

## **Va esclusa la concorrente che ometta di dichiarare la pendenza di un'azione erariale nei suoi confronti per fatti afferenti il medesimo servizio oggetto di gara e l'applicazione di misure cautelari personali che hanno determinato una misura interdittiva a**

*di Fabrizio Garzuglia*

*Data di pubblicazione: 28-11-2019*

1. Nell'ambito della dichiarazione del possesso dei requisiti generali l'operatore economico (nel caso di ATI ogni componente del raggruppamento) deve dichiarare l'esistenza di eventuali azioni erariali nei confronti del concorrente stesso e l'adozione di misure cautelari personali che possono aver portato anche all'interdittiva. Tale dichiarazione, infatti, è necessaria al fine di consentire all'Amministrazione di valutare l'affidabilità professionale del concorrente.

### **Guida alla lettura**

Il caso trattato dal Tar Umbria riguarda una procedura di gara avente ad oggetto il servizio di gestione integrata dei rifiuti. Il fatto in contestazione - verificatosi nel regime dell'art. 38 co. 1 lettera f d.lgs. n. 163/2006 ma che afferma principi applicabili nell'attuale sistema normativo di cui al D.lgs. n. 50/2016 - riguarda la mancata dichiarazione da parte di un componente del RTI aggiudicatario:

1. della pendenza di un'azione erariale avviata dalla Procura dei Conti per gravi illeciti nella gestione di un contratto che riguardava i medesimi servizi oggetto della gara;
2. di misure restrittive della libertà personale che avevano attinto il legale rappresentante e i vertici aziendali (Direttore generale e amministratore delegato) e per effetto delle quali era stata applicata la misura straordinaria interdittiva ex art. 32 co.1 lett. b) del D.L. n. 90/2014, poi successivamente rimossa.

Secondo il Tar era obbligo dell'operatore dichiarare tali fatti in quanto necessari affinché la stazione appaltante accertasse l'assenza di *“grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara; o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, accertato con*

*qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante” (art. 38 co. 1 lett. f).*

Tale norma è riproposta, seppur con una formula più stringente rispetto all’attuale Codice Appalti, all’art. 80 co. 5 lettera c D.lgs. n. 50 del 2016. E’ interessante il passaggio motivazionale contenuto nella sentenza laddove la difesa dell’Amministrazione appaltante aveva sostenuto che, in base all’art. 38, la portata escludente del requisito in esame sarebbe “*meno ampio rispetto alla disciplina di cui all’art. 80 co. 5 lett. c)...*”. Il Tar Umbria ha respinto tale prospettazione difensiva, con ciò ritenendo (implicitamente) che anche nell’attuale contesto normativo le fattispecie oggetto di contestazione (azione erariale, misure cautelari personali e conseguente interdittiva) devono essere dichiarate dal concorrente.

Per agevolare la lettura si segnala che la motivazione in diritto per quanto interessa il presente commento è contenuta ai capi 12 e 13 della sentenza.

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per l' Umbria**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 434 del 2019, proposto da Diodoro Ecologia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Aristide Police e Pietro Referza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Autorità Umbra Rifiuti e Idrico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanna De Santis e Alessandro Bovari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanna De Santis in Perugia, via Fiume 17;

***nei confronti***

Sogepu S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Lolli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
Sogepu S.p.a., Ecocave s.r.l. ;

sul ricorso numero di registro generale 447 del 2019, proposto da  
Teknoservice S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Angelo Giuseppe Orofino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Autorità Umbra Rifiuti e Idrico, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Giovanna De Santis e Alessandro Bovari, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giovanna De Santis in Perugia, via Fiume 17;

***nei confronti***

Sogepu S.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Alessandro Lolli, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;  
Ecocave S.r.l., Te.Am. Teramo Ambiente S.p.a.;  
Diodoro Ecologia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Aristide Police e Pietro Referza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Pietro Referza in Teramo, corso Cerulli 31;

***per l'annullamento***

***previa sospensione***

quanto al ricorso n. 434 del 2019:

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

-della determinazione dirigenziale dell'AURI (Autorità Umbra Rifiuti e Idrico) n. 140 del 15 aprile 2019, di aggiudicazione definitiva del servizio pubblico locale di gestione integrata dei rifiuti in favore del RTI Sogepu - Ecocave, comunicata con nota a mezzo pec prot. n. 3709 in data 15 aprile 2019;

-della determinazione dirigenziale n. 43 del 30 gennaio 2019, di aggiudicazione provvisoria;

- nonché, per quanto occorra e nei limiti segnati dall'interesse a ricorrere, di tutti gli atti ed i verbali delle operazioni di gara. Segnatamente, della determinazione del RUP n. 135 in data 5 aprile 2019, con la quale, all'esito del subprocedimento di verifica dell'offerta anomala ai sensi

degli artt. 86 e 87 d.lgs. 163/2006, avviato con determinazione dirigenziale n. 43 del 30 gennaio 2019, l'offerta economica del RTI Sogepu - Ecocave è stata ritenuta congrua e affidabile; della lettera di invito di estremi sconosciuti, con la quale il RUP ha invitato il RTI Sogepu - Ecocave a presentare l'offerta; dei verbali della fase di prequalifica n. 8 del 5 dicembre 2016, nella parte in cui non ha disposto l'esclusione del RTI formato da Sogepu, Gesenu, SEI Toscana, Ecocave e n. 9 del 15 settembre 2017, nella parte in cui non ha disposto l'esclusione del RTI formato da Sogepu, SEI Toscana, Ecocave; della determinazione dirigenziale n. 391 in data 9 ottobre 2018 del RUP, pubblicata sul sito internet istituzionale dell'Ente in data 10 ottobre 2018, e dei verbali delle sedute pubbliche della Commissione di gara in data 5 settembre 2018 e 17 ottobre 2018, limitatamente alle parti in cui tali atti dispongono l'ammissione, ovvero non dispongono l'esclusione, del R.T.I. Sogepu s.p.a. - Ecocave s.r.l. al prosieguo della procedura indetta dall'Ambito Territoriale Integrato Uno Umbria (A.T.I. n.1 Umbria) per l'affidamento del servizio pubblico locale di gestione integrata dei rifiuti urbani; della risposta ai chiarimenti (FAQ) n. 55 fornita dalla stazione appaltante, secondo cui, con riferimento all'art. III.2.3 lett. A) dell'Avviso di gara, "Il requisito di capacità tecnica di cui al punto che si richiama deve intendersi, come già specificato in sede di prequalifica, quale valore medio riferito al triennio in questione", e degli ulteriori atti di estremi ignoti nei quali la Stazione appaltante abbia eventualmente ribadito tale interpretazione dell'art. III.2.3 lett. A) dell'Avviso di gara; dello stesso art. III.2.3 lett. A) dell'Avviso di gara, qualora possa essere interpretato nel senso indicato nella risposta ai chiarimenti (FAQ) n. 55; nonché degli atti presupposti, connessi, conseguenti a quelli specificamente indicati.

