

SENTENZE DEL 01.03

N. 00746/2016REG.PROV.COLL.
N. 09206/2015 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 9206 del 2015, proposto da:
Johnson & Johnson Medical Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Filippo Arturo Satta, Anna Romano, Mario Zoppellari, con domicilio eletto presso Studio Legale Satta & Associati in Roma, Foro Traiano 1/A;

contro

Baxter Spa, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mario Sanino, Riccardo Arbib, con domicilio eletto presso Mario Sanino in Roma, viale Parioli, 180;

nei confronti di

Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Bari, Irccs Istituto Tumori Giovanni II di Bari, Irccs Saverio De Bellis;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - BARI: SEZIONE I n. 00973/2015, resa tra le parti, concernente affidamento fornitura farmaci;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Baxter Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 febbraio 2016 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Filippo Arturo Satta, Mario Zoppellari e Mario Sanino;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con la sentenza impugnata il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia annullava, in accoglimento del ricorso della Baxter S.p.A., l'aggiudicazione alla controinteressata Johnson & Johnson Medical S.p.A. (d'ora innanzi: J & J), della quale respingeva il ricorso incidentale, dei lotti nn.169, 170 e 171 dell'appalto avente ad oggetto la fornitura all'Azienda Sanitaria Locale di Bari, all'Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziale Policlinico di Bari, all'IRCCS Istituto Tumori "Giovanni Paolo II" di Bari e all'IRCCS "Saverio de Bellis" di Castellana Grotte (BA) di un farmaco emostatico confezionato in siringhe preriempite e contenente la combinazione dei seguenti principi attivi: fibrinogeno, aprotinina, trombina umana, calcio cloruro e fattore XIII.

Avverso la predetta decisione proponeva appello J & J, contestando la correttezza della statuizione gravata e domandandone la riforma, con conseguente reiezione del ricorso di primo grado.

Resisteva Baxter, rilevando l'infondatezza dell'appello e chiedendone la reiezione, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

Non si costituivano, invece, in giudizio le Amministrazioni appellate.

Il ricorso veniva trattenuto in decisione alla pubblica udienza dell'11 febbraio 2016.

DIRITTO

1.- E' controversa la legittimità dell'aggiudicazione alla J & J dei lotti nn.169, 170 e 171 dell'appalto avente ad oggetto la fornitura all'Azienda Sanitaria Locale di Bari, all'Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziale Policlinico di Bari, all'IRCCS Istituto Tumori "Giovanni Paolo II" di Bari e all'IRCCS "Saverio de Bellis" di Castellana Grotte (BA) di un farmaco emostatico confezionato in siringhe preriempite e contenente la combinazione dei seguenti principi attivi: fibrinogeno, aprotinina, trombina umana, calcio cloruro e fattore XIII.

Il Tribunale di prima istanza ha giudicato illegittima tale determinazione sulla base del decisivo rilievo della doverosità dell'esclusione di J & J, per il riscontrato difetto, nel prodotto da essa offerto (Evicel), degli indefettibili requisiti della forma farmaceutica, prescritta nella modalità di siringa preriempita, e del principio attivo dell'aprotinina (invece posseduti dal farmaco Tisseel offerto da Baxter) e, comunque, per la rilevata mancata dimostrazione della sua equivalenza, ai sensi dell'art. 68, d.lgs. n.163 del 2006, quanto ai due predetti elementi, con il farmaco richiesto.

La società appellante contesta la correttezza di tale giudizio, insistendo nel sostenere l'idoneità del proprio prodotto farmaceutico a soddisfare, in misura del tutto equivalente a quello connotato dalle suddette caratteristiche prescritte dalla lex specialis, le esigenze della stazione appaltante, e,

quindi, la legittimità della propria ammissione alla gara e della conseguente aggiudicazione a sé dell'appalto.

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

3.- Ai fini di una compiuta e corretta intelligenza dei termini della questione principalmente controversa occorre premettere, in fatto, che l'Allegato I al capitolato tecnico prescriveva che il farmaco oggetto della fornitura fosse composto, tra gli altri, dal principio attivo dell'aprotinina e fosse confezionato in siringhe preriempite, che il farmaco (Evicel) offerto da J & J era sprovvisto del predetto principio attivo e presentava una modalità di somministrazione diversa da quella prescritta, essendo confezionato in due flaconcini (che devono essere scongelati al fine di somministrare il farmaco con un applicatore analogo alla siringa), che J & J, consapevole dell'assenza, nel proprio prodotto, delle due suddette caratteristiche, interpellava la stazione appaltante circa la possibilità di offrirlo e di partecipare utilmente alla procedura, che l'Amministrazione procedente, con i chiarimenti formulati, rispettivamente, il 26 giugno e il 24 luglio 2013 precisava, per un verso, che l'assenza del principio attivo aprotinina non precludeva l'offerta del farmaco Evicel e, per un altro, che una modalità di somministrazione diversa dalla siringa preriempita non era ostativa alla partecipazione alla gara, purchè venisse adeguatamente dimostrata l'equivalenza del farmaco offerto, e che i lotti in questione erano stati successivamente aggiudicati alla J & J, sulla base del logico presupposto dell'equivalenza del farmaco Evicel a quello avente le caratteristiche cristallizzate nella *lex specialis*.

4.- Così ricostruita la situazione di fatto, occorre procedere alla disamina del ricorso di J & J, seguendo l'ordine di trattazione articolato nell'atto di appello ed iniziando, quindi, dall'esame della questione attinente all'idoneità tecnica del prodotto offerto dalla società odierna appellante (e originaria aggiudicataria dell'appalto) a soddisfare le esigenze della stazione appaltante.

4.1- L'assunto che sorregge l'appello, seppur con diverse prospettazioni argomentative, può essere sintetizzato nel duplice rilievo che Evicel (il farmaco prodotto da J & J) equivale a Tisseel (il farmaco prodotto da Baxter), quanto ad efficacia emostatica e a prontezza d'uso, e che, quindi, la sua fornitura risulta del tutto coerente con le esigenze che la stazione appaltante ha inteso soddisfare mediante l'indizione della procedura in questione.

4.2- La tesi è destituita di fondamento.

4.3- Occorre premettere che i primi giudici non hanno formulato, contrariamente a quanto sostenuto dall'appellante, alcuna inappropriata valutazione tecnica circa l'idoneità del prodotto offerto da J & J, ma si sono limitati a riscontrare una difformità tra il relativo farmaco e i contenuti essenziali prescritti negli atti di gara, restando, quindi, entro i confini del sindacato di legittimità afferente alla corretta amministrazione della procedura.

Là dove, infatti, il T.A.R. ha giudicato illegittima l'ammissione alla gara (e, quindi, l'aggiudicazione ad essa dell'appalto) di una concorrente che aveva offerto un farmaco carente di caratteristiche essenziali cristallizzate nel regolamento della procedura, non solo non ha formulato alcuna valutazione tecnica ad esso preclusa, ma, al contrario, si è attenuto alla corretta e rigorosa applicazione della prima regola di giudizio della legittimità di una procedura di aggiudicazione di un appalto, e, cioè, la verifica del rispetto delle prescrizioni contenute nella *lex specialis* (che costituisce, appunto, il primo parametro di valutazione della correttezza della gestione del relativo

procedimento).

4.4- Con la principale prospettazione censoria di merito, il giudizio impugnato viene criticato per essere stato assunto in spregio del disposto dell'art.68, comma 4, d.lgs. cit., che ha codificato il c.d. principio di equivalenza e che vieta, appunto, di impedire l'accesso alla gara a un'impresa che dimostri che le soluzioni offerte "ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche".

Prima di esaminare la fondatezza, in diritto, della censura, occorre ribadire, in fatto, che il prodotto offerto da J & J era chiaramente difforme da quello voluto dalla *lex specialis*, là dove, in esso, difettano (si ripete) sia il principio attivo dell'aprotinina, sia la modalità di somministrazione della siringa preriempita.

Così chiarita la difformità tra il farmaco offerto da J & J e le prescrizioni contenute nel capitolato tecnico, occorre verificare se il corretto governo del principio di equivalenza, per come codificato all'art.68 d.lgs. cit., imponeva, o meno, l'ammissione alla gara dell'offerta in questione.

Quanto ai presupposti di applicabilità della norma in questione, è stato, innanzitutto, chiarito che, se l'Amministrazione ha ritenuto di non inserire nella *lex specialis* di gara la clausola di equivalenza, non esercitando la facoltà riconosciuta dall'art.68, comma 3, lett. a), d. lgs. cit., resta preclusa al Giudice la sua inserzione automatica con il meccanismo dell'eterointegrazione del bando, che si risolverebbe, in questo caso, nella inammissibile lesione della riserva di amministrazione nella regolamentazione della gara (Cons. St., sez. III, 2 settembre 2013, n.4364).

Si è, peraltro, ulteriormente precisato che la Commissione di gara può chiarire la portata di clausole ambigue, valutando anche l'equivalenza delle soluzioni tecniche offerte, ma non può, in alcun caso, ammettere alla gara offerte che presentano soluzioni tecniche che non rispettano i requisiti minimi e i caratteri essenziali richiesti dalla *lex specialis* (Cons., St., sez. V, 8 aprile 2014, n.1666).

I chiarimenti, infatti, non possono valere in alcun modo a modificare la disciplina dettata per lo svolgimento della gara, per come scolpita nella *lex specialis*, restando legittimi nelle sole ipotesi in cui non è ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni fornite dalla stazione appaltante e il tenore delle clausole chiarite, costituendo, solo in tale caso, una sorta di interpretazione autentica, con cui l'Amministrazione aggiudicatrice chiarisce la propria volontà provvedimentoale (Cons. St., sez. IV, 26 agosto 2014, n.4305).

Orbene, in ossequio alle regole appena enunciate, si deve disattendere l'assunto difensivo articolato con la censura in esame.

Per un verso, infatti, negli atti di gara (e, segnatamente, nel capitolato speciale) non è stata prevista la clausola di equivalenza di prodotti farmaceutici con diversa composizione chimica e con differente modalità di somministrazione e, per un altro, la stazione appaltante non poteva, comunque, ammettere l'offerta di farmaci confezionati in carenza di elementi prescritti come essenziali dalla *lex specialis*.

