

SENTENZE 15.06

N. 03110/2017REG.PROV.COLL.
N. 08633/2016 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 8633 del 2016, proposto da:
Calcioli Filippo, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluigi Pellegrino, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso del Rinascimento, 11;

contro

Consip s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Alberto Bianchi, con domicilio eletto presso l'avvocato Marco Selvaggi in Roma, via Nomentana, 76;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II n. 9952/2016, resa tra le parti, concernente l'affidamento di servizi professionali di *advisory* strategico, implementazione operativa delle iniziative individuate e consulenza legale;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'appello incidentale di Consip s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 4 maggio 2017 il Cons. Raffaele Prosperi e uditi per le parti gli avvocati Pellegrino, e Selvaggi per delega di Bianchi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Risulta dagli atti che con l'impugnata delibera relativa al bando di gara ID 1700 [*Gara a procedura aperta per l'affidamento di servizi professionali a supporto delle attività di Consip Spa*], pubblicato il 18 marzo 2016, Consip s.p.a. poneva in gara, cumulativamente, l'affidamento dei servizi di: (i) *advisory* strategico; (ii) implementazione operativa delle iniziative individuate; (iii) consulenza legale. Ai fini dell'ammissione alla gara, il contestato bando stabiliva i seguenti requisiti di capacità economica in rapporto agli ultimi tre esercizi finanziari:

a. Fatturato globale non inferiore ad €. 20.000.000, iva esclusa;

b. Fatturato specifico per servizi di consulenza strategico – organizzativa in ambito *procurement* sia privato che pubblico non inferiore ad €. 3.000.000,00, iva esclusa;

c. Fatturato per servizi legali nel diritto amministrativo non inferiore ad €. 2.000.000,00, iva esclusa, di cui almeno €. 1.000.000,00 conseguiti per prestazioni di assistenza e di consulenza stragiudiziale legale in materia di contratti pubblici.

Era prevista l'attribuzione di 70 punti all'offerta tecnica e 30 all'offerta economica.

L'avvocato Filippo Calcioli - titolare di un studio legale specializzato in diritto civile, amministrativo e dei pubblici contratti - impugnava detto bando al Tribunale amministrativo del Lazio, vantando una aspettativa ad ambire, tra gli altri, gli affidamenti dei servizi di consulenza legale da parte delle stazioni appaltanti e così di Consip s.p.a., lamentando che i detti criteri di assegnazione e la formula per l'assegnazione dei punteggi economici sarebbero stati articolati in modo e a livelli tali da svilire in modo abnorme il rilievo del ribasso, che le attività prestazionali messe a gara avevano in realtà autonomia funzionale e organizzativa e che pertanto non era giustificata la scelta di strutturare l'offerta di gara in un unico cumulativo lotto; e ancora dolendosi dell'indeterminatezza dell'oggetto del contratto-quadro, che restava variabile in ragione delle singole prestazioni a seconda delle necessità e con una serie numericamente limitata di ipotesi per l'aggiudicatario di esentarsi dalle prestazioni, prestazioni da definirsi solo in caso di accettazione della singola occasione nel corso dei trentasei mesi totali del rapporto, mentre i requisiti erano commisurati ad una base d'asta pari ad €. 23.775.000,00 al netto dell'iva.

Premesso che i servizi di consulenza legale erano sostanzialmente preclusi all'operatore di settore in quanto in riservati ad affidatari dotati di altissimi requisiti, venivano in dettaglio sollevate le seguenti censure:

1. Violazione art. 2 del *Codice dei contratti pubblici* del 2006. Violazione di fondamentali principi in tema di evidenza pubblica. Eccesso di potere. Violazione di legge.

II. Violazione e falsa applicazione dell'art. 59 dello stesso *Codice dei contratti pubblici*.

Consip s.p.a. si costituiva in giudizio, eccependo l'inammissibilità del ricorso per mancata presentazione da parte del ricorrente della domanda di partecipazione, della dimostrazione del possesso dei requisiti di ammissione e diffondendosi, nel merito, nella difesa delle ragioni del bando dipendenti dalle connessioni tra le differenti prestazioni poste in gara, in conseguenza della propria ragione sociale - centrale di committenza per tutte le p.a.; ed eccependo l'inammissibilità delle ulteriori censure perché avverso clausole non immediatamente escludenti.

La sentenza 27 settembre 2016, n. 9952 del Tribunale amministrativo del Lazio, che respingeva il ricorso, esaminava dapprima l'eccezione di inammissibilità per difetto di interesse riguardo all'asserito onere di immediata impugnazione del bando di gara, che riteneva infondata perché le clausole della *lex specialis* prevedevano requisiti di partecipazione *ex se* ostativi all'ammissione dell'interessato e si configuravano come immediatamente escludenti. Rilevava che l'avvocato Calcioli non possedeva i requisiti di ammissione prescritti per conseguenza della mancata suddivisione in lotti, impedendo in buona sostanza la legge di gara l'immediata partecipazione degli studi legali rispetto alle società di *advisory*.

Quindi, considerata l'infondatezza dell'eccezione per la determinazione dell'oggetto dell'affidamento - che si riverberava sui requisiti di ammissione e quindi sulla possibilità di partecipazione - l'eccezione di inammissibilità andava per la sentenza invece condivisa relativamente alle censure sulla formula economica e la valutazione dell'offerta tecnica, trattandosi di clausole la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione era valutabile solo all'esito della procedura selettiva.

Nel merito la sentenza, rilevato che il nucleo della controversia risiedeva nel verificare se il servizio di *advisory* strategico e il servizio di supporto legale fossero scindibili; quindi se, in adempimento all'art. 2, comma 1-bis d.lgs. n. 163 del 2006 (applicabile *ratione temporis* alla fattispecie), andavano aggiudicati mediante lotti separati, o comunque mediante distinte procedure di selezione.

In effetti - assume la sentenza - l'affidamento delle commesse pubbliche dovrebbe essere ormai caratterizzato da un accentuato *favor* per le piccole e medie imprese (c.d. PMI) [oggi compiutamente disciplinato dal nuovo codice degli appalti pubblici, d.lgs. n. 50 del 2016], giusta l'art. 2, comma 1-bis d.lgs. n. 163 del 2006, come modificato dal d.-l. 6 luglio 2012, n. 95 (*Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini*), convertito dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, previsione che non elide la discrezionalità della stazione appaltante nella determinazione del contenuto del bando di

gara: questa inerisce al merito dell'azione amministrativa e si sottrae al sindacato del giudice amministrativo, salva la manifesta irragionevolezza o irrazionalità; la regola vale anche per la scelta di suddividere l'appalto in lotti.

Nel caso di specie, oggetto dell'appalto era «*l'affidamento del servizio di consulenza strategica, organizzativa, legale e merceologica, volto a supportare le attività di Consip s.p.a.*» per l'importo globale massimo pari a euro 23.775.000,00. Il capitolato tecnico precisava che l'erogazione dei servizi sarebbe dovuta avvenire secondo i principi di «*proattività e innovatività [...] condivisione degli obiettivi e del rischio inerente; garanzia della qualità dell'affidamento attraverso un approccio integrato e non frammentato nella gestione del "processo produttivo" del supporto specialistico.*».

La sentenza descriveva analiticamente i compiti dell'aggiudicatario, scandendo il capitolato di gara, ma ravvisando una sostanziale complessità unitaria di fondo; perciò stimava che «*nel caso di specie, il capitolato tecnico rende evidente che Consip ha inteso acquisire un servizio a contenuto complesso, inserito in un quadro articolato di attività professionali organizzate in forma imprenditoriale, allo scopo di supportare e implementare i tre ambiti di intervento in cui attualmente opera. Appariva quindi dubbio che tale obiettivo potesse essere efficacemente perseguito attraverso il conferimento diretto di singoli incarichi fiduciari, legati a necessità contingenti.*».

Su tale base, la sentenza escludeva la fondatezza dell'assunto che il servizio di supporto legale avrebbe potuto essere affidato soltanto sulla base di specifiche esigenze da individuare di volta in volta dalla stazione appaltante; e negava fondatezza all'assunto che erano stati giustapposti servizi eterogenei: i quali in realtà erano caratterizzati da organizzazioni autonome e distinte ma con ambiti (consulenza strategica, organizzativa, legale e merceologica) destinati a coordinarsi in un modello organizzativo caratterizzato da un "approccio integrato".

La sentenza reputava infine inammissibili le censure sulla remunerazione del merceologo, e quelle sulla quota di remunerazione "sospesa" in funzione del conseguimento degli "obiettivi di risultato aziendale", in quanto svolte da un soggetto privo dei requisiti soggettivi di ammissione alla gara.

Alla stregua del principio per cui la scelta di suddividere l'appalto in lotti compete alla stazione appaltante, la sentenza affermava che l'Amministrazione, valutata l'autonomia funzionale dei singoli lotti, aveva esercitato una valutazione discrezionale che non offriva sponde a censure di legittimità. E questo sebbene gravi su di essa di individuare i vantaggi economici o organizzativi che derivano dall'opzione per il lotto unico e di livello tale da risultare prevalente sull'esigenza di garantire l'accesso alle pubbliche gare anche a imprese di piccole dimensioni -

Con appello in Consiglio di Stato proposto il 7 novembre 2016, l'avvocato Filippo Calcioli impugna la sentenza e solleva censure in primo luogo sul mancato frazionamento in lotti funzionali - procedura un tempo seguita - corrispondenti a prestazioni differenti facenti capo a distinte professionalità, attesa l'evidente eterogeneità di quanto richiesto: questa eterogeneità poi porta all'inevitabile indeterminatezza dell'oggetto del contratto da stipulare pur esaurita la procedura di gara.

L'appellante insiste anche che una tale scelta non era accompagnata da un'adeguata motivazione sull'effettiva e concreta convenienza economica; e che in ogni caso il bando è tale per cui la platea dei concorrenti è stata ristretta a un minimo numero di società di consulenza per i pagamenti, facilmente individuabili in spregio ai principi generali in materia di gare pubbliche.

In secondo luogo, rileva l'appellante, il contratto posto in gara ha le caratteristiche del vietato (per i servizi intellettuali: art. 59 d.lgs. n. 163 del 2006) *accordo-quadro* configurato dagli artt. 3, comma 13, e 59 d.lgs. n. 163 del 2006. Per di più con il 20% del corrispettivo d'aggiudicazione è conseguibile solo dopo la negoziazione degli "obiettivi di risultato aziendale" di Consip (schema di contratto, art. 10, comma 3), sicché con incertezza di quantità per intero, e di prezzo per almeno il 20%; e considerando che in realtà l'incertezza sulla quota di prezzo è superiore al 20% perché è Consip si riserva senza limiti di concludere, nell'ambito dell'importo complessivo del contratto, specifici accordi "a corpo", con corrispettivi da negoziare tra le parti attività, e da fatturarsi per stati di avanzamento (schema di contratto, art. 7, comma 5 e Capitolato tecnico, par. 4).

L'avvocato Filippo Calcioli conclude per l'accoglimento dell'appello con vittoria di spese.

Consip s.p.a. si è costituita in giudizio spiegando appello incidentale, notificato il 7 dicembre 2016, dove sostiene l'inammissibilità del ricorso perché il ricorrente non aveva partecipato alla gara; e per la carenza dei requisiti di partecipazione alla gara quanto a fatturato richiesto e competenze professionali, posto che il Calcioli ha dichiarato di essere attivo prevalentemente nel settore civile e amministrativo, soprattutto in ambito sanitario e previdenziale e nell'ambito del diritto d'autore, quindi senza una sua attività specifica nell'interessato campo dei contratti pubblici; e ancora, perché censurando il collegamento, nelle gare per lotti separati, tra i servizi di *advisory* strategico e quelli consulenza legale si sollevano questioni che sono attinenti a scelte amministrative, del tutto discrezionali.

