**Sentenze 30.04**

Pubblicato il 18/04/2017
N. 01809/2017REG.PROV.COLL.
N. 08178/2016 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 8178 del 2016, proposto da Hospira Italia s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’Avvocato Diego Vaiano e dall’Avvocato Raffaele Izzo, con domicilio eletto presso lo studio dello stesso Avvocato Diego Vaiano in Roma, lungotevere Marzio, n. 3;

contro

Azienda Ospedaliero Universitaria –Ospedali Riuniti di Foggia, in persona del Direttore Generale pro tempore, rappresentata e difesa dall’Avvocato Simonetta Mastropieri, con domicilio eletto presso lo studio Studio Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 18;
A.S.L. FG di Foggia, appellata non costituita in giudizio;
A.S.L. BT di Andria, appellata non costituita in giudizio;
Azienda Ospedaliero Universitaria Consorziale Policlinico di Bari, appellata non costituita in giudizio;

nei confronti di

Medisan Sud s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Mescia, Giacomo Mescia, con domicilio eletto presso lo studio Franco Gaetano Scoca in Roma, via Giovanni Paisiello, n. 55;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, sez. II, n. 784 del 16 giugno 2016, resa tra le parti, concernente l’aggiudicazione definitiva, in favore di Medisan Sud s.r.l., della gara per la fornitura in service di pompe e relativo materiale di consumo per terapie infusionali e per nutrizione parenterale

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Azienda Ospedaliero Universitaria – Ospedali Riuniti di Foggia e di Medisan Sud s.r.l.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell’udienza pubblica del giorno 23 marzo 2017 il Consigliere Massimiliano Noccelli e udito per l’odierna appellante, Hospira Italia s.r.l., l’Avvocato Massimiliano Pozzi su delega dell’Avvocato Diego Vaiano, per l’odierna appellata, l’Azienda Ospedaliero Universitaria – Ospedali Riuniti di Foggia, l’Avvocato Adriano Casellato su delega dell’Avvocato Simonetta Mastropieri e per la controinteressata, Medisan Sud s.r.l., l’Avvocato Giuseppe Mescia;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. L’Azienda Ospedaliero Universitaria “Ospedali Riuniti” di Bari, di qui da avanti per brevità indicata come “Azienda Ospedaliero Universitaria” o semplicemente “Azienda”, ha indetto, con determinazione n. 720 del 27 aprile 2015, una procedura di gara in unione di acquisto tra essa, l’ASL FG, l’ASL BT e l’Azienda Ospedaliero Universitaria Policlinico di Bari per la fornitura in service di pompe e relativo materiale di consumo per le terapie infusionali e per la nutrizione parenterale.

1.1. La gara è stata articolata a lotto unico in base al criterio del prezzo più basso di cui all’art. 82 del d. lgs. n. 163 del 2006.

1.2. Entro il termine per la presentazione delle offerte, fissato per il 24 luglio 2015, hanno presentato le proprie offerte Hospira Italia s.r.l., Medisan Sud s.r.l., Fresenius Kabi s.r.l., Betafin s.p.a., B. Braun Milano s.p.a. e Macropharm s.r.l.

1.3. All’esito delle operazioni di gara, infine, con determinazione del Direttore della Struttura Gestione Patromonio dell’A.O.U. “Ospedali Riuniti” di Foggia n. 240 del 1° febbraio 2016, comunicata con nota prot. n. 3/0636 del 3 febbraio 2016, la stazione appaltante ha infine aggiudicato in via definitiva in favore di Medisan Sud s.r.l. la gara per la fornitura in service di pompe e relativo materiale di consumo per terapie infusionali e per nutrizione parenterale.

1.4. La odierna appellante, Hospira Italia s.r.l., ha impugnato avanti al T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, tale determinazione, in una con i presupposti atti di gara, con ricorso articolato in distinte quattro censure, e ne ha chiesto, previa sospensione, l’annullamento, con conseguente aggiudicazione della gara o, in subordine, con

1.5. Si è costituita nel primo grado di giudizio l’ASL BT, eccependo il proprio difetto di legittimazione passiva in ragione della sua estraneità alla vicenda procedimentale in oggetto, avendo la stessa aderito in ambito regionale all’unione di acquisto e conferito mandato agli Ospedali Riuniti per lo svolgimento di tutte le operazioni di gara.

1.6. Si sono costituiti altresì, nel primo grado di giudizio, anche l’Azienda Ospedaliera e la controinteressata, Medisan Sud s.r.l., per resistere al ricorso, di cui hanno chiesto la reiezione.

1.7. Il T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, con la sentenza n. 784 del 16 giugno 2016, ha respinto il ricorso e ha condannato la ricorrente alla rifusione delle spese di lite.

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello Hospira Italia s.r.l., articolando tre distinti motivi di censura che saranno di seguito esaminati, e ne ha chiesto la riforma, con conseguente annullamento dell’aggiudicazione disposta in favore di Medisan Sud s.r.l., declaratoria di inefficacia del contratto con questa stipulato e subentro, nello stesso, di Hospira Italia s.r.l., ricorrendone i presupposti di cui all’art. 122 c.p.a.

2.1. Si sono costituiti l’Azienda Ospedaliero Universitaria e l’aggiudicataria Medisan Sud s.r.l., entrambe per resistere all’appello, di cui hanno chiesto la reiezione.

2.2. Nella pubblica udienza del 23 marzo 2017 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

3. L’appello di Hospira Italia s.r.l. è infondato e va respinto.

4. Con il primo motivo (pp. 6-15 del ricorso) l’odierna appellante lamenta l’erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha respinto il secondo motivo dell’originario ricorso, incentrato sulla violazione e/o sulla falsa applicazione dell’art. 2 del disciplinare tecnico, che individua le caratteristiche tecniche minime che devono essere possedute dai prodotti offerti, nonché sull’art. 68 del d. lgs. n. 163 del 2006 e sugli artt. 5.1 e 6 del disciplinare di gara.

4.1. In tale doglianza la ricorrente in prime cure aveva contestato l’ammissione di Medisan Sud s.r.l. in gara:

a) in quanto le prolunghe da essa offerte per le voci 8, 9 e 10 non posseggono una caratteristica essenziale prescritta dal disciplinare tecnico a pena di esclusione e, cioè, la valvola di non ritorno (cfr. pp. 8-9 del disciplinare tecnico), poiché il dispositivo in questione è pacificamente presente solo sul deflussore principale del prodotto offerto da Medisan Sud s.r.l.;

b) in ogni caso, in ragione del fatto che la controinteressata non avesse presentato una dichiarazione di equivalenza, ai sensi dell’art. 68, comma 6, del d. lgs. n. 163 del 2006, né avesse dimostrato in offerta che la presenza della valvola di non ritorno sul solo deflussore principale, anziché sulla prolunga, fosse in grado di assicurare un risultato equivalente a quello richiesto dalla lex specialis, come invece prescritto dall’art. 6 del disciplinare di gara.

4.2. Il primo giudice, recependo le argomentazioni difensive dell’Amministrazione, ha ritenuto che la caratteristica richiesta dal disciplinare è costituita dalla presenza della valvola nel dispositivo considerato nel suo complesso, sicché il mero posizionamento della stessa sulla prolunga, come nel dispositivo offerto da Medisan Sud s.r.l., «non comporta una diversa soluzione funzionale né connota diversamente il set complessivo» (pp. 9-10 della sentenza impugnata).

4.3. Tale argomentazione è stata condivisa dal T.A.R. per la Puglia perché supportata dalle stesse operazioni di gara, posto che la Commissione ha proceduto per entrambi i dispositivi a verificare il funzionamento della valvola, come dai verbali depositati.

4.4. Non trattandosi pertanto di soluzioni alterative, secondo la sentenza impugnata, del tutto inconferente sarebbe il richiamo di Hospira Italia s.r.l. all’art. 68 del d. lgs. n. 163 del 2006 e alla necessità di una preventiva separata dichiarazione di equivalenza da parte della controinteressata Medisan Sud s.r.l.

4.5. Il T.A.R. per la Puglia è così pervenuto a respingere il secondo motivo dell’originario ricorso, avendo la stazione appaltante osservando il medesimo criterio per entrambe le imprese (p. 10 della sentenza impugnata).

4.6. L’appellante contesta tali argomentazioni ed osserva, in senso critico, che esse dimostrerebbero come il primo giudice non abbia minimamente compreso l’oggetto della doglianza articolata e, soprattutto, il contenuto della lex specialis.

4.7. L’oggetto della censura non atteneva, invero, al funzionamento del dispositivo offerto dalla controinteressata, bensì alla mancanza, in esso, di un requisito tecnologico fondamentale, prescritto a pena di esclusione dalla lex specialis.

4.8. Hospira Italia s.r.l. deduce, in particolare, di non avere mai contestato il funzionamento della valvola di non ritorno presente sul deflussore, bensì il fatto che tale valvola non fosse presente sulla prolunga, come era espressamente previsto dalla lex specialis.

4.9. Ciò che, a giudizio di Hospira Italia s.r.l., avrebbe dovuto indurre la stazione appaltante alla necessaria esclusione di Medisan Sud s.r.l. dalla gara.

4.10. Il disciplinare tecnico, alle pp. 8-9, disponeva in modo chiaro che le prolunghe avrebbero dovuto essere dotate, tra l’altro, di valvola di non ritorno.

4.11. Tale valvola serve per evitare pericolosi rischi di errata miscelazione dei farmaci antiblastici, antiblastici fotosensibili e fotosensibili-taxani che, tramite le prolunghe medesime, devono essere somministrati ai pazienti, sicché l’imprescindibilità della presenza di un simile dispositivo di sicurezza ai fini dell’ammissione alla gara risulterebbe evidente.

4.12. Invece, come emerge anche dalle difese dell’Amministrazione resistente in prime cure, tutti i set offerti da Medisan Sud s.r.l. per le suddette voci, contraddistinti dai nn. di riferimento 76.4853 (Voce 8), 76.4886 (Voce 9) e 76.4889 (Voce 10), possiedono semplicemente una «valvola aperto/chiuso che si apre quando si connette la siringa e si chiude quando viene disconnessa» e, cioè, un dispositivo del tutto differente rispetto alla valvola di non ritorno, che serve esclusivamente per soddisfare il diverso requisito, parimenti prescritto a pena di esclusione dal disciplinare tecnico, di consentire l’«accesso senz’aghi per l’inserimento del farmaco nel flacone/sacca».

4.13. La valvola di non ritorno, invece, è presente solo sul deflussore principale del dispositivo offerto da Medisan Sud s.r.l.

4.14. Il primo giudice avrebbe singolarmente ritenuto, in adesione alla tesi sostenuta dalla stazione appaltante, che la sopra richiamata previsione della lex specialis doveva interpretarsi nel senso di imporre la presenza della valvola in questione sul dispositivo complessivamente considerato, essendo indifferente il suo posizionamento.

4.15. Ma tale interpretazione sarebbe inaccettabile, secondo Hospira Italia s.r.l., perché verrebbe a modificare illegittimamente ex post la disciplinare di gara.

4.16. La sentenza impugnata, d’altro canto, meriterebbe riforma anche laddove ha ritenuto inconferente il richiamo all’art. 68 del d. lgs. n. 163 del 2006.

4.17. Una volta emersa la differenza oggettivamente esistente tra il prodotto offerto dall’aggiudicataria e le prescrizioni della lex specialis, infatti, la Commissione di gara non avrebbe motu proprio ritenere che la presenza della valvola di non ritorno sul solo deflussore principale, al quale va collegata la prolunga, fosse sufficiente per assicurare un risultato equivalente a quello richiesto tramite la specifica introdotta dal disciplinare tecnico.

4.18. Quand’anche volesse ritenersi che ciò sia vero – e così non è, secondo l’appellante, a cagione della oggettiva diversità tecnica dei due sistemi e «della maggiore sicurezza che la presenza della valvola di non ritorno sulla prolunga è in grado di assicurare» (p. 12 del ricorso) – avrebbe dovuto essere Medisan Sud s.r.l. a dimostrare, nella presentazione dell’offerta, l’equivalenza, segnalandolo, ai sensi dell’art. 6 del disciplinare di gara, con separata dichiarazione allegata all’offerta.

4.19. Ma Medisan Sud s.r.l., al contrario, non ha presentato alcuna dichiarazione di equivalenza, ai sensi dell’art. 68, comma 6, del d. lgs. n. 163 del 2006, né ha dimostrato in offerta che la presenza della valvola di non ritorno sul solo deflussore principale, anziché sulla prolunga, fosse in grado di assicurare un risultato equivalente a quello richiesto dalla lex specialis.

4.20. In applicazione delle previsioni di cui all’art. 68 del d. lgs. n. 163 del 2006 e del fondamentale principio di par condicio tra i partecipanti, in conclusione, doveva essere Medisan Sud s.r.l. a dimostrare l’effettiva equivalenza del prodotto offerto rispetto a quello diverso richiesto dalla lex specialis, non potendo la Commissione di gara sostituirsi in questa operazione al concorrente rimasto inerte.

4.21. La tesi dell’appellante, pur suggestiva, non merita accoglimento.

4.22. Nei sistemi prodotti dal gruppo Codan, quali sono quelli offerti da Medisan Sud s.r.l., le cc.dd. valvole di non ritorno sono incorporate nei deflussori anziché nei set di connessione.

4.23. Tale configurazione, pur rendendo il prodotto più oneroso, ne assicura tuttavia una resa qualitativa non diversa per la ragione che la valvola di non ritorno, più vicina alla linea principale, consente un’azione di risciacquo rapida ed efficace analoga, se non superiore, all’altra tipologia di prodotto.

4.24. Gli operatori del settore, comunque, sanno bene che entrambe le tipologie di prodotto – quelle con le valvole incorporate sui deflussori e quelle con le valvole incorporate sulla prolunga – sono disponibili sul mercato, con identica funzionalità tecnica, ed entrambe infatti sono comunemente e indifferentemente accettate nelle gare di appalto come quella di cui si controverte.

4.25. La piena rispondenza del prodotto offerto da Medisan Sud s.r.l. alle prescrizioni di gara, non a caso, è stata accertata dalla Commissione di gara nelle riunioni riservate dell’11 novembre 2015 e del 14 dicembre 2015 (verbali n. 3 e n. 5, docc. 7 e 9 fasc. parte ricorrente in primo grado), come ha opportunamente ricordato il primo giudice, e l’esito di tali operazioni preliminari, dopo l’accurata verifica delle caratteristiche della valvola rispetto al mantenimento del circuito chiuso, è stato favorevole per Medisan Sud s.r.l.

4.26. Le risultanze dei verbali di gara non sono state, sul punto, minimamente contestate dalla stessa appellante, che anche in questa sede continua ad invocare l’essenzialità della presenza della valvola sulla prolunga anziché, come è nel prodotto presentato dall’aggiudicataria, sul deflussore principale.

4.27. Ma la tesi dell’appellante non può essere seguita nemmeno sul punto perché il posizionamento della valvola sulle prolunghe non era elemento essenziale dell’offerta, a differenza di quanto essa sostiene, giacché Hospira Italia s.r.l. non ha dimostrato affatto che il posizionamento sulle prolunghe costituisse una indicazione di minima tale da incidere sulla funzionalità del prodotto e da renderlo inidoneo alla funzionalità richiesta.

4.28. Vano è invocare il mero dato letterale del capitolato tecnico, alle pp. 8-9, quando non si è offerta alcuna dimostrazione che il differente posizionamento della valvola di non ritorno sul deflussore principale renderebbe il prodotto di Hospira Italia s.r.l. incomparabilmente diverso da quello richiesto dal capitolato.

4.29. Non vi è dubbio che tale prodotto possedesse la valvola di non ritorno, benché posizionata sul deflussore principale, e che tale differente posizionamento non abbia inciso sulla sua funzionalità, come la Commissione di gara ha acclarato con apposite verifiche il cui esito è rimasto incontestato dalla stessa appellante.

4.30. Non il posizionamento in sé della valvola di non ritorno sulle prolunghe, dunque, ma la sua presenza era la caratteristica minima essenziale prevista dal disciplinare tecnico, che ha fatto riferimento alle prolunghe solo per la circostanza, ben nota ad un operatore del settore come Hospira Italia s.r.l., che queste possono trovarsi, nei prodotti sul mercato, tanto sul deflussore principale quanto, e almeno, sulla prolunga.

4.31. La previsione del disciplinare tecnico, in questo senso, è stata correttamente interpretata dal T.A.R. per la Puglia e deve essere correttamente interpretata ispirandosi al criterio della massima apertura alla concorrenza e non già secondo una angusta, restrittiva, formalistica, anticoncorrenziale lettura della lex specialis che svilisce il senso delle sue previsioni, intese a prevedere solo, come detto, l’essenziale presenza della valvola di non ritorno e non già del suo posizionamento.

4.32. Di qui, per le ragioni esposte, la reiezione del motivo, non ravvisandosi, peraltro, alcuna violazione dell’art. 68 del d. lgs. n. 163 del 2006 nella mancata dimostrazione, da parte dell’aggiudicataria, di una equivalenza rapportata ad una caratteristica non essenziale dell’offerta, la cui rispondenza in tutto e per tutto alle previsioni del capitolato speciale, quanto al mantenimento del circuito chiuso, era stata accuratamente verificata, con esito positivo, dalla Commissione di gara.

5. Con il secondo motivo (pp. 15-19 del ricorso) l’odierna appellante intende dimostrare, anche attraverso delle esemplificazioni grafiche delle schede tecniche dei prodotti offerti da Medisan Sud s.r.l. (pp. 17-18 del ricorso), che la sentenza impugnata avrebbe errato, respingendo il terzo motivo dell’originario ricorso, nel ritenere che i dispositivi offerti dall’aggiudicataria soddisfacessero i requisiti minimi richiesti dal disciplinare tecnico quanto alla voce 1, deflussore sterile monouso per infusione tramite pompa di farmaci e lipidi, e quanto alla voce 2, deflussore sterile monouso per infusione tramite pompa di farmaci incompatibili per il PVC, quando invece tali deflussori non disporrebbero della richiesta seconda via con attacco luer-lock.

5.1. Un simile assunto, secondo il primo giudice, è smentito dalla stessa scheda tecnica del prodotto (p. 10 della sentenza impugnata).

5.2. Hospira Italia s.r.l. contesta tale motivazione e, riproducendo appunto – come accennato – le schede tecniche dei prodotti offerti da Medisan Sud s.r.l., deduce che su entrambi i deflussori sarebbe presente un solo attacco luer-lock, denominato nella scheda stessa “Adattatore LL senz’ago SWAN LOCK”.

5.3. Il deflussore offerto dall’aggiudicataria, secondo l’appellante, soddisferebbe solo il requisito minimo di essere dotato di «tubo trasparente dotato di punto di iniezione a Y distale per somministrazioni in bolo o come accesso di emergenza», ma non quello di avere una seconda via con attacco luer-lock.

5.4. Contrariamente a quanto ha ritenuto il T.A.R. per la Puglia, dunque, il prodotto offerto da Medisan Sud s.r.l. non soddisferebbe, neppure sotto questo profilo, i requisiti tecnici minimi prescritti a pena di esclusione dal disciplinare tecnico.

5.5. Ciò avrebbe determinato anche una rilevante distorsione del confronto concorrenziale in sede di gara per la ragione che i deflussori a singola via presentano costi decisamente inferiori rispetto al deflussore richiesto dalla lex specialis, sicché Medisan Sud s.r.l. ha potuto offrire un prodotto a prezzo più basso rispetto ad Hospira Italia s.r.l., che pure nel proprio listino ha soluzioni analoghe a quelle proposte dalla controinteressata e, cioè, a singola via e senza una seconda via con attacco luer-lock.

5.6. La censura è anch’essa destituita di fondamento.

5.7. Il dispositivo della casa produttrice Codan, infatti, è strutturato in modo tale che l’accesso principale (c.d. prima via) viene inserito nel contenitore del farmaco, attraverso il perforatore (c.d. spike), mentre il secondo accesso – appunto la c.d. seconda via con attacco luer-lock – avviene in presenza dell’adattatore senza ago (indicato, come visto, con “Adattatore LL senz’ago SWAN LOCK” nella scheda tecnica).