Ammettendo, infatti, una composizione chimica e una modalità d'uso palesemente diverse da quelle richieste dagli atti di gara, la stazione appaltante ha ecceduto i limiti dell'interpretazione

della portata delle prescrizioni di gara e finanche della identificazione di soluzioni tecniche equipollenti a quelle ivi stabilite e ha finito (inammissibilmente) per disapplicare il regolamento di gara, creando una regola nuova e (ivi) non scritta e alterando, in tal modo, la par condicio dei concorrenti.

In altri termini, prima con i chiarimenti con cui ha consentito l'offerta di un prodotto diverso da quello richiesto con il capitolato speciale e, poi, con l'aggiudicazione dell'appalto all'impresa che lo ha proposto, la stazione appaltante ha violato la *lex specialis*, estendendone illegittimamente la portata precettiva oltre i leciti confini della sua interpretazione.

4.5- Né vale, da ultimo, obiettare che la classificazione ATC B02BC di Evicel assicurava, di per sé, il possesso dei requisiti del prodotto richiesto per i lotti nn. 169, 170 e 171, atteso che, a fronte della chiara prescrizione, negli atti di gara, di taluni elementi essenziali del farmaco, la sola titolarità di un codice formale non vale a garantire, in mancanza di quelle caratteristiche, la sua rispondenza alle esigenze che l'Amministrazione ha inteso cristallizzare, nell'esercizio della sua discrezionalità, nella *lex specialis*.

5.- Così accertata l'illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto alla J & J, si deve rilevare l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, delle censure intese a contestare la correttezza della statuizione reiettiva del ricorso incidentale di primo grado (e diretto a dimostrare la doverosità dell'esclusione di Baxter), rispetto alla cui decisione J & J ha ormai perduto qualsivoglia, apprezzabile interesse.

5.1- Quanto, invece, alle censure indirizzate a contestare la declaratoria di inammissibilità (*rectius*: irricevibilità) del ricorso incidentale di primo grado rivolto contro la legge di gara, là dove prescrive, come essenziali, il principio attivo dell'aprotinina e la modalità di somministrazione della siringa preriempita, basti rilevare che, anche prescindendo dalla questione della tempestività della relativa contestazione, la scelta di richiedere le suddette caratteristiche resta affidata alla discrezionalità tecnica della stazione appaltante, con la conseguenza che può essere utilmente censurata e sindacata solo se affetta da vizi di manifesta irrazionalità o palese erroneità (cfr. ex multis Cons. St., sez. VI, 30 maggio 2014, n.2827), che, nella fattispecie, non appaiono ravvisabili (risultando, al contrario del tutto ragionevoli sia la richiesta dell'aprotinina, nella misura in cui assolve una funzione antinfiammatoria, sia la modalità della siringa preriempita, nella misura in cui assicura la prontezza dell'uso del farmaco).

6.- Alle considerazioni che precedono conseguono la reiezione dell'appello e la conferma della decisione impugnata.

7.- La natura tecnica della questione principalmente controversa giustifica la compensazione tra le parti delle spese processuali.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e compensa le spese del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 11 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Manfredo Atzeni, Consigliere

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Nocelli, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/02/2016

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 178 del 2015, proposto da:

EFM S.r.l., in persona del legale rappresentante p. t., Ing. Nicola Martinelli, in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo R.T.I. EFM s.r.l./BNP Paribas Real Estate Property Management Italy s.r.l./REAG Real Estate Advisory Group S.p.A., rappresentata e difesa dagli avv.ti Angelo Clarizia e Paolo Clarizia, con domicilio eletto presso l'avvocato Luigi Quaranta, in Campobasso, Via Monte S. Gabriele, n. 22;

contro

Regione Molise, in persona del Presidente p. t., Agenzia del Demanio, in persona del legale rappresentante p. t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in Campobasso, via Garibaldi, n. 124;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia- della deliberazione n. 165 del 13.4.2015 della Giunta della Regione Molise notificata alla EFM S.r.l. il 20.4.2015 avente ad oggetto: "Deliberazione Giunta Regionale n. 790/201 - procedura aperta per la conclusione di un Accordo quadro per la ricognizione immobiliare e censuaria dei beni appartenenti al demanio e patrimonio, preordinata all'acquisizione della obiettiva consistenza el patrimonio immobiliare della Regione e dei singoli Enti territoriali e propedeutica alla valorizzazione - Art. 58 del D.L. 112/2008, convertito nella legge 133/2008- Conclusione del procedimento e revoca della gara ai sensi dell'art. 21 quinquies della legge n. 241 del 1990"; di ogni altro presupposto, connesso o conseguente, ancorché non conosciuto;

e, in via subordinata, nel caso di accertamento della legittimità del provvedimento di revoca, per la condanna dell'indennizzo di cui all'art. 21 quinquies, della L. n. 241/1990,

nonché per la condanna al risarcimento dei danni subiti dal ricorrente derivanti da responsabilità precontrattuale della Regione;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Molise e di Agenzia del Demanio;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 3 dicembre 2015 il dott. Domenico De Falco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La EFM s.r.l., in proprio e nella qualità di capogruppo di un costituendo RTI, espone che con delibera 31 agosto 2011, n. 790 la Giunta Regionale approvava gli atti aventi ad oggetto una “procedura aperta per la conclusione di un Accordo quadro per la ricognizione immobiliare e censuaria dei beni appartenenti al demanio e patrimonio, preordinata all’acquisizione della obiettiva consistenza del patrimonio immobiliare della Regione e dei singoli enti territoriali e propedeutica alla valorizzazione – Art. 58 del d.l. 112/2008”.

Alla selezione partecipavano solo il costituendo raggruppamento dell’esponente EFM s.r.l. e il costituendo RTI guidato dalla EXITone S.p.A.; sennonché la commissione dopo aver escluso la EFM, disponeva l’aggiudicazione in favore di quest’ultimo raggruppamento, ma avverso tali statuizioni, l’RTI escluso proponeva ricorso innanzi a questo Tribunale che, con sentenza 23 gennaio 2014, n. 53, annullava entrambi i predetti provvedimenti.

La EFM s.r.l. espone, altresì, che poco dopo la sentenza con cui il del Consiglio di Stato ha confermato la pronuncia di questo Tribunale (19 dicembre 2014, n. 6104), la Regione ha avviato il procedimento per la revoca della gara, ritenendo che sarebbero mutate le condizioni sulla base delle quali la gara era stata indetta, in forza di un sopravvenuto interesse pubblico legato al contenimento della spesa, che suggeriva di incaricare del servizio l’Agenzia del Demanio la quale include tra i suoi compiti anche quelli oggetto dell’appalto.

Nonostante le osservazioni contrarie al ritiro proposte dalla EFM s.r.l. nel corso del procedimento, con provvedimento 13 aprile 2015, n. 165, comunicato in data 20 aprile 2015, la Regione Molise ha disposto la revoca della gara; avverso tale provvedimento la EFM s.r.l., in proprio e nella qualità di mandataria delle altre imprese del costituendo raggruppamento, ha proposto ricorso notificato in data 18 maggio 2015 e depositato il successivo 22 maggio, chiedendone l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia, sulla base dei motivi così di seguito rubricati.

I) Violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 21 quinquies della l. n. 241/1990. Violazione dell’art. 97 Cost. Violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della l. n. 241/1990. Sviamento di potere. Eccesso di potere per irragionevolezza e arbitrarietà. Erronea valutazione dei fatti. Carenza e contraddittorietà della motivazione. Assoluta genericità ed irragionevolezza della motivazione. Ingiustizia manifesta. Contraddittorietà con atti precedenti. Elusione del giudicato;

II) violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 21 quinquies della l. n. 241/1990 e dell’art. 97 Cost. Violazione e falsa applicazione dell’art. 3 della l. n. 241/1990. Sviamento di potere. Eccesso di

potere per irragionevolezza e arbitrarietà. Erronea valutazione dei fatti. Carezza e contraddittorietà della motivazione. Assoluta genericità ed irragionevolezza della motivazione. Ingiustizia manifesta. Contraddittorietà con atti precedenti. Elusione del giudicato;

III) violazione e falsa applicazione degli artt. 1 e 21 quinquies della l. n. 241/1990 e dell'art. 97 Cost. Violazione e falsa applicazione dell'art. 3 della l. n. 241/1990. Sviamento di potere. Eccesso di potere per irragionevolezza e arbitrarietà. Erronea valutazione dei fatti. Carezza e contraddittorietà della motivazione. Assoluta genericità ed irragionevolezza della motivazione. Ingiustizia manifesta. Contraddittorietà con atti precedenti. Elusione del giudicato.

La ricorrente domanda, inoltre, il risarcimento del danno asseritamente subito per effetto dell'invocata illegittimità del gravato provvedimento di revoca.

Con atto depositato in data 8 giugno 2015 si è costituita in giudizio la Regione Molise, chiedendo il rigetto del ricorso e della domanda risarcitoria. In particolare, la Regione premette in fatto che la gravata revoca si fonda su due presupposti: a) l'esigenza di adeguarsi dopo quattro anni agli indirizzi promananti dal Governo e dalla stessa Regione, incentrati sul ruolo collaborativo dell'agenzia del Demanio nella funzionalizzazione del patrimonio immobiliare pubblico, anche al fine di contenere la spesa pubblica; b) la mancata indicazione negli atti di indizione della gara della copertura finanziaria.

Sempre in via preliminare, la Regione precisa che l'atto impugnato, benché identificato come revoca, debba in realtà qualificarsi alla stregua di un annullamento d'ufficio, in quanto privo dell'indicazione sulla copertura finanziaria e non fatto oggetto sul punto di impugnativa da parte ricorrente, di modo che tale profilo motivazionale sarebbe di per sé idoneo a sorreggere la decisione gravata.

In ogni caso, l'esigenza di garantire risparmi di spesa, imposti da una crisi economica di portata epocale, costituirebbero ai sensi degli artt. 11, co. 7 e 9, del codice dei contratti (d.lgs. n. 163/2006) e dell'art. 21-quinquies della l. n. 241/1990 valide ragioni per disporre la revoca dell'affidamento.

Peraltro, l'eventuale affidamento del privato di fronte ad un atto di autotutela espressivo di piena discrezionalità, adottato, inoltre, in tempi ragionevoli, avrebbe natura recessiva, tenuto anche conto della mancata esecuzione dell'appalto e della persistenza del potere dell'Amministrazione di rimeditare l'opportunità della gara.

