

CONTRIBUTO DEL 30.11 OGGIPA

Publicato il 25/11/2016
N. 04990/2016REG.PROV.COLL.
N. 04967/2016 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 4967 del 2016, proposto da:

Higea Spa A Socio Unico Già Ingegneria Biomedica Santa Lucia A Socio Unico, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Maria Cristina Lenoci C.F. LNCMCR64P63F952X, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via E. Gianturco, 1;

contro

Azienda Ospedaliera Mellino Mellini, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Carlo Braga C.F. BRGCLF58S24B157G, Paola Chirulli C.F. CHRPLA65R70H501R, con domicilio eletto presso Paola Chirulli in Roma, via Emilia, 88;

nei confronti di

Tecnologie Sanitarie Spa, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Valentino Vulpetti C.F. VLPVNT64C19D423V, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Sabotino, 2/A;

Philips Spa non costituito in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA - SEZ. STACCATA DI BRESCIA: SEZIONE I n. 00413/2016, resa tra le parti, concernente affidamento servizio di gestione e manutenzione apparecchiature biomediche, di laboratorio, radiologiche e grandi apparecchiature sanitarie - ris. danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliera Mellino Mellini e di Tecnologie Sanitarie Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2016 il Presidente Lanfranco Balucani e uditi per le parti gli avvocati Maria Cristina Lenoci, Paola Chirulli e Valentino Vulpetti;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.-Con ricorso al T.a.r. Lombardia sede di Brescia, r.g.n. 2196 del 2016, la società Ingegneria Biomedica Santa Lucia S.p.A., seconda classificata, impugnava la deliberazione n. 402 del 22 settembre 2015, di aggiudicazione all'ATI Tecnologie Sanitarie – Philips della gara per l'affidamento del servizio di gestione e manutenzione delle apparecchiature biomediche, di laboratorio, radiologiche e grandi apparecchiature sanitarie dell'Azienda Ospedaliera M. Mellini di Chiari per un periodo di sei anni, il bando di gara nella parte in cui qualifica la procedura come un'asta elettronica, i verbali, nonché gli atti presupposti; chiedeva, quindi, il risarcimento del danno ingiustamente patito.

Con motivi aggiunti, la Società ricorrente impugnava anche i verbali delle sedute del 9 luglio 2015, del 16 luglio 2015, del 17 agosto 2015, relativi alla valutazione delle offerte tecniche e all'attribuzione dei

punteggi.

2.-La ricorrente lamentava l'illegittimità dell'aggiudicazione in quanto affetta dai seguenti vizi:

a. violazione degli artt. 46 e 83 del d. lgs. 163/2006 per violazione del principio della certezza dell'offerta economica. L'ATI aggiudicataria, mentre ha offerto un totale complessivo di 6.657.336 euro (comprensivo degli oneri di sicurezza), ha indicato il diverso importo complessivo di 6.740.400,00 euro in sede di giustificazione dell'anomalia: ne risulterebbe un'offerta contraddittoria e ambigua, che avrebbe dovuto condurre all'esclusione dalla gara;

b. violazione del disciplinare di gara e dell'art. 2 del D.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, in quanto come datore di lavoro è stata indicata la Tecnologie Sanitarie S.p.A. e non anche la persona fisica titolare del potere rappresentativo dell'impresa;

c. violazione del disciplinare di gara che prevedeva, per il caso in cui non tutti i soggetti dichiaranti fossero in possesso della firma digitale, di inserire le dichiarazioni firmate allegando il documento di identità del dichiarante e allegando una dichiarazione a firma del legale rappresentante, corredata di firma digitale, attestante la conformità all'originale (il sig. Camnasio, consigliere e amministratore delegato della Philips S.p.A. non avrebbe apposto la propria firma digitale, pur essendone in possesso (come dimostrato dalla firma sul DUVRI) e la stessa sarebbe stata sostituita da quella del sig. Secli);

d. violazione degli artt. 88 e 121 del DPR 201/2010, in quanto le giustificazioni fornite ex art. 88 dall'aggiudicatario sarebbero esattamente le stesse allegate inizialmente all'offerta, per cui sarebbe stata omessa l'articolata istruttoria prevista dalla norma;

e. in via subordinata, violazione dell'art. 2 del D.lgs. 163/2006 e degli artt. 120 e 283 del D.P.R. 207/2010, nonché del disciplinare di gara: tali disposizioni imponevano l'apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica, mentre i verbali danno conto del fatto che in seduta pubblica sono avvenute la verifica della documentazione amministrativa, il sorteggio ex art. 48 per il controllo e l'apertura delle offerte economiche;

f. violazione dell'art. 13 del D.lgs. 163/2006, in quanto la stazione appaltante ha negato alla ricorrente l'accesso all'offerta tecnica della controinteressata.

2.1.- La ricorrente ha formulato anche richiesta di accesso alle offerte tecniche.

2.2. – Con motivi aggiunti IBSL ha dedotto plurimi vizi in ordine al punteggio assegnato alla propria offerta, irragionevolmente valutata in modo deteriore rispetto all'offerta della controinteressata.

3. -L'Azienda si costituiva in giudizio sostenendo la legittimità dell'aggiudicazione e l'inammissibilità dei motivi aggiunti.

4. - Si costituiva in giudizio anche la controinteressata aggiudicataria chiedendo il rigetto del ricorso e dei motivi aggiunti.

5. - Con la sentenza in epigrafe n. 413 del 22 marzo 2016, il T.a.r. adito respingeva il ricorso con condanna della ricorrente alle spese di giudizio.

6. -La sentenza riteneva che:

- non vi è alcuna contraddittorietà nell'offerta, ma solo un errore materiale, e l'aggiudicazione è avvenuta all'importo indicato nell'offerta economica, l'unico ad essere vincolante;

- poichè il "datore di lavoro" è una persona giuridica, in carenza di diversa indicazione, coincide con il legale rappresentante della società.

- il mancato uso della firma digitale da parte di un soggetto che ne è in possesso non può rappresentare una causa di esclusione dalla gara, laddove non vi sia incertezza sulla provenienza della dichiarazione sottoscritta mediante la produzione del documento di identità;

- non è stato fornito almeno un principio di prova sulla illogicità e irragionevolezza della valutazione di non anomalia dell'offerta, e nulla vieta che sin dalla presentazione dell'offerta siano fornite tutte le giustificazioni ritenute idonee ad escluderne l'anomalia;

- il fatto che la procedura di aggiudicazione in questione fosse telematica esclude la necessità di una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche.

- l'accesso è stato successivamente garantito;

- non è dimostrata l'illogicità della valutazione delle offerte, valutazione assolutamente discrezionale;

- indimostrata è la tesi della irragionevolezza del giudizio di non anomalia dell'offerta aggiudicataria.

7.- Con l'appello in esame la Società HiGEA S.p.a., già IBSL, lamenta l'erroneità e ingiustizia della sentenza e deduce i seguenti motivi:

I) erroneità in ordine ai motivi n.1 e n. 4 del ricorso introduttivo e n.9 dei motivi aggiunti.

L'incertezza dell'importo dell'offerta mina l'attendibilità dell'offerta, che è stata "rimodulata" in sede di giustificazioni, per cui ancora più scrupolosa avrebbe dovuto essere la verifica dell'anomalia, che in difetto di approfondimento istruttorio si rivela un "giudizio monco".

In particolare, manca ogni giustificazione e riscontro per la voce "Costo del personale per il servizio sia residente che specialistico" come dettagliata nell'offerta; nulla si dice in merito all'impatto economico dei servizi aggiuntivi.

II) erroneità della sentenza in riferimento al rigetto del motivo n. 5.

L'inderogabilità della regola di apertura delle offerte tecniche in seduta pubblica non subisce eccezioni nella procedura telematica.

Occorreva garantire ai partecipanti l'accessibilità alla fase, mediante accesso da remoto secondo le "procedure smaterializzate".

III) erroneità della sentenza con riguardo al rigetto del motivo n. 8 dei motivi aggiunti, aprioristicamente rigettato, senza approfondimento istruttorio specie con riguardo alla maggiore valenza ambientalista della soluzione proposta di IBSL.

L'appellante chiede un approfondimento istruttorio evidenziando l'irragionevolezza della valutazione dell'offerta tecnica, specificamente con riguardo ai macroelementi n. 1, "progetto organizzativo", n. 2, "progetto operativo", n. 4, "prestazioni aggiuntive", e relativi sub-elementi: se la Commissione avesse ben operato la ricorrente avrebbe avuto diritto a conseguire almeno 46,8 punti in più.

IV) ingiustizia della sentenza quanto al rigetto del motivo n. 3 del ricorso introduttivo.

Il dott. Camnasio, amministratore delegato Philips, sebbene in possesso di firma digitale, ha illegittimamente "demandato" la sottoscrizione della dichiarazione ex art. 38 al procuratore Roberto Secli, in violazione dell'art. 77 codice contratti.

V) ingiustizia della sentenza con riguardo al rigetto del motivo sub 2 del ricorso di primo grado.

La ditta Tecnologie Sanitarie avrebbe dovuto indicare il nominativo del datore di lavoro (pag. 7 del disciplinare), mentre ha indicato se stessa, indicazione inammissibile in quanto, in mancanza di delega, gli obblighi in materia antinfortunistica gravano su tutti i componenti del Consiglio di amministrazione.

L'appellante reitera, quindi, la domanda di risarcimento in forma specifica e, in subordine, per equivalente.

8.- Resistono in giudizio le parti intime, Tecnologie Sanitarie e l'Azienda Ospedaliera Mellino Mellini.