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da SOGEPU SPA :

- della determina AURI 15 aprile 2019 n. 140 di aggiudicazione della gara AURI a ATI SOGEPU, nella parte in cui non esclude l'ATI Diodoro dalla gara medesima;

- di tutti gli atti di gara ivi compresa la lettera di invito rivolta all'ATI Diodoro, e l'ammissione dell'ATI Diodoro alla gara, sia in prequalifica che in fase di presentazione dell'offerta nella parte in cui non escludono l'ATI Diodoro, in particolare dei verbali della fase di prequalifica, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione del RTI Diodoro;

- in particolare della determina di ammissione dell'ATI Diodoro alla gara determina AURI 391 del 2018;

- in subordine qualora si interpreti la *lex specialis* nel senso che i requisiti richiesti di cui si discute (100.000 abitanti e 10 Comuni gestiti) sono un valore minimo annuo, si chiede:

di accertare la fondatezza della pretesa di Sogepu a provare tale requisito in soccorso istruttorio, requisito di cui dispone come documentato nella memoria di costituzione, requisito che non è stato provato solo perché la *lex specialis* non poteva essere intesa come minimo annuo, come risultava anche da FAQ;

in subordine, ove si ritenga impossibile disporre il soccorso istruttorio, si chiede l'annullamento di tale parte della *lex specialis* , con conseguente annullamento dell'intera gara.

quanto al ricorso n. 447 del 2019:

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- di tutti gli atti inerenti all'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani dell'Ambito territoriale integrato n. 1 Umbria, ivi compresi:

1. la determina n. 140 del 15.4.2019 e la nota di pari data con cui tale determina è stata comunicata;

2. la determina n. 135 del 5.4.2019 e la nota di pari data con cui tale determina è stata comunicata;

3. i verbali della fase relativa alla valutazione della congruità delle offerte avversarie, ivi compreso il provvedimento del Rup del 3.4.2019, e le note Auri n. 1177 dell'1.2.2019, n. 2291 del 6.3.2019, n. 2843 del 19.3.2019, il verbale della convocazione svoltasi in data 27.3.2019 e la determinazione n. 60 del 6.2.2019;

4. la determina n. 43 del 30.1.2019 e la nota di pari data con cui tale determina è stata comunicata;

5. la determina n. 391 del 9.10.2018, la nota di pari data con cui tale determina è stata comunicata, e la nota Rup prot. 8828 del 9.10.2018;

6. tutti i verbali della fase di prequalifica;

7. tutti i verbali della fase di gara, successiva alla prequalifica, compresi quelli del 5.9.2018, del 17.10.2018, del 20.10.2018, del 3.11.2018, del 10.11.2018, del 24.11.2018, del 3.12.2018, del 10.12.2018, del 17.12.2018, del 23.1.2019;

8. la nota prot. 4720P del 15.9.2017;

9. le determine n. 70 del 23.12.2015, n. 256 del 21.6.2018, n. 384 del 9.8.2018;

10. il bando della procedura, la lettera di invito, il disciplinare tecnico, tutti gli atti ad essi allegati e costituenti la *lex specialis*, i chiarimenti diffusi dalla stazione appaltante;

e per la dichiarazione di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto con la compagine aggiudicataria.

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da SOGEPU SPA :

- della determina AURI 15 aprile 2019 n. 140 di aggiudicazione della gara AURI a SOGEPU, nella parte in cui non esclude l'ATI Teknoservice (d'ora in poi anche Teknoservice) dalla gara medesima;

- di tutti gli atti di gara ivi compresa la lettera di invito rivolta all'ATI Teknoservice, compresa anche l'ammissione dell'ATI Teknoservice alla gara, sia in fase di prequalifica che in fase di presentazione dell'offerta, nella parte in cui non escludono l'ATI Teknoservice, in particolare compresi i verbali della fase di prequalifica, nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione dell'ATI Teknoservice;

- in particolare della determina di ammissione dell'ATI Teknoservice alla gara determina AURI 391 del 2018, limitatamente alla parte in cui dispone tale ammissione dell'ATI Teknoservice alla gara.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 settembre 2019 il dott. Paolo Amovilli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

## FATTO

1. -Con avviso pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in data 27 luglio 2015, l'Ambito Territoriale Integrato Uno Umbria (A.T.I. n. 1 Umbria), oggi Autorità Umbra Rifiuti e Idrico (AURI) indiceva una gara, con procedura ristretta, per l'affidamento in concessione del servizio pubblico locale di gestione integrata dei rifiuti urbani per un valore stimato presunto di 294.300.000,00 euro.

Nella seduta riservata del 30 dicembre 2015, il RUP procedeva all'apertura dei plichi contenenti le domande di ammissione alla procedura ristretta, risultando pervenute le istanze di nove soggetti diversi, tra i quali un RTI composto da Sogepu s.p.a., mandataria, e GE.SE.NU. s.p.a., SEI Toscana s.r.l., Ecocave s.r.l., quali mandanti.

Con determinazione dirigenziale n. 70 del 23 dicembre 2015, si disponeva di procedere "alla verifica dei requisiti di ordine generale e speciale, nonché all'acquisizione della documentazione antimafia di cui al d.lgs. 159/2011, già nella presente fase di ammissione delle domande di partecipazione, con riferimento a tutti i concorrenti che hanno correttamente manifestato il proprio interesse alla gara nei termini previsti dall'Avviso".

Con verbale n. 8 del 5 dicembre 2016, il RUP riferiva di aver provveduto ad eseguire le verifiche indicate nella determinazione n. 70, e di aver rilevato che il RTI composto da Sogepu, Gesenu, SEI Toscana ed Ecocave, "avrebbe dovuto essere escluso dalla gara, stante il ricorrere della causa di esclusione di cui all'art. 38, co. 1, lett. m) del Codice Appalti, in ragione dell'applicazione della misura interdittiva antimafia nei confronti della Gesenu S.p.a. (di

seguito anche “Gesenu”) da parte della Prefettura di Perugia, in data 25 ottobre 2015, e del conseguenziale divieto in capo a tale mandante di ottenere concessioni di servizi” e di avere pertanto avviato il procedimento di esclusione nei confronti di tale Raggruppamento con nota prot. n. 619 del 5 agosto 2016.

