Pubblicato il 27/11/2018
**N. 06725/2018REG.PROV.COLL.**
**N. 09192/2017 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 9192 del 2017, proposto da:
Spedservice s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Passeri Mencucci, con domicilio eletto presso lo studio Maurizio Mililli in Roma, via Sallustiana, 15;
***contro***
Ministero dell'economia e delle finanze - Comando Generale della Guardia di Finanza- Centro Navale della Guardia di Finanza, Ufficio Amministrazione Sezione Acquisti, in persona del Ministro *pro tempore*, rappresentato e difeso per legge dall'Avvocatura generale dello Stato, domiciliata in Roma, via dei Portoghesi, 12;
***per la riforma della sentenza del T.A.R. LAZIO – ROMA, SEZ. II TER, n. 11533/2017, resa tra le parti.***

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Guardia di Finanza, del Ministero dell'economia e delle finanze, del Centro Navale della Guardia di Finanza;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 novembre 2018 il Cons. Giuseppina Luciana Barreca e uditi per le parti gli avvocati Giovanni Corbyons, su delega dell'avv. Passeri Mencucci, e Avvocato dello Stato Angelo Venturini;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.Con la sentenza impugnata il Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, sezione II-*ter*, ha dichiarato inammissibile il ricorso proposto dalla Spedservice s.r.l. contro l’avviso di esito di gara del 20 giugno 2017, con il quale il Centro Navale della Guardia di Finanza ha comunicato la non aggiudicazione della gara, indetta mediante procedura ristretta ai sensi dell’art. 61 del d.lgs. n. 50 del 2016 per l’affidamento, al criterio del prezzo più basso, del servizio “*di trasferimento dei materiali occorrenti alla gestione logistica della flotta del Corpo*”, per l’importo complessivo di € 360.000,00 (bando pubblicato il 17 settembre 2016).
1.2. La società ricorrente, unica offerente, ha contestato il giudizio di non congruità posto a fondamento della non aggiudicazione ai sensi dell’art. 95, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016, chiedendo l’annullamento dell’avviso e degli atti di gara presupposti, nonché la condanna della p.a. al risarcimento del danno in forma specifica o per equivalente monetario.
1.3. L’appellata sentenza ha accolto l’eccezione di inammissibilità del ricorso avanzata dal resistente Ministero, ritenendo che parte ricorrente avesse avuto “*piena contezza e conoscenza legale della propria esclusione dalla procedura (*recte*, della non aggiudicazione della gara in suo favore), nonché dei relativi motivi (ritenuta non congruità dell’offerta), con la nota amministrativa del 19 maggio 2017* […]”, tenuto altresì conto della diffida “ad intervento in autotutela” inoltrata dalla stessa società in data 24 maggio 2017.
E’ stato perciò considerato tardivo il ricorso avanzato oltre i trenta giorni decorrenti dalla ricezione della nota di cui sopra o, quanto meno, dal 24 maggio 2017, in quanto notificato il 13 luglio 2017.
2. Per ottenere la riforma della sentenza, ha proposto appello la Spedservice s.r.l., censurando la dichiarazione di inammissibilità e riproponendo i motivi del ricorso introduttivo, nonché la domanda risarcitoria, non esaminata in primo grado.
2.1. Il Ministero dell’Economia e delle Finanze – Comando Generale della Guardia di Finanza – Centro Navale della Guardia di Finanza, Formia (LT), Ufficio Amministrazione, Sezione Acquisti, si è costituito per resistere al gravame.
Le parti hanno depositato memorie.
2.2. Con ordinanza collegiale resa all’esito dell’udienza del 14 giugno 2018, pubblicata in data 25 luglio 2018, n. 4527, è stato disposto un rinvio all’udienza pubblica dell’8 novembre 2018, in attesa della decisione dell’Adunanza Plenaria sulla questione rimessa con ordinanza di questo Consiglio di Stato, III, 24 aprile 2018, n. 2472.
2.3. All’udienza predetta la causa è stata trattenuta in decisione, previo deposito di memorie da parte della società appellante e del Ministero appellato.
3. Prima di dire dei motivi di gravame, vanno riepilogati i passaggi rilevanti della procedura di gara:
- con verbale datato 11 maggio 2017, la commissione giudicatrice proponeva l'aggiudicazione in favore della Spedservice "*previa valutazione della congruità dell'unica offerta pervenuta a cura della Commissione all'uopo nominata*";
- con verbale del 17 maggio 2017, la commissione istruttoria, appositamente nominata per la valutazione della convenienza economica dell’offerta, riteneva non congrua l'offerta presentata dalla società, perché i prezzi dalla stessa praticati erano valutati "*superiori rispetto a quelli applicati dal mercato, risultando almeno doppi nel migliore dei casi e fino a dieci volte superiori nel peggiore*" ed inoltre perché la ditta avrebbe "*triplicato, se non quadruplicato i costi del proprio servizio*" rispetto "*all'anno scorso*";
- con nota del 19 maggio 2017, il RUP comunicava all’interessata l’esito del giudizio di congruità, rendendo noto che l’offerta non era stata ritenuta congrua avuto riguardo ai costi di mercato riferiti a prestazioni analoghe e che, per l’effetto, la gara sarebbe stata annullata (siccome unica offerente era stata la società ricorrente);
- con verbale in data 22 maggio 2017, non comunicato né pubblicato prima dell’avviso del 20 giugno 2017, la commissione giudicatrice proponeva di non affidare il servizio oggetto di gara “*in quanto l’unica offerta pervenuta non è conveniente per l’amministrazione* […]”
- il 24 maggio 2017, la società instava l’amministrazione per l’annullamento in autotutela delle determinazioni assunte con la nota del RUP di cui sopra e contestualmente esercitava il diritto di accesso agli atti del procedimento;
- con lettera prot. n. 64070 in data 26 maggio 2017, a firma del comandante dell’Ente e del RUP, tale ultima istanza di annullamento in autotutela veniva rigettata e veniva data comunicazione che la gara era annullata;
- il successivo 29 maggio 2017, la società reiterava l’istanza di accesso, che la stazione appaltante riscontrava il 21 giugno 2017, con nota di mero richiamo alla precedente comunicazione del 19 maggio 2017;
- con avviso pubblicato sul sito istituzionale dell’amministrazione il 20 giugno 2017 veniva data comunicazione della “decisione di non aggiudicare” l’appalto a causa della ritenuta non convenienza dell’offerta;
- il ricorso era notificato, come detto, in data 13 luglio 2017, ritenendo la ricorrente che il termine di trenta giorni di cui all’art. 120, comma 5, cod. proc. amm., decorresse dalla pubblicazione dell’avviso del 20 giugno 2017, data nella quale la Spedservice aveva altresì avuto contezza per la prima volta dei verbali della commissione di congruità del 17 maggio 2017 e della commissione giudicatrice del 22 maggio 2017.
3.1. Sempre in via preliminare, pare da ribadire che l’Amministrazione appaltante si è avvalsa della facoltà dell’art. 95, comma 12, del d.lgs. n. 50 del 2016 (“*Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all’aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito*”), prevista espressamente nella lettera d’invito.
A confutare in radice gli argomenti dell’appellante che richiamano i presupposti per l’esercizio dei poteri di autotutela da parte dell’amministrazione ovvero per il procedimento di verifica di congruità dell’offerta di cui all’art. 97 del *Codice dei contratti pubblici*, va evidenziato che l’art. 95, comma 12, contempla tutt’altra fattispecie.
La disposizione -che trova il suo antecedente normativo nell’art. 81, comma 3, del d.lgs. n. 163 del 2006 - attribuisce alla stazione appaltante, e non alla commissione giudicatrice, la facoltà di non aggiudicare la gara quando nessuna offerta sia ritenuta, a giudizio discrezionale dell’amministrazione (sul quale si tornerà), *“conveniente o idonea”*, purché tale facoltà sia indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera d’invito.
Il d.lgs. n. 50 del 2016 non ha riprodotto l’art. 55, comma 4, d.lgs. n. 163 del 2006 (che consentiva alla stazione appaltante di prevedere nella legge di gara che non si sarebbe proceduto all’aggiudicazione nel caso di unica offerta valida). Nondimeno, non appaiono sussistere ostacoli all’applicazione dell’art. 95, comma 12, anche in caso di unica offerta, purché ricorrano i presupposti ivi previsti (che consentono il rispetto dei parametri comunitari come richiesto dalla Corte di Giustizia in caso di decisione di non aggiudicazione all’unico concorrente rimasto in gara: cfr. Corte Giust. UE, 11 dicembre 2014, n. 440-13).
3.2. Per decidere l’appello è altresì utile sottolineare che la valutazione della stazione appaltante si colloca in una fase della procedura di gara nella quale le offerte sono state già valutate ed è stata avanzata la proposta di aggiudicazione da parte della commissione. All’esito della verifica della proposta di aggiudicazione, ai sensi degli artt. 32, comma 5, e 33, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 (che non contempla più l’aggiudicazione provvisoria), la stazione appaltante, ove a ciò abilitata dall’apposita previsione contenuta nel bando o nella lettera d’invito (come nel caso di specie), può decidere di non aggiudicare. Quindi sono privi di giuridico fondamento i rilievi dell’appellante secondo cui la commissione giudicatrice avrebbe dovuto previamente formulare una proposta di non aggiudicazione: è anzi fisiologica la sequenza procedimentale sopra descritta poiché, come detto, la facoltà di non aggiudicare compete alla stazione appaltante e non alla commissione di gara, e risponde ad un’immanente valutazione dell’interesse pubblico attuale da parte del committente che prescinde dall’esistenza di vizi di legittimità (cfr., sia pure nel vigore di un diverso apparato normativo, già Cons. Stato, IV, 31 maggio 2007, n. 2838).
Il provvedimento di non aggiudicazione va adottato dalla stazione appaltante come atto conclusivo della procedura e ne va data notizia ai sensi dell’art. 76, comma 5, lett. *c)*, del d.lgs. n. 50 del 2016.
4. Dato quanto sopra, il motivo di appello (Error in procedendo e iudicando. *Erronea declaratoria di inammissibilità/irricevibilità del ricorso proposto dalla società Spedservice alla luce della natura endoprocedimentale e non “immediatamente lesiva” della nota prot. 0061139/2017 del 19/05/2017 alla quale hanno fatto seguito il provvedimento di non aggiudicazione provvisorio e la definitiva “non aggiudicazione” disposta con provvedimento pubblicato il 20/06/2017 sul sito istituzionale dell’amministrazione resistente*), pone le seguenti questioni:
- quale sia la natura giuridica della nota del RUP su specificata ed, in particolare se si tratta di atto endoprocedimentale non immediatamente lesivo e perciò non autonomamente impugnabile, come sostiene l’appellante;
- quale fosse la conoscibilità dell’atto e della sua lesività da parte della società unica concorrente, onde comportare la decorrenza del termine decadenziale, considerato che, secondo quanto sostiene l’appellante, con la nota predetta il RUP ha comunicato la non congruità dell’offerta presentata dalla società senza esplicitare le ragioni della scelta operata e che la società ricorrente avrebbe avuto contezza di tali ragioni soltanto in data 20 giugno 2017 (poiché le istanze di accesso agli atti hanno avuto riscontro tardivo da parte dell’amministrazione).
