle imprese, sia la fissazione delle quote che devono essere possedute dalle imprese partecipanti ai raggruppamenti (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 2 dicembre 2019, n. 8249; III, 17 giugno 2019, n. 4025; III, 22 maggio 2019 n. 3331; III, 26 febbraio 2019 n. 1327; III, 21 gennaio 2019, n. 487 e n. 488).
Siffatto orientamento è stato confermato anche in seguito alla pronuncia dell’Adunanza plenaria n. 6 del 2019 (cfr. Cons. Stato, sez. V, 13 novembre 2019, n. 7805 in cui “*Né la conclusione raggiunta trova smentita nel principio di diritto recentemente espresso con decisione dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio, 27 marzo 2019, n. 6, riferendosi quest'ultimo ai soli appalti di lavori (per i quali trova applicazione la disciplina speciale di cui all'art. 92, comma 2, del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), laddove l'odierna vertenza concerne un appalto di servizi, per il quale trovano dunque applicazione i consolidati principi sovra richiamati*”).
2.3. Per essere l’appalto oggetto del presente giudizio un appalto di servizi, è necessario, dunque, l’esame delle clausole contenute nel disciplinare di gara. Ritiene il Collegio che, contrariamente a quanto sostenuto dall’appellata, il disciplinare di gara fosse chiaro nel senso di richiedere la necessaria corrispondenza tra quote di esecuzione della prestazione e requisito di partecipazione in capo alla singola impresa componente il raggruppamento temporaneo.
E’chiaro, in tal senso, l’art. 7, comma 3, lett. f) punto iii) del disciplinare di gara laddove prevede che le parti delle prestazioni che ciascuna impresa componente il raggruppamento si impegna ad eseguire, come da prescrizione contenuta nell’art. 48, comma 4, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, devono essere coerenti rispetto alla ripartizione dei requisiti di partecipazione (previsti dall’art. 6) posseduti da ciascun soggetto riunito.
L’obbligo di “coerenza” rispetto alla “ripartizione dei requisiti” non può lasciare dubbi nel senso che la stazione appaltante abbia inteso imporre la corrispondenza necessaria tra quote di esecuzione e requisiti di partecipazione per ciascuna impresa facente parte del raggruppamento.
La circostanza che tale prescrizione sia contenuta nell’articolo dedicato ai termini e modalità di presentazione dell’offerta (art. 7), anziché in quello riferito ai requisiti di partecipazione (art. 6), non pare, invero, in grado di generare confusione, poiché, anzi, si tratta proprio di una modalità di articolazione dell’offerta.
Infine, tale obbligo imposto dalla stazione appaltante ai raggruppamenti concorrenti non è irragionevole e risponde a quell’esigenza, ben evidenziata nell’Adunanza plenaria nella sentenza più volte citata, di piena affidabilità professionale del potenziale contraente, e, dunque, di cura dell’interesse pubblico, cui sono funzionali i requisiti di partecipazione, rimessa, solo per gli appalti di servizi e forniture, all’apprezzamento discrezionale della stazione appaltante.
2.4. In conclusione, il r.t.i. OMISSIS è stato correttamente escluso dalla stazione appaltante per aver violato la prescrizione imposta dal disciplinare di gara di corrispondenza tra quote di esecuzione assunte da ciascuna impresa partecipante al raggruppamento e requisiti di partecipazione (nel caso il fatturato specifico) posseduto.
La sentenza di primo grado, pertanto, che, in accoglimento del motivo di ricorso proposto dal raggruppamento escluso, aveva annullato il provvedimento di esclusione, va riformata.
3. Per costante orientamento giurisprudenziale quando una determinazione amministrativa è fondata su di una pluralità di ragioni (c.d. atto plurimotivato), ciascuna delle quali idonea a supportarla in maniera autonoma, è sufficiente che anche una di esse resista alle censure mosse in sede giurisdizionale, perché sia respinta la domanda di annullamento (*ex multis*, Cons. Stato, sez. II, 31 gennaio 2020, n. 789; VI, 28 gennaio 2020, n. 701; VI, 13 gennaio 2020, n. 324; V, 14 novembre 2019, n. 7833; IV, 30 marzo 2018, n. 2019; V, 14 giugno 2017, n. 2910).
Come riferito nella parte in fatto, l’esclusione del r.t.i. OMISSIS era fondata su plurimi motivi, taluni indicati nel provvedimento del 19 aprile 2017 altri contenuti in quello del 2 maggio 2017, di conferma del primo ma con ampliamento della motivazione al motivo di esclusione qui esaminato; nel loro insieme i due provvedimenti contengono, dunque, i motivi per i quali il r.t.i. è stato escluso dalla procedura di gara.
Ne segue, in applicazione dell’orientamento in precedenza richiamato, che la reiezione delle censure proposte avverso uno di questi motivi comporta la conferma del provvedimento impugnato.
L’accoglimento dell’ultimo motivo di appello impone, pertanto, che in riforma della sentenza di primo grado, sia respinto il ricorso introduttivo del giudizio e i motivi aggiunti spiegati avverso il provvedimento di aggiudicazione adottato a favore di OMISSIS s.r.l.. E’, dunque, ripristinata la situazione esistente prima della pronuncia di primo grado.
4. La complessità delle questioni proposte, l’incertezza in ordine alla loro risoluzione, giustifica la compensazione delle spese di entrambi i gradi del giudizio tra tutte le parti in causa.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie nei limiti di cui in motivazione e, per l’effetto, in riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sez. staccata di Latina, 30 ottobre 2017, n. 532, rigetta il ricorso di primo grado di OMISSIS s.r.l. e i motivi aggiunti proposti in corso di causa.
Compensa tra tutte le parti in causa le spese del doppio grado del giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 21 novembre 2019 con l'intervento dei magistrati:
Francesco Caringella, Presidente
Fabio Franconiero, Consigliere
Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore
Angela Rotondano, Consigliere
Stefano Fantini, Consigliere

Pubblicato il 04/02/2020
**N. 00875/2020REG.PROV.COLL.**
**N. 07893/2019 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 7893 del 2019, proposto da
OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giuseppe Naccarato, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Tagliamento n. 76 e domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
***contro***
Azienda Usl di OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimo Valleriani, con domicilio eletto presso lo studio Ds e Associati Studio Legale in Roma, via Livorno n. 6 e domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
***nei confronti***
OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Diego De Carolis, Nico Di Florio, con domicilio eletto presso la Segreteria della terza sezione del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro 13 e domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
***per la riforma***
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di OMISSIS (Sezione Prima) n. 00527/2019, resa tra le parti, concernente gli esiti della indetta dalla AUSL OMISSIS gara per la fornitura di biberon e tettarelle.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Usl di OMISSIS e della OMISSIS S.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2020 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli avvocati Giuseppe Naccarato, Barbara De Marchis su delega dichiarata di Massimo Valleriani, Diego De Carolis e Nico Di Florio;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. L’odierna appellante ha preso parte alla procedura negoziata sotto soglia indetta dall’Azienda USL di OMISSIS per la fornitura di 68000 biberon completi di ghiera e tettarelle.
Ne è tuttavia stata esclusa, a cagione della ritenuta non corrispondenza del prodotto offerto rispetto alle indicazioni contenute nei chiarimenti resi in ordine ad un requisito tecnico di partecipazione.
2. Più precisamente, il provvedimento di esclusione del 15.2.2019 ha riscontrato nel dispositivo della OMISSIS la presenza di tettarelle *“..poste sopra la ghiera e non sotto la ghiera, come chiarito nell’ambito di una specifica risposta a un quesito formulato e pubblicata sul sito aziendale*”.
3. La OMISSIS ha innanzitutto impugnato in primo grado il provvedimento di esclusione. Quindi ha esteso l’impugnazione, in via derivata, al provvedimento di aggiudicazione comunicatole nelle more del giudizio.
4. Il giudice di primo grado ha dichiarato l’irricevibilità per tardività dei motivi aggiunti aventi ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione, assumendo la decorrenza del termine di decadenza dalla pubblicazione della determina di aggiudicazione sul sito della stazione appaltante e non dalla comunicazione individuale dell’atto all’impresa concorrente esclusa dalla gara.
Nel merito, ha respinto la censura argomentata dalla OMISSIS al fine di sostenere l’illegittimità della interpolazione degli atti di gara operata attraverso l’enucleazione a mezzo di chiarimenti della caratteristica escludente non presente tra gli originari parametri tecnici dell’offerta.
Sempre nel merito, il Tar ha respinto l’ulteriore censura intesa a segnalare la non conformità alle specifiche di gara dell’offerta tecnica formulata dalla controinteressata OMISSIS (gestore uscente del precedente appalto) e la mancata applicazione nei suoi confronti del principio di rotazione degli inviti.
5. L’atto di appello qui in discussione si fonda su una rivisitazione critica delle statuizioni di primo grado, sia nella parte in cui hanno dichiarato la tardività dei motivi aggiunti, sia nella parte in cui hanno ritenuto giustificati i provvedimenti di esclusione della OMISSIS e di ammissione della controinteressata OMISSIS S.r.l..
6. Si sono costituite in giudizio la stazione appaltante AUSL di OMISSIS e la OMISSIS S.r.l., entrambe controdeducendo alle argomentazioni avversarie e chiedendone la reiezione.
7. La causa è stata discussa e posta in decisione all’udienza pubblica del 16 gennaio 2020.