Segnalava che, d’altro canto, nella stessa nota aveva sollecitato le imprese facenti parte del RTI, qualora lo avessero ritenuto opportuno, ad esercitare il “diritto di riduzione o sostituzione della mandante colpita dall’interdittiva antimafia”, “atteso che, ai sensi del combinato disposto degli artt. 37, co. 19, del Codice Appalti e 95, co. 1, del d.lgs. n. 159/2011, l’integrazione della enunciata causa di esclusione in capo alla mandante Gesenu non avrebbe operato nei confronti delle altre imprese partecipanti al Raggruppamento, qualora si fosse provveduto alla modificazione soggettiva del Raggruppamento stesso, attraverso l’estromissione o sostituzione dell’impresa colta dalla misura interdittiva in questione”.

In riscontro alla nota, venivano trasmesse alla stazione appaltante quattro comunicazioni ovvero:

- nota prot. n. 662 del 9 settembre 2016, con la quale la mandataria Sogepu riferiva che “con lettera del 4 luglio 2016 l’ATI costituenda Sogepu ha comunicato a GE.SE.NU, S.p.a. che il contratto di ATI costituenda doveva ritenersi risolto rispetto a GESENU, S.p.a. dalla data in cui tale società aveva ricevuto l’interdittiva antimafia. Tale risoluzione è stata confermata con lettera del 5 agosto 2016”, e comunicava, inoltre, che “la mandante SERVIZI ECOLOGICI INTEGRATI TOSCANA S.r.l subentra nelle quote di attività indicate in sede di istanza di partecipazione in capo a GE.SE.NU. S.p.a.”.

- nota prot. n. 663 del 12 settembre 2016, con la quale Gesenu riferiva di aver chiesto alla Prefettura di Perugia il riesame dell’interdittiva antimafia, e chiedeva che la gara fosse sospesa fino alla definizione del riesame o, in subordine, che fosse sostituita, nel Raggruppamento, dall’impresa Paoletti Ecologia S.R.L.;

- nota prot. 832 dell’11 novembre 2016, con la quale Gesenu riferiva che la Prefettura di Perugia, con atto prot. n. 85490 dell’8 novembre 2016, aveva disposto la revoca dell’informazione interdittiva antimafia;

- nota prot. 847 del 16 novembre 2016, con la quale Gesenu, su richiesta della stazione appaltante, trasmetteva la documentazione attestante la revoca dell’informazione interdittiva .

Sulla scorta delle indicazioni riferite nel parere legale, acquisito con nota prot. 873 del 29 novembre 2016 il RUP disponeva di chiedere un parere di precontenzioso all’ANAC, ai sensi dell’art. 211 del d.lgs. 50/2016, “al fine di conseguire dall’Autorità uno specifico parere in merito alla possibilità di disporre l’esclusione in capo a Gesenu s.p.a., ovvero di ammettere la stessa alla prosecuzione della procedura, prima di procedere ad assumere determinazioni sul punto”; pertanto, sospendeva la decisione in merito all’ammissibilità del RTI composto da Sogepu, Gesenu, SEI Toscana ed Ecocave.

Con nota in data 21 dicembre 2016, il Responsabile del Procedimento comunicava al RTI

ricorrente l'ammissione alla prosecuzione del procedimento di gara, a seguito della verifica positiva del possesso dei requisiti di ordine generale, di capacità tecnico-professionale, economico-finanziaria e antimafia

Con verbale n. 9 del 15 settembre 2017, il RUP riferiva che l'ANAC, con il parere di precontenzioso (prot. n. 3655 in data 8 agosto 2017), chiesto in data 18 gennaio 2017, aveva evidenziato che la stazione appaltante non avrebbe potuto riammettere Gesenu, "stante l'ormai intervenuta risoluzione del contratto di RTI e la dichiarata mancanza di interesse da parte di Sogepu alla sua reintegrazione nel raggruppamento".

Pertanto, il RUP, prendeva atto della decisione di Sogepu (nota prot. 662 del 9 settembre 2016) di estromettere Gesenu dal RTI e di far subentrare la mandante SEI Toscana nelle quote di attività indicate in sede di istanza di partecipazione in capo a Gesenu, e verificava, con esito positivo, che SEI Toscana era titolare dei requisiti di capacità tecnico-economica previsti dall'Avviso di gara e necessari a coprire anche le quote di partecipazione all'RTI e di esecuzione dei servizi originariamente attribuiti a Gesenu.

Con nota prot. 3496 in data 9 aprile 2018, l'AURI sub Ambito n. 1, nel frattempo succeduta all'A.T.I. n. 1 Umbria, invitava i concorrenti ammessi a presentare le rispettive offerte entro la data del 9 luglio 2018; con successiva determinazione dirigenziale n. 256 in data 21 giugno 2018, il termine per la presentazione delle offerte veniva differito all'8 agosto 2018.

Con determinazione n. 391 in data 9 ottobre 2018, espletate le verifiche richieste dalla Commissione di gara, il RUP disponeva l'ammissione alla prosecuzione della gara delle tre concorrenti RTI Diodoro Ecologia s.r.l. - TE.AM. Teramo Ambiente s.p.a., RTI TeknoService s.r.l. - Stirano s.r.l. ed infine RTI Sogepu s.p.a. - Ecocave s.r.l.

In seguito all'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche ed economiche nella seduta del 23 gennaio 2019 la Commissione dava atto dei punteggi complessivamente attribuiti alle tre concorrenti: - RTI Sogepu/Ecocave punti 100; - RTI Diodoro Ecologia/TeAm punti 67,25 - RTI Teknoservice /Stirano punti 56,74.

Con determinazione dirigenziale n. 43 del 30 gennaio 2019, si disponeva l'aggiudicazione provvisoria del servizio in favore del RTI Sogepu - Ecocave e di procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dallo stesso RTI e con determinazione n. 135 del 5 aprile 2019 il RUP concludeva il subprocedimento di verifica dell'anomalia, dichiarando che l'offerta risultava congrua e affidabile.