La Consip conclude per il rigetto dell'appello principale e in subordine, in accoglimento dell'appello incidentale, per l'inammissibilità del ricorso introduttivo.

All'udienza del 4 maggio 2017 la causa è passata in decisione.

DIRITTO

Oggetto della controversia è l'impugnazione del bando di gara ID 1700 [*Gara a procedura aperta per l'affidamento di servizi professionali a supporto delle attività di Consip Spa*], pubblicato il 18 marzo 2016 di Consip s.p.a. di indizione della gara, ai sensi del d.lgs. n. 163 del 2006, per l'affidamento – per 36 mesi prorogabili per altri 12 e con base di gara di € 23.775.000,00 oltre Iva - di alcuni di servizi, individuati come: (i) *advisory* strategico; (ii) implementazione operativa delle iniziative individuate; (iii) consulenza legale.

Per la partecipazione alla gara venivano richiesti alcuni severi requisiti di ammissione, relativi agli ultimi tre esercizi finanziari: l'associazione, sotto forma di un raggruppamento temporaneo di operatori economici, un fatturato globale non inferiore ad €. 20.000.000, iva esclusa; un fatturato specifico per servizi di consulenza strategico – organizzativa in ambito *procurement* sia privato che pubblico non inferiore ad €. 3.000.000,00, iva esclusa; un fatturato per servizi legali nel diritto amministrativo non inferiore ad €. 2.000.000,00, iva esclusa, di cui almeno €. 1.000.000,00 conseguiti per prestazioni di assistenza e di consulenza stragiudiziale legale in materia di contratti pubblici.

Il Tribunale amministrativo del Lazio, con la sentenza II, 27 settembre 2016, n. 9952 qui appellata, respingeva il ricorso dell'avvocato Filippo Calcioli, pur ritenendolo ammissibile nella parte diretta contro le clausole sulla partecipazione alla gara perché di loro obiettivamente ostative e così considerando irrilevante la mancata presentazione della domanda di partecipazione; ma comunque giudicandolo infondato nel merito, perché le censure investivano il mancato frazionamento in lotti delle varie prestazioni dal carattere differente e la richiesta di requisiti, in specie di fatturato, asseriti come abnormi. Infatti, per la sentenza, in buona sostanza le determinazioni amministrative censurate attenevano alla discrezionalità propria delle stazioni appaltanti, il cui esercizio nel caso appariva giustificato dal mantenere in proprio supporto un quadro articolato di attività professionali organizzate in forma imprenditoriale, al fine di agire armonicamente sui tre ambiti di intervento in cui attualmente la stessa Consip opera, obiettivo difficilmente perseguibile tramite singoli conferimenti di incarichi fiduciari, legati a necessità momentanee.

Va, ritiene il Collegio, per ragioni di dominante priorità logica dapprima esaminato l'appello incidentale dell'appellata Consip s.p.a., che sostiene anzitutto l'inammissibilità del ricorso di primo grado - e dell'appello principale - in primo luogo per mancata domanda di partecipazione, dunque per difetto di una differenziata posizione di interesse legittimo tale da costituire il titolo per un'azione in giudizio

Il motivo, ritiene qui il Collegio, è infondato.

Vanno condivise le giuste considerazioni della sentenza di prime cure sull'onere di immediata impugnazione del bando di gara, che opera allorché – come nel caso presente - le clausole della *lex specialis* prevedano requisiti di partecipazione *ex se* ostativi all'ammissione dell'interessato, vale a dire autonomamente ed immediatamente escludenti.

La giurisprudenza da tempo assume che sussiste l'onere d'immediata impugnazione del bando di gara pubblica per contestare clausole di loro impeditive dell'ammissione dell'interessato alla gara, o anche solo impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati

per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, ovvero che rendano ingiustificatamente più difficoltosa per i concorrenti la partecipazione alla gara. In siffatti casi già la pubblicazione del bando genera una lesione della situazione giuridica per chi intenderebbe partecipare alla competizione ma non può farlo a causa della barriera all'ingresso a quello specifico mercato provocata da clausole del bando per lui insuperabili perché immediatamente escludenti o che assume irragionevoli o sproporzionate per eccesso; il che comporta per lui un arresto procedimentale perché gli si rendono inconfigurabili successivi atti applicativi utili (da ultimo Cons. Stato, V, 16 gennaio 2015, n. 92; V, 20 novembre 2015, n. 5296; V, 6 giugno 2016 n. 2359).

Nella specie, una tale preclusione all'accesso alla contesa è costituita, per un avvocato – vale a dire, per un esercente la professione cui è per legge riservato il tipo giuridico della prestazione in gara di consulenza legale e che dunque è per ciò solo legittimato ad ambire all'aggiudicazione - dalla richiesta del requisito di un fatturato globale di ingenti entità, corrispondenti a non meno di € 20.000.000, iva esclusa, per consulenze strategico-organizzative e un fatturato per servizi legali nel diritto amministrativo non inferiore a €. 2.000.000,00, iva esclusa, di cui almeno €. 1.000.000,00 conseguiti per prestazioni di assistenza e di consulenza stragiudiziale legale in materia di contratti pubblici all'interno di tre esercizi finanziari ed un oggetto di gara.

Sulla base di siffatti livelli economici – di dimensioni tali da superare una proporzione che sia indice di qualità professionale - la sommatoria delle pregresse prestazioni richieste restringe effettivamente la platea dei concorrenti a un numero limitatissimo: sicché l'effetto di sbarramento del mercato con conseguente onere di immediata impugnazione diviene palese; la presentazione della domanda di partecipazione avrebbe avuto solo un carattere formale e dunque non necessario a radicare il bisogno di giustizia.

Infondato è anche il secondo motivo dell'appello incidentale di Consip s.p.a., che sostiene l'inammissibilità del primo ricorso per carenza di interesse perché l'avvocato Calcioli sarebbe estraneo alle competenze richieste ed attivo in tutt'altri campi del diritto amministrativo.

L'assunto non è condivisibile. È infatti - come assume il ricorrente principale - la condizione professionale di *avvocato* a costituire il sufficiente titolo, vuoi quanto a legittimazione vuoi quanto a interesse, per agire in giudizio in un tale caso. Qualsiasi avvocato, infatti, dalla legge forense (art. 9 l. 31 dicembre 2012, n. 247 - *Nuova disciplina dell'ordinamento della professione forense*), è giuridicamente abilitato alle prestazioni in gara. Una «specializzazione» formalizzata ai sensi – i soli ammissibili – di cui a quell'art. 9, non era richiesta dalla *lex specialis*. E comunque va sottolineato che per l'art. 9, comma 7, quella qualifica di specializzazione è essenzialmente volontaria e dagli effetti promozionali perché non introduce alcuna privativa o esclusiva della materia («*Il conseguimento del titolo di specialista non comporta riserva di attività professionale*»). Indistinta era dunque la base per proporsi, né il bando prevedeva altre referenze di ordine qualitativo. Non risolve in senso contrario la circostanza, di mero fatto e dunque non di certificabile potenziale professionale, che il settore amministrativo nel quale il ricorrente soprattutto esercita abitualmente la professione, fosse diverso dalla contrattualistica pubblica. Questo elemento esperienziale-qualitativo non era richiesto, ammesso che fosse compatibile con l'ordinamento forense e comunque dimostrabile. Del resto, la specialità dell'avvocato corrisponde a un criterio di fatto che come si è visto non trova riscontro certificativo esclusivo in base alle norme di legge sulla professione di avvocato: queste, tranne che gli abilitati al patrocinio presso le giurisdizioni superiori, non tracciano privative per specialità nell'ambito dell'attività legale. Dunque la censura sollevata con l'appello incidentale non trova fondamento nell'ordinamento giuridico, che legittimava in realtà qualsiasi avvocato a impugnare il bando controverso. Si può per ora prescindere dal terzo motivo, sul carattere discrezionale di quanto attivato dalla Consip, poiché tale punto viene affrontato di seguito nell'ambito dell'esame dell'appello principale, il quale è fondato.

Come si è rilevato, il nucleo centrale della controversia risiede nell'esigenza, posta dal bando, che i partecipanti alla gara dimostrino un complessivo requisito di un fatturato globale non inferiore ad €. 20.000.000, iva esclusa, per consulenze strategico-organizzative e un fatturato per servizi legali nel diritto amministrativo non inferiore ad €. 2.000.000,00, iva esclusa, di cui almeno €. 1.000.000,00 conseguiti per

prestazioni di assistenza e di consulenza stragiudiziale legale in materia di contratti pubblici, all'interno di tre esercizi finanziari, e nell'oggetto di gara costituito da una sommatoria necessaria di prestazioni, cui l'appellante addebita di restringere ulteriormente la platea dei concorrenti a un numero limitatissimo e già privatamente selezionato proprio mediante una tale associazione.

Ma non basta: invece che procedere previa suddivisione in lotti sia qualitativamente, sia quantitativamente differenziati, Consip s.p.a. ha bandito una gara in unico lotto che riguarda promiscuamente il servizio di consulenza strategica, organizzativa, legale e merceologica, volto a supportare le sue attività: al contempo prestazioni di servizi di consulenza strategico-organizzativa in ambito *procurement*, dunque di *advisory* strategico, di implementazione operativa delle iniziative individuate, e di consulenza legale. Questa previsione è censurabile sotto i due dedotti profili, perché si trascendono i limiti di concorrenza, ragionevolezza e proporzionalità che connotano il margine di insindacabilità per discrezionalità dell'Amministrazione. Da un lato infatti immotivatamente e irragionevolmente, e per quella che si presenta come la centrale di committenza dell'amministrazione pubblica italiana, accorpa in un'unica gara (c.d. lotto unico o 'macrolotto, di ben 23 milioni di euro) una tipologia di servizi (per di più non specifiche, visto il carattere ancora generale delle prestazioni) le cui così consistenti dimensioni economiche dovevano indurre al frazionamento in più lotti per non restringere irrazionalmente la partecipazione alla gare degli operatori del settore, in danno dei principi di concorrenza (e *favor participationis*), buon andamento dell'amministrazione, ragionevolezza e proporzionalità (cfr. Cons. Stato, V, 6 marzo 2017, n. 1038, dove stazione appaltante era la stessa Consip s.p.a.).

Da un altro lato si impone un non adeguatamente giustificato preliminare accoppiamento edel tutto eterogeneo degli offerenti e ad effetti restrittivi, cioè della diffusa attività professionale propria dell'avvocato con attività di diverso ordine e natura, esercitabili come attività d'impresa e di fatto esercitate solo da un numero assai ristretto di figure, dalle molto consistenti rispettive dimensioni (come del resto è ulteriormente mostrato dal numero di appena tre offerte).

A questo secondo riguardo, preliminarmente si deve osservare che – dal punto di vista qualitativo - queste prestazioni si riferiscono ad attività professionali e imprenditoriali contenutisticamente diverse tra loro, eterogenee e reciprocamente autonome. La circostanza che, naturalmente vadano in concreto e secondo le esigenze del caso coordinate nell'interesse del committente è di suo naturale: ma occorre rilevare che questo coordinamento è esigenza che si manifesta, per il se e per il come, di volta in volta, vale a dire in sede di esecuzione delle rispettive prestazioni contrattuali: come del resto avviene normalmente in riferimento a qualsiasi committente quando si avvale di più servizi di diverso genere, che debbono cooperare per la miglior cura del suo interesse. Ma è un coordinamento che, ragionevolmente, afferisce alla fase dell'esecuzione delle prestazioni, da modulare in ragione dell'esigenza del caso concreto: non già *a priori*, al momento della scelta dei soggetti, eterogenei, da coordinare. Non si tratta di un unico servizio, da istituire in blocco unitario ed esternalizzare anche funzionalmente, ma di due diversi servizi da poi coordinare al momento delle concrete prestazioni, sotto il responsabile controllo e le indicazioni del committente (che, non va dimenticato, è una società *in house*, integralmente partecipata dal Ministero dell'economia e delle finanze). L'eccepiteo "legame funzionale" tra servizio di consulenza legale e servizio di consulenza strategica è dunque una modalità naturale, ma non originaria bensì successiva, da definire affare per affare, e che perciò non è coesistente a un accordo-quadro (fermo poi che dalla *lex specialis* è deducibile che non è prevista – se mai potesse esserlo - alcuna integrazione o commistione organica tra i due servizi).