5. In merito alla prima questione, i profili di censura mossi alla sentenza impugnata risultano condivisibili.
La nota del RUP prot. n. 061139 del 19 maggio 2017 non è atto conclusivo del procedimento.
In effetti, il contenuto della nota - riportato e valutato dalla sentenza qui gravata - potrebbe indurre a ritenere il contrario, in quanto, pur essendo limitato alla comunicazione della valutazione di non congruità espressa dalla commissione istruttoria all’uopo nominata, conclude tuttavia con l’affermazione esplicita che “*la gara indetta per l’affidamento del richiamato servizio deve intendersi annullata*”.
Per contro, non si può non tenere nel debito conto - come dedotto dall’appellante nell’evidenziare la conduzione “ondivaga” della procedura in questione (cfr. pag. 12 dell’atto di appello) – che con nota in pari data (19 maggio 2017) il RUP convocò nuovamente la commissione di gara – adempimento non richiesto dalle previsioni degli artt. 32 e 33 del *Codice dei contratti pubblici* come sopra interpretate, e comunque in contrasto con la ritenuta determinazione di “annullamento” della gara– e la commissione, riunitasi il 22 maggio 2017, lungi dal prendere atto dell’annullamento, concluse con una proposta di non aggiudicazione per non convenienza economica dell’unica offerta.
Il fatto stesso che il procedimento sia proseguito con la convocazione della commissione giudicatrice fornisce riscontro alle doglianze dell’appellante circa la portata non definitiva della nota del 19 maggio 2017.
5.1. Tuttavia, questa conclusione non conduce all’accoglimento del gravame, considerato quanto dedotto dall’Avvocatura generale dello Stato negli scritti difensivi d’appello.
Rileva, infatti, la nota prot. n. 64070 del 26 maggio 2017, firmata dal Comandante del Centro Navale della Guardia di Finanza, dirigente responsabile del servizio, oltre che dal RUP, nella quale viene rappresentato che “*Nell’ambito della procedura di gara in oggetto questo Centro Navale, esperite le formalità di rito, ha ritenuto di non poter aggiudicare l’appalto de quo, in virtù di una valutazione di non convenienza economica per l’Amministrazione dell’unica offerta presentata.* […]”.
Sebbene - come replica la difesa dell’appellante - si tratti della risposta all’istanza della società in data 24 maggio 2017 (cioè della diffida all’esercizio dei poteri di autotutela, già richiamata nella sentenza impugnata) volta ad ottenere la revisione della valutazione di non congruità della commissione istruttoria, la nota ha il chiaro contenuto di comunicazione della decisione di non aggiudicazione della gara ai sensi dell’art. 95, comma 12, d.lgs. n. 50 del 2016, ivi espressamente richiamato.
Poiché alla data della nota in esame (26 maggio 2017) si era già pronunciata - sia pure ad *abundantiam*- la commissione giudicatrice, nella seduta del 22 maggio 2017, con verbale non immediatamente reso noto alla società concorrente, e poiché l’avviso dell’esito della gara pubblicato il 20 giugno 2017 richiama tale ultimo verbale, senza che sia riscontrabile alcun ulteriore atto intermedio, la nota del 26 maggio 2017 presenta tutte le caratteristiche di un atto conclusivo del procedimento (se si vuole, di conferma della determinazione del 19 maggio 2017, che, per quanto detto sopra, si è venuta a configurare come atto endoprocedimentale).
6. Ciò posto, vanno delibate due ulteriori questioni di diritto, entrambe affrontate e risolte dalla sentenza appellata con argomentazioni, che vanno qui condivise.
6.1. La prima questione attiene al contenuto dell’art. 120, comma 5, Cod. proc. amm. nella parte in cui stabilisce la decorrenza del termine di trenta giorni per l’impugnazione degli atti di gara.
La decorrenza è fatta corrispondere con la ricezione della comunicazione del provvedimento: il rinvio all’art. 79 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, ivi contenuto, è da intendersi oggi fatto all’art. 76 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.
Il comma 5, lett. *c)* di quest’ultimo articolo dispone che anche la decisione di non aggiudicare un appalto debba essere comunicata d’ufficio dalla stazione appaltante, immediatamente e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni, *“a tutti i candidati”*.
La comunicazione del 26 maggio 2017 prot. n. 64070, inviata a mezzo PEC, è rispondente alla disposizione di legge, mentre in senso contrario non potrebbe essere addotto (né è stato addotto in giudizio) che sia stato utilizzato l’indirizzo PEC del difensore piuttosto che quello della Spedservice, cui invece era stata inviata la nota del 19 maggio 2017, atteso che dagli atti interlocutori successivi risultava l’elezione di domicilio presso il difensore munito di mandato.
Orbene, non è contestabile che la comunicazione delle informazioni ai candidati e agli offerenti prevista dall’art. 76 (già art. 79) determina la conoscenza legale dell’atto comunicato da parte del destinatario e, di conseguenza, la decorrenza del termine per l’impugnazione dello stesso (cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 31 luglio 2012, n. 3).
6.2. Contrariamente a quanto sembra ritenere l’appellante, non rileva in senso contrario la pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante dell’avviso dell’esito della gara, effettuato in data 20 giugno 2017.
Si tratta infatti di adempimento eseguito ai sensi dell’art. 29 del d.lgs. n. 50 del 2016, a soli fini di pubblicità, ma non rilevante per la decorrenza del termine per l’impugnazione.
La pubblicazione sul profilo del committente (cioè sul sito informatico della stazione appaltante, ai sensi dell’art. 3, comma 1, lett. *nnn)*, del *Codice*) è rilevante per il decorso del termine soltanto per l’impugnazione del “*provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni*” ai sensi dell’art. 120, comma 2-*bis*, Cod. proc. amm., cui è espressamente riferito l’art. 29, comma 1, del *Codice dei contratti pubblici*.
Tuttavia, come affermato dalla sentenza impugnata e riconosciuto anche dall’appellante, nel caso in esame non si tratta di provvedimento di esclusione da impugnare ai sensi dell’art. 120, comma 2-*bis*, bensì di provvedimento di non aggiudicazione, da impugnare ai sensi dell’art. 120, comma 5, Cod. proc. amm..
7. Considerata la conoscenza legale determinata dalla comunicazione effettuata ai sensi dell’art. 76, comma 5, lett. *c)*, direttamente all’impresa concorrente, non vi è luogo a dibattere dell’idoneità del relativo contenuto a consentire al destinatario la piena conoscenza del provvedimento, né della tardiva risposta fornita dall’amministrazione alle richieste di accesso agli atti avanzate dall’impresa concorrente, questioni entrambe agitate col secondo profilo di censura del motivo di appello.
In proposito, va dato seguito all’affermazione contenuta nella sentenza impugnata secondo cui le norme degli artt. 120 Cod. proc. amm. e 76 del d.lgs. n. 50 del 2016 impongono al privato “*un onere di attivarsi entro termine breve per gravarsi avverso gli atti della procedura di gara ed al tempo stesso per acquisire ogni ulteriore elemento conoscitivo relativo alle procedure di scelta del contraente*”, con la conseguenza che “*La cognizione, in base ai documenti acquisiti, di ulteriori vizi del procedimento di aggiudicazione abilita alla proposizione di motivi aggiunti, ma non determina lo spostamento in avanti del termine decadenziale per l'introduzione del ricorso, il cui dies a quo la prefata normativa - con disposizione di chiaro contenuto prescrittivo e non derogabile in base ad interpretazioni sistematiche e manipolative - collega alla data di ricezione della comunicazione ai sensi dell'art. 76 del D.Lgs. n. 50 del 2016 (per tutte, Consiglio di Stato, sez. III, sent. 24 aprile 2012, n. 2407 con riferimento alla previgente normativa di cui all’art. 79, D.Lgs n. 163 del 2006)*” (cfr. pag. 13 della sentenza).
La giurisprudenza citata in senso contrario nell’atto di appello non smentisce siffatta conclusione.
7.1. Per un verso, essa non è pertinente, poiché si riferisce alla diversa questione dell’idoneità al decorso del termine per impugnare della conoscenza di fatto del provvedimento, intervenuta prima della (o in mancanza della) comunicazione del provvedimento ai sensi dell’art. 79 (oggi art. 76) del codice degli appalti pubblici. Orbene, in difetto della formale comunicazione dell’atto e nel caso in cui il ricorrente venga ad aver contezza dell’atto prima della sua comunicazione formale, si ritiene che, grazie all’inciso aggiunto all’art. 120, comma 5, Cod. proc. amm. (“*in ogni altro caso, dalla conoscenza dell’atto*”), il termine di impugnazione possa decorrere dal momento dell’avvenuta conoscenza. In tale eventualità, si è affermato che “*la conoscenza dell’atto, per essere idonea a comportare la decorrenza del termine decadenziale, deve essere necessariamente piena, di modo che non è sufficiente che l’interessato sappia soltanto dell’esistenza dell’atto, ma è altresì indispensabile che quest’ultimo sia accessibile e conoscibile nella sua interezza, ovvero anche con riguardo alle motivazioni che hanno portato all’adozione dell’atto*” (Cons. Stato, III, 17 marzo 2017, n. 1212, citata dall’appellante).
Diversa è l’ipotesi dalla fattispecie di conoscenza legale tipizzata, laddove è lo stessa norma a delineare i presupposti necessari e sufficienti alla decorrenza del termine. Dal momento che, in forza del rinvio dinamico dell’art. 120, comma 5, Cod. proc. amm., occorre tenere conto del disposto dell’art. 76, comma 5, del *Codice dei contratti pubblici*, appare sufficiente, per quanto qui rileva, la comunicazione soltanto della *“decisione di non aggiudicare l’appalto”*.
7.2. E’ pur vero che è presente in giurisprudenza amministrativa l’orientamento richiamato dall’appellante, per il quale il termine di impugnazione si intende differito ogniqualvolta l’interessato abbia fatto tempestiva richiesta di accesso agli atti, qualora questi necessitino per proporre l’impugnazione, “*senza che possa onerarsi l’interessato, al fine di mantenere l’interesse all’accesso, della proposizione di un generico ricorso al buio … cui affiancare, mediante lo strumento dei motivi aggiunti, i sostanziali specifici motivi una volta conseguito l’accesso alle giustificazioni …*” (così Cons. giust. amm. Reg. Sic., 23 settembre 2016, n. 324; cfr., nello stesso senso, anche Cons. Stato, V, 13 marzo 2014, n. 1250; id. III, 7 gennaio 2015, n. 25).
L’indirizzo giurisprudenziale invocato dall’appellante - formatosi nel vigore dell’art. 79 del d.lgs. n. 163 del 2006, il cui testo non coincide con quello dell’art. 76 del d.lgs. n. 50 del 2016 - non è comunque applicabile al caso di specie, in quanto presuppone l’incompletezza della comunicazione e l’indispensabilità della conoscenza degli atti, ai quali è chiesto l’accesso, per formulare i motivi del ricorso principale. Non è questa la situazione di fatto oggetto del presente contenzioso: sia la nota informativa del 19 maggio 2017 che quella del 26 maggio 2017 contenevano gli elementi sufficienti per conoscere il motivo della non aggiudicazione, con riguardo al disposto dell’art. 95, comma 12 (difetto di convenienza economica dell’offerta rispetto a costi di mercato riferiti a prestazioni analoghe o comunque rispetto al mercato di riferimento).