9.- All'udienza del 10 novembre 2016 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1. - L'appello è infondato.

1.1. – Infondato è il primo motivo.

Il diverso importo dell'offerta indicato solo a pag. 4 dei giustificativi presentati da Tecnologie Sanitarie non avrebbe potuto determinare alcuna incertezza o indeterminatezza dell'offerta economica: difatti, si tratta di mera svista, come è reso evidente dalla circostanza che l'importo indicato a pag. 5 - riepilogo delle voci di costo giustificate - corrisponde esattamente all'importo indicato nell'apposito modulo dell'offerta.

Né l'errore, evidentemente materiale, avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante a maggiore severità nella valutazione dell'offerta, o a disporre approfondimento istruttorio, perché non si tratta di "rimodulazione dell'offerta".

In particolare, non vengono evidenziati profili di illogicità o errori di fatto macroscopici ed evidenti nel giudizio di congruità formulato dalla Commissione in esito alla verifica di anomalia, neppure per le voci "costo del personale" e "servizi aggiuntivi".

A tal proposito, va ricordato che il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non mira ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione, ma piuttosto ad accertare in concreto che l'offerta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto (Consiglio di Stato, sez. V, 31/08/2016, n. 3752).

Peraltro, il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di verifica di anomalia delle offerte è circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni, come tali riservate alla stazione appaltante cui compete il più ampio margine di apprezzamento (Consiglio di Stato, A.P. 29/11/2012, n. 36; sez. V, 13/09/2016, n. 3855 e

13/06/2016, n. 2524)

2. – Infondato è anche il secondo motivo di appello.

Nella procedura telematica non è necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche. La gara si è svolta attraverso la piattaforma telematica regionale Sintel e trattandosi di procedura telematica era rimesso alla scelta della stazione appaltante di effettuare in seduta riservata la valutazione delle offerte in conformità al criterio di aggiudicazione prescelto, come consente l'art. 85, comma 7, del D.lgs 163 del 2006.

Il disciplinare di gara (paragrafo "modalità di svolgimento della gara") a tal proposito disponeva due sedute pubbliche: una per l'apertura della documentazione amministrativa; la seconda per l'apertura dell'offerta economica e la proclamazione dell'aggiudicatario.

In difetto di altra previsione, deve ritenersi che la stazione appaltante abbia scelto di aprire le offerte tecniche in seduta riservata, opzione che le era consentita.

La gestione telematica della gara offre il vantaggio di una maggiore sicurezza nella "conservazione" dell'integrità delle offerte in quanto permette automaticamente l'apertura delle buste in esito alla conclusione della fase precedente e garantisce l'immodificabilità delle stesse, nonché la tracciabilità di ogni operazione compiuta; inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara potrà accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data ed all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura.

Le stesse caratteristiche della gara telematica escludono in radice ed oggettivamente la possibilità di modifica delle offerte (C.d.S. V sez., 5377 del 29 ottobre 2014; sez. III, n. 4050 del 3 ottobre 2016).

3. – Infondato è il terzo motivo di appello.

L'appellante ha sollevato censure riguardanti il merito tecnico degli apprezzamenti discrezionali svolti dalla Commissione che mirano a sostituire quelle valutazioni della Commissione con diverse valutazioni svolte dalla stessa appellante.

Si tratta di inammissibile contestazione della valutazione operata dalla Commissione di gara, volta a sollecitare l'esercizio di un sindacato di merito sulle valutazioni tecnico - discrezionali riservate dalla legge all'organo amministrativo in sede di attribuzione del punteggio alle offerte tecniche, salvo che non siano manifestamente illogiche, irrazionali, irragionevoli, arbitrarie ovvero fondate su di un palese e manifesto travisamento dei fatti. (Consiglio di Stato, sez. V, 25/06/2014, n. 3223).

Le doglianze dell'appellante non evidenziano illogicità o travisamenti dei fatti tali da far ritenere ammissibile la contestazione, anche perché ove, per qualche profilo, potesse accedersi alla tesi dell'appellante di arbitrarietà della valutazione, rimarrebbe comunque indimostrato l'interesse (l'offerta tecnica dell'aggiudicatario ha conseguito un punteggio tale, nel confronto a coppie, che non sarebbe agevole all'appellante dimostrare la possibilità dell'aggiudicazione in proprio favore).

4. – Infondato è il quarto motivo di appello.

Il dott. Camnasio, Amministratore delegato di Philips s.p.a., ha reso la dichiarazione di cui all'art. 38 con firma autografa e allegando documento di identità (doc. 8) nel rispetto delle forme previste dal DPR 445/2000, con la conseguenza che la stessa deve ritenersi idonea allo scopo perseguito, a prescindere dall'omesso uso, nella sua sottoscrizione, della particolare metodologia della firma digitale.

In aggiunta, il dott. Roberto Secli ha allegato dichiarazione firmata digitalmente attestante che le dichiarazioni rilasciate ex art. 38 da tutti i soggetti ivi indicati, compreso il dott. Camnasio, sono conformi all'originale.

Non essendovi incertezza sulla provenienza della dichiarazione sottoscritta mediante la produzione del documento di identità, non può ritenersi sussistere una causa di esclusione.

5. - Privo di pregio è anche il quinto motivo di appello.

La censura è pretestuosa.

Il disciplinare di gara prevedeva che, in caso la ditta fosse tenuta agli obblighi di cui al D.lgs. n. 81 del 2008, dovesse essere indicato il nominativo del datore di lavoro.

Trattandosi di manodopera alle dipendenze della stessa società è corretta l'indicazione effettuata di "Tecnologie Sanitarie spa" come datore di lavoro.

Peraltro, il nominativo del titolare del potere rappresentativo di tecnologie sanitarie è facilmente desumibile dalla documentazione versata in gara, anche quando dovesse ritenersi, secondo la tesi dell'appellante, che trattasi di tutti i componenti del consiglio di amministrazione.

6. - L'infondatezza dei motivi esaminati conduce, di conseguenza, anche al rigetto della domanda risarcitoria.
7. -In conclusione, l'appello va respinto.
8. - Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo **RESPINGE**.
Condanna l'appellante al pagamento, in favore di ciascuna delle parti appellate, della somma di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre agli accessori di legge.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente, Estensore
Carlo Deodato, Consigliere
Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere
Massimiliano Noccelli, Consigliere
Raffaello Sestini, Consigliere

Pubblicato il 25/11/2016
N. 04993/2016REG.PROV.COLL.
N. 06008/2016 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 6008 del 2016, proposto da:

Coop Kaleidoscopio Società Cooperativa Sociale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Giuffre' C.F. GFFFNC68P61H501I, Penelope Vecli C.F. VCLPLP78A53G337R, Alessandro Del Dotto C.F. DLDLSN81M15L833X, con domicilio eletto presso Francesca Giuffre' in Roma, via dei Gracchi, n. 39;

Coop. Sociale Proges - Servizi Integrati alla persona a r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesca Giuffre' C.F. GFFFNC68P61H501I, Alessandro Del Dotto C.F. DLDLSN81M15L833X, Penelope Vecli C.F. VCLPLP78A53G337R, con domicilio eletto presso Francesca Giuffre' in Roma, via dei Gracchi, n. 39;

contro

Estar (Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Carolina Picchiotti C.F. PCCCLN69H66D403G, con domicilio eletto presso la Segreteria del Consiglio di Stato in Roma, Piazza Capo di Ferro, n. 13;

Azienda Usl Toscana Nord Ovest (già Azienda Usl N. 12 Viareggio) non costituita in giudizio;

nei confronti di

Coop Sociale Crea, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Frati C.F. FRTFNC53L22L833I, Maria Beatrice Pieraccini C.F. PRCMBT69B68L833P, con domicilio eletto presso lo studio associati s.r.l. Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Toscana, Sez. I, n. 810/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento di servizi di gestione dei cd centri diurni (strutture semiresidenziali) in dotazione alla Ausl n. 12 di Viareggio;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Estar (Ente di Supporto Tecnico Amministrativo Regionale) e della Cooperativa Sociale Crea;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visto il dispositivo di decisione pubblicato in data 11 novembre 2016;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 novembre 2016 il Cons. Carlo Deodato e uditi per le parti gli avvocati Francesca Giuffrè, Penelope Vecli, Carolina Picchiotti e Maria Beatrice Pieraccini;

FATTO

Con la sentenza impugnata il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana annullava, in accoglimento del ricorso proposto dalla cooperativa sociale C.Re.A. (d'ora innanzi CREA), l'aggiudicazione, da parte dell'ESTAR Toscana, al R.T.I. composto dalle società cooperative sociali Kaleidoscopio e PRO.GES. – Servizi Integrati alla Persona (d'ora innanzi RTI PROGEGES) della gestione, per un periodo di due anni, in global service delle strutture residenziali dell'Azienda U.S.L. n.12 di Viareggio di cui alla "gara 2" (e, cioè, quelle

site in Stiava, Stazzema e Pietrasanta).

Avverso la predetta decisione proponeva appello il RTI PROGES, contestando la correttezza del giudizio di illegittimità pronunciato dal TAR e domandandone la riforma.

Resisteva la CREA, rilevando l'infondatezza dell'appello, riproponendo, mediante appello incidentale, le censure rimaste assorbite nel giudizio di prima istanza e concludendo per la conferma della decisione impugnata, in ipotesi con diversa motivazione.

Si costituiva anche l'ESTAR, difendendo la correttezza del proprio operato e domandando la reiezione dell'appello principale.