5.8. La presenza della c.d. seconda via – dato, questo, fondamentale, del tutto taciuto dall’appellante – è stata accertata del resto, anche per tale aspetto, accertata dalla Commissione di gara nel già citato verbale n. 5 del 14 dicembre 2015 (doc. 9 fasc. parte ricorrente in primo grado), con puntuale verifica il cui esito positivo, anche in questo caso, non è stato minimamente contestato dall’appellante, anche ai sensi e per gli effetti dell’art. 64, comma 2, c.p.a.

6. Infine, con il terzo motivo (20-23 del ricorso), l’odierna appellante deduce l’erroneità della sentenza impugnata laddove, respingendo il quarto motivo dell’originario ricorso, ha ritenuto che l’Azienda Ospedaliero Universitaria non avesse violato l’art. 82 del d. lgs. n. 163 del 2006 a cagione della forte sproporzione di punteggio tra la fornitura, in regime di somministrazione, dei materiali di consumo, alla quale andavano 80 punti su 100, e il noleggio delle pompe da infusioni, al quale sono stati riconosciuti solo 20 punti su 100.

6.1. Il disciplinare di gara, deduce l’appellante, ha trattato separatamente le due componenti dell’offerta ai fini della valutazione economica e, con una forte sproporzione di punteggio tra queste che non rispecchierebbe nemmeno il loro effettivo peso economico sul valore complessivo dell’appalto, ha consentito che l’aggiudicazione fosse disposta in favore di un’offerta che non è complessivamente più bassa.

6.2. Una simile ripartizione del punteggio si porrebbe in contrasto con il criterio del prezzo più basso, di cui all’art. 82 citato, perché avrebbe consentito a Medisan Sud s.r.l., che ha presentato un’offerta complessiva pari ad € 781.457,71, di aggiudicarsi la gara a dispetto di Hospira Italia s.r.l., che ha presentato un’offerta complessiva pari ad € 673.942,50.

6.3. Non è in discussione, precisa Hospira Italia s.r.l., la scelta in sé di suddividere l’offerta economica in due distinte voci di prezzo ovvero di attribuire loro un peso diverso, data la diversa incidenza economica nell’appalto.

6.4. Si contesta invece, da parte dell’appellante, l’irragionevolezza derivante dalla forte sproporzione di punteggio tra le due componenti dell’offerta, neppure coerente con il loro effettivo peso economico sul valore complessivo dell’appalto, che ha condotto ad aggiudicare l’appalto all’offerta complessivamente più alta.

6.5. Il primo giudice – dopo aver evidenziato, come ora meglio si dirà, che la ricorrente aveva l’onere di impugnare immediatamente la clausola della lex specialis qui contestata – ha ritenuto, nel disattendere la censura, che il criterio di calcolo assunto dall’Amministrazione sarebbe legittimo perché inteso a premiare l’impresa concorrente che ha offerto un ribasso maggiore sulla parte di fornitura che rappresenta il più alto impegno economico per l’Amministrazione (p. 11 della sentenza impugnata) e, cioè, quella relativa alla somministrazione dei materiali di consumo.

6.6. L’appellante oppugna siffatta argomentazione perché sostiene, al contrario, che una tale finalità avrebbe potuto giustificare la scelta operata dalla stazione appaltante se si fosse, per tale via, conseguito un risparmio e non già, come infine è avvenuto, se si fosse premiata una offerta economica complessiva più onerosa, come quella di Medisan Sud s.r.l.

6.7. Il motivo deve essere dichiarato inammissibile.

6.8. L’appellante non ha impugnato la sentenza nella parte – v. sempre p. 11 – in cui, seppure in forma alquanto sintetica, ha comunque evidenziato che non era stato assolto dalla ricorrente l’onere di immediata impugnazione del bando laddove avrebbe reso illogico il calcolo di convenienza economica da parte delle concorrenti.

6.9. La censura qui in esame, inizialmente proposta in via subordinata con il quarto motivo del ricorso originario, doveva essere proposta immediatamente contro la previsione della legge di gara in ipotesi violativa dell’art. 82 del d. lgs. n. 163 del 2006, nei termini di cui si è detto, per la sua natura immediatamente lesiva dell’interesse della ricorrente a proporre un’offerta ponderata e competitiva sul piano economico.

6.10. Hospira Italia s.r.l. non può legittimamente dolersene, secundum eventum, a gara ormai conclusa ed aggiudicata ad altra concorrente.

6.11. La previsione del disciplinare di gara infatti, proprio per il tenore della censura e indipendentemente dall’esito della gara, appariva immediatamente lesiva per la ricorrente, che proprio in base alla sua stessa prospettazione sarebbe stata costretta dalla legge di gara a formulare una offerta asseritamente illogica sul piano della convenienza economica oltre che, come deduce l’appellante (p. 20 del ricorso), asseritamente irragionevole e illogica, per la stessa stazione appaltante, anche rispetto al dichiarato intento di configurare a lotto unico indivisibile.

6.12. Occorre al riguardo rammentare, infatti, che l’onere di impugnare immediatamente le previsioni della legge di gara non concerne solo quelle in senso classico “escludenti”, che prevedono requisiti soggetti di partecipazione (Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1), ma anche le clausole afferenti alla formulazione dell’offerta, sia sul piano tecnico che economico, laddove esse rendano (realmente) impossibile la presentazione di una offerta (v., ex plurimis, Cons. St., sez. IV, 11 ottobre 2016, n. 4180).

6.13. La più recente giurisprudenza segue ormai fermamente tale linea interpretativa (Cons. St., sez. III, 2 febbraio 2015, n. 491) e, nel tentativo di enucleare le ipotesi in cui tale evenienza può verificarsi, ha a più riprese puntualizzato che, tra le altre, tali sono:

a) le regole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (v., in particolare, Cons. St., sez. IV, 7novembre 2012, n. 5671);

b) le previsioni che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così, del resto, la già citata pronuncia n. 1 del 29 gennaio 2003 dell’Adunanza plenaria);

c) le disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell’offerta (cfr. Cons. St., sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);

d) le condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. St., sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135);

e) l’imposizione di obblighi contra ius (come, ad esempio, la cauzione definitiva pari all’intero importo dell’appalto: Cons. St., sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) le gravi carenze nell’indicazione di dati essenziali per la formulazione dell’offerta (quelli relativi, exempli gratia, al numero, alle qualifiche, alle mansioni, ai livelli retributivi e all’anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall’aggiudicatario) ovvero la presenza di formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di “0” punti);

g) gli atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza “non soggetti a ribasso” (cfr. Cons. St., sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421).

6.14. Le rimanenti tipologie di clausole asseritamente ritenute lesive devono essere impugnate insieme con l’atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282) e postulano la preventiva partecipazione alla gara.

6.15. Non occorre aggiungere altro per comprendere che l’odierna appellante avrebbe dovuto impugnare immediatamente, come il primo giudice ha rilevato in limine litis, la previsione qui contestata che rendeva, a suo dire, ragionevolmente impossibile la formulazione di un’offerta economica seria, ponderata, logica e coerente con il principio del prezzo complessivamente più basso.

6.16. Il non avere l’appellante stessa contestato specificamente il pur sintetico rilievo del T.A.R. rende il motivo qui disaminato inammissibile per difetto di interesse, restando precluso al Collegio l’esame di esso nel merito.

7. In conclusione, per i motivi esposti, l’appello deve in parte dichiarato inammissibile e in parte deve essere respinto, secondo le ragioni sopra esposte, con piena conferma della sentenza impugnata.

8. La complessità tecnica della controversia giustifica comunque l’integrale compensazione, tra le parti, delle spese inerenti al presente grado di giudizio.

8.1. Rimane definitivamente a carico dell’odierna appellante il contributo unificato richiesto per la proposizione del gravame.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto da Hospira Italia s.r.l., lo dichiara in parte inammissibile e in parte lo respinge, ai sensi di cui in motivazione, e per l’effetto conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Pone definitivamente a carico di Hospira Italia s.r.l. il contributo unificato richiesto per la proposizione dell’appello.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 23 marzo 2017, con l’intervento dei magistrati:

Franco Frattini, Presidente

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

N. 01692/2017REG.PROV.COLL.
N. 07310/2016 REG.RIC.

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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 7310 del 2016, proposto dalla Commissione nazionale per le società e la borsa-Consob, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Salvatore Providenti C.F. PRVSVT63R24F158N, Gianfranco Randisi C.F. RNDGFR65L23F158W, Stefania Lopatriello C.F. LPTSFN72R47G712Y, con domicilio eletto presso la Consob in Roma, Via G.B. Martini, n. 3;
contro
Bluebell Partners Limited, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Domenico Ielo C.F. LIEDNC69P07F158P, con domicilio eletto presso lo studio Erede, Pappalardo, Bonelli in Roma, Via Salaria, n. 259;
nei confronti di
Finmeccanica s.p.a., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Carlo Malinconico C.F. MLNCRL50E31H501L, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, n. 284;
Hitachi Rail Italy Investments s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Antonio Lirosi C.F. LRSNTN61E04G288P, Raimondo Premonte C.F. PRMRND68M14H501T, Marco Martinelli C.F. MRTMRC75L23H501W, Ilaria Giulia Monorchio C.F. MNRLGL74E56H224T, con domicilio eletto presso Cappelli & Partners Studio Gianni, Origoni, Grippo in Roma, Via delle Quattro Fontane, n. 20;
per la riforma
della sentenza del T.A.R. LAZIO - ROMA: SEZIONE II QUA n. 06954/2016, resa tra le parti, concernente diniego di accesso documenti amministrativi relativi a procedura di determinazione prezzo di offerta pubblica di acquisto;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio delle Bluebell Partners Limited, Finmeccanica s.p.a. e Hitachi Rail Italy Investments s.r.l.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2017 il Cons. Italo Volpe e uditi per le parti gli avvocati Stefania Lopatriello, Gianfranco Randisi, Domenico Ielo, Antonio Lirosi, Andrea Falzone in dichiarata delega dell'avv. Carlo Malinconico;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Col ricorso in epigrafe la Commissione nazionale per le società e la borsa (di seguito “Consob”) ha impugnato, per l’annullamento, la sentenza del Tar Lazio, Roma, n. 6954/2016, pubblicata il 16.6.2016, che, dichiarato improcedibile il ricorso principale e accolti i motivi aggiunti, nel contraddittorio con Finmeccanica s.p.a. (di seguito “Finmeccanica”) e con Hitachi Rail Italy Investments s.r.l. (di seguito “HRII”), le ha ordinato l’esibizione dei documenti chiesti in accesso il 9.12.2015 e il 10.2.2016 dalla Bluebell Partners Limited (di seguito “Bluebell”), dopo che quest’ultima s’era doluta di una comunicazione Consob di differimento di accesso dell’8.1.2016 e del successivo diniego definitivo del 3.3.2016.
1.1. Circa i fatti antecedenti, l’appellante ricorda che:
- l’11.11.2015 Bluebell, quale azionista di minoranza di Ansaldo STS, con azioni negoziate in MTA, le aveva presentato – ai sensi degli artt. 106, co. 3, lett. d), del d.lgs. n. 58/1998, e successive modificazioni (“di seguito “TUF”), e 47-sexies del relativo regolamento di attuazione concernente la disciplina degli emittenti, adottato dalla Consob con delibera n. 11971 del 14 maggio 1999, e successive modificazioni, (di seguito “regolamento”) – un’istanza per l’aumento del prezzo dell'offerta pubblica obbligatoria promossa da Hitachi sulla totalità delle azioni della Ansaldo STS;
- la Consob, in accoglimento della domanda, aveva con delibera n. 19507 del 3.2.2016 rettificato in aumento (da euro 9,50 ad euro 9,899) il prezzo dell’offerta pubblica di acquisto (di seguito “OPA”);
- nel corso del relativo procedimento Bluebell ha fatto una prima istanza di accesso, accolta dalla Consob con l’ostensione dei documenti contenuti al momento nel fascicolo istruttorio, tranne la corrispondenza con l’istante;
- ad una nuova domanda di Bluebell del 9.12.2015 è stato risposto che l'accesso non sarebbe stato concesso fino all'adozione della decisione conclusiva sull’istanza di rialzo del prezzo dell’OPA;
- nel corso del giudizio di primo grado che n’era seguito Bluebell ha rinnovato il 10.2.2016 la domanda di accesso alla stessa documentazione, dato che ormai la Consob aveva chiuso il procedimento di rialzo del prezzo, ma questa volta l’accesso è stato negato per eventi sopravvenuti e per le conseguenti valutazioni circa il fatto che: a) alcuni documenti trasmessi da HRII e da Finmeccanica non erano a fondamento della decisione finale della Commissione e quindi non v’era interesse all’ostensione e b) permanevano le esigenze di riservatezza rappresentate da tali società circa i documenti da esse trasmessi;
- il 15.3.2016 Bluebell ha proposto ricorso avverso la delibera Consob del 3.2.2016 di rialzo del prezzo, “limitatamente alla parte in cui ha rettificato in aumento il prezzo dell'offerta pubblica di acquisto obbligatoria promossa da Hitachi Rail Italy Investment s.r.l. (…)a euro 9,899 per ciascuna azione emessa da Ansaldo STS S.p.A.”, sostenendo l’inadeguatezza del corrispettivo così determinato (reputato inferiore a quello effettivamente riconosciuto al venditore della partecipazione dall’offerente);
- nell'ambito del giudizio di accesso già instaurato, Bluebell ha proposto motivi aggiunti avverso il diniego definitivo di accesso.
1.2. La Consob si duole della sentenza di primo grado che, dichiarato improcedibile il ricorso principale per la sopravvenuta carenza d’interesse dovuta all’intervenuto diniego definitivo di accesso, ha deciso sui motivi aggiunti nei termini predetti sostenendo in sintesi che:
- quanto al fatto che alcuni documenti pretesi non sarebbero stati alla base della decisione finale della Consob, la valutazione di rilevanza e pertinenza delle informazioni cercate, soprattutto nell'accesso c.d. defensionale, “è affidata al richiedente l'accesso, il quale rimane arbitro di decidere la propria strategia difensiva, extra processuale e processuale”, senza poi contare che il richiedente potrebbe anche all’occorrenza contestare la stessa circostanza dell’asserita non pertinenza della documentazione chiesta col provvedimento definitivo che la parte reputa lesivo;
- quanto alle esigenze di riservatezza dei terzi, prevarrebbe comunque, ormai, l’accesso c.d. defensionale;
- quanto all’opposto segreto d’ufficio di cui all’art. 4, co. 10, del TUF, il tema della prevalenza dell’interesse all’accesso è già stato risolto da C. Cost. nn. 460/2000 e 32/2005, con un orientamento estensibile ad un procedimento quale quello di aumento del prezzo di un’OPA, da qualificarsi come “procedimento di controllo a carattere contenzioso” nel cui ambito la posizione dell'istante “deve essere considerata a tutti gli effetti una posizione giuridica che si fonda in ultima analisi su un diritto soggettivo meritevole di piena e preminente considerazione nel necessario bilanciamento degli interessi che viene in gioco in questa materia”.
1.3. L’appello si fonda sui seguenti motivi:
a) violazione degli artt. 22, co. 1, lett. b), e 24, co. 1 e 6, lett. d), della l.n. 241/1990 e dell'art. 4, co. 10, del TUF - legittimità della prima motivazione posta a fondamento del diniego di accesso.
b) violazione dell'art. 24, co. 6, lett. d), e 7, della l.n. 241/1990 - legittimità della seconda motivazione posta a fondamento del diniego di accesso.
c) violazione e falsa applicazione dell'art. 24, co. 1 e 7, della l.n. 241/1990, e dell’art. 4, co. 10, del TUF nell'interpretazione datane dalla Corte Costituzionale, nonché dell'art. 24 della l.n. 262/2005 - legittimità del diniego di accesso per sussistenza del segreto d'ufficio sugli atti di vigilanza della Consob.
d) violazione degli artt. 22, co. 1, lett. b), e 24, co. 1, della l.n. 241/1990 e dell'art. 4, co. 10, del TUF, sotto ulteriore profilo - irrilevanza per la soluzione della causa della posizione sostanziale di azionista di minoranza del soggetto richiedente.
Queste, al nocciolo, le loro ragioni, ad avviso di parte:
a.1) è del tutto erroneo l’orientamento di primo grado che poggia sull’assunto di una tale estensione del diritto di accesso da permettere, con esso, di arrivare a conoscere anche atti non posti a base dei provvedimenti che non soddisfano coloro che, per questo, puntano alla conoscenza anche di atti estranei. L’orientamento scardina un necessario equilibrio fra contrapposti interessi giacchè, ad accesso soddisfatto, l’eventuale valutazione di non rilevanza e pertinenza della documentazione (comunque voluta) giungerebbe tardi, quando ormai sono lesi gli opposti interessi sacrificati in nome dell’ostensione. Meglio allora affermare che sia sempre il giudice a dirimere preventivamente, nel concreto dei singoli casi di specie, gli opposti argomenti circa la rilevanza e pertinenza della documentazione pretesa;
b.1) ha errato il Giudice di primo grado quando, dopo aver comunque avuto uno scrupolo in ordine alla rilevanza dell’eccepito tema della riservatezza (affermando che essa “nella specie acquisisce connotati di particolare delicatezza”, giacchè “I documenti in questione contengono infatti dati di natura industriale/commerciale e informazioni relative al business delle società odierne controinteressate”), se n’è disfatto senza alcuna valutazione comparativa con le esigenze difensive anteposte dal richiedente, affermando la prevalenza di queste ultime acriticamente ed immotivatamente;
c.1) è erronea l’assimilazione compiuta in primo grado tra procedimenti disciplinari (a valenza sanzionatoria) – in ordine ai quali la Corte Costituzionale ha potuto compiere le note valutazioni richiamate nella sentenza impugnata – ed un procedimento quale quello in relazione al quale, nella fattispecie, è scaturito l’interesse all’accesso. Gli assunti del Tar sono erronei perché vanno oltre i confini segnati in argomento dal Giudice delle leggi e comunque ne tradiscono la loro ratio. Gli stessi, poi, travalicano anche i confini tracciati dal Consiglio di Stato con la sentenza di questa Sezione n. 3003/2016;
d.1) non è infine condivisibile la valorizzazione compiuta dal Tar (in termini peraltro incerti quanto al loro effettivo grado di risolutività nella soluzione del caso di specie) della posizione sostanziale di un’azionista di minoranza, a prescindere dalla sua peculiare posizione di parte in un processo volto a contestare la decisione della Consob in ordine all’aumento del prezzo dell'OPA e semmai di parte, in qualità di istante, del relativo procedimento amministrativo. Le parole usate al riguardo dal Giudice di primo grado sono tali da poter aprire la strada, in un anelito di conoscenza, anche ad azionisti di minoranza che, a differenza di quello del caso in discussione, non sono stati invece parti del predetto procedimento di aumento del prezzo. Ad avviso di parte è per questo comunque opportuno, adesso, un chiarimento.
2. Anch’esse insoddisfatte della decisione di primo grado, pur se per profili diversi, Bluebell, HRII e Finmeccanica hanno proposto appelli incidentali.
2.1. L’appello incidentale Bluebell si articola in sostanza così:
A) riproposizione delle eccezioni o domande assorbite o non esaminate in primo grado;
B) domanda incidentale di annullamento della sentenza criticata nella parte di declaratoria di improcedibilità del ricorso principale avverso il provvedimento di differimento dell’accesso;
C) argomenti per l’infondatezza dell’appello principale.
2.1.1. Quanto ad A), antepone la parte dettagli in fatto secondo i quali:
- HRII ha sottoscritto un contratto per l'acquisto da Finmeccanica del 40 per cento delle azioni del capitale di Ansaldo STS (di seguito “STS”) e del 100 per cento delle azioni di Ansaldo Breda;
- per effetto dell'acquisto della partecipazione in STS, HRII aveva l’obbligo di lanciare un’OPA sulla totalità delle azioni di STS, nell’ambito della quale il prezzo d’OPA corrisponde al prezzo più elevato pagato da HRII per acquisire la partecipazione in STS (ossia, secondo quanto dichiarato da HRII, euro 9,50 per azione);
- Bluebell, azionista di minoranza della società target dell’OPA:
-- ha proposto a Consob un’istanza di accertamento della collusione del prezzo e di conseguente rettifica in aumento del prezzo di acquisto;
-- ha presentato, poi, un’istanza di accesso per ottenere copia dei documenti relativi a tale procedura;
- Consob ha deciso il differimento dell’accesso (fino alla chiusura del procedimento di rialzo del prezzo), che ha generato l’avvio del giudizio di primo grado;
- Consob poi:
-- ha accertato (grazie al procedimento di rialzo del prezzo) una collusione fra HRII e Finmeccanica, tesa a riconoscere al venditore un corrispettivo più elevato rispetto a quello dichiarato dall’offerente;
-- ha negato la richiesta di Bluebell di quantificare l’effetto della collusione in 450 meuro, cui sarebbe corrisposto un aumento del prezzo OPA di circa euro 5,5;
- a suo avviso, l’accesso è strumentale a coltivare il contenzioso da essa già proposto contro la chiusura, nei termini detti, del procedimento di rialzo del prezzo;
- è quindi sopravvenuto il definitivo diniego di accesso (nel contesto fenomenico già sopra riassunto).
In diritto, la parte ripropone dunque le sue censure di:
a) prima motivazione del differimento e primo motivo aggiunto avverso il diniego successivo: violazione per falsa applicazione dell’art. 25, co. 3, per mancata applicazione dell’art 24, co. 7, della l.n. 241/1990, per falsa applicazione dell'art. 60 del d.lgs. n. 196/2013.
E’ fallace ritenere giustificato il differimento d’accesso con opposte esigenze di riservatezza, giacchè queste recedono di fronte all’esigenza di curare interessi individuali, rispetto ai quali l’accesso è strumentale. Invero, fuori da ipotesi di divieto assoluto ovvero di divieto relativo, tra le quali ultime si collocano quelle di divieto per ragioni di riservatezza, rispetto alle quali tuttavia prevale l’accesso a fini defensionali, l’accesso non può essere negato.
Questo bilanciamento tra opposti tiene pure dal punto di vista della privacy, anche rispetto alla quale prevale l’interesse che sostiene l’accesso c.d. defensionale, con l’unico limite per i c.d. dati supersensibili (salute e sfera sessale).
b) seconda motivazione del differimento: violazione degli artt. 22, co. 2, e 25, co. 3, della l.n. 241/1990 e dell'art. 1, co. 15, della l.n. 190/2012.
E’ sbagliato ritenere – come fatto da Consob – che l’accesso dovesse differirsi perché il procedimento di rialzo del prezzo non prevedeva una fase di contraddittorio con l’istante, in quanto:
- per un verso, i casi legittimi di differimento – in quanto derogatori rispetto alla regola dell’accessibilità – devono essere contemplati dalla legge, che non prevede proprio quello addotto dalla Consob;
- per altro verso, la fase di interlocuzione vi sarebbe potuta essere, a volerla in effetti trovare, utile potendo essere quella del preavviso di rigetto della domanda di accesso;
c) terza motivazione del differimento: violazione per falsa applicazione dell’art. 24, co. 1 e 6, della l.n. 241/1990. Eccesso di potere per contraddittorietà della motivazione.
Neppure valeva opporre esigenze di riservatezza proprie di Consob, perché, ove esse operano ostativamente rispetto all’accesso in modo legittimo, le stesse sono previste dalla legge o da un regolamento emanato in base alla legge. E la riservatezza opposta non rientra fra quelli previsti da tali fonti.
Comunque, chi acquisisce dati riservati, anche tramite accesso, è sottoposto dall’ordinamento a vincoli a fini di loro protezione non minori di chi produce o detiene originariamente quei dati;
d) quarta motivazione del differimento: violazione per mancata applicazione degli artt. 3 e 25, co. 3, della l.n. 241/1990 e dell'art. 9, co. 2, del d.P.R. n. 184/2006. Eccesso di potere per sviamento.
Per come si sono svolti i fatti, neppure tiene l’argomento della Consob secondo il quale l’organizzazione della mole dei dati che si sarebbero dovuti ostendere non si conciliava con i tempi stretti della procedura di rialzo del prezzo;
e) violazione degli artt. 24, 111 e 113 della Costituzione - violazione dell'art. 6 CEDU, nell’ambito della quale la parte si diffonde sul proprio legittimo interesse a tutelarsi sia in sede di procedimento di rialzo del prezzo sia in altre sedi;
f) primo motivo aggiunto: eccesso di potere per contraddittorietà ed irragionevolezza, per avere la Consob, col provvedimento di differimento, prima assentito all’accesso – solo differendone nel tempo l’attuazione – e poi negato lo stesso, per di più giustificandolo con lo stesso argomento che spiegava il differimento;
g) secondo motivo aggiunto: eccesso di potere per sviamento - violazione degli artt. 6 e 17 CEDU - violazione del principio della parità delle parti ai sensi dell'art. 11, co. 1, Cost. e art. 2 c.p.a. – violazione dell'art. 97, co. 2, della Costituzione - violazione degli artt. 3 e 12 del d.p.r n. 62/2013, per avere la Consob cambiato idea nel giro di poco (prima assentendo in modo differito e poi negando l’accesso) esclusivamente a causa del fatto che, nel frattempo, Bluebell era diventata sua controparte processuale relativamente all’atto di chiusura del procedimento di rialzo del prezzo. Il motivo vero del diniego, perciò, era diverso da quello formalmente espresso. Consob perciò ha abusato del suo potere pubblico solo per evitare conseguenze a se stessa sul piano processuale.
2.1.2. Quanto a B), la parte appella incidentalmente la sentenza di primo grado per avere essa – erroneamente a suo avviso – dichiarato l’improcedibilità del ricorso principale avverso l’atto di differimento, reputandolo un diniego temporaneo in attesa di rivalutazione e non piuttosto un atto di assenso all’accesso ma con esercizio differito nel tempo.
2.1.3. Quanto a C), la parte si dedica poi ad illustrare le ragioni, a suo avviso, di infondatezza dell’appello, essenzialmente quelle legate al principio secondo cui spetta esclusivamente al richiedente l’accesso – non all’Amministrazione che riceve la domanda – stabilire se i documenti pretesi sono pertinenti e rilevanti allo scopo di tutelare i propri interessi.
2.2. L’appello incidentale di HRII si articola in sostanza così:
a) error in iudicando sull’eccezione di inammissibilità del ricorso Bluebell per avere il Tar considerato che:
- con l’adozione del provvedimento Consob di chiusura del procedimento di rialzo del prezzo, tra l’altro aderendo alla tesi avversaria di un’intesa collusiva e disponendo conseguentemente il rialzo del predetto prezzo, era venuto meno l’interesse dell’avversaria a questionare ancora sull’accesso negato;
- in sede procedimentale la controparte aveva presentato ulteriori osservazioni il 21.12.2015, dopo l'istanza di accesso del 9.12.2015 per cui è causa, dimostrando di avere pienamente esercitato il suo diritto di partecipazione al procedimento;
- Bluebell ha proposto ricorso avverso il provvedimento di chiusura de procedimento di rialzo del prezzo, nell'ambito del quale il suo diritto di difesa era stato già pienamente esercitato.
In particolare, nel paragrafo 7 della sentenza il Tar ha ritenuto che i predetti profili di inammissibilità dovessero disattendersi in quanto “Bluebell fa valere una posizione volta a contestare il provvedimento sotto il profilo del quantum”, mentre, a dire del Giudice di primo grado, non risulterebbe provato “che essa non abbia la necessità di accedere alle ulteriori informazioni richieste a questo fine”. L’affermazione però non sarebbe corretta, ad avviso di HRII, giacchè Bluebell ha già pienamente esercitato il suo diritto di difesa soprattutto con riferimento al profilo del quantum, dando prova di possedere tutte le informazioni e i documenti necessari per la tutela della sua posizione (che altrimenti sarebbe stata incardinata solo “al buio”);
b) error in iudicando sull’eccezione di improcedibilità del ricorso, per non avere il Tar considerato che Bluebell non aveva aderito all'OPA e pertanto il suo ricorso avverso la chiusura del procedimento di rialzo del prezzo – successivo all’OPA – era a sua volta improcedibile per carenza di interesse, non potendo Bluebell ricevere alcun effetto utile dall'azione instaurata. Invero, il presupposto giuridico perché gli azionisti possano conseguire, dopo la chiusura dell'OPA, il vantaggio di un eventuale rialzo del prezzo delle azioni è proprio quello dell'adesione all'OPA, mediante cessione delle azioni stesse all'offerente entro i termini di relativa chiusura.
Se l’accesso, come detto dall’istante, era strumentale al ricorso avverso il provvedimento Consob sul rialzo di prezzo, anche il ricorso in tema di accesso era improcedibile per carenza di interesse.
Ha perciò errato il Giudice di primo grado – oltre a cadere addirittura in contraddizione – nel non cogliere il nesso tra le due parti della vicenda, alla luce di una strumentalità dichiarata proprio dalla ricorrente principale;
c) error in iudicando - violazione dell’art. 24, co. 7, della l.n. 241/1990 per avere il Tar, nonostante il rilievo del fatto che la documentazione chiesta contenesse dati di forte interesse per le controinteressate all’accesso, sostenuto che l’interesse che muoveva Bluebell era proiezione della sua posizione di azionista di minoranza in ipotesi di OPA, senza poi considerare che detta società aveva già avuto accesso a tutta la documentazione depositata da HRII nel procedimento di rialzo del prezzo riguardante il lungo e complesso processo di acquisizione del ramo di azienda Ansaldo Breda e della partecipazione in STS, ivi inclusi i documenti contrattuali. Documentazione prodotta proprio per replicare all’istanza di rialzo del prezzo dell’OPA.
Peraltro HRII ha già sottolineato a Consob le esigenze di confidenzialità e riservatezza con riguardo alla documentazione da essa prodotta. Esigenze che vanno in ogni modo tutelate anche perché, a differenza di quanto affermato dal Tar, l'istanza di accesso non si giustifica con effettivi scopi defensionali, bensì con il desiderio conoscitivo dell’operato di HRII e di Finmeccanica.
2.3. L’appello incidentale di Finmeccanica si articola in sostanza così:
a) violazione di legge (articoli 295 c.p.c. e 79 c.p.a.) - pregiudizialità della decisione della Corte di Giustizia UE sul potere di accertamento di Consob dell'asserita collusione ai fini del rialzo del prezzo dell’OPA - violazione degli artt. 22, co. 1, lett. b), e dell'art. 24, co. 1, 6, lett. d), e 7 della l.n. 241/1990 e dell’art. 42, co. 10, del TUF - violazione del principio di proporzionalità.
L’interesse di Bluebell sta certamente nella coltivazione della domanda di rialzo del prezzo dell’OPA. L’altro suo interesse – quello all’esercizio dell’accesso – è inoltre strumentale al primo, basato com’è sul suo dichiarato carattere defensionale.
La domanda di rialzo del prezzo è poi connessa al potere della Consob di poterlo determinare qualora essa accerti un accordo collusivo in vista ed occasione di un’OPA. Ed è stato proprio l’esercizio di tale poter ad aver fatto acquisire dalla Consob tutto il materiale documentale che Bluebell vorrebbe a propria attingere attraverso l’accesso.
Tuttavia la legittimità di questo potere di Consob è stata messa in dubbio e la relativa questione sopposta alla CGUE.
Qualora il potere fosse riconosciuto come non legittimo, l’acquisizione documentale della Consob risulterebbe sine titulo e tanto meno vi sarebbe la possibilità per Blebell di attingerlo.
Ecco perché – ad avviso di parte – il Tar ha sbagliato nel non riconoscere il nesso tra l’accesso, ancorchè a fini defensionali, di Bluebell e le attuali prerogative della Consob, peraltro in dubbio, e conseguentemente nel non sospendere l’attuale giudizio in attesa degli esiti di quello che ha portato all’interpello della Corte comunitaria;
b) violazione degli artt. 22, co. 1, lett. h), e dell'art. 24, co. 1, della l.n. 241/1990 e dell'art. 42 co. 10, del TUF - legittimità della prima motivazione posta a fondamento del diniego di accesso - erronea valutazione del Tar circa la completa e insindacabile valutazione da parte dell'istante della rilevanza degli atti richiesti a fini defensionali.
Ha errato il Tar, ad avviso di parte, nel non riconoscere che Bluebell dovesse comunque comprovare un interesse all’accesso corrispondente ad una sua situazione giuridicamente tutelata e collegata ai documenti dei quali era stato chiesto l’accesso e all’opposto, senza alcun bilanciamento degli interessi in gioco, nell’affermare che tale società fosse indiscriminatamente e unilateralmente arbitra di stabilire se e cosa attingere, mediante l’accesso, presso la Consob.
Questa ricostruzione del Giudice di primo grado, tuttavia, vanifica il presupposto dell'accesso, con in più l’evidente contraddizione per cui, se la valutazione di rilevanza di un documento – ai fini della risposta all’accesso – è fatta dalla Consob, essa è sindacabile dal giudice mentre, se la stessa valutazione è fatta dall’istante essa non sarebbe soggetta ad alcun sindacato;
c) violazione di legge (art. 24, co. 6, lett. d), e 7 della l.n. 241/1990 - art. 53 del d.lgs. n. 50/2016 - erronea valutazione dell'insussistenza di limiti all'accesso a tutela della riservatezza d'impresa - erronea qualificazione dell'accesso difensivo - erronea interpretazione e applicazione della rilevante giurisprudenza della Corte costituzionale - legittimità della seconda motivazione posta a fondamento del diniego di accesso.
Il Tar giunge alla conclusione della prevalenza del diritto all’accesso su quella del diritto dei terzi alla riservatezza sui dati contenuti nei documenti chiesti attraverso una valutazione della collocazione sistematica, in seno alla l.n. 241, della norma che postula l’accesso c.d. defensionale, successiva alle disposizioni sui casi di esclusione del diritto di accesso. Ne trae il fatto che, dunque, tale tipo di accesso deroga ai casi di esclusione indicati prima. A conferma, il Tar cita la norma del codice dei contratti pubblici che tratta dell’accesso del concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento di un contratto.
Così, però, il Tar ha dilatato eccessivamente la portata dell’accesso c.d. defensionale rispetto alla giustificazione della sua genesi e della sua obiettiva funzione, addirittura traendo, per questo, spunti da una fattispecie normativa che non calza al caso in oggetto perché, nelle gare, le offerte dei concorrenti sono per loro natura destinate ab origine ad un confronto comparativo;
d) violazione e falsa applicazione dell'art. 24, co. 1 e 7, della l.n. 241/1990, dell'art. 4, co.10, del TUF, nell'interpretazione datane dalla Corte Costituzionale (sentenze n. 460/2000 e n. 32/2005), nonché dell'art. 24 della l.n. 262/2005 - legittimità del diniego di accesso per sussistenza del segreto d’ufficio sugli atti di vigilanza della Consob.
Erroneo, infine, risulta anche il diniego della vigenza dell'obbligo del segreto d'ufficio gravante sugli uffici della Consob e il richiamo alla giurisprudenza della Corte costituzionale la quale, non a caso, ha riguardo le sanzioni disciplinari, che presuppongono un rapporto di soggezione specifico al potere della Consob.
Per vero, l’accostamento dei procedimenti sanzionatori ai procedimenti contenziosi, intesi questi come procedimenti diretti ad assicurare la presa in considerazione “paritetica” di posizioni contrapposte, finisce per snaturare la previsione della norma sul segreto d'ufficio e la sua finalità, dilatando indebitamente i postulati della giurisprudenza della Corte Costituzionale.
3. Consob e Finmeccanica hanno prodotto memorie in data 7.11.2016, riepilogando le loro difese e precisando che il nuovo giudizio di primo grado introdotto da Bluebell avverso il contestato provvedimento di chiusura del procedimento di rialzo del prezzo era ormai in fase di decisione innanzi al Tar del Lazio.
Bluebell ha prodotto memoria l’8.11.2016 riepilogando le difese ed eccependo altresì l’inammissibilità, in particolare, della domanda cautelare della Consob volta alla sospensione degli effetti della sentenza impugnata
4. La causa è stata quindi chiamata una prima volta alla camera di consiglio del 10.11.2016 ed ivi trattenuta in decisione.
All’esito, con ordinanza n. 5116/2016, pubblicata il 16.11.2016, la Sezione ha sospeso gli effetti della sentenza impugnata nell’attesa della celebrazione dell’udienza di merito.
5. Successivamente le parti hanno depositato, tutte in data 21.2.2017, memorie riepilogative delle rispettive difese, in particolare:
- Consob segnalando che Bluebell, nella pendenza di questo giudizio, aveva già impugnato innanzi al Tar Lazio la propria delibera n. 19507 del 3.2.2016 di rettifica in aumento del prezzo dell’OPA;
- Bluebell segnalando che:
-- il Tar Lazio, così nuovamente adìto, aveva nel frattempo, con ordinanza n. 11443/2016, pubblicata il 16.11.2016, altresì rimesso alla Corte dell’Unione il quesito pregiudiziale sul se ostasse alla corretta applicazione dell'art. 5, par. 4, co. 1 e 2, della Direttiva 2004/25/CE del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 aprile 2004, concernente le offerte pubbliche di acquisto, una normativa, quale quella nazionale, che, nell’autorizzare la Consob ad aumentare il prezzo dell’OPA a fronte dell'accertamento della collusione tra offerente, o le persone che agiscono di concerto con il medesimo, e uno o più venditori, si limita a far riferimento al criterio del “prezzo accertato” senza specificare i parametri e i criteri di tale accertamento;
-- conseguentemente il proprio accesso, esercitato a fini difensivi e negato dalla Consob, le sarebbe valso a meglio tutelarsi non soltanto innanzi al Tar capitolino ma anche davanti alla predetta Corte;
- Finmeccanica e HRII sottolineando nuovamente i profili di ritenuta, elevata riservatezza della documentazione ambìta da Bluebell.
5.1. Le parti hanno depositato da ultimo memorie di replica con le quali Bluebell (deposito in data 24.2.2017) riepiloga in forma ulteriormente sintetica le proprie argomentazioni su specifici punti e HRII (deposito in data 24.2.2017), Consob e Finmeccanica (depositi in data 25.2.2017) ribattono singolarmente alla precedente memoria di Bluebell.
6. La causa è stata quindi nuovamente chiamata alla camera di consiglio del 9.3.2017 ed ivi trattenuta in decisione.
7. Vale in primo luogo affrontare l’appello incidentale di Bluebell, riepilogato ai punti da 2.1. a 2.1.3. che precedono.
Questo appello risulta infondato.
La parte ha puntato in tal modo, nella sostanza, a riaprire il dibattito svoltosi in primo grado (ed intercluso dalla pronuncia di improcedibilità del suo originario ricorso principale, che la stessa parte contesta in questo grado di giudizio) sul fatto che persistesse un proprio interesse ad una pronuncia nel merito su detto ricorso principale giacchè – a suo avviso – il differimento dell’accesso, pronunciato una prima volta dalla Consob sulla sua iniziale domanda, avrebbe piuttosto celato, a ben vedere, un assenso all’esercizio dell’accesso, così come chiesto dalla parte privata, pur se condizionato ad una mera dilazione temporale nel suo materiale espletamento.
Ne conseguirebbe – sempre ad avviso della parte – la contraddittorietà del successivo diniego di accesso opposto nettamente dalla Consob e, pertanto, l’esigenza di procedere ad un sindacato di merito in ordine alla legittimità di questo revirement, del tutto ingiustificato nella prospettazione di Bluebell.
Questo assunto, tuttavia, non convince e proprio nel suo presupposto basico.
L’art. 24, co. 4, della l.n. 241/1990 stabilisce che “L’accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento.”.
La formula normativa impiegata al riguardo non risulta lasciar dubbi sul fatto che un differimento dell’accesso ai documenti pretesi dal privato né sottintende ovvero può mascherare un atteggiamento perplesso ed incerto dell’Amministrazione (sul se consentire o meno l’ostensione chiesta, nel momento in cui viene da essa ricevuta la domanda di accesso) né, ancor più, può valere come “promessa” ovvero “prenotazione” di accesso da espletare tuttavia in un tempo diverso e successivo rispetto a quello coincidente con la ricezione della relativa domanda formulata dal privato.
Sono invero proprio le parole utilizzate dalla legge (segnatamente, “non può essere negato ove sia sufficiente”) a dover far propendere – ad avviso del Collegio – per una lettura della norma nel senso che il differimento dell’accesso altro non è che un rimedio ad un diniego che altrimenti sarebbe certo ove la domanda di accesso fosse senz’altro delibata dall’Amministrazione nel momento preciso in cui essa le perviene dal privato.
In altri termini, onde evitare al privato l’onere di una ripetizione della propria domanda in tempi diversi e successivi, inframezzati da dinieghi nei cui riguardi, a quel punto, il privato dovrebbe porsi lo scrupolo di singole impugnazioni, la norma di legge ha avuto l’accortezza di prevedere la possibilità per l’Amministrazione – che in un iniziale momento “x” avvertirebbe l’esigenza di denegare l’accesso – di rinviare ad un successivo momento “y” la delibazione della domanda (sempre unica) del privato, non potendosi escludere che, in tale secondo momento, l’Amministrazione – rivalutata la situazione, anche alla luce di quanto medio tempore eventualmente accaduto – propenda piuttosto per l’adesione alla richiesta di accesso, dando così soddisfazione alle aspettative del privato.
Un riscontro a questa lettura interpretativa si trova poi, ad avviso del Collegio, nell’art. 25, co. 3, della l.n. 241/1990, ove si legge che “Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso sono ammessi nei casi e nei limiti stabiliti dall'articolo 24 e debbono essere motivati.”.
In questa seconda norma, come è dato notare, il “differimento” dell’accesso è (e non a caso) affiancato a quelli del “rifiuto” e della “limitazione” dell’accesso, ossia ad ipotesi tutte negative, e non già abbinato ad alcuna fattispecie evocativa di un assenso (per quanto parziale) sottinteso ed attuale ma comunque rinviato (per la sua materiale e concreta soddisfazione) ad un momento posteriore rispetto a quello in cui la domanda di ostensione perviene all’Amministrazione interessata.
A cospetto di ciò allora, nel caso in esame, altro non è accaduto se non che la Consob, col suo (definitivo) diniego, successivo al differimento precedentemente disposto nei riguardi del privato, ha riconfermato, motivatamente nel merito, un diniego già implicitamente affermato, pur sotto le vesti di un non accesso “allo stato”, così di fatto facendo traslare l’interesse oppositivo sostanziale del privato dal provvedimento (interinale) di differimento al provvedimento (definitivo) di diniego.
In quest’ottica, pertanto, la pronuncia di improcedibilità adottata dalla sentenza di primo grado, e sopra ricordata, non risulta eccepibile.
8. Vale poi affrontare l’appello principale in epigrafe che, risultando fondato e meritevole di accoglimento, permette nella sostanza di far ritenere assorbite le censure mosse alla sentenza in scrutinio con gli altri appelli incidentali, di per se stessi proiettati su questioni e traiettorie argomentative non dissimili da quelle che sono alla base dell’appello della Consob.
8.1. Incidentalmente, in premessa, è bene in ogni caso osservare che – come pure dianzi riferito – Bluebell ha intanto già impugnato la predetta delibera Consob n. 19507 del 3.2.2016 (argomentatamente – per quanto riferito negli ultimi scritti acquisiti a questo giudizio – e dunque dimostrando così Bluebell che evidentemente non le faceva difetto una già sufficiente conoscenza degli atti del relativo procedimento svoltosi presso la Consob) e che nel corso di tale nuovo giudizio è già stata proposta una pregiudiziale comunitaria in merito allo stesso potere mediante il cui esercizio Consob ha potuto adottare detta delibera.
All’evidenza, qualora la questione pregiudiziale si risolvesse nel senso che a Consob non spetta detto potere, tutta l’impalcatura conteziosa ed argomentativa che forma oggetto del presente giudizio rimarrebbe priva di giustificazione.
Il già avviato incidente comunitario e la sua possibile pregiudizialità in ordine alla persistenza o meno di un interesse all’accesso documentale proposto da Bluebell non giustifica peraltro – come pure emergerebbe ipotizzato negli scritti di parte – una sospensione di questo giudizio in attesa dell’esito di quello innanzi alla CGUE e ciò:
- sia perché nel già instaurato, nuovo giudizio di primo grado Bluebell, all’occorrenza, non è priva di rimedi e tutele per – ove effettivamente se ne riscontrino i presupposti – instare nuovamente affinchè il relativo Giudice ordini a Consob le esibizioni documentali mancanti e ritenute occorrenti a fini di decisione;
- sia perché esigenze di contenimento dei rimedi di giustizia, oltre che gli elementi già disponibili in questo giudizio, suggeriscono piuttosto di non moltiplicare ovvero sovrapporre questioni tematiche (quelle riguardanti la correttezza o meno dell’opposto diniego di accesso) che al contrario meritano di essere valutate in un’ottica concentrativa;
- sia perché infine, essendosi già incardinato il giudizio di merito in relazione al quale Bluebell ha assunto di dover disporre – a fini di difesa o di miglior difesa – di ulteriore documentazione esistente presso la Consob, il Giudice che più appropriatamente risulta in grado di valutare inerenza ed appropriatezza delle istanze di Bluebell al riguardo è, appunto, quello stesso presso il quale già pende la controversia di merito in seno alla quale detta ulteriore documentazione potrebbe avere rilevanza.
8.2. L’appello della Consob risulta fondato perché non convincente è la tesi, fatta propria dai Giudici che hanno emesso la sentenza qui impugnata, secondo la quale un diritto all’accesso documentale esercitato a fini defensionali – quale è quello da cui promana l’interesse azionato da Bluebell nel caso di specie – avrebbe in assoluto la capacità di spianare, sulla sua strada, un qualsivoglia interesse contrario, pur se qualificato.
8.2.1. Certamente nella scala gerarchica dei valori da considerare, in occasione della disamina dei motivi che giustificano una domanda di accesso, quelli legati alle esigenze di difesa del richiedente occupano un gradino elevato ma non tale, tuttavia, da prevalere sempre e comunque (e soprattutto acriticamente) su qualunque altro interesse, specie se contrapposto giacchè invocato da chi, di contro, denuncia che, consentendosi l’accesso, si permetterebbe il disvelamento di propri dati, ritenuti sensibili, contenuti nella documentazione amministrativa da altri chiesta.
E’ anche vero che, entro determinati limiti, un’effettiva esigenza di difesa, non altrimenti suscettibile di appagamento (ossia che non è possibile soddisfare se non acquisendo conoscenza proprio di quella particolare documentazione che reca altresì, in seno, il dato sensibile che riguarda un soggetto terzo e, perciò, controinteressato), può prevalere sui contrapposti interessi alla riservatezza.
In ogni caso, il dissidio tra interessi fra loro collidenti non può essere risolto in chiave unilaterale, giacchè questo potrebbe condurre anche a risultati paradossali ed opposti a quello che, invece, è un delicato equilibrio che, di volta in volta e fuori da schematizzazioni astratte ed assolutistiche, va ricercato in concreto, bilanciando tra loro posizioni non consonanti.
Si pensi, invero, al caso di chi, chiedendo l’accesso per motivi di difesa ma non sapendo preventivamente indicare quale documento esattamente gli occorre e giustificatamente perché, l’ottenga e si procacci in tal modo materiale documentale recante anche informazioni sensibili che riguardano soggetti terzi.
Ebbene, in un caso del genere, un’acritica prevalenza dell’accesso per dichiarate esigenze defensionali potrebbe anche condurre al risultato che colui che ha chiesto l’accesso, poi, esaminata tutta la documentazione ottenuta, valuti che alcun documento effettivamente gli sia utile per i ritenuti motivi di difesa. In tale evenienza, il danno per il terzo (i.e., conoscenza da parte altrui delle proprie informazioni sensibili) sarebbe invero irrimediabile, senza alcuna contrapposizione giustificativa, neppure quella consistente almeno nel fatto che chi aveva chiesto l’accesso abbia poi realmente utilizzato a fini di propria difesa la documentazione ottenuta.
8.2.2. Lo strumento attraverso il quale contemperare in concreto la contrapposizione di interessi innanzi detta è costituito – ad avviso del Collegio – dal parametro della “stretta indispensabilità” di cui all’art. 24, co. 7, secondo periodo, della l.n. 241/1990 giacchè esso è quello che, proprio a livello legislativo, viene contemplato come idoneo a giustificare la prevalenza dell’interesse di una parte – mossa dall’esigenza di “curare o difendere propri interessi giuridici” – rispetto all’interesse di un’altra parte, altrettanto mossa dall’esigenza di “curare o difendere propri interessi giuridici” legati ai dati sensibili che la riguardano e che possono essere contenuti nella documentazione chiesta in sede di accesso.
Se, dunque, l’interesse della parte contrapposta (titolare di un dato sensibile o super sensibile) può divenire cedevole – rispetto a quello che anima la prima parte, che ha chiesto l’accesso per propri motivi di difesa – soltanto a cospetto del fatto che il documento di cui si pretende l’ostensione sia “strettamente indispensabile” a costruire ed alimentare tale difesa, occorre che precauzionalmente la valutazione di tale stretta indispensabilità avvenga nel modo possibilmente più circoscritto ed attento e non sia, al contrario, affermato – come accaduto in occasione della sentenza impugnata – sulla base di schematizzazioni formali ed astratte.
8.3. Nel caso di specie Bluebell non risulta avere dimostrato appropriatamente la ricorrenza, a suo favore, del parametro della “stretta indispensabilità” e questo perché:
a) da un lato, la Consob ha dichiarato – senza che ex adverso sia stato apportato alcun convincente elemento contrario – che l’ulteriore documentazione di cui s’è chiesto l’accesso non è stata da essa utilizzata per formare il provvedimento (delibera n. 19507 del 3.2.2016) peraltro ora direttamente impugnato in primo grado dalla Bluebell;
b) dall’altro lato, la parte che aspira ad accedere a tale documentazione neppure ha saputo indicare (al di là di una enunciazione) in cosa esattamente ed ulteriormente la conoscenza di detta documentazione gioverebbe ad una sua eventuale strategia difensiva nella contestazione del suddetto provvedimento.
Al riguardo, può aggiungersi:
- per un verso, quanto al profilo sub a), non convince la tesi espressa nella sentenza in scrutinio secondo la quale (relativamente al fatto che alcuni documenti pretesi non sarebbero stati, secondo quanto esposto dalla Consob, alla base della sua decisione finale) la valutazione di rilevanza e pertinenza delle informazioni cercate, soprattutto nell'accesso c.d. defensionale, “è affidata al richiedente l'accesso, il quale rimane arbitro di decidere la propria strategia difensiva, extra processuale e processuale”. Questo perché – come già notato – siffatto orientamento può condurre la risultato, eccessivo, che colui che comunque ottenesse l’accesso (generalizzato) a tutta la documentazione in possesso dell’Amministrazione, anche a quella che non ha concorso a fondare l’adozione di un suo provvedimento finale, ben potrebbe alla fine non utilizzare a fini defensionali alcun elemento di detta documentazione. In tal modo, però, si determinerebbe una fattispecie di avvenuta conoscenza (della documentazione) non finalisticamente orientata a scopi di difesa e tuttavia estesa a dati ed informazioni né pertinenti (rispetto a tali scopi) né altrimenti meritevoli di cognizione da parte di chi ha domandato ed ottenuto l’accesso. In sostanza, non può ammettersi che colui che pretende l’accesso sia al tempo stesso arbitro incondizionato della valutazione della pertinenza o meno della documentazione desiderata rispetto alla tipologia e ai contenuti del procedimento relativamente al quale l’Amministrazione utilizza detta documentazione. Diversamente, risulterebbe sempre postuma la possibilità di una verifica della correttezza o meno (ad opera del privato) di detta valutazione mentre, all’opposto, dovrebbe essere previo il giudizio sulla effettiva pertinenza, o meno, della documentazione che si chiede rispetto alle esigenze di difesa proclamate dal privato;
- per altro verso, quanto al profilo sub b), una pretesa di accesso a documentazione non adeguatamente circoscritta, per tipologia e soprattutto per contenuto, neppure risulta legittima, se è vero che “Non sono ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni” (art. 24, co. 3, della l.n. 241/1990). Una non ammissibilità – quella testè ricordata – che nella legge è affermata in via assolutamente generale e senza deroghe o delimitazione alcuna eventualmente collegate al fatto che l’accesso sia chiesto per finalità defensionali. E questo si comprende agevolmente se solo si considera che, nel contesto logico-dispositivo di cui all’art. 24, co. 7, della l.n. 241/1990, per giustificarsi un accesso idoneo a superare il limite del(l’altrui) dato sensibile o giudiziario, ovvero del dato supersensibile, è pur sempre necessario l’apprezzamento del parametro della stretta indispensabilità. Un parametro che, tuttavia, in tanto è riscontrabile in quanto la documentazione desiderata non venga chiesta in forma massiva ed indistinta.
9. In ultima analisi, come detto, il ricorso principale in epigrafe è fondato e merita accoglimento e, per l’effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, confermata comunque la pronuncia di improcedibilità dell’originario ricorso di primo grado, devono essere respinti i motivi aggiunti proposti da Bluebell sempre in primo grado, con conseguente con assorbimento dei motivi di appello incidentale formulati da HRII e da Finmeccanica.
Considerati anche i tratti di parziale novità delle questioni affrontate, ricorrono giustificati motivi per compensare integralmente fra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, respinge l’appello incidentale della Bluebell Partners Limited ed accoglie l’appello principale della Commissione nazionale per le società e la borsa, per l’effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, confermata comunque la pronuncia di improcedibilità dell’originario ricorso di primo grado, respingendo i motivi aggiunti proposti dalla Bluebell Partners Limited sempre in primo grado, con conseguente con assorbimento dei motivi di appello incidentale formulati dalla Hitachi Rail Italy Investments s.r.l. e da Finmeccanica s.p.a..
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:
Sergio Santoro, Presidente
Silvestro Maria Russo, Consigliere
Vincenzo Lopilato, Consigliere
Francesco Mele, Consigliere
Italo Volpe, Consigliere, Estensore