**DIRITTO**

1. Il Tar ha preliminarmente dichiarato l’irricevibilità dei motivi aggiunti, aventi ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione definitiva del 24.4.2019, in quanto notificati in data 17.6.2019, quindi oltre il termine di trenta giorni decorrente dalla pubblicazione dell’atto, avvenuta in data 8.5.2019, ai sensi dell’art. 53 delle Regole del sistema di E procurement della P.A.
Il primo giudice ha inoltre affermato che la ricorrente, in quanto esclusa dalla procedura, non avrebbe dovuto ricevere comunicazione individuale dell’aggiudicazione definitiva.
1.1. Con il primo motivo di appello, la OMISSIS sostiene che il richiamo all’art. 53 è inconferente, trattandosi di disposizione riferita al documento di stipula del contratto in formato informatico e non alle forme di pubblicazione dell’aggiudicazione. Aggiunge inoltre che, ai sensi dell’art. 76 comma 5 lett. a) del d.lgs. n. 50/2016, la stazione appaltante deve comunicare d’ufficio «*mediante posta elettronica certificata o strumento analogo*» «*immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni*» «*l’aggiudicazione […] a coloro la cui candidatura o offerta siano state escluse se hanno proposto impugnazione avverso l’esclusione o sono in termini per presentare impugnazione […]*».
A sua volta, l’art. 120 comma 5 del d.lgs. n. 1042010 prevede che il termine di decadenza di trenta giorni per impugnare gli atti delle procedure di affidamento - con ricorso o motivi aggiunti - decorre soltanto dalla comunicazione diretta ex art. 79 del d.lgs. n. 1632006 (norma oggi abrogata ma traslata nell’art. 76 del d.lgs. n.50/2016); sicché, dal combinato disposto delle due disposizioni si traggono argomenti di diretta smentita dell’asserita tardività dei motivi aggiunti.
1.2. Il mezzo di impugnazione è fondato.
Il dato normativo evincibile dalla disposizioni in materia di termini per l’impugnazione dei provvedimenti concernenti le procedure di affidamento fa coincidere espressamente il *dies a quo*dell’impugnazione con la comunicazione individuale dell’atto di aggiudicazione al partecipante escluso che abbia già impugnato il provvedimento di esclusione o sia in termini per farlo.
Poiché nel caso di specie l’aggiudicazione definitiva è intervenuta il 24.4.2019, in pendenza del giudizio in precedenza instaurato avverso l’atto di esclusione, l’estensione del giudizio attuata attraverso i motivi aggiunti non può ritenersi intempestiva, dovendosi far decorrere il termine per la loro rituale introduzione dalla ricezione dell’e-mail del 23.5.2019, a mezzo della quale la OMISSIS è stata per la prima volta informata dell’atto conclusivo della procedura.
1.3. Dunque, il ragionamento svolto dal primo giudice si rivela errato sotto un duplice punto di vista.
Da una parte, l’affermazione secondo cui «*essendo stata la ricorrente esclusa dalla procedura non doveva essere destinataria della comunicazione personale dell’aggiudicazione definitiva*» è antitetica sia rispetto al testo della norma (art. 76 co. 5 del D.lgs. n. 502016) sia rispetto alla sua *ratio*, posto che proprio l’offerente escluso dalla gara ha interesse a impugnare il provvedimento di aggiudicazione e, quindi, ad esserne informato.
Dall’altra, risulta irrilevante ai fini del decorso del termine per l’impugnazione dell’aggiudicazione la «*pubblicazione dell’atto nelle forme digitali ai sensi dell’art. 53 delle Regole del sistema di E procurement della PA*», in quanto il legislatore ha predeterminato e compiutamente disciplinato (attraverso il combinato disposto di cui all’art. 120 comma 5 del d.lgs. n. 1042010 e all’art. 76 del d.lgs. n. 502016) la forma di comunicazione dei provvedimenti di gara dalla quale far decorrere il termine decadenziale.
1.4. Aggiungasi che, con affermazione enucleata in relazione al previgente codice ma traslabile nel nuovo assetto normativo, la giurisprudenza si è espressa in ordine al principio per cui nelle gare pubbliche la pubblicazione della delibera di aggiudicazione di per sé sola non è idonea a determinare la decorrenza del termine d'impugnazione, se ad essa non si accompagna la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva a tutti gli interessati di cui all’art. 76, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 (*ex multis*, Cons. Stato sez. III, n. 5859/2018; Id., sez. V, n.5257/2019).
2. Venendo al merito del provvedimento di esclusione, il capitolato generale ha previsto, tra i requisiti tecnici richiesti a pena di esclusione dalla procedura, che la tettarella fosse *«.. completa di ghiera a innesto rapido di fissaggio ai biberon, dotata di capsula di protezione rigida, asportabile e riposizionabile*» (art. 2).
In sede di chiarimenti la stazione appaltante ha poi precisato che «*la tettarella nuda debba essere inserita sotto la ghiera e non sopra la ghiera, per evitare che non si stacchi durante la suzione*».
2.1. Nel respingere il motivo di censura inteso ad evidenziare l’innovatività del profilo escludente introdotto in sede di chiarimenti, il Tar ha sostenuto *“..che la stazione appaltante ha legittimamente chiarito un aspetto relativo al prodotto da offrire che dava luogo a incertezza siccome non espressamente specificato nel capitolato generale, senza modificare le caratteristiche tecniche preventivamente individuate. Invero, per ragioni di ulteriore sicurezza si è precisato che, per i dispositivi oggetto di capitolato, la tettarella doveva essere posta al di sotto della ghiera. Tale chiarimento, unitamente agli altri richiesti è stato regolarmente pubblicato e messo a conoscenza di tutti gli operatori economici interessati ai fini della presentazione dell'offerta compresa la ricorrente, la quale però, ha ritenuto di offrire un prodotto privo del requisito indicato*”.
2.2. Obietta la parte appellante che la previsione della *lex specialis* non risultava di “*oggettiva incertezza*” e tale, quindi, da richiedere una “*interpretazione autentica*” da parte della stazione appaltante.
Non sussistevano plausibili ragioni, quindi, perché in sede di chiarimenti la stazione appaltante potesse disattendere le previsioni del bando e del capitolato, fornendo indicazioni diverse da quelle ragionevolmente attese dai concorrenti sulla base delle richieste formulate dalla legge di gara e, in tal modo, pregiudicando il loro legittimo affidamento ad una piana e favorevole applicazione delle clausole qui controverse.
La parte ricorrente invoca la massima giurisprudenziale secondo la quale sono inammissibili i chiarimenti che attribuiscono ad una disposizione del bando un significato ed un portata diversa o maggiore rispetto a quella che risulta dal testo, potendo essi assolvere ad una funzione di mera illustrazione delle regole già formate predisposte dalla disciplina di gara, senza tuttavia poter esplicare alcuna incidenza in termini di modificazione delle condizioni di gara.
Peraltro, l’opzione per il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso avrebbe impedito qualunque potere discrezionale in ordine alla valutazione comparativa della qualità delle offerte pervenute, sicché, anche sotto questo profilo, non sussistevano margini per poter arricchire di contenuti la neutra indicazione desumibile dal testo del capitolato di gara.
2.3. Il motivo è fondato.
Può certamente convenirsi sulla premessa - condivisa da tutte le parti in causa - secondo la quale la legge di gara, nel richiedere a pena di esclusione che la tettarella fosse “*completa di ghiera a rapido fissaggio ai biberon*”, veicolasse la richiesta di dispositivi sicuri sotto il profilo della tenuta della ghiera, quindi in grado di impedire la fuoriuscita del latte.
Le posizioni in causa divergono, invece, nel senso che esse attribuiscono al chiarimento reso dalla stazione appaltante, essendo questo inteso, da parte appellata, come una estrinsecazione meramente esplicativa del senso letterale della previsione capitolare; e, da parte appellante, come una indebita integrazione dei requisiti minimi in origine enucleati nella legge di gara.
2.4. Il Collegio ritiene di dover accordare favore alla seconda delle due tesi in lizza.
Il senso minimo e oggettivamente inequivocabile della previsione del capitolato è quello di imporre la presenza nel dispositivo di una tettarella completa di ghiera fissata al biberon (“*completa di ghiera a innesto rapido di fissaggio ai biberon*”).
Dalla medesima previsione non è dato evincere, invece, quale debba essere il meccanismo di fissaggio e se questo implichi il necessario posizionamento della tettarella sopra o sotto la ghiera.
Entrambe le soluzioni tecniche sono praticabili e la presenza nel mercato di dispositivi dell’uno e dell’altro tipo ne costituisce conferma.
2.5. Neppure può sostenersi che esigenze di sicurezza imponessero come soluzione tecnica obbligata quella presente nel dispositivo poi premiato con l’aggiudicazione: non sussistono, o comunque non sono stati allegati elementi per sostenere che solo un fissaggio di questo tipo garantisca la perfetta tenuta della tettarella e sia in grado di scongiurarne, al massimo grado, il distacco dal biberon. D’altra parte, in un primo momento era stata disposta l’aggiudicazione provvisoria della fornitura in favore dell’odierna appellante, senza che venisse sollevato alcun rilievo in ordine alla sicurezza del dispositivo; ed il successivo provvedimento di esclusione è conseguito alla riscontrata difformità dell’offerta rispetto alla caratteristica individuata nel chiarimento, ma non anche ad una valutazione qualitativa in ordine alla mancanza di tenuta e di sicurezza del biberon offerto dalla OMISSIS.
2.6. Ne viene che il chiarimento non ha assunto una funzione neutrale e meramente esplicativa di un contenuto implicito della clausola del capitolato; al contrario, esso ha introdotto un elemento addittivo che ha modificato la portata del requisito tecnico, restringendo la platea dei potenziali concorrenti al più circoscritto sottoinsieme degli operatori in grado di offrire biberon muniti di tettarella fissata con ghiera soprastante.
In tal modo, non si è avuto l’effetto di esplicitare il significato (in ipotesi ambiguo od oscuro) della *lex specialis*, bensì di modificare inammissibilmente l’oggetto della prescrizione, mutandone strutturalmente il contenuto ed il senso, così integrando in termini restrittivi il requisito di cui al capitolato di gara.
2.7. L’operato della stazione appaltante ha quindi contravvenuto al principio invalso nella materia delle pubbliche gare secondo il quale i chiarimenti, se trasparenti e tempestivi, possono, a determinate condizioni, dare luogo ad una sorta di interpretazione autentica, purché in nome della massima partecipazione e del principio di economicità dell'azione amministrativa (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 781/2018).
Esaminando una fattispecie raffrontabile, in quanto anch’essa incentrata su una ipotesi di chiarimento “restrittivo” (inteso cioè a circoscrivere la portata di un requisito originariamente delineato in senso più ampio), altra sezione di questo Consiglio di Stato ha concluso per l’inammissibilità di una tale operazione manipolativa, sostenendo che “*i chiarimenti sono invero ammissibili se contribuiscono, con un’operazione di interpretazione del testo, a renderne chiaro e comprensibile il significato e/o la ratio, ma non quando, proprio mediante l’attività interpretativa, si giunga ad attribuire ad una disposizione del bando un significato ed una portata diversa e maggiore di quella che risulta dal testo stesso, in tal caso violandosi il rigoroso principio formale della lex specialis, posto a garanzia dei principi di cui all'art. 97 Cost.*” (Cons. Stato, sez. v, n. 6026/2019).
In termini più generali, vale richiamare l’affermazione giurisprudenziale secondo la quale “*le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara: ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un´obiettiva incertezza del loro significato letterale. Secondo la stessa logica, sono comunque preferibili, a garanzia dell´affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale (cfr. Cons. Stato, IV, 5 ottobre 2005, n. 5367; V, 15 aprile 2004, n. 2162)*” (Cons. Stato, V, n. 4307/2017).
2.8. Alla stregua di quanto sin qui esposto, risulta fondato il motivo in esame e, specularmente, infondato il rilievo svolto dalla controinteressata nel senso della inammissibilità/irricevibilità dell’impugnativa di primo grado, conseguente alla mancata impugnazione dei chiarimenti resi in sede di gara dalla stazione appaltante, in quanto recanti previsioni asseritamente preclusive alla partecipazione della OMISSIS e, quindi, immediatamente lesive dei suoi interessi (v. memoria Lifetech del 27.12.2019, pagg. 3 e 4).
Al di là della irrituale deduzione della eccezione (non rinnovata nel termine perentorio di cui all’art. 101 c.p.a.), proprio perché i chiarimenti non hanno la capacità di modificare la legge di gara e i termini e le condizioni di partecipazione alla stessa, nessun onere di impugnazione autonoma - e tantomeno immediata - si è venuto a determinare in capo alla OMISSIS; sicché, i vizi della errata interpretazione della legge di gara si sono riverberati sulla legittimità del provvedimento di esclusione, consentendone una autonoma impugnazione.
3. Nel ricorso introduttivo del primo grado di giudizio, la società OMISSIS S.r.l., al fine di minare la legittimità del provvedimento di aggiudicazione in favore della controinteressata, ha contestato la conformità della relativa offerta tecnica e ha lamentato la violazione dei principi di massima apertura al mercato e di tutela della *par condicio* tra i concorrenti, i quali a suo dire avrebbero dovuto imporre alla stazione appaltante di escludere dagli inviti la Lifetech in quanto affidatario del servizio uscente o, al più, di motivare le specifiche ragioni che avrebbero potuto giustificare tale deroga.
3.1. Sotto il primo profilo, la ricorrente ha sollecitato il sindacato giurisdizionale in ordine alla metodica di sterilizzazione dichiarata dalla controinteressata OMISSIS in sede di presentazione dell’offerta. Si tratterebbe, a suo dire, di una modalità di sterilizzazione difforme dai requisiti minimi imposti dalla legge di gara, in quanto essa prevede l’utilizzo di ossido di etilene, un gas biocida che, secondo le raccomandazioni rese dal Ministero della Salute e secondo le stesse previsioni del capitolato di gara, non potrebbe essere utilizzato per sterilizzare i biberon destinati a neonati a termine.
3.2. In ordine a tale contestazione, occorre sottolineare quanto motivato dal Tar ovvero che “*da caratteristiche tecniche riportate nella documentazione presentata dalla società OMISSIS, si evince che alla voce "sterilizzazione-sterilisation" è descritto "sterile raggi*", *metodica perfettamente rispondente ai requisiti richiesti dal capitolato e ulteriormente precisato nei chiarimenti*”.
3.3. La parte appellante si è limitata a contrastare tale motivazione, censurandola come meramente recettiva delle tesi della controinteressata: nulla è stato dedotto, tuttavia, in merito alla fondatezza dei dati e degli argomenti in essa contenuti i quali, indipendentemente dalla loro fonte, appaiono idonei a smentire in punto di fatto il costrutto posto a base della censura.
Il motivo, nella sua formulazione, ancora prima che infondato è dunque inammissibile, in quanto privo di un contenuto deduttivo realmente in grado di sottoporre a critica il capo decisorio contestato; esso va comunque respinto anche nel merito, in quanto privo di allegazioni idonee a contrastare i dati addotti dalla controparte e recepiti dal Tar.
3.4. Quanto al principio di rotazione, il giudice di prime cure ne ha escluso l’applicabilità laddove il nuovo affidamento avvenga, come nel caso di specie, tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (v. §18 della sentenza n. 527/2019).
Il principio è stato di recente confermato da questo Consiglio (sez. V, 5 novembre 2019 n. 7539) sul rilievo che anche “*alla stregua delle Linee guida n. 4 A.N.A.C., nella versione adottata con delibera 1 marzo 2018 n. 206 (v. in part. il punto 3.6), deve ritenersi che il principio di rotazione sia inapplicabile nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l’operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti*”.
4. Per le ragioni esposte l’appello va accolto in relazione ai soli profili di cui al punto 2), con conseguente accoglimento *in parte qua*del ricorso di primo grado, come integrato dai motivi aggiunti.
5. Oltre alla richiesta di annullamento dei provvedimenti impugnati (esclusione e aggiudicazione), va accolta anche la richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto intervenuto a valle della procedura di gara, in quanto stipulato in data 1.5.2019, quindi in violazione del termine dilatorio (di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione) previsto dall’art. 32 comma 9 del d.lgs. n. 502016. Ciò impone a questo Giudice di dichiarare l'inefficacia del contratto ai sensi dell'art. 121, comma 1, lett. c) c.p.a., con decorrenza limitata alle prestazioni ancora da eseguire.
6. La tutela in forma specifica conseguente alla caducazione degli atti impugnati, reintegrando la parte appellante nell’aspettativa al conseguimento della agognata commessa, sterilizza, al momento, l’interesse al risarcimento per equivalente pure invocato in aggiunta o in alternativa alla domanda impugnatoria. È naturalmente fatta salva la riproposizione della domanda risarcitoria per quei profili di utile, allo stato non determinabili, che comunque dovessero residuare all’esito del rinnovazione del segmento procedimentale oggetto di annullamento.
7. L’andamento della lite (attestatasi su un esito di parziale fondatezza delle censure mosse dalla ricorrente) e la particolarità delle questioni affrontate giustificano l’integrale compensazione delle spese con riguardo ad entrambi i gradi di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,
lo accoglie e, per l’effetto, in riforma dell’appellata sentenza:
- accoglie il ricorso di primo grado come integrato dai motivi aggiunti e annulla gli atti con essi impugnati, ai sensi e nei limiti di cui in motivazione;
- dichiara l'inefficacia del contratto nelle more stipulato tra AUSL OMISSIS e OMISSIS s.r.l., nei sensi e nei termini di cui in motivazione;
- compensa le spese del doppio grado di giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:
Roberto Garofoli, Presidente
Giulio Veltri, Consigliere
Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore
Raffaello Sestini, Consigliere
Umberto Maiello, Consigliere