Alla pubblica udienza del 10 novembre 2016 il RTI appellante rinunciava all'istanza di sospensione della decisione appellata, depositata in data 25 ottobre 2016, e l'appello veniva trattenuto in decisione.

In data 11 novembre 2016 veniva pubblicato il dispositivo della decisione.

DIRITTO

1.- E' controversa la legittimità dell'affidamento, in esito alla gara telematica indetta dall'ESTAR Toscana, al RTI PROGES della gestione in global service di alcune strutture residenziali dell'AUSL n.12 di Viareggio, sotto il peculiare profilo dell'osservanza del principio della continuità e della concentrazione delle operazioni valutative.

Il Tribunale di prima istanza ha, infatti, riscontrato gravi e insanabili carenze nella verbalizzazione delle operazioni della Commissione di gara e, rilevando la radicalità del predetto vizio, ha assorbito le altre censure ed ha annullato l'aggiudicazione del servizio al RTI PROGRES, dichiarando l'inefficacia del contratto già stipulato con esso.

Il RTI appellante contesta, sulla base delle argomentazioni di seguito esaminate, la correttezza del giudizio di illegittimità pronunciato dal TAR e la declaratoria di inefficacia del contratto, insistendo per la riforma della sentenza impugnata e per la conseguente reiezione del ricorso proposto in primo grado dalla cooperativa CREA.

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

3.- Come già rilevato, il TAR ha stabilito, quali conseguenze del giudizio di illegittimità della valutazione delle offerte e, quindi, dell'aggiudicazione del servizio, l'inefficacia del contratto di appalto stipulato con il RTI affidatario e l'obbligo di riedizione della procedura, reputandoli, di per sé, soddisfattivi, in luogo della tutela risarcitoria, dell'interesse azionato dalla cooperativa ricorrente.

3.1- Il RTI appellante critica, per mezzo dei primi tre motivi di impugnazione (esaminabili congiuntamente), la correttezza di tali statuizioni, in quanto asseritamente inficiate dal vizio di ultrapedizione, e ne invoca la riforma.

3.2- I capi di decisione contestati si appalesano, invece, del tutto corretti ed immuni dai vizi denunciati a loro carico.

3.3- Quanto alla precisazione dell'effetto conformativo derivante dall'aggiudicazione, identificato dai primi giudici nella riedizione della gara, rileva il Collegio, per un verso, che non è dato rintracciare nella decisione gravata, e, in particolare, nel suo contenuto dispositivo, alcun ordine di ripetizione della gara (come, invece, sembra presumere l'appellante a pag.8 del ricorso in appello) e, per un altro, che il RTI appellante non ha alcun interesse a dolersi dell'omessa pronuncia del TAR sulle domande risarcitorie (in forma specifica o per equivalente) proposte con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado dalla CREA (e di cui, al più, avrebbe potuto lamentarsi quest'ultima).

In ogni caso, come già rilevato, l'obbligo di rinnovazione della procedura è stato identificato dal TAR quale effetto conformativo dell'annullamento dell'aggiudicazione, ma (si ripete) al solo fine di escludere la spettanza del risarcimento per equivalente e, in ogni caso, senza alcuna precisazione della fase procedurale che avrebbe dovuto essere ripetuta.

Ne consegue che, di per sé, il passaggio motivazionale censurato (chè di questo si tratta, e non di una statuizione dispositiva) deve intendersi immune da vizi.

E, comunque, la precisazione in questione deve ritenersi corretta, quand'anche interpretata come impositiva della riedizione della gara fin dalla pubblicazione del bando (e nonostante l'omessa impugnazione di quest'ultimo), atteso che la radicalità dei vizi riscontrati dal TAR, e, in particolare, la confusione nella documentazione delle operazioni di gara, giustificavano senz'altro la rinnovazione della

procedura fin dal primo atto della sequenza procedimentale giudicata illegittima.

3.4- In ordine, invece, alla contestata declaratoria dell'inefficacia del contratto, è sufficiente osservare che tale statuizione si rivela corrispondente alla domanda proposta in primo grado dalla originaria ricorrente con i motivi aggiunti in data 9 dicembre 2015 (anche se il TAR non ne ha fatto discendere il subentro nel contratto della ricorrente, ma il solo dovere di ripetizione della gara) e che tale modalità di proposizione deve intendersi del tutto ammissibile e coerente con l'art. 43 c.p.a., nella misura in cui la domanda nuova in questione (e il relativo petitum) risulta connessa con quella (originaria) di annullamento dell'aggiudicazione e giustificata dall'impugnazione di provvedimenti successivi ed autonomamente lesivi (quale, appunto, la decisione della stazione appaltante di procedere alla stipula, in data 13 novembre 2015, del contratto d'appalto con il RTI PROGES).

4.- Con il quarto motivo di appello si contesta, invece, il giudizio di illegittimità dell'aggiudicazione, assumendosi che, contrariamente a quanto ritenuto dal TAR, le riscontrate carenze nella verbalizzazione e l'affermata inosservanza dei principi di concentrazione e di continuità delle operazioni di gara, quand'anche esistenti, fossero del tutto ininfluenti ai fini della validità della procedura.

4.1- L'assunto è infondato e va disatteso.

4.2- Deve premettersi che nelle procedure di aggiudicazione di appalti pubblici le garanzie di imparzialità, pubblicità, trasparenza e speditezza dell'azione amministrativa postulano che le sedute della commissione di gara debbano ispirarsi al principio di concentrazione e di continuità e che, quindi, la valutazione delle offerte tecniche ed economiche deve esaurirsi, di norma, in una sola seduta, senza interruzioni, di guisa da scongiurare possibili influenze esterne e da garantire l'assoluta indipendenza e genuinità del giudizio dell'organo incaricato della valutazione (cfr. ex multis Cons. St., sez. IV, 4 agosto 2015, n.3851).

E' vero che tale regola è stata definita "tendenziale", nel senso che non si tratta di un precetto inviolabile e che, al contrario, tollera deroghe alla sua operatività, ma è stato anche chiarito che la sua inosservanza resta ammessa solo in presenza di situazioni particolari che impediscano obiettivamente l'esaurimento di tutte le operazioni di gara in una sola seduta e, comunque, anche in questa evenienza, alle condizioni della durata minima dell'intervallo temporale tra le diverse riunioni e dell'adeguatezza delle modalità di conservazione dei plichi, a presidio dell'imparzialità e della correttezza delle operazioni valutative (cfr. ex multis Cons. St., sez. V, 22 gennaio 2015, n.257).

4.3- Così precisati i parametri alla cui stregua dev'essere giudicata la legittimità del modus operandi seguito nella fattispecie controversa dalla stazione appaltante, osserva il Collegio che, nella situazione controversa, non risultano configurabili le stringenti condizioni della deroga al principio di concentrazione e di continuità delle operazioni di gara.

A fronte, infatti, della protrazione dei lavori della Commissione per diversi mesi (la procedura è durata complessivamente dal 9 aprile 2014 al 3 giugno 2015 e le operazioni valutative delle offerte dal 28 maggio al 9 ottobre 2014), non risultano neanche allegate plausibili ragioni che abbiano concretamente impedito l'esaurimento delle attività valutative in una sola seduta (o, comunque, in diverse sedute, ma ravvicinate) o, in ogni caso, sono state indicate circostanze del tutto inidonee e giustificare la citata estensione temporale delle operazioni di valutazione delle offerte (quali la successione tra enti, la necessità di correggere alcuni errori materiali o la lentezza della piattaforma digitale, da valersi quali circostanze del tutto incapaci di spiegare il riferito prolungamento dell'attività valutativa).

4.4- Ne consegue che i suddetti principi devono intendersi vulnerati da siffatto modus procedendi, senza che rilevi, in senso contrario, la possibilità di ricavare dal sistema informatico gli estremi delle sedute o, comunque, la dedotta genuinità dei lavori dell'organo di valutazione.

4.5- Quanto al primo aspetto, basti osservare che la sintetizzazione dell'attribuzione dei punteggi in un unico documento conclusivo non soddisfa le esigenze di trasparenza sottese alla necessaria verbalizzazione delle attività svolte dalla Commissione in ogni seduta, con la conseguenza che le scarse informazioni ricavabili dal sistema digitale START si rivelano del tutto insufficienti a documentare adeguatamente la sequenza e i contenuti delle operazioni di gara.

4.6- In ordine al secondo profilo, è sufficiente, invece, rilevare che è la stessa protrazione dei lavori della Commissione per diversi mesi (oltre quattro) a costituire, di per sé, un vulnus alle esigenze di trasparenza e di imparzialità dei lavori della Commissione, essendo sufficiente, per giudicare integrata la violazione di quest'ultimo, il solo pericolo di indebite influenze esterne, e non essendo, quindi, necessaria la dimostrazione di un concreto inquinamento dei giudizi sulle offerte.

5.- Alle considerazioni che precedono conseguono, in definitiva, la reiezione dell'appello e la conferma della decisione appellata.

6.- La reiezione dell'appello principale implica, inoltre, la declaratoria della improcedibilità di quello incidentale, siccome chiaramente condizionato all'accoglimento del primo (come, peraltro, confermato dal difensore della CREA in pubblica udienza).