Nella specie, invece, la *lex specialis* portava a un previo raggruppamento temporaneo, all'uopo costituito. Vale a dire, una formula organizzativa che, in pratica, esternalizzava anche le scelte sul coordinamento in concreto, all'origine solo richiedendo una configurazione in raggruppamento: per di più del tutto autonoma: vale a dire, si esternalizzava una facoltà di scelta dell'altro - altrimenti propria del committente - da esplicitare altrove e autonomamente. Detto altrimenti, si rimetteva alla libertà degli interessati anche la scelta del partner, di altro settore professionale, con cui presentarsi insieme alla gara.

Un tale modo di procedere non è di suo contrario all'ordinamento ed anzi è di normale pratica quando si tratti per un'impresa di acquisire requisiti di qualificazione alla gara che non possiede: però, se arriva a

comportare implicazioni restrittive della concorrenza come qui patentemente è, deve – laddove il committente risponda alle regole pubblicistiche – corrispondere a una convenienza e un interesse di assoluto rilievo pubblico: e di ciò occorre siano adeguatamente esternate le precise ragioni. Tanto più che occorre dimostrare che, almeno per le attività di *advisory* strategico e di implementazione operativa delle iniziative individuate, l'apparente genericità delle prestazioni non possa significare, anche solo in parte, una sovrapposizione con i compiti di istituto per cui è stato costituito e configurato, con la sua particolare caratterizzazione, il committente in questione. Il tutto con l'ulteriore particolare considerazione che qui ci si congiunge con un'attività non di impresa, bensì sicuramente professionale come è quella di consulenza legale.

Vero è che, per principio generale, compete all'amministrazione identificare le proprie esigenze da soddisfare ricorrendo all'appalto, vale a dire al mercato, e di corrispondentemente definirne oggetto, durata e modalità; e che questa facoltà esprime un apprezzamento discrezionale. Ma si tratta di discrezionalità che va esercitata, al solito, in modo congruo e proporzionato, anzitutto rispetto alle regole concorrenziali immanenti al mercato in cui si sostanzia la singola gara: e che, con particolare riguardo all'accesso dei piccoli operatori, trovano fondamento, nel diritto interno, nel *Codice dei contratti pubblici* del 2006, art. 2, comma 1-*bis*, come mod. dal d.-l. 6 luglio 2012, n. 95, conv. dalla l. 7 agosto 2012, n. 135, giustamente invocato dall'appellante: sicché – sempre che sia possibile superare queste considerazioni – la dominanza dell'opposta convenienza economica va quanto meno concretamente dimostrata, come la giustificazione della mancata suddivisione dell'appalto in lotti. Il che nella specie non è stato fatto.

L'assetto dell'offerente configurato dal bando, all'opposto, restringe decisamente la libertà di accesso alla gara, escludendone *a priori* – per quanto concerne l'interesse apprezzabile dell'appellante – finanche un ipotetico ampio studio legale. Certamente tra i compiti di *advisory* strategico possono esservi attività che possono toccare l'approfondimento di profili giuridici, ma questo – come detto – è tema da definire in concreto.

Insomma, con l'impugnato bando la stazione appaltante ha accomunato prestazioni di genere del tutto diverso e ha richiesto requisiti quantitativi – l'ammontare del detto fatturato minimo – di livello patentemente eccessivo (perché proprio di una ristrettissima fascia di ricavato) e di loro disancorati da qualsiasi parametro qualitativo.

Il che è reso manifesto dall'effetto concreto, che ha visto rispondere al bando soltanto tre raggruppamenti concorrenti, cui partecipano ditte preminenti – anche per associazioni e integrazioni a livelli mondiali – nei settori delle valutazioni contabili, della fiscalità, delle transazioni commerciali, della consulenza gestionale strategica e operativa, dei servizi di investimento e di pianificazione finanziaria.

Non è dunque in discussione la discrezionalità né la responsabilità dell'amministrazione committente nell'identificare il tipo di esigenza esterna, cui corrispondere mediante la ricerca, attraverso il bando, del miglior contraente disponibile sul mercato. Ma ciò che il ricorrente bene contesta lamentando l'eccesso di potere è piuttosto l'uso distortivo che qui risulta di questa discrezionalità, con l'alterazione, in senso sproporzionatamente restrittivo, della concorrenza contrattuale: qui falsata vuoi dal collegamento che – mediante l'esternalizzazione sopra descritta – lascia, di fatto, alla dominanza di fatto delle poche società di *advisory* esistenti una preliminare e privata selezione dello studio legale, priva di vincoli pubblicistici di apertura al pubblico dei potenziali aspiranti, *par condicio* e trasparenza (dal punto di vista pubblico e della stessa stazione appaltante); vuoi dai richiesti elevatissimi quanto rari livelli economici di fatturato – bene dal ricorrente definiti esosi e sproporzionati –, indicatori comunque meramente quantitativi e di volume così consistente da risultare incongrui, secondo la comune esperienza, per una valutazione della capacità e qualità professionale di un avvocato o di uno studio legale (senza poi considerare che le esigenze delle prestazioni dedotte in appalto, nel singolo caso possono manifestarsi anche di contenuta entità o importanza economica).

Tutto questo – come l'interessato lamenta – crea, in violazione del ricordato art. 2, comma 1-*bis* e in eccesso di potere, contro il principio di massima partecipazione, una restrizione eccessiva del mercato, una riduzione della platea dei potenziali offerenti (per di più privatamente preselezionati) sproporzionata alle

ampie disponibilità del possibile mercato professionale, inadeguata quanto ai parametri di valutazione: insomma, -come lamenta l'interessato - un'ingiustificata barriera all'ingresso della gara che nega i principi giuridici concorrenziali che sono alla base stessa del procedimento di evidenza pubblica.

Occorre del resto non dimenticare che principi eurounitari su cui fonda il sistema di selezione dei contratti pubblici sono improntati al criterio per cui è la garanzia dell'effettiva concorrenza a recare in sé la garanzia di efficienza e la scelta migliore delle risorse (cfr. art. 2 d.lgs. n. 163 del 2006).

Questi elementi denotano che l'assetto di offerenti cui il bando è orientato fuoriesce dagli invocati principi cui presiede il *Codice* come da quelli generali di proporzionalità e di adeguatezza che li integrano, in sacrificio dei principi di concorrenza.

Queste considerazioni non esauriscono il *thema decidendum*: si deve infatti rilevare anche la fondatezza del secondo motivo di appello, cioè la violazione dell'art. 59 (*Accordi quadro*), comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006: «*Gli accordi quadro non sono ammessi per la progettazione e per gli altri servizi di natura intellettuale*».

Come lamenta l'appellante, il contratto da aggiudicare prevede che la stazione appaltante si riserva la mera facoltà, in corso di rapporto, di ricorrere o meno alle prestazioni dell'aggiudicatario e la stessa determinazione delle prestazioni da richiedere viene rinviata ad atti successivi che di volta in volta la Consip assumerà.

Le prestazioni poste in gara sono di natura intellettuale; ma l'"appaltatore" può sentirsi negare il singolo affidamento pur appartenente al "blocco" appaltato, così come egli stesso può entro un certo limite non accettare determinati affidamenti ed ancora il 20% del corrispettivo e conseguibile in esito ad un ulteriore negoziazione connessa ai risultati.

Questi elementi che caratterizzano in modo bifasico l'affidamento ultimo della prestazione comportano la qualificazione di *accordo quadro* all'appalto da qui stipulare, seguito da un numero imprecisato di singoli accordi attuativi concernenti una serie di prestazioni. Ma, dice quella disposizione (comma 1), l'*accordo quadro* non è ammesso per i servizi di natura intellettuale. E tanto vale a concretizzare la denunciata violazione di legge.

Data la dominanza di questo divieto, restano qui assorbite le rammentate censure del Calcioli concernenti l'incertezza, seppur parziale, delle prestazioni o sul 20% del corrispettivo d'aggiudicazione, condizionati alla futura negoziazione degli obiettivi di risultato aziendale di Consip, nonché circa la riserva del committente, e senza limiti di valore, di concludere specifici accordi *a corpo*, con corrispettivi da negoziare tra le medesime parti.

In ragione di quanto rilevato l'appello principale va accolto con la conseguente riforma della sentenza impugnata e l'accoglimento del ricorso di primo grado, mentre va respinto l'appello incidentale.

Le spese per il doppio grado di giudizio seguono la soccombenza e si liquidano in dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, accoglie l'appello principale e respinge l'appello incidentale e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata accoglie il ricorso introduttivo.

Condanna la Consip s.p.a. al pagamento delle spese per i due gradi di giudizio liquidandole in complessivi €. 5.000,00 (cinquemila/00) oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 4 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Roberto Giovagnoli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Raffaele Prosperi, Consigliere, Estensore

Alessandro Maggio, Consigliere

**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 7956 del 2016, proposto da:
Associazione Culturale Tethys, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Nino Scipelliti e Simona Zati, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Ornella Manfredini in Roma, via G. Avezana, 1;

contro

Università degli Studi di Firenze, non costituita in giudizio;

nei confronti di

Le Macchine Celibi Soc.Coop., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Cristina Rimondi e Andrea Fornasari, domiciliato, ex art. 25 c.p.a., presso la Segreteria della Sesta sezione del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;

per la riforma

della sentenza 8 giugno 2016, n. 968 del Tribunale amministrativo regionale per la Toscana, Firenze, Sezione I.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Le Macchine Celibi Soc.Coop.;

viste le memorie difensive;

visti tutti gli atti della causa;

relatore nell'udienza pubblica del giorno 9 marzo 2017 il Cons. Vincenzo Lopilato e uditi per le parti gli avvocati Marina Milli, in dichiarata delega dell'avv. Nino Scipelliti, e Cristina Rimondi.

FATTO

1.– L'Università degli Studi di Firenze, con provvedimento del 15 aprile 2015, ha indetto una procedura aperta per l'affidamento dei servizi educativi, presso il Museo di Storia Naturale e Open Lab dell'Università degli Studi di Firenze, per la durata di tre anni da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Le Macchine Celibi Soc. coop (d'ora innanzi LMC) risultava collocata al primo posto della graduatoria provvisoria.

Il responsabile unico del procedimento (d'ora innanzi anche RUP), con nota del 1° ottobre 2015, in seguito alla ricognizione degli atti, avendo ravvisato l'inesattezza dei punteggi attribuiti all'offerta tecnica dell'aggiudicataria provvisoria trasmetteva al presidente della commissione richiesta di riconvocazione urgente del seggio di gara.

Con lettera del successivo 16 ottobre il RUP precisava al suddetto presidente che sussistevano dubbi in merito all'attribuzione del punteggio aggiuntivo previsto dall'art. 4, punto c2) del disciplinare di gara secondo cui potevano essere assegnati all'offerente ulteriori punti 2, fino ad un massimo di 10 «per ogni anno di attività effettuata presso strutture museali caratterizzate da collezioni rilevanti, sia sotto un profilo quantitativo (con oltre un milione di reperti), sia sotto un profilo storico-scientifico».

E ciò in quanto, come successivamente chiarito dallo stesso RUP, il punteggio di cui sopra avrebbe potuto essere assegnato soltanto ai concorrenti che avessero svolto attività presso strutture museali dotate di entrambi i requisiti e, quindi, aventi collezioni di oltre un milione di reperti che al contempo fossero anche di interesse storico-scientifico.