Si tratta di motivazione della *“decisione”* di non aggiudicazione sufficiente alla formulazione dei motivi, per come fatto palese, d’altronde, dalla compiutezza e dalla puntualità dei rilievi contenuti nell’istanza di revisione in autotutela del 24 maggio 2017, adeguatamente valorizzata nella motivazione della sentenza impugnata.
L’effettività della tutela non risulta compromessa dalla ritenuta necessità di impugnazione tempestiva della nota del 26 maggio 2017, poiché, una volta scongiurato il rischio di un ricorso “al buio”, ogni ulteriore ragione di difesa bene avrebbe potuto essere fatta valere con i motivi aggiunti, da proporre contro i verbali della commissione istruttoria e della commissione di gara, conosciuti successivamente.
Il motivo di appello va perciò respinto, così restando confermata la dichiarazione di inammissibilità del primo grado, in riferimento alla domanda di annullamento della decisione di non aggiudicazione.
5. Con l’atto di appello, la Spedservice ha riproposto la domanda di risarcimento del danno -in forma specifica o per equivalente; per illegittimità del provvedimento di non aggiudicazione ovvero, in subordine, per responsabilità pre-contrattuale- avanzata già in primo grado ed ha dedotto che l’azione di condanna, esercitata con ricorso depositato il 13 luglio 2017, è certamente tempestiva, mentre né su tale circostanza né sulla domanda si è pronunciato il giudice di primo grado.
5.1. Entrambe le deduzioni sono corrette.
Ai sensi dell’art. 30, comma 3, Cod. proc. amm., la domanda di risarcimento per lesione di interessi legittimi è proposta entro il termine di decadenza di centoventi giorni decorrente dal giorno in cui il fatto si è verificato ovvero dalla conoscenza del provvedimento se il danno deriva direttamente da questo.
Poiché tale conoscenza nel caso di specie è intervenuta il 26 maggio 2017, il termine di decadenza non era ancora decorso quando venne domandata la condanna della p.a. al risarcimento dei danni, con ricorso notificato il 13 luglio 2017.
5.2. L’appellata sentenza ha omesso una pronuncia sulla domanda risarcitoria.
Ne consegue l’applicazione dei principi di diritto affermati dall’Adunanza plenaria, con la decisione pronunciata in un caso analogo, sopravvenuta in pendenza del presente appello, in data 5 settembre 2018 n. 14, secondo cui “*a) In coerenza con il generale principio dell’effetto devolutivo/sostitutivo dell’appello, le ipotesi di annullamento con rinvio al giudice di primo grado previste dall’art. 105 Cod. proc. amm. hanno carattere eccezionale e tassativo e non sono, pertanto, suscettibili di interpretazioni analogiche o estensive; b) La violazione del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, anche quando si sia tradotta nella mancanza totale di pronuncia da parte del giudice di primo grado su una delle domande del ricorrente, non costituisce un’ipotesi di annullamento con rinvio; pertanto, in applicazione del principio dell’effetto sostitutivo dell’appello, anche in questo caso, ravvisato l’errore del primo giudice, la causa deve essere decisa nel merito dal giudice di secondo grado*”.
6. Nel merito, la domanda risarcitoria è infondata.
Essa presuppone l’illegittimità del provvedimento di non aggiudicazione adottato dalla stazione appaltante ovvero, nella prospettiva della responsabilità pre-contrattuale, l’illegittimità della condotta tenuta dalla stazione appaltante nella conduzione della sequenza procedimentale che si è conclusa col provvedimento sfavorevole all’unica impresa concorrente.
6.1. In merito al primo profilo, va premesso che la facoltà di non aggiudicazione rientra nei poteri discrezionali della stazione appaltante e la decisione è conseguenza di un apprezzamento di merito riservato a quest’ultima, sindacabile in sede giurisdizionale solo qualora sia manifestamente illogico o viziato da travisamento dei fatti (cfr. Cons. Stato, IV, 31 maggio 2007, n. 2838).
Si tratta di un giudizio di convenienza sul futuro contratto, che, come già rilevato in diversi precedenti giurisprudenziali, “*consegue, tra l'altro, ad apprezzamenti sull'inopportunità economica del rapporto negoziale per specifiche ed obiettive ragioni di interesse pubblico ed anche alla luce, se del caso, di una generale riconsiderazione dell'appalto, nell’esercizio ampi di poteri in funzione di controllo, non condizionati, quindi, dalle valutazioni tecniche del seggio di gara*” (cfr. Cons. Stato, III, 4 settembre 2013 n. 4433).
Condivisibile è altresì l’affermazione giurisprudenziale ulteriore per la quale il giudizio della stazione appaltante va adeguatamente motivato, dovendo risultare in termini puntuali e specifici gli elementi di inidoneità che giustificano la mancata aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, V, 11 giugno 2013, n. 3215 e id., III, 20 aprile 2015, n. 1994), allo scopo di rendere palesi i risultati dell’istruttoria e le modalità con le quali questa è stata condotta (cfr. Cons. Stato, III, 10 agosto 2016, n. 3599).
6.2. Il verbale della seduta della commissione istruttoria del 17 maggio 2017 ed i relativi allegati consentono di ricostruire l’*iter* logico con cui la commissione è pervenuta al giudizio di non convenienza economica dell’offerta della Società Spedservice, tenuto conto del fatto che l’appalto si strutturava come una sorta di accordo-quadro; questo comportava un impegno di spesa presunto, in vista dell’eventuale richiesta da parte della Guardia di Finanza delle prestazioni specificate nell’oggetto dell’appalto, per ciascuna delle quali era richiesta l’indicazione dei prezzi da parte dell’impresa concorrente.
6.3. Il criterio di aggiudicazione della procedura ristretta era quello del prezzo più basso e il giudizio di non congruità dell’offerta di Spedservice è stato espresso per mancanza di convenienza, tenuto conto dei prezzi di mercato per prestazioni analoghe, nonché dei prezzi praticati dalla stessa offerente, gestore uscente del servizio, seguendo il metodo del confronto su base esclusivamente economica, e non qualitativa.
Il confronto, con diversi preventivi ricavati dai prezzi praticati da altri operatori del settore e con i prezzi della passata gestione, ha fatto riscontrare che i prezzi offerti erano “*almeno doppi nel migliore dei casi e fino a dieci volte superiori nel peggiore*” rispetto ai prezzi di mercato e che la ditta aveva “*triplicato se non quadruplicato i costi del proprio servizio*” rispetto all’anno precedente.
6.4. Le contestazioni mosse dall’appellante non evidenziano errori logici o travisamenti di fatto decisivi, poiché:
- quanto ai prezzi di mercato, le argomentazioni attengono alla asserita mancata considerazione di elementi di costo (copertura assicurativa delle merci; operazioni doganali; attivazione gestione coordinamento e monitoraggio dell’intero servizio per la durata triennale; modalità di pagamento) che –per come dettagliatamente evidenziato nelle difese svolte dall’Avvocatura dello Stato in primo grado- hanno incidenza non significativa ovvero opposta a quanto sostenuto dall’appellante; in gran parte, peraltro, le contestazioni attengono alla metodologia di stima dell’incidenza dei costi, quindi a criteri di valutazione riservati alla pubblica amministrazione, non sindacabili in sede giurisdizionale;
- quanto ai prezzi praticati dalla stessa Spedservice nella passata gestione, la società appellante riconosce un incremento di spesa medio del 17% (con punte del 34%), che, secondo la difesa, rientrerebbe “*assolutamente nella normalità, anche considerando che la precedente offerta era stata formulata il 21 gennaio 2014*”: anche tali contestazioni - che peraltro non consentono di superare il dato oggettivo dei rincari notevoli e generalizzati (non tanto nella media quanto in assoluto su numerose prestazioni), che risulta dai prospetti allegati agli scritti difensivi del primo grado - involgono la valutazione della p.a. sulla ragionevolezza e sopportabilità dell’incremento dei prezzi (oggettivamente esistente) e, quindi, sulla convenienza complessiva dell’appalto;
- analogamente è a dirsi in merito ai profili di censura riguardanti l’articolazione della gara in due lotti, la suddivisione dei corrispettivi in quattro tariffari, i “servizi aggiuntivi”, tutti aspetti rientranti appieno nel merito dell’azione amministrativa.
6.5. In conclusione, la decisione di non aggiudicazione adottata nei confronti della Società Spedservice s.r.l. non è illegittima, quindi non ingiustamente lesiva dell’interesse all’aggiudicazione vantato dall’appellante.
La domanda risarcitoria per i danni da mancata aggiudicazione va respinta.
6.6. Parimenti, va respinta la domanda risarcitoria da responsabilità pre-contrattuale, avanzata in subordine nel presupposto che l’Amministrazione abbia leso “*l’incolpevole affidamento dell’operatore privato nella favorevole conclusione dell’appalto*”.
Non sussiste l’elemento oggettivo di siffatta responsabilità.
Non vi è infatti alcun ragionevole affidamento che la società potesse nutrire nella conclusione del contratto anche dopo la proposta di aggiudicazione, né vi è alcuna ingiustificata interruzione delle trattative ex art. 1337 Cod. civ. o colpevole recesso da parte della stazione appaltante, e nemmeno è riscontrabile la violazione del dovere di correttezza che deve improntare l’agire della pubblica amministrazione (cfr., per tali presupposti della responsabilità pre-contrattuale nella materia delle pubbliche gare, da ultimo, Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5).
6.7. Nel caso di specie, non vi è comunque lesione di ragionevole affidamento nell’esito positivo della gara poiché, a tutto concedere, era stato reso noto, come per legge, il possibile esercizio della facoltà di non aggiudicazione in caso di non convenienza dell’offerta.
Né si può sostenere, come pure sostiene l’appellante, che la stazione appaltante avrebbe condotto colpevolmente la relativa procedura, per l’assenza di contraddittorio tecnico. Infatti, esclusa, per quanto detto sopra, l’applicabilità dell’art. 97 del d.lgs. n. 50 del 2016, che concerne la diversa fattispecie del giudizio di anomalia dell’offerta, non vi era alcun obbligo dell’amministrazione di richiedere giustificazioni od instaurare un contraddittorio preventivo.
6.8. L’azione amministrativa è risultata perciò conforme ai canoni di correttezza e buona fede ed alle norme che disciplinano specificamente l’esercizio della facoltà di cui era stata fatta espressa riserva nella lettera d’invito.
7. In conclusione, l’appello va respinto.
Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da 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 al pagamento delle spese processuali che liquida nell’importo complessivo di € 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori come per legge.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:
Giuseppe Severini, Presidente
Claudio Contessa, Consigliere
Alessandro Maggio, Consigliere
Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere, Estensore
Anna Bottiglieri, Consigliere