7.- La peculiarità della fattispecie controversa giustifica la compensazione tra tutte le parti delle spese del presente grado di giudizio

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, dichiara improcedibile l'appello incidentale e compensa tra tutte le parti 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 10 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Carlo Deodato, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Raffaello Sestini, Consigliere

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex art. 60 cod. proc. amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1183 del 2016, proposto da:

Sacson Gomme S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Andrea Lazzaretti C.F. LZZNDR69L21E506V, Carmelo Mendolia C.F. MNDCML68D21F206W, Bartolo Dattola C.F. DTTBTL81D30H224Q, con domicilio eletto presso Alessandro Rotondo in Brescia, via F.Lli Porcellaga, 3;

contro

Società per l'Aeroporto Civile di Bergamo - Orio al Serio (Bg), S.A.C.B.O. S.p.A., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Claudio Zanetti C.F. ZNTCLD53D02F205G, Enrico Codignola C.F. CDGNRC41A18B157W, con domicilio eletto presso Enrico Codignola in Brescia, via Romanino,16;

nei confronti di

Birolini Gomme S.n.c. non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento, previa sospensiva

- DELLA COMUNICAZIONE PERVENUTA IL 13/9/2016, RECANTE L'ESCLUSIONE DALLA GARA PER L'AFFIDAMENTO DEL SERVIZIO DI FORNITURA, INSTALLAZIONE E RIPARAZIONE DI PNEUMATICI PER AUTOVEICOLI E ATTREZZATURE SPECIALI PRESSO L'AEROPORTO DI ORIO AL SERIO.

- DEL PROVVEDIMENTO DI AGGIUDICAZIONE;

- DEI CHIARIMENTI PUBBLICATI SUL PORTALE IL 2/9/2016;

- DEI VERBALI DI GARA E IN PARTICOLARE DI QUELLO DELL'8/9/2016;

- DI OGNI ALTRO ATTO CONNESSO, COMPRESO IL CONTRATTO EVENTUALMENTE SOTTOSCRITTO.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Società Per L'Aeroporto Civile di Bergamo -Orio al Serio (Bg), S.A.C.B.O. S.p.A.;

Viste le memorie difensive e tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2016 il dott. Stefano Tenca e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.;

Considerato:

- che l'offerta della ricorrente è stata esclusa dal confronto comparativo in quanto i marchi offerti non rientravano tra quelli richiesti dalle specifiche tecniche della lex specialis;
- che queste ultime stabilivano all'art. 2 che "La tipologia del pneumatico dovrà essere della tipologia Alta gamma (Bridgestone, Pirelli, Michelin, Continental, Goodyear)";
- che SACBO sostiene che l'impresa Saccon Gomme Spa (contrariamente alle altre concorrenti) ha proposto prodotti dalle caratteristiche qualitative non coincidenti – per oltre il 76% – con quelle di "Alta gamma" prescritte dalla legge di gara;
- che è anzitutto infondata l'eccezione in rito formulata dalla resistente con riguardo al secondo motivo di ricorso;
- che, per consolidata giurisprudenza (cfr. Consiglio di Stato, sez. V – 16/11/2015 n. 5218 e la sentenza dallo stesso richiamate) sussiste un onere di immediata impugnazione del bando di gara <<solo relativamente a quelle clausole che impediscono la effettiva partecipazione o la rendono ingiustificatamente più difficoltosa, indistintamente per tutti i concorrenti ..., così violando macroscopicamente i principi cardine delle procedure ad evidenza pubblica, tra cui quelli della concorrenza e della par condicio dei concorrenti ...>>;
- che, nel caso di specie, le disposizioni racchiuse della lex specialis non hanno precluso a Saccon di formulare un'offerta consapevole, e peraltro la stessa difesa di SACBO ha affermato – in modo condivisibile – che le 5 marche sono state riportate all'art. 2 della lettera d'invito a mero titolo di esemplificazione;
- che, anticipando quanto sarà in seguito approfondito, un'interpretazione comunitariamente orientata induce a non ritenere tassativa l'elencazione racchiusa nei documenti di gara predisposti da SACBO;
- che, quindi, l'effettiva lesione della posizione della ricorrente è maturata solo al momento dell'applicazione delle disposizioni regolanti la procedura selettiva, e si è conseguentemente attualizzata con l'adozione dei provvedimenti di esclusione di Saccon e di aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata;

Evidenziato, nel merito:

- che il ricorso è fondato e merita accoglimento, per le ragioni di seguito precisate;
- che, in ossequio al diritto comunitario, il principio di equivalenza permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, per cui la possibilità di ammettere (a seguito di valutazione della stazione appaltante) prodotti aventi specifiche tecniche analoghe a quelle richieste risponde al principio del favor participationis (Consiglio di Stato, sez. IV – 26/8/2016 n. 2701 e la giurisprudenza ivi richiamata);

- che, già ai sensi dell'art. 68 comma 4 del D.Lgs. n. 163/2006, quando si avvalevano della possibilità di prescrivere determinate specifiche tecniche, le stazioni appaltanti non potevano respingere un'offerta per il motivo che i prodotti e i servizi offerti non fossero conformi alle specifiche alle quali avevano fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente provava in modo ritenuto soddisfacente dalle stazioni appaltanti, con qualsiasi mezzo appropriato, che le soluzioni da lui proposte ottemperavano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche medesime;
- che il principio predetto è ribadito e rafforzato dall'art. 68 del D. Lgs. 50/2016 vigente;
- che, peraltro, sin dal momento della presentazione dell'offerta, il concorrente che offre prodotti equivalenti deve fornire una prova idonea a dimostrare l'equivalenza allegata (T.A.R. Lombardia Milano, sez. IV – 7/7/2016 n. 1339, che risulta appellata), così come sancito dal predetto art. 68 comma 7;

Rilevato:

- che SACBO ha sottolineato la mancanza di prova della dedotta equivalenza;
- che detta impostazione non è condivisibile;
- che, anzitutto, non è stata data dimostrazione dell'esistenza di una classificazione "ufficiale" di prodotti "alta gamma" – intesi come di superiore qualità – siccome riconducibili alle 5 case produttrici elencate dalla lex specialis;
- che, di conseguenza, viene meno il termine di raffronto del giudizio di equivalenza previsto dal legislatore;
- che, secondariamente, a corredo della propria offerta la ricorrente ha allegato alcune dichiarazioni attestanti la conformità della merce offerta agli standard europei (cfr. doc. 8);
- che, sul punto, è nota per comune esperienza l'esistenza di un sistema europeo di etichettatura dei pneumatici, suscettibile di misurarne la qualità a prescindere dal dato formale della marca;
- che, in questo contesto, l'esclusione della ricorrente risulta immotivata, dato che non si fonda sull'assenza di standard minimi di qualità, bensì soltanto (e irragionevolmente) sulla mancata provenienza (in misura ritenuta "sufficiente") da 5 imprese produttrici pre-individuate;
- che è condivisibile l'affermazione della stazione appaltante per cui l'affidabilità delle gomme non può essere garantita da prodotti scadenti, quando l'interesse pubblico perseguito è teso ad assicurare il top della qualità, indispensabile alla luce del loro concreto utilizzo (sono destinati ai mezzi che circolano in area aeroportuale);
- che, tuttavia, il legittimo e lodevole obiettivo non può essere raggiunto con la prescrizione di specifiche marche di provenienza dei pneumatici, ma deve risultare da accertamenti sulla tipologia dei prodotti offerti tesi a indagarne la qualità (cfr., a titolo esemplificativo, caratteristiche di aderenza, rumorosità, consumo per l'attrito al suolo, efficienza, anzianità, etc.);
- che, in definitiva, la seconda censura sollevata è fondata e merita accoglimento, e può prescindere dall'esame della differente questione introdotta con il primo motivo (violazione della par condicio per avere anche le altri concorrenti offerto beni fabbricati da produttori diversi da quelli indicati);
- che, di conseguenza, l'offerta della ricorrente deve essere presa nuovamente in considerazione, salvi gli ulteriori apprezzamenti in concreto sulle proprietà e sulle caratteristiche degli pneumatici proposti (tesi a garantire l'interesse pubblico del quale si è già dato conto);

- che le spese di giudizio possono essere compensate, alla luce della natura della vicenda sottesa e dei valori collettivi coinvolti;

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di Brescia (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando accoglie il ricorso in epigrafe e, per l'effetto annulla i provvedimenti impugnati.

Spese compensate.

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

La presente sentenza è depositata presso la Segreteria del Tribunale che provvederà a darne comunicazione alle parti.

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Alessandra Farina, Presidente

Mauro Pedron, Consigliere

Stefano Tenca, Consigliere, Estensore

**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 671 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Copyworld s.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato Riccardo Bianchini C.F. BNCRCR77R17D612B, con
domicilio eletto presso il suo studio in Firenze, via Guelfa n. 1;

contro

Regione Toscana, rappresentata e difesa dall'avvocato Luciana Caso C.F. CSALCN63A47A952U, con
domicilio eletto presso l'Ufficio Legale della Regione Toscana in Firenze, piazza dell'Unità Italiana, n. 1;

nei confronti di

Xerox s.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Bonatti C.F. BNTSFN63E12F205X, Lorella
Fumarola C.F. FMRLLL72C68E986A e Claudiähilde Perugini C.F. PRGCDH69S57D612D, con domicilio eletto
presso l'avvocato Claudiähilde Perugini in Firenze, via Masaccio n. 175;

per l'annullamento

- del verbale di gara del 5.4.2016, in cui è stato assunto il provvedimento, comunicato con nota del
13.04.2016, di esclusione di Copyworld s.r.l. dalla procedura di gara bandita dalla Regione Toscana per
"l'Affidamento dei servizi di assistenza, manutenzione e locazione di apparecchiature per la stampa digitale
con annessa soluzione RPS per le esigenze del centro Stampa del Consiglio regionale della Toscana";

di ogni altro atto ad esso connesso, fra cui, in particolare, i verbali di gara delle sedute del 3.2.2016 e del
10.3.2016, e la nota del 18.3.2016 con la quale la Regione Toscana richiedeva la trasmissione del "Contratto
di avvalimento firmato digitalmente avente data pari o antecedente a quella di presentazione dell'offerta"
e irrogava la sanzione pecuniaria di euro 1.216,00 ai sensi dell'art. 38, comma 2bis, del d.lgs. n. 163/2006,

e per l'annullamento, chiesto con motivi aggiunti depositati in giudizio il 24.5.2016:

- del decreto dirigenziale n. 369/2016, comunicato con nota del 13.5.2016, con cui la Regione Toscana ha
preso atto della non aggiudicazione della gara ed approvato i verbali relativi alla stessa;

- di ogni altro atto ad esso connesso, conseguente o collegato.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Toscana e di Xerox s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2016 il dott. Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Regione Toscana ha indetto una gara per l'affidamento dei servizi di assistenza, manutenzione e locazione di apparecchiature per la stampa digitale, riguardante il centro stampa del consiglio regionale, mediante il sistema telematico di acquisti regionale.