Il presidente della commissione, acquisite le precisazioni del RUP e verificato che le relazioni tecniche presentate dai candidati non consentivano la verifica del requisito in esame, decideva di richiedere chiarimenti a tutti i partecipanti a cui era stato attribuito il punteggio.

La commissione, sulla base di quanto dichiarato da LMC, confermava l'attribuzione del punteggio aggiuntivo.

Preso atto di quanto sopra, il RUP procedeva alla verifica della veridicità delle dichiarazioni provenienti dai concorrenti.

Sulla base delle risposte fornite dagli enti museali interpellati non risultava che LMC avesse svolto servizi presso musei dotati di collezioni di oltre un milione di reperti e che al contempo fossero anche di interesse storico-scientifico.

Conseguentemente, dopo aver invitato la predetta società a fornire eventuali controdeduzioni, il Direttore generale dell'Ateneo, con atto del 19 gennaio 2016, n. 5965, aggiudicava l'appalto all'Associazione culturale Tethys (d'ora innanzi solo Associazione culturale).

2.– La LMC ha impugnato il predetto decreto di aggiudicazione innanzi al Tribunale amministrativo regionale per la Toscana. In particolare, si è dedotto che: i) l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata sarebbe avvenuto a seguito di valutazioni svolte dal RUP che esorbiterebbero dall'ambito delle sue competenze; ii) l'offerta tecnica sarebbe stata rivalutata dopo la conoscenza dell'offerta economica.

3.– Il Tribunale amministrativo, con sentenza 8 giugno 2016, n. 968, ha accolto il ricorso, ritenendo fondate

le riportate censure.

4.– L'Associazione culturale ha proposto appello, rilevando che: i) la notificazione ad essa del ricorso di primo grado sarebbe nulla; ii) il RUP si sarebbe limitato a svolgere attività istruttoria; iii) non sarebbe stato violato il principio della separazione tra offerta tecnica ed economica, in quanto la stazione appaltante si sarebbe limitata a rivedere valutazioni pregresse; iv) il ricorrente di primo grado, avendo reso dichiarazioni false, avrebbe dovuto essere escluso dalla gara.

4.1.– Si è costituito in giudizio il ricorrente di primo grado, chiedendo il rigetto dell'appello.

5.– La causa è stata decisa all'esito dell'udienza pubblica del 9 marzo 2017.

DIRITTO

1.– La questione posta all'esame della Sezione attiene alla legittimità della procedura aperta per l'affidamento dei servizi educativi, presso il Museo di Storia Naturale e Open Lab dell'Università degli Studi di Firenze, per la durata di tre anni da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

2.– Con un primo motivo l'appellante ha dedotto l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto che il RUP avesse esorbitato dalle proprie competenze. In particolare, si sottolinea come il RUP si sarebbe limitato a svolgere un'attività istruttoria finalizzata ad accertare il rispetto del requisito prescritto dall'art. 4, punto c2) del disciplinare.

Il motivo è fondato.

L'art. 84, primo comma del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE) prevede che: «quando la scelta della migliore offerta avviene con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice, che opera secondo le norme stabilite dal regolamento».

L'art. 10, comma 2, dello stesso decreto dispone che: «il responsabile del procedimento svolge tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento previste dal presente codice, ivi compresi gli affidamenti in economia, e alla vigilanza sulla corretta esecuzione dei contratti, che non siano specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti».

Questo Consiglio ha già avuto modo di affermare che: «nelle gare pubbliche di appalto, per la cui aggiudicazione è stato prescelto il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, competenza esclusiva della commissione è l'attività valutativa, mentre ben possono essere svolte dal responsabile unico del procedimento quelle attività che non implicano l'esercizio di poteri valutativi, tanto in ragione della previsione generale contenuta nell'art. 10 comma 2, del d.lgs. n. 163 del 2006, che affida al responsabile unico del procedimento lo svolgimento di tutti i compiti relativi alle procedure di affidamento, non specificamente attribuiti ad altri organi o soggetti» (Cons. Stato, sez. V, 21 novembre 2014, n. 5760).

Ne consegue che il RUP può svolgere l'attività istruttoria di supporto ai compiti della commissione e della stazione appaltante.

Nella fattispecie in esame, l'art. 4, punto c2) del disciplinare di gara prevedeva che sarebbe stato attribuito un punteggio aggiuntivo «per ogni anno di attività effettuato presso strutture museali caratterizzate da

collezioni rilevanti, sia sotto un profilo quantitativo (con oltre un milione di reperti), sia sotto un profilo storico-scientifico».

La società LMC aveva dichiarato, nel corso della procedura, che i complessi museali di Bologna, Reggio Emilia, Padova e Verona fossero dotate di collezioni con oltre un milione di reperti.

Il RUP aveva svolto una istruttoria presso i singoli musei ed aveva accertato che dette strutture, ad eccezione di quella di Verona, non avessero reperti nella quantità prescritta dal disciplinare.

La stazione appaltante ha pertanto ridotto il punteggio da 10 a 1,17 a LMC e aggiudicato la gara all'Associazione culturale.

La Sezione rileva che l'attività svolta dall'amministrazione sia esente dai vizi riscontrati dal primo giudice.

Il RUP si è limitato a svolgere una attività istruttoria, che le norme di disciplina della materia consentono. A seguito di tale attività la stazione appaltante, con una propria decisione, ha eliminato il punteggio aggiuntivo assegnato dalla commissione. E' bene aggiungere che non si è trattata di una valutazione tecnica delle offerte ma dell'accertamento di un dato tecnico certo che ha condotto la stazione appaltante, nell'esercizio di propri poteri, ad aggiudicare la gara non alla società che aveva fornito dati non veritieri ma all'Associazione culturale.

3.- Con un secondo motivo l'appellante deduce l'erroneità della sentenza nella parte in cui ha ritenuto che la stazione appaltante avrebbe effettuato una valutazione dell'offerta tecnica dopo avere conosciuto quella economica. L'appellante rileva, invece, come non sarebbe stato violato il principio della separazione in quanto la stazione appaltante si sarebbe limitata a rivedere precedenti determinazioni della commissione alla luce di elementi sopravvenuti.

Il motivo è fondato.

L'art. 283, comma 3, del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207 (Regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante «Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE»), applicabile *ratione temporis*, prevede che: «in seduta pubblica, il soggetto che presiede la gara dà lettura dei punteggi attribuiti alle offerte tecniche, procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche, dà lettura dei ribassi espressi in lettere e delle riduzioni di ciascuna di esse e procede secondo quanto previsto dall'articolo 284».

La giurisprudenza amministrativa è costante nel ritenere che: i) la valutazione delle offerte tecniche deve precedere la valutazione delle offerte economiche; ii) queste ultime vanno contenute in buste separate dagli altri elementi (documentazione e offerte tecniche); iii) la commissione giudicante non può aprire le buste delle offerte economiche prima di aver completato la valutazione delle offerte tecniche (Cons. Stato, Sez. V, 21 aprile 2017, n. 1864).

Nel caso di specie la stazione appaltante ha rispettato questi principi. Essa, infatti, si è limitata a "rivedere" valutazioni separate già svolte a seguito di un sopravvenuto elemento istruttorio che ha fatto emergere la non correttezza dell'attribuzione di un punteggio. La natura "certa" di tale elemento, legato al numero dei reperti, giustifica il comportamento dell'amministrazione.

4.- L'accoglimento dei due motivi sopra riportati rende non necessario esaminare le altre censure prospettate dall'appellante.

5.– Parte resistente è condannata al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese di entrambi i gradi di giudizio che si determinano in complessive euro 3.000,00, oltre accessori di legge.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato, in sede giurisdizionale, Sezione Sesta, definitivamente pronunciando:

- a) accoglie l'appello proposto con il ricorso indicato in epigrafe;
- b) condanna parte resistente al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese di entrambi i gradi di giudizio che si determinano in complessive euro 3.000,00, oltre accessori di legge.

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, Estensore

Francesco Mele, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Vincenzo Lopilato Sergio Santoro

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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1120 del 2016, proposto da:

Bioviix Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Filippo Martinez, Davide Moscuza, con domicilio eletto presso lo studio Michele Perrone in Bari, via Torre Tresca N. 2/A;

contro

Azienda Ospedaliero-Universitaria Consorziata Policlinico di Bari, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Piscazzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Bari, via Devitofrancesco, 27;

nei confronti di

Grifols Italia Spa non costituito in giudizio;

per l'annullamento

accesso ai documenti (ex art. 116 c.p.a.): diniego accesso documenti affidamento servizi fornitura di emoderivati di cui all'istanza del 20.6.2016

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Ospedaliero-Universitaria Consorziata Policlinico di Bari;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2017 il dott. Francesco Gaudieri e uditi per le parti i difensori come da verbale di udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.- La società in epigrafe meglio specificata, con il ricorso in esame, notificato il 19/9/2016, depositato il 5/10/2016, riferisce di aver partecipato alla procedura aperta, indetta dall'Azienda Ospedaliera Universitaria Consorziata Policlinico di Bari (di seguito : anche "Policlinico"), per l'affidamento della fornitura di emoderivati, suddivisi in 40 lotti, per la durata di tre anni, con possibilità di proroga per 12 mesi e di essere rimasta aggiudicataria dei lotti nn. 5 e 8, rispettivamente per un quantitativo di n. 2400 flc Talate 1000 UI/750 UI e n. 900 flc Recombinate 1000 UI, per il periodo 2 dicembre 2014/2 dicembre 2017. Non avendo ricevuto alcun ordine di acquisto (ad eccezione di due isolati ordine in esecuzione anticipata del contratto), ha invitato e diffidato, con nota del 20 giugno 2016, l'amministrazione a dare esecuzione al contratto, formulando anche istanza di accesso agli atti, con riferimento alla seguente documentazione :
"tutti i documenti di contabilità (in particolare : i registri contabili, gli ordini di fornitura, i contratti sottoscritti, le bolle e i documenti di trasporto e consegna, le fatture e le ricevute) in possesso dell'Azienda ospedaliera relativi alle forniture dei prodotti oggetto dei sopra menzionati (lotto n. 5 Talate 1000 UI/750 UI e lotto n. 8 : n. 900 flc Recombinate 1000 UI.) e di beni e/o materiali simili o analoghi; gli atti e i

provvedimenti tutti relativi alle eventuali procedure di approvvigionamento da soggetti terzi in relazione a tali prodotti.), senza, tuttavia, ottenere alcun riscontro nei successivi trenta giorni.

Soltanto in data 20 luglio 2016, il Policlinico riscontrava l'istanza asserendo la carenza di arruolamenti di pazienti trattati con Talate e Recombinate; aggiungeva che negli atti di gara e nel provvedimento di aggiudicazione i quantitativi avrebbero potuto variare in aumento o in diminuzione; per un tipo specifico di emoderivato (n. 1500 flc Fandhi 1000 UI), necessario per la continuità terapeutica di un paziente, il Policlinico avrebbe effettuato l'acquisto da altra ditta, per il rischio di reazioni anafilattiche connesso all'utilizzazione dell'emoderivato Talate; ha richiamato i precedenti ordinativi di acquisto già impartiti nelle more della formale aggiudicazione.

Avverso la citata nota, ritenuta sostanzialmente un diniego, è insorta l'interessata deducendo violazione e falsa applicazione degli artt. 22 e seguenti l. n. 241/90, nonché dell'art. 13 d. lgs n. 163/2006, applicabile, *ratione temporis*, stante l'interesse diretto, concreto ed attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso.

2.- Resiste in giudizio l'intimata amministrazione chiedendo il rigetto della domanda perché inammissibile ed infondata.

3.- Alla camera di consiglio del 17 maggio 2017, sulla conclusione delle parti presenti come da verbale di udienza, il Collegio si è riservata la decisione.