Con determinazione dirigenziale n. 140 del 15 aprile 2019, comunicata con nota a mezzo pec prot. n. 3709 in data 15 aprile 2019, veniva disposta l'aggiudicazione definitiva del servizio pubblico locale di gestione integrata dei rifiuti in favore del RTI Sogepu - Ecocave.

2. - Con il ricorso principale Rg 434/2019 Diodoro Ecologia s.r.l., in qualità di capogruppo del costituendo raggruppamento con Te Am s.p.a., ha impugnato la determinazione dirigenziale dell'AURI n. 140 del 15 aprile 2019 di aggiudicazione definitiva unitamente agli altri atti della procedura ristretta ivi compreso il sub procedimento di verifica dell'anomalia ed il giudizio di



ammissione della controinteressata Sogepu, lamentando la mancata esclusione da parte della stazione appaltante del raggruppamento Sogepu, si da risultare illegittimamente pretermessa dal conseguimento dell'aggiudicazione.

Ha dedotto in sintesi i seguenti motivi di gravame così riassumibili.

I) VIOLAZIONE DI LEGGE. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI PUBBLICHE SELEZIONI. VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COSTITUZIONE. VIOLAZIONE DELL'ART. 48 D.LGS. 163/2006 APPLICABILE RATIONE TEMPORIS. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI CONTINUITÀ DEI REQUISITI GENERALI E SPECIALI RICHIESTI PER LA PARTECIPAZIONE ALLE PUBBLICHE GARE. VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DELLA GARA. VIOLAZIONE DELL'ART. III.2.3. LETT. A DELL'AVVISO DI GARA. VIOLAZIONE DELL'ART. 7 CO. 1 LETT. A DELLA LETTERA DI INVITO. INSUSSISTENZA DEI REQUISITI DI CAPACITÀ TECNICA IN CAPO A UNO DEI CONCORRENTI AMMESSI ALLA GARA. VIOLAZIONE DELLE NORME IN TEMA DI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE DELLE CONCORRENTI ALLE PUBBLICHE SELEZIONI. ECCESSO DI POTERE. IRRAZIONALITÀ MANIFESTA. DIFETTO DI ISTRUTTORIA. VIOLAZIONE DELLA PAR CONDICIO TRA I CONCORRENTI: in conseguenza del mutamento della composizione, il R.T.I. Sogepu-Ecocave non possiede più il requisito di capacità tecnica descritto dall'art. III.3.2. lett. A dell'avviso di gara: "aver gestito, nell'ultimo triennio (anni 2014, 2013 e 2012), servizi di gestione dei rifiuti urbani per almeno 100.000 ab/res. in minimo 10 comuni di cui uno o più con oltre 30.000/ab resid. abitanti." Il raggruppamento dichiarato aggiudicatario non avrebbe il suddetto requisito di capacità tecnica poiché esso dovrebbe calcolarsi - diversamente da quanto stabilito dalla stazione appaltante in sede di chiarimenti - non già sulla base del valore medio bensì del singolo anno del triennio;

II) VIOLAZIONE DI LEGGE. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI PUBBLICHE SELEZIONI. VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COSTITUZIONE. ILLEGITTIMITÀ DELLA NOTA DI CHIARIMENTI ESPRESSA SULLA FAQ N. 55. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 1362, 1363 C.C. E DEI CANONI DI INTERPRETAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DI GARA. IN SUBORDINE, ILLEGITTIMITÀ DELL'ART. III.2.3. DELL'AVVISO DI GARA SE INTERPRETATO NEL SENSO INDICATO NELLA NOTA DI CHIARIMENTI ESPRESSA SULLA FAQ N. 55: contesta i chiarimenti forniti sulla FAQ n. 55 laddove il RUP afferma che "Il requisito di capacità tecnica di cui al punto che si richiama deve intendersi, come già specificato in sede di prequalifica, quale valore medio riferito al triennio in questione. È decisivo il raffronto con le norme che regolano il possesso di altri requisiti, quali quelli indicati nell'art. III.2.2. lett. B) e III.2.3. lett. D) dell'Avviso di gara, che espressamente fanno riferimento ai valori medi rapportati a dati periodi temporali, a differenza dell'art. III.2.3., che invece non menziona affatto il "valore medio riferito al triennio in questione".

III) VIOLAZIONE DI LEGGE. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI PUBBLICHE SELEZIONI. VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COSTITUZIONE. VIOLAZIONE DELL'ART. 38 D.LGS. 163/2006. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 46, 47, 75 D.P.R. 445/2000. FALSA E OMESSA DICHIARAZIONE. VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DELLA GARA. VIOLAZIONE DELL'ART. 7 CO. 1 LETT. A DELLA LETTERA DI INVITO. ECCESSO DI POTERE. IRRAZIONALITÀ MANIFESTA. DIFETTO DI ISTRUTTORIA: la mandante Ecocave

andava esclusa avendo dichiarato falsamente nell'offerta di "confermare integralmente il possesso dei requisiti ... di capacità ... tecnica già dichiarati in sede di prequalifica" e omettendo di dichiarare di non essere più affidataria dei servizi in favore del Comune di Gubbio e di avere conseguentemente subito una netta contrazione dei requisiti dichiarati nella domanda di partecipazione, in termini di fatturato e di numero dei Comuni e degli abitanti residenti serviti. Inoltre, nella dichiarazione congiunta relativa alla modifica dell'assetto del Raggruppamento originario, entrambe le società (SOGEPU ed ECOCAVE) hanno falsamente dichiarato asserendo, con firma congiunta, che anche a seguito del recesso da parte di SEI TOSCANA "permangono in capo alle imprese residue i requisiti di partecipazione e qualificazione alla gara in oggetto non incidendo la SEI TOSCANA sul possesso dei requisiti da parte dell'RTI residuo;

IV) VIOLAZIONE DI LEGGE. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 37 CO. 9, 38 CO. 1 LETT. M) D.LGS. 163/2006. VIOLAZIONE DELL'ART. 95 CO. 1 D.LGS. 159/2011. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DELLA CONTINUITÀ DEL POSSESSO DEI REQUISITI. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI IMMUDIFICABILITÀ SOGGETTIVA DEI RAGGRUPPAMENTI. VIOLAZIONE DEL PRINCIPIO DI UNITARIETÀ DEL PROCEDIMENTO DI GARA. VIOLAZIONE DELLA LEX SPECIALIS DELLA GARA. VIOLAZIONE DELLA DETERMINAZIONE DIRIGENZIALE N. 70 DEL 23 DICEMBRE 2015. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 1 E 3 L. 241/1990. ECCESSO DI POTERE. DISPARITÀ DI TRATTAMENTO. MANIFESTA IRRAZIONALITÀ. DIFETTO O ERRONEITÀ DELL'ISTRUTTORIA: a suo avviso sarebbe errato l'orientamento avallato anche dall'Anac in sede di precontenzioso secondo cui le modifiche al RTI sarebbero possibili sino al momento della formulazione offerta;