N. 01370/2017REG.PROV.COLL.
N. 05772/2016 REG.RIC.

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

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5772 del 2016, proposto da:
Alfredo Grassi s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e in qualità di mandataria della costituenda ATI,
Marawash s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e quale mandante della costituenda ATI,
entrambe rappresentate e difese dagli avvocati Stefano Soncini e Gabriele Di Paolo, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo in Roma, viale Liegi, 35/B;

contro

Veritas s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Franco Zambelli e Mario Ettore Verino, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo in Roma, via Barnaba Tortolini, 13;
Lavanderie dell'Alto Adige s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Giovanni Gulina, con domicilio eletto presso lo studio legale dell’avvocato Enrico Bracco in Roma, via Flaminia Vecchia, 732/D;
Alisea s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;
Asvo s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;
Ambiente e Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;
Net s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. VENETO - VENEZIA: SEZIONE I n. 00333/2016, resa tra le parti, concernente l’affidamento del servizio di noleggio e lavaggio indumenti da lavoro – risarcimento danni

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Veritas Spa e di Lavanderie dell'Alto Adige Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 febbraio 2017 il Cons. Valerio Perotti e uditi per le parti gli avvocati Gabriele Di Paolo, Franco Zambelli e, su delega dell'avv. Gulina, Enrico Bracco;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Risulta dagli atti che l’appellante Alfredo Grassi s.p.a. partecipava, in qualità di mandataria del costituendo RTI con Marawash s.r.l., ad una gara indetta dalla società Veneziana Energia Risorse Idriche Territorio Ambiente Servizi – Veritas s.p.a. (di seguito Veritas) tramite procedura aperta, avente ad oggetto la conclusione di un Accordo quadro, ex art. 59, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, relativo al servizio di noleggio ed al servizio lavaggio indumenti/D.P.I. (dispositivi di protezione individuale) del valore stimato di euro 9.504.600,00, per la durata di dodici mesi.

Quale criterio di aggiudicazione era quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 83 d.lgs n. 163 del 2006, con un punteggio massimo di 60 punti per il prezzo e di 40 punti per la valutazione tecnica.

Per espressa indicazione del bando di gara, il servizio faceva riferimento alle esigenze di definizione di contratti d’appalto discendenti dal predetto Accordo quadro, senza nuovo confronto competitivo, da parte di Veritas, Alisea s.p.a., Ambiente e Servizi s.p.a., Asvo s.p.a. e Net s.p.a. (società facenti tutte parte del gruppo Veritas s.p.a.).

All’esito delle operazioni di gara, la società Lavanderie dell’Alto Adige s.p.a. (di seguito LAA) si collocava al primo posto in graduatoria, con un punteggio pari a 97,20 (37,20 per la valutazione tecnica e 60 per il prezzo) ed il costituendo RTI tra Alfredo Grassi s.p.a. e Marawash s.r.l. (di seguito, Alfredo Grassi) al secondo posto con punti 87,60 (40 per la valutazione tecnica e 47,60 per il prezzo).

A seguito della valutazione dell’anomalia dell’offerta, con nota dell’11 giugno 2015 Veritas s.p.a. comunicava l’aggiudicazione definitiva della gara in favore di LAA.

Con ricorso al Tribunale amministrativo del Veneto, Alfredo Grassi impugnava l’aggiudicazione definitiva, unitamente ad “ogni atto annesso, connesso o presupposto” (tra cui, in particolare, quelli esplicitamente indicati nell’epigrafe dell’atto di gravame), deducendo cinque distinte censure di legittimità attinenti:

le modalità di presentazione dell’offerta economica da parte di LAA e la relativa aggiudicazione alla stessa.

la valutazione dell’anomalia;

la mancata verbalizzazione del contenuto delle buste riportanti la documentazione amministrativa come da verbale dell’8 gennaio 2015;

l’errata dichiarazione dei commissari di gara circa le condizioni di incompatibilità degli stessi;

la mancata corretta quantificazione del valore stimato dell’appalto.

Con sentenza 30 marzo 2016, n. 333 il Tribunale amministrativo del Veneto respingeva il ricorso.

Avverso tale decisione Alfredo Grassi interponeva appello, riproponendo avanti al Consiglio di Stato gli stessi motivi di ricorso del grado precedente.

**DIRITTO**

L’appello non può trovare accoglimento.

Con il primo motivo di appello, Alfredo Grassi sostiene che la propria offerta economica (relativa al noleggio) sarebbe migliore di quella di LAA, laddove il miglior prezzo teorico offerto da quest’ultima in relazione al lavaggio non sarebbe comunque sufficiente a renderne più conveniente l’offerta complessiva.

Preliminarmente va ricordato che la documentazione di gara quantificava le dotazioni e la tipologia di indumenti per ciascun ente interessato, con possibilità di stabilire i valori di base d’asta per i vari servizi. Per l’appellante, in particolare, l’attribuzione dei 60 punti a LAA sarebbe dipesa dai forti sconti operati da quest’ultima su alcuni prezzi unitari nel modulo B i quali, corretti dai coefficienti indicati dalla stazione appaltante, avevano determinato il prezzo medio ponderato da utilizzare nella formula per attribuire il punteggio all’offerta economica.

In sintesi, per Alfredo Grassi la concorrente LAA avrebbe artificiosamente praticato fortissimi sconti (ritenuti dall’appellante irrealistici e fuori mercato) sulle prestazioni cui la stazione appaltante aveva attribuito il maggior peso ponderale (ossia, la maggior importanza: in particolare, la voce n. 10 progressiva - codifica 4/a e la voce n. 24 progressiva - codifica 10/a), con ciò assicurandosi un punteggio finale sostanzialmente distorto.

A riprova di ciò l’appellante riporta, a pag. 9 del proprio atto di gravame, che “Nella preparazione del modulo B in riferimento agli articoli con maggior peso ponderale (voci 4/a e 10/a) solo LAA ha presentato fortissimi ribassi mentre tutti gli altri concorrenti risultano allineati tra loro. Analizzando l’offerta di LAA emerge infatti che per tutti gli articoli con peso ponderale inferiore al 9% è stato fatto uno sconto dello 0,50% mentre per gli altri articoli con peso superiore sono stati fatti sconti maggiori, fino all’80% nei casi sopramenzionati, con chiaro intento turbativo dei criteri di valutazione”.

Nel caso di specie, però, ciò che per l’appellante sarebbe un “chiaro intento turbativo dei criteri di valutazione” sembra in realtà null’altro che una concreta applicazione del generale principio di concorrenza.

Invero, atteso che all’esito dei controlli l’offerta di LAA non è stata giudicata anomala dalla stazione appaltante, la circostanza che gli altri concorrenti abbiano scelto di formulare offerte con prezzi maggiori per determinate prestazioni non altro qui prova, se non che le dette offerte, sotto tale profilo, apparivano meno convenienti di quelle di LAA per la committente.