Pubblicato il 10/02/2020
N. 00284/2020 REG.PROV.COLL.
N. 02143/2019 REG.RIC.

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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2143 del 2019, proposto da
OMISSIS S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Piero Fidanza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Teresa Ricotti in Milano, via Fontana, 14;

contro

OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Colombo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

OMISSIS Italia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Cristina Martorana, Filippo Pacciani, Alessandro Botto, Ada Esposito, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Cristina Martorana in Milano, corso Matteotti 10;
Regione OMISSIS, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

- della Determinazione Dirigenziale n. 193 del 23/07/2019 assunta dal Direttore ad interim della S.C. Approvvigionamenti per delega del Direttore Generale dell'ASST dei Sette Laghi Dott. Gianni Bonelli, nominato con D.G.R. della OMISSIS n. XI/1068 del 17 dicembre 2018, avente ad oggetto “aggiudicazione di procedura negoziata ai sensi dell`art. 36 comma 2 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 espletata mediante utilizzo della piattaforma informatica regionale SINTEL, per l`affidamento, per il periodo dall`1.8.2019 sino al 31.7.2022, della fornitura di cartucce per l`esecuzione di test sul tempo di coagulazione e noleggio di due sistemi per test viscoelastici e di aggregazione occorrenti all`ASST DEI SETTE LAGHI – Ditta OMISSIS Italia srl di Milano - importo complessivo € 228.786,60 iva compresa”, e relativa comunicazione di non aggiudicazione prot. n. 45905 del 25.07.2019 trasmessa in data 29.07.2019;

- nonché, per quanto occorrer possa, anche ogni altro atto connesso, presupposto e conseguente, ivi compresa la lex specialis tutta (Lettera d'invito, Capitolato speciale e relativi allegati); dell'atto indittivo della procedura ed ogni altro atto alla stessa relativo, ivi compresi i chiarimenti resi; nonché di ogni ulteriore atto successivamente adottato, ivi compresi la nomina della commissione giudicatrice e del seggio di gara, i verbali di gara, e in particolare i verbali di valutazione tecnica ed economica, le graduatorie provvisorie e definitive;

nonché della proposta di aggiudicazione e dell'aggiudicazione definitiva; di ogni ulteriore atto connesso, presupposto e conseguente, ivi compresa la valutazione di anomalia dell'offerta, e ogni altro atto confermativo dell'ammissione in graduatoria e della valutazione dell'offerta di OMISSIS, anche non noto;

altresì, per quanto occorra, della nota prot. n. 52112 del 30.08.2019, nonché della Comunicazione trasmessa via pec Prot. n.0057639 del 26.9.2019 a cura del Direttore ad interim S.C. Approvvigionamenti con la quale si riscontra che la Commissione Giudicatrice conferma le valutazioni già esposte nel verbale n. 2 del 7 maggio 2019, in risposta alla nota trasmessa in data 07.08.2019;

…………….per la declaratoria…

di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato, con richiesta di subentro e con richiesta di condanna al risarcimento del danno, in forma specifica o, in ipotesi, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di OMISSIS e di OMISSIS Italia S.r.l.;

Visto il ricorso incidentale presentato da OMISSIS Italia S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 21 gennaio 2020 il dott. Alberto Di Mario e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. La ricorrente, seconda classificata all’esito della procedura negoziata per l'affidamento della fornitura triennale di “cartucce per l’esecuzione di test sul tempo di coagulazione e noleggio di due sistemi per test viscoelastici e di aggregazione”, gara indetta dall’ASST dei Sette Laghi in base al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ha impugnato in parte qua i relativi atti per i seguenti motivi:

I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 68, 95 d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara; eccesso di potere per omessa/carente istruttoria, carenza di presupposti, travisamento.

Secondo la ricorrente l’offerta economica di OMISSIS era incompleta, pertanto meritevole di esclusione, in quanto mancante delle cartucce reagenti necessarie all’esecuzione dei controlli di qualità. Infatti, come evincibile dalla sua offerta economica, la controinteressata avrebbe proposto 60 cartucce “QC livello 1” e “QC livello 2”, mancando dunque le cartucce per i test coagulativi e le 60 cartucce per i test di funzionalità piastrinica necessarie all’esecuzione dei controlli di qualità. Difetterebbero più specificatamente le cartucce multicanale citratate, che devono essere aggiuntive rispetto a quelle per eseguire gli esami richiesti, ed il prodotto “Abnormal QC Vial Test Kit,07-662", funzionale al controllo della qualità anomalo.

II) Violazione e falsa applicazione degli artt. 68, 95 d.lgs. 50/2016; violazione e falsa applicazione della lex specialis di gara; eccesso di potere per omessa/carente istruttoria, carenza di presupposti, travisamento.

In via subordinata rispetto alla precedente censura, viene evidenziata la palese incoerenza dell’assegnazione di 3 punti per il parametro tecnico 2.2 “Cartuccia per il controllo di qualità: caratteristiche e facilità di gestione”, alla luce di quanto già evidenziato nel primo motivo. Infatti l’offerta sarebbe mancante dei profili di controllo di qualità sulle prestazioni dei reagenti, nonché del reagente “Abnormal”, sicché OMISSIS avrebbe dovuto conseguire un punteggio pari a zero e ciò avrebbe consentito alla ricorrente di sopravanzarla in graduatoria, a seguito della prevista riparametrazione, con punteggio complessivo di 98,49 per OMISSIS e punteggio complessivo di 97,58 per OMISSIS.

III) Violazione e falsa applicazione degli artt. 30 e 35 d.lgs. 50/2016; eccesso di potere per omessa/carente istruttoria, carenza di presupposti, travisamento.

In via subordinata rispetto ai precedenti motivi, viene denunciata l’illegittimità della lex specialis di gara, al fine di vederla annullare e ottenere la rinnovazione dell’intera procedura, in dipendenza di un presunto errore nella determinazione del valore di gara. Secondo la ricorrente è illegittima l’opzione per una gara “sotto-soglia” ai sensi dell’art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, giacché la base d’asta è stata individuata per il triennio in € 220.935,00, inferiore alla soglia comunitaria (€ 221.000,00), e tuttavia il capitolato speciale d’appalto prevedeva espressamente all’art. 6 la possibilità di operare con il cd. “quinto d’obbligo”, in conformità al disposto dell’art. 106, comma 12, del d.lgs. n. 50/2016, per cui anche tale “quinto”, ovvero il 20% del valore posto a base d’asta, avrebbe dovuto essere a tali fine computato, con conseguente superamento della soglia comunitaria di € 221.000,00 e necessaria applicazione delle prescritte diverse regole di scelta del contraente.