Né alcun vincolo, prosegue l'Amministrazione, potrebbe rinvenirsi quale effetto della sentenza n. 53/2014 di questo Tribunale (confermata dal Consiglio di Stato) che ha disposto l'annullamento dell'esclusione e dell'aggiudicazione in favore dell'RTI guidato dalla EXITone S.p.A., atteso che tale pronuncia non vincolava comunque la Regione a procedere all'affidamento nei confronti della ricorrente, facendo solo regredire la procedura di gara all'affidamento provvisorio operato in favore del costituendo raggruppamento attore.

La Regione nega, poi, che a tale raggruppamento debba essere corrisposto alcun indennizzo, tenuto conto che nelle gare pubbliche l'indennizzo non spetterebbe per effetto di un atto di carattere ancora instabile come l'aggiudicazione provvisoria di cui esso risulta nella specie destinatario.

Con memoria depositata in data 2 novembre 2015, la ricorrente ha contestato che il provvedimento impugnato sia qualificabile come annullamento d'ufficio, rilevando che nella motivazione del medesimo non vi è alcun riferimento all'assenza di copertura finanziaria, limitandosi solo ad affermare che la delibera di spesa non conteneva l'indicazione della copertura che, dunque, sarebbe incerta.

Inoltre, la Regione non avrebbe addotto alcun elemento a concreta dimostrazione del risparmio di spesa che sarebbe conseguito per effetto dell'accordo con l'Agenzia del Demanio, lasciando quindi indimostrata l'effettiva convenienza economica del ricorso a quest'ultima e, di conseguenza, lo stesso fondamento della revoca.

In ogni caso, quand'anche si ipotizzasse la legittimità della revoca, dovrebbe comunque essere liquidata in favore della ricorrente l'indennità ai sensi dell'art. 21 quinquies della l. n. 241/1990.

Alla pubblica udienza del 3 dicembre 2015, la causa è stata trattenuta per la decisione.

Riveste carattere preliminare lo scrutinio dell'eccezione di inammissibilità del ricorso sollevata dall'Amministrazione resistente, secondo cui il provvedimento impugnato dovrebbe in realtà qualificarsi come annullamento d'ufficio e non come revoca, in quanto espressione dello jus poenitendi dell'Amministrazione che avrebbe doverosamente adottato l'atto di autotutela, in assenza di copertura finanziaria nell'atto di approvazione degli atti di gara.

Operata tale riqualificazione, il ricorso dovrebbe ritenersi inammissibile, in quanto l'assenza di copertura non sarebbe stata censurata nel ricorso introduttivo, rendendo quindi inoppugnabile l'atto di ritiro.

Senonché, rileva in contrario il Collegio, che a prescindere dalla concreta qualificazione del provvedimento, la sua motivazione si limita a rilevare che la copertura sarebbe "presumibilmente rinviata agli esercizi finanziari successivi, con la conseguente impossibilità di verificare, ad oggi, la concreta sostenibilità complessiva degli eventuali costi", esprimendo solo incertezza sulla copertura ma non la certezza della sua assenza.

Ma una tale incertezza nella copertura non costituisce ragione sufficiente per inficiare la legittimità della procedura (e nemmeno la si intende come tale nella motivazione del provvedimento impugnato), di modo che non può condurre a qualificare il contestato intervento in autotutela alla stregua di un annullamento d'ufficio, non avendo, peraltro, l'Amministrazione invocato la violazione di alcun precetto normativo al riguardo.

In ogni caso, il rilevato profilo di inammissibilità si rivela insussistente anche tenuto conto dell'espresso rilievo operato da parte ricorrente sulla questione della copertura finanziaria con il II motivo di ricorso, sia pure al fine di sottolineare la perplessità e contraddittorietà della motivazione dell'impugnato atto di ritiro.

Può quindi passarsi allo scrutinio delle censure di merito proposte dal costituendo raggruppamento.

A tal fine è utile brevemente richiamare l'iter motivazionale del gravato provvedimento di revoca.

Dopo aver premesso di aver approvato con delibera del 31 agosto 2011, n. 790 la procedura di gara oggetto di causa, la Regione ha rappresentato che con sentenza 19 dicembre 2013, n. 53 questo Tribunale ha annullato l'esclusione dalla selezione dell'odierna ricorrente e ha conseguentemente annullato l'aggiudicazione definitiva disposta in favore del raggruppamento concorrente, con pronuncia poi confermata dal Consiglio di Stato (sez. V, 11 dicembre 2014 n. 6104).

Senonché, secondo quanto rappresentato nella gravata delibera, la regione avviava un'interlocuzione con l'agenzia del demanio dalla quale emergeva l'opportunità di affidare il servizio a quest'ultima, revocando così gli atti di gara.

In particolare la Regione rilevava, tra l'altro, che:

- 1) con atto di indirizzo per il conseguimento di obiettivi di politica fiscale 2015-2017, del 29 dicembre 2014, il Ministero dell'Economia e Finanze ha previsto espressamente che l'Agenzia del Demanio svolgesse funzioni di supporto agli enti pubblici, inclusi quelli territoriali;
- 2) con nota congiunta numero 12244 del 13 febbraio 2015 il Dipartimento del Tesoro dell'Agenzia del Demanio annunciava l'avvio di incontri ai fini: "della creazione di una nuova governance degli immobili pubblici basata su un maggiore raccordo tra centro e territorio, che consenta di mettere a sistema i patrimoni immobiliari di tutti gli enti pubblici, territoriali e non nonché i soggetti decisori, ponendo come elemento unificante la progettualità volta ad allocare nuove funzioni residenziali, di imprese di servizi alla collettività, in un disegno organico e condiviso..... Tale attività sarà coordinata dal Dipartimento del Tesoro e dell'Agenzia del Demanio, alla quale, in particolare, come ribadito nell'atto di indirizzo emanato dal ministero dell'economia e delle finanze per il triennio 2015 2017, è affidato oltre alla responsabilità di gestione del patrimonio immobiliare dello Stato, il compito di supportare gli enti pubblici, territoriali e non, nelle attività di valorizzazione razionalizzazione dei patrimoni immobiliari di proprietà, anche al fine di contribuire alla riduzione del debito pubblico e al pieno conseguimento di obiettivi del federalismo demaniale";
- 3) la Regione rilevava inoltre che "l'annullamento dell'aggiudicazione definitiva alla EXITone S.p.A., disposto al consiglio di Stato, senza contestuale esplicito riconoscimento del diritto all'aggiudicazione del contratto alla EFM S.r.l., fa, in ogni caso, venir meno il vincolo negoziale insorto con l'adozione del provvedimento rimosso" con la conseguenza di "restituire all'amministrazione, nell'ambito delle potestà di diritto pubblico di cui è titolare, la facoltà di effettuare ogni più opportuna valutazione sulle modalità di riedizione del potere amministrativo, fino alla decisione motivata di non avvalersi della procedura espletata e di revocare gli atti che mi hanno dato luogo, a fronte della quale non sono rinvenibili posizioni di diritto soggettivo in capo agli altri partecipanti alla gara, ancorché in posizione utile per subentrare aggiudicatario rimosso";
- 4) rispetto alla decisione di indire una procedura selettiva risalente al 2011 sarebbe, poi, "sopravvenuto un interesse pubblico superiore a quello formarsi non solo per ragioni di convenienza economica, ma anche degli indubbi vantaggi che la collaborazione orizzontale, in un'ottica di rete tra l'istituzione dei diversi livelli, può portare alla strategia complessiva dell'azione amministrativa dell'ente";
- 5) ragionevole sarebbe poi l'attesa dell'esito dell'appello innanzi al Consiglio di Stato, in quanto

l'accoglimento dell'impugnazione avrebbe determinato il consolidamento dell'aggiudicazione definitiva già disposta in favore di EXITone che non avrebbe consentito l'intervento in autotutela; viceversa, il rigetto dell'appello (poi verificatosi) non determinava l'insorgere di posizioni di diritto soggettivo;

6) la revoca sarebbe poi imposta, oltre che dall'attuale fase di spending review che imporrebbe la collaborazione con l'Agenzia del Demanio (che "comporterà certamente costi inferiori a quelli della remunerazione del servizio all'operatore"), anche dalla mancata indicazione nell'approvazione degli atti di gara della copertura finanziaria "presumibilmente rinviata agli esercizi finanziari successivi".

Con i primi due motivi di ricorso, che possono esaminarsi congiuntamente in quanto strettamente connessi, parte ricorrente lamenta l'illegittimità della revoca, asserendo che essa più che da fatti sopravvenuti incidenti sull'interesse pubblico, deriverebbe dall'annullamento dell'aggiudicazione disposta in favore del costituendo raggruppamento guidato dalla EXITone, come sarebbe confermato dalla stessa motivazione della revoca nella quale si afferma che si sarebbe atteso l'esito del giudizio, prima di procedere alla revoca per non pregiudicare la posizione dell'aggiudicataria definitiva.

Sennonché, rileva ancora la ricorrente, lo stesso rigetto dell'appello ha consolidato la sua posizione, facendo rivivere l'aggiudicazione provvisoria in proprio favore dalla quale non può non derivare la titolarità di una posizione differenziata che nella motivazione del gravato provvedimento non sarebbe stata bilanciata con il presunto interesse pubblico alla revoca della gara.

Peraltro l'invocata esigenza di garantire l'economicità dell'azione amministrativa non costituirebbe un interesse sopravvenuto, ma rappresenterebbe una tendenza consolidata della legislazione, così come 'non sopravvenute' sarebbero le competenze dell'Agenzia del Demanio a fornire supporto alle Amministrazioni territoriali, con funzioni che non permetterebbero, peraltro, una perfetta surroga delle prestazioni oggetto dell'appalto revocato.

Il Collegio ritiene preliminarmente di chiarire che nella fattispecie non si pone una questione di corretta ottemperanza alla più volte citata sentenza n. 53/2014 con cui questo Tribunale ha annullato l'esclusione dalla gara dell'odierna ricorrente, atteso che anche a seguito del passaggio in giudicato di tale pronuncia, l'Amministrazione è rimasta titolare del potere di adottare provvedimenti di autotutela con riguardo all'intera procedura, sia pure nei limiti che di seguito di illustreranno.

Ciò chiarito, possono esaminarsi le censure di merito proposte con il ricorso.