4.- Il ricorso è infondato alla stregua delle considerazioni che seguono.

4.1.- Più volte questo Tribunale ha ribadito, sulla scorta di pacifica giurisprudenza che l'accesso è oggetto di un diritto soggettivo di cui il giudice amministrativo conosce in sede di giurisdizione esclusiva. Il giudizio ha per oggetto la verifica della spettanza o meno del diritto di accesso, piuttosto che la verifica della sussistenza o meno di vizi di legittimità dell'atto amministrativo. Infatti, il giudice può ordinare l'esibizione dei documenti richiesti, così sostituendosi all'amministrazione e ordinandole un *facere* pubblicistico, solo se ne sussistono i presupposti (art. 116, comma 4, Cod. proc. amm.). Il che implica che, al di là degli specifici vizi e della specifica motivazione dell'atto amministrativo di diniego dell'accesso, il giudice deve verificare se sussistono o meno i presupposti dell'accesso, potendo pertanto negarlo anche per motivi diversi da quelli indicati dal provvedimento amministrativo [Cons. Stato, VI, 12 gennaio 2011, n. 117]. Sicché il giudice può anche ravvisare motivi ostativi all'accesso diversi da quelli opposti dall'Amministrazione (*ex multis* Cons. St. Sez. VI 19 gennaio 2012 n. 201).

Chiarito quanto sopra, gioverà ricordare che la copiosa giurisprudenza in tema di diritto di accesso si è più volte pronunciata anche in ordine ai limiti intrinseci alla sindacabilità delle ragioni poste a fondamento dell'accesso (Consiglio di Stato, sez. V, 10 gennaio 2007, n. 55), facendo presente "che l'interesse giuridicamente rilevante del soggetto che richiede l'accesso non solo non deve necessariamente consistere in un interesse legittimo o in un diritto soggettivo, dovendo solo essere giuridicamente tutelato purché non si tratti del generico ed indistinto interesse di ogni cittadino al buon andamento dell'attività amministrativa e che, accanto a tale interesse deve sussistere un rapporto di strumentalità tra tale interesse e la documentazione di cui si chiede l'ostensione. Questo rapporto di strumentalità deve però essere inteso in senso ampio, ossia in modo che la documentazione richiesta deve essere mezzo utile per la difesa dell'interesse giuridicamente rilevante e non strumento di prova diretta della lesione di tale interesse. Pertanto, l'interesse all'accesso ai documenti deve essere considerato in astratto, escludendo che, con riferimento al caso specifico, possa esservi spazio per apprezzamenti in ordine alla fondatezza o ammissibilità della domanda giudiziale proponibile. La legittimazione all'accesso non può dunque essere valutata facendo riferimento alla legittimazione della pretesa sostanziale sottostante, ma ha consistenza autonoma, indifferente allo scopo ultimo per cui viene esercitata."

In proposito, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito (cfr. Sezione V, 27 settembre 2004, n. 6326; 24 maggio 2004, n. 3364; 1° giugno 1998, n. 718; 15 giugno 1998, n. 854; Sezione IV, 17 gennaio 2002, n. 231) che la tutela del diritto all'informazione e alla conoscenza dei documenti della Pubblica Amministrazione assicurata dal Legislatore con le norme sull'accesso non può dilatarsi al punto da imporre alla P.A. un vero e proprio *facere*, che esula completamente dal concetto di accesso configurato dalla legge, consistente soltanto in un *pati*, ossia nel lasciare prendere visione ed al più in un *facere* meramente

strumentale, vale a dire in quel minimo di attività materiale che occorre per estrarre i documenti indicati dal richiedente e metterli a sua disposizione.

4.2.- Alla luce del riferito percorso ermeneutico deve essere valutata la questione sottoposta all'intestato Tribunale, chiamato a pronunciarsi in ordine al sostanziale diniego di accesso agli atti di cui all'istanza ostensiva del 20 giugno 2016.

Gioverà ricordare che la ricorrente ha chiesto di accedere a :*“tutti i documenti di contabilità (in particolare : i registri contabili, gli ordini di fornitura, i contratti sottoscritti, le bolle e i documenti di trasporto e consegna, le fatture e le ricevute) in possesso dell’Azienda ospedaliera relativi alle forniture dei prodotti oggetto dei sopra menzionati (lotto n. 5 Talate 1000 UI/750 UI e lotto n. 8 : n. 900 flc Recombinate 1000 UI.) e di beni e/o materiali simili o analoghi; gli atti e i provvedimenti tutti relativi alle eventuali procedure di approvvigionamento da soggetti terzi in relazione a tali prodotti.), giustificando tale istanza con la circostanza che “il diritto di accesso si pone come strumentale all’analisi dei fatti e alla verifica dell’eventuale azione volta alla tutela dei propri interessi : in altri termini, l’istanza e l’ottenimento degli atti richiesti sono volti a permettere la valutazione sia della legittimità che della liceità delle altrui forniture, sia infine la verifica del rispetto dell’aggiudicazione ottenuta e del conseguente contratto”.*

4.3.- Non sfugge al Collegio che la ricorrente ha stipulato un contratto per la fornitura dei prodotti di cui al lotto n. 5 Talate 1000 UI/750 UI e lotto n. 8, 900 flc Recombinate 1000 UI., per cui vanta una posizione differenziata e qualificata.

Tale posizione, tuttavia, non giustifica l'ampiezza dell'istanza ostensiva avente per oggetto tutti i documenti contabili relativi alla eventuale fornitura di siffatti prodotti - addirittura anche di “beni e/o materiali simili o analoghi” - senza, peraltro, neppure circoscrivere il periodo temporale di tale ricerca. Con riferimento ai contenuti di una simile istanza non può che farsi applicazione del principio, consolidato in giurisprudenza, a mente delle cui indicazioni la tutela del diritto all'informazione e alla conoscenza dei documenti della Pubblica Amministrazione assicurata dal Legislatore con le norme sull'accesso non può dilatarsi al punto da imporre alla P.A. un vero e proprio facere, che esula completamente dal concetto di accesso configurato dalla legge, consistente soltanto in un pati, ossia nel lasciare prendere visione ed al più in un facere meramente strumentale, vale a dire in quel minimo di attività materiale che occorre per estrarre i documenti indicati dal richiedente e metterli a sua disposizione

Donde l'inammissibilità di una domanda quale quella in esame che postula una ricerca dettagliata ed analitica, peraltro anche estesa a “beni e/o materiali analoghi o simili” – praticamente estesa, senza limiti, a tutte le forniture relative a prodotti analoghi – caratterizzata, per quest'ultimo aspetto anche da un'attenta attività valutativa dei componenti dei prodotti similari, con ovvi, ingiustificati riflessi sulla correttezza ed economicità dell'azione amministrativa.

Può concludersi per la reiezione del ricorso nei sensi di cui in motivazione.

5.- La particolarità della questione giustifica la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta nei sensi di cui in motivazione.

Spese compensate.

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

Così deciso in Bari nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Gaudieri, Presidente, Estensore

Viviana Lenzi, Referendario

Cesira Casalanguida, Referendario

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

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 14987 del 2016, integrato da motivi aggiunti, proposto da:
Soc Nuove Risposte Coop Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Ignazio Fiore C.F. FRIGNZ37S06H501F, Andrea Fiore C.F. FRINDR70P30H501A, Ettore Corsale C.F. CRSTTR71C12H501D, con domicilio eletto presso Ass. Professionale Fiore Ignazio e Fiore Andrea in Roma, via Silvio Pellico, 2;

contro

Asl Roma 2, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Francesco Dell'Orso C.F. DLLFNC59S21H501B, Massimo Micheli C.F. MCHMSM63B17H501Z, con domicilio eletto presso la sede legale dell'ente in Roma, via Filippo Meda, 35;

nei confronti di

Oltre Società Cooperativa Sociale Onlus, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Pietro Adami C.F. DMAPTR67C06H501Y, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso D'Italia, 97;

per l'annullamento

della deliberazione n. 1706/cs del 30.11.2016 recante la comunicazione dell'aggiudicazione della gara a procedura aperta per l'affidamento della gestione del servizio socio riabilitativo presso il centro riabilitativo denominato "la bottega delle idee".

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Asl Roma 2 e di Oltre Società Cooperativa Sociale Onlus;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 maggio 2017 il dott. Massimo Santini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

La ricorrente prendeva parte alla gara a procedura aperta per l'affidamento della gestione del servizio socio riabilitativo presso il centro denominato "La Bottega delle Idee".

Nel corso della gara la Commissione rilevava come la concorrente Oltre – odierna controinteressata – avesse presentato una offerta economica riportante, allo stesso tempo, le diciture "IVA esente", "IVA esclusa" ed "IVA applicata al 4%". Invitava pertanto la stessa associazione a precisare meglio la propria offerta.

A seguito di precisazione, con la quale la predetta associazione chiariva che l'importo indicato (oltre 149 mila euro) dovesse intendersi "IVA inclusa", l'appalto veniva dunque aggiudicato in favore della medesima controinteressata.

La relativa determina di aggiudicazione veniva dunque impugnata, nella sostanza, per violazione del

principio di immodificabilità dell'offerta ed erronea/falsa applicazione del principio del soccorso istruttorio. Si costituivano in giudizio l'amministrazione sanitaria intimata e la associazione aggiudicataria, odierna controinteressata, entrambe per chiedere la reiezione del gravame.

Con atto di motivi aggiunti veniva altresì contestata l'erroneità della valutazione della offerta tecnica formulata dalla stessa associazione controinteressata nella parte in cui la stazione appaltante non si sarebbe avveduta, ad un più attento esame del progetto allegato, come lo stesso si rivolgesse non a persone non autosufficienti in generale, come richiesto dal bando, ma esclusivamente ad una fascia più giovane di utenza, e ciò dal momento che si faceva spesso riferimento al piano educativo individualizzato, strumento questo tipicamente utilizzato nell'ambito scolastico al fine di indirizzare l'attività degli insegnanti di sostegno.

Resistevano anche avverso tali motivi aggiunti sia l'amministrazione intimata, sia l'associazione controinteressata.

Alla pubblica udienza del 23 maggio 2017 le parti rassegnavano le proprie rispettive conclusioni ed il ricorso veniva infine trattenuto in decisione.

Tutto ciò premesso il ricorso originario va accolto per le ragioni di seguito indicate.

L'offerta formulata dalla associazione controinteressata denota infatti un portata effettivamente ambigua ed incerta, dal momento che riportava allo stesso tempo la triplice dizione "IVA esente", "IVA esclusa" e "IVA applicata al 4%": di qui la sua forte ambiguità e dunque la sostanziale inutilizzabilità della medesima, in presenza di una portata così evidentemente plurima e polisemo. E ciò tanto più ove soltanto si consideri che con specifico chiarimento (cfr. all. 2 della produzione di parte ricorrente) la stazione appaltante aveva a suo tempo affermato che l'importo indicato dovesse "intendersi IVA inclusa".

Ebbene per giurisprudenza pressoché costante (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2016, n. 627) il soccorso istruttorio è consentito soltanto laddove si tratti di correggere mere sviste oppure refusi ed errori materiali, non anche di integrare o completare offerte dal contenuto ambiguo o comunque caratterizzate da incertezza assoluta, come del resto nel caso di specie.

Al riguardo è stato altresì affermato che *"il soccorso istruttorio è infatti volto solo a chiarire ed a completare dichiarazioni o documenti comunque esistenti (C.S., Sez. III, 24.6.2014 n. 3198), non essendo invece invocabile qualora ... in sede di gara sia emersa l'assoluta incertezza sul contenuto dell'offerta economica (C.S., Sez. V, 20.11.2013 n. 5470). Consentire in tali casi il ricorso al soccorso istruttorio equivarrebbe ad alterare la par condicio e a violare il principio della segretezza delle offerte"* (TAR Lombardia Milano, sez. IV, 16 gennaio 2015, n. 181).