In questi termini, è condivisibile quanto rilevato dalla sentenza impugnata che – dopo dato atto della legittimità (e ragionevolezza tecnica) dei criteri di valutazione dell’offerta economica e di successiva attribuzione del punteggio, ha così concluso: “… passando, più specificatamente, all’esame dell’offerta presentata da LAA – sulla quale si concentrano, in buona sostanza, le doglianze della ricorrente che costituiscono il nucleo centrale del ricorso –, si osserva che la stessa non è stata predisposta in violazione di alcuna previsione contenuta nella lex specialis di gara: invero, LAA, nell’ambito della propria libertà di impresa e della definizione della strategia di partecipazione alla procedura di gara, ha ritenuto di modulare la propria offerta economica in modo mirato, usufruendo della specifica disciplina sopra illustrata, utilizzando la possibilità di variare il ribasso in ragione della tipologia di articolo e di prestazione richiesta, ovviamente tenendo in debito conto il peso ponderale che la Stazione appaltante ha ritenuto di attribuire a quello specifico servizio o articolo piuttosto che ad un altro”.

Con il secondo motivo d’appello, in parte ripetitivo del precedente (in particolare, per quanto attiene l’asserita miglior convenienza economica della propria offerta), Alfredo Grassi s.p.a. contesta la decisione della stazione appaltante di escludere che l’offerta di LAA fosse anomala, deducendo l’erroneità del calcolo effettuato dalla concorrente per giustificare la propria offerta.

Si legge, in particolare, a pag. 19 dell’atto d’appello: “La dichiarazione rilasciata da LAA a seguito di richiesta di Veritas di dimostrazione della congruità dei prezzi nel corso del verbale del 28 maggio 2015 (doc. 20), è solo volta a dichiarare che nell’insieme l’offerta risulta essere per loro redditizia ma non viene fornito alcun dettaglio specifico dei costi dei capi, eludendo quindi l’analisi dei costi richiesta da Veritas e dimostrando quindi ancora una volta la volontà di escludere i criteri di aggiudicazione definiti da Veritas. Infatti nel predetto verbale con specifico riferimento alla richiesta di ottenere informazioni sugli straordinari ribassi nei capi 4/a e 10/a per i quali il peso ponderale era più elevato, il che ha alterato il risultato finale dell’offerta economica, LAA da un lato ha affermato che la valutazione della congruità va fatta nel suo insieme e non per singole voci, e poi ha dichiarato che “per entrambi, anche in considerazione del loro peso ponderale rispetto all’insieme del costo complessivo della commessa, è riuscita ad ottenere dai singoli fornitori delle condizioni particolarmente favorevoli e non ripetibili per altri capi” […]”.

In argomento, va ribadito il principio (ex multis, Cons. Stato, V, 16 gennaio 2015, n. 89; VI, 15 dicembre 2014, n. 6154; Id., IV, 11 novembre 2014, n. 5530) secondo cui, nelle procedure per l’aggiudicazione di appalti pubblici, la valutazione delle giustificazioni presentate da chi è tenuto a dimostrare che la propria offerta non è da considerarsi anomala è vicenda che rientra nell’ampio potere tecnico-discrezionale della stazione appaltante. Perciò, soltanto in caso di macroscopiche illogicità, vale a dire di errori di valutazione evidenti e gravi, oppure di valutazioni abnormi o affette da errori di fatto di immediata evidenza, è ammissibile il sindacato del giudice.

La sentenza del Tribunale amministrativo del Veneto ha fatto corretta applicazione di tale regola, evidenziando: “nel caso di ricorso proposto avverso il giudizio di anomalia dell’offerta presentata in una pubblica gara, il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni compiute dall’Amministrazione sotto il profilo della loro logicità e ragionevolezza e della congruità dell’istruttoria, ma non può effettuare autonomamente la verifica della congruità dell’offerta presentata e delle sue singole voci, sostituendo così la sua valutazione al giudizio, non erroneo né illogico, formulato dall’organo amministrativo cui la legge attribuisce la tutela dell’interesse pubblico nell’apprezzamento del caso concreto”.

Il giudice amministrativo, infatti, in ragione del principio di separazione dei poteri può sindacare le valutazioni della pubblica amministrazione quanto a logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell’istruttoria, ma non può procedere ad un’autonoma e distinta verifica della congruità dell’offerta e delle sue singole voci, poiché costituirebbe un’inammissibile invasione della sfera amministrativa della stazione appaltante: per l’effetto, tale sindacato rimane limitato ai casi di macroscopiche illegittimità, quali valutazioni abnormi o inficiate da manifesti errori di fatto (Cons. Stato, V, 2 dicembre 2015, n. 5450).

Nel caso di specie, le giustificazioni addotte da LAA e le successive valutazioni di Veritas s.p.a. non presentano profili di manifesta incoerenza o irragionevolezza, né appaiono inattendibili perché sintomatiche di una palese, falsa rappresentazione della realtà fattuale.

Ciò detto sul piano generale, deve evidenziarsi come – nello specifico – la censura sia fondata sul rilievo per cui, in particolare, le singole voci 4/a e 10/a del Modulo B dell’offerta di LAA non sarebbero state adeguatamente giustificate.

L’argomento non è però idoneo a bene fondare la doglianza.

Non v’è infatti, allo stato, ragione di discostarsi dal principio per cui il giudizio di verifica della congruità di un’offerta sospetta di anomalia ha natura globale e sintetica sulla serietà o meno dell’offerta nel suo insieme, essendo irrilevanti delle – pur sempre possibili – isolate e singole voci di scostamento (ex multis, Cons. Stato, VI, 14 agosto 2015, n. 3935; Id., V, 22 dicembre 2014, n. 6231.

Tale giudizio non ha infatti per oggetto la ricerca di ipotetiche inesattezze parziali dell’offerta economica, ma è finalizzato ad accertare se quest’ultima, nel complesso, sia attendibile e, dunque, se dia serio affidamento circa la corretta esecuzione dell’appalto: ciò che conta è che l’offerta, nel suo complesso, appaia effettivamente seria.

Un sindacato nel dettaglio sugli aspetti (o voci) puntuali, come additato da parte appellante, è precluso al giudice amministrativo, cui per i limiti della sua giurisdizione non è consentita un’autonoma valutazione della congruità delle singole voci, non potendosi appunto sostituire ad un’attività valutativa spettante, nella sua manifestazione, all’Amministrazione procedente.

Correttamente, dunque, il Tribunale amministrativo del Veneto ha rigettato l’argomento, pur precisando – per completezza – che comunque “LAA, a seguito di specifica richiesta della Stazione Appaltante, ha fornito giustificazioni anche in relazione alle suddette voci; giustificazioni che, diversamente da quanto affermato in ricorso, non appaiono incongrue né irragionevoli”.

Ancora, a ribadire l’infondatezza della logica argomentativa del motivo di appello, va ricordato che il procedimento di verifica dell’anomalia non ha carattere sanzionatorio, né potrebbe averlo l’eventuale verifica giudiziale, pur circoscritta nei limiti di cui si è detto in precedenza.

Con il terzo motivo di appello, Alfredo Grassi deduce – in via subordinata – l’illegittimità della procedura di gara per mancata verbalizzazione del contenuto delle buste riportanti la documentazione amministrativa (come dovrebbe arguirsi dal verbale dell’8 gennaio 2015).

In particolare, non risulterebbe in alcun modo specificato a verbale “il contenuto della documentazione reperita nei plichi contenenti la documentazione amministrativa che i concorrenti dovevano presentare a pena di esclusione, ai sensi dell’art. 6.1 delle norme di gara […] In definitiva non si ha modo di avere alcuna certezza che la documentazione reperita nei plichi delle sedute pubbliche dell’8 gennaio 2014 (rectius 2015) e 4 febbraio 2014 (rectius 2015) sia quella effettivamente passata all’esame della commissione di gara quanto alla verifica della stessa, e della commissione giudicatrice che poi sono riunite in seduta riservata. Si precisa che né le norme di gara né il foglio disciplinare prevedono norme derogatorie ai principi sopra indicati e tuttavia anche tali norme vengono impugnate ove abbiano consentito alla stazione appaltante di assumere i suddetti comportamenti”.

Premesso che l’ultimo inciso è assunto inammissibile per genericità, non deducendo l’appellante specifiche censure avverso le “norme di gara” (neppure individuate) ovvero il “foglio disciplinare”, il motivo di ricorso è comunque infondato.

La censura è infatti decontestualizzata e priva di obiettivi elementi di supporto, nel senso richiesto da consolidato insegnamento giurisprudenziale (ex multis, Cons. Stato, V, 22 febbraio 2011, n. 1094; Id., 25 luglio 2006, n. 4657; Id., 10 maggio 2005, n. 2342; Id., 20 settembre 2001, n. 4973; Id., IV, 5 ottobre 2005, n. 5360): una tale evenienza di suo non integra un’autonoma causa di invalidità delle operazioni di gara, dovendosi piuttosto indicare specifici elementi di fatto che impongano obiettivamente di dubitare della genuinità dei plichi. Elementi che però non sono stati indicati dall’appellante, limitatosi questa ad un’ipotetica deduzione a priori.

Con il quarto motivo di appello la società Alfredo Grassi s.p.a. – sempre in via subordinata – sostiene che le dichiarazioni dei commissari circa la sussistenza di eventuali condizioni di incompatibilità non sarebbero corrette.

In sintesi, l’appellante richiama l’attenzione sul fatto che i singoli componenti della commissione giudicatrice avrebbero dichiarato – in calce alla comunicazione del 2 febbraio 2015 (di nomina a commissario) – non sussistere loro incompatibilità, nonostante che a quella data ancora non potessero conoscere i nominativi dei concorrenti, appresi solo in occasione della successiva seduta del 4 febbraio 2015. Il che avrebbe comportato, ad avviso di parte appellante, una violazione dell’art. 83 d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, nel combinato disposto con l’art. 120, ultimo comma, d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Il Tribunale amministrativo del Veneto aveva rigettato il motivo di gravame, sul presupposto che “… i nominativi dei concorrenti erano noti quanto meno dalla data dell’8.1.2015, a seguito dell’apertura e dell’esame della documentazione amministrativa, come emerge dal relativo verbale. Peraltro, anche in tale caso, la ricorrente non adduce alcun elemento, nemmeno in via presuntiva, idoneo ad affermare la possibile sussistenza di cause di incompatibilità o di astensione ex art. 84, commi 4, 5 e 7, del D.Lgs. n. 163/2006, relativamente ad uno o più membri della Commissione di gara, limitandosi a lamentare, per le ragioni esposte, la insufficienza della dichiarazione resa dai commissari”.

A fronte di tali rilievi, parte appellante eccepisce che “Anche questa parte di motivazione appare palesemente illogica, poiché l’8 gennaio 2015 è stata effettuata l’apertura delle offerte non da parte della commissione giudicatrice ma da parte della commissione di gara e quindi non consta in nessun modo che alla data del 4 febbraio 2015 i soggetti componenti della commissione fossero a conoscenza del nominativo dei concorrenti. Le dichiarazioni di assenza di incompatibilità sono quindi state effettuate palesemente alla cieca”.

L’argomento non è condivisibile.

Il ragionamento “in negativo” condotto dall’appellante (“non consta … che alla data del 4 febbraio 2015 i soggetti componenti della commissione fossero a conoscenza del nominativo dei concorrenti”), infatti, non assolve l’onere della prova in capo alla dichiarante Alfredo Grassi, che avrebbe invece dovuto positivamente dimostrare quanto sostenuto (ossia, che i suddetti commissari obiettivamente fossero impossibilitati, alla data del 4 febbraio 2015, ad avere contezza dei nominativi dei partecipanti alla gara, una volta che questi erano stati resi pubblici – cfr. Cons. Stato, III, 11 giugno 2013, n. 3228 – nel corso della precedente riunione del seggio di gara, in data 8 gennaio 2015).

A ciò aggiungasi il decisivo rilievo che l’appellante Alfredo Grassi non solo omette di indicare specifici profili di incompatibilità dei commissari, ma neppure allega un qualche concreto riscontro dal quale poter arguire che almeno uno dei commissari ricadesse nella fattispecie di cui all’art. 84, commi 4, 5 e 7 del d.lgs. n. 163 del 2006.

Da ultimo, con quinto motivo d’appello, la ditta Alfredo Grassi, sulla base di proprie stime e di quanto affermato da LAA in sede di giustificazioni, censura la determinazione della base d’asta operata dalla stazione appaltante. Ad avviso dell’appellante, il prezzo posto a base d’asta sarebbe sottostimato, con conseguente necessità di annullare l’intera gara.

Sul punto, la sentenza appellata così motiva: “non pare condivisibile il percorso logico seguito dalla ricorrente che, per contestare la base d’asta indicata nella legge di gara, ritiene di determinare il corretto importo individuando il costo a base d’asta del solo noleggio in base alle proprie stime, per poi sommare il costo del lavaggio indicato da LAA nelle proprie giustificazioni in sede di verifica dell’anomalia, la ricostruzione proposta appare artificiosa ed arbitraria, implicando la commistione di dati del tutto disomogenei e soprattutto di differente origine. Al contrario, la ricorrente omette di addurre elementi concreti atti a dimostrare l’inadeguatezza della base d’asta fissata da Veritas, in modo da supportare l’asserita violazione dell’art. 29 del D.Lgs. n. 163/2006”.

Da parte sua, la stazione appaltante Veritas aveva ribadito che “La base d’asta di € 9.504.600,00 … è stata determinata partendo da prezzi unitari relativi a ciascun capo per ciascuna delle tipologie di servizio (noleggio e lavaggio) oggetto dell’appello. I prezzi unitari sono stati individuati dalla Stazione Appaltante sulla base dell’esperienza maturata nel corso del precedente rapporto contrattuale iniziato nel 2006, dei costi sostenuti e di un’attività di indagine delle materie prime del mercato di riferimento. Si è, inoltre, tenuto conto, da un lato, delle nuove clausole contrattuali previste nello Schema di Accordo Quadro che prevedono, tra l’altro, la possibilità per la committenza di un’uscita anticipata dai contratti discendenti rispetto alla loro naturale scadenza ed il mancato riconoscimento di valore residuo dei capi alla scadenza naturale di ciascun contratto attivato, dall’altro, delle nuove tipologie di capi da fornire, sia in termini di diversità di tessuto utilizzato, sia in termini di diversità di confezionamento.

Si precisa, infine, che al fin della stima della base d’asta complessiva si è tenuto conto anche del valore delle forniture di alcune tipologie di capi non oggetto di noleggio e degli oneri di sicurezza per l’abbattimento dei rischi interferenziali (non soggetta a ribasso)”.

In considerazione dello specifico oggetto dell’appalto su cui si controverte, che ha ad oggetto una pluralità di prestazioni (forniture e servizi) non atomisticamente intese ma tra loro strumentali, le considerazioni espresse dalla sentenza appellata appaiono condivisibili.

Invero, nel caso di specie non sarebbe corretto determinare una base d’asta correlata alle singole componenti di lavaggio e di noleggio, poiché la (complessiva) base d’asta deriva dalla contestuale considerazione – sulla base dell’ampia discrezionalità tecnica di cui la stazione appaltante in tale contesto dispone (cfr. Cons. Stato, III, 19 ottobre 2015, n. 4789; Id., V, 13 maggio 2011, n. 2896; Id., V, 1° aprile 2011, n. 2033) – delle due attività complementari dedotte in contratto, che dunque andranno sommate per poi giungersi all’indicazione dell’offerta di gara.

Infine, che la base d’asta fosse incongrua risulta smentito dallo stesso fatto che a suo tempo l’appellante Alfredo Grassi ha potuto regolarmente effettuare una propria offerta, giudicata non anomala, senza necessità di proporre, a suo tempo, un’autonoma e specifica impugnativa sul punto, per immediata e diretta lesività dei propri interessi partecipativi alla gara.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

respinge l’appello e, per l'effetto, conferma l’impugnata sentenza n. 333 del 2016 del Tribunale amministrativo del Veneto.

Condanna parte appellante al pagamento delle spese di lite del presente grado di giudizio in favore di Veritas s.p.a. e Lavanderie dell’Alto Adige s.p.a., che liquida in euro 3.000,00 (tremila/00) ciascuna, oltre Iva ed accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 22/03/2017
N. 01310/2017REG.PROV.COLL.
N. 08926/2016 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 8926 del 2016, proposto da Ma.Vi.San. s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall’Avvocato Giovanni Vittorio Nardelli, con domicilio eletto presso lo studio dell’Avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;

contro

Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia, in persona del Direttore Generale pro tempore, rappresentata e difesa dall’Avvocato Raffaele Daloiso, con domicilio eletto presso lo studio dell’Avvocato Alfredo Placidi in Roma, via Cosseria, n. 2;
Regione Puglia, non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, sez. I, n. 867/2016, resa tra le parti, che ha in parte dichiarato improcedibile ed in parte respinto il ricorso rubricato sub nr. 710/2015 Ruolo Generale proposto dalla odierna appellante dinanzi il T.A.R. per la Puglia, sede di Bari,

quanto al ricorso principale:

-per l’annullamento, previa sospensiva, della deliberazione del Direttore Generale della ASL di Foggia n. 315 del 12 marzo 2015;

- ove occorra, della delibera n. 227 del 24 febbraio 2015, non notificata all’interessata e conosciuta solo incidentalmente, nella parte in cui stabilisce il carattere sperimentale della prestazione oggetto della convenzione di cui alla delibera n. 974 del 3 settembre 2014;

- di ogni altro atto ai predetti comunque connesso, presupposto o consequenziale e per il risarcimento del danno.

quanto ai motivi aggiunti:

per l’annullamento della deliberazione di D.G. n. 130 dell’8 febbraio 2016 di annullamento delle deliberazioni del D.G. n. 162/B del 23 dicembre 2013; n. 318 del 17 marzo 2014; n. 974 del 2 settembre 2014; n. 227 del 24 febbraio 2015, nonché recante la declaratoria di inefficacia dell’accordo contrattuale stipulato con la Ma.Vi.San. s.r.l. il 3 settembre 2014;

- nonché per l’accertamento del diritto della società ricorrente al risarcimento del danno ingiusto, derivante dai provvedimenti sopra indicati, e dal comportamento tenuto dall’Azienda, e per la condanna dell’Amministrazione al pagamento, in favore della stessa ricorrente, delle somme che verranno accertate, oltre gli interessi e la rivalutazione monetaria come per legge, dalla data di maturazione del diritto sino al soddisfo.

visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

visto l’atto di costituzione in giudizio dell’Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell’udienza pubblica del giorno 2 marzo 2017 il Consigliere Massimiliano Noccelli e uditi per l’odierna appellante, Ma.Vi.San. s.r.l., l’Avvocato Alvise Vergerio su delega dell’Avvocato Giovanni Vittorio Nardelli e, per l’odierna appellata, l’Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia, l’Avvocato Raffaele Daloiso;

ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con avviso per manifestazione di interesse, l’Azienda Sanitaria Locale della Provincia di Foggia (di qui in avanti, per brevità, l’Azienda) ha pubblicato sul Bollettino Ufficiale della Regione Puglia un bando volto ad acquisire la disponibilità, in ambito locale, dei servizi e dell’attività di una struttura per la prevenzione e la cura dei disturbi del comportamento alimentare, in dichiarata attuazione delle indicazioni del Piano Regionale della Salute 2008-2010, approvato con legge regionale n. 23 del 19 settembre 2008.

1.1. L’odierna appellante, Ma.Vi.San. s.r.l., è stata quindi individuata quale soggetto privato con il quale sottoscrivere l’accordo per le prestazioni sanitarie connesse ai disturbi del comportamento alimentare (DCA) e, quindi, con deliberazione n. 974 del 2 settembre 2014 è stata individuata la struttura sanitaria, denominata “Ali di Farfalla”, gestita da tale società, per l’erogazione dei servizi sanitari in materia di DCA prescritti dal Piano sanitario regionale nell’ambito dell’Azienda, con approvazione della convenzione che stabiliva le tariffe per le prestazioni relative all’attività semiresidenziale, in regime ambulatoriale e di day hospital.