Esse sono fondate sia pure nei limiti e alla stregua delle considerazioni che di seguito si espongono.

Da tempo la giurisprudenza ha affermato che non è precluso alla stazione appaltante di procedere alla revoca o all'annullamento dell'aggiudicazione allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario nei confronti dell'Amministrazione. Un tale potere si fonda, tuttavia, oltre che

sulla disciplina di contabilità generale dello Stato, che consente il diniego di approvazione per motivi di interesse pubblico (art. 113, r.d. 23 maggio 1924 n. 827), sul principio generale dell'autotutela della Pubblica Amministrazione, che rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica. Si è altresì chiarito che la nuova valutazione dell'interesse pubblico, cui l'Amministrazione deve accedere, non debba necessariamente basarsi sulla intervenuta formale adozione di atti, essendo sufficiente che dallo stesso provvedimento di revoca emergano le ragioni, plausibili e concrete, che determinano la suddetta rivalutazione dell'interesse pubblico. (cfr ex plurimis Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 1996 n. 1263 e sez. VI, 29 marzo 1996 n. 518, 30 aprile 1994 n. 652 e 16 novembre 1987 n. 890, Cons. Stato sez. IV 662/2012, TAR Campania, sez. VIII, 8 novembre 2012, n. 4500, Id., 09 febbraio 2011, n. 764, Id. 3 maggio 2010 n.2263).

Una volta affermata la sussistenza di un potere dell'Amministrazione aggiudicatrice di procedere alla revoca in autotutela dell'appalto anche dopo l'aggiudicazione definitiva, la verifica in concreto della legittimità dell'atto di ritiro passa attraverso un attento scrutinio della motivazione del provvedimento, quale fondamentale elemento di riscontro, attraverso l'analisi delle ragioni giustificative del corretto esercizio della relativa pubblica potestà e la chiara indicazione di un preciso e concreto interesse pubblico (ex multis TAR Puglia, Lecce, sez. I, 13 febbraio 2015, n. 579).

Tenuto conto dei principi appena esposti, la revoca gravata non resiste alle censure proposte da parte ricorrente, mostrando evidenti lacune motivazionali sintomatiche di un sensibile sviamento del potere esercitato dall'interesse pubblico.

E infatti, deve ravvisarsi un'intrinseca contraddittorietà della motivazione dell'impugnata revoca ove, per un verso, l'Amministrazione afferma di aver effettivamente atteso l'esito del giudizio di appello prima di procedere al ritiro in autotutela, per salvaguardare la posizione della EXITone aggiudicataria definitiva, mentre, per altro verso, sostiene la sopravvenienza di un interesse pubblico che imporrebbe di stipulare una convenzione con l'Agenzia del Demanio.

Senonché, non si comprende per quale motivo l'interesse pubblico alla stipula di una convenzione con l'Agenzia del Demanio in luogo del ricorso all'appalto oggetto di gara debba prevalere sulla posizione della ricorrente e non, invece, su quella del raggruppamento guidato dalla EXITone, posto che in entrambi i casi l'Amministrazione doveva considerarsi pur sempre titolare del potere di intervenire in autotutela.

La giustificazione di tale attesa non può certo ravvisarsi, come invece sostenuto dalla resistente, nel conseguimento da parte del raggruppamento facente capo alla EXITone dell'aggiudicazione definitiva, atteso che quest'ultima non precludeva l'intervento in autotutela, con la conseguenza che in entrambi i casi l'Amministrazione avrebbe potuto procedere al ritiro (cfr. ex multis da ultimo, TAR Campania, Napoli, sez. I, 27 gennaio 2016, n. 444).

Ma anche le ulteriori motivazioni espresse nel provvedimento impugnato si appalesano inconsistenti alla luce delle censure attoree.

Quanto al preteso efficientamento conseguente ad un affidamento in favore dell'Agenzia del Demanio, il Collegio osserva che, per un verso, non è stata indicata la misura dell'atteso risparmio, di modo che esso si traduce in un generico auspicio non suffragato da alcun elemento concreto,

per altro verso, lo stesso affidamento diretto all'Agencia del Demanio da cui l'Amministrazione ha affermato che conseguirebbe un risparmio di spesa (peraltro non quantificato), potrebbe comportare la violazione, dei principi di concorrenzialità imposti dal diritto europeo che prescrivono il ricorso alla procedura selettiva anche nel caso in cui il soggetto offerente sia un ente pubblico (cfr. inter alia, Cons. Stato, sez. V, 9 marzo 2015, n. 1193; Corte di giustizia UE nella sentenza 19 dicembre 2012 in C-159/11).

Al riguardo, l'Amministrazione avrebbe dovuto dare conto nella motivazione che l'invocato accordo con l'Agencia del Demanio non violava alcuna disposizione e poteva, quindi, ricondursi al genus degli accordi tra pubbliche amministrazioni ai sensi dell'art. 15 l. n. 241/1990, tenuto conto che, alla luce della giurisprudenza comunitaria, un appalto di servizi concluso tra due Amministrazioni pubbliche può, in astratto, dare luogo ad un accordo sottratto alle norme sull'evidenza pubblica, solo se finalizzato "a garantire l'adempimento di una funzione di servizio pubblico comune".

Inoltre, come correttamente osservato da parte ricorrente, gli atti di indirizzo citati nella gravata delibera non esprimono una precisa direttiva che imponga l'affidamento diretto all'Agencia del Demanio di servizi del tipo di quello oggetto di causa, limitandosi ad indicare una preferenza all'instaurazione in generale di un rapporto di collaborazione tra questa e gli enti pubblici, anche territoriali.

Il tutto in attuazione di principi di efficienza e di contenimento dei costi che, tuttavia, erano già ampiamente presenti nell'ordinamento al momento in cui l'Amministrazione ha stabilito di indire la procedura oggetto della gravata revoca e che, quindi, non possono essere ora invocati, come affermato dalla resistente Amministrazione, alla stregua di un interesse pubblico sopravvenuto ovvero come un "factum principis" che legittimi il gravato ritiro.

Pertanto, la motivazione del provvedimento impugnato si manifesta contraddittoria e lacunosa, con la conseguenza che, in accoglimento del primo e del secondo motivo di ricorso, il gravato provvedimento di revoca deve essere annullato, ferma restando la persistenza del potere dell'Amministrazione di rideterminarsi al ricorrere dei presupposti di legge e tenendo conto delle considerazioni sopraesposte.

L'annullamento del provvedimento determina, ovviamente, l'assorbimento del terzo motivo di ricorso, con cui parte ricorrente lamenta la mancata corresponsione dell'indennizzo di cui all'art. 21-quinquies l. n. 241/1990, sul presupposto però della legittimità della revoca.

Inoltre, la presente pronuncia demolitoria appare integralmente soddisfattiva della domanda con cui parte ricorrente ha chiesto il risarcimento del danno. Sul punto, la giurisprudenza ha affermato che l'accoglimento del ricorso non comporta il riconoscimento in capo al ricorrente del diritto al risarcimento del danno, qualora "a seguito dell'annullamento giurisdizionale degli atti, la pubblica amministrazione debba provvedere alla riedizione della attività amministrativa e alla rinnovazione dei procedimenti secondo i principi contenuti nella statuizione giurisdizionale ed essendo, nella specie, l'annullamento immediatamente satisfattivo e ripristinatorio della situazione lesa, senza che vi sia stata la dimostrazione di ulteriori danni patrimoniali medio tempore verificatisi" (cfr. Cons. stato, sez. IV, 12 marzo 2015, n. 1313; Cons. Stato, sez. V, 14 ottobre 2008, n. 4971).

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

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, annulla il provvedimento impugnato, nei sensi di cui in motivazione.

Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento delle spese processuali, che liquida forfettariamente nella misura di euro 2.500 (duemilacinquecento), oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 3 dicembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Orazio Ciliberti, Presidente

Luca Monteferrante, Consigliere

Domenico De Falco, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 12/02/2016

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6651 del 2015, proposto da:
Comune di Morro D'Oro, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Rusconi, con domicilio eletto presso Giuseppe Rusconi in 00196 Roma, Piazzale Flaminio N. 19;

contro

Deco Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Xavier Santiapichi, con domicilio eletto presso Studio Legale Santiapichi in Roma, Via Antonio Bertoloni 44/46;

nei confronti di

Consorzio Stabile Ambiente Scarl;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. ABRUZZO - L'AQUILA: SEZIONE I n. 00283/2015, resa tra le parti, concernente l'aggiudicazione della gara informale per l'acquisizione "in economia" del servizio di trattamento o smaltimento dei rifiuti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Deco Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 gennaio 2016 il Cons. Carlo Schilardi e uditi per le parti gli avvocati Barbara Ferretti su delega dell'avvocato Giuseppe Rusconi e Xavier Santiapichi,;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il Comune di Morro d'Oro, con delibera della Giunta comunale n. 130 del 2013, bandiva una gara informale per l'acquisizione in economia, mediante cottimo fiduciario, del servizio di trattamento e smaltimento dei rifiuti identificati con i codici CER 20.03.01 e 20.03.03.

Con determinazione n. 148 del 23.5.2014, venivano fissati i contenuti della procedura e del contratto e veniva deciso di procedere all'acquisizione di un solo preventivo. Con successiva determina n. 155 del 31.5.2014, poi, dandosi atto che la ditta prescelta, il Consorzio Stabile Ambiente S.c.a.r.l (di seguito SCARL) non aveva fatto pervenire la sua offerta, si disponeva di negoziare direttamente con essa per l'affidamento diretto del servizio in oggetto e con determinazione n. 162 del 9.6.2014, il Comune di Morro d'Oro aggiudicava definitivamente il servizio, per la durata di 36 mesi, per un importo di €. 141.600,00 a SCARL.

Con provvedimento n. 215 del 4 luglio 2014, il Comune di Morro d'Oro rendeva efficace l'aggiudicazione.

Avverso tale ultimo provvedimento la Deco s.p.a., proprietaria di un impianto di trattamento meccanico e biologico di rifiuti a tecnologia complessa, in località "Casoni" del Comune di Chieti, proponeva ricorso al T.A.R. per l'Abruzzo.