Ed ancora che *"è possibile attivare il rimedio del c.d. soccorso istruttorio per completare dichiarazioni o documenti già presentati ... solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione dell'impresa, mentre quel rimedio non può invece essere utilizzato per supplire a carenze dell'offerta o a radicali omissioni dichiarative, sicché non può essere consentita al concorrente negligente la possibilità di completare l'offerta successivamente al termine finale stabilito dal bando, salva la rettifica di semplici errori materiali o di refusi, pena la violazione del principio di par condicio tra i partecipanti alla gara"* (Cons. Stato, sez. III, 17 giugno 2016, n. 2684)

Da quanto detto consegue l'accoglimento del motivo contemplato nel ricorso originario atteso che la stazione appaltante ha impropriamente applicato il ridetto istituto del soccorso istruttorio nel momento in cui, pur in presenza di una offerta articolata in modo così ambiguo e confuso (dunque segnata da gravi lacune e da "incertezza assoluta", dato che non era in alcun modo ricavabile il regime IVA applicato all'importo dedotto in sede di gara), ha comunque invitato la associazione controinteressata a *chiarire formalmente* – e ad *integrare sostanzialmente* – il contenuto stesso dell'offerta economica; con l'inevitabile effetto di averla surrettiziamente recuperata (o "rimessa in pista", se si preferisce) ai fini del prosieguo di gara.

Vanno invece rigettati i motivi aggiunti dal momento che, ad una attenta lettura del piano operativo contenuto nella offerta tecnica della controinteressata associazione, emerge come lo stesso programma non si rivolga soltanto a ragazzi ma anche ad adulti nonché a disabili over 65. Ciò è evidente nella parte del progetto dedicata al teatro piuttosto che alla musicoterapia, alla pittura ed alla ceramica oppure alla cucina,

all'orto ed al giardinaggio, attività queste che ben possono essere considerate di appannaggio di persone di qualsiasi età e non solo di ragazzi, come vorrebbe piuttosto fare intendere la difesa di parte ricorrente. In conclusione il solo ricorso originario è fondato e deve essere accolto, con conseguente annullamento degli impugnati atti di gara.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 14987 del 2016, accoglie il solo ricorso originario e per l'effetto annulla il provvedimento in epigrafe indicato.

Condanna l'amministrazione resistente e la società controinteressata alla rifusione delle spese di lite, da quantificare nella complessiva somma di euro 4.000 (quattromila), oltre IVA e CPA, onere da ripartire in parti eguali tra i due soggetti soccombenti.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Sapone, Presidente

Alfredo Storto, Consigliere

Massimo Santini, Consigliere, Estensore

**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 4750 del 2013, proposto da:

Caruter s.r.l., in persona dell'amministratore e legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Natale Bonfiglio, con domicilio eletto presso lo studio Antonia De Angelis in Roma, via Portuense 104;

contro

Alia Servizi Ambientali s.p.a. (già Publiambiente s.p.a.), in persona del presidente pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Fausto Falorni, con domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Gian Marco Grez in Roma, corso Vittorio Emanuele II 18;

nei confronti di

Ati s.c.a.r.l. e Orizzonti s.coop. sociale onlus, in persona dei rispettivi presidenti dei consigli d'amministrazione e legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Stefano Viti, Giacomo Cresci e Enea Baronti, con domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, piazza della Libertà 20;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. TOSCANA, SEZIONE I, n. 376/2013, resa tra le parti, concernente una procedura di affidamento del servizio raccolta differenziata porta a porta dei rifiuti urbani

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Alia - Servizi Ambientali s.p.a. (già Publiambiente s.p.a.) e della Ati s.c.a.r.l. e Orizzonti s.coop. sociale onlus;

Vista l'ordinanza cautelare della Sezione n. 3236 del 28 agosto 2013;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, comma 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 maggio 2017 il consigliere Fabio Franconiero e uditi per le parti gli avvocati Bonfiglio, Falorni e Cresci;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale della Toscana la Caruter s.r.l. impugnava gli atti della procedura di affidamento del servizio di raccolta differenziata dei rifiuti urbani e assimilati secondo il metodo "porta a porta" nei Comuni di Cerreto Guidi, Larciano, Lamporecchio, Serravalle Pistoiese e Fucecchio, per la durata di quattro anni, indetta dalla Publiambiente s.p.a. ed aggiudicata al raggruppamento temporaneo di imprese formato dalla Ati s.c.a.r.l e dalla Orizzonti soc. cooperativa sociale onlus sulla base del maggior ribasso offerto sulla base d'asta di € 6.450.000 (nota di prot. n. 7687 del 17 maggio 2012).
2. La ricorrente, seconda classificata, sosteneva che l'aggiudicataria avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara, per avere prestato una cauzione provvisoria nelle forme di una polizza fideiussoria rilasciata alla sola mandataria Ati e non anche alla mandante società cooperativa sociale Orizzonti, e per avere l'ente aggiudicatore ciò nondimeno consentito di sanare questa carenza mediante il potere di soccorso istruttorio.
3. Con la sentenza in epigrafe il Tribunale amministrativo adito dichiarava inammissibile il ricorso della Caruter, in conseguenza dell'accoglimento del ricorso incidentale "escludente" delle cooperative facenti parte del raggruppamento temporaneo aggiudicatario. In particolare, era giudicata fondata la censura diretta a sostenere che la ricorrente principale avrebbe dovuto a sua volta essere esclusa dalla gara, perché priva del requisito di capacità tecnica consistente nell'aver prestato servizi di raccolta domiciliare analoghi a quelli oggetto di gara per almeno dodici mesi consecutivi nell'ultimo triennio per una popolazione non inferiore a 60.000 abitanti.
4. Per la riforma della pronuncia di primo grado ha proposto appello la Caruter.
5. Si sono costituite in resistenza la Alia Servizi Ambientali s.p.a., già Quadrifoglio s.p.a., incorporante l'originaria resistente Publiambiente s.p.a., e le società cooperative facenti parte del raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario.

DIRITTO

1. Deve premettersi che in memoria conclusionale la Alia Servizi Ambientali ha rappresentato che il contratto è stato eseguito per intero ed ha dedotto in conseguenza di ciò che sarebbero venute meno «le condizioni richieste dall'art. 122 del D.Lgs n. 104/2010 per la declaratoria di inefficacia del contratto e per il subentro nel contratto medesimo». Nella medesima memoria la avente causa dell'originario ente aggiudicatore ha anche dato atto che nel presente giudizio la Caruter non ha proposto alcuna domanda di risarcimento dei danni per equivalente.
2. In replica, quest'ultima ha tuttavia dichiarato di avere tuttora interesse ad una decisione nel merito dell'appello, ai fini della refusione delle spese di lite e «in maniera ancora più determinante» per la «successiva introduzione dell'azione risarcitoria».
3. Ciò precisato, la Sezione osserva che l'interesse risarcitorio manifestato dall'originaria ricorrente impedisce di dichiarare l'improcedibilità dell'appello (laddove – come pare - l'eccezione dell'ente

aggiudicatore possa essere ricondotta a questa ipotesi) ed impone di esaminare nel merito l'impugnazione della Caruter. Va al riguardo precisato tuttavia che alla luce dell'interesse risarcitorio dichiarato da quest'ultima l'esame dell'appello è limitato ad un accertamento dell'illegittimità degli atti impugnati ai sensi dell'art. 34, comma 3, del Codice del processo amministrativo.

4. Tutto ciò premesso, l'accertamento può essere limitato all'unico motivo di impugnazione della Caruter nei confronti dell'aggiudicazione della gara a favore del raggruppamento temporaneo di imprese con capogruppo la Ati società cooperativa e diretto alla mancata esclusione di questo raggruppamento, malgrado la cauzione provvisoria e il correlato impegno del garante ex art. 75, comma 8, d.lgs. n. 163 del 2006 a rilasciare la cauzione definitiva sia stato reso solo nei confronti di quest'ultima, in qualità di mandataria, e non anche alla mandante Orizzonti società cooperativa sociale. L'appellante richiama al riguardo la pronuncia dell'Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato nella sentenza 4 ottobre 2005, n. 8, che ha invece stabilito che la cauzione provvisoria deve essere intestata a tutte le imprese facenti parte del raggruppamento temporaneo.

5. La Caruter reputa inoltre illegittima la sanatoria di questa carenza consentita dalla stazione appaltante attraverso il potere di soccorso istruttorio.

A questo riguardo, nella propria memoria di replica l'originaria ricorrente ha evidenziato, a confutazione delle difese della Alia – Servizi Ambientali, che la possibilità di integrare l'importo garantito attraverso il soccorso istruttorio della stazione appaltante, pur riconosciuto dalla giurisprudenza di questo Consiglio di Stato ex adverso citata, si fonda sul fatto che il comma 1 dell'art. 75 sopra citato non commina alcuna esclusione per il caso di sua violazione. Tuttavia, – evidenzia la Caruter – a differenza dell'ipotesi concernente l'importo della cauzione provvisoria, il comma 8 del medesimo art. 75, relativo all'impegno del fideiussore a rilasciare la garanzia definitiva all'«offerente» che risultasse aggiudicatario, prevede in modo espresso l'esclusione dalla gara.

6. Il motivo è infondato.

Diversamente da quanto deduce la Caruter, nell'ambito dell'orientamento giurisprudenziale formatosi con riguardo alla possibilità di regolarizzare la cauzione provvisoria questo Consiglio di Stato ha ritenuto che ciò sia consentito anche se tale garanzia non sia riferibile sul piano soggettivo alla mandante di un raggruppamento temporaneo di imprese (in questo senso: Cons. Stato, III, 14 gennaio 2015, n. 57).

7. Le conclusioni cui è giunta la III Sezione di questo Consiglio di Stato nella sentenza ora richiamata, fondate sul principio di tassatività delle cause di esclusione ex art. 46, comma 1-bis, d.lgs. n. 163 del 2006 (introdotto nel 2011, in epoca successiva alla citata pronuncia dell'Adunanza plenaria), sono condivise da questa Sezione.

Infatti, è pur vero, da un lato, che il comma 8 dell'art. 75 prevede in modo espresso l'esclusione dalla gara se la cauzione provvisoria non è corredata dell'impegno del fideiussore a rilasciare la cauzione per l'esecuzione del contratto «qualora l'offerente risultasse affidatario», mentre analogha comminatoria non è contenuta nel comma 1, relativa all'importo della prima cauzione.

8. Tuttavia, non è corretto fare discendere da ciò l'impossibilità nel primo di regolarizzare la medesima cauzione.

Infatti, come nel caso di insufficienza dell'importo, la mancata previsione nella cauzione provvisoria presentata in sede di gara dell'impegno a rilasciare la cauzione definitiva a tutte le partecipanti ad un raggruppamento temporaneo di imprese consiste in una mera incompletezza, che ben si presta ad essere

regolarizzata con una successiva dichiarazione del garante, su richiesta della stazione appaltante di estensione soggettiva della garanzia in questione. In particolare, questa incompletezza emerge quando si accerti a posteriori che le imprese mandanti risultano meritevoli di credito (di firma) al pari della mandataria, attraverso l'intestazione anche a loro della cauzione provvisoria, al pari di quanto consentito per cauzioni provvisorie di importo insufficiente rispetto a quello minimo di legge ex art. 75, comma 1, d.lgs. n. 163 del 2006.

9. Sotto il profilo ora evidenziato la carenza ha dunque natura meramente formale, cui non corrisponde alcuna inaffidabilità sul piano sostanziale.

Infatti, alla luce delle considerazioni finora svolte l'esclusione immediata dalla gara, senza possibilità di sanatoria attraverso l'esercizio del potere di soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 46, comma 1, del previgente Codice dei contratti pubblici, si palesa come conseguenza sproporzionata rispetto agli interessi vantati dalla stazione appaltante circa l'affidabilità patrimoniale del proprio futuro affidatario.