Alla procedura selettiva hanno partecipato due soli concorrenti (Copyworld s.r.l. e Xerox s.p.a.), esclusi dalla gara con provvedimento assunto nella seduta della Commissione giudicatrice del 5.4.2016.

In particolare, la ricorrente è stata estromessa in quanto il contratto di avalimento (costituito da scrittura privata del 15.1.2016 privo di firma autografa) trasmesso attraverso la piattaforma "Start" il giorno 23.3.2016, ad esito di soccorso istruttorio, risultava firmato digitalmente in data 18.2.2016 dal legale rappresentante dell'ausiliaria Canon Italia s.p.a. e in data 23.3.2016 dal legale rappresentante dell'ausiliata Copyworld s.r.l., ovvero successivamente al termine di scadenza di presentazione dell'offerta (prevista per il 18.1.2016).

A tal proposito la società istante sostiene di aver seguito la procedura telematica prevista dal disciplinare di gara, ed osserva che nel portale "Start", laddove era riepilogata la documentazione da caricare, erano indicate due distinte voci: "scheda avalimento" e "contratto ex art. 49 lett. f del d.lgs. n. 163/2006 –invio telematico – facoltativo, ammessi più documenti".

Secondo l'interessata l'uso della locuzione "invio telematico – facoltativo", di cui al suddetto portale, in relazione all'istituto dell'avalimento induceva a ritenere che non fosse necessario depositare il contratto; tuttavia la ricorrente ha inserito il contratto, oltre alla scheda di avalimento Canon Italia, la dichiarazione di avalimento sottoscritta da ausiliaria e ausiliata, la dichiarazione di servizi analoghi di Canon Italia (relativa al possesso dei requisiti di cui Copyworld era mancante) e il modello di dichiarazione ex art. 38 di Canon Italia.

Avverso il provvedimento di esclusione la ricorrente è insorta deducendo:

1) Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto; falsa applicazione dell'art. 38, comma 2 bis, e dell'art. 46, comma 1 ter, del d.lgs. n. 163/2006, laddove la commissione di gara non ha considerato che i documenti presentati fin dall'inizio in sede di gara già includevano il contratto di avalimento.

Dalla lettura della dichiarazione di avalimento di Canon Italia (sottoscritta con forma digitale anche dal ricorrente –documento n. 11-) emerge l'assunzione di un'obbligazione in capo a quest'ultima; analoga considerazione vale per la scheda di avalimento (documento n. 10). La ricorrente ha per errore attribuito al file denominato "dichiarazione di avalimento" il nome di "scheda di avalimento" anziché quello di contratto di avalimento.

2) Sotto altro profilo, violazione dell'art. 38, comma 2 bis, e dell'art. 46, comma 1 ter, del d.lgs. n. 163/2006, laddove la commissione ha ritenuto che il contratto di avvalimento presentato doveva necessariamente essere formato prima della data di presentazione dell'offerta.

E' nella natura del soccorso istruttorio assegnare un termine per integrare o regolarizzare dichiarazioni mancanti, con la conseguenza che l'integrazione deve necessariamente avvenire dopo la presentazione delle offerte.

3) Violazione dell'art. 38, comma 2 bis, e dell'art. 46, comma 1 ter, del d.lgs. n. 163/2006; violazione del principio di affidamento.

L'interessata è stata tratta in inganno dalla lex specialis di gara, la quale indicava come facoltativo il deposito del contratto di avvalimento. Dal sistema start non risulta che detto contratto debba essere prodotto da chi intenda ricorrere all'avvalimento.

Copyworld s.r.l. ha proposto motivi aggiunti, incentrati sull'illegittimità derivata dal provvedimento impugnato col ricorso principale, avverso il decreto dirigenziale n. 369/2016, di presa d'atto dei verbali di gara e della mancata aggiudicazione.

Si è costituita in giudizio la Regione Toscana.

Con memoria depositata in giudizio la ricorrente osserva che il giudice adito deve anche ritenersi competente a valutare se sia dovuto il pagamento del contributo unificato in ordine ai motivi aggiunti.

Con ordinanza n. 281 del 9.6.2016 è stata respinta l'istanza cautelare.

All'udienza del 26 ottobre 2016 la causa è stata posta in decisione.

DIRITTO

Con la prima censura l'istante deduce che la documentazione presentata in sede di gara dimostra in realtà l'avvenuta costituzione del rapporto contrattuale di avvalimento.

Il rilievo è infondato.

La dichiarazione e la scheda di avvalimento prodotte dall'interessata in sede di gara (documenti n. 10 e 11 allegati all'impugnativa) costituiscono atti unilaterali, privi della forma e dei contenuti propri del contratto.

Da un lato difetta, nei predetti documenti, lo scambio dei consensi delle parti configurante l'incontro di proposta e accettazione contrattuale, dall'altro mancano la specificazione dei reciproci impegni e la determinazione delle risorse assicurate dall'ausiliaria, talché i suddetti documenti non possono equivalere ad un contratto.

In ogni caso, anche se fosse evincibile nella forma l'esistenza di un contratto, si tratterebbe di negozio giuridico a oggetto indeterminato e quindi nullo (Cons. Stato, V, 30.11.2015, n. 5396), non essendo dato comprendere dalle richiamate allegazioni documentali come i requisiti di capacità tecnica siano messi a disposizione della ricorrente. Né potrebbe valere a regolarizzazione tale indeterminatezza il soccorso istruttorio, attesa l'inidoneità di un contratto così congegnato a produrre effetti, giacché in forza della nullità del contratto l'impresa ausiliata, alla data di presentazione dell'offerta, risulterebbe sprovvista dei requisiti di partecipazione richiesti.

Deve infatti ritenersi, in forza dei principi a tutela della par condicio dei concorrenti, che attraverso il "soccorso istruttorio" possa essere consentita una integrazione di documentazione valida, ma non possa

essere consentita la "sostituzione" di un contratto nullo già prodotto in sede di presentazione dell'offerta, con un successivo contratto valido posto in essere successivamente alla presentazione dell'offerta a seguito della contestazione di nullità dell'originario contratto; si deve quindi escludere la sanabilità con il soccorso istruttorio del vizio in questione, che si risolverebbe in un'inammissibile integrazione postuma della originaria carenza - al momento della partecipazione alla gara - dei requisiti di partecipazione richiesti (cfr. T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 27 gennaio 2015 n. 301, secondo cui "non è consentito alla stazione appaltante, in violazione della par condicio, supplire all'indispensabile requisito della determinatezza del contratto di avalimento, che dovrebbe indicare espressamente le risorse messe a disposizione, non potendosi rimediare a tale carenza mediante il ricorso al soccorso istruttorio. Il soccorso istruttorio è volto solo a chiarire ed a completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti, non essendo invece applicabile quando in sede di gara si sia accertata la sostanziale carenza di un requisito essenziale per la partecipazione").

Con la seconda doglianza l'esponente, premesso di aver presentato un nuovo contratto di avalimento a seguito della richiesta di integrazione documentale contenuta nella nota regionale del 18.3.2016, deduce che il soccorso istruttorio, attivato dalla commissione di gara, non può tradursi nella sola possibilità di produrre tardivamente un documento già formato prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

Il mezzo non è condivisibile.

Il contratto di avalimento, lungi dall'essere un mero documento da allegare alla domanda per dimostrare il possesso di un requisito, è il presupposto stesso per la partecipazione alla gara, fornendo all'avvalente il requisito mancante: sicché, in ogni caso, il soccorso istruttorio non può essere strumentalmente utilizzato per l'acquisizione, ex post, di un requisito di partecipazione mancante alla data di presentazione dell'offerta, poiché, in questo modo, si altererebbe la par condicio tra i concorrenti.

Orbene, nel caso di specie le firme sono state apposte sul contratto di avalimento dopo la scadenza del termine di presentazione delle offerte, con la conseguenza che il medesimo non era esistente al momento della partecipazione alla gara, ma solo successivamente, allorquando era già scaduto il termine di presentazione delle offerte. La produzione del suddetto contratto da parte della ricorrente si è quindi tradotta nell'acquisizione tardiva di un requisito di partecipazione, non sanabile nemmeno attraverso il soccorso istruttorio, stante la preminenza del principio di par condicio dei concorrenti.

Il terzo motivo si incentra sull'ambiguità delle indicazioni espresse nel sistema "Start" in relazione alle modalità tecniche di deposito telematico delle offerte.