Pubblicato il 23/11/2018
N. 06632/2018REG.PROV.COLL.
N. 04599/2018 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4599 del 2018, proposto da
Engie Servizi s.p.a., in persona del legale rappresentante in carica, in proprio e nella qualità di mandataria del RTI con il Consorzio Stabile Energie Locali s.c. a r.l., la Co.L.Ser. Servizi s.c. a r.l., il Consorzio G.I.S.A., il Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi e la Florida 2000 s.r.l., rappresentata e difesa dagli avvocati Mario Sanino e Lorenzo Grisostomi Travaglini, con domicilio digitale pec come da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, viale Parioli, n. 180;

contro

Consip s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Damiano Lipani e Francesca Sbrana, con domicilio digitale pec come da registri di giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo, in Roma, via Vittoria Colonna, n. 40;

e con l'intervento di

ad opponendum:
Consorzio Leonardo Servizi e Lavori “Società Cooperativa Consortile Stabile”, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Marco Orlando, con domicilio digitale pec come da registri di giustizia e domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Sistina, n.48;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio – Roma, Sez. II, n. 04722/2018, resa tra le parti, concernente la gara per l’affidamento di servizi integrati, gestionali e operativi da eseguirsi su immobili adibiti a ufficio nella disponibilità di pubbliche amministrazioni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

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

Visto l’intervento ad opponendum proposto dal Consorzio Leonardo Servizi e Lavori “Società Cooperativa Consortile Stabile”;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 ottobre 2018 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Lorenzo Grisostomi Travaglini, Mario Sanino, Damiano Lipani, Francesca Sbrana e Marco Orlando;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con bando di gara pubblicato sulla GURI in data 21/3/2014 e sulla GUUE il giorno successivo la CONSIP s.p.a. ha indetto una procedura aperta per la stipula di una convenzione quadro concernente l’affidamento di servizi vari da eseguirsi su immobili adibiti a ufficio nella disponibilità di pubbliche amministrazioni, ivi compresi università pubbliche ed enti e istituzioni di ricerca.

La procedura era suddivisa in 18 lotti, di cui 14 ordinari e 4 accessori (lotti 15, 16, 17, 18).

Alla gara ha partecipato il RTI tra la Cofely Italia s.p.a. (ora Engie Servizi s.p.a.), in qualità di mandataria, il Consorzio Stabile Energie Locali s.c. a r.l., la Co.L.Ser. Servizi s.c. a r.l., il Consorzio G.I.S.A., il Consorzio Nazionale Cooperative Pluriservizi (CNCP) e la Florida 2000 s.r.l.

All’esito della valutazione delle offerte il RTI capeggiato dalla Engie Servizi si è classificato al primo posto in relazione ai lotti 8, 10, 11 e 16.

In data 23/11/2017 il suddetto RTI ha comunicato alla stazione appaltate che la So.Co.Fat., società consorziata del CNCP, da questo indicata come esecutrice, era stata posta in liquidazione coatta amministrativa e che per tale ragione si rendeva necessaria la sua estromissione dalla compagine delle imprese consorziate indicate per l’esecuzione della commessa.

La CONSIP ha quindi adottato il provvedimento in data 16/1/2018 col quale ha disposto l’esclusione dalla gara del RTI tra Engie Servizi, Consorzio Stabile Energie Locali, Co.L.Ser. Servizi, CNCP e Florida 2000.

Ritendo il provvedimento espulsivo illegittimo la Engie Servizi lo ha impugnato con ricorso al T.A.R. Lazio – Roma, il quale, con sentenza 30/4/2018, n. 4722, lo ha respinto.

Avverso la sentenza ha proposto appello la Engie Servizi.

Per resistere al ricorso si è costituita in giudizio la CONSIP.

E’ inoltre intervenuto ad opponendum il Consorzio Leonardo Servizi e Lavori “Società Cooperativa Consortile Stabile”.

Con successive memorie appellante ed appellata hanno meglio illustrato le rispettive tesi difensive.

Alla pubblica udienza del 25/10/2018 la causa è passata in decisione.

In via preliminare va esaminata l’eccezione con cui la Engie Servizi deduce l’inammissibilità dell’intervento spiegato dal Consorzio Leonardo Servizi e Lavori in quanto:

a) quest’ultimo non potrebbe vantare una situazione giuridica tutelata;

b) non sarebbe “consentita la partecipazione al giudizio in virtù di un’ipotetica evoluzione dei fatti di causa o considerando un fatto come mai avvenuto”.

L’eccezione è infondata.

Secondo un condivisibile orientamento giurisprudenziale, l’intervento ad opponendum, nel processo amministrativo, non richiede la titolarità di una posizione giuridica autonoma analoga a quella che radica la legittimazione al ricorso, essendo sufficiente che il terzo, indipendentemente dalla circostanza che abbia o non personalità giuridica, sia titolare di un interesse che abbia un suo rilievo giuridico, che valga, comunque, a differenziarlo dalla generalità dei consociati.

Di conseguenza, basta che l'interveniente possa vantare un interesse di fatto, dipendente da quello azionato in via principale o ad esso accessorio, ovvero sotteso al mantenimento dei provvedimenti impugnati, che gli consenta di ritrarre un vantaggio indiretto e riflesso dalla reiezione del ricorso (Cons. Stato, Sez. IV, 10/2/2017, n. 573)

Nel caso di specie il Consorzio Leonardo Servizi e Lavori ha affermato, senza essere smentito, di aver interesse ad intervenire per spiegare le proprie difese a sostegno della sentenza, in quanto, classificatosi terzo in uno dei lotti originariamente assegnati all’odierno appellante, ne ha ottenuto il provvisorio affidamento, a seguito dell’esclusione di entrambi i concorrenti che lo precedevano.

Trattasi quindi di una posizione indiretta e derivata, di minor rilievo rispetto a quella che avrebbe radicato l'interesse a proporre autonomo ricorso, idonea a giustificare l’intervento.

Col primo motivo l’appellante denuncia l’errore commesso dal Tribunale nel respingere la censura con cui era stato dedotto che la liquidazione coatta della So.Co.Fat. non avrebbe potuto incidere sui requisiti di partecipazione del CNCP trattandosi di vicenda organizzativa interna a quest’ultimo, irrilevante nei rapporti esterni con la stazione appaltante. Componente del RTI capeggiato dalla Engie Servizi sarebbe stato, infatti, il solo CNCP, per cui solo questo avrebbe assunto la veste di concorrente.

Il rilievo secondo cui la creazione di una struttura comune quale un consorzio esterno, anche dotato di autonoma soggettività, non eliminerebbe la distinta soggettività delle singole cooperative consorziate, da cui il giudice di prime cure ha preso spunto per respingere la doglianza, risulterebbe, pertanto, inconferente.

La doglianza è fondata.

Il CNCP è un consorzio di società cooperative di produzione e lavoro costituito ai sensi della legge 25/6/1909 n. 422.

I consorzi in questione, in base all’art. 4 della citata legge, sono soggetti giuridici a se stanti distinti, dal punto di vista organizzativo e giuridico, dalle cooperative consorziate che ne fanno parte.

I detti consorzi, pertanto, partecipano alla procedura di gara utilizzando requisiti loro propri, e, nell'ambito di questi, facendo valere i mezzi nella disponibilità delle cooperative che costituiscono articolazioni organiche del soggetto collettivo, e cioè suoi interna corporis.

Ciò significa che il rapporto organico che lega le cooperative consorziate, ivi compresa quella incaricata dell'esecuzione dei lavori, è tale che l'attività compiuta dalle consorziate è imputata unicamente al consorzio (in termini Cons. Stato, A. P., 20/5/2013, n. 14; Sez. V, 17/7/2017, n.3505).

Concorrente è quindi solo il consorzio, mentre non assumono tale veste le sue consorziate, nemmeno quella designata per l’esecuzione della commessa, con la conseguenza che quest’ultima all’occorrenza può sempre essere estromessa o sostituita senza che ciò si rifletta sul rapporto esterno tra consorzio concorrente e stazione appaltante (C.Si 2/1/2012, n. 12; Cons. Stato, Sez. VI, 29/4/2003, n. 2183).

La circostanza che anche la consorziata indicata quale esecutrice debba dichiarare il possesso dei requisiti di partecipazione di ordine generale (oltre che speciale), non è idonea a giustificare una diversa conclusione, atteso che il detto possesso è richiesto al solo fine di evitare che soggetti non titolati possono eseguire la prestazione.

La perdita dei requisiti in questione da parte della consorziata esecutrice comporta semplicemente l’onere di estrometterla o sostituirla con altra consorziata, ma non incide sul possesso dei requisiti di partecipazione del consorzio concorrente.

Dalle considerazioni svolte discende che nella fattispecie la messa in liquidazione della So.Co.Fat. non poteva incidere sui requisiti di partecipazione del CNCP e conseguentemente non poteva determinare l’esclusione dalla gara del RTI capeggiato dalla Engie Servizi.

A quanto sopra è appena il caso di aggiungere che dalle considerazioni svolte deriva, per logica conseguenza, che l’estromissione della So.Fo.Cat. non impatta col divieto di apportare modifiche soggettive del concorrente nella fase dell’evidenza pubblica.

L’appello va, in definitiva, accolto.

Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che il Collegio ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Sussistono eccezionali ragioni per disporre l’integrale compensazione di spese e onorari di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della gravata sentenza accoglie il ricorso di primo grado, conseguentemente annullando il provvedimento di esclusione col medesimo impugnato.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere

Giuseppina Luciana Barreca, Consigliere

L'ESTENSORE                      IL PRESIDENTE
Alessandro Maggio                 Francesco Caringella

Pubblicato il 19/11/2018
N. 06530/2018REG.PROV.COLL.
N. 03787/2018 REG.RIC.