Il T.A.R., con ordinanza n. 87 del 2015, nel rilevare che il provvedimento gravato aveva dichiarato l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva disposta con precedente determinazione n. 162 del 9.6.2014, riteneva necessario acquisire gli atti della procedura di gara in oggetto e, in particolare, la delibera della Giunta comunale n. 130 del 2013, la determinazione del R.U.P. n. 155 del 31.5.2014 e la determina n. 162 del 9.6.2014, nonché i verbali di gara, sollevando d'ufficio, ai sensi dell'art. 73 c.p.a., la questione di inammissibilità del ricorso per omessa impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, disposta con determinazione n. 162 del 9 giugno 2014.

La Deco s.p.a., con motivi aggiunti notificati in data 17.2.2015, impugnava anche il provvedimento n. 162 del 9.6.2014, lamentando: la violazione dell'art. 125, comma 11, del D.lgs. n. 163 del 2006, in quanto il Comune aveva aggiudicato la gara mediante il "cottimo fiduciario" nonostante l'importo contrattuale fosse superiore ai 40 mila euro ed aveva invitato una sola impresa e non anche altri operatori del settore; la violazione della legge regionale n. 36 del 2013 e dell'art. 182 bis del d.lgs. n. 152 del 2006, in quanto la legislazione regionale aveva istituito un unico ambito territoriale ai fini dello smaltimento dei rifiuti, rendendo indifferente la collocazione degli impianti ai fini del rispetto del principio di prossimità; la violazione dell'art. 125, comma 1, del d.lgs. n. 163 del 2006, perché, nonostante l'operatore economico invitato (SCARL) non avesse fatto pervenire la sua offerta, la Stazione appaltante aveva deciso di negoziare direttamente con detto operatore, invece di aprire la gara al mercato; la violazione dell'art. 2 del d.lgs. 163 del 2006 e degli artt. 43, 49 e 86 del trattato CE, in quanto non ricorrevano le condizioni per l'affidamento diretto, posto che non è stato disposto in favore di C.I.R.S.U. (consorzio intercomunale per i rifiuti solidi urbani) bensì in favore di SCARL, soggetto privato con cui il Comune affidante non aveva alcun rapporto.

La Deco s.p.a. chiedeva, altresì, il risarcimento del danno cagionato dalla perdita di chance per la

mancata apertura del mercato.

Il T.A.R., con sentenza n 283 del 15 aprile 2015, ha accolto i ricorsi della Deco s.p.a. ed ha annullato i relativi atti gravati.

Il Tribunale, preliminarmente, ha ritenuto ammissibile il ricorso per motivi aggiunti notificato il 17 febbraio 2015, avente ad oggetto l'impugnativa del provvedimento n. 162 del 9 giugno 2014 di aggiudicazione della gara in favore di SCARL, nel merito ha ritenuto fondate le censure proposte con i motivi aggiunti ed ha accolto, conseguentemente, anche il ricorso principale per illegittimità derivata del provvedimento n. 215/2015, considerato atto conseguente rispetto al citato provvedimento n. 162 del 2014.

Avverso la sentenza ha proposto appello il Comune di Morro D'Oro.

Si è costituito in giudizio la società Deco s.p.a.

All'udienza pubblica del 28 gennaio 2016 la causa è stata trattenuta per la decisione.

DIRITTO

2.- Con il primo motivo di censura l'appellante lamenta la violazione degli artt. 41, 43 e 120 del D.lgs. n. 104/2010 e la violazione dell'art. 212 cod. proc. civ. per omessa pronuncia.

L'appellante sostiene che il T.A.R. avrebbe errato nel ritenere ammissibile il ricorso per motivi aggiunti, nell'assunto che il provvedimento di aggiudicazione della gara n. 162 del 9.6.2014 non poteva essere conosciuto dalla Deco s.p.a. se non al momento del deposito in giudizio (21 gennaio 2015) da parte dell'amministrazione comunale.

L'appellante evidenzia, in particolare, che la determinazione n. 162/2014, oltre ad essere stata pubblicata, a decorrere dal 7 luglio 2014 per 15 giorni consecutivi, mediante affissione all'Albo Pretorio, essendo un atto a contenuto "generale" non doveva essere comunicata ad alcun specifico soggetto e, conseguentemente, a partire dall'avvenuta scadenza della pubblicazione sarebbe decorso il termine per l'impugnazione.

Sotto altro profilo l'appellante deduce che la Deco s.p.a. avendo introdotto il giudizio "sulla base di un avviso di post-informazione nel quale emerge ... l'attestazione della pubblicazione nell'Albo pretorio" (ex art. 331 comma 3, del D.P.R. n. 207/2010) avrebbe potuto prendere visione dell'atto impugnato (determina n. 215/2014) ed eventualmente proporre tempestivamente i motivi aggiunti avverso la determina n. 162/2014, richiamata nel citato provvedimento di efficacia di aggiudicazione n. 215/2014, oltre che nell'avviso di post-informazione.

2b.- Orbene, al riguardo il Collegio è consapevole che la problematica è stata oggetto, nel tempo, di interpretazioni non sempre univoche, tuttavia la giurisprudenza maggioritaria è concorde nel ritenere che nel caso in cui l'atto di un Comune incida immediatamente sulla sfera giuridica dei soggetti interessati, il termine per ricorrere non decorre dalla pubblicazione del provvedimento presso l'albo pretorio, ma dalla data di notifica o comunicazione dell'atto o da quella di effettiva e piena conoscenza.

Per il principio della effettività della tutela giurisdizionale più in generale, a salvaguardia della legittimità dell'azione amministrativa, il Collegio ritiene, pertanto, che debba aderirsi alla tesi, che è la più garantista, che il termine per ricorrere deve decorrere solo dalla piena conoscenza del provvedimento, che può essere provata anche da chi eccepisce la tardività del ricorso.

Non può sfuggire, infatti, che la mera affissione di un atto all'albo pretorio comunale non sempre costituisce, di per sé, formalità idonea a individuare il dies a quo per l'impugnazione e, nel caso in cui il procedimento non richieda la notifica ai terzi, è corretto vedere quando si sia concretizzata verosimilmente la piena cognizione del provvedimento poi impugnato e si sia resa percepibile la lesività dello stesso e la sua eventuale non conformità a legge (così Cons. Stato, sez. IV, 29.19.2015, n. 4945).

In sostanza la verifica della "piena conoscenza" dell'atto lesivo da parte del ricorrente deve essere estremamente cauta e rigorosa e deve risultare incontrovertibilmente da elementi oggettivi, ai quali il giudice deve riferirsi, nell'esercizio del suo potere di verifica della eventuale irricevibilità del ricorso.

Invero, come evidenziato dal T.A.R. nella sentenza appellata, solo in data 21.1.2015 l'amministrazione ha depositato in giudizio il provvedimento n. 215, da cui è emerso che non si trattava dell'aggiudicazione definitiva del servizio, bensì del successivo atto di declaratoria di efficacia della stessa e, con ricorso per motivi aggiunti notificato in data 17.2.2015, la Deco s.p.a. ha impugnato il provvedimento n. 162 con cui veniva aggiudicato, in via definitiva, il servizio a SCARL.

Giova soggiungere che, trattandosi di procedura negoziata e priva di riferimento a specifico bando,,

il termine massimo per ricorrere è di sei mesi dalla stipula del contratto, e tale termine è stato rispettato.

3.- L'appellante lamenta, poi, l'omessa pronuncia da parte del T.A.R. in ordine all'asserito difetto di legittimazione attiva della Deco s.p.a., nel presupposto che l'impianto di trattamento meccanico e biologico (T.M.B.) con produzione di combustibili da rifiuti (C.D.R.) in suo possesso non sarebbe conforme e quindi abilitato alle funzioni, per irregolarità desumibili dal certificato di collaudo dell'impianto stesso.

3b.- La censura non risulta fondata.

Oggetto del contendere non è, invero, la conformità dell'impianto della Deco s.p.a. e le sue eventuali insufficienze, quali elementi utili a determinare la sua esclusione dalla gara.

In sentenza, infatti, non è detto che il servizio andava affidato a "Deco" ma che la illegittimità del disposto affidamento diretto (rectius, in economia mediante cottimo fiduciario) "obbliga il Comune di Morro D'Oro in sede di nuovo affidamento, ad astenersi dal rideterminarsi con analoga determinazione".

4.- Con un secondo motivo di appello il Comune di Morro D'Oro sostiene che nella fattispecie in esame non vi sarebbe stata violazione dell'art. 125 comma 11 del codice dei contratti, in quanto

l'affidamento a SCARL non sarebbe stato disposto nell'ambito di procedura negoziata (peraltro terminata con la mancata presentazione dell'offerta da parte dello stesso), ma con successivo affidamento disposto dal Comune, in quanto a SCARL era stata affidata la gestione del polo tecnologico C.I.R.S.U. (consorzio intercomunale per i rifiuti solidi urbani)

Il Comune evidenzia che per la gestione complessiva del trattamento dei rifiuti era stata costituito, ai sensi della legge regionale n. 26/1993 e 7/1994, insieme ad altri comuni limitrofi, il C.I.R.S.U., per il tramite del quale era stata bandita una procedura per la concessione di servizi e per la realizzazione e gestione di una discarica di rifiuti in località Casette di Grasciano, nel Comune di Notaresco, per un valore di €. 30.576.000,00.

La relativa gara pubblica è stata, poi, aggiudicata a SCARL ed il contratto è stato sottoscritto in data 7 febbraio 2014.

Successivamente, nelle more dell'attivazione del servizio, il Comune di Morro D'Oro, con la determina n. 130/2013, bandiva la gara informale, mediante cottimo fiduciario, per l'affidamento del servizio di trattamento e smaltimento dei rifiuti e, successivamente, essendo stato nel frattempo attivato il polo tecnologico C.I.R.S.U., attribuiva il servizio direttamente a SCARL in quanto gestore del predetto polo tecnologico di cui è proprietario anche lo stesso Comune.

In tale contesto l'appellante ritiene che l'affidamento a SCARL sia stato legittimo, in quanto lo stesso operatore era stato preventivamente selezionato con gara europea (alla quale la Deco s.p.a. non aveva partecipato) dal CIRSU.

Conseguentemente l'appellante sostiene che il T.A.R. non avrebbe ben compreso che l'affidamento a SCARL non è disceso dalla procedura negoziata di cui all'art. 125 del D.lgs. n. 163/2006, ma da un successivo affidamento che il Comune ha disposto, poiché allo stesso Consorzio era stata ormai affidata la gestione del polo tecnologico.