V) VIOLAZIONE DI LEGGE. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI PUBBLICHE SELEZIONI. VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COSTITUZIONE. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 86, 87 E 88 D.LGS. 163/2006. VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA DELLA GARA, CON PARTICOLARE RIFERIMENTO ALL'APPENDICE D AL PIANO D'AMBITO. VIOLAZIONE DELL'ART. 3 L. 241/1990. ECCESSO DI POTERE. MANIFESTA IRRAZIONALITÀ DELLA VALUTAZIONE DI CONGRUITÀ DELL'OFFERTA. DIFETTO O ERRONEITÀ DELL'ISTRUTTORIA: l'offerta presentata da Sogepu sarebbe anomala e avrebbe dovuto essere esclusa; come riferito nella nota integrativa al bilancio di Sogepu per l'anno 2017, prodotta dal RTI, l'indennità di disagio ambientale per il Comune di Città di Castello ammonta a € 296.996,00. Tale voce di costo, espressamente posta a carico del gestore, non è stata considerata ai fini della quantificazione degli oneri di discarica, né contemplata nell'ambito di altre categorie di costi; il RTI avrebbe trascurato di dar conto di due voci di costo che la *lex specialis* espressamente pone a carico del gestore del servizio, complessivamente pari a circa € 310.000,00 annui, cifra nettamente superiore all'utile sperato pari a circa € 100.000,00 annui.

VI) VIOLAZIONE DI LEGGE. VIOLAZIONE DEI PRINCIPI GENERALI IN TEMA DI PUBBLICHE SELEZIONI. VIOLAZIONE DELL'ART. 97 COSTITUZIONE. VIOLAZIONE DELL'ART. 38 D.LGS. 163/2006. VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 46, 47, 75 D.P.R. 445/2000. FALSA E OMESSA DICHIARAZIONE. ECCESSO DI POTERE. IRRAZIONALITÀ MANIFESTA. DIFETTO DI ISTRUTTORIA: il raggruppamento dichiarato aggiudicatario avrebbe dovuto essere escluso anche per altra falsa dichiarazione, avendo il rappresentante di

Sogepu affermato, nel corso della seconda seduta pubblica, che “la SEI Toscana non partecipa al raggruppamento per motivi organizzativi” quando invece la vera ragione sarebbe nell’aver subito provvedimenti interdittivi ai sensi dell’art. 32 D.L. 90/2014 si da concretare errore grave nell’esercizio dell’attività professionale ai sensi dell’art. 38 c. 1 lett. f) d.lgs. 163/2006.

La ricorrente principale ha altresì richiesto il subentro nell’aggiudicazione previa dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato.

3. - Con ricorso incidentale Sogepu s.p.a. ha impugnato l’aggiudicazione e gli ulteriori atti della procedura ristretta nella parte in cui non hanno escluso la ricorrente principale, deducendo i seguenti motivi così riassumibili:

I) Violazione di legge: violazione dell’art. 37, in particolare commi 4, 13, artt. 41 e 42, d. lgs., n. 163 del 2006 e in generale del principio di corrispondenza tra quote di esecuzione e quote di qualificazione: gli atti impugnati sono illegittimi nella parte in cui non hanno disposto l’esclusione di Diodoro Ecologia s.r.l. per mancata corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione: posto che le imprese del costituendo raggruppamento orizzontale nella domanda di partecipazione in prequalifica hanno indicato la quota di partecipazione nel 70 % per la capogruppo e nel 30 % per la mandante Te Am S.p.a., quanto ai requisiti di capacità tecnica di cui ai punti III.2.3. lettere a) e b) la mandante ha dichiarato quote di possesso del requisito inferiori alla quota di esecuzione, dovendo dunque essere esclusa per il principio della necessaria corrispondenza tra quote di qualificazione ed esecuzione applicabile anche alla gara per cui è causa;

II) Violazione di legge: violazione dell’art. 37, in particolare comma 4, d. lgs., n. 163 del 2006: gli atti impugnati sono illegittimi nella parte in cui non hanno disposto l’esclusione di Diodoro per mancata indicazione delle quote di esecuzione delle attività in prequalifica: l’ATI Diodoro non ha indicato le quote di attività svolte in sede di prequalifica pur avendo indicato ivi i requisiti posseduti;

III) Violazione di legge: violazione dell’art. 46, comma 1 ter d. lgs. n. 163 del 2006: non essendo ammesso il soccorso istruttorio sui contratti di avvalimento l’ATI Diodoro doveva essere esclusa non disponendo del requisito di cui al punto III.2.3) Capacità tecnica lettera d):. posto che Diodoro quanto al requisito di capacità tecnica di cui al punto III.2.3. lettera d) ha dichiarato l’avvalimento con la ditta ausiliaria Global Services Coop. non risulta essere stato allegato alla domanda di partecipazione il contratto di avvalimento, solamente depositato in seguito a soccorso istruttorio, non ammesso dalla giurisprudenza per tale integrazione documentale; il contratto poi sarebbe privo di data certa e dunque senza alcuna prova della anteriorità rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle domande;

IV) Eccesso di potere per contraddittorietà: Diodoro è sprovvista del requisito di capacità tecnica di cui al punto III.2.3) lettera c) , poiché il soggetto che ha indicato come direttore tecnico in fase di domanda di partecipazione non ha l’esperienza quinquennale richiesta dal bando e il soggetto proposto in sostituzione in sede di comprova e poi in offerta non è in grado di svolgere tale funzione trattandosi di un laureato in economia con funzioni amministrative:

non sarebbe stato comprovato in sede di verifica dei requisiti di capacità tecnica l'esperienza di almeno 5 anni come responsabile tecnico richiesto dalla *lex specialis*;

V) In subordine, violazione di legge: violazione del principio di massima partecipazione alla gara e dell'art. 42 d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per manifesta irragionevolezza: qualora si condivida l'interpretazione proposta di Diodoro in merito al requisito di capacità tecnica di cui all'art. III 2.2. lett. B) e III. 2.3. lett. D), la *lex specialis* sarebbe allora illegittima, introducendo un limite non facilmente percepibile e comunque manifestamente contrario al significato che per legge (art. 42 d. lgs., n. 163/2006) hanno i requisiti tecnici, con riferimento ad una valutazione cumulativa dei requisiti di gara sul periodo temporale, secondo quanto rilevato dalla giurisprudenza e dallo stesso bando tipo dell'ANAC;

4. - Con il secondo ricorso principale (Rg. 447/2019) Teknoservice s.r.l. quale mandataria del raggruppamento temporaneo con l'impresa Te Am s.p.a. ha parimenti impugnato il suddetto provvedimento di aggiudicazione definitiva unitamente agli altri atti e verbali di gara, ivi compreso il bando e la lettera di invito, lamentando la mancata esclusione da parte dell'AURI delle prime due imprese classificate ovvero del RTI Sogepu s.p.a./Ecocave e Diodoro Ecologia s.r.l./Te Am s.p.a., si da invocare quale terza classificata la spettanza dell'aggiudicazione.