1.2. L’accordo contrattuale è stato sottoscritto il 3 settembre 2014.

1.3. Con la delibera n. 315 del 12 marzo 2015, tuttavia, l’Azienda ha proceduto alla revoca, ai sensi dell’art. 21-quinquies della l. n. 241 del 1990, delle precedenti deliberazioni e ha dichiarato, contestualmente, di recedere dall’accordo contrattuale sottoscritto il 3 settembre 2014, rilevando la mancata adozione, nelle more, del regolamento regionale di organizzazione e funzionamento delle strutture per la prevenzione e per la cura dei disturbi del comportamento alimentare.

1.4. Contro tale delibera di revoca, di cui ha dedotto l’illegittimità per cinque motivi, Ma.Vi.San. s.r.l. ha proposto ricorso avanti al T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, chiedendone, previa sospensione, l’annullamento e il conseguente risarcimento del danno.

1.5. Si è costituita nel primo grado del giudizio l’Azienda resistente per chiedere la reiezione del ricorso.

1.6. Il T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, con l’ordinanza n. 348 del 2015, ha sospeso il provvedimento di revoca.

1.7. Successivamente l’Azienda, con delibera n. 130 dell’8 febbraio 2016 del Direttore Generale, ha attivato una completa revisione del procedimento e ha provveduto ad annullare in via di autotutela la convenzione e tutti gli atti prodromici alla stessa, a partite dalla decisione di far fronte al fabbisogno di cura nel settore dei DCA tramite cooperazione con le strutture private.

1.8. Avverso tale ulteriore delibera la società ha proposto motivi aggiunti, deducendo cinque censure, e ne ha chiesto l’annullamento, con conseguente risarcimento del danno.

1.9. L’Amministrazione ha chiesto la reiezione anche di tali motivi aggiunti.

1.10. Il T.A.R. per la Puglia, sede di Bari, con la sentenza n. 867 del 7 luglio 2016, ha dichiarato improcedibile il ricorso originario, essendo sopraggiunta la delibera n. 130 dell’8 febbraio 2016, e ha respinto i motivi aggiunti con la connessa domanda risarcitoria.

2. Avverso tale sentenza ha proposto appello Ma.Vi.San. s.r.l., deducendo sei motivi che saranno di seguito esaminati, e ne ha chiesto la riforma, con conseguente annullamento della delibera n. 130 dell’8 febbraio 2016 e risarcimento del danno, previo, se del caso, espletamento di c.t.u. per la sua quantificazione.

2.1. Si è costituita l’Azienda appellata, che con memoria difensiva depositata il 14 febbraio 2017 ha replicato alle avversarie censure.

2.2. Nella pubblica udienza del 2 marzo 2017 il Collegio, sentiti i difensori delle parti, ha trattenuto la causa in decisione.

3. Con il primo motivo (pp. 11-13 del ricorso) l’odierna appellante chiede a rimessione della causa al primo giudice per essersi celebrata l’udienza di discussione in primo grado senza il rispetto dei termini di cui all’art. 71 c.p.a. e per avere il primo giudice dichiarato inammissibile una parte del ricorso – in particolare il quarto dei motivi aggiunti – per difetto di interesse senza l’avviso di cui all’art. 73, comma 3, c.p.a.

3.1. Il motivo è destituito di fondamento.

3.2. La presente controversia è, infatti, soggetta alla dimidiazione dei termini di cui all’art. 119, comma 2, c.p.a., avendo ad oggetto la revoca e, poi, l’annullamento d’ufficio dell’affidamento della gestione dei servizi ed attività per la prevenzione e la cura dei disturbi del comportamento alimentare.

3.3. Lo stesso ricorso di primo grado, proposto dall’odierna appellante, è rubricato «ricorso ex art. 119», non lasciando alcun dubbio, proprio per lo stesso comportamento processuale di Ma.Vi.San. s.r.l., che essa stessa abbia inteso incardinare la controversia in materia – quella dei pubblici appalti – soggetta alla disciplina processuale dell’art. 119 c.p.a.

3.4. Peraltro, come ha correttamente eccepito la difesa dell’Azienda nella memoria depositata il 14 febbraio 2017, le parti si sono sempre avvalse, nel corso del primo grado del giudizio, della dimidiazione dei termini per il deposito delle proprie memorie difensive e dei documenti.

3.5. Quanto alla declaratoria di inammissibilità dei motivi aggiunti, che non sarebbe stata preceduta dall’avviso di cui all’art. 73, comma 3, c.p.a., tale inammissibilità è stata eccepita dalla difesa dell’Azienda nella memoria difensiva del 2 maggio 2016 avanti al T.A.R., che ha accolto la relativa eccezione, senza rilevare d’ufficio la questione in difetto di contraddittorio, come invece a torto presuppone l’odierna appellante.

3.6. Il motivo, pertanto, va respinto, in quanto infondato.

4. Con il secondo motivo (pp. 13-17 del ricorso) l’odierna appellante lamenta la violazione dell’art. 21-nonies, comma 1, della l. n. 241 del 1990 perché assume che illegittimamente il primo giudice abbia ritenuto che il termine di 18 mesi per l’esercizio del potere di autotutela decorresse dall’ultimo atto annullato e non dagli atti prodromici, risalenti finanche al 2013, che hanno dato l’avvio alla procedura di cui è causa.

4.1. Il motivo è infondato.

4.2. Correttamente il primo giudice ha ritenuto, infatti, che il dies a quo per computare il termine di 18 mesi, previsto dall’art. 21-nonies, comma 1, della l. n. 241 del 1990, decorresse dall’emanazione del provvedimento attributivo di un effettivo vantaggio economico, costituito, nel caso di specie, dalla deliberazione n. 974 del 2 settembre 2014, con la quale all’odierna appellante è stato affidato il servizio ed è stato approvato lo schema della relativa convenzione (p. 12 della sentenza impugnata).

4.3. È solo questo, in effetti, il momento effettivo dal quale è possibile far decorrere tale termine, in quanto gli atti prodromici della procedura di gara non potevano attribuire alcun vantaggio economico, concretizzatosi soltanto con la detta deliberazione, recante l’affidamento del servizio.

4.4. Coglie nel segno anche l’ulteriore osservazione del T.A.R., secondo cui il lasso di tempo trascorso tra tale deliberazione e l’annullamento – 17 mesi e 6 giorni – risulta nel caso di specie ragionevole, in quanto il servizio di cui è causa non ha avuto nemmeno un principio di esecuzione e, inoltre, già prima dello stesso annullamento l’affidamento del servizio era stato revocato con la deliberazione n. 315 del 2015, circa cinque mesi dopo la sottoscrizione dell’accordo.

4.5. Le censure sul punto formulate dall’appellante (pp. 16-17 del ricorso) non appaiono condivisibili, perché, proprio per le ragioni sin qui vedute, non si era consolidato alcune legittimo affidamento del privato sul consolidamento dei propri diritti e sull’esecuzione del contratto.

5. Con il terzo motivo (pp. 17-21 del ricorso) l’odierna appellante lamenta che erroneamente il primo giudice avrebbe ritenuto inammissibile la violazione dell’art. 7 della l. n. 241 del 1990, così addossando al privato oneri invece incombenti all’Amministrazione.

5.1. L’appellante eccepisce, anzitutto, che l’annullamento d’ufficio è un provvedimento tutt’altro che vincolato, ai sensi e per gli effetti dell’art. 21-octies della l. n. 241 del 1990, e che non può trovare applicazione, come ha ritenuto il primo giudice, l’art. 21-octies, comma 2, ultimo periodo, della stessa l. n. 241 del 1990.

5.2. In subordine Ma.Vi.San. s.r.l. deduce di non ritenere condivisibile l’assunto del T.A.R., secondo il quale essa avrebbe dovuto allegare quali siano gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione.

5.3. Tale interpretazione, secondo l’appellante, sfugge alla lettera della legge che, al contrario, onera l’Amministrazione di dimostrare in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

5.4. L’art. 21-octies, comma 2, della l. n. 241 del 1990 si riferisce a casi nei quali l’Amministrazione ha già violato la legge e privato il cittadino del diritto alla partecipazione procedimentale, sicché deve essere l’Amministrazione a dimostrare che la riscontrata illegittimità non possa condurre anche all’annullamento dell’atto.

5.5. Infine, rileva l’appellante, la ricorrente aveva comunque indicato in giudizio gli elementi conoscitivi che avrebbero potuto portare il procedimento amministrativo di annullamento ad esito diverso e consentito al giudice di verificare l’eventuale incidenza sostanziale dell’omessa partecipazione al procedimento sul contenuto dell’atto finale.

5.6. Il motivo è infondato e va respinto.

5.7. Il T.A.R. per la Puglia ha correttamente rilevato, infatti, che non è possibile apprezzare quale sia l’effettivo interesse ritraibile dall’accoglimento della censura in esame, non avendo la ricorrente allegato «gli elementi conoscitivi che sarebbero stati presumibilmente introdotti nel procedimento di riesame e suscettibili di determinarne un diverso esito procedimentale, in tal modo non consentendo al giudice di verificare l’eventuale incidenza sostanziale dell’omessa partecipazione procedimentale sul contenuto dell’atto finale» (p. 11 della sentenza impugnata).

6. Si tratta di valutazione immune da censura perché rispondente al consolidato orientamento di questo Consiglio di Stato,

6.1. L’art. 21-octies, comma secondo, della l. n. 241 del 1990 prevede, nel primo periodo, che «non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato» e, nel secondo periodo, che «il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato».

6.2. Questa disposizione distingue due diverse fattispecie.

6.3. La prima è generale e riguarda il caso in cui l’attività amministrativa sia vincolata e l’Amministrazione abbia violato una disposizione che contempla un requisito formale o procedimentale.

6.4. La seconda ha carattere particolare e riguarda il caso in cui sia violata la disposizione che contempla il requisito procedimentale della comunicazione di avvio del procedimento.

6.5. Tale ultima fattispecie, contrariamente a quanto assume l’appellante, si applica in presenza di attività sia vincolata che discrezionale (e anche quando, come nel caso di specie, si tratta di una valutazione di discrezionalità tecnica).

6.6. La più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, facendo riferimento – per ragioni di efficienza e speditezza – a un’accezione sostanzialistica della violazione dell’art. 7 della l. n. 241 del 1990, ha affermato che l’interessato che lamenta la violazione dell’obbligo di comunicazione dell’avvio del procedimento ha anche l’onere di allegare e dimostrare che, grazie alla comunicazione, egli avrebbe potuto sottoporre all’Amministrazione elementi che avrebbero potuto condurla a una diversa determinazione da quella che invece ha assunto.

6.7. «È vero che tale norma pone in capo all’Amministrazione (e non del privato) l’onere di dimostrare, in caso di mancata comunicazione dell’avvio, che l’esito del procedimento non poteva essere diverso», ma «onde evitare di gravare la p.a. di una probatio diabolica (quale sarebbe quella consistente nel dimostrare che ogni eventuale contributo partecipativo del privato non avrebbe mutato l’esito del procedimento), risulta preferibile interpretare la norma in esame nel senso che il privato non possa limitarsi a dolersi della mancata comunicazione di avvio, ma debba anche quantomeno indicare o allegare quali sono gli elementi conoscitivi che avrebbe introdotto nel procedimento ove avesse ricevuto la comunicazione», sicché «solo dopo che il ricorrente ha adempiuto questo onere di allegazione (che la norma implicitamente pone a suo carico), la p.a. sarà gravata dal ben più consistente onere di dimostrare che, anche ove quegli elementi fossero stati valutati, il contenuto dispositivo del provvedimento non sarebbe mutato» e che «ove il privato si limiti a contestare la mancata comunicazione di avvio, senza nemmeno allegare le circostanze che intendeva sottoporre all’Amministrazione, il motivo con cui si lamenta la mancata comunicazione deve ritenersi inammissibile» (Cons. St., sez. VI, 29 luglio 2008, n. 3786).

6.8. Nello stesso senso altre pronunce – Cons. St., sez. V, 18 aprile 2012, n. 2257, Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2014, n. 5989, Cons. St., sez. VI, 4 marzo 2015, n. 1060 – hanno posto in rilievo come l’art. 21-octies debba essere interpretato nel senso di «evitare che l’amministrazione sia onerata in giudizio di una prova diabolica, e cioè della dimostrazione che il provvedimento non avrebbe potuto avere contenuto diverso in relazione a tutti i possibili contenuti ipotizzabili, per cui si deve comunque porre previamente a carico del privato l’onere di indicare, quanto meno in termini di allegazione processuale, quali elementi conoscitivi avrebbe introdotto nel procedimento, se previamente comunicatogli, onde indirizzare l’amministrazione verso una decisione diversa da quella assunta».

6.9. L’onere di allegazione del privato deve consistere nella prospettazione di elementi che, implicando valutazioni di merito (amministrativo o tecnico), possono trovare ingresso esclusivamente nel corso del procedimento sostanziale e non anche nel processo davanti al giudice.

6.10. Gli elementi di legittimità possono, invece, essere allegati anche nel solo processo, con la conseguenza che il giudizio sul vizio procedimentale, se fondatamente lamentato, assorbe il giudizio sulla fondatezza della domanda giudiziale.

6.11. Se invece la domanda, basata su un siffatto motivo, è infondata, il vizio di mancata comunicazione procedimentale non rileva perché la comunicazione, ove effettuata, comunque non avrebbe potuto condurre all’adozione di un provvedimento diverso – a proposito di una tale doglianza – da quello in concreto adottato (v., ex plurimis, Cons. St., sez. VI, 4 marzo 2015, n. 1060).

6.12. Ebbene, tutto ciò considerando, la statuizione del primo giudice è scevra da errore in quanto:

- ha fatto corretta applicazione dei principî ermeneutici relativi all’art. 21-octies della l. n. 241 del 1990 appena ricordati al caso di specie, riferendosi detti principî anche ad un provvedimento a contenuto tipicamente discrezionale qual è l’annullamento d’ufficio;

- ha rilevato che il secondo dei motivi aggiunti proposti in primo grado (pp. 11-12 del relativo ricorso) non conteneva alcuna allegazione degli elementi conoscitivi che l’Amministrazione avrebbe dovuto prendere in considerazione in sede procedimentale;

- ha ritenuto conseguentemente inammissibile, per il suo tenore formalistico e l’assenza di contenuti sostanziali, la violazione inerente alla violazione dell’art. 7 della l. n. 241 del 1990.

6.13. Né tale motivazione è superata dall’obiezione secondo cui la ricorrente aveva comunque, in primo grado, allegato tali elementi conoscitivi, consistenti negli «investimenti effettuati dalla ricorrente (e quindi la valutazione degli interessi della medesima avrebbe potuto comportare un esito diverso del procedimento) e quindi dalle somme richieste con la domanda risarcitoria a motivo delle ingenti spese sostenute facendo affidamento sulla legittimità degli atti della ASL ma anche e soprattutto dalle censure di merito relative al decorso di 18 mesi dalla emanazione degli atti indittivi della gara e dalle osservazioni relative alla legittimità delle originarie delibere ASL e dalla incolpevole posizione della ricorrente» (p. 21 del ricorso).

6.14. Questi elementi attengono, in realtà, alle pretese risarcitorie dell’odierna appellante, come si dirà infondate, e non certo alla valutazione dell’interesse pubblico da parte dell’Azienda che, alla luce delle motivazioni che sorreggono l’annullamento in autotutela, non avrebbero potuto essere diverse, in considerazione del fatto dirimente, come subito si dirà esaminando il quarto motivo di appello, che Ma.Vi.San. s.r.l. non era né autorizzata né accreditata per lo svolgimento del servizio.

6.15. Di qui, anche nel merito, l’infondatezza della censura, sul piano sostanziale, non costituendo detti elementi un reale apporto conoscitivo per la comparazione di interessi che l’Azienda, ma solo, per un verso, contestazioni sulla presunta illegittimità del suo agire e, per altro, singole voci di domanda risarcitoria.

7. Con il quarto motivo (pp. 21-29 del ricorso) l’odierna appellante deduce l’erroneità della sentenza impugnata per avere in parte respinto e in parte dichiarato inammissibile il quarto dei motivi aggiunti per il rilievo, assorbente, che l’Azienda si sarebbe avveduta che Ma.Vi.San. s.r.l. non era dotata dell’autorizzazione regionale necessaria né dell’accreditamento richiesto al fine di partecipare alla selezione indetta dall’Azienda.

7.1. Tale motivazione del provvedimento ha indotto il primo giudice a ritenere legittimo l’annullamento in autotutela, con conseguente irrilevanza delle ulteriori censure formulate dalla ricorrente, per difetto di interesse, in quanto detta motivazione basta, da sola, a giustificare l’emissione del provvedimento.

7.2. L’appellante contesta la statuizione del T.A.R. poiché essa afferma di avere mosso alla deliberazione n. 130 del 2016 una censura, assorbente e di più ampio respiro, tesa in sostanza a stigmatizzare la possibilità di procedere all’annullamento di ufficio per carenza di un elemento (autorizzazione regionale ed accreditamento) non previsto dalla legge di gara e non richiesto al ricorrente che, pertanto, più che legittimamente avrebbe partecipato alla gara ed è stato individuato come destinatario dell’attività sanitaria oggetto dell’avviso.

7.3. L’avere censurato il provvedimento impugnato nella parte in cui, a suo dire illegittimamente, ha ritenuto indispensabile ex post il requisito dell’accreditamento, contrariamente a quanto l’Azienda in principio aveva manifestato e richiesto con l’avviso, avrebbe valenza maggiore – per l’argumentum a maiori – della semplice contestazione in ordine alla necessità, o meno, dell’accreditamento regionale.

7.4. L’accreditamento non solo non era richiesto in nessuno degli atti prodromici all’accordo contrattuale del 3 settembre 2014 né nel Piano della Salute né nelle Linee Guida ministeriali, ma soprattutto, secondo l’appellante, «lo svolgimento di tale attività da parte del privato avrebbe consentito di rimanere fuori dalla rete pubblica senza necessità dell’accreditamento» (p. 24 del ricorso).

7.5. La censura, anche al di là dei profili di inammissibilità eccepiti dall’Amministrazione, è radicalmente infondata.

7.6. Rispetto al dirimente rilievo che la società non possedesse l’autorizzazione regionale né l’accreditamento, come ha rilevato il primo giudice, l’odierna appellante in primo grado si è semplicemente limitata ad eccepire che tali requisiti non erano tra quelli prescritti dall’avviso al fine della partecipazione, senza contestare, dunque, che essa non li possedesse.

7.7. A tale evidente carenza, che una società qualificata operatrice del settore non può certo ignorare, non può certo supplire l’argomento, insostenibile, che lo svolgimento di tale attività, da parte del privato, avrebbe consentito di rimanere fuori dalla rete pubblica, senza necessità dell’accreditamento, essendo al contrario evidente che, nel nostro sistema, quantomeno ai sensi dell’art. 8-quater del d. lgs. n. 502 del 1992 le strutture private, per erogare i servizi di cui è causa, devono essere dotate di autorizzazione regionale e di accreditamento.

7.8. Non giova all’appellante nemmeno eccepire che la sua censura investisse, radicalmente, la illegittimità di un provvedimento che evidenziava l’assenza di un requisito mai prima richiesto, perché Ma.Vi.San. s.r.l. non poteva fare alcun legittimo affidamento sulla circostanza che di tale requisito, sol perché non menzionato espressamente negli atti precedenti, potesse fare a meno, costituendo esso un presupposto implicito, ma necessario, della stessa erogazione del servizio, come essa poteva e doveva ben sapere.

7.9. Di qui, con ogni evidenza, la totale infondatezza della censura, anche nella parte in cui, erroneamente, denuncia la illegittima declaratoria di parziale inammissibilità, per violazione dell’art. 73, comma 3, c.p.a., del quarto motivo aggiunto in ordine alle ulteriori censure con esso sviluppate, dichiarate «assorbite» (p. 14 della sentenza impugnata), dovendosi qui ribadire che detta inammissibilità, come sopra rilevato, era stata puntualmente eccepita dall’Azienda senza che il contraddittorio sia stato violato.

7.10. Peraltro, deve qui solo aggiungersi, non incorre nella violazione del contraddittorio e dell’art. 73, comma 3, c.p.a. la pronuncia che, nel confermare la legittimità di almeno una delle ragioni poste a base del provvedimento ed idonea da sola ad integrarne il corredo motivazionale, dichiari improcedibile per difetto di interesse, nel resto, il ricorso diretto a contestare le altre ragioni, senza averne dato il preventivo avviso previsto dal citata comma 3, stante la sufficienza di tale ragione, oggetto di censura, esaminata nel contraddittorio tra le parti e respinta dal giudice con efficacia assorbente.