Il rilievo è infondato.

Il disciplinare di gara (pagina 11) prescrive chiaramente, ove non si tratti di legame tra imprese infragruppo, l'inserimento del contratto di avalimento nell'apposito spazio del sistema telematico. Peraltro la norma del disciplinare puntualizza che detto contratto deve riportare in modo esauriente l'oggetto e le risorse messe a disposizione, ovvero deve assolvere ai requisiti di specificità e determinatezza imposti dall'art. 88 del d.p.r. n. 207/2010, il quale esprime un principio generale valevole non solo per gli appalti di lavori ma anche per gli appalti di servizi e forniture (Cons. giust. Amm. Sic., sez. giurisdiz., 19.2.2016, n. 52).

L'infondatezza delle censure dedotte col ricorso introduttivo determina l'infondatezza dei motivi aggiunti, incentrati sull'illegittimità derivata.

In conclusione, il ricorso principale ed i motivi aggiunti devono essere respinti.

La dedotta questione del contributo unificato relativo ai motivi aggiunti esula invece dalla cognizione dell'organo giurisdizionale, e rientra nella competenza amministrativa dell'Ufficio Segreteria di questo TAR.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate come indicato nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso introduttivo e sui motivi aggiunti, li respinge.

Condanna la ricorrente a corrispondere alla Regione Toscana la somma di euro 3.000 (tremila) oltre accessori di legge, ed alla controinteressata la somma di euro 2.000 (duemila) oltre accessori di legge, a titolo di spese di giudizio.

Manda la presente pronuncia alla Segreteria Generale, ai fini della valutazione della sopra citata domanda di esenzione dal contributo unificato sui motivi aggiunti.

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

Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Armando Pozzi, Presidente

Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore

Pierpaolo Grauso, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Gianluca Bellucci Armando Pozzi

Pubblicato il 18/11/2016

N. 02162/2016 REG.PROV.COLL.

N. 00772/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 772 del 2016, proposto da:

Fondazione Together To Go Onlus, rappresentata e difesa dagli avvocati Stefano Quadrio, Francesca Giardina e Rocco Mangia, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Milano, corso Magenta, 45;

contro

Comune di Milano, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonello Mandarano e Stefania Pagano, domiciliato in Milano, via della Guastalla, 6;

nei confronti di

Fondazione Un Futuro per l'Asperger Onlus, rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Bardelli, Antonio Papi Rossi e Francesca Maria Colombo, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via Visconti di Modrone n. 12;

Cascina Bianca Società Cooperativa a r.l., non costituitasi in giudizio;

per l'annullamento

della determinazione n. 9 del 05.02.2016 - PG 64613/2016 - del Direttore del Settore Politiche per la Casa e Valorizzazione Sociale Spazi del Comune di Milano, comunicata in data 08.02.2016, con la quale sono stati approvati i "verbali e la graduatoria redatti dalla Commissione appositamente costituita per l'assegnazione dell'immobile di V.le Jenner 44, ang. Via Livigno", ed assegnato il predetto immobile alla "Fondazione Un Futuro per l'Asperger Onlus", decisione confermata con successiva comunicazione del 22.03.2016 - PG 157277/2016;- di tutti gli atti relativi alla procedura predetta, ivi compresi i verbali delle operazioni della Commissione di valutazione, nonché la richiesta istruttoria con la quale la Commissione ha consentito alla Fondazione di integrare la documentazione prodotta con l'offerta;- nonché della determinazione n. 4 del 21.01.2016 - PG 34594/2016 - della Direzione Centrale Casa e Demanio del Comune di Milano, con la quale è stata nominata la Commissione di Valutazione per l'assegnazione a terzi dell'immobile in questione;- dei verbali delle operazioni della Commissione di valutazione, nella parte in cui assegnano i punteggi alle proposte dei concorrenti;- nonché per la condanna del Comune di Milano ad assegnare l'immobile alla Fondazione ricorrente, a valere quale risarcimento del danno in forma specifica e a rinnovare le operazioni di valutazione delle "proposte" presentate dalle partecipanti alla gara, previa nomina di una Commissione di Valutazione con la composizione prevista dall'apposito Regolamento Comunale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Milano e della Fondazione Un Futuro per l'Asperger Onlus;

Visto il ricorso incidentale proposto dalla Fondazione Un Futuro per l'Asperger Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 26 ottobre 2016 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La ricorrente, "Fondazione Together To Go ONLUS", che si dedica all'attività di riabilitazione di bambini affetti da patologie neurologiche complesse, ha partecipato alla procedura indetta dal Comune di Milano "per l'assegnazione a terzi a titolo gratuito dell'immobile di Viale Jenner 44 angolo Livigno 1, da destinare alla realizzazione di progetti aventi finalità culturali, sociali, educative e/o formative".

Con la determinazione n. 9 del 5 febbraio 2016, il Direttore del Settore Politiche per la Casa e Valorizzazione Sociale Spazi del succitato Comune ha deliberato l'assegnazione dell'immobile di Viale Jenner in uso gratuito per un periodo di 30 anni all'unica altra concorrente in gara, l'ATS composta dalla "Fondazione Un Futuro per l'Asperger ONLUS", come mandataria e finanziatrice al 100% del progetto e dalla "Cooperativa Sociale Cascina Bianca", in qualità di mandante. Il progetto dell'aggiudicataria prevedeva "la ristrutturazione dell'immobile di Viale Jenner e il suo utilizzo per realizzare una scuola di formazione al lavoro, un laboratorio di vita, un luogo in cui sperimentare l'autonomia, dedicato alle persone con Asperger, una scuola-azienda organizzata sulle caratteristiche e sulle più moderne tecniche di intervento e di facilitazione dell'apprendimento consone al disturbo AS".

Con il presente ricorso, la Fondazione ricorrente ha chiesto l'annullamento della determinazione indicata in epigrafe e di tutti gli atti relativi alla procedura di gara (compresi i verbali delle operazioni della Commissione di valutazione e la richiesta istruttoria con la quale la Commissione ha consentito alla Fondazione controinteressata di integrare la documentazione prodotta con l'offerta), nonché, in via subordinata, della determinazione n. 4 del 21 gennaio 2016 della Direzione Centrale Casa e Demanio del Comune di Milano, con la quale è stata nominata la "Commissione di valutazione per l'assegnazione a terzi dell'immobile di Viale Jenner 44/angolo Via Livigno" e dei verbali relativi alle operazioni della Commissione di valutazione nella parte in cui assegnano i punteggi alle proposte dei concorrenti.

A sostegno del proprio ricorso, l'istante ha lamentato, sostanzialmente, che l'ATS dovesse essere esclusa dalla gara, in quanto la sua proposta presenterebbe diversi profili di indeterminatezza e sarebbe condizionata al verificarsi di eventi futuri e incerti, nonché l'illegittimità della composizione della Commissione e la conseguente violazione dell'articolo 7 del Regolamento comunale relativo ai "criteri di indirizzo per l'assegnazione in locazione o in concessione di immobili di proprietà comunale" per la scorretta e non adeguatamente motivata attribuzione dei punteggi ai progetti dei concorrenti.

Parte ricorrente ha chiesto, altresì, la condanna del Comune intimato ad assegnare l'immobile di Viale Jenner alla "Fondazione Together To Go ONLUS" e, in via subordinata, a rinnovare le operazioni di valutazione delle "proposte" presentate, previa nomina di una nuova Commissione di valutazione con la composizione prevista dal Regolamento comunale.

Si sono costituiti in giudizio il Comune intimato e la Fondazione Un Futuro per l'Asperger ONLUS, che hanno chiesto la reiezione del ricorso per infondatezza nel merito, eccependone, in via preliminare, l'inammissibilità in relazione all'ultima doglianza dedotta, relativa all'errata attribuzione dei punteggi.

La Fondazione controinteressata ha, altresì, proposto ricorso incidentale, evidenziando in particolare ragioni che avrebbero dovuto condurre all'esclusione della ricorrente principale dalla gara.

In particolare, la stessa ha dedotto che la ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto il progetto di "recupero" dell'immobile dalla stessa elaborato avrebbe implicato uno "stravolgimento dell'impostazione morfologico/architettonica dell'edificio esistente", attraverso un intervento di ristrutturazione c.d. pesante con modifiche di sagoma, dei volumi e dei prospetti ai sensi dell'articolo 10, comma 1, lett. c) del d.P.R. n. 380/01, in palese contrasto con la necessità di conservazione dell'immobile esistente evidenziata dal bando di gara; ha lamentato, ancora, il mancato rispetto della finalità particolare di destinazione dell'immobile a "funzioni di tipo sociale, culturale, educativo e/o formativo", in quanto la "Fondazione Together To Go Onlus" avrebbe destinato l'immobile ad attività sanitaria (non contemplata dalla lex specialis di gara fra quelle per la cui realizzazione poteva essere assegnato l'immobile); ha rilevato, altresì, come la proposta finanziaria della "Fondazione Together To Go Onlus" soffrirebbe delle medesime illegittimità evidenziate nel ricorso principale con riferimento alla proposta finanziaria della ricorrente incidentale, in quanto la sostenibilità del progetto sarebbe attribuita ad una non compiutamente definita "attività di ricerca fondi" e gli interventi di recupero ed adeguamento dello stabile sarebbero realizzati grazie a tre tipi di finanziamento, di cui solo uno viene documentato; ha lamentato, infine, una sopravvalutazione dell'offerta della "Fondazione Together To Go Onlus" con riguardo

ad alcuni dei criteri di selezione individuati dal bando di gara.