Ha dedotto articolati motivi di diritto così riassumibili:

Con riferimento all'ATI Sogepu/Ecocave:

I) Violazione e falsa applicazione art. 95 del d.lgs. n. 195/2011 e art. 37 del d.lgs. n. 163/2006. Violazione della *lex specialis*: le vicende che hanno reso necessaria la modifica del raggruppamento in seguito all'interdittiva antimafia nei confronti di Gesenu sarebbero state comunicate alla stazione appaltante con colpevole ritardo contravvenendo all'onere di tempestiva informazione in merito alle vicende attinenti il possesso dei requisiti generali contemplato dallo stesso Avviso pubblico;

II) Violazione e falsa applicazione art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 e dell'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000: il raggruppamento Sogepu avrebbe dovuto essere escluso anche per la falsa dichiarazione resa in sede di prequalifica da parte della mandante Gesenu di non essere mai incorsa in episodi di errore professionale ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f) del d.lgs. 163/2006 risultando invece a tal data pendente presso la Corte dei Conti sez. giurisd. Campania un processo di accertamento della responsabilità amministrativo contabile per danno erariale cagionato al Comune di Torre del Greco per prolungata omissione della raccolta differenziata dei rifiuti, successivamente sfociata il 20 novembre 2014 in condanna per la somma di 202.909,45 euro confermata in sede di appello con sentenza n. 135 del 26 aprile 2017;

III) Violazione e falsa applicazione art. 37 e 38 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere (difetto di istruttoria; travisamento dei fatti; difetto dei presupposti; sviamento): ulteriore motivo di esclusione sarebbe conseguente all'allontanamento dal raggruppamento della Sei Toscana nella fase di presentazione delle offerte, solo apparentemente disposto per esigenze organizzative ma in realtà per eludere la legge di gara ed evitare la sanzione espulsiva,

risultando essa destinataria di ordinanza di applicazione di misure cautelari emessa dal Gip presso il Tribunale di Firenze, non avendo anche in questo caso il raggruppamento Sogepu segnalato alla stazione appaltante tale errore professionale ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f) D.lgs. 163/2006. In subordine la ricorrente principale, ove il Collegio non condivida tale motivo di doglianza, chiede rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE.

Con riferimento all'Ati Diodoro Ecologia/Teramo Ambiente:

IV) Violazione e falsa applicazione artt. 38 e 49 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere (difetto di istruttoria; travisamento dei fatti; difetto dei presupposti; sviamento): l'ATI Diodoro avrebbe dovuto essere esclusa per non aver allegato alla domanda di partecipazione alla gara il contratto di avvalimento quanto al requisito par. III 2.3. lett. a) acquisito dalla stazione appaltante soltanto in sede di (inammissibile) soccorso istruttorio ex art. 38 comma 2-bis D.lgs. 163/2006, costituendo tale omissione causa di diretta esclusione come chiarito da giurisprudenza sul punto del tutto costante; anche a voler per ipotesi ammettere il soccorso istruttorio per tale carenza documentale, il concorrente avrebbe comunque l'onere di presentare copia da cui poter desumere con certezza la data del contratto per la necessaria verifica della sua anteriorità rispetto alla scadenza del termine di presentazione delle domande. In subordine la ricorrente principale - ove il Collegio non condivida tale motivo di doglianza - chiede rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 267 TFUE;

V) Violazione e falsa applicazione art. 38 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere (difetto di istruttoria; travisamento dei fatti; difetto dei presupposti; sviamento): il Raggruppamento capeggiato dalla Diodoro avrebbe dovuto essere escluso anche per omessa dichiarazione di risoluzione in danno dal contratto di affidamento del servizio di igiene urbana disposto dal Comune di Sacrofano con ordinanza n. 77 del 5 agosto 2011, trattandosi di errore professionale in ipotesi rilevante ai sensi dell'art. 38 c. 1, 1<sup>o</sup> del citato D.lgs. 163/2006;

VI) Violazione e falsa applicazione artt. 38 e 49 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere (difetto di istruttoria; travisamento dei fatti; difetto dei presupposti; sviamento): il raggruppamento capeggiato dalla Diodoro non avrebbe il requisito di capacità tecnica di cui al par. III.2.3. lett. d) del bando dal momento che l'impresa ausiliaria Global Services Coop Sociale non disporrebbe delle autorizzazioni necessarie per l'esecuzione delle prestazioni oggetto di gara; inoltre, il predetto contratto di avvalimento sarebbe nullo per indeterminatezza dell'oggetto ovvero per genericità della indicazione del personale incaricato del trasferimento delle competenze avvalse;

In via gradata rispetto all'accoglimento delle doglianze svolte con i primi sei mezzi di gravame ha dedotto:

VII) Violazione del principio di continuità delle operazioni di gara ex art. 63 del R.D. 23.5.1924 n. 827: la gara avrebbe avuto una durata del tutto eccessiva, in violazione del principio di continuità e concentrazione espressione del più generale principio di imparzialità;

VIII) Violazione del principio di pubblicità delle operazioni di gara: tutte le sedute della fase di prequalifica si sarebbero svolte riservatamente, ancorché durante tale fase si sia provveduto

ad aprire e catalogare la documentazione amministrativa che le imprese hanno prodotto per dimostrare il possesso dei requisiti di ammissione in gara, con conseguente caducazione dell'intera gara.