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

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello numero di registro generale 3787 del 2018, proposto da
Park Life S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Federico Liccardo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Lucrezia Riccio in Roma, piazza Martiri di Belfiore, n. 4;

contro

Comune di Nocera Superiore, in persona del Sindaco pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Sabato Criscuolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Gallia, n.122;

nei confronti

SIS - Segnaletica Industriale Stradale S.r.l., non costituita in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania sezione staccata di Salerno, sez. I, n. 00650/2018, resa tra le parti.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Nocera Superiore;

Visti tutti gli atti della causa;

Vistp il dispotivo di sentenza n. 4301 del 13 luglio 2018;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 luglio 2018 il Cons. Paolo Giovanni Nicolò Lotti e uditi per le parti gli avvocati Liccardo e Criscuolo;

**FATTO**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Campania, Salerno, sez. I, con la sentenza 26 aprile 2018, n. 650, ha respinto il ricorso proposto dall'odierna appellante per l’annullamento:

- della determinazione n. 2220 del 15 dicembre 2017, con la quale il Comune di Nocera Superiore aveva disposto l’annullamento di ufficio dell’aggiudicazione in suo favore del “servizio di noleggio e manutenzione ordinaria di n. 12 parcometri da istallare sul territorio comunale, comprensivo di fornitura di materiale di consumo, di interventi di manutenzione ordinaria, per mesi 7 e relativo aggiornamento della segnaletica stradale” nonché la contestuale aggiudicazione, in via provvisoria, della stessa commessa alla S.I.S. Segnaletica Industriale Stradale s.r.l.;

- della nota prot. n. 31234 del 29 novembre 2017, con la quale il Comune di Nocera Superiore aveva sospeso l’aggiudicazione definitiva in suo favore;

- della nota prot. n. 33134 del 18 dicembre 2017, con la quale il Comune di Nocera Superiore le aveva ordinato la rimozione ad horas dei parcometri precedentemente istallati.

Secondo il TAR, sinteticamente:

- l’art. 80, comma 5, lett. c), d.lgs. n. 50-2016 prescrive che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico qualora dimostrino con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o inaffidabilità;

- il codice tipizza alcune ipotesi di gravi illeciti, tra cui le significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio ovvero confermata all’esito di un giudizio;

- non vi è alcuna previsione espressa che i gravi illeciti professionali devono essersi verificati entro tre anni dalla pubblicazione del bando di gara e tale limitazione temporale pertanto non è rilevante;

- un termine di tre anni è invece previsto dal comma 10 dell’art. 80 in relazione alla pena accessoria dell’incapacità a contrarre con la pubblica amministrazione, ma tale previsione non concerne il potere della p.a. di escludere l’operatore economico ai sensi del comma 5, lett. c), trattandosi di fattispecie distinte che non possono essere sovrapposte;

- il provvedimento di annullamento d’ufficio è motivato richiamando per relationem alcune decisioni del Consiglio di Stato (sentenze n. 5822-2015 e n. 2733-2017) e del TAR Campania (sentenza n. 1852-2017, le ordinanze cautelari n. 288-2017 e 838-2017), da cui emerge l’esistenza di gravi illeciti professionali, sussumibili nella previsione dell’art. 80, comma 5..

L’appellante contesta tale sentenza deducendone l’erroneità e riproponendo, nella sostanza, i motivi del ricorso di primo grado.

Si è costituito in giudizio il Comune di Nocera, chiedendo il rigetto dell'appello.

All’udienza pubblica del 12 luglio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

1. Si può prescindere dall’esame delle preliminari eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado, riproposte anche in questo gradi di giudizio dalla difesa del Comune, stante l’infondatezza nel merito dell’appello.

2. Come ben evidenziato dal TAR, l’art. 80, comma 5, lett. c) del Codice degli appalti prevede che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d’appalto un operatore economico qualora dimostrino con mezzi adeguati che l’operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o inaffidabilità.

Effettivamente il Codice esemplifica alcune ipotesi di gravi illeciti professionali, tra cui le significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all’esito di un giudizio.

La norma in esame non prevede alcuna espressa previsione sulla rilevanza temporale dei gravi illeciti professionali nel senso cioè, sostenuto dall’appellante, che essi devono essersi verificati nei tre anni precedenti la pubblicazione del bando di gara e tale omissione è coerente con il potere discrezionale di valutazione di tali fattispecie attribuito alla stazione appaltante; una limitazione triennale è invero richiamata dal successivo comma 10, ma attiene alla diversa rilevanza della pena accessoria dell’incapacità a contrarre con la P.A. (limitazione che ben si giustifica con la natura necessariamente temporanea della sanzione afflittiva) e non attiene in alcun modo all’esercizio del potere della P.A. di escludere l’operatore economico, ai sensi del comma 5, lett. c) da una procedura di appalto.

3. Infatti, come osservato dalla Sezione nella recente sentenza 11 giugno 2018, n. 3592, la più volte citata norma del Codice degli appalti attribuisce alla stazione appaltante un potere di apprezzamento discrezionale in ordine alla sussistenza dei requisiti di “integrità o affidabilità” dei concorrenti.

Costoro, al fine di rendere possibile il corretto esercizio di tale potere, sono tenuti a dichiarare qualunque circostanza che possa ragionevolmente avere influenza sul processo valutativo demandato all’Amministrazione.

A titolo esemplificativo la citata disposizione normativa contempla “il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione” e “l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”.

Fra le condotte rilevanti rientra, quindi, anche la mancata dichiarazione di circostanze “suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione … ovvero (il) … corretto svolgimento della procedura di selezione”.

Tenuto conto dell’ampia formulazione della norma e in assenza di indicazioni di segno contrario, deve altresì ritenersi che le condotte significative ai fini di una possibile esclusione non siano solo quelle poste in essere nell’ambito della gara all’interno della quale la valutazione di “integrità o affidabilità” dev’essere compiuta, ma anche quelle esterne a detta procedura.

Da ciò discende che l’odierna appellante era tenuta a dichiarare le significative carenze nell’esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne avevano causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all’esito di un giudizio, indipendentemente dalla circostanza che le stesse fossero contenute o meno nel triennio.

4. Con il secondo motivo di appello è stato riproposto anche la censura di illegittimità della determina n. 222 del 14.12.2017 per difetto di motivazione e di istruttoria.

Anche tale motivo è infondato, come esattamente rilevato dal TAR, dal momento che l’esame del provvedimento evidenzia al di là di ogni ragionevole dubbio che lo stesso è stato adottato dal Responsabile della Polizia Locale del Comune di Nocera Superiore all’esito di un sufficiente approfondimento istruttorio, imperniato sui seguenti arresti giurisprudenziali del TAR Campania:

- con ordinanza 22 febbraio 2017, n. 288, Sez. VII, che ha sospeso l’aggiudicazione disposta dal Comune di Vico Equense in favore della odierna ricorrente Park Life s.r.l. per carenza dei requisiti a contrarre con la P.A., motivando che “Park life s.r.l., avendo preso in locazione tutto il ramo d’azienda attivo nella gestione dei parcheggi pubblici e privati dalla società Traffic City Motion s.r.l. ed avendo usufruito dei requisiti e dell’esperienza di quest’ultima ai fini della partecipazione alla gara, avrebbe dovuto dichiarare anche i gravi errori e le negligenze professionali in cui era incorsa la sua dante causa e, segnatamente, gli inadempimenti contrattuali relativi ai Comuni di Ravello e di Latina; Ritenuto che, ad un primo sommario esame proprio della fase cautelare, appare sussistere il requisito del fumus con riguardo alla predetta censura poiché questo Tribunale con la sentenza n. 3566 del 18.7.2016 ha statuito proprio con riguardo alla società Traffic City Motion s.r.l., dante causa dell’odierna controinteressata (società Park life srl), la sostanziale coincidenza dei soggetti succedutisi nel tempo nella compagine societaria (Urbania Multiservizi s.r.l. e Consorzio Urbania “Vivere la città”)”;

- con ordinanza 13 giugno 2017, n. 838, Sez. VII, che ha respinto la sospensiva richiesta da Park Life srl avverso il provvedimento del Comune di Vico Equense, con il quale quest’ultimo aveva disposto in autotutela la revoca dell’aggiudicazione emessa in favore della Park Life e l’aggiudicazione definitiva in favore di altra concorrente, per carenza dei requisiti a contrarre di Park life;

- sentenza n. 3566-2016, sez. III, che ha ritenuto illegittima la mancata esclusione della società Traffic City Motion s.r.l., dante causa dell’odierna ricorrente società Park life srl, per la mancata dichiarazione sugli errori professionali commessi in esecuzioni di gare analoghe.

Il provvedimento impugnato ha richiamato anche la sentenza n. 1733-2017 del Consiglio di Stato, che ha desunto la continuità imprenditoriale tra la ricorrente e Traffic City Motion s.r.l., Urbania Multiservizi s.p.a. e Consorzio Urbania “Vivere la Città”, cui si riferiscono i pregressi inadempimenti nell’esecuzione del servizio di gestione dei parcheggi pubblici: secondo tale sentenza la risoluzione nei confronti del Consorzio Urbania “Vivere la Città” risale al 23 aprile 2012 (determinazione n. 32) ed è stata accertata in via definitiva dal Consiglio di Stato con sentenza 23 dicembre 2015, n. 5822.

In definitiva dai citati provvedimenti giurisdizionali, espressamente e legittimamente richiamati per relationem dal provvedimento impugnato, non è revocabile in dubbio il Comune di Nocera Superiore abbia acquisito una sufficiente e non equivoca consapevolezza che gli operatori economici si sono resi colpevoli di gravi illeciti professionali nella gestione degli appalti con il Comune di Ravello e di Latina, in modo da rendere non irragionevolmente dubbia la sua integrità o affidabilità, con conseguente correttezza della esclusione dalla gara.

5. Conclusivamente, alla luce delle predette argomentazioni, l’appello deve essere respinto.

Le spese di lite del presente grado di giudizi, stante la peculiarità della controversia, possono essere compensate.

**P.Q.M.**

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

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Carlo Saltelli, Presidente

Paolo Giovanni Nicolo' Lotti, Consigliere, Estensore

Fabio Franconiero, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE  IL PRESIDENTE
Paolo Giovanni Nicolo' Lotti  Carlo Saltelli

Pubblicato il 15/11/2018
N. 00863/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00757/2017 REG.RIC.