10. Inoltre, diversamente da quanto sostiene la Caruter, una simile conseguenza non discende dal disciplinare della procedura di gara in contestazione. Infatti, nel richiedere di inserire nella documentazione amministrativa la cauzione provvisoria, l'espressa comminatoria di esclusione prevista a tale riguardo (punto 7 del titolo III) si riferisce all'ipotesi di mancata produzione tout court del documento contrattuale e non anche a carenze di quest'ultimo suscettibili di regolarizzazione.

11. Nel ricorso di primo grado ed anche nel presente appello la Caruter ha poi dedotto l'illegittimità della mancata esclusione del raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario sotto un distinto profilo.

Esso consisterebbe nel fatto che l'estensione della polizza fideiussoria emessa in riscontro alla richiesta di regolarizzazione di quella originariamente prestata («atto di dichiarazione» in data 12 aprile 2012 di Assicurazioni generali s.p.a.) non comprenderebbe l'impegno del garante ai sensi del comma 8 dell'art. 75 d.lgs. n. 163 del 2006 nei confronti di tutti i componenti del raggruppamento.

12. La censura si fonda su una non condivisibile lettura formalistica dell'«atto di dichiarazione» poc'anzi richiamato.

Dalla lettura del contenuto di tale dichiarazione si evince che l'estensione della garanzia originariamente rilasciata riguarda l'intero contenuto: «l'intestatario della polizza deve intendersi l'Associazione Temporanea d'Imprese formata dalle Società "Ati Società Cooperativa", in qualità di capogruppo, e la Società "Orizzonti Società Cooperativa Sociale Onlus"». La Caruter valorizza in senso contrario la formula di stile «fermo il resto» posta a chiusura della dichiarazione, la quale non può essere interpretata come limitativa dell'impegno assunto dal fideiussore, ma deve invece ritenersi priva di reale contenuto negoziale e dunque inidonea a limitare gli impegni originariamente assunti dal medesimo garante.

13. L'infondatezza del motivo di impugnazione dell'aggiudicazione in favore del raggruppamento temporaneo di imprese tra le società cooperative Ati e Orizzonti, come finora accertata, rende superfluo l'esame del motivo d'appello della Caruter diretto a contestare l'accoglimento del ricorso incidentale proposto in primo grado dalle controinteressate.

14. L'appello deve quindi essere respinto.

Le spese del presente grado di giudizio seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

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

Condanna l'appellante Caruter s.r.l. a rifondere alle appellate Alia - Servizi Ambientali s.p.a., da una parte, e Ati s.c.a.r.l. e Orizzonti s.c. sociale onlus, dall'altra parte, le spese di causa, liquidate in favore di ciascuna in € 4.000,00, oltre agli accessori di legge.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 maggio 2017 con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Severini, Presidente

Claudio Contessa, Consigliere

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE

Fabio Franconiero Giuseppe Severini

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso in appello numero di registro generale 1283 del 2017, proposto da:
Elettronica Professionale s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Mauro Bilotta, con domicilio eletto presso Salvatore Dettori in Roma, piazza Ss. Apostoli, n. 66;

contro

Tecnologie Sanitarie s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Valentino Vulpetti e Valentina Lipari, con domicilio eletto presso Valentino Vulpetti in Roma, via Sabotino 2/A;

nei confronti di

Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Sardegna - ARPAS, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. SARDEGNA - CAGLIARI: SEZIONE I n. 00036/2017, resa tra le parti,

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Tecnologie Sanitarie s.p.a. e di Agenzia Regionale per la Protezione dell'Ambiente della Sardegna – ARPAS ed i rispettivi appelli incidentali;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2017 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli

avvocati Mauro Bilotta, Valentino Vulpetti e gli avvocati dello Stato Gabriella D'Avanzo e Manzo.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Elettronica Professionale s.r.l. ha interposto appello avverso la sentenza 20 gennaio 2017, n. 36 del Tribunale amministrativo regionale per la Sardegna, con la quale è stato accolto il ricorso esperito da Tecnologie Sanitarie s.p.a. contro l'ammissione dell'appellante alla "procedura aperta per l'appalto del servizio di manutenzione globale della strumentazione analitica in dotazione ai laboratori e ai dipartimenti dell'ARPAS", indetta in data 16 agosto 2016, ed è stata dichiarata inammissibile la domanda di annullamento della lex specialis di gara.

Nel giudizio di primo grado la società Tecnologie Sanitarie ha dedotto una pluralità di motivi di esclusione di Elettronica Professionale s.r.l., risultata prima graduata, concernenti asseriti difetti di requisiti di partecipazione, e, tra questi, con la quinta censura, il difetto del requisito di capacità tecnico-professionale di cui al punto 6.3.1) del disciplinare di gara, riguardante l'aver svolto nell'ultimo triennio (antecedente la data di pubblicazione del bando di gara) attività aventi per oggetto la manutenzione globale di attrezzature analitiche di laboratorio analoghe a quelle descritte nel capitolato per un importo (euro 450.000,00) pari ad almeno il 50 per cento dell'importo a base di gara. In particolare, ad avviso della ricorrente in primo grado, Elettronica Professionale avrebbe dichiarato nel DGUE, con riguardo al triennio di riferimento, un solo servizio di manutenzione globale delle apparecchiature (quello svolto per l'Istituto Zooprofilattico) con un fatturato peraltro inadeguato, in quanto pari ad euro 431.178,62.

2. - La sentenza appellata ha dichiarato inammissibile il ricorso con riguardo all'impugnazione del bando, in quanto non fatto oggetto di specifiche censure, ed ha poi accolto il solo quinto motivo avverso l'ammissione alla gara di Elettronica Professionale, nella considerazione che «i servizi dichiarati [...] (tranne uno) riguardano semplici manutenzioni di servizi di laboratorio invece che "manutenzioni globali" e perché l'unico servizio, invece, pertinente (relativo alla manutenzione globale, per il triennio 2013-2015, delle apparecchiature in uso presso il Laboratorio dell'Istituto Zooprofilattico della Sardegna), che la ricorrente ha indicato nel DGUE come di valore pari a circa 432.000 euro considerato l'intero triennio, è di importo inferiore alla soglia minima necessaria; peraltro, sempre secondo la ricorrente, tale servizio sarebbe in realtà di importo inferiore a quanto dichiarato, pari cioè ad euro 268.000 circa nel triennio».

Ha aggiunto la sentenza che, risultando dalla dichiarazione iniziale il mancato possesso della capacità tecnica richiesta, la stazione appaltante ha legittimamente escluso fin da subito la controinteressata, senza attendere le ulteriori verifiche in corso di gara.

3. - L'appello censura la sentenza allegando che, alla stregua dell'art. 6.3 del disciplinare di gara, il possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale deve essere solamente "autocertificato" dal dichiarante attraverso la compilazione del corrispondente campo del DGUE, essendo rinviato al momento successivo della valutazione delle offerte l'onere di dimostrazione del requisito mediante la prescritta documentazione; di qui l'illegittimità della preliminare esclusione dalla gara di Elettronica Professionale. Viene inoltre dedotta la violazione del principio del favor participationis, con la precisazione che il mancato riferimento, nel DGUE, all'aggettivo "globali" per i servizi di manutenzione contestati, ha rilievo meramente nominale, essendo il contenuto di tali servizi comunque coerente con il requisito richiesto, e cioè l'aver svolto servizi con caratteristiche di globalità delle manutenzioni.

4. - Si è costituita in giudizio l'ARPAS-Agenzia regionale per la Protezione dell'Ambiente della Sardegna, che ha anche proposto appello incidentale avverso la sentenza n. 36 del 2017 del Tar Sardegna relativamente

alla statuizione che ha accolto, in asserita violazione dei parr. 6.3 e 17 del disciplinare di gara, il quinto motivo di ricorso.

5. - Si è altresì costituita in resistenza la Tecnologie Sanitarie s.p.a. esperendo anche appello incidentale mediante la reiterazione delle censure di primo grado disattese.

Con separata memoria ha dedotto l'inammissibilità, improcedibilità ed infondatezza dell'appello principale, nonché l'irricevibilità ed infondatezza dell'appello incidentale di ARPAS.

6. - Nella camera di consiglio del 27 aprile 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

1.- Ragioni di ordine processuale impongono di esaminare preliminarmente le plurime eccezioni di inammissibilità ed improcedibilità dell'appello principale, sollevate da Tecnologie Sanitarie s.p.a.

Deve essere anzitutto disattesa l'eccezione di inesistenza/nullità della notificazione dell'appello ad ARPAS, in quanto effettuata presso l'Avvocatura distrettuale di Cagliari, anziché presso l'Avvocatura generale in Roma. Invero, seppure, ai sensi dell'art. 11 del r.d. 30 ottobre 1933, n. 1661, la notifica dell'appello deve avvenire a pena di nullità presso l'Avvocatura generale dello Stato, si tratta di una nullità sanabile, e, nel caso di specie sanata con la costituzione in giudizio dell'Amministrazione intimata, in applicazione del principio generale di conservazione degli atti processuali (in termini, tra le tante, Cons. Stato, IV, 8 settembre 2015, n. 4167).

1.1.- Infondata è anche l'eccezione di inammissibilità della notificazione in forma cartacea dell'appello, comunque redatto in forma digitale e sottoscritto con firma digitale, in quanto è poi intervenuto il deposito della copia con modalità telematica nel fascicolo informatico con attestazione di conformità ad un originale digitale della copia cartacea. Ed inoltre la notificazione ha raggiunto il suo effetto, provocando la costituzione in giudizio delle parti appellate, sì da non porsi neppure l'esigenza di un'eventuale regolarizzazione alle disposizioni del P.A.T.

1.2.-Analogamente infondata è poi l'eccezione di inammissibilità/improcedibilità dell'appello per avere Elettronica Professionale omissa di impugnare la determinazione ARPAS n. 56 in data 7 febbraio 2017, disponente la sua esclusione, nonché l'aggiudicazione definitiva in favore di Tecnologie Sanitarie, unico operatore rimasto in gara.

Ed infatti l'aggiudicazione è avvenuta in dichiarata esecuzione della sentenza in questa sede appellata ed è dunque destinata a cadere od essere rimossa per effetto dell'eventuale riforma della sentenza stessa. Tale soluzione consegue all'applicazione del principio dell'effetto espansivo esterno della riforma della sentenza appellata, posto in tema di impugnazioni dall'art. 336, comma 2, Cod. proc. civ., costituente un principio generale del processo, applicabile, come tale, anche al processo amministrativo in forza del rinvio esterno dell'art. 39 Cod. proc. amm., ed implicante, nel caso dell'accoglimento dell'appello, l'automatica caducazione dell'aggiudicazione medio tempore disposta in dichiarata esecuzione della sentenza esecutiva del Tribunale amministrativo regionale (in termini Cons. Stato, V, 11 ottobre 2016, n. 4182).

2.- Deve essere disattesa anche l'eccezione di irricevibilità dell'appello incidentale di ARPAS, avviato per la notifica il 17 marzo 2017, che risulterebbe proposto 31 giorni dopo la notifica dell'appello principale, avvenuta il 14 febbraio precedente.

Si evince dalla relata in atti che l'appello principale risulta notificato il 15 febbraio 2017, sì che la notifica

dell'appello incidentale il 17 marzo appare tempestiva, in quanto avvenuta nel termine di trenta giorni dal momento in cui si è perfezionata nei confronti di ARPAS la notificazione dell'impugnazione principale, come richiesto dall'art. 96, comma 5, Cod. proc. amm.