7.11. Ne segue che le ulteriori censure mosse nel quarto dei motivi aggiunti correttamente sono state dichiarate inammissibili dal T.A.R. ed esse, qui riproposte dall’appellante, non possono per le stesse trovare ingresso nel presente grado di appello.

8. Con il quinto motivo (pp. 29-35 del ricorso) l’odierna appellante lamenta l’erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha ritenuto che dall’annullamento in autotutela discendere l’inefficacia del contratto.

8.1. Ma.Vi.San. s.r.l. sostiene che, alla luce dei principî affermati dall’Adunanza plenaria nella sentenza n. 14 del 2014, è escluso che l’Amministrazione possa, attraverso i propri poteri di autotutela decisoria, ottenere un risultato in ipotesi superiore a quello ottenibile dal contraente privato in sede giurisdizionale.

8.2. Il contratto, in altri termini, non poteva essere inefficace o, comunque, risolto mediante l’esercizio del potere di autotutela.

8.3. A tal fine l’appellante ripropone la domanda risarcitoria per il danno dell’interesse legittimo leso dallo scorretto esercizio del potere di autotutela.

8.4. Il motivo è infondato.

8.5. La problematica qui sollevata, invero assai complessa e dibattuta, è stata affrontata, tra l’altro, proprio dall’Adunanza plenaria di questo Consiglio che, nella richiamata sentenza n. 14 del 20 giugno 2014, dopo aver escluso che l’Amministrazione possa procedere alla revoca del contratto, di cui all’art. 21-quinquies della l. n. 241 del 1990, dopo la stipula del contratto stesso, ha espressamente ricordato che la possibilità dell’annullamento d’ufficio dell’aggiudicazione definitiva anche dopo detta stipula – al di là del richiamo, contenuto in tale pronuncia, all’art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004, ora abrogato – sia «concordemente riconosciuta in giurisprudenza, con la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto per la stretta consequenzialità funzionale tra l’aggiudicazione della gara e la stipulazione dello stesso».

8.6. Un simile potere di annullamento in autotutela, nel preminente interesse pubblico al ripristino della legalità dell’azione amministrativa anzitutto da parte della stessa Amministrazione procedente, deve quindi riconoscersi a questa anche dopo l’aggiudicazione della gara e la stipulazione del contratto (v., sul punto, Cons. St., sez. V, 26 giugno 2015, n. 3237), con conseguente inefficacia di quest’ultimo, e trova ora un solido fondamento normativo, dopo le recenti riforme della l. n. 124 del 2015, anche nella previsione dell’art. 21-nonies, comma 1, della l. n. 241 del 1990, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell’affidamento di una pubblica commessa.

8.7. Di qui la totale correttezza della sentenza impugnata, laddove ha osservato che «al venir meno con effetti ex nunc del provvedimento di affidamento del servizio conseguente agli evidenziati vizi genetici, senz’altro consegue la caducazione del contratto, in ragione del vincolo di stretta conseguenzialità funzionale che avvince tali atti» (p. 14 della sentenza impugnata).

8.8. Dal che consegue, anche, per l’effetto la infondatezza della domanda risarcitoria, qui riproposta (pp. 31-35 del ricorso), fondata sull’asserita illegittimità dell’esercizio del potere di autotutela nel caso di specie, illegittimità che, invece, deve escludersi per le ragioni sin qui esposte.

9. Con il sesto ed ultimo motivo (pp. 35-42 del ricorso) l’odierna appellante deduce l’erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui ha anche respinto la domanda risarcitoria per la mancanza di adeguata prova in ordine ai danni lamentati, anche con riferimento al c.d. interesse negativo.

9.1. Assume l’appellante che la sentenza debba essere superata, sul punto, dalla produzione documentale, in questo grado del giudizio, con la precisazione che essa non sarebbe stata effettuata in primo grado sia per la ristrettezza dei termini dimezzati sia per la mancata contestazione da parte dell’Azienda.

9.2. Ma.Vi.San. s.r.l. sostiene, in altri termini, di non aver potuto effettuare la produzione documentale nei termini processuali all’uopo previsti e produce, ai sensi dell’art. 104, comma 2, documenti intesi a dimostrare l’esistenza dei danni lamentati e il nesso causale di questo con la condotta asseritamente illegittima dell’Amministrazione.

9.3. Il motivo è destituito di fondamento.

9.4. A dimostrarne l’infondatezza basta il rilievo che il provvedimento dell’Amministrazione è del tutto legittimo, per le ragioni vedute, e che l’odierna appellante nessun affidamento incolpevole poteva fare sulla legittimità dell’affidamento, disposto, come essa ben sapeva, senza che essa fosse dotata di autorizzazione regionale e di accreditamento.

9.5. Difettano, pertanto, tutti i presupposti, sul piano dell’an debeatur, per ritenere una qualsivoglia responsabilità, anche di tipo precontrattuale, nei confronti dell’Amministrazione.

9.6. A ciò si aggiunga che il T.A.R., peraltro, ha correttamente rilevato, anche quanto alla prova del danno, che questa non sia stata offerta dall’odierna appellante, che ha depositato in primo grado una consulenza tecnica di parte, contenente un elenco di voci di danno, alle quali tuttavia non è stato allegato alcun documento giustificativo, pur essendo tali documenti nella disponibilità di Ma.Vi.San. s.r.l.

9.7. Si tratta di rilievo processuale corretto, preciso, non contestato dalla stessa appellante che inutilmente si sforza di invocare l’art. 104, comma 2, c.p.a., a fronte di tale vuoto probatorio non giustificabile né per la ristrettezza dei termini né per la condotta processuale dell’Azienda (che ha contestato in radice la domanda risarcitoria), per produrre inammissibilmente in questa sede documenti nuovi, che dovevano essere ritualmente prodotti in primo grado.

9.8. Del pari corretti, immuni da censura e, sostanzialmente, incontestati dalla stessa appellante sono i plurimi e puntuali rilievi del primo giudice (pp. 17-19 della sentenza impugnata) in ordine al difetto di qualsiasi nesso di causalità tra le numerose voci di danno e l’asserita condotta antigiuridica dell’Amministrazione, comunque – deve qui ribadirsi – insussistente.

9.9. Di qui, anche per tale aspetto, l’infondatezza della censura in esame, con conseguente reiezione della domanda risarcitoria da essa veicolata.

9.10. Ne segue anche la reiezione dell’istanza finalizzata a disporre una c.t.u. per la liquidazione del danno, istanza infondata sia per l’assenza di una condotta antigiuridica dell’Amministrazione, necessario presupposto di qualsivoglia responsabilità, sia per la sua natura esplorativa.

10. In conclusione, per le ragioni esposte, l’appello, in tutti i suoi motivi, è privo di fondamento e va respinto, con conseguente conferma della sentenza impugnata.

11. La complessità di molte questioni giuridiche sopra esaminate giustifica l’integrale compensazione delle spese inerenti al presente grado di giudizio tra le parti.

11.1. Rimane definitivamente a carico dell’odierna appellante il contributo unificato corrisposto per la proposizione del gravame.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull’appello, come in epigrafe proposto da Ma.Vi.San. s.r.l., lo respinge e, per l’effetto, conferma la sentenza impugnata.

Compensa interamente tra le parti le spese del presente grado di giudizio.

Pone definitivamente a carico di Ma.Vi.San. s.r.l. il contributo unificato corrisposto per la proposizione del gravame.

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

Così deciso in Roma, nella camera di consiglio del giorno 2 marzo 2017, con l’intervento dei magistrati:

Marco Lipari, Presidente

Manfredo Atzeni, Consigliere

Raffaele Greco, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere, Estensore

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

**N. 01059/2017 REG.PROV.CAU.**
**N. 00826/2017 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**Il Consiglio di Stato**
**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta**

ha pronunciato la presente

**ORDINANZA**

sul ricorso numero di registro generale 826 del 2017, proposto da:

Antonio Illuzzi, rappresentato e difeso dall'avvocato Giacomo Valla, domiciliato ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

***contro***
Comune di Foggia, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Domenico Dragonetti, con domicilio eletto presso lo studio Vania Romano in Roma, viale G. Mazzini, 6;
***nei confronti di***
La Nuova Costruzione s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Vito Aurelio Pappalepore, domiciliata ex art. 25 c.p.a.la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato, in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;
***per la riforma***
dell'ordinanza cautelare del T.A.R. PUGLIA – BARI, SEZIONE I n. 00070/2017, resa tra le parti;

Visto l'art. 62 cod. proc. amm;
Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Foggia e de La Nuova Costruzione s.r.l.;
Vista la impugnata ordinanza cautelare del Tribunale amministrativo regionale di reiezione della domanda cautelare presentata dalla parte ricorrente in primo grado;
Viste le memorie difensive;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2017 il Cons. Paolo Troiano e uditi per le parti gli avvocati Valla, Dragonetti e Pappalepore;

Premesso che con ricorso proposto davanti al Tribunale amministrativo regionale per la Puglia, sede di Bari, l’odierno appellante aveva impugnato, con unico ricorso sia “la determinazione dirigenziale del 27 dicembre 2016, n. 1351”, recante aggiudicazione definitiva dell’appalto per l’affidamento di lavori di messa in sicurezza di un edificio scolastico in favore dell’impresa La Nuova Costruzione s.r.l., sia “ogni altro atto presupposto, connesso e consequenziale, compresi i verbali e le determinazioni della commissione, con specifico riguardo alla determinazione di ammissione alla gara de La Nuova Costruzione s.r.l. e alle valutazioni del relativo progetto tecnico; nonché della nota a firma del responsabile del procedimento prot. n. 6204 del 20.1.2017”, e, per quanto rileva nella presente sede cautelare, aveva chiesto la “previa sospensiva” di tutti gli indicati atti,
Premesso, altresì, che il Tribunale adito decideva sulle istanze cautelari proposte con l’ordinanza oggetto di appello ritenendo che “la questione prospettata da parte ricorrente merita l'approfondimento della fase di merito in relazione alla natura delle censure dedotte, che comunque non configurano i necessari presupposti per la sospensione dell'atto impugnato sotto il profilo del *periculum*” e fissava l’udienza di merito alla data del 7 giugno 2017, senza che venisse affrontata, nella sede cautelare di primo grado, né su eccezione di parte né d’ufficio, la questione di rito in ordine alla proponibilità con unico ricorso di domande avverso l’ammissione e l’aggiudicazione definitiva, in relazione alla disciplina cui all’articolo 120 del codice del processo amministrativo, come modificato e integrato dal d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;
Premesso, infine, che il ricorrente in primo grado impugnava la citata ordinanza cautelare riproponendo dinanzi al Consiglio di Stato tutte le domande cautelari rigettate nel primo grado in relazione sia all’atto di ammissione sia al provvedimento di aggiudicazione definitiva, dei quali chiedeva la sospensiva;
Considerato, in primo luogo, che, come già ritenuto da questa Sezione con ordinanza del 6 marzo 2017, n. 948, è ammissibile la proposizione e trattazione di istanze cautelari avverso gli atti di esclusione da procedure di affidamento o avverso gli atti di ammissione alla stessa, non essendo l’applicazione delle norme in materia di tutela cautelare incompatibile con la disciplina dettata dall’art. 120, commi 2-*bis* e 6-*bis,* Cod. proc. amm., sicché nulla osta a che un’istanza di sospensiva avverso un atto di ammissione possa esaminarsi in primo grado e, per quanto interessa, in sede di appello avverso la relativa ordinanza cautelare di rigetto;
Considerato che, ad avviso della Sezione, non può invece ritenersi ammissibile la proposizione di domande, cautelari e di merito, avverso l’aggiudicazione definitiva nell’ambito di un ricorso a tutela anticipata, preliminare e autonomo, che segue uno schema speciale nel contesto del già speciale “rito appalti”,proposto avverso un atto di ammissione e assoggettato come tale alla disciplina processuale dei commi 2-*bis* e 6-*bis* del citato articolo 120 Cod. proc. amm. – rito chiamato in dottrina“specialissimo” o “super speciale”, distinto per le speciali condizioni dell’azione e per la struttura del giudizioe finalizzato alla rapida costituzione di certezze giuridiche poi incontestabili sui protagonisti della gara-, dovendo, invece, anche agli strumentali fini cautelari trattarsi il ricorso avverso l’aggiudicazione definitiva secondo l’usuale rito, pur “speciale”, disciplinato dai restanti commi del citato articolo 120;
Considerato che la relativa questione di rito – indicata da questogiudice dell’appello cautelare alle parti alla camera di consiglio del 9 marzo 2017 con gli effetti dell’art. 73, comma 3, Cod. proc. amm. - è rilevabile d’ufficio anche in sede di gravame ed è apprezzabile, ai relativi fini, anche nella presente sede dell’appello cautelare, in quanto *“i riti speciali e il loro ambito applicativo sono stabiliti dalla legge, per ragioni che rientrano nelle scelte discrezionali del legislatore […] e pertanto l’applicazione del rito è doverosa ed oggettiva, e non vi è spazio per una scelta del rito, o sua disapplicazione, ad opera delle parti o del giudice”,*e ritenuto, altresì, che *“nel processo amministrativo non possono trovare applicazione pedissequa i principi enunciati dalla Cassazione in tema di erronea scelta del rito da parte del giudice”* perché in tale processo*“i riti non rientrano nella disponibilità delle parti o del giudice, essendo imposti dalla legge per ragioni di interesse pubblico”*(Cons. Stato, Ad. plen., 9 agosto 2012, n. 32);
Ritenuto, in particolare, che non sussistano nel caso di specie i presupposti per la possibile trattazione nello stesso giudizio di domande, pur cautelari, connesse soggette a questi riti, ai sensi dell’articolo 32, comma 1, Cod. proc. amm., anzitutto per ragioni testuali in quanto tale disposizione non può trovare applicazione nel caso di riti entrambi previsti dal Titolo V del Libro IV, Cod. proc. amm.;
Ritenuto, altresì, che un’interpretazione della vigente disciplina processuale nel senso di ammettere il cumulo e la trattazione congiunta delle domande con applicazione ad entrambe del rito “speciale” in luogo del rito “specialissimo” o “super speciale” apparirebbe in contrasto non solo con la *ratio* della disciplina dettata dai citati commi 2-*bis* e 6-*bis*, in quanto – introducendo surrettiziamente un terzo rito,misto tra i due - ostacolerebbe il conseguimento sistematico delle finalità che con il rito dell’art. 120, comma 2-*bis*la nuova norma intenderealizzare; ma anche con le ricordate e distinte condizioni dell’azione e struttura del rito anticipato,che - a differenza di quanto avviene per altre azioni del processo amministrativo - non possono né essere confuse con le usuali, né esservi assorbite o assorbirle; del resto la novella all’art. 120 disegna per le gare pubbliche un nuovo modello complessivo di contenzioso a duplice sequenza, disgiunto per fasi successive del procedimento di gara, dove la raggiunta certezza preventiva circa la *res controversa* della prima è immaginata come presupposto di sicurezza della seconda;
Ritenuto, pertanto, che – anche nel quadro del procedimento cautelare –nel caso di proposizione con unico ricorso di domanda di annullamento avverso l’atto di ammissione di un concorrente e di domanda avverso l’atto di aggiudicazione definitiva in favore del medesimo debba ritenersi ritualmente proposta, ed esaminarsi, la sola domanda avverso l’atto di ammissione, secondo l’ordine di priorità logica e processuale dei due riti disciplinati dall’art. 120 Cod. proc. amm., mentre la domanda (qui cautelare) proposta avverso l’aggiudicazione definitiva deve ritenersi non ritualmente introdotta e come tale inammissibile;
Considerato, inoltre, che la ritenuta inammissibilità del ricorso (cautelare, come poi di merito) nella parte in cui è diretto anche all’annullamento dell’atto di aggiudicazione non rende inammissibile e non preclude, nel presente processo, l’esame del ricorso avverso l’atto di ammissione e della relativa domanda cautelare;
Considerato, infatti, che il ricorrente ha proposto il ricorso cumulativo osservando anche i termini per l’impugnazione dell’aggiudicazione definitiva, rendendo possibile la riassunzione dell’inerente azione davanti al primo giudice;
Considerato che si ravvisano, comunque, i presupposti per l’applicazione della disciplina in materia di errore scusabile, essendosi in presenza di obiettive ragioni di incertezza sull’interpretazione della disciplina processuale applicabile nonché di una diversa giurisprudenza del giudice qui adito in primo grado e tenuto conto anche del fatto che la questione non è stata eccepita o rilevata nel primo grado del presente giudizio (v. ancora Cons. Stato, Ad. plen., n. 32 del 2012);
Ritenuto, pertanto, che nel caso di specie l’aggiudicazione definitiva non è divenuta inoppugnabile, in quanto nulla osta a che il Tribunale amministrativo adito, all’udienza già fissata per il 7 giugno 2017, su apposita istanza del ricorrente originario diretta a far riassumere e trattare il giudizio contro l’aggiudicazione (e gli atti digara diversi da quelli dell’art. 120, comma 2-*bis*)con il rito previsto,proceda a disporre la separazione dei giudizi e fissi a udienza pubblica la trattazione delle domande avverso l’atto di aggiudicazione (e gli atti di gara diversi da quelli dell’art. 120, comma 2-*bis*), nel distinto rispetto del relativo rito“speciale” e secondo una numerazione autonoma nel ruolo; e che – per ciò che segnatamente concerne lo strumentale giudizio cautelare qui impropriamente dedotto, sempre su istanza di riassunzione provveda alla trattazione -in camera di consiglio da fissare - della già proposta domanda cautelare avverso l’aggiudicazione e gli atti di gara diversi da quelli dell’art. 120, comma 2-*bis* (essendo per le dette ragioni nulla e priva di effetti la trattazione cautelare già avvenuta in occasione della qui impugnata ordinanza);
Ritenuto, per quanto in premessa e per ciò che concerne il giudizio cautelare, di poter qui procedere all’esame dell’appello con riguardo all’istanza di sospensiva del predetto atto di ammissione, mentre, salvi comunque gli effetti della decisione su tale istanza, non possono direttamente esaminarsi in questa sede domande cautelari avverso successivi atti del procedimento, ivi incluso l’atto di aggiudicazione;
Considerato che il cennato appello cautelare, con riguardo al suddetto capo di ricorso, appare meritevole di accoglimento, sia perché, ad una sommaria valutazione propria della presente sede cautelare, i motivi di ricorso con cui si fa valere l’illegittimità dell’ammissione dell’impresa aggiudicataria appaiono allo stato assistiti dal requisito del *fumus boni iuris*, sia perché può ritenersi provato il rischio di un pregiudizio grave e irreparabile per il ricorrente nelle more del giudizio;

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), accoglie in parte l'appello (Ricorso numero: 826/2017) e, per l'effetto, in parziale riforma dell'ordinanza impugnata, accoglie l'istanza cautelare in primo grado nei termini e limiti di cui in motivazione. Dispone quanto in motivazione circa la separazione del giudizio inerente la domanda cautelare avverso l’aggiudicazione e la sua possibile riassunzione per errore scusabile.
Si ravvisano giusti motivi per compensare tra le parti le spese della fase cautelare in ragione della complessità e novità delle questioni trattate.
La presente ordinanza sarà eseguita dall'Amministrazione ed è depositata presso la segreteria della Sezione che provvederà a darne comunicazione alle parti.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 9 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:
Giuseppe Severini, Presidente
Paolo Troiano, Consigliere, Estensore
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere
Raffaele Prosperi, Consigliere
Valerio Perotti, Consigliere