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

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 757 del 2017, proposto da:
Elettronica Bio Medicale S.p.A (Già S.r.l.), in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Luca Tufarelli, Mario Di Carlo, con domicilio eletto presso lo studio Cesare Caturani in Bologna, via Santo Stefano, 16;
contro
Intercent Er, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Alessandro Lolli, con domicilio eletto presso il suo studio in Bologna, via Vaccaro 6;
nei confronti
Hospital Consulting, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Marianna Capizzi, Antonio Bivona, con domicilio eletto presso lo studio Ilaria Draghetti in Bologna, via del Perugino 4;
per l'annullamento
- della determinazione del direttore di Intercent ER n. 256 del 31/08/2017 con la quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della gara a rilevanza comunitaria per l'affidamento del servizio di gestione, manutenzione e verifiche delle apparecchiature biomedicali ed elettromedicali del lotto 1;
-della deliberazione n.275 del 25.10.2016 di indizione della gara;
-della deliberazione n.333 del 6.12.2016 di riapertura dei termini di presentazione dell'offerta;
-della deliberazione n.4690 del 20.2.2017 di nomina della commissione giudicatrice;
-della deliberazione n.39 del 8.2.2017 di ammissione dei concorrenti alla gara;
- e di qualsiasi altro atto e/o documento presupposto, connesso e conseguente.
Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Intercent Er e di Hospital Consulting;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 30 ottobre 2018 la dott.ssa Maria Ada Russo e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Con il ricorso in epigrafe sono stati impugnati i seguenti atti :
a).Determina del direttore agenzia Intercent ER n. 256 del 31.8.2017 con cui è stata disposta la aggiudicazione definita della gara a rilevanza comunitaria per l’affidamento del servizio di gestione, manutenzione e verifiche delle apparecchiature biomedicali ed elettromedicali, lotto 1;
b).bando, disciplinare, capitolato speciale di appalto, allegati, chiarimenti nelle more intervenuti;
c).verbali e documenti di gara e relativi allegati;
d). delibera n. 275/2016;
e). delibera n. 33372016;
f). delibera n. 4690/2017;
g).delibera n. 39/2017.
Il ricorso è stato affidato ai seguenti cinque motivi di diritto:
1).Eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, contraddittorietà, violazione del principio di immodificabilità dell’offerta;
2). Sull’anomalia dell’offerta di Hospital Consulting; violazione art. 97 DLGS 50/2016; eccesso di potere per difetto di istruttoria, travisamento dei fatti, irrazionalità manifesta e contraddittorietà, difetto di motivazione, sviamento dalla causa tipica;
3). Valutazione della anomalia della offerta effettuata dal solo RUP; violazione artt. 31, 77, 97 DLGS 50/2016, violazione linee guida ANAC;
4). Violazione art. 7 DLGS 50/2016, illegittimità della composizione della commissione giudicatrice;
5). Violazione dei principi di pubblicità e trasparenza, apertura offerte tecniche in seduta riservata.
1). Con il primo motivo di ricorso la ricorrente sostiene che <in sede di verifica di anomalia HC ha giustificato il suo costo del personale assumendo il costo per 1.666 ore/anno ed incrementandolo del 25% per giungere al costo di 2.088 h/anno per figura professionale giustificata; dunque il personale aggiuntivo non copre tutto l’orario di servizio ma effettua dei turni>.

2). Con il secondo motivo sostiene che l’offerta economica di HC con uno sconto superiore al 50% è eccessivamente bassa e in passivo.

3). Con il terzo motivo sostiene che il procedimento di valutazione della anomalia dell’offerta è stato compiuto dal solo RUP senza l’ausilio della commissione giudicatrice; dunque è illegittimo.

4). Con il quarto motivo lamenta che tra i componenti della commissione vi è la dottoressa Candida Govoni, che ha rivestito anche il ruolo di presidente del seggio di gara e dunque non poteva essere presidente della commissione.

5). Infine con l’ultimo motivo sostiene che la seduta di apertura delle offerte tecniche è avvenuta in seduta riservata e non pubblica.

Replica Intercent con memoria del 28.10.2017.

In data 31.10.2017 depositata memoria anche la controinteressata HC.

Con ord. n. 347/2018 il Collegio ha disposto verificazione.

In buona sostanza, il verificatore incaricato è stato chiamato a chiarire al Collegio se le argomentazioni di cui ai predetti motivi sub 1 e 2 sono condivisibili e se, in definitiva, l’offerta economica di HC può ritenersi eccessivamente bassa e in passivo.

In data 18.9.2018 il verificatore ha depositato la relazione. Queste le conclusioni :

<sul primo quesito si è verificato che il personale indicato nella configurazione offerta lavorerà su turni di 40 ore settimanali, avvicendandosi per coprire l’intero orario di servizio garantito per 60 ore settimanali e si rimette al prudente apprezzamento del giudice l’interpretazione del bando e la valutazione se questa configurazione possa essere ritenuta ad esso conforme. In particolare se sia consentito l’avvicendamento o se invece sia necessariamente richiesta la costante compresenza delle figure non tecniche (1 responsabile e 1 amministrativo per ciascun sito) e delle due figure tecniche previste all’IRST (1 tecnico senior e 1 tecnico junior).

Sul secondo quesito : si stima il costo del lavoro per l’esecuzione dell’appalto in circa 2,06 mln di Euro e pertanto si conferma la congruità della stima indicata dalla aggiudicataria appunto di circa 2,06 mln di Euro.

Le parti hanno depositato ultime memorie difensive. La ricorrente ha contestato, in parte, gli esiti della verificazione.

Intercent ha anche depositato, in data 19.10.2018, una nota spese sui minimi tariffari su indicazione vincolante degli uffici regionali.

1-2). Alla luce delle conclusioni del verificatore il Collegio ritiene che i primi due motivi di ricorso sono destituiti di fondamento e dunque vanno respinti.

In primo luogo, deve essere richiamato l’art. 4.13 del Capitolato.

Lo stesso, in relazione ai Requisiti del personale, dispone che : <Il personale (tecnico e amministrativo) sarà preposto alla gestione e all’espletamento di tutte le attività specificate nel presente capitolato. …la configurazione minima dell’organico da proporre, in via continuativa, presso ciascuna Azienda sanitaria contraente prevede le seguenti figure professionali :

-laureato con esperienza per il ruolo di responsabile di commessa;

-amministrativo;

-tecnico senior per ogni presidio ospedaliero;

-tecnici junior.

La ditta aggiudicataria sarà comunque tenuta a mettere a disposizione del personale “aggiuntivo” anche non in via continuativa e in aggiunta alla configurazione minima descritta, per far fronte a situazioni di emergenza e al mantenimento dei livelli di servizio richiesti e comunque dichiarati in offerta>.

Come chiarito sia dal verificatore e sia in replica da Intercent il capitolato consente una presenza continuativa effettuata <con turni> e si riferisce, per gli orari da rispettare, al servizio e non ai singoli dipendenti.

Il Collegio ritiene che rientra pacificamente - nella libertà di iniziativa economica e di impresa – l’organizzazione del personale e delle relative turnazioni.

Dunque, anche alla luce della disposta verificazione, non residuano spazi per sindacare questo aspetto di discrezionalità tecnica.

Con il secondo motivo di ricorso l’interessato sostiene che <l’offerta economica di HC, con uno sconto superiore al 50%, è eccessivamente bassa e in passivo; e i giustificativi successivamente prodotti non forniscono una spiegazione concreta e tangibile della sostenibilità dell’offerta.

Si rammenta, infine, che il verificatore ha attestato che il costo in percentuale da bilancio è lo stesso a fronte di opposizioni reciproche sulla esibizione dei contratti; il metodo del valore parametrico (usato dal verificatore) è stato l’unico possibile e soggetto al contraddittorio e ha attestato una non manifesta irragionevolezza delle spese della aggiudicataria.

In ultimo, si ritiene che non è conferente il richiamo operato dalla ricorrente ai diversi Lotti 2 e 3 (nei quali è richiesta la “compresenza del personale”).

Si può al riguardo utilizzare la giurisprudenza relativa al vizio di disparità di trattamento che ha affermato che deve trattarsi di situazioni assolutamente sovrapponibili (e così non è nel caso di lotti differenti).

Il riferimento, in ogni caso, è irrilevante ai fini in questione, essendo pacifico che il vizio di disparità di trattamento in tanto rileva in quanto, una volta rimosso, sia in grado di ricondurre situazioni di ingiustizia entro i canoni di legittimità; non viceversa, allorquando comporterebbe la perpetuazione di una situazione di illegittimità in forza della sua parificazione a casi analoghi, ancorché ormai cristallizzati (Cons. St., Sez. IV, n. 486 del 19.3.1998).

Inoltre, la recente giurisprudenza (cfr., C. Stato, sez. V, 10-02-2000, n. 726) ha più volte precisato che la disparità di trattamento è sinonimo di eccesso di potere solo quando vi sia un’assoluta identità di situazioni oggettive, che valga a testimoniare dell’irrazionalità delle diverse conseguenze tratte dall’amministrazione.

3). Con il terzo motivo l’interessata sostiene il procedimento di valutazione della anomalia dell’offerta è stato compiuto dal solo RUP senza l’ausilio della commissione giudicatrice; dunque è illegittimo.

Intercent replica sul punto precisando che :

a). l’offerta dell’aggiudicatario non è a rischio di anomalia e nessuna analisi doveva essere effettuata per legge;

b). il procedimento di verifica di congruità dell’offerta è stato aperto dalla stazione appaltante esclusivamente perché il ribasso praticato dall’impresa appariva più basso rispetto a quello praticato dagli altri concorrenti del lotto 1;

c). quando è attivata una verifica di anomalia atipica non è obbligatorio analizzare ogni singola voce.

Il Collegio condivide integralmente le repliche.

4). Con il quarto motivo la ricorrente lamenta che tra i componenti della commissione vi sia la dottoressa Candida Govoni, che ha rivestito anche il ruolo di presidente del seggio di gara e dunque non poteva essere presidente della commissione.

5). Infine con l’ultimo motivo sostiene che la seduta di apertura delle offerte tecniche è avvenuta in seduta riservata e non pubblica.

I due motivi possono essere trattati insieme per connessione oggettiva e sono entrambi destituiti di fondamento.

Il Collegio condivide le precisazioni svolte da Intercent circa il fatto che nella specie è applicabile solo l’art. 84 Cod. Appalti.

Come noto, la giurisprudenza più recente (cfr., Tar Sardegna, Cagliari, n. 32/2018) ha affermato i seguenti principi :

a). la norma dell’art. 77 prima parte del d.lgs. 50/2016, invocata, sarebbe destinata a valere solo “a regime”, ovvero dopo che sarà stato creato l’Albo dei commissari, che ancora non esiste Fino alla sua istituzione, ai sensi del comma 12, “la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante”.

In tal senso, il <cumulo delle funzioni di RUP e di Presidente della commissione di gara> non lederebbe le regole di imparzialità, come ritenuto da costante giurisprudenza, che argomenta in termini di principio, e non con riguardo ad una specifica disciplina delle gare, e quindi si deve ritener condivisibile anche nel vigore della nuova normativa ( si vedano C.d.S. sez. V 20 novembre 2015 n°5299 e 26 settembre 2002 n°4938).

L’art. 84 del Codice non enuncia l’incompatibilità dell’incarico di R.U.P. con l’investitura della presidenza delle Commissioni di gara, ma è solo per i commissari diversi dal Presidente che prevede, con il proprio comma 4, un’ampia incompatibilità : “I commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”.

D’altra parte, la giurisprudenza ha avuto già modo di osservare che non costituisce violazione dei principi di imparzialità e buona amministrazione il cumulo, nella stessa persona, delle funzioni di Presidente della Commissione valutatrice e di responsabile del procedimento, nonché di soggetto aggiudicatore, risultando ciò conforme ai principi sulla responsabilità dei funzionari degli enti locali, come delineati dall’art. 107 del d.lgs. n. 267/2000 (V, 12 novembre 2012, n. 5703; 22 giugno 2010, n. 3890)>>.

Tutti questi precedenti sarebbero applicabili anche dopo l’entrata in vigore del “correttivo” (D.L.vo 19.4.2017 n. 56 in vigore dal 20.5.2017) che ha abrogato l’art. 77 comma 12 (solo in quanto inutile duplicato dell’art. 216 comma 12, D.L.vo 50/2016 avente il medesimo contenuto).