3. - Procedendo dunque allo scrutinio dell'appello principale, con lo stesso si censura la sentenza di prime cure che ha ritenuto illegittima l'ammissione alla gara di Elettronica Professionale s.p.a. per carenza del requisito di capacità tecnico-professionale, nell'assunto che il punto 6.3 del disciplinare di gara prevede che il possesso dello stesso debba essere "autocertificato" dal dichiarante attraverso la compilazione del corrispondente campo del DGUE, essendo rinviato al momento successivo della valutazione delle offerte l'onere di dimostrazione del possesso. Nel caso di specie l'appellante ha dichiarato di avere svolto, nell'ultimo triennio, i servizi richiesti "di manutenzione globale di strutture analitiche di laboratorio analoghe a quelle descritte nel capitolato per un importo non inferiore ad euro 450.000" e pertanto doveva essere ammessa alla gara.

L'appello è fondato.

La sentenza ha, come premesso, ritenuto che Elettronica Professionale s.r.l. abbia dichiarato nel DGUE servizi di manutenzione ordinaria di attrezzature di laboratorio ed un solo global service (quello delle apparecchiature in uso presso il laboratorio dell'Istituto Zooprofilattico della Sardegna), con valore dichiarato di euro 432.000,00 (e, forse, in realtà, di euro 268.000,00), comunque di importo inferiore alla soglia minima necessaria.

A bene considerare, peraltro, il disciplinare, al punto 6.3, nel regolamentare i "requisiti di capacità tecnico-professionale", ha disposto che «ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016 i concorrenti devono essere in possesso dei seguenti requisiti di carattere tecnico che saranno autocertificati utilizzando il modello DGUE mediante la compilazione della parte IV sezione C "Capacità tecniche e professionali" rispettivamente al punto 1b, al punto 12, al punto 13 e (eventualmente) punto 10 nell'ipotesi di subappalto con affidamento nelle capacità del subappaltatore, e che dovranno essere dimostrati mediante la documentazione indicata nel successivo paragrafo 17 del presente disciplinare» (in particolare «l'operatore dovrà elencare i servizi svolti nel periodo di riferimento, con l'indicazione dell'esatto oggetto del contratto, degli importi, della loro durata, dei committenti, sia pubblici che privati»). Il successivo art 17, in tema di aggiudicazione, dispone poi che «la stazione appaltante procederà a verificare, ai sensi dell'art. 85 del Codice dei contratti pubblici, in capo al concorrente provvisoriamente aggiudicatario e a quello che segue in graduatoria la sussistenza dei requisiti di carattere generale, economico-finanziario e tecnico-professionali, attraverso l'utilizzo del sistema previsto dall'art. 81 comma 2 del d.lgs. n. 50/2016, ovvero, fino all'approvazione del decreto ivi indicato, secondo il sistema dell'AV/Cpass istituito presso l'ANAC ai sensi dell'art. 216 comma 13 d.lgs. 50/2016».

Si evince dunque che la lex specialis di gara attribuisce valore autocertificativo alla dichiarazione di possesso dei requisiti (ciò comportando, per quanto ivi rileva, che debba essere preso per certo il fatturato dichiarato, sia per la misura contabile, sia per la pertinenza delle prestazioni sottostanti) e riserva la verifica sulla loro sussistenza ad un momento successivo (di norma successivo alla proposta di aggiudicazione). Tale impostazione del disciplinare, peraltro non fatta oggetto di gravame, appare conforme a quanto disposto dall'art. 85 del codice dei contratti pubblici, alla stregua del quale le stazioni appaltanti devono accettare, al momento della presentazione delle domande di partecipazione, o delle offerte, il documento di gara unico europeo (DGUE) con cui l'operatore autocertifica il possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale. Sembra dunque inferibile dalla disposizione ora ricordata che è preclusa alle stazioni appaltanti la possibilità di richiedere documenti e certificati comprovanti i requisiti a corredo della domanda o dell'offerta.

In via consequenziale appare coerente ritenere che l'eventuale esclusione per difetto dei requisiti speciali (o criteri di selezione) debba essere posticipata al momento della "comprova" del possesso dei requisiti stessi, in quanto altrimenti si determinerebbe un'amputazione del procedimento, mediante anticipazione di un segmento o fase dello stesso, e soprattutto sarebbe consentito un provvedimento di esclusione senza verifica documentale, basato solo su quanto dichiarato nel DGUE.

Né a diverso opinamento induce la disposizione di cui all'art. 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici, invocata da Tecnologie Sanitarie nella memoria del 20 aprile 2017, atteso che si tratta di una norma che detta principi in materia di trasparenza ed afferma che deve essere pubblicato sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", anche il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali. Ma nulla aggiunge in ordine alle modalità in cui devono essere valutate le autodichiarazioni contenute nel DGUE che portano a definire la platea dei partecipanti alla gara, senza dunque determinare un conflitto sistematico con l'art. 85, comma 1, dello stesso corpus legislativo, a mente del quale «al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il DGUE, redatto in conformità al modello di formulario approvato con regolamento della Commissione europea». La stessa norma precisa poi che il DGUE «consiste in un'autodichiarazione aggiornata come prova documentale preliminare [...] in cui si conferma che l'operatore economico soddisfa le seguenti condizioni : a) non si trova in una delle situazioni di cui all'art. 80; b) soddisfa i criteri di selezione definiti a norma dell'art. 83; c) soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'art. 91».

In questa cornice una qualche problematicità interpretativa pone, piuttosto, l'art. 15 del disciplinare, ove (pag. 39) effettivamente è previsto che, a conclusione della prima fase (quella dell'apertura dei plichi contenenti le buste "A"-documentazione amministrativa, "B"-Offerta tecnica, "C"-Offerta economica) ed a seguito dell'eventuale procedura di soccorso istruttorio, «la stazione appaltante adotterà un provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni alla gara all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali degli operatori economici partecipanti alla gara».

Ad avviso del Collegio tale previsione deve peraltro essere letta in modo compatibile e coerente con il punto 6.3 e con l'art. 17 dello stesso disciplinare, oltre che con le già ricordate norme del codice dei contratti pubblici, e dunque inferendone che è possibile all'esito della prima fase l'esclusione degli operatori in tutti quei casi in cui la dichiarazione autocertificativa evidenzi di per sé (confessi) l'assenza dei requisiti (nel caso di specie, di capacità tecnico-professionale), ma non anche in conseguenza di contestazioni di merito richiedenti una più approfondita verifica, che la stessa *lex specialis* colloca nel momento successivo all'aggiudicazione.

La sentenza appellata merita dunque, pur con qualche problematicità residua, di essere riformata, con accertamento della legittimità del provvedimento di ammissione alla gara, senza che possa trovare spazio in questa sede l'accertamento della sussistenza dei requisiti in capo ad Elettronica Professionale s.r.l., ed in specie di quello di avere svolto, nell'ultimo triennio, un servizio di manutenzione globale.

Va precisato ancora che tale lettura relativa al sistema di preliminare autocertificazione del possesso dei requisiti speciali appare compatibile anche con la disciplina del rito super-accelerato introdotta dal comma 2-bis dell'art. 120 Cod. proc. amm. sulle esclusioni ed ammissioni nel procedimento di gara, che, proprio per la sua permeante caratteristica, sembra precludere o comunque limitare significativamente la possibilità di approfondimenti istruttori.

4. - L'ordine di argomenti esposto a sostegno dell'accoglimento dell'appello principale milita anche a favore dell'accoglimento del convergente appello incidentale di ARPAS.

5. - Procedendo ora alla disamina dell'appello incidentale di Tecnologie Sanitarie s.p.a., indirizzato nei confronti delle censure disattese dal primo giudice, deve essere anzitutto respinto il primo mezzo, con cui si deduce, in base alla dichiarazione resa in gara il 4 ottobre 2016, il difetto di regolarità fiscale e contributiva di Elettronica Professionale s.r.l., che avrebbe dunque dovuto essere esclusa per violazione dell'art. 80, commi 4 e 5, del d.lgs. n. 50 del 2016.

La sentenza appellata ha correttamente affermato che non constano esposizioni tributarie definitivamente accertate in capo ad Elettronica Professionale, in quanto per una parte del debito fiscale è intervenuta la rateizzazione e per la rimanente parte non c'è un atto definitivo, ma la società si è impegnata al pagamento in rapporto collaborativo con l'Amministrazione finanziaria. Quanto alla posizione previdenziale, la dichiarazione di Elettronica Professionale, letta nel suo insieme, e dunque non solamente nell'apice, che è comune alla posizione fiscale, esclude la presenza di irregolarità.

6. - Con il secondo motivo dell'appello incidentale di Tecnologie Sanitarie s.p.a. si deduce poi la violazione della normativa in materia di diritto al lavoro dei disabili, nel senso che Elettronica Professionale avrebbe erroneamente e reticentemente dichiarato nel DGUE di non essere assoggettata alla disciplina di cui all'art. 3 della legge n. 68 del 1999, in quanto, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza, il personale impiegato in più sedi operative, site in Province diverse, deve essere considerato in modo cumulativo, sì che, su di un totale di quindici, dovrebbe già avere alle dipendenze un lavoratore disabile.

Anche tale motivo deve essere disatteso alla stregua di quanto esposto nel punto sub 3) della presente motivazione, e cioè per il fatto che si verte al cospetto di una dichiarazione autocertificativa prodotta da Elettronica Professionale, la cui veridicità (numero di dipendenti, anche rispetto a quanto risulta dal certificato camerale) e correttezza (derivante dall'interpretazione dei limiti numerici delle quote di riserva) è suscettibile solo successivamente di essere verificata.

7. - Il terzo motivo censura poi la mancata espressa dichiarazione, da parte di Elettronica Professionale, di non trovarsi in stato di liquidazione coatta o concordato preventivo, costituente requisito di ordine generale ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. b), del d.lgs. n. 50 del 2016.

Ritiene il Collegio che sia condivisibile la sentenza appellata, la quale ha ritenuto che la risposta, nel DGUE, "No" al quesito generale (concernente il fatto di trovarsi in stato di fallimento, liquidazione coatta amministrativa o concordato preventivo) appare assorbente, in forza dell'argomento di inclusione, rispetto alla risposta ai quesiti secondari (relativi a ciascuna di tali situazioni) che sarebbe stata rilevante solamente in caso di risposta affermativa alla domanda principale.

Deve dunque essere disatteso anche tale motivo di appello.

8. - Con il quarto motivo dell'appello incidentale in esame si contesta la omessa dichiarazione del requisito di idoneità professionale di cui al punto 6.2 del disciplinare di gara (iscrizione nel registro delle imprese presso la C.C.I.A.A. per un ramo di attività corrispondente al servizio oggetto dell'appalto), essendosi Elettronica Professionale limitata ad indicare il numero di iscrizione alla Camera di Commercio.

Il motivo deve essere disatteso, meritando conferma la sentenza appellata, sia nella considerazione della congruenza della risposta al quesito contenuto nel DGUE, sia nella considerazione del valore autocertificativo della dichiarazione resa, suscettibile di verifica, anche con eventuale richiesta di chiarimenti od integrazioni.

9. - Le considerazioni che precedono inducono a respingere l'appello incidentale di Tecnologie Sanitarie

s.p.a.

10. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l'appello principale, come pure l'appello incidentale di ARPAS devono essere accolti, mentre va respinto l'appello incidentale di Tecnologie Sanitarie s.p.a., e conseguentemente, in riforma della sentenza appellata, deve essere respinto il ricorso di primo grado.

Si ravvisano tuttavia, per la peculiarità e problematicità della controversia, le ragioni per compensare tra tutte le parti le spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando, accoglie l'appello principale e quello incidentale di ARPAS, mentre respinge l'appello incidentale di Tecnologie Sanitarie s.p.a., e, per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, respinge il ricorso di primo grado.

Compensa tra tutte le parti le spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 27 aprile 2017 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere

Fabio Franconiero, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Daniele Ravenna, Consigliere

L'ESTENSORE IL PRESIDENTE
Stefano Fantini Carlo Saltelli