Con ordinanza n. 664 del 2016 la Sezione ha respinto la domanda cautelare proposta dalla ricorrente principale.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica del 26 ottobre 2016 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

Il Collegio ritiene che il ricorso sia infondato.

Ed invero, con il primo motivo, l'istante lamenta che l'ATS avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, in quanto la sua proposta presenterebbe diversi profili di indeterminazione e sarebbe condizionata al verificarsi di eventi futuri e incerti (con conseguente violazione, tra l'altro, sia dell'articolo 10, comma 7, dell'avviso pubblico, che prevedeva l'esclusione dalla gara delle domande di progettazione e delle proposte progettuali "condizionate o espresse in modo indeterminato", sia del principio generale in materia di gare pubbliche sancito dall'articolo 72, R.D. n. 827/1924).

In particolare, a dire della ricorrente, sarebbe innanzitutto sottoposto a condizione il finanziamento delle spese di ristrutturazione dell'immobile (quantificato in euro 1.080.000,00, più euro 140.000,00 per l'acquisto di arredi e attrezzature, oltre IVA). Sulla base dello studio di fattibilità economico/finanziaria prodotto dall'aggiudicataria con l'offerta, euro 250.000 della somma totale sopra indicata verrebbero, infatti, acquisiti nel 2017 grazie ad un finanziamento regionale, l'ottenimento del quale, secondo parte ricorrente, si presenterebbe come un evento futuro e incerto. Tale incertezza finanziaria implicherebbe, altresì, un'assoluta incertezza circa l'effettiva realizzabilità del progetto presentato dall'ATS aggiudicataria. Infine, secondo la ricorrente, la proposta sarebbe indeterminata anche "in relazione sia ai lavori di ristrutturazione dell'immobile sia alla gestione dell'attività destinata a svolgersi al suo interno".

Con riferimento al primo profilo, in particolare, la ricorrente evidenzia come la proposta dell'aggiudicataria preveda che il costo dei lavori di ristrutturazione venga sostenuto grazie a mutui bancari, mentre le risorse per arredi e attrezzature attraverso donazioni da parte di imprese commerciali. A dimostrazione degli impegni assunti dagli istituti bancari e dalle imprese commerciali, la ATS, tuttavia, non avrebbe allegato alcuna documentazione alla sua offerta, motivo per il quale la Commissione di valutazione aveva richiesto l'integrazione documentale ricorrendo al soccorso istruttorio. A tale riguardo, la ricorrente ritiene, altresì, che vi sia stato un uso illegittimo dello strumento del soccorso istruttorio, in quanto utilizzato non per completare la documentazione, ma per supplire a carenze dell'offerta.

La ricorrente evidenzia, infine, come l'indeterminatezza della proposta della ATS emerga anche in relazione ai costi ipotizzati per il progetto e in ordine al progetto stesso, in quanto il medesimo presenterebbe molteplici inesattezze e lacune.

Deve, in proposito, osservarsi che la procedura in questione ha ad oggetto "l'assegnazione a terzi a titolo gratuito dell'immobile di Viale Jenner 44 angolo Livigno 1, da destinare alla realizzazione di progetti aventi finalità culturali, sociali, educative e/o formative" e non si sostanzia in una gara di appalto di lavori o di servizi pubblici.

Tanto premesso, si rileva che la lex specialis di gara non richiedeva la presentazione da parte dei concorrenti di uno specifico progetto esecutivo, né di un piano economico-finanziario, ma solo di un elaborato composto da tre atti: il piano delle attività, il piano di recupero e adeguamento dell'immobile e lo studio di fattibilità economico-finanziaria.

Il terzo atto doveva, poi, contenere una breve relazione sulle principali voci di costo e di gestione, comprensiva dei costi di adeguamento e delle spese di conduzione dell'immobile, l'indicazione delle risorse umane da impiegare nel progetto, con i relativi ruoli e responsabilità, i finanziamenti propri o provenienti da terzi o da sponsor e le eventuali attività finalizzate al raggiungimento della sostenibilità economica ed infine, la durata dell'assegnazione richiesta, rapportata ai costi d'investimento (cfr. Avviso di gara, pagg. 5 e 6).

L'offerta avrebbe dovuto, quindi, secondo la prospettazione della lex specialis di gara, indicare solo i profili di rilievo economico dell'operazione, ma non contenere un analitico piano economico-finanziario su tutti i costi e i ricavi, né la conferma espressa della disponibilità dei finanziamenti enunciati già al momento della presentazione dell'offerta.

Del resto, va notato che anche l'offerta della Fondazione ricorrente è stata redatta senza rispettare le specifiche regole del codice dei contratti pubblici all'epoca vigente (d.lgs. n. 163/2006) in ordine a tali profili, regole non riportate, peraltro, nella lex specialis di gara, trattandosi, come visto, di una mera concessione di bene pubblico e non di un appalto di lavori o di servizi pubblici.

Ne consegue la piena rispondenza dell'offerta della controinteressata alle prescrizioni contenute nell'avviso di gara, che richiedevano il recupero e la valorizzazione dell'immobile pubblico con un approccio conservativo al fine dell'ampliamento delle attività sociali e culturali sul territorio e della coesione sociale, con la mera indicazione della sostenibilità economica dell'operazione.

La Fondazione controinteressata si propone, invero, di realizzare nell'edificio, con un progetto che ne rispetta la conformazione sostanziale, una "scuola azienda che funga da laboratorio di vita per la formazione al lavoro e l'inserimento lavorativo di ragazzi con AS (sindrome di Asperger)", con "percorsi formativi, seminari e convegni, a cui avranno accesso, in forma anche privata, i cittadini, l'associazionismo, le aziende"; la sostenibilità economica dell'operazione sarà garantita dalla totale copertura dei costi di recupero dell'immobile da parte della medesima Fondazione Un Futuro per l'Asperger ONLUS, mandataria, mentre i costi di realizzazione e gestione del progetto sociale saranno sostenuti dalla Cooperativa Cascina Bianca, mandante e grande esperta nel settore, anche mediante finanziamento regionale mediante il fondo di rotazione dell'imprenditorialità (FRIM) che sarà assicurato anche dall'accreditamento regionale della scuola di formazione, per il quale la Cooperativa Cascina Bianca è senza dubbio altamente titolata, perché in possesso dei necessari requisiti (cfr. in particolare, l'iscrizione della stessa agli Albi nazionale e regionale delle Cooperative Sociali e all'Albo regionale delle Associazioni, movimenti e organizzazioni femminili, nonché il possesso della Certificazione ISO 9001 per la gestione della qualità).

La censura deve, dunque, essere disattesa.

Riguardo alla seconda doglianza, con la stessa la ricorrente censura la legittimità degli atti impugnati per illegittimità della composizione della Commissione e conseguente violazione dell'articolo 7 del Regolamento comunale relativo ai "criteri di indirizzo per l'assegnazione in locazione o in concessione di immobili di proprietà comunale". In particolare, il citato articolo stabilisce che la Commissione di valutazione delle proposte progettuali deve essere composta dalle seguenti figure: Direttore del Settore Demanio e Patrimonio, Direttore del Settore Servizi Sociali, Direttore del Settore Sport e Giovani e tre esperti nel campo delle organizzazioni non lucrative di utilità sociale, esterni all'amministrazione comunale, nominati dall'Assessore al Demanio su indicazione della Commissione Consiliare Demanio. La ricorrente ritiene, per contro, che la Commissione che ha valutato le proposte sia composta da figure differenti rispetto a quelle indicate nel sopra menzionato articolo, mancando del tutto le figure di esperti esterni all'amministrazione comunale.

Infine, in via ulteriormente subordinata, la ricorrente rileva come sia stata proprio la mancanza nella Commissione di valutazione delle necessarie competenze richieste dal Regolamento comunale ad implicare l'attribuzione scorretta e non adeguatamente motivata dei punteggi ai progetti delle concorrenti.

Anche tale censura non coglie nel segno.

Ed invero, premesso che nella fattispecie non era applicabile il Regolamento comunale relativo ai "criteri di indirizzo per l'assegnazione in locazione o in concessione di immobili di proprietà comunale", che non contempla l'assegnazione a titolo gratuito delle concessioni su beni pubblici, come quella in questione, deve osservarsi che la Commissione aggiudicatrice era composta da personalità con profili professionali perfettamente in grado di assicurare la perfetta valutazione delle proposte progettuali, sia in relazione ai profili economico-gestionali che a quelli concernenti la valorizzazione dell'immobile e la valenza sociale del progetto.

Riguardo, invece, all'assunta erronea attribuzione dei punteggi, il Collegio, rilevando preliminarmente la carenza di illogicità o incongruità nel procedimento valutativo posto in essere dalla commissione di gara, si riporta al consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, per il quale nelle gare pubbliche la Commissione aggiudicatrice, chiamata ad individuare l'offerta più vantaggiosa mediante l'attribuzione di punteggi ai diversi elementi della stessa, gode di un'ampia discrezionalità, che non può essere oggetto di sindacato giurisdizionale se è in linea con i criteri predefiniti nella lex specialis di gara e non presenta macroscopiche irrazionalità ed incongruenze, atteso che il riscontro del giudice amministrativo su tali valutazioni discrezionali deve essere svolto in modo estrinseco, nei limiti della rilevabilità *ictu oculi* dei vizi di legittimità dedotti, essendo preclusa una sostituzione dell'Amministrazione, che costituirebbe ipotesi di

sconfinamento vietato della giurisdizione di legittimità nella sfera ad essa riservata (cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. III, 15 gennaio 2016, n. 112).