L'appellante soggiunge, quindi di non aver affidato "direttamente" il servizio a SCARL, ma che si sarebbe limitata ad affidarlo ad un operatore selezionato con gara europea, condotta da CIRSU nella qualità di consorzio intercomunale rifiuti solidi urbani, istituito ai sensi della legge regionale n. 26/1993 e n. 7/1994 tra vari comuni, tra i quali anche Morro D'Oro.

Il Comune nell'atto di appello evidenzia, tuttavia, che "l'analisi delle deliberazioni adottate porta con se, a tratti, una terminologia che potrebbe trarre in inganno e, lo si ammette, poteva sicuramente essere più aderente al dato effettivo ed a quello giuridico".

4b.- La tesi del Comune non può essere condivisa.

La Deco s.p.a. ha lamentato, in primo grado, la violazione dell'art. 125, comma 11, del D.lgs. n. 163 del 2006 e dell'art. 13, comma 1, del regolamento comunale per i lavori, servizi e forniture in economie e correttamente il T.A.R. ha osservato che l'art. 125, al comma 11 prevede espressamente che "Per servizi o forniture di importo pari o superiore a ventimila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici".

Il cottimo fiduciario rientra, infatti, tra le procedure di gara che il codice dei contratti pubblici annovera tra le procedure negoziate (art. 3 comma 40 e 125 comma 4), pur non essendo una vera e propria gara, ma una trattativa privata (ossia una scelta caratterizzata da discrezionalità). La discrezionalità è temperata, però, dal rispetto dei principi di trasparenza ed imparzialità, da attuarsi attraverso la rotazione tra le ditte da consultare e con le quali negoziare le condizioni dell'appalto.

I principi di rotazione e parità di trattamento tendono ad evitare che l'utilizzo del sistema del cottimo fiduciario possa in concreto determinare abusi in danno di alcuni operatori economici alterandosi il gioco della concorrenza e violandosi conseguentemente il principio di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa (art. 97 della Costituzione).

5.- Con il terzo motivo l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza del T.A.R. laddove il Tribunale ha ritenuto che nel caso di specie non vi erano le condizioni per l'affidamento del servizio mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara ex art. 57 comma 2 lett. B) del D.Lgs. n. 163/2006.

Al riguardo, per superare incertezze, il T.A.R., ha chiarito che non ricorrono neppure, nel caso di specie, le condizioni per l'affidamento del servizio mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, evidenziando anche, che "da un lato, non ricorrono ragioni tecniche per cui il servizio poteva essere affidato solo a Scarl, essendo anche la ricorrente proprietaria di un impianto autorizzato e sito nell'ATO Abruzzo, dall'altro, ... , Scarl non è soggetto privato titolare di un diritto di esclusiva".

6.- Con il quarto motivo l'appellante lamenta l'erroneità della sentenza del T.A.R. laddove il Tribunale ha accolto la censura dell'originario ricorrente, in ordine alla asserita violazione dell'art. 2 del D.lgs. n. 163/2006 e degli artt. 43, 49, e 86 del trattato CE.

Sostiene l'appellante che la sentenza impugnata erra, poiché confonde l'affidamento in house, per così dire, "puro" e l'affidamento in house attraverso l'ausilio di società di secondo livello.

CIRSU non sarebbe, infatti, un soggetto totalmente slegato dai comuni che lo compongono, essendo costituito dai comuni che vi partecipano; ricorrerebbero, quindi, le condizioni per l'affidamento del servizio in house da parte del Comune di Morro D'Oro (socio di CIRSU) direttamente a SCARL (concessionaria di CIRSU).

6b.- Anche tale assunto non può essere condiviso.

Risulta di tutta evidenza, infatti, che SCARL, benché "concessionario" di CIRSU, non può considerarsi, rispetto a questo, organismo "in house" e tantomeno nei confronti del Comune di Morro D'Oro, facente parte del consorzio.

Il T.A.R. dell'Abruzzo, in linea con i principi fissati da questo consesso (Cons. Stato, sez. V, n. 2255/2014), non ha mancato di approfondire se tra CIRSU e SCARL vi fosse la sostanziale immedesimazione necessaria ad assimilare quest'ultimo "a longa manus del primo, così mutuandone le caratteristiche dell'in house".

Orbene, dagli accertamenti effettuati, è risultato che, pur essendo SCARL concessionaria di CIRSU

in relazione alla gestione della discarica regolata da contratto, essa è soggetto diverso da CIRSU, non avendo su di esso alcun potere di controllo, né ricorre il requisito del c.d. controllo analogo, essendo escluso che nei confronti della suddetta società potesse essere esercitato un controllo dall'ente, analogo a quello esercitato nei confronti dei propri uffici.

Orbene, secondo l'univoco orientamento della giurisprudenza comunitaria, deve considerarsi legittimo il ricorso all'affidamento in house quando l'amministrazione pubblica eserciti sull'ente distinto un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi e qualora l'ente svolga la parte più importante della sua attività con l'amministrazione o con gli enti pubblici che lo detengono.

7.- Conclusivamente l'appello è infondato e va respinto.

Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in misura di E. 2000,00 in favore di DECO s.p.a. appellata e costituita.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

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

Condanna il Comune di Morro D'Oro al pagamento delle spese del presente grado di giudizio, che si liquidano in misura di E. 2000,00 in favore di DECO s.p.a.

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

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

Manfredo Atzeni, Presidente FF

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Carlo Schilardi, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 25/02/2016

N. 00222/2016 REG.PROV.CAU.
N. 02353/2015 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Quarta)
ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 2353 del 2015, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Vivenda S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Michele Perrone, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Marco Napoli in Milano, Via Dante n. 16;

contro

Comune di San Donato Milanese in Persona del Sindaco P.T., rappresentato e difeso dagli avv. Maria Cristina Colombo, Mattia Casati, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Milano, via Durini, 24;

nei confronti di

Elior Ristorazione S.p.A., rappresentato e difeso dall'avv. Riccardo Anania, con domicilio eletto presso il suo studio in Milano, Via Brera, 16;

Euroristorazione S.r.l.;

per l'annullamento

previa sospensione dell'efficacia,

del provvedimento n. 65 del 10/07/2015 del Dirigente dell'Area Sviluppo di Comunità Comune di San Donato Milanese avente ad oggetto "Servizio di refezione scolastica a altri servizi ristorativi - prosecuzione del servizio ditta Vivenda sino al 31/10/2015, comunicato via pec in pari data con nota prot. 25315/2015;

della nota prot. n. 32784 del 18/09/2015 del Comune di San Donato Milanese, avente ad oggetto vostra comunicazione in data 07 agosto 2015, prot. n. UC/R/VIV715 AG avente ad oggetto comunicazione nomina Amministrazione giudiziaria ex art. 34 d.lgs n. 159/2011- ripetizione servizi in capo a Vivenda s.p.a. comunicata via pec in pari data;
di tutti gli atti connessi.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di San Donato Milanese in Persona del Sindaco P.T. e di Elior Ristorazione S.p.A.;

Vista la domanda di sospensione dell'esecuzione del provvedimento impugnato, presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2016 il dott. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuta l'insussistenza dei presupposti per la concessione della tutela cautelare richiesta con il ricorso per motivi aggiunti, in quanto:

- dalla documentazione prodotta in giudizio emerge che l'interdittiva prefettizia si fonda su un complesso e puntuale quadro indiziario del tutto idoneo a palesare, secondo ragionevolezza, un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84 del d.l.vo 2011 n. 159;
- l'interdittiva antimafia tipica, cui si riferisce il caso di specie, incide sui requisiti di capacità generale dell'impresa, in quanto ne determina l'incapacità a contrattare ex art. 94 del d.l.vo 2011 n. 159 (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 09 ottobre 2013 n. 1377) e, di conseguenza, il difetto dei requisiti di ordine generale ex art. 38 lett. m) del d.l.vo 2006 n. 163;
- in presenza di un'informativa prefettizia antimafia che accerti il pericolo di condizionamento dell'impresa da parte della criminalità organizzata, non residua in capo all'organismo committente alcuna possibilità di sindacato nel merito dei presupposti che hanno indotto il Prefetto alla sua adozione, atteso che si tratta di provvedimento volto alla cura degli interessi di rilievo pubblico - attinenti all'ordine e alla sicurezza pubblica nel settore dei trasferimenti e di impiego di risorse economiche dello Stato, degli enti pubblici e degli altri soggetti contemplati dalla normativa in materia - il cui apprezzamento è riservato in via esclusiva all'Autorità di pubblica sicurezza e non può essere messo in discussione da parte dei soggetti che alla misura di interdittiva devono prestare osservanza, sicché ogni successiva statuizione della stazione appaltante si configura dovuta e vincolata a fronte del giudizio di disvalore dell'impresa e non deve essere corredata da alcuna specifica motivazione (cfr., tra le tante, Consiglio di Stato, sez. III, 24 luglio 2015, n. 3653);
- ne deriva che l'amministrazione è esonerata dall'obbligo di comunicazione di cui all'art. 7 della legge 7 agosto 1990 n. 241, trattandosi di una fattispecie compresa nell'art. 21 octies della legge medesima;
- nel caso di specie, la successione dei provvedimenti del Prefetto e del Tribunale di Roma evidenzia che l'interdittiva era pienamente efficace al tempo di adozione del provvedimento di cessazione dal servizio, provvedimento che, pertanto, risulta scevro dai profili di illegittimità contestati.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta)

Respinge la domanda cautelare contenuta nel ricorso.

Condanna la parte ricorrente al pagamento delle spese della fase cautelare della lite, liquidandole in Euro 2.000,00 (duemila), da dividere in ugual misura tra le altre parti costituite.

Resta ferma per la trattazione di merito del ricorso l'udienza pubblica già fissata per la data del 21 aprile 2016, ad ore di rito.