In conclusione, anche nella situazione transitoria di cui all’art. 77, comma 12 (e art. 216 comma 12) del D.L.vo 50/2016, deve trovare applicazione il principio affermato dalla prevalente giurisprudenza, avente portata generale, della cumulabilità/compatibilità della funzione di RUP e di Presidente della Commissione giudicatrice.

Infine, in relazione alla seduta riservata, è corretto affermare che – nelle procedure telematiche – le buste tecniche possono essere aperte in seduta riservata.

Come noto, il Consiglio di Stato (cfr., Consiglio di Stato, sez. V, 21 novembre 2017, n. 5388) ha affermato i seguenti principi :

a). l’utilizzo di gare interamente telematiche comporta la “tracciabilità” di tutte le operazioni modifica anche l’approccio e la soluzione di eventuali commissioni formali-procedimentali;

b). la correttezza e l’intangibilità risulta, in questo caso, garantita dal sistema, con esclusione di ogni rischio di alterazione nello svolgimento delle operazioni, anche in assenza dei concorrenti;

c). dunque, l’operato della PA appare complessivamente legittimo.

Il ricorso è dunque da respingere nel merito.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando :

Respinge il ricorso in epigrafe.

Condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese del giudizio in favore delle controparti che liquida in € 5.000,00 per ciascuno oltre accessori come per legge.

Liquida il compenso al verificatore per complessivi € 1.000,00 a carico del ricorrente.

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

Così deciso in Bologna nella camera di consiglio del giorno 30 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Mozzarelli, Presidente

Maria Ada Russo, Consigliere, Estensore

Jessica Bonetto, Primo Referendario

Pubblicato il 09/11/2018

N. 06323/2018REG.PROV.COLL.
N. 01505/2018 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 1505 del 2018, proposto da
Immobiliare Costruzioni De Marco s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Benedetto Carratelli, con domicilio eletto presso lo studio Nicola Pagnotta in Roma, via Francesco Denza, 15;
contro
Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Daniela Anziano, Gaetano De Ruvo e Dario Bottura, con domicilio eletto presso lo studio della prima in Roma, via Cesare Beccaria, 29;
Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa ex lege dall'Avvocatura generale dello Stato, presso i cui uffici in Roma, via dei Portoghesi, 12, è elettivamente domiciliata;
nei confronti
Tekno Edil s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;
per la riforma
della sentenza del T.A.R. CALABRIA – CATANZARO, SEZIONE I n. 01771/2017, resa tra le parti, concernente annullamento in autotutela della procedura di gara per l’affidamento dei lavori di messa in sicurezza dell’involucro edilizio dello stabile Inps sito in Cosenza, alla via Isonzo n. 69.
Visti il ricorso in appello ed i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio dell’Inps - Istituto Nazionale della Previdenza Sociale e dell’Anac - Autorità Nazionale Anticorruzione;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 11 ottobre 2018 il Cons. Valerio Perotti ed uditi per le parti gli avvocati Carratelli, Botta in dichiarata delega di Anziano, nonché l’avvocato dello Stato Fedeli;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Risulta dagli atti che la Direzione regionale della Calabria dell’Istituto Nazionale della Previdenza Sociale – INPS aveva indetto una procedura di gara per l’affidamento dei lavori di messa in sicurezza dell’involucro edilizio di uno stabile sito in Cosenza, alla via Isonzo n. 69.
La procedura veniva svolta tramite il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni (MEPA), all’interno del quale veniva pubblicata una richiesta di offerta (RDO).
Tra le imprese che avevano partecipato alla gara, l’Immobiliare Costruzioni De Marco s.r.l. formulava l’offerta valutata come migliore.
Peraltro, benché il bando prevedesse che potevano presentare la loro offerta tutti gli operatori economici abilitati ai bandi per le categorie OS6 e OG1, alla fine era risultato che un vizio del sistema telematico non aveva in realtà consentito agli operatori abilitati ai bandi per la categoria OG1 di prendere parte alla procedura.
Uno di questi, la Tecno Edil s.r.l., si rivolgeva pertanto all’ANAC, ai sensi dell’art. 211 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, affinché rendesse un parere di precontenzioso vincolante in merito alle criticità riscontrate.
All’esito dell’istruttoria, l’Autorità rendeva il parere 27 aprile 2017, n. 437, con il quale dichiarava illegittima la condotta tenuta dall’amministrazione, che non aveva operato per consentire che tutti i soggetti legittimati potessero avanzare la loro offerta, conformemente alle disposizioni della lex specialis.
In conseguenza di ciò, l’Inps disponeva l’annullamento in autotutela dell’intera procedura, con determinazione n. 67 del 1° giugno 2017, che veniva però impugnato innanzi al Tribunale amministrativo della Calabria dall’Immobiliare Costruzioni De Marco s.r.l., denunziandone l’illegittimità.
Costituitisi in giudizio, sia l’INPS che l’ANAC deducevano l’infondatezza del gravame, chiedendone la reiezione.
Con sentenza 20 novembre 2017, n. 1771, il Tribunale adito respingeva il ricorso, sul presupposto che – esclusa la necessità di assicurare la partecipazione procedimentale alla ricorrente – le criticità tecniche relative alle procedure allestite in ambiente MEPA avevano indebitamente ristretto la platea degli operatori economici posti nelle condizioni di offrire, pregiudicando quindi il principio di selezione della migliore offerta.
Avverso tale decisione l’Immobiliare Costruzioni De Marco s.r.l. interponeva appello, contestando preliminarmente l’illegittimità dell’annullamento dell’intera procedura di gara, per non aver la stazione appaltante dato avviso, alle partecipanti alla gara, del relativo procedimento.
In secondo luogo deduceva che non vi sarebbero stati, in realtà, dei concreti motivi di interesse pubblico all’annullamento della procedura di gara, come desumibile dal contenuto di una nota del Rup in data 6 marzo 2017.
Inoltre, contrariamente a quanto sostenuto nell’impugnata sentenza, l’appellante rilevava come nel caso di specie fosse stato comunque salvaguardato il principio di selezione della migliore offerta, avendo partecipato alla gara ben diciotto ditte, laddove la ditta TeKno Edil (che aveva agito innanzi all’Anac con la richiesta di parere di precontenzioso) non aveva impugnato il bando, né partecipato alla gara, né si era costituita nel primo grado di giudizio.
Evidenziava infine che la sentenza di primo grado non aveva argomentato in ordine alle censure mosse nei confronti del parere dell’Anac, impugnato anch’esso in primo grado, in particolare per quanto concerneva il mancato coinvolgimento delle ditte partecipanti alla gara nella relativa istruttoria (donde l’illegittimità del provvedimento Anac e, in via derivata, della determina di annullamento in autotutela dell’Inps, in quanto assunta sulla sola base del primo).
Costituitesi in giudizio, sia l’Inps che l’Anac evidenziavano l’infondatezza delle censure sollevate dall’appellante, chiedendone il rigetto.
Con ordinanza 5 aprile 2018, n. 1525, la V Sezione del Consiglio di Stato respingeva l’istanza cautelare proposta dall’appellante, per carenza dei presupposti di legge.
Successivamente le parti ulteriormente illustravano, con apposite memorie, le proprie rispettive tesi difensive ed all’udienza dell’11 ottobre 2018, dopo la rituale discussione, la causa veniva trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