La ricorrente ha poi chiesto il risarcimento del danno in forma specifica, mediante annullamento degli atti impugnati e, in via principale, mediante aggiudicazione a sé della procedura; in subordine, con ripetizione della procedura di gara e con espressa richiesta di subentro nell’appalto e nel contratto, ove nelle more stipulato. In via ulteriormente subordinata, ha chiesto il risarcimento per equivalente monetario, mediante risarcimento nella misura dell’utile atteso, ammontante al 10.80% dell’offerta di 197.496,00 € oltre iva, a titolo di lucro cessante, ovvero per € 21.359,57 oltre iva e oltre danno curricolare, da quantificarsi secondo giustizia; in via subordinata, nella diversa, minore o maggiore, somma ritenuta di giustizia, o con indicazione dei criteri. Il tutto oltre interessi e rivalutazione monetaria sino al dì del saldo.

Costituitasi in giudizio, con memoria depositata in data 28/10/19 l’A.S.S.T. Sette Laghi chiede la reiezione del ricorso.

Il primo motivo, innanzi tutto, sarebbe perplesso in quanto sarebbero indicate con scarsa precisione le cartucce reagenti che la controinteressata avrebbe omesso di offrire. In secondo luogo nessuna omissione sarebbe oggettivamente riscontrabile in quanto l’apparato TEG oggetto della fornitura di OMISSIS presenta la particolarità di controllare ad un tempo la piena funzionalità della macchina e il «corretto funzionamento» (come si esprime il ricorso) delle cartucce: i controlli di qualità sono svolti direttamente dalla macchina, senza bisogno di alcun altro materiale di consumo a ciò specificamente destinato, e inoltre il sistema TEG offerto dall’aggiudicataria consente, come richiesto dalla lex specialis, anche l’esecuzione di controlli di qualità extra-routinari e l’offerta contiene le cartucce denominate “QC Livello 1” e “QC Livello 2”, cioè le cartucce per il controllo di qualità.

In merito al secondo motivo l’amministrazione sostiene che esso è infondato in quanto le cartucce per il controllo di qualità sono regolarmente ricomprese nell’offerta della controinteressata.

Il terzo motivo sarebbe inammissibile in quanto dall’auspicata applicazione della disciplina sopra-soglia del Codice dei contratti pubblici potrebbe al più derivare un aumento degli operatori partecipanti alla gara e, quindi, una contestuale diminuzione delle probabilità di aggiudicazione per ciascun concorrente. Esso sarebbe comunque infondato in quanto il “quinto d’obbligo”, non è, né può qualificarsi, un’opzione; tanto meno potrebbe considerarsi un rinnovo ai sensi del comma 4 dell’art. 35 del Codice dei contratti pubblici.

Costituitasi in giudizio, con memoria depositata in data 28/10/19 la controinteressata afferma che il primo motivo è infondato in quanto tramite le 60 cartucce dedicate ai controlli di qualità di Livello 1 e di Livello 2 offerte vengono opportunamente verificate le performance analitiche dell’apparecchiatura, come precisate nelle risposte ai quesiti richiamate da controparte. Per le stesse ragioni anche il secondo mezzo andrebbe respinto. Il terzo motivo, poi, sarebbe infondato in quanto il “quinto d’obbligo” (art. 106, co. 12, del Codice) non sarebbe riconducibile alle “eventuali opzioni” di cui all’art. 35, comma 4, del Codice ma ad un meccanismo ipso iure applicabile e quindi prescinderebbe da qualsiasi previsione ad opera della lex specialis.

2. Con ricorso incidentale, depositato in data 28/10/19, l’aggiudicataria dell’appalto chiede l’annullamento dell’ammissione della ricorrente principale, o quanto meno il ridimensionamento del punteggio alla stessa assegnato, per i seguenti motivi:

- Violazione e falsa applicazione dell’art. 3 del Capitolato - Eccesso di potere in tutte le figure sintomatiche e, in particolare, per difetto di istruttoria e dei presupposti sotto il profilo dell’offerta di un aliud pro alio, illogicità manifesta, contraddittorietà, sviamento.

I) Il capitolato di gara richiede, all’art. 3, al paragrafo “Caratteristiche tecniche delle cartucce”, che queste siano “pre-dosate” e “in grado di permettere analisi visco-elastica di un campione di sangue”. Inoltre richiede che le stesse cartucce “non necessitino di processi di preparazione del test da parte dell’operatore”. La ricorrente principale non dispone di cartucce dedicate a tale genere di controlli e quindi avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara.

II) Poiché l’oggetto dell’appalto è la fornitura di cartucce per l’esecuzione di test sul tempo di coagulazione con metodo viscoelastico ed il dispositivo VerifyNow offerto dalla ricorrente non è in grado di eseguire i test rispettando il metodo viscoelastico, la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara. Infatti il dispositivo VerifyNow non utilizzerebbe un metodo viscoelastico, trattandosi piuttosto di un sistema di rilevazione ottica a base turbidimetrica che fornisce una misura quantitativa dell'aggregazione piastrinica nel sangue intero.

III) L’offerta della ricorrente principale disattenderebbe la lex specialis anche perché il sistema VerifyNow non è in grado di garantire la “gestione dell’emorragia critica”, che l’art. 3 del Capitolato annovera tra i requisiti tecnici essenziali della fornitura. E ciò costituirebbe un’ulteriore ragione di esclusione dalla gara.

IV) Secondo la ricorrente incidentale i 3 punti assegnati alla ricorrente principale in relazione all’elemento di valutazione “caratteristiche e facilità di gestione” appaiono del tutto ingiustificati per le medesime ragioni esposte nei precedenti paragrafi. Ne consegue che dovrebbe quanto meno essere accertato che si presenta illegittima l’attribuzione dei 3 punti assegnati ad OMISSIS S.p.A. in relazione all’elemento in parola e che va perciò ridimensionato il punteggio tecnico-discrezionale associato al criterio in parola.

V) In via gradata rispetto ai precedenti motivi, la ricorrente incidentale deduce l’illegittimità di tutti gli atti di gara (incluso il Capitolato) nella parte in cui fossero da interpretare nel senso di richiedere ulteriori cartucce per il controllo qualità rispetto a quelle da essa offerte.

La ricorrente incidentale ha proposto anche un’istanza di accesso “incidentale” ex art. 116 cod.proc.amm., chiedendo al Tribunale di “ordinare alla Stazione Appaltante il rilascio completo della documentazione di offerta IL”.

Alla camera di consiglio del 30 ottobre 2020 la ricorrente principale ha rinunciato all’istanza cautelare, mentre la ricorrente incidentale ha rinunciato all’istanza di accesso “incidentale” (v. verbale di udienza).

Con memoria depositata in data 3/01/20 l’amministrazione ha chiesto la reiezione del ricorso principale. La stazione appaltante evidenzia, con riferimento al primo motivo, che la reale ed effettiva composizione della fornitura dell’aggiudicataria è descritta nell’offerta economica e nella relazione tecnica, dai quali risulta chiaramente che è stato offerto il materiale di consumo sia per i test ematici che per i controlli di qualità; in secondo luogo, le IFU, cioè i fogli di istruzioni acclusi ad uno dei prodotti, non costituiscono documenti di gara; in terzo luogo, la cartuccia multicanale citratata denominata «Abnormal QC Vial Test Kit 07-662» non faceva parte della richiesta capitolare. Il secondo motivo sarebbe infondato in quanto la completezza dell’offerta dell’aggiudicataria giustificherebbe il punteggio attribuitole. In merito al terzo motivo sostiene che il quinto d’obbligo non sarebbe un’opzione da inserire nel valore della gara in quanto non prevedibile né quantificabile alla data di pubblicazione del bando.

Con memoria di replica depositata in data 9/01/20 la ricorrente principale ribadisce che quanto ha offerto OMISSIS, denominato “cartucce CQ” Level 1 e Level 2, non è un controllo di qualità, ma unicamente un controllo della funzionalità strumentale (elettronica, meccanica, pneumatica), che non può quindi in alcun modo verificare il buon funzionamento delle cartucce reagenti che potrebbero essersi deteriorate in seguito ad una cattiva conservazione e dunque fornire risultati non attendibili in un contesto di emergenza. La contestazione di OMISSIS S.p.A. riguardava la mancanza delle cartucce reagenti (Cartucce multicanale citratate) necessarie a verificare il corretto funzionamento e conservazione dei reagenti contenuti nelle cartucce citratate. Sarebbe la stessa OMISSIS a dichiarare la necessità di testare le cartucce reagenti citratate al fine di garantire l’affidabilità dei risultati sui pazienti. Le c.d. “IFU” (ovvero, il volgarmente detto “bugiardino” dei dispositivi o dei farmaci) avrebbero uno stretto valore probatorio, a prescindere da quanto inserito nell’offerta tecnica dalla controinteressata.

Sul terzo motivo di ricorso principale, essa ribadisce l’ammissibilità del motivo, in quanto volto a ripetere con le dovute forme di legge la procedura al fine di reiterare la chance di aggiudicazione alla ricorrente.

In merito al ricorso incidentale, la ricorrente principale sostiene che il primo motivo sarebbe infondato in quanto, in conformità alle normative in materia di controllo di qualità, essa ha offerto per l’esecuzione del controllo le medesime cartucce utilizzate per l’esecuzione degli esami sui pazienti e le fiale di controllo di Qualità Level 1 e Level 2 contenenti il plasma di origine umana; in particolare l’esecuzione del controllo sui sistemi Rotem e VerifyNow avverrebbe in modo automatico inserendo direttamente la fiala di plasma nella cartuccia, come riportato nella relazione tecnica prodotta in gara, mentre l’esecuzione dei controlli offerti da OMISSIS, oltre a non essere un vero controllo di qualità, dal punto di vista della facilità d’uso richiede la dispensazione non automatica mediante pipetta. Il secondo motivo, poi, sarebbe infondato in quanto tutti i test sopra indicati vengono eseguiti dal sistema Rotem con analisi viscoelastica. In merito al terzo motivo, ancora, sostiene che la sua offerta soddisfa il bando di gara. In merito al quarto motivo, invece, assume che le cartucce offerte avrebbero le caratteristiche richieste e facilità di gestione. Sul quinto motivo richiama quanto già dedotto confermando che le cartucce reagenti necessarie per l’esecuzione del controllo di qualità, e pretermesse da controparte, erano chiaramente da considerarsi in aggiunta a quelle richieste per l’esecuzione dei test pazienti.

All’udienza pubblica del 21 gennaio 2020 la causa è stata trattenuta dal Collegio per la decisione.

**DIRITTO**

1. Il primo motivo del ricorso principale, con il quale la ricorrente OMISSIS S.p.A. contesta l’incompletezza dell’offerta presentata dalla controinteressata OMISSIS Italia S.r.l., è infondato.