La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria del tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 25 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Elena Quadri, Presidente FF

Mauro Gatti, Consigliere

Fabrizio Fornataro, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/02/2016

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

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7597 del 2015, proposto dalla Ditta Recuperi Pugliesi s.r.l. in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Bianca Maria Caruso e Michele Didonna, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Roma, viale Cristoforo Colombo, n. 436;

contro

Ditta Trenitalia s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Massimiliano Cesare e Francesco Vecchione, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Francesco Bellini in Roma, Via dei Tre Orologi, n. 14/A;

nei confronti di

Ditta Ecosistem s.r.l. in persona del legale rappresentante, non costituita;

per la riforma

della sentenza in forma semplificata resa dal T.a.r. per la Calabria – Sede staccata di Reggio Calabria - n. 770 del 17 luglio 2015.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Ditta Trenitalia s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 febbraio 2016 il Consigliere Carlo Schilardi e uditi per le parti gli avvocati Didonna e Vecchione;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- La società Trenitalia s.p.a. bandiva una gara, con procedura negoziata, per l'affidamento del servizio di raccolta, imballaggio, carico, trasporto, recupero e smaltimento dei rifiuti speciali, dell'importo di €. 50.000,00.

1.1. Partecipavano alla gara le imprese Edil Cava s.m., La Bruna s.r.l., Salvaguardia Ambientale s.p.a., Recuperi Pugliesi s.r.l. ed Ecosistem s.r.l..

In data 5 agosto 2014, la commissione giudicatrice, all'esito delle operazioni di gara, aggiudicava il servizio alla Recuperi Pugliesi s.r.l..

Trenitalia s.p.a., successivamente, avviava le verifiche sul possesso dei requisiti di cui all'art. 38 del D.lgs. n. **163/2006**, all'esito delle quali risultava che il sig. Saverio Schino, già amministratore unico della società Schinplast s.r.l. cessato dalla carica in data 24 settembre 2013 per l'incorporazione di detta società nella Recuperi Pugliesi s.r.l., era stato condannato dalla Corte di Appello di Bari, in data 16 giugno 1982 (sentenza divenuta definitiva il 3 novembre 1982), a sei mesi di reclusione,

con sospensione condizionale della pena, per omicidio colposo a seguito di incidente stradale. Trenitalia s.p.a., avendo riscontrato che il sig. Saverio Schino non aveva dichiarato tale condanna in sede di partecipazione alla gara, con provvedimento del 29 settembre 2014 n. TRNIT-DPLHPMACPLH/P2014/0049539UA, disponeva la revoca dell'aggiudicazione definitiva della gara alla Recuperi Pugliesi s.r.l. ed affidava il servizio alla seconda classificata ovvero alla Ecosistem s.r.l..

1.2. Avverso il provvedimento di esclusione la Recuperi Pugliesi s.r.l. proponeva ricorso al T.A.R. per la Campania.

Il T.A.R., con sentenza n. 6717 del 17 dicembre 2014, accoglieva il ricorso ed annullava il provvedimento gravato.

Avverso tale pronuncia, Trenitalia s.p.a. con ricorso n. 951/2015 proponeva appello innanzi a questa Sezione del Consiglio di Stato che, con sentenza n. 2828 del 9 giugno 2015, accoglieva l'eccezione preliminare di incompetenza territoriale in favore del T.A.R. per la Calabria.

1.3. La società Recuperi Pugliesi s.r.l., con ricorso n. 511 del 2015, ha riassunto il giudizio innanzi al T.A.R. calabrese, il quale con sentenza n. 770 del 17 luglio 2015, resa in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 e 74 del cod. proc. amm., lo ha respinto, condannando la ricorrente al pagamento in favore di Trenitalia s.p.a. delle spese di giudizio.

Avverso la sentenza del T.A.R. Calabria la società Recuperi Pugliesi s.r.l. ha proposto appello.

1.4. Si è costituita in giudizio Trenitalia s.p.a. che ha chiesto il rigettare dell'appello e, per l'effetto, la conferma della sentenza gravata n. 770/2015.

1.5. All'udienza pubblica del 4 febbraio 2016 la causa è stata trattenuta per la decisione.

1.6. Con ordinanza motivata di questa Sezione – n. 4652 del 13 ottobre 2015 – è stata respinta l'istanza cautelare di sospensione degli effetti dell'impugnata sentenza.

DIRITTO

2.- Con unico articolato motivo l'appellante lamenta la violazione degli artt. 38, commi 1 e 2, 46, comma 1 *bis* del D.lgs. n. **163/2006**, nonché eccesso di potere per l'erronea applicazione dei punti II.A.1, lett. a) e III della lettera di invito alla gara, violazione dei principi di affidamento, di proporzionalità e del *favor participationis*, difetto d'istruttoria e di motivazione.

2.1. - L'appello è infondato e va respinto.

2.2.- La formulazione letterale dell'art. 46, comma 1 *bis*, del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (c.d. Codice dei contratti pubblici), impone, invero, di applicare la sanzione dell'esclusione da una gara in caso di violazione dell'art. 38, comma 2, del medesimo codice, che obbliga alla presentazione delle dichiarazioni attestanti l'assenza di condizioni ostative, quand'anche esse siano in concreto inesistenti.

Orbene, con decisione dell'adunanza plenaria n. 9 del 2014, questo Consiglio ha precisato che:

a) la formulazione letterale dell'art. 46, comma 1-bis, del d.lgs. citato impone di applicare la sanzione dell'esclusione alla violazione della prescrizione del codice (contenuta nell'art. 38, comma 2, d.lgs. cit.) relativa alla presentazione delle dichiarazioni attestanti l'assenza delle relative condizioni ostative (quand'anche queste fossero in concreto inesistenti);

b) la sanzione espulsiva deve essere applicata anche nelle ipotesi in cui la *lex specialis* di gara la preveda come conseguenza della sola assenza oggettiva dei requisiti di moralità (e non anche della loro omessa attestazione);

c) in presenza di dichiarazioni radicalmente mancanti resta precluso all'Amministrazione l'uso del soccorso istruttorio (che si risolverebbe in una lesione del principio della par condicio).

2.3. - Alla luce di ciò nessun rilievo assume la tesi dell'appellante, quando sostiene di essere in possesso del requisito generale di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del codice dei contratti, senza

che di ciò abbia tenuto conto il primo giudice ed evidenzia, altresì, che al momento della partecipazione alla gara, era già aggiudicataria di altri contratti pubblici affidati dalla stessa Trenitalia s.p.a..

L'omessa dichiarazione di tutte le condanne penali eventualmente riportate costituisce di per sé, infatti, causa di esclusione del concorrente dalla gara ed è impedito all'Amministrazione appaltante di valutarne la gravità.

2.4.- Infondato è, anche, l'assunto della ditta Recuperi secondo cui la dichiarazione resa sarebbe conforme alla *lex specialis* e all'art. 38 del D.Lgs. n. **163/2006**, perché l'obbligo dichiarativo, previsto a carico dei concorrenti, sarebbe esclusivamente finalizzato ad attestare l'inesistenza di reati gravi che incidano sulla moralità professionale degli stessi.

L'obbligo di rendere le dichiarazioni di cui all'art. 38 comma 1 lettera c) del d.lgs. n. **163/2006** riguardante anche gli amministratori e direttori tecnici precedenti (o dell'impresa cedente nel caso in cui sia intervenuta un'operazione di cessione di azienda nell'anno anteriore alla pubblicazione del bando), *"scaturisce direttamente dalla legge e l'inosservanza di un tale onere documentale comporta la esclusione dalla gara del soggetto concorrente, ancorché la misura espulsiva non sia stata espressamente contemplata dalla lex specialis di gara"* (Cons. Stato, sez. IV, 21.12.2015, n. 5803).

3.- Giova soggiungere che l'omessa dichiarazione delle condanne penali riportate non è configurabile come dichiarazione meramente incompleta e, pertanto, non è integrabile successivamente a richiesta da parte dell'Amministrazione appaltante.

Nelle gare pubbliche le omesse dichiarazioni richieste dall'art. 38 comma 2, d.lg. 12 aprile **2006** n. **163** non possono, infatti, essere sanate con ricorso al cd. soccorso istruttorio, atteso che esso è volto solo a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti, ma non certo a consentire integrazioni o modifiche della domanda di ammissione alla procedura comparativa. Per tutte le su esposte argomentazioni, e per quelle poste a sostegno della sentenza di questo Consiglio di Stato Sez. V, n. 5403 del 2015 (cui si rinvia integralmente a mente dell'art. 120, co. 10, c.p.a. in quanto resa su una fattispecie analoga), non possono trovare ingresso le tesi sviluppate dalla ditta Recuperi.

Quanto al terzo e quarto mezzo di gravame (pagine 13 e 14 del ricorso in appello), il Collegio ne evidenzia l'inammissibilità per carenza di interesse perché dal loro accoglimento la ditta Recuperi non trarrebbe alcun vantaggio in quanto si tratta di critiche che si appuntano su affermazioni dell'impugnata sentenza chiaramente ultronee rispetto all'oggetto del giudizio, stante l'assodata inapplicabilità— *ratione temporis* - della disciplina recata dal d.l. n. 90 del 2014.

4. - Conclusivamente l'appello è infondato e va respinto.

5.- Le spese di giudizio, regolamentate secondo l'ordinario criterio della soccombenza, sono liquidate in dispositivo tenuto conto dei parametri stabiliti dal regolamento 10 marzo 2014, n. 55 e dell'art. 26, co. 1, c.p.a.

P.Q.M.

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

Condanna la Ditta Recuperi Pugliesi s.r.l. al pagamento delle spese ed onorari del presente grado di giudizio che liquida in complessivi euro 5.000 (cinquemila), oltre accessori come per legge (15% a titolo rimborso spese generali, I.V.A. e C.P.A.), in favore della Ditta Trenitalia s.p.a..