Con unico, articolato motivo di appello la società Immobiliare Costruzioni De Marco s.r.l. eccepisce, in primo luogo, il mancato avviso di avvio del procedimento di autotutela finalizzato all’annullamento, con efficacia ex tunc, degli atti di gara sino a quel momento posti in essere.
Ciò in evidente violazione dell’obbligo sancito dall’art. 7 l. n. 241 del 1990, tenuto altresì conto che oggetto del ricorso di primo grado non sarebbe stata – come ritenuto in sentenza – la mancata aggiudicazione definitiva della gara, bensì proprio l’annullamento di tutti gli atti di gara, ai fini della successiva rinnovazione della stessa.
Le argomentazioni dell’appellante non sono fondate.
Emerge infatti dagli atti del processo – e, segnatamente, dal tenore del ricorso introduttivo di Immobiliare Costruzioni s.r.l. – che l’originario gravame concerneva solamente una “Domanda per conseguire l’aggiudicazione ed il contratto”, con subordinata istanza di risarcimento del danno per equivalente.
Testualmente, la ricorrente così concludeva: “Con questo ricorso la società ricorrente, tenuto conto che è risultata aggiudicataria provvisoria, formula espressa domanda di conseguire l’aggiudicazione definitiva ed il contratto in questione ai sensi di legge ed in particolare ex art. 124, comma 1 c.p.a.”.
Per l’effetto, anche a prescindere dagli eventuali profili di inammissibilità della censura, introdotta per la prima volta nel corso del giudizio d’appello, deve trovare conferma quanto statuito dal primo giudice circa
La natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili, tipica dell’aggiudicazione provvisoria, spiega la non tutelabilità processuale di quest’ultima ai sensi degli artt. 21-quinquies e 21-nonies della l. n. 241 del 1990 (ex multis, Cons. Stato, V, 20 agosto 2013, n. 4183): la sua revoca (ovvero, la sua mancata conferma) non è infatti qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, tale cioè da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato, non essendo prospettabile alcun affidamento del destinatario, dal momento che l'aggiudicazione provvisoria non è l'atto conclusivo del procedimento.
Va dunque respinta la censura formulata dall’appellante, dovendosi confermare il principio per cui, se la decisione di non giungere alla naturale conclusione della gara interviene nella fase dell'aggiudicazione provvisoria – fase nella quale non si è determinato alcun affidamento qualificato neppure in capo all'aggiudicatario provvisorio (titolare, al più, di una mera aspettativa di fatto) – del pari non sorge alcun obbligo in capo alla stazione appaltante di procedere alla notifiche degli avvisi di avvio del procedimento, né all'aggiudicatario provvisorio né a terzi (ex plurimis, Cons. Stato, V, 18 luglio 2012, n. 4189).
In conclusione, come si legge nella sentenza appellata, fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva rientra nel potere discrezionale dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara (Cons. Stato, VI, 6 maggio 2013, n. 2418; in termini, Cons. Stato, IV, 12 gennaio 2016, n. 67).
Al riguardo, neppure è fondato l’ulteriore profilo di censura, con il quale si sostiene che non vi sarebbe stato un interesse concreto ed attuale all’annullamento degli atti di gara, tanto più ove si consideri l’elevato numero delle imprese che vi avevano preso parte.
Invero, risulta dagli atti che tutti i partecipanti alla procedura annullata erano stati resi edotti del problema tecnico riscontrato sulla piattaforma telematica MEPA di Consip, da cui era derivata l’impossibilità, per gli operatori in possesso della sola categoria scorporabile OG1 (da ritenersi satisfattiva della qualificazione della specialistica OS6), di collocare le proprie offerte, con conseguente violazione strutturale del principio di partecipazione.
La circostanza può dirsi pacifica, non essendo stata positivamente smentita – quale accadimento materiale – dall’appellante (che sul punto si limita, in modo del tutto generico, a dedurre che la TeKno Edil non avrebbe mai dimostrato quanto sopra, senza però considerare che la circostanza era stata già positivamente riscontrata, a seguito della denuncia, anche dalla stazione appaltante, con nota Pec INPS.2280.06/03/2017.0001453, con la quale quest’ultima aveva chiarito all’Anac le ragioni della scelta discrezionale e le difficoltà operative per incompletezza della piattaforma informatica).
Al riguardo, non rileva il fatto che avessero comunque partecipato alla gara diciotto ditte, né che la TeKno Edil s.r.l. si fosse limitata a chiedere un parere di precontenzioso all’Anac, senza poi partecipare alla gara o impugnarne il bando, né costituirsi nel primo grado di giudizio.
Quanto alla prima circostanza, la stessa è, per tabulas, del tutto inconferente rispetto al dato oggettivo che – contrariamente a quanto espressamente previsto nella lex specialis di gara – un’intera categoria di potenziali concorrenti, senza eccezione alcuna, non aveva potuto presentare le proprie offerte, in ragione di un ostacolo di natura tecnico-informatica ad essa non imputabile.
Anche gli ulteriori rilievi sono privi di pregio: da un lato, proprio l’impossibilità materiale di presentare l’offerta spiega la mancata partecipazione di TeKno Edil s.r.l. alla gara, la quale peraltro non aveva alcun interesse ad impugnare il relativo bando, che non conteneva alcuna disposizione di carattere per lei escludente (la mancata partecipazione, come già detto, essendo imputabile ad una criticità informaticadella piattaforma MEPA).
Né la circostanza che la TeKno Edil s.r.l non si fosse costituita nel giudizio di primo grado rileva ai fini della sussistenza o meno dell’interesse pubblico al ripristino di effettive condizioni concorrenziali nella procedura di gara in esame, interesse posto a fondamento dell’impugnato provvedimento in autotutela.
Neppure può condividersi la dedotta carenza motivazionale del provvedimento di annullamento, risultando quest’ultimo sorretto da un idoneo percorso argomentativo, comprensivo anche dal rinvio per relationem al parere di precontenzioso dell’Anac (rinvio che, a rigore, avrebbe anche potuto soddisfare, da solo, l’onere motivazionale in capo all’amministrazione). Detto parere, del resto, a prescindere dalla sua vincolatività o meno per la stazione appaltante, assume comunque rilevanza ai fini della ricostruzione della legittimità dell’intervento in autotutela oggetto di scrutinio (ex multis, Cons. Stato, IV, 14 maggio 2015, n. 2455).
Va al riguardo confermato il principio (ex multis, Cons. Stato, III, 18 ottobre 2016, n. 4344; V, 29 dicembre 2009, n. 8966) per cui i vizi incidenti nella fase partecipativa di gara determinano la violazione dei principi dell’ordinamento nazionale e comunitario “che postulano la massima partecipazione alle pubbliche gare, in condizioni di piena parità fra tutte le imprese idonee, ai fini dell’emersione della migliore offerta e dell’ottimale utilizzazione delle risorse pubbliche impiegate, rendendo in tal modo concreto ed attuale l'interesse pubblico generale ad un tempestivo intervento della stazione appaltante di ripristino della legalità mediante l'annullamento della procedura, a fronte di aspettative ancora molto limitate dei partecipanti alla procedura, […] con la conseguente attenuazione dell'obbligo motivazionale per l’adozione del provvedimento di secondo grado”.
Il provvedimento impugnato aveva dunque natura doverosa e vincolata, nell’ottica di garantire il generale interesse all’apertura concorrenziale dei mercati, nonché i principi di imparzialità e buon andamento di cui all’art. 97 Cost.
Conclusivamente, alla luce dei rilievi che precedono, l’appello va respinto nel merito delle censure ivi formulate, con conseguente reiezione – per difetto dei presupposti di legge – anche della domanda risarcitoria per equivalente formulata in via subordinata.
Le spese, liquidate come da dispositivo, seguono la soccombenza.

**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 Immobiliare Costruzioni De Marco s.r.l. alla rifusione delle spese di lite in favore dell’Istituto Nazionale Previdenza Sociale – INPS, che liquida nella misura di euro 5.000,00 (cinquemila/00), oltre accessori di legge, ed in favore dell’Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC, che liquida nella misura di euro 3.000,00 (tremila/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 11 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:
Giuseppe Severini, Presidente
Roberto Giovagnoli, Consigliere
Fabio Franconiero, Consigliere
Alessandro Maggio, Consigliere
Valerio Perotti, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE                      IL PRESIDENTE
Valerio Perotti             Giuseppe Severini

Pubblicato il 06/11/2018
N. 06447/2018 REG.PROV.COLL.
N. 03851/2018 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania
(Sezione Terza)
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 3851 del 2018, proposto da
Gestour S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Giovanni Cimmino, Vincenzo Capuano e Enrico Vellucci, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, presso gli stessi elettivamente domiciliata in Napoli, alla via A. De Gasperi n. 55;

contro

Regione Campania, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Calabrese, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto in Napoli, via S. Lucia 81 presso la sede dell’ente;

nei confronti

Lauro.It S.p.A, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Ferdinando Scotto, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Caracciolo n. 15;

per l'annullamento

del provvedimento protocollo n. PI002588-18 del 10/09/2018, con il quale si comunica che la Gestour Srl «non è stata ammessa alla apertura dell'offerta economica in quanto l'offerta tecnica presentata è priva della firma del legale rappresentante»; del provvedimento del 12/09/2018 con il quale si propone l'aggiudicazione della gara alla Soc. Lauro.IT; del decreto n. 151 del 14/9/2018 avente ad oggetto l'aggiudicazione del ser-vizio in favore della Lauro; di tutti gli atti presupposti, conseguenti e connessi per quanto lesivi della posizione del ricorrente; con la declaratoria della inefficacia del contratto sottoscritto tra la Regione Campania e la controinteressata; nonché per il subentro della ricorrente in luogo della società Lauro.It Spa nel contratto e nell'erogazione del relativo servizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Regione Campania e di Lauro.It S.p.A;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2018 il dott. Fabio Donadono e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

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

Ritenuto che il giudizio sia suscettibile di immediata definizione nel merito, con motivazione in forma semplificata, ai sensi degli art. 60, 74 e 120 del codice del processo amministrativo;

Premesso che la società ricorrente - esclusa dalla procedura aperta telematica indetta dalla Regione Campania con decreto dirigenziale n. 151 del 24/7/2018 per l’affidamento dei «Servizi minimi di collegamento marittimo sulla relazione Monte di Procida - Procida e viceversa per il periodo scolastico dal 15.9.2018 al 15.6.2019 e dal 15.9.2019 al 15.6.2020» per difetto di sottoscrizione dell’offerta tecnica - propone l’impugnativa in epigrafe, all’uopo deducendo che:

- il bando non contemplerebbe la sottoscrizione dell’offerta tecnica a pena di esclusione, contrariamente ad altre prescrizioni relative all’offerta tecnica nonché alla previsione della sottoscrizione dell’offerta economica; comunque nell'incertezza circa l'interpretazione di una clausola ambigua, sarebbe prevalente l'interesse pubblico alla più ampia partecipazione dei concorrenti; né il codice dei contratti contemplerebbe tale necessità; sarebbe nulla una clausola escludente in merito prevista dal bando; il DGUE (documento di gara unico europeo) sottoscritto digitalmente, farebbe riferimento all’allegato tecnico, per cui sarebbe indubbia la provenienza e riferibilità dello stesso alla ricorrente; sarebbe mancato il soccorso istruttorio;

- la ricorrente, una volta ammessa, avrebbe titolo ad un punteggio superiore a quello assegnato alla controinteressata, unica concorrente rimasta in gara (il massimo sia per l’offerta tecnica che per quella economica); andrebbe dichiarata l’inefficacia del relativo contratto, se stipulato, con il subentro della ricorrente nel servizio in questione;

Rilevato che l’art. 15 del disciplinare di gara prevede espressamente che “L’offerta tecnica deve essere sottoscritta dal legale rappresentante del concorrente o da un suo procuratore.”;

Considerato che:

- il valore della sottoscrizione consiste non solo nel documentare la legittima provenienza di un documento e, quindi, la possibilità di riferirne il contenuto ad un determinato soggetto, escludendo altresì che la genuinità dello stesso possa essere messa in discussione per effetto di indebite alterazioni o sostituzioni, ma anche, qualora l’atto stesso abbia un valore impegnativo, nella conseguente assunzione di un vincolo negoziale da parte del soggetto a ciò legittimato e delle connesse responsabilità;

- pertanto, anche a prescindere da una espressa clausola di esclusione nella disciplina di gara, a fronte della prescrizione che richiede la sottoscrizione, l’inosservanza di tale formalità riferita all’offerta, sia tecnica che economica, concretizza un vizio nella partecipazione alla gara del concorrente, attesa la mancanza di una manifestazione impegnativa di volontà negoziale validamente imputabile al soggetto interessato;

- né tale vizio costituisce una mera irregolarità sanabile in via postuma mediante il soccorso istruttorio, posto che l’art. 83, co. 9, del d. lgs. n. 50 del 2016 espressamente contempla tale rimedio in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, “con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica”;

- né risulta utilmente invocabile il principio del favor partecipationis, quale canone ermeneutico delle clausole di gara equivoche, non applicabile allorché sia da escludere alcun dubbio interpretativo del quadro normativo di riferimento e quando siano in discussione aspetti che comportino un pregiudizio del principio fondamentale delle procedure concorsuali, consistente nella parità di trattamento dei concorrenti;

- il principio di tassatività delle clausole di esclusione dalle procedure, previsto dall’art. 83, co. 8, del d.lgs. n. 50/2016, in continuità con l’art. 46, co. 1-bis, del previgente codice degli appalti, si riferisce ai criteri di selezione dei concorrenti e non riguarda le modalità di formulazione delle offerte, ivi comprese quelle tecniche, che sono espressamente sottratte alla sfera di applicazione del soccorso istruttorio (cfr. Cons. St., sez. III, 25/7/2018, n. 4546);

- la sottoscrizione del DGUE non equivale alla sottoscrizione dell’offerta (nella specie tecnica) allegata per la partecipazione alla procedura;

Ritenuto pertanto che la determinazione di esclusione sia immune dai vizi dedotti, per cui risultano inammissibili per carenza di interesse le contestazioni mosse contro il prosieguo della procedura e le valutazioni espresse dalla Commissione di gara;

Ravvisato che le spese di giudizio vanno poste a carico, come di norma, della parte soccombente;

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo respinge.

Condanna la Gestour S.r.l. al pagamento, in favore della Regione Campania e della Lauro.It S.p.A, delle spese di lite liquidate nella misura di euro 1.500,00 (millecinquecento) oltre accessori di legge per ciascuna delle parti resistenti.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 23 ottobre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Donadono, Presidente, Estensore

Francesco Guarracino, Consigliere

Gianmario Palliggiano, Consigliere