In merito alla presunta assenza delle cartucce per i test coagulativi e delle 60 cartucce per i test di funzionalità piastrinica, denunciata nella prima parte del motivo, rileva il Collegio come la doglianza non trovi concreto riscontro negli atti del fascicolo processuale, tanto più che, come evidenziato dall’Amministrazione resistente, le cartucce asseritamente mancanti, nella peculiare prospettazione che se ne è fatta in ricorso, non sono in realtà preordinate ai c.d. “controlli di qualità” – quelli che la ricorrente adduce sacrificati dall’incompletezza dell’offerta –, quanto piuttosto all’effettuazione di due specifiche tipologie di test ematici. Non emerge, insomma, sotto questo particolare aspetto, l’inosservanza delle previsioni dell’art. 5 del capitolato speciale di appalto.

Anche la seconda parte del motivo, con cui la ricorrente denuncia la mancanza delle “cartucce multicanale citrate” e del prodotto “Abnormal QC Vial Test Kit, 07-662” che sarebbero necessari secondo le IFU (instructions for use) dell’analizzatore offerto, è infondata.

Le IFU richiamate dalla ricorrente prevedono che “L’analizzatore TEG esegue controlli della qualità interni nel corso di un pre-test all’inserimento della cartuccia e quindi di nuovo durante il test. In questo modo si verifica che tutte le funzioni elettromeccaniche e pneumatiche del gruppo analizzatore cartuccia vengano svolte in modo soddisfacente. I laboratori devono svolgere i test del controllo della qualità come previsto in a base ai regolamenti CLIA in vigore in materia di livelli e frequenza dei materiali del controllo. OMISSIS fornisce i materiali per i controlli della qualità di Livello 1 e di Livello 2 e le cartucce di cloruro di calcio da utilizzare a tale fine … Per verificare le prestazioni dei reagenti citratati è possibile utilizzare sangue normale e il materiale per il controllo della qualità anomalo OMISSIS con la cartuccia multicanale citratata. Tale compito può essere svolto dal laboratorio per controllare che le cartucce vengano maneggiate e conservate in base alle condizioni corrette dopo il loro ricevimento, oppure quando le cartucce sono esposte a condizioni ambientali sfavorevoli. Per ulteriori dettagli sull’esecuzione di questo test, fare riferimento all’inserto della confezione del kit del test della fiala per CQ anomalo (Abnormal QC Vial Test Kit, 07-662)”.

Dall’esame delle istruzioni in questione, anche ad assegnare loro rilievo per la gara oggetto della controversia, risulta chiaro che l’ “Abnormal QC Vial Test Kit, 07-662”, non indicato tra i materiali per i controlli della qualità di Livello 1 e di Livello 2 offerti in gara, non è elemento essenziale dell’offerta. Infatti le istruzioni stabiliscono che “Per verificare le prestazioni dei reagenti citratati è possibile utilizzare sangue normale e il materiale per il controllo della qualità anomalo OMISSIS con la cartuccia multicanale citratata”. Si tratta quindi di una mera eventualità, considerata dalle istruzioni in via aggiuntiva rispetto ai test del controllo della qualità previsti in base ai regolamenti CLIA circa livelli e frequenza dei materiali del controllo e per i quali OMISSIS fornisce i materiali e le cartucce da utilizzare a tale fine.

A ciò si aggiunge che, poiché la stazione appaltante non ha richiesto di utilizzare “sangue normale” e “la “cartuccia multicanale citratata”, deve escludersi che la mancata indicazione della cartuccia QC codice 07-662 costituisca un vizio dell’offerta. Ciò è confermato dalla difesa della stazione appaltante, non contraddetta sul punto, la quale ha evidenziato che i controlli di qualità si fanno con l’uso di cartucce ad hoc, caricate con plasma bovino citratato ricostituito (pag. 7 della memoria ASST del 03/01/2020).

In definitiva quindi il primo motivo di ricorso va respinto, risultando dagli atti di gara l’offerta completa dei prodotti necessari all’esecuzione delle previste tipologie di test ematici e all’effettuazione dei relativi controlli di qualità.

2. Anche il secondo motivo di ricorso è infondato in quanto l’erroneità del punteggio di gara attribuito all’aggiudicataria si fonda su una presunta incompletezza dell’offerta che risulta esclusa in conseguenza della reiezione del primo motivo di ricorso.

3. Venendo al terzo motivo, occorre in primo luogo sgombrare il campo dall’eccezione di inammissibilità per carenza di interesse, eccezione sollevata sul presupposto che la ripetizione della gara, per la presumibile più ampia platea dei concorrenti, comporterebbe unicamente la riduzione delle possibilità di successo. Infatti l’utilitas che la parte ricorrente in giudizio può ritrarre dall’accoglimento del motivo è quella della rinnovazione della gara, interesse strumentale che, nelle controversie relative all'aggiudicazione di appalti pubblici, la Corte di Giustizia UE riconosce sempre e comunque meritevole di tutela per esigenze di effettività (cfr. sentenza Puligienica, Corte di giustizia Ue, grande sezione, 05.04.2016, C-689/2013). Inoltre l’interesse strumentale a ricorrere, dal quale deriva una nuova “chance” di partecipazione e di aggiudicazione, è configurabile ex se e non occorre che la ricorrente dimostri che l’esito sarebbe sicuramente o probabilmente ad essa favorevole, salvo che non risulti che, per altre ragioni, tale risultato favorevole non sia in assoluto raggiungibile, ovvero che sia data la prova contraria della non esistenza della probabilità indicata.

Nel merito il motivo di ricorso è infondato.

Secondo l’art. 35, comma 4, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 “Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Quando l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore prevedono premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tengono conto nel calcolo del valore stimato dell'appalto”. A sua volta, il successivo art. 106, comma 12, stabilisce che “La stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto”.

Tale ultima norma è chiara nel definire il “quinto d’obbligo” come una prestazione aggiuntiva rispetto al contratto originario che costituisce una sopravvenienza. Essa quindi si sottrae alla previsione dell’art. 35, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, il quale fa riferimento a clausole già previste al momento della predisposizione degli atti di gara ed in questa sede inserite per effetto di scelta discrezionale della stazione appaltante – che evidentemente ne valuta ab initio l’utilità per l’interesse pubblico perseguito –, sia pur rimesse dette clausole, nella loro concreta applicazione, ad una successiva valutazione facoltativa dell’amministrazione. Tale ricostruzione risulta confermata dal fatto che il “quinto d’obbligo” rientra tra le modifiche contrattuali, oggetto di variante, e quindi si differenzia nettamente dai patti aggiunti al contenuto del contratto che si inseriscono nella fase di formazione del medesimo ed ai quali la norma in esame si rivolge.

Inoltre la sua inclusione negli atti di gara, ma non nel contratto, finirebbe per creare una distonia rilevante tra valore della gara e valore del contratto. Infatti l’art. 106, comma 12, del Codice dei contratti pubblici prevede che tale diritto potestativo ha fonte legale e non negoziale, innestandosi ab externo sul contratto il cui valore può essere ridotto o incrementato per effetto di scelte operate solo ex post dalla stazione appaltante, mentre il valore della gara risulterebbe fin dall’inizio ancorato ad un importo solo ipotetico e sicuramente divergente dalle offerte dei concorrenti, dal cui confronto concorrenziale dovrebbe di norma scaturire la difformità tra valore della gara e valore del contratto.

In considerazione di ciò nessuna norma del Codice dei contratti pubblici, e tantomeno l’art. 106, comma 12, richiede che il ricorso al “quinto d’obbligo” assuma rilevanza ai fini della determinazione del valore dell’appalto oggetto di gara. E non se ne può dunque tenere conto neppure per le soglie di rilevanza comunitaria.

Né, infine, rileva che nella fattispecie l’art. 6 del capitolato speciale d’appalto prevedesse “… un aumento o una diminuzione della fornitura … fino alla concorrenza del quinto dell’appalto alle medesime condizioni del contratto …”, giacché il richiamo esplicitamente fattovi dalla lex specialis di gara nulla aggiunge all’àmbito di efficacia dell’istituto del “quinto d’obbligo”, per trattarsi di meccanismo che comunque opera ex lege, sì da non rientrare tra le voci “opzioni o rinnovi” previste di volta in volta dall’ente appaltante all’atto dell’indizione della gara.

4. In definitiva il ricorso principale non merita accoglimento.

5. La reiezione di tale ricorso esonera il Collegio dalla disamina del ricorso incidentale stante l’insussistenza di un interesse concreto ed attuale alla decisione nel merito delle domande in esso proposte. Come chiarito dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, “il rigetto del ricorso principale comporta”, infatti, “l’assorbimento del ricorso incidentale (espressamente o implicitamente) subordinato o condizionato all’accoglimento di quello principale” (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 27 aprile 2015, n. 5).

6. La peculiarità della fattispecie giustifica la compensazione delle spese di lite tra le parti.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la OMISSIS (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sui ricorsi, come in epigrafe proposti, assorbito l’esame del ricorso incidentale, respinge il ricorso principale.

Spese compensate.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 21 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Alberto Di Mario, Consigliere, Estensore