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 febbraio 2016 con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente
Fabio Taormina, Consigliere
Oberdan Forlenza, Consigliere
Carlo Schilardi, Consigliere, Estensore
Leonardo Spagnoletti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA
Il 29/02/2016

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

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 9395 del 2015, proposto da:

Società Cirano Golosità Srl in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Alessandro Arredi, Fabio Monaco ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via Filippo Ermini, n. 68;

contro

Fondazione Ptv Policlinico Tor Vergata in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv. Giuseppe Franco Ferrari, Ernesto Papponetti ed elettivamente domiciliata presso lo studio di quest'ultimo in Roma, Via di Ripetta, n. 142;

nei confronti di

Sirio Spa, Serenissima Ristorazione Spa, Residence Luciani Srl, Itaca Ristorazione Servizi s.r.l., Cot Societa' Cooperativa, Bar dei Tre Fratelli Snc, Consorzio Risto Bar (Già Unibar & Co) tutti in persona dei loro legali rappresentanti p.t.;

per l'annullamento

delle note a prot. n. 0016308/2015 in data 18 giugno 2015 e prot. n. 17681/2015 in data 3 luglio 2015 con cui la Fondazione PTV Policlinico Tor Vergata ha opposto diniego all'istanza di accesso della Cirano Golosità s.r.l. in data 10 giugno 2015;

nonché per l'accertamento e la conseguente declaratoria

del diritto della ricorrente di prendere visione ed estrarre copia dei documenti richiesti con la suddetta istanza di accesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Ptv - Fondazione Ptv Policlinico Tor Vergata;

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

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2015 la dott.ssa Pierina Biancofiore e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso notificato alla Fondazione Policlinico Tor Vergata ed ai soggetti meglio in epigrafe indicati in data 16 luglio 2015 e depositato il 28 luglio 2015, la ricorrente espone di avere partecipato ad una procedura aperta per l'affidamento mediante concessione in uso di appositi locali, del servizio di gestione di n. 2 bar situati all'interno della Fondazione Policlinico Tor Vergata e che con determina n. 319 del 3 giugno 2015 la stazione appaltante, previa verifica del possesso dei requisiti generali ex art. 38, comma 1 lettere c), g) ed i) del d.lgs. n. **163/2006**, procedeva alla esclusione della aggiudicataria, il Consorzio Unibar & Co, ed alla aggiudicazione dell'appalto alla seconda classificata la Sirio s.p.a.

2. Espone ancora che con istanza del 10 giugno 2015 richiedeva alla Fondazione di visionare ed estrarre copia dei documenti contenuti nel piego 2 Documentazione tecnica presentati da tutte le ditte partecipanti alla gara risultate con offerte valide rimaste in gara e solo in subordine della Unibar & Co e della seconda classificata, ma la Fondazione, con nota del 18 giugno 2015, in parte negava l'accesso alla documentazione della ditta esclusa, alla documentazione che poteva essere ricavata dai verbali di gara e a quella di tutte le altre partecipanti e per il resto differiva l'accesso alla documentazione tecnica della Sirio s.p.a., succeduta nella aggiudicazione alla Unibar. In ordine a quest'ultima richiesta, veniva proprio negata l'ostensione della documentazione di Sirio s.p.a. dato che quest'ultima si era opposta alla divulgazione di informazioni riguardanti il progetto tecnico.

3. Avverso tali atti la ricorrente deduce: 1) violazione degli articoli 1, 2, 3, 22 commi 1, lett. b) e 6, 24, comma 7 della legge n. 241/1990; violazione degli articoli 3, 24, 97 e 113 Cost., dei principi di trasparenza, ragionevolezza, imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa; eccesso di potere per difetto di motivazione e travisamento dei fatti.

Conclude per l'accoglimento del ricorso, con conseguente annullamento del diniego opposto dalla Fondazione e per l'accertamento del diritto ad ottenere l'ostensione della documentazione richiesta.

4. La Fondazione PTV si è costituita in giudizio eccependo la inammissibilità del ricorso siccome non preceduto dalla impugnativa dell'atto di diniego all'accesso già prodotto in data 30 gennaio 2015 ed ha concluso comunque per la reiezione dello stesso.

5. La ricorrente ha ribattuto alla predetta eccezione con memoria del 26 ottobre 2015.

6. Il ricorso, infine, è stato trattenuto in decisione alla Camera di Consiglio del 3 novembre 2015.

7. Si prescinde dalla eccezione proposta dalla resistente Fondazione in quanto nel merito il ricorso è infondato.

8. La ricorrente invoca, a sostegno della propria posizione e contro l'avversato diniego di accesso, che l'art. 24, comma 7 della legge n. 241 del 1990 stabilisce che comunque bisogna consentire l'accesso ai documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici e secondo parte ricorrente tale interesse sussiste anche nei confronti degli atti del Consorzio Unibar escluso dall'aggiudicazione. Ma anche il diniego serbato su tutta la documentazione delle altre sette partecipanti e risolto dalla stazione appaltante con l'eventuale ostensione dei verbali, secondo la ricorrente è illegittimo perché di certo dai verbali non risulta il preciso contenuto delle offerte tecniche delle controinteressate. Anche il differimento ed il successivo diniego opposto in ordine alla richiesta dell'accesso alla documentazione tecnica della Sirio s.p.a. non può essere condiviso, in quanto, per giurisprudenza costante sull'argomento, esso può essere inibito soltanto in ragione della tutela di segreti tecnici o commerciali motivatamente evidenziati dall'offerente in sede di presentazione dell'offerta. E comunque anche se la Sirio si è opposta alla richiesta, come risulta dalla nota del 3 luglio 2015, il diniego non è stato allegato alla detta risposta.

9. Le prospettazioni dell'interessata non possono essere condivise.

Va condivisa la argomentazione della resistente Fondazione, secondo cui l'istanza della ricorrente non si presenta sufficientemente motivata né in relazione alla posizione da questa occupata nella graduatoria finale della procedura di gara che la vede annoverata all'ottavo posto su otto concorrenti, né in relazione alla ragione per cui l'interessata ha chiesto l'accesso, per come risultanti dalla istanza del 10 giugno 2015, nella quale la richiedente ha testualmente domandato l'accesso a: "copia di tutti i documenti contenuti nella Busta del Piego 2 Documentazione Tecnica presentate da tutte le ditte partecipanti alla gara in oggetto, risultate con le offerte valide rimaste in gara" ed ha poi specificato che tale richiesta era finalizzata alla salvaguardia degli interessi gravemente lesi dalla mancata aggiudicazione della gara.

La circostanza, infatti, che la ricorrente occupi l'ottavo posto su otto concorrenti nella gara in questione, se non inibisce l'istanza di accesso, rende tuttavia di difficile condivisione la prospettata concretezza della posizione giuridica in base alla quale far valere l'istanza ostensiva, anche perché manca una chiara indicazione dello scopo cui essa mira.

A tal riguardo, come del tutto correttamente osservato dalla Fondazione, la fattispecie di esclusione disciplinata dall'art. 24, comma 7 della legge n. 241 del 1990, invocata dalla ricorrente a tutela della sua posizione reca una sorta di clausola di salvaguardia a favore del diritto di accesso quando questo sia necessario per ottenere "documenti amministrativi la cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i propri interessi giuridici." anche nelle ipotesi, tra le altre, di documenti che riguardino "persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi... industriale e commerciale", fattispecie che però sta in rapporto di genere a specie rispetto a quella dettata dall'art. 13, comma 6 del d.lgs. n. **163** del **2006** stante il quale: "In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettere a) e b), è comunque consentito l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso."

La lettura testuale della istanza presentata da parte ricorrente, come genericamente rivolta ad ottenere la documentazione tecnica di tutte le partecipanti alla gara e finalizzata "alla salvaguardia degli interessi gravemente lesi", se può rientrare nella fattispecie disciplinata dall'art. 24, comma 7 della legge n. 241 del 1990 che non fa nessun riferimento alla tutela in giudizio della posizione giuridica soggettiva lesa, non integra però la fattispecie individuata in maniera precisa dal citato articolo 13, comma 6 del d.lgs. n. **163** del **2006** che reca, invece, l'esplicito riferimento alla difesa in giudizio in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale viene formulata la richiesta di accesso.

Non può neppure essere condivisa la prospettazione di parte ricorrente, laddove ha sostenuto che la risposta della Fondazione sia generica o adottata in violazione dell'art. 24, comma 7 della legge n. 241 del 1990, specie laddove quest'ultima fa riferimento ai verbali di scrutinio delle offerte tecniche delle altre sette partecipanti, che peraltro ha messo a disposizione dell'interessata anche nel fascicolo di ufficio.

Come ha messo a disposizione nel fascicolo di ufficio anche l'articolato diniego opposto dalla società Sirio, subentrata alla esclusa Unibar nella aggiudicazione, e che, quindi, l'interessata ben avrebbe potuto esaminare pure prima della discussione nella Camera di Consiglio risultando tutti i documenti depositati dalla Fondazione in data 16 ottobre 2015.

Né vi è alcuna illegittimità nel diniego opposto dall'Ente alla ostensione dell'offerta tecnica della controinteressata Sirio, perché è motivato con una delle fattispecie previste dall'art. 13, comma 5 del d.lgs. n. **163** del **2006** e cioè perché riguarda "informazioni fornite dagli offerenti nell'ambito delle offerte ovvero a giustificazione delle medesime, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali". Ed a tale casistica ha fatto espressamente riferimento la controinteressata Sirio nel suo diniego del 24 giugno 2015, laddove ha specificato che se proprio la Fondazione avesse ritenuto di concedere l'accesso alla sua offerta tecnica dovevano essere comunque esclusi i paragrafi 1, 2, 6, 7 e 8 o perché attinenti a know how particolari studiati per il miglioramento della qualità aziendale o alla progettazione del servizio o a particolari analisi e scelte commerciali o studi di mercato effettuati dalla controinteressata.

La giurisprudenza chiarisce che l'art. 13, comma 5 lett. a) del d.lgs. n. 163 del 2006 costituisce un'ipotesi speciale di deroga rispetto alla disciplina di cui alla legge n. 241 del 1990 da applicare esclusivamente nei casi in cui l'accesso ai documenti amministrativi sia inibito in ragione della tutela di segreti tecnici o commerciali motivatamente evidenziati dall'offerente in sede di presentazione dell'offerta. (cfr. TAR Campania, Napoli, sezione VI, 27 maggio 2015, n. 2934). Ma la

sezione pure chiarisce che “L’ampliamento del segreto trova un limite, tuttavia, ai sensi del comma 6 – dell’art. 13 del d.lgs. n. 163/2006, in vista della difesa in giudizio degli interessi del richiedente in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell’ambito del quale viene formulata la richiesta di accesso.”, richiesta questa che si presenta del tutto genericamente formulata, per come presentata nella istanza della ricorrente.

10. Per le superiori considerazioni il ricorso va respinto, con le conseguenti pronunce in tema di soccombenza.

P.Q.M.

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

Condanna la Società Cirano Golosità Srl al pagamento di Euro 1.000,00 per spese di giudizio a favore di Fondazione PTV Policlinico Tor Vergata.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 3 novembre 2015 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente FF

Pierina Biancofiore, Consigliere, Estensore

Alessandro Tomassetti, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 22/02/2016