Dall'infondatezza del ricorso principale deriva la sopravvenuta carenza di interesse allo scrutinio del ricorso incidentale, proposto dalla Fondazione Un Futuro per l'Asperger Onlus in via meramente escludente, che deve, dunque, dichiararsi improcedibile.

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso principale va respinto, mentre quello incidentale va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano come in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima) definitivamente pronunciando sul ricorso principale, come in epigrafe proposto, lo respinge e dichiara improcedibile il ricorso incidentale.

Condanna parte ricorrente alla rifusione delle spese di giudizio nei confronti dell'Amministrazione intimata e della Fondazione Un Futuro per l'Asperger ONLUS, in via solidale, che si liquidano in una somma complessiva pari ad euro 5.000 (cinquemila), oltre ad oneri di legge.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 26 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Oscar Marongiu, Referendario

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 6018 del 2016, proposto da:

Sled Costruzioni Generali, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi C.F. TZZLCU73A25F839A, domiciliato ex art. 25 cpa presso Segreteria Sezionale Cds in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

contro

Regione Campania, in persona del presidente p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Marzocchella C.F. MRZNGI70D24F839Y, con domicilio eletto presso Regione Campania Ufficio Legale Reg. Campania in Roma, via Poli, 29;

Angri Sc Arl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Rosa Maria Landi C.F. LND RMR66E48H703E, con domicilio eletto presso Simona Rinaldi Gallicani in Roma, via Baldo degli Ubaldi 66;

Passavant Impianti Spa, Veolia Water Technologies Italia s.p.a. (Già Siba s.p.a.), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Sergio Cesare Cereda C.F. CRDSGC60R12E507X, con domicilio eletto presso Ferdinando Maria De Matteis in Roma, via di Porta Pinciana, 4;

per la riforma

della sentenza breve del T.A.R. CAMPANIA - NAPOLI: SEZIONE I n. 03472/2016, resa tra le parti, concernente appello avverso sentenza con cui il giudice amministrativo ha declinato la giurisdizione - accertamento del diritto al subentro nella quota di contratto per la gestione del depuratore di Angri - ris.danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Campania e di Angri Sc Arl e di Passavant Impianti Spa e di Veolia Water Technologies Italia Spa (Già Siba Spa);

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2016 il Cons. Oreste Mario Caputo e uditi per le parti gli avvocati Luca Tozzi, Panariello, Sergio Cesare Cereda, Rosa Maria Landi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Sled Costruzioni Generali (d'ora in poi Sled) ha impugnato il provvedimento (prot. n. 210514 del 25 marzo 2016) con il quale la regione Campania prendeva atto del recesso/esclusione dalla società consortile AGRI s.c. a.r.l. gestore dell'impianto di depurazione "Angri/S. Marzano/S.E. di Montalbino", realizzato dall'a.t.i. Passavant Impianti s.p.a. a sua volta partecipata, in qualità d'impresa mandante, dalla essa stessa ricorrente.

Deduceva nei motivi d'impugnazione la plurima e concorrente violazione degli artt. 37 e 116 d.lgs. n. 163 del 2006, oltre che eccesso di potere sotto vari profili sintomatici.

La Regione, in violazione dell'art.116 cod. contr., non avrebbe attivato il potere autoritativo di verifica dei

requisiti soggettivi ed oggettivi dei soggetti subentranti alla società ricorrente, estromessa, sicché sarebbe affetto da nullità il subentro della Passavant e della Voelia nella quota di Sled nonché lo stesso contratto di gestione per violazione dell'art. 37, commi 9 e 10, del d.lgs. n. 163/2006.

2. Si costituivano in giudizio la regione Campania, Angri Sc Arl e Passavant Impianti s.p.a., Veolia Water Technologies Italia s.p.a.

3. Il Tribunale amministrativo regionale per la Campania, sez. I, dichiarava il ricorso inammissibile per difetto di giurisdizione.

Ripercorse le tappe della vicenda societaria che aveva dato causa all'estromissione della società ricorrente, ritenevano i giudici di prime cure le censure "attengono a vicende societarie che esulano dalla giurisdizione del giudice amministrativo e vanno accertate nelle competenti sedi processuali innanzi al giudice ordinario afferendo a posizioni di diritto soggettivo nei rapporti interni tra i partecipanti all'a.t.i."

La controversia, aggiungeva il Tar, attiene alla fase di esecuzione dell'appalto devoluta, ai sensi dell'art. 133 lett. e) n. 1, cod. proc. amm., e del "consolidato indirizzo espresso dalla giurisprudenza amministrativa (Consiglio di Stato, n. 4025/2014; Adunanza Plenaria, n. 14/2014)", alla cognizione della giurisdizione del giudice ordinario.

4. Appella la sentenza Sled. Resistono la regione Campania, Angri Sc Arl, Passavant Impianti s.p.a. e Veolia Water Technologies Italia s.p.a.

5. Alla Camera di consiglio del 27.10.2016 la causa, su richiesta delle parti, è stata trattenuta in decisione.

6. Coi motivi d'appello annodati da un comune filo conduttore, incentrato sulla sussistenza delle condizioni, richieste dall'art.116 cod. contr. in coordinato disposto con l'art. 37 cod. contr., per consentire la novazione soggettiva dell'esecutore di un contratto pubblico – per inciso consistenti, rispettivamente: nel necessario possesso dei requisiti di qualificazione da parte del soggetto risultante dalla stessa e nella comunicazione da parte del richiedente dell'avvenuta trasformazione, non opposta dalla stazione appaltante nel termine di sessanta giorni – la società appellante lamenta gli errori di giudizio in cui sarebbero incorsi i giudici di prime cure nell'omettere di considerare che le censure proposte afferivano proprio all'insussistenza delle condizioni previste dalle norme richiamate per consentire la modifica della composizione della compagine affidataria della concessione di gestione dell'impianto di depurazione.

7. L'appello è infondato.

7.1 I motivi d'appello muovono da un presupposto non affatto condivisibile: l'assoluta immodificabilità soggettiva dell'ATI – o del Consorzio che come nel caso in esame ad esso è subentrato – affidatario del servizio che la giurisprudenza s'è invece incaricata di smentire.

La postulata immodificabilità soggettiva dell'affidataria è assunta in presa diretta dalla società estromessa per sostenere che il divieto assoluto – derogato solo nelle ipotesi espressamente previste (cfr. commi 18 e 19 art. 37 cod. contr.) che qui non ricorrono – comporta *ipso facto* – a prescindere dai motivi dedotti – la giurisdizione del giudice amministrativo sul potere esercitato dall'amministrazione che, ai sensi dell'art. 116 cod. contr., non s'è opposta al subentro.

Il principio di immodificabilità soggettiva, lungi dall'essere il portato precettivo di un divieto assoluto, ai sensi del combinato disposto dell'art. 37, comma 9 e commi 18 e 19 del Codice, persegue piuttosto lo scopo di consentire alla p.a. appaltante di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli in grado di impedire le suddette verifiche preliminari (cfr., Consiglio di Stato, 13 maggio 2009, n. 2964) ovvero che tale verifica venga vanificata (cfr., Consiglio di Stato, 2 agosto 2006, n. 5081, nonché Consiglio di Stato 23 luglio 2007, n. 4101).

In aggiunta, sul piano sistematico, non va passato sotto silenzio che l'art. 106 d.lgs. n.50/2016, recependo l'art. 72 della direttiva 2014/24/UE e l'art. 89 della direttiva 2014/25/UE, prevede al comma 1, lett d, n. 2, la possibilità di modifica del contratto in corso qualora all'aggiudicatario iniziale succeda "per causa di morte o per contratto, anche a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni scissioni acquisizione o insolvenza, un altro operatore che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto".

Nel segno della maggiore flessibilità della regolamentazione della continuità aziendale si è inteso agevolare la continuazione dell'esecuzione dei contratti pubblici già stipulati.

7.2 Nel caso in esame la società ha dapprima diffidato la stazione appaltante a non dare corso alla richiesta di Passavant circa l'intervenuta modifica soggettiva dell'a.t.i. sì (così si legge) da "attestare la costante

situazione di persistenza della condizione di associato della stessa dall'Associazione Temporanea di Imprese in discorso". Quindi ha impugnato l'atto con il quale la Regione deliberava di continuare il rapporto contrattuale con l'a.t.i. Passavant/Voelia Water Technologies.

7.3 Le ragioni di contestazione dell'atto di estromissione dall'a.t.i. – mai, va sottolineato, impugnato innanzi al giudice civile – sono divenute l'oggetto del giudizio all'esame. Le *cause petendi*, ossia i motivi d'impugnazione, nella prospettazione di vizi attinenti alla supposta assoluta immodificabilità soggettiva dell'ATI, in realtà dissimulano questioni relative a vicende societarie che, coinvolgendo posizioni di diritto soggettivo nei rapporti interni tra i partecipanti all'a.t.i., esulano dalla giurisdizione del giudice amministrativo e sono pertanto devolute alla cognizione accertate del giudice ordinario.

8. Conclusivamente l'appello deve essere respinto.

9. Sussistono giustificati motivi, individuabili nella particolarità della vicenda dedotta in causa, per compensare le spese del presente grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge, e, per l'effetto, dichiara il difetto di giurisdizione.

Fissa al sensi dell'art. 11 il termine di 90 giorni decorrente dalla comunicazione della presente sentenza per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 ottobre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Oreste Mario Caputo, Consigliere, Estensore