Si è costituita in giudizio l'AURI evidenziando le ragioni, del tutto indipendenti dalla propria volontà, che hanno causato la dilatazione dei tempi della gara, ovvero la presentazione di altri ricorsi da parte di Eco Servizi Appenino s.p.a. e Gesenu (tutti decisi dall'adito Tribunale poi con esito favorevole per la stazione appaltante) la complessità della documentazione da allegare alle offerte e l'effetto sospensivo in seguito alla richiesta di parere di precontenzioso all' Anac. Ha in primo luogo eccepito l'irricevibilità del ricorso principale in quanto proposto oltre il termine decadenziale di trenta giorni decorrente dal provvedimento di ammissione sul profilo della stazione appaltante a norma dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a. a suo dire applicabile anche alla gara in esame pur se indetta ai sensi del D.lgs. 163/2006 trattandosi di norma processuale dunque applicabile anche ai giudizi in corso alla data (19 aprile 2016) di entrata in vigore del D.lgs. 50/2016 ove si sia effettuata - come nel caso di specie - la pubblicazione dell'elenco dei concorrenti ammessi ed esclusi sul profilo del committente.

Quanto al merito sarebbe del tutto assodata per effetto dell'art. 37 c. 9 D.lgs. 163/2006 la possibilità di modificare la composizione di un raggruppamento temporaneo prima della presentazione delle offerte nel caso di specie a seguito delle vicende che hanno colpito Gesenu nella fase di prequalificazione; non vi sarebbe alcun obbligo a carico dei concorrenti in vigenza del Codice appalti pubblici approvato con d.lgs. 163/2006 di dichiarare in sede di gara i procedimenti pendenti innanzi alla Corte dei Conti, essendo la condanna per danno erariale nei confronti di Gesenu intervenuta in ogni caso dopo l'estromissione dal r.t.i.; la fuoriuscita anche di SEI Toscana dal medesimo raggruppamento - diversamente da quanto sostenuto dalla ricorrente principale - sarebbe dovuta effettivamente a "fattori organizzativi"; il soccorso istruttorio di cui all'art. 38 c. 2 bis sarebbe pienamente invocabile in ipotesi di carenza del contratto di avvalimento, specie in gara come quella di specie in cui la *lex specialis* non richiamava alcuna causa di esclusione; quanto alla mancata esclusione della Diodoro per mancanza di dichiarazioni circa risoluzioni contrattuali da parte di altre stazioni appaltanti, ad avviso dell'AURI l'obbligo informativo esigibile ai sensi dell'art. 38 c. 1 lett. f) del D.lgs. 163/2006 comprenderebbe le sole risoluzioni non contestate in giudizio o definitive.

Si è costituita Diodoro Ecologia s.r.l. eccependo l'infondatezza di tutti i motivi dedotti con il ricorso principale, evidenziando tra l'altro come il contratto di avvalimento dovesse essere presentato solo nella successiva fase di presentazione delle offerte e non già in sede di prequalifica oltre alla necessità quanto al requisito morale dell'errore professionale di limitare il riferimento ad eventi occorsi nell'ultimo triennio.

Si è costituita anche Sogepu, sollevando anzitutto analogha eccezione di irricevibilità del ricorso principale. Ha poi controdedotto a tutti i motivi *ex adverso* dedotti quanto alla propria ammissione alla gara, dal momento che in necessaria sintesi l'interdittiva antimafia subita da Gesenu sarebbe da qualificare non già come causa di esclusione ai sensi del 38 d.lgs. 163/2006 bensì come requisito richiesto solo per la stipula del contratto; non avrebbero dovuto essere dichiarate a suo dire nemmeno i fatti - all'epoca della gara "*sub iudice*" - per cui poi Gesenu è stata condannata alla Corte dei Conti a pagare al Comune di Torre del Greco la

somma di 202.909,45 euro per danno erariale, non venendo in questione alcun grave errore professionale inteso come inadempimento contrattuale bensì il mancato svolgimento di un'attività di servizio rispetto all'Amministrazione, essendo l'azione erariale del tutto diversa dall'azione civile contrattuale.

5. - Ha altresì proposto ricorso incidentale, teso all'impugnativa dell'aggiudicazione e degli ulteriori atti di gara nella parte in cui non dispongono l'esclusione dalla gara del raggruppamento capeggiato da Teknoservice, deducendo motivi così sintetizzabili:

I) Violazione di legge: violazione dell'art. 37, in particolare commi 4, 13, artt. 41 e 42, d. lgs. n. 163 del 2006 e in generale del principio di corrispondenza tra quote di esecuzione e quote di qualificazione: gli atti impugnati sono illegittimi nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione di Teknoservice per mancata corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione. Violazione di legge: violazione dell'art. 37, in particolare comma 4., d. lgs. n. 163 del 2006: gli atti impugnati sono illegittimi nella parte in cui non hanno disposto l'esclusione di Teknoservice per mancata indicazione delle quote tipologiche (qualitative) di esecuzione delle attività in prequalifica e in offerta: posto che nel costituendo raggruppamento di tipo orizzontale Teknoservice risulta mandataria (75%) e Stirano mandante (25%), in relazione al requisito di capacità tecnica di cui al punto III.2.3. lettera b) dell'avviso di gara Stirano ha dichiarato che tale requisito è interamente soddisfatto dalla capogruppo, dunque dichiarando di non possedere tale requisito, si da determinare una non corrispondenza tra quota di qualificazione ed esecuzione come invece richiesto per gli appalti di forniture e servizi dal comma 4 dell'art. 37 d.lgs. 163/2006.

II) Eccesso di potere per contraddittorietà rispetto alla *lex specialis*: Teknoservice è sprovvista del requisito di capacità tecnica di cui al punto III.2.3) lettera c), poiché tutti e tre i vertici tecnici, ivi compreso il Direttore tecnico, indicati in fase di domanda di partecipazione non hanno l'esperienza quinquennale richiesta dal bando e comunque non l'hanno documentata in sede di verifica dei requisiti. Violazione di legge: violazione dell'art. 38 comma 1 ter d. lgs. n. 163 e in generale del principio di necessaria completezza della dichiarazione ex art. 38 cit.: Teknoservice dichiara in violazione del d.P.R. 445/2000 che il Direttore Tecnico Bellini è ingegnere ma in realtà come risulta in sede di comprova è geologo con dichiarazione non vera e obbligo di esclusione; Eccesso di potere per contraddittorietà rispetto alle prescrizioni di *lex specialis*; violazione di legge per violazione dell'art. 38 d. lgs. n. 163 con dichiarazione non vera: la *lex specialis* prevede che il Direttore tecnico abbia svolto funzioni di vertice e di coordinamento, attività che Bellini non ha svolto come risulta in sede di comprova dei requisiti, pur avendo dichiarato il contrario. In sintesi dall'esame degli atti di gara Teknoservice non avrebbe in alcun modo dimostrato il requisito di che trattasi.