N. 00226/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00823/2016 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Emilia Romagna
(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 823 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
F.C. San Lazzaro Calcio A.S.D., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Stefano Zunarelli C.F. ZNRSFN55S23A944F, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via Santo Stefano 43;
contro
Comune di San Lazzaro di Savena, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Franco Mastragostino C.F. MSTFNC47E07A059Q, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, p.zza Aldrovandi 3;
nei confronti di
Real San Lazzaro Asd, Carlo Stanghellini non costituiti in giudizio;
per l'annullamento
della delibera di Giunta comunale del Comune di San Lazzaro n.118 del 30 giugno 2016 che ha deliberato le linee di indirizzo per la concessione della gestione dell'impianto sportivo "Stadio Comunale" ubicato a San Lazzaro di Savena via Kennedy 61;
della determina dirigenziale n. 543 del 15 luglio 2016 del Comune di San Lazzaro di Savena e dei relativi allegati, in particolare dell'all. A) bando di gara per la concessione in uso dell'impianto sportivo "Stadio Comunale" ubicato a S. Lazzaro di Savena, V. Kennedy 61 e dell'all. B) capitolato d'oneri per la concessione in uso dell'impianto sportivo Stadio Kennedy ubicati in San Lazzaro di Savena via Jussi;
della determina dirigenziale n.652 del 23 agosto 2016 del Comune di San Lazzaro di Savena;
della determina dirigenziale n.740 del 26 settembre 2016 del Comune di San Lazzaro di Savena (di cui è stata data comunicazione alla F.C. San Lazzaro Calcio A. s.d. in data 26 settembre a mezzo di posta elettronica certificata con cui il Comune ha provveduto ad aggiudicare definitivamente alla Real San Lazzaro la gara ad evidenza pubblica per la concessione in uso dell'impianto sportivo "Stadio Comunale "ubicato a S. Lazzaro di Savena via Kennedy n.61);
dei verbali della prima seduta di gara, di data 25 agosto 2016 della seconda seduta di gara, di data 29 agosto 2016 della terza seduta di gara, di data 30 agosto 2016 e della quarta seduta di gara, di data 30 agosto 2016;
della comunicazione del Comune di San Lazzaro di Savena del 13 ottobre 2016 Prot.40318 con cui il Comune riscontrava l'istanza di accesso agli atti della San Lazzaro Calcio;
del verbale di presa visione dello stato di fatto dell'impianto sportivo Stadio Comunale ubicato a San Lazzaro di Savena via Kennedy 61 e contestuale consegna delle chiavi di data 10 ottobre 2016 prot.39577/2016;
nonché per l'annullamento di tutti gli ulteriori provvedimenti del Comune, e il contratto per la concessione in uso con la Real San Lazzaro;
nonché
qualora stipulato in pendenza di ricorso, per la dichiarazione di inefficacia del contratto tra il Comune e la Real San Lazzaro, con subentro della ricorrente nello stesso ovvero, in subordine, per il risarcimento del danno per equivalente ai sensi dell’art. 124/1 c.p.a.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di San Lazzaro di Savena;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 28 febbraio 2017 la dott.ssa Maria Ada Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con il ricorso in epigrafe è stato chiesto l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia, dei seguenti atti :
a). della delibera di Giunta comunale del Comune di San Lazzaro n.118 del 30 giugno 2016 che ha deliberato le linee di indirizzo per la concessione della gestione dell'impianto sportivo "Stadio Comunale" ubicato a San Lazzaro di Savena, via Kennedy 61;
b). della determina dirigenziale n.543 del 15 luglio 2016 del Comune di San Lazzaro di Savena e dei relativi allegati, in particolare dell'all. A) bando di gara per la concessione in uso dell'impianto sportivo "Stadio Comunale" ubicato a S. Lazzaro di Savena, V. Kennedy 61 e dell'all. B) capitolato d'oneri per la concessione in uso dell'impianto sportivo Stadio Kennedy ubicati in San Lazzaro di Savena via Jussi;
c). della determina dirigenziale n.652 del 23 agosto 2016 del Comune di San Lazzaro di Savena;
d). della determina dirigenziale n.740 del 26 settembre 2016 del Comune di San Lazzaro di Savena (di cui è stata data comunicazione alla F.C. San Lazzaro Calcio A. s.d. in data 26 settembre a mezzo di posta elettronica certificata) con cui il Comune ha provveduto ad aggiudicare definitivamente alla Real San Lazzaro la gara ad evidenza pubblica per la concessione in uso dell'impianto sportivo "Stadio Comunale "ubicato a S. Lazzaro di Savena via Kennedy n.61;
e). dei verbali della prima seduta di gara, di data 25 agosto 2016; della seconda seduta di gara, di data 29 agosto 2016; della terza seduta di gara, di data 30 agosto 2016; e della quarta seduta di gara, di data 30 agosto 2016;
f). della comunicazione del Comune di San Lazzaro di Savena del 13 ottobre 2016 Prot.40318 con cui il Comune riscontrava l'istanza di accesso agli atti della San Lazzaro Calcio;
g). del verbale di presa visione dello stato di fatto dell'impianto sportivo Stadio Comunale ubicato a San Lazzaro di Savena via Kennedy 61 e contestuale consegna delle chiavi di data 10 ottobre 2016 prot.39577/2016.
Il ricorso è stato affidato ai seguenti 7 motivi di diritto :
1). Illegittimità degli atti di gara per violazione degli artt. 167 e 71 DLGS 50/2016 e art. 97 Cost., del principio di trasparenza e della par condicio competitorum, nonchè eccesso di potere sotto il profilo della omissione delle indicazioni minime previste dal codice dei contratti pubblici, omessa indicazione del valore della concessione;
2). Illegittimità degli atti di gara per violazione degli artt. 30, 95, comma 1 e 171 DLGS 50/2016, art. 97 Cost., principi di trasparenza, imparzialità e par condicio competitorum, nonché eccesso di potere sotto il profilo della omessa fissazione dei criteri di valutazione;
3). Illegittimità degli atti di gara per violazione deli artt. 30,95 comma 1 e 171 del DLGS 50/2016, art. 97 Cost., principi di trasparenza imparzialità e par condicio competitorum sotto altro profilo; omessa indicazione delle tariffe applicabili per l’uso dell’impianto;
4). Violazione di legge in relazione ad art. 30 Codice contratti pubblici e art. 3 L. 241/90 per carenza di motivazione dell’atto impugnato;
5). Violazione di legge in relazione agli artt. 30 e 97 DLGS 50/2016 in relazione alla garanzia di qualità delle prestazioni e alle offerte anormalmente basse nonchè violazione di legge in relazione ai principi di buon andamento e imparzialità della PA ex art. 97 Cost.;
6). Violazione di legge in relazione ad art. 53 DGS 50/2016, degli artt. 2 e seg. L. 241/90 nonchè violazione di legge in relazione ai principi di buon andamento e imparzialità della PA ex art. 97 Cost.;
7). Violazione di legge in relazione ad art. 77 DLGS 50/2016 in relazione alla formazione della commissione di aggiudicazione, nonchè violazione di legge in relazione ai principi di buon andamento, e imparzialità della PA ex art. 97 Cost.
In data 15.12.2016 la ricorrente ha depositato motivi aggiunti per l’impugnazione del provvedimento di diniego di accesso. I motivi aggiunti sono stati già decisi dal Collegio con sentenza di improcedibilità n. 31/2017 del 17.1.2017.
Il Comune di San Lazzaro di Savena ha depositato in giudizio alcune repliche ( in data 11.11.2016; 5.1.2017; 16.2.2017).
Giova richiamare – in via preliminare - gli eventi in punto di fatto :
a). nella stagione 2015/2016 il Comune di San Lazzaro ha provveduto a curare direttamente la gestione degli impianti sportivi costituenti il complesso sportivo di <via Kennedy mettendo lo stesso a disposizione degli interessati previo pagamento di un corrispettivo>;
b). con determina dd. 543 del 15.7.2016 il Comune ha approvato la relativa disciplina di gara (capitolato di oneri e bando di gara); in proposito ha ritenuto preferibile affidare la gestione a un soggetto terzo indicendo la gara per la concessione della gestione dell’impianto sportivo Stadio comunale ubicato a San Lazzaro di Savena, via Kennedy n. 61, per la durata di 3 anni, eventualmente rinnovabile per altri 2; al punto 5 è stato fissato il prezzo e base di gara;
c). in data 25-30 .8.2016 si sono tenute le sedute pubbliche di apertura delle buste di partecipazione alla gara dei soggetti che avevano presentato offerta;
d), in data 30.8.2016 l’importo indicato in quella presentata dal Real San Lazzaro ASD è risultato maggiore rispetto all’importo indicato dalla ricorrente;
e). con dd n. 740 del 26.9.2016 è stata data comunicazione alla ricorrente della aggiudicazione definitiva in favore della Real San Lazzaro ASD. La ricorrente si è classificata al 2° posto.
Tanto premesso il ricorso è infondato e deve essere respinto.
I primi 3 motivi possono essere trattati congiuntamente per motivi di connessione oggettiva.
1-3). Con il primo motivo la ricorrente lamenta che il bando di gara si <limita ad indicare il prezzo a base di gara individuandolo nella realizzazione di interventi di manutenzione straordinaria per un importo a base di gara pari a € 50.000 + IVA senza però fare alcun accenno alla stima del fatturato generato dalla gestione dell’impianto>. A suo avviso l’operazione sarebbe causa di illegittimità del bando e renderebbe dubbia la scelta sull’applicazione della disciplina applicabile al caso di specie in relazione alle soglie di rilevanza europea.
Con il secondo motivo la ricorrente sostiene che la PA ha formulato nel bando criteri di aggiudicazione della gara che riconoscono una discrezionalità amministrativa del tutto contraria ai principi di legge; a suo avviso, poi, i criteri di valutazione, formulati al punto 8 del bando impugnato, sono affetti da un evidente vizio di genericità e sono sprovvisti dell’indicazione del sub valore cui avrebbe dovuto fare riferimento la commissione aggiudicatrice.
Infine, con il terzo motivo l’interessata lamenta che gli atti di gara non hanno consentito agli operatori la presentazione di un’offerta economica consapevole. Ribadisce che, allo stato, non essendo stata fornita la stima del fatturato relativo alla gestione dell’impianto per i futuri 5 anni e non potendo neppure conoscere le tariffe che l’aggiudicataria dovrà applicare nei confronti dei fruitori dell’impianto, nessuna delle offerenti, e degli altri potenziali partecipanti alla gara, è stata posta in condizione di formulare una offerta consapevole.
Il Comune ha depositato ultima memoria di replica in data 16.2.2017:
a). in relazione ai primi tre motivi ha eccepito la tardività dell’impugnazione in quanto avrebbe dovuto essere fatta valere nel termine decadenziale decorrente dalla pubblicazione della medesima disciplina di gara.
Sostiene il Comune che i primi 3 motivi censurano le prescrizioni della gara che imporrebbero oneri assolutamente incomprensibili o sproporzionati.
Il ricorrente sostiene infatti che la lex concorsualis :
a). non prevederebbe una base d’asta conforme a quanto prescritto dagli artt. 167 e 71 del DLGS 50/2016;
b). contemplerebbe, in violazione dell’art. 95 e 171 DLGS 50/2016, criteri di valutazione generici e suscettibili di attribuire alla stazione appaltante una discrezionalità contraria a legge;
c). non contemplerebbe la stima del fatturato relativo alla gestione dell’impianto.
Il Collegio condivide la predetta eccezione preliminare.
Si condivide la tesi della controparte circa il fatto che vi è una capacità lesiva immediata della lex specialis che - pertanto - andava impugnata immediatamente.
Come noto, l’impugnativa autonoma del bando proposta nella qualità di mero partecipante alla procedura è inammissibile in mancanza della deduzione di vizi comportanti l’esclusione dalla partecipazione alla gara, per carenza di lesione concreta ed attuale (e quindi per carenza di interesse), considerato che, in tal caso, la lesione si verifica (e l’interesse sorge) solo a seguito dell’eventuale esito finale negativo della procedura (cfr., ex plurimis, C.d.S., Sez. VI, 3 aprile 2003, n. 1716, secondo cui <<il bando di gara, normalmente impugnabile con l'atto applicativo, conclusivo del procedimento concorsuale, deve essere considerato immediatamente impugnabile solo allorché contenga clausole impeditive dell'ammissione dell'interessato alla selezione>>).
A fronte, infatti, di una clausola illegittima della lex specialis di gara, ma non impeditiva della partecipazione, il concorrente non è ancora titolare di un interesse attuale all'impugnazione, poiché non sa ancora se l'astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si risolverà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in un’effettiva lesione della situazione soggettiva che solo da tale esito può derivare (in questo senso si veda T.a.r. Lombardia - Milano, sez. III, n. 1072/2013, Cons. Stato Sez. V, 03-06-2015, n. 2713, Cons. Stato Sez. V, 16-09-2011, n. 5188, Cons. Stato Sez. III, 10-12-2013, n. 5909 Cons. Stato Sez. VI, 08-02-2016, n. 510, Cons. Stato Sez. V, 24-08-2010, n. 5919).
Nel caso di specie, tuttavia, i vizi dedotti andavano tempestivamente proposti avverso la lex specialis.
4). Può passarsi pertanto all’esame del 4° motivo di ricorso.
Con questo il ricorrente lamenta la violazione dei principi di imparzialità e buon andamento della PA e il difetto di motivazione. A suo avviso la determina dd n. 740 del 26.9.2016 omette di fornire qualsiasi motivazione in relazione agli approdi della Commissione dando atto solo della avvenuta aggiudicazione della concessione a favore del Real San Lazzaro.
Controparte chiarisce invece che l’atto in questione fa proprie le risultanze della gara espresse nei verbali e a questi fa riferimento.
Si tratta di motivazione per relationem.
Come noto, la motivazione di un provvedimento amministrativo consiste nella enunciazione delle ragioni di fatto e nella individuazione delle relative norme di diritto che ne hanno giustificato il contenuto, ed è finalizzata a consentire al destinatario del provvedimento la ricostruzione dell'iter logico-giuridico che ha determinato la volontà dell'Amministrazione consacrata nella determinazione a suo carico adottata. (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2003, n. 5868; idem, Sez. V, 18 dicembre 2003, n. 8341; idem, Sez. VI, 3 marzo 2004, n. 1047; idem, Sez. IV, 22 settembre 2005, 4982; cit. n. 1750 del 2006).
La motivazione degli atti amministrativi costituisce uno strumento di verifica del rispetto dei limiti della discrezionalità allo scopo di far conoscere agli interessati le ragioni che impongono la restrizione delle rispettive sfere giuridiche o che ne impediscono l'ampliamento, e di consentire il sindacato di legittimità sia da parte del giudice amministrativo che eventualmente degli organi di controllo (fra le tante Cons. Stato sez. V, 3 aprile 2002 n. 1904 ), atteso il disposto di cui all'art. 3 L. 241/1990, secondo cui ogni provvedimento amministrativo deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che determinano la decisione dell'amministrazione.
All'osservanza dell'obbligo della motivazione va attribuito un rilievo preliminare e procedimentale nel rispetto del generale principio di buona amministrazione, correttezza e trasparenza, positivizzato dall'art. 3, della Legge 7 agosto 1990, n. 241 rispetto al quale sorge, per il privato, una legittima aspettativa a conoscere il contenuto e il motivi del provvedimento riguardante la sua richiesta (cfr.ex multis , da ultimo, Tar Sicilia, Catania, Sez. III, 22 settembre 2005, n. 1431; Tar Lazio, Roma, Sez. II, 20 gennaio 2006, n. 460; Cons. Stato, Sez. V, 4 aprile 2006, n. 1750).
La motivazione può anche non essere materialmente contenuta nel provvedimento amministrativo. Si tratta della cd. motivazione per relationem, da sempre ammessa, e ora anche legislativamente prevista.
Al riguardo, l’art. 3 l. 7 agosto 1990 n. 241 consente all’amministrazione di esternare le ragioni del provvedimento assunto con motivazione per relationem e pone due soli obblighi: a)il primo, indefettibile, concernente il richiamo espresso all’altro atto che contiene la motivazione e, se necessario, la precisa indicazione delle parti cui si intende fare riferimento e b)il secondo, eventuale, consistente nella messa a disposizione (in visione o in copia) dell’atto richiamato, azionabile solo ad istanza di parte (cfr., C. Stato, sez. VI, 24-10-2000, n. 5711).
Questo tipo di motivazione è, quindi, legittimo ma l’atto contenente la motivazione deve essere espressamente e chiaramente indicato nel provvedimento e deve, se richiesto, essere reso disponibile nei confronti di eventuali interessati (cfr., ex plurimis, Tar Toscana sez. II n. 106 del 18.3.1993; Tar Lazio sez. II n. 144 del 10.1.1993).
Naturalmente l’atto richiamato in via relazionale deve, a sua volta, contenere la motivazione nei limiti di congruità necessari, per cui, nel caso quest’ultimo non contenga una sufficiente motivazione, il provvedimento deve essere considerato illegittimo (cfr., Tar Calabria, n. 983 del 13.10.1994).
Ad esempio, è stato ritenuto (cfr., C. Stato, sez. I, 10-11-1999, n. 591/99) che è illegittimo il provvedimento amministrativo motivato per relationem nel caso in cui l’atto a cui si rinvia sia sfornito di motivazione.
Controparte precisa altresì che, in relazione a ciascun criterio di valutazione, la commissione nel raffrontare le due offerte in gara non solo ha espresso una valutazione ma ha anche accompagnato tale valutazione con specifiche e puntuali argomentazioni dando motivato conto delle scelte preferenziali effettuate.
5) Con il quinto motivo la ricorrente ritiene sia mancato l’esperimento della procedura prescritta dall’art. 97 DLGS 50/2016.
Anche qui si ritiene condivisibile la replica che le parti I e II del citato DLGS 50/2016 possono ritenersi applicabili – esclusivamente – con riferimento all’ambito oggettivo di riferimento della norma (concessioni di servizi destinate ad una delle attività di cui all’allegato II).
6). Il sesto motivo attiene al profilo dell’accesso ma questo è stato soddisfatto dalla PA e dunque è divenuto improcedibile.
7). Infine con l’ultimo motivo si censura la composizione della commissione di gara.
Richiamando l’art. 77 del DLGS 50/2016 la ricorrente sostiene che, dai verbali di gara, si evince che la commissione aggiudicatrice era formata da un numero pari di commissari (4) tutti facenti parte dell’amministrazione comunale; invece la norma richiede un numero dispari di commissari che non devono aver svolto o svolgere alcuna altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.
In replica si precisa che la commissione di gara era composta da 3 componenti e da un segretario che non ha svolto alcuna attività valutativa.
Infine non si può ritenere che l’appartenenza dei componenti la commissione ai ruoli della PA possa di per sé rappresentare una ragione di incompatibilità dei componenti medesimi.
Al riguardo il Collegio ritiene di conformarsi a quell’orientamento giurisprudenziale secondo il quale non già la mancata sottoscrizione della dichiarazione sull’insussistenza di situazioni di incompatibilità dei commissari di gara, ma solo l'effettiva sussistenza di una causa di incompatibilità può inficiare la procedura di gara (T.a.r. Lombardia, Milano, sez. III, 6 maggio 2013 n. 1162).
Questa andrebbe dimostrata e nella vicenda è affermazione generica e indimostrata (nonostante alla data fissata per l’udienza l’avvocato difensore del ricorrente abbia richiamato l’attività della dottoressa Ghini e del Sig. Paladino).
Controparte chiarisce che la dottoressa Ghini aveva la qualità di responsabile del procedimento ma tale compito non è incompatibile con le funzioni di presidente della commissione di gara.
E anche l’attività svolta dal Sig. Paladino (ruolo operativo nella gestione dell’impianto sportivo) è ininfluente e privo di conseguenze rilevanti.
In replica poi si precisa ulteriormente quanto segue :
a). l’insieme delle utilità fornite alla collettività da un impianto sportivo di proprietà di un ente pubblico è da qualificare in termini di servizio pubblico; si ritiene pertanto che – con riferimento all’affidamento della gestione di un impianto sportivo – possono trovare applicazione le disposizioni di cui alla parte III del DLGS 50/2016 atteso che queste, ai sensi dell’art. 164, sono preordinate a disciplinare <le procedure di aggiudicazione dei contratti di concessione lavori pubblici o servizi indette delle amministrazioni aggiudicatrici, nonché dagli enti aggiudicatori qualora i lavoir o i servizi siano destinati a una delle attività di cui all’allegato II>.
b). Nel caso di specie l’autovincolo è operativo esclusivamente con riferimento all’art. 80 DLGS 50/2016 inerente i requisiti di partecipazione.
I motivi aggiunti sono stati già decisi dal Collegio con la sentenza n. 31/2017.
In conclusione, il ricorso deve essere respinto.
Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Condanna il soccombente al pagamento delle spese del presente giudizio in favore della controparte costituita che liquida nella misura di € 4.000,00 oltre IVA e CPA come per legge.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 28 febbraio 2017 con l'intervento dei magistrati:
Giancarlo Mozzarelli, Presidente
Maria Ada Russo, Consigliere, Estensore
Silvia Coppari, Primo Referendario