Antonio De Vita, Consigliere

Pubblicato il 30/01/2020
**N. 00121/2020 REG.PROV.COLL.**
**N. 00664/2019 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 664 del 2019, proposto da
OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Righi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in OMISSIS, via delle Mantellate n. 8;
***contro***
Comune di OMISSIS, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Debora Pacini, Andrea Sansoni, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Andrea Sansoni in OMISSIS, Palazzo Vecchio, piazza Signoria;
***nei confronti***
OMISSIS S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Pazzaglia, Francesca Isgro', con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Ugo Franceschetti in OMISSIS, via Maggio 7;
***per l'annullamento***
della Determinazione Dirigenziale a firma del Direttore della Direzione Corpo di Polizia Municipale del Comune di OMISSIS, Dr. Alessandro Leonardo Gabriele Casale, n. 2019/DD/02260 del 3.4.2019, avente ad oggetto "*Aggiudicazione dei servizi <gestione verbali esteri> (acquisizione elaborazione e normalizzazione dati degli intestatari dei veicoli con targa straniera e dei locatari dei veicoli a noleggio, utilizzati per commettere violazioni, stampa e notifica internazionale dei verbali di accertamento di violazioni amm.ve derivanti dall’attività di Polizia Municipale del Comune di OMISSIS intestati a soggetti residenti all'estero e sportello in lingua straniera), CIG 75805102BF, alla società OMISSIS srl*", comunicata alla ricorrente in data 4 aprile 2019;
della Determinazione Dirigenziale a firma del Direttore della Direzione Corpo di Polizia Municipale del Comune di OMISSIS Dr. Alessandro Leonardo Gabriele Casale, n. 2019/DD/03676 del 9.5.2019, avente ad oggetto "*Intervenuta efficacia di aggiudicazione definitiva dei servizi <gestione verbali esteri> (Acquisiz. elaboraz. e normalizzaz. dati degli intestatari di veicoli con targa straniera e dei locatari di veicoli a noleggio, utilizzati per commettere violazioni, stampa e notifica internazionale dei verbali di accertamento di violazioni amm.ve derivanti dell’attività di Polizia municipale del Comune di OMISSIS intestati a soggetti residenti all'estero e sportello in lingua straniera) - CIG 75805102BF*", pubblicata in data 10 maggio 2019;
di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente ancorché incognito, ed in particolare dei verbali della Commissione giudicatrice della gara di appalto oggetto di aggiudicazione alla controinteressata, nonché, per quanto occorrer possa ed in parte qua, del capitolato di gara e del disciplinare;
nonché per l'ulteriore annullamento, per quanto occorrer possa ed ai fini dell'accoglimento dell'istanza istruttoria ex art. 116 C.P.A. allegata,
del provvedimento inviato via pec in data 2 maggio 2019 a OMISSIS srl dalla P.M. del Comune di OMISSIS (a firma "istruttore della pratica Ag. - Sonia Niccoli", "Responsabile dell'Ufficio - Ispe. Guido Sabatini", "Responsabile del Procedimento - Comm. P.O., Stefano Galligani") a riscontro dell'istanza di accesso agli atti di gara presentata dalla ricorrente in data 5.4.2019;
della successiva comunicazione via pec del 17.5.2019 del Corpo di P.M. - Reparto Archivio e Trasparenza - a firma del "Responsabile del Procedimento - Commissario P.O. Stefano Galligani" in esito al sollecito inviato in pari data dalla ricorrente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di OMISSIS e della società OMISSIS S.r.l.;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 gennaio 2020 il Consigliere Giovanni Ricchiuto e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con il presente ricorso la società OMISSIS srl, società specializzata nell'erogazione dei servizi di recupero crediti ed informazioni commerciali, ha impugnato il provvedimento del 3 marzo e del 9 maggio 2019 di aggiudicazione della gara, relativa all’affidamento dei servizi di “*gestione verbali esteri*”.
Nel ricorso si è evidenziato che il Comune di OMISSIS, in vista della scadenza dell’ultimo affidamento di tale servizio, aveva bandito una procedura aperta, da espletarsi con modalità telematica sulla piattaforma regionale START e da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, per una durata di 60 mesi e un importo a base di gara di Euro 17.141.463,95.
Oggetto dell’affidamento era il servizio di “*Acquisizione, elaborazione, normalizzazione dati di intestatari veicoli con targa straniera, di locatari italiani e stranieri di veicoli a noleggio dati anche mediante accertamenti presso le competenti autorità dei paesi esteri, stampa, notifica internazionale di verbali di accertamento violazioni amministrative da parte della PM intestati a residenti estero, sportello in lingua straniera al cittadino (Front Office, Call Center, Back Office) e ulteriori attività correlate a gestione dei relativi procedimenti sanzionatori e alla riscossione dei verbali*”.
Il corrispettivo dell’affidamento è stato determinato, da un lato, sulla base del numero complessivo dei verbali/atti notificati nel quinquennio 2012-2016 (652.230) e la relativa media annuale (130.446), moltiplicato per il prezzo unitario a base d’asta di 12,70 euro a verbale e, dall’altro, sulla base del valore medio di riscossione dei verbali/atti notificati (40,77%), oltre il quale è riconosciuto un aggio del 30% sul riscosso non soggetto a ribasso.
Il ribasso, quindi, riguarda soltanto il compenso stimato dalla stazione appaltante pari a € 8.283.321,00 per tutte le operazioni fino alla spedizione del verbale, ovvero al prezzo unitario di 12,70 a verbale, mentre gli ulteriori importi relativi al rimborso delle spese postali e al riconoscimento dell’aggio sull’extra-incasso nella fase successiva alla notifica non sono stati assoggettati a ribasso.
Il capitolato, poi, prevede il rimborso delle spese postali per la notifica internazionale anticipate dall’aggiudicatario per ogni verbale/atto notificato.
All’esito della valutazione delle offerte tecniche, la società OMISSIS ha ottenuto, dopo le previste “riparametrazioni”, punti 70/70, contro punti 67,49/70 assegnati all’altra concorrente OMISSIS.
La gara è stata quindi aggiudicata, sulla base dei provvedimenti ora impugnati, alla società OMISSIS, con un punteggio pari a 97,490 (67,49 per l’offerta tecnica + 30 per l’offerta economica), mentre la società OMISSIS è risultata seconda classificata con un punteggio complessivo di 78,88 punti (70 per l’offerta tecnica + 8.85 per l’offerta economica).
Nell’impugnare tutti i provvedimenti in epigrafe citati si sostiene l’esistenza dei seguenti vizi:
1. la violazione dell’art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i.; della “*lex specialis*” della gara; l’eccesso di potere per errore, travisamento dei fatti, difetto di istruttoria, in quanto l’offerta di OMISSIS sarebbe incongrua e avrebbe dovuto essere esclusa, non risultando sostenibili i servizi aggiuntivi offerti dalla stessa controinteressata;
2. la violazione dell’art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 e della “*lex specialis*” della gara, in quanto dall’esame del verbale della seduta riservata del 29 gennaio 2019 in cui sono state valutate le giustificazioni presentate da OMISSIS, sarebbe incongruo il costo del personale e della manodopera;
3. la violazione dell’art. 97 del d.lgs. n. 50/2016, in quanto l’inaffidabilità complessiva dell’offerta di OMISSIS risulterebbe anche da altri elementi e, ciò, in specie nella parte in cui la società OMISSIS ha dichiarato di avvalersi di legali esterni in convenzione al costo di Euro 25/ora, pari alla tabella di II livello.
Si è costituito il Comune di OMISSIS che ha eccepito la tardività del ricorso, in quanto la determinazione di aggiudicazione sarebbe stata comunicata tramite pec anche a OMISSIS srl in data 4 aprile 2019, mentre il ricorso avverso la stessa è stato notificato soltanto in data 27 maggio 2019, ben oltre i trenta giorni di rito, oltre all’inammissibilità per avere la ricorrente contestato pretesi vizi afferenti alla valutazione di congruità dell’offerta.
Nel merito si sono comunque contestate le argomentazioni proposte, chiedendo il rigetto del ricorso.
Analoghe eccezioni preliminari, e contestazioni circa le censure relative al merito del ricorso, sono state poste in essere dalla controinteressata OMISSIS che, nel costituirsi, ha confermato la sostenibilità complessiva dell’offerta.
Con decreto monocratico n. 318/2019 del 31 maggio 2019 questo Tribunale ha respinto l’istanza cautelare proposta dalla ricorrente.
Quest’ultima, alla camera di consiglio del 12 giugno 2019, ha poi rinunciato alla sospensiva.
Nelle successive memorie tutte le parti hanno avuto cura di argomentare sulle eccezioni preliminari proposte e, ancora, sulla correttezza (o meno) del giudizio di anomalia posto in essere dalla stazione appaltante.
All’udienza del 15 gennaio 2020, uditi i procuratori delle parti costituite, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

**DIRITTO**

1. In primo luogo va evidenziato come la manifesta infondatezza delle censure proposte consente di prescindere dall’esame delle eccezioni preliminari di tardività e di inammissibilità.
1.1 In particolare è infondato il primo motivo con il quale si sostiene che la malgrado il positivo giudizio di congruità della stazione appaltante, l’offerta dei servizi aggiuntivi della OMISSIS avrebbe l’effetto di assorbire l’utile complessivo, determinando una sostanziale insostenibilità dell’offerta.
1.2 Sarebbe suscettibile di incidere sull’utile di esercizio l’invio di una seconda lettera di sollecito da parte di OMISSIS, diretta ad avvisare il trasgressore del trasferimento della pratica dal Comune alla società di recupero crediti, servizio quest’ultimo che, a parere della ricorrente, sarebbe suscettibile di generare costi aggiuntivi di personale, di stampa e digitalizzazione e costi di postalizzazione che sarebbero tali “*da assorbire e superare di per sé l’utile di impresa*”.
1.3 Dette argomentazioni non sono condivisibili e vanno respinte.
Il servizio aggiuntivo offerto da OMISSIS, infatti, si colloca in una fase successiva e distinta rispetto a quella della notifica del verbale e del primo sollecito.
In ragione di detta attività è lo stesso disciplinare che prevede il riconoscimento all’aggiudicatario di un “*compenso aggiuntivo*” stimato in 3.118.518,95 euro (art. 15 co. 4 lett. d capitolato), dato dall’aggio sul maggior importo riscosso rispetto alla percentuale del 40,77%.
1.4 E’ allora evidente che il costo di detto servizio aggiuntivo, non incide sull’utile di esercizio generato dal ribasso d’asta e, ciò, peraltro in conformità a quanto dichiarato dalla controinteressata nel corso della procedura di verifica della congruità, laddove si è evidenziato come, ai sensi dell’art. 7, comma 4, del Capitolato è previsto che “*Nessun’altra spesa può essere richiesta a titolo di risarcimento o altro onere dalla ditta aggiudicataria*”.
Ne consegue come risulta corretto il giudizio di congruità dell’offerta posta in essere dalla stazione appaltante, risultando remunerata detta tipologia di “compenso aggiuntivo”.
1.5 Altrettanto da respingere è il secondo motivo di ricorso con il quale la società OMISSIS srl, nel contestare il giudizio di congruità, evidenzia come il RUP aveva chiesto dei chiarimenti per quanto attiene quanto al “*costo del personale e della manodopera: Euro 160.351,92*”,
1.6 Quanto ai costi del “*front office*”, la ricorrente sostiene che in sede di audizione orale la società OMISSIS avrebbe modificato l’offerta tecnica, prevedendo la diversa (e riduttiva) ipotesi di 2 dipendenti con contratto part time di 24 ore settimanali, mentre nell’offerta tecnica si era previsto di impiegarvi “*risorse per 8 ore al giorno dal lunedì al venerdì nel territorio di OMISSIS*”.
1.7 Sul punto è necessario evidenziare che nel corso dell’audizione orale (si veda il verbale di audizione della soc. OMISSIS del 13 febbraio 2019), la società controinteressata ha fornito i chiarimenti richiesti che, a sua volta, sono stati ritenuti congrui dalla Commissione, senza che la ricorrente abbia sollevato eccezioni sul punto.
1.8 Ugualmente sono stati forniti chiarimenti per quanto concerne il “*front office*”, consentendo così al RUP di ritenere congrua l’offerta, circostanza quest’ultima evincibile dal verbale di chiusura dell’audizione orale laddove si è affermato *“... che il numero di personale non ha avuto alcun rilievo nell’attribuzione del punteggio e che nell’offerta tecnica non è specificato che la presenza del personale fosse a tempo pieno, conseguentemente ritiene congrui i costi indicati*”.
La censura sopra citata è, pertanto, infondata e va respinta.
1.9 Con il terzo motivo di ricorso la società OMISSIS censura la congruità dell’offerta di OMISSIS, sostenendo che quest’ultima non avrebbe esposto i costi dell’attività di assistenza legale, fornita per 4 ore al mese dell’attività di recupero crediti; nonché per la disponibilità di locali per l’archiviazione cartacea della documentazione.
2. La censura è infondata considerando che è la stessa ricorrente a riconoscere che la società OMISSIS aveva chiarito di avere rapporti contrattuali remunerati nel solo caso di incasso delle sanzioni e che, nel contempo, per la disponibilità di locali per l’archiviazione cartacea della documentazione si è sempre dovuta rivolgere ad una ditta specializzata con un costo annuo di
13.000,00 euro.
2.1 Quanto al costo dei servizi di consulenza legale, tali voci erano state giustificate da OMISSIS in quanto rientranti nei servizi aggiuntivi, giustificazioni queste ultime rese anche all’esito dei chiarimenti orali e che erano state ritenute congrue dalla Commissione giudicatrice, nell’ambito della propria insindacabile discrezionalità valutativa.
2.2 E’ allora evidente come le argomentazioni di parte ricorrente si limitino a mettere in dubbio il giudizio di congruità posto in essere dalla stazione appaltante, senza addurre elementi tali da consentire l’individuazione dei profili di eccesso di potere che legittimerebbero il sindacato di questo Tribunale.
2.3 Si consideri, inoltre, che secondo un costante orientamento “*Nelle gare pubbliche il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta – finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà della stessa ovvero dell'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte - ha natura globale e sintetica e deve risultare da un'analisi di carattere tecnico delle singole componenti di cui l'offerta si compone, al fine di valutare se l'anomalia delle diverse componenti si traduca in un'offerta complessivamente inaffidabile; detto giudizio costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione e insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara*” (Consiglio di Stato, sez. V, n.7391 del 28/10/2019).
2.4 In conclusione l’infondatezza delle censure proposte consente di respingere il ricorso, mentre è possibile compensare le spese del presente giudizio in considerazione delle particolarità della fattispecie esaminata.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Compensa le spese.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in OMISSIS nella camera di consiglio del giorno 15 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:
Manfredo Atzeni, Presidente
Luigi Viola, Consigliere
Giovanni Ricchiuto, Primo Referendario, Estensore

Pubblicato il 24/01/2020
N. 00608/2020REG.PROV.COLL.
N. 05813/2019 REG.RIC.