III) – Violazione di legge: violazione dell'art. 38, in particolare dell'art. 1 ter, d. lgs. n. 163 del 2006 e in generale del principio di necessaria completezza della dichiarazione sulle irregolarità rilevanti in merito all'art. 38 comma 1 lett. f): Teknoservice non ha dichiarato la risoluzione contrattuale in danno subita dal Comune di Vico del Gargano: Teknoservice avrebbe dovuto essere esclusa per dichiarazione reticente non avendo fatto menzione né in fase di prima manifestazione di interesse né in sede di domanda di gara della risoluzione per grave inadempimento del contratto di appalto inerente l'affidamento della gestione integrata dei rifiuti

urbani avviata nel 18 febbraio 2014 e poi dichiarato risolto, per grave inadempimento della ricorrente principale, con sentenza n. 3587 del 16 agosto 2018 del Tribunale civile di Bari.

IV – Violazione di legge: violazione dell'art. 38 comma 1 lett. f) d. lgs. n. 163 del 2006: Teknoservice ha subito due risoluzioni contrattuali e non si giustifica la sua ammissione alla gara stante la recidiva. Eccesso di potere per istruttoria incompleta ed insufficiente: la stazione appaltante ammettendo alla gara la Teknoservice non avrebbe tenuto conto che la risoluzione in danno possa essere valutata quale errore grave nell'esercizio dell'attività professionale ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett. f) d. lgs. n. 163 del 2006.

L'AURI ha eccepito l'infondatezza anche dei motivi di gravame di cui al ricorso incidentale rilevando in particolare quanto al primo motivo come la *lex specialis* non abbia previsto alcun limite, ritenendo sufficiente il possesso cumulativo dei requisiti in questione in capo al RTI nel suo complesso.

Alle camere di consiglio rispettivamente del 4 e 18 giugno 2019 le ricorrenti principali hanno rinunciato alle domande cautelari chiedendo la riunione dei due ricorsi in vista della discussione nel merito.

Con successive memorie le parti hanno insistito per l'accoglimento delle proprie argomentazioni sviluppate in riferimento ad entrambi i ricorsi.

Teknoservice s.r.l. ha evidenziato anche in costanza dell'applicazione del Codice contratti pubblici del 2006 l'ampiezza dell'obbligo dichiarativo da rendere in sede di gara comprensivo, a suo dire, della indicazione della sussistenza di tutti i fatti idonei ad incidere sulla affidabilità professionale si da consentire alla stazione appaltante ogni valutazione ad essa riservata, citando ampia giurisprudenza.

L'AURI di contro ha rilevato a suo parere la minor ampiezza dell'obbligo informativo a carico dei concorrenti discendente dall'art. 38 comma 1 lett. f) d. lgs. n. 163 del 2006, non rientrando nell'ambito di applicazione della norma ovvero nel concetto di "errore grave nell'esercizio dell'attività professionale" fatti nè che hanno dato origine a misure restrittive della libertà personale adottate dall'autorità penale (con riferimento alla mandante Sei Toscana del raggruppamento con Sogepu) né azioni di danno erariale promosse dalla Procura della Corte dei conti.

Con memoria conclusionale depositata il 7 settembre 2019 Teknoservice ha insistito per la ricevibilità del proprio ricorso principale e svolto difese sui singoli motivi.

6. - All'udienza pubblica del 24 settembre 2019 quanto al solo ricorso Rg. 447/2019 i difensori dell'AURI e di Sogepu hanno eccepito l'inammissibilità ex art. 73 c. 1 c.p.a. dell'ultima memoria depositata da Teknoservice nella parte in cui pretende di replicare alle difese svolte in vista della camera di consiglio del 4 giugno 2019, se non limitatamente all'eccepita tardività dell'impugnativa proposta e sinteticamente dai primi tre motivi di ricorso principale; di contro la difesa della Teknoservice ha negato la violazione del contraddittorio e delle esigenze difensive delle controparti. Indi entrambi i ricorsi sono stati tratti in decisione.



## DIRITTO

1.-E' materia del contendere la legittimità della procedura ristretta indetta dall'Autorità Umbra Rifiuti e Idrico (AURI) in data 27 luglio 2015 inerente l'affidamento in concessione del servizio pubblico locale di gestione integrata dei rifiuti urbani per la durata di 15 anni e valore stimato presunto del contratto pari a 294.300.000,00 euro.

La gara è stata aggiudicata mediante criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa con determinazione n. 140 del 15 aprile 2019 al raggruppamento temporaneo Sogepu - Ecocave con 100 punti.

Il raggruppamento Diodoro Ecologia s.r.l./Te Am s.p.a. seconda classificata con 67,25 punti ha impugnato con ricorso Rg. 434/2019 la suddetta aggiudicazione deducendo vizi derivanti dalla fase di ammissione lamentando la mancata esclusione del raggruppamento aggiudicatario sia per mancanza del possesso dei requisiti generali (art. 38 d.lgs. 163/2006) e di capacità tecnica prescritti dall'Avviso pubblico sia per l'asserita anomalia dell'offerta e dunque l'illegittimo mancato conseguimento del contratto. La controinteressata Sogepu, di contro, ha proposto avverso gli atti di gara ricorso incidentale diretto a contestare la mancata esclusione della ricorrente principale specularmente per carenza dei requisiti di carattere generale nonché di capacità tecnica richiesti.

Con ricorso Rg. 447/2019 Teknoservice quale terza classificata con 56,74 punti ha parimenti impugnato i provvedimenti assunti nell'ambito della suddetta gara lamentando la mancata esclusione di entrambi i raggruppamenti classificatisi in prima e seconda posizione per carenza dei requisiti morali e dunque invocando anch'essa la spettanza dell'aggiudicazione. Anche nei confronti di tale impugnativa la controinteressata Sogepu ha proposto ricorso incidentale "paralizzante".

2. - Deve anzitutto disporsi ai sensi dell'art. 73 c.p.a. la riunione dei due ricorsi stante l'evidente connessione oggettiva e soggettiva, essendo entrambi diretti a contestare la legittimità dell'aggiudicazione del medesimo servizio in favore del RTI Sogepu ed in subordine dell'intera gara