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

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5813 del 2019, proposto da
OMISSIS S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Silvio Bozzi, Franco Gaetano Scoca e Ignazio Tranquilli, con domicilio digitale come da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Franco Gaetano Scoca, in Roma, alla via Giovanni Paisiello, n. 55;

contro

Comune di OMISSIS, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Toscano, con domicilio digitale come registri di giustizia;

nei confronti

Comune di OMISSIS, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Leonardo Masi, con domicilio digitale come da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio Leonardo Masi Studio Grez & Associati, in Roma, al corso Vittorio Emanuele II, n. 18;
OMISSIS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Paoletti e Elisa Vannucci Zauli, con domicilio digitale come registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Francesco Paoletti, in Roma, alla via Maresciallo Pilsudski, n. 118;
OMISSIS S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Frati, con domicilio digitale come da registri di giustizia;
OMISSIS S.p.A., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana, Sezione seconda, n. 832/2019, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di OMISSIS, del Comune di OMISSIS, di OMISSIS e di OMISSIS S.p.A.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 ottobre 2019 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Bozzi, Scoca, Tranquilli, Toscano, Frati e Paoletti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.- Con contratto in data 6 marzo 2006, il Comune di OMISSIS affidava alla OMISSIS s.p.a. (all’esito di apposita procedura evidenziale c.d. a doppio oggetto, preordinata alla contestuale selezione concorrenziale di partner privato da integrare nella compagine sociale, a prevalente capitale pubblico) il servizio di gestione dei rifiuti solidi urbani e assimilati, all’uopo prefigurando (giusta l’art. 5 del contratto) modalità di remunerazione ad integrale carico dell’Amministrazione affidataria.

Venuto a scadenza, nel febbraio 2017, il rapporto con il socio privato, i Comuni di OMISSIS e di OMISSIS si attivavano, sul dichiarato e ribadito assunto del contestuale ed automatico esaurimento del pedissequo affidamento negoziale, ai fini del conferimento delle proprie quote di partecipazione in OMISSIS s.p.a., medio tempore costituita (segnatamente in data 16 dicembre 2011) quale Gestore unico dall’Autorità d’ambito, in programmatica attuazione della normativa nazionale e regionale di settore (art. 200 d. lgs. n. 152/2006; art. 3 bis d.l. n. 138/2011; L.R. n. 69/2011); a tal fine, in data 28 luglio 2017, il Comune di OMISSIS procedeva al conferimento delle partecipazioni azionarie già detenute in OMISSIS S.p.a..

Non essendo, tuttavia, il Gestore unico ancora operativo (solo successivamente, con delibera del 9 maggio 2019, sarebbe stata approvata la modifica statutaria con definitiva opzione per il modello della società in house, in luogo del modulo partenariale di primigenia elezione), il Comuni interessati (e, segnatamente, il Comune di OMISSIS) avevano attivato modalità dichiaratamente “transitorie” di gestione del servizio rifiuti, nelle more della programmata implementazione delle modifiche societarie necessarie a strutturare meccanismi di “controllo analogo”.

A tal fine – valorizzando la previsione di cui all’art. 68 della L.R. n. 77/13, in virtù della quale “per garantire la continuità del servizio nelle more dell’espletamento delle procedure di affidamento al gestore unico […] il servizio [avrebbe potuto essere] espletato dai soggetti pubblici e privati esercenti, a qualsiasi titolo, l’attività di gestione operanti alla data del 31.12.2013, sino al subentro del gestore unico” – con delibera consiliare n. 19 del 13 marzo 2017, il Comune disponeva la temporanea proroga del rapporto con OMISSIS S.p.A., “fino al perfezionamento della gestione unitaria ovvero fino a quando [esso] Comune [avesse ritenuto] di procedere ad un nuovo affidamento tramite procedura ad evidenza pubblica”.

Essendo, peraltro, insorti, in prosieguo, contrasti in ordine alla gestione del prorogato rapporto – segnatamente contestandosi, dal lato dell’affidante, asserite insufficienze in ordine al predisposto piano economico finanziario, al mancato raggiungimento degli obiettivi programmati, alla eccessiva onerosità dei costi; per contro opinandosi inter alia, dal lato dell’affidataria, la perdurante e preclusiva vigenza dell’originario contratto, in tesi non esaurito – il Comune si risolveva ad attivare, in data 28 dicembre 2017, un’indagine di mercato nei confronti delle società controllate da OMISSIS S.p.A., nella evidenziata prospettiva di addivenire, una volta maturate le relative condizioni, ad un affidamento in house.

Rimasta senza utile esito l’indagine (una alla sua appendice del 31 gennaio 2018, riscontrata dalla OMISSIS S.p.A. con non soddisfacente aggiornamento del piano economico), il Comune approvava, con deliberazione n. 282 del 29 agosto 2018, il nuovo Piano industriale, fissando per il servizio di gestione dei rifiuti nuovi obiettivi minimi e prospettici risparmi di spesa, in ordine ai quali si rinnovava e ravvivava il confronto con OMISSIS S.p.A..

Vana, tuttavia, la prospettiva di una convergenza sui prefigurati intenti programmatici, il Comune di OMISSIS:

a) “da[va] atto”, con delibera consiliare n. 68 del 19 dicembre 2018, che, alla data del 31 dicembre, dovesse considerarsi cessata la gestione del servizio da parte di OMISSIS, fatta salva la garanzia di continuità del servizio nelle more del passaggio di consegne al nuovo gestore, per l’affidamento al quale dettava apposite linee di indirizzo;

b) decideva (con delibera n. 434 del 21 dicembre 2018) di procedere – nella valorizzata cornice normativa di cui al rammentato art. 68 della L.R. 77/2013 – alla stipula di un contratto transitorio ed in via d'urgenza, “tenuto conto dell'obbligo di ovviare senz'altro indugio ad un sistema gestionale che, non perseguendo gli obiettivi minimi prescritti, comporta[va] un evidente disservizio traducibile in maggior onere finanziario, minore tutela dell'ambiente e della salute pubblica, con generale danno a carico della comunità”;

c) si rivolgeva, all’uopo, a OMISSIS, di cui argomentava, per un verso, la diffusa, risalente, qualificata e conveniente operatività sul territorio e, per altro verso, la circostanza che la stessa rientrasse tra le società interamente partecipate da OMISSIS s.p.a. e, come tale, fosse suscettibile di prospettico ed utile coinvolgimento operativo al maturare delle condizioni per il programmato affidamento in house.

In sostanza, nell’assunto del Comune, ragioni di urgenza (correlate alla mancata adesione di OMISSIS al nuovo Piano industriale) e temporaneità dell’affidamento (nelle more dell’attuazione dell’in house) avrebbero legittimato l’attivazione di procedura negoziata senza bando mediante trattativa diretta svolta con l'unico soggetto compatibile con il quadro normativo delineato dalla L.R. 77/2013 e dalle Linee Guida ATO, che richiedevano la prossimità territoriale del gestore scelto.

Per tal via – ricevuta l’offerta da Ersu s.p.a e riscontratane, con l’apporto ausiliario di qualificata società di ingegneria, la congruità – provvedeva all’affidamento con delibera n. 39 del 18 febbraio 2019 e, di conserva, alla stipula del pedissequo contratto, per la prevista durata di otto mesi (dal 1° maggio al 31 dicembre 2019), con successiva previsione di proroga fino al maggio 2020, fatto salvo il sopravvenire, nei ribaditi sensi, delle condizioni per il definitivo affidamento in house.

2.- Con ricorso dinanzi al TAR per la Toscana, integrato da successivi motivi aggiunti, OMISSIS S.p.a. impugnava il complesso delle riassunte determinazioni, dolendosi, per un verso, della asseritamente illegittima interruzione del rapporto contrattuale in essere (anche ai fini delle sottese rivendicazioni economiche, non disgiunte dalla pretesa alla restituzione dell’ingiustificato arricchimento conseguitone) e, per altro verso, della insussistenza dei presupposti per l’affidamento anticoncorrenziale.

Nel rituale contraddittorio delle parti (interveniente ad adiuvandum anche il Comune di OMISSIS), con la sentenza epigrafata il primo giudice respingeva il ricorso, da un lato declinando la propria giurisdizione sulla questione della scadenza del contratto e delle rivendicate poste economiche e, dall’altro, ritenendo infondate le censure di illegittimità svolte con riferimento alla procedura di affidamento diretto ad OMISSIS, per la quale riteneva sussistenti i presupposti per la procedura negoziata non preceduta da bando, di cui all’art. 63 del d.lgs. 50/2016.

3.- Con atto di appello, notificato nei tempi e nelle forme di rito, OMISSIS S.p.A. insorge avverso la ridetta decisione, di cui assume, sotto plurimo rispetto critico, la complessiva erroneità, auspicandone l’integrale riforma.

Alla pubblica udienza del 24 ottobre 2019, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa è stata riservata per la decisione.

**DIRITTO**

1.- L’appello non è fondato e va respinto.

2.- Con il primo motivo di gravame, l’appellante – sia pure limitatamente all’invocato accertamento della legittimità del recesso operato dal Comune di OMISSIS – lamenta l’erroneità della declaratoria di difetto di giurisdizione, che, a suo dire, sussisterebbe, per giunta in via esclusiva, alla luce dell’art. 133, comma 1, lettera p) cod. proc. amm., vertendosi in materia di “gestione del ciclo di rifiuti”.

2.1.- L’assunto è erroneo.

Vale, invero, osservare:

a) che, per comune intendimento, va qualificato come appalto di servizi, e non come concessione di servizi, il contratto di gestione dei rifiuti urbani che preveda (come nella specie) che l'attività svolta sia remunerata integralmente dall'amministrazione, di modo che non gravi sull'operatore economico il rischio d'impresa (Cass., SS.UU., 20 aprile 2017, n. 9965): cfr., infatti, in conformità alla vincolante indicazione di diritto eurocomune, artt. 3, comma 1 lettere vv) e zz) e 165 d. gs. n. 50/2016:

b) che, per tal via, le controversie relative alla fase di esecuzione del contratto rientrano nella giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria (cfr. Cass., SS.UU., 21 maggio 2019, n. 13660);

c) che, del resto, la devoluzione (ex art. 133, comma 1 lettera p) alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle controversie attinenti all'attività di gestione dei rifiuti, quand’anche posta in essere con comportamenti dell’Amministrazione o dei soggetti alla stessa equiparati, presuppone comunque che gli atti di gestione siano espressione dell'esercizio di un potere autoritativo, onde, quando in giudizio sia dedotto un rapporto obbligatorio avente la propria fonte in una pattuizione di tipo negoziale intesa a regolamentare gli aspetti meramente patrimoniali della gestione, la controversia appartiene alla giurisdizione del giudice ordinario (Cass., SS.UU., 21 settembre 2018, n. 22428)

Ne discende, come correttamente ritenuto dal primo giudice, che tutte le contestazioni formulate in ordine alla interruzione, asseritamente abusiva, dei rapporti contrattuali pendenti inter partes (legittimata vuoi dall’inesatto adempimento delle prestazioni dovute, vuoi dalla intervenuta scadenza del contratto, vuoi dalla mancata rispondenza delle prestazioni rese agli obiettivi fissati) devono ritenersi sottratti, in quanto afferenti a posizioni di ordine paritetico, alla giurisdizione amministrativa.

Né la relativa questione avrebbe potuto essere apprezzata, come auspicato, incidenter tantum, in assenza di nesso di necessaria pregiudizialità logica o giuridica rispetto alla materia ritualmente devoluta alla cognizione del giudice amministrativo (cfr. art. 8 cod. proc. amm.).

2.2.- Non assume, in diverso senso, alcun rilievo, contrariamente all’avviso dell’appellante, la circostanza che il difetto di giurisdizione sia stato fatto oggetto di rilievo officioso, nella denunziata assenza della sollecitazione del contraddittorio delle parti sul punto, in tesi imposto dall’art. 73 cod. proc. amm., e ciò in quanto:

a) la regola in questione è preordinata (come la sua omologa di cui all’art. 101, comma 2 cod. proc. civ.) ad impedire una decisione c.d. a sorpresa (o della “terza via”), onde la stessa trova applicazione esclusivamente in relazioni alle “questioni miste di fatto e di diritto”, con esclusione di quelle di mero diritto e, segnatamente, di natura meramente processuale, per definizione ed implicitamente ricomprese (come quelle attinenti alla sussistenza dei presupposti processuali e delle condizioni dell’azione) nel thema decidendum  (cfr. Cass., sez. II, 12 settembre 2019, n. 22778; Id., sez. III, 22 febbraio 2016, n. 3432);

b) che, in ogni caso, dalla relativa omissione può derivare solo un error in procedendo (ovvero un error in judicando de jure procedendi), che non legittima l’annullamento, in seconde cure, della decisione e l’auspicata rimessione degli atti al giudice di prime cure, ma solo la decisione della questione, se del caso – ed ove ne ricorrano le condizioni, nella specie insussistenti – previa rimessione in termini (cfr. Cass. sez. I, 8 giugno 2018, n. 15037, nonché, in fattispecie contermine, Cons. Stato, sez. IV, 14 aprile 2010, n. 2079).

3.- Con il secondo motivo di gravame, la sentenza impugnata è oggetto di censura, nella parte in cui, validando l’operato dell’Amministrazione comunale intimata, ha ritenuto che ricorressero, nella fattispecie, due delle alternative (e, dunque, nella specie, concorrenti) ipotesi, previste dall’art. 63 del d. lgs. n. 50/2016 per il ricorso, in via eccezionale, all’affidamento diretto non preceduto da bando, vale a dire: a) l’assenza, per motivi di ordine tecnico, di adeguata concorrenza (comma 1, lett. b) n. 2); b) la ricorrenza di ragioni di “estrema urgenza”, derivanti da eventi “imprevedibili” ed incompatibili con l’ordinaria attivazione di procedura selettiva evidenziale.

Sul punto, l’appellante assume criticamente:

a) che la natura e tipologia del contratto (avente ad oggetto un ordinario e fungibile servizio di raccolta di rifiuti solidi urbani, per un valore ampiamente superiore alla soglia comunitaria) escludesse per definizione, difettando diritti di esclusiva, la virtuale assenza di concorrenza;

b) che la perdurante vitalità del rapporto instaurato con la stessa OMISSIS S.p.a., inopinatamente dissolto dalla contestata opzione comunale, garantisse, semmai, la perdurante copertura del servizio, il che sarebbe senz’altro valso a legittimare, in vista del nuovo affidamento, la doverosa sollecitazione concorrenziale;

c) che non avrebbe potuto valorizzarsi, ai fini dell’affidamento del servizio “dinamico” di raccolta dei rifiuti, la gestione – da parte di OMISSIS per conto del Consorzio Ambiente Versilia – di un impianto “statico” di mero smaltimento dei rifiuti indifferenziati nel limitrofo Comune di Massarosa, trattandosi di attività distinte e appartenenti a fasi diverse e sequenziali del ciclo di gestione dei rifiuti;

d) che neppure avrebbe potuto avere rilievo l’appartenenza di OMISSIS a OMISSIS né, tampoco, l’essere ritenuta come “la società più vicina al Comune da servire”, per il fatto di operare nel territorio di Comuni limitrofi a OMISSIS;

e) che, soprattutto, non corrispondeva a verità l’assunto che Sea non avesse formulato alcuna offerta migliorativa, sotto il profilo tecnico-qualitativo ed economico (la quale, piuttosto – in tesi veicolata dal proposto aggiornamento del piano tecnico-finanziario – sussisteva ed era da riguardarsi perfino come migliorativa rispetto a quella di OMISSIS);

f) che costituisse mera petizione di principio, inopinatamente avallata dal primo giudice, quella per cui l’arco temporale destinato al temporaneo affidamento, agganciato all’inesorabile clausola risolutiva espressa, fosse tanto breve da far ritenere altamente probabile che una eventuale gara sarebbe andata deserta;

g) che non sussistesse, in definitiva ed in concreto, alcuna ragione di urgenza imprevedibile e non imputabile.

3.1.- Le censure non appaiono persuasive.

Importa premettere che l’art. 63 del d. lgs. n. 50/2016 autorizza, in presenza di “ragioni di estrema urgenza”, il ricorso a “procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara”, a condizione che: a) l’urgenza derivi da “eventi imprevedibili” e “in alcun caso imputabili” alla amministrazione aggiudicatrice, che rendano impossibile il rispetto del termini “per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione”; b) della relativa giustificazione sia dato conto “con adeguata motivazione”; c) l’affidamento sia disposto “nella misura strettamente necessaria”.

L’opzione riveste, all’evidenza, carattere di eccezionalità rispetto all’obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, sicché, per condiviso intendimento, la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell’individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente (così, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 8 agosto 2019, n. 5628).

Nel caso di specie, nondimeno, la scelta operata dal Comune appellato, secondo è dato evincere dalla complessiva disamina della documentazione versata agli atti del giudizio:

a) risulta motivata (con la delibera n. 68 del 19 dicembre 2018) in forza dell’”obbligo di ovviare senz'altro indugio ad un sistema gestionale che, non perseguendo gli obiettivi minimi prescritti, comporta[va] un evidente disservizio traducibile in maggior onere finanziario, minore tutela dell'ambiente e della salute pubblica, con generale danno a carico della comunità”;

b) trae concreto fondamento dalla necessità di assicurare, nelle more dell’affidamento al Gestore unico, la continuità del servizio di gestione dei rifiuti a condizioni conformi, sotto il profilo tecnico ed economico (avuto, in particolare, riguardo alle esigenze di massimizzazione della percentuale di raccolta differenziata), a quelle delineate con il nuovo piano industriale, rispetto alle quali condizioni il confronto con l’odierno appellante non aveva condotto (a dispetto delle osservazioni criticamente avanzate sul punto) ad esiti soddisfacenti;

c) si innesta su una situazione di obiettiva urgenza non imputabile, se non altro perché al gestore uscente era stato concesso ampio termine per predisporre un piano tecnico economico, per l’anno in corso, in linea con le previsioni del piano finanziario;

d) risulta rispettosa, in virtù del prefigurato automatismo risolutorio temporalmente ancorato a data certa, del breve termine necessario per procedere al definitivo affidamento (una volta portate a termine le attivate modifiche statutarie necessarie ad implementare le condizioni per il controllo analogo sulla costituita società in house a totale partecipazione pubblica);

e) è stata preceduta da consultazione preliminare di mercato che aveva fatto prima facie emergere la concreta assenza di concorrenti potenzialmente (e prontamente) interessati all’affidamento, in presenza dello stringente vincolo temporale;

Deve, perciò, ritenersi – anche indipendentemente dalla sussistenza delle (concorrenti ed alternative) condizioni di cui all’art. 63, comma 2, lettera b numero 2 – la ricorrenza, nella specie, delle condizioni per un affidamento urgente e temporaneo ad operatore disponibile sul piano delle postulate condizioni tecniche e dotato delle necessarie qualificazioni tecniche.

4.- Con il terzo motivo di gravame, l’appellante lamenta l’assorbimento della questione – asseritamente cruciale – della insussistenza, all’attualità, delle condizioni per l’affidamento in house a OMISSIS, in tesi oggetto di mero auspicio, idoneo al più a prefigurare una implausibile e prospettica validazione a posteriori, di un affidamento anticoncorrenziale per sé abusivo.

4.1.- Il motivo non è fondato.

In disparte il rilievo, di cui danno documentato conto le difese di parte appellata, che lite pendente,  OMISSIS risulta aver completato il percorso, auspicato da ATO Toscana Costa, per la trasformazione in società in house in totale mano pubblica, mercé l’approvazione delle necessarie modifiche statutarie necessarie a garantire il controllo analogo da parte dei soci pubblici, ciò che conta (e che aveva correttamente indotto il primo giudice a ritenere assorbita la questione) è che la legittimità dell’affidamento diretto si correlava, nei sensi chiariti, proprio alla dichiarata assenza delle attuali condizioni dell’in house, oggetto di mera indicazione prospettica: donde l’irrilevanza (dovendosi la decisione amministrativa valutarsi alla luce delle condizioni esistenti al momento della sua adozione) della relativa questione (se non sotto un profilo di eventuale elusione, peraltro smentito dalle considerazioni che precedono).

5.- In definitiva, l’appello merita di essere respinto.

Le peculiarità della fattispecie giustificano l’integrale compensazione, tra le parti costitutite, di spese e competenze di lite.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa, tra le parti costituite, le spese di lite.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 24 ottobre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Raffaele Prosperi, Consigliere

Angela Rotondano, Consigliere

Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Elena Quadri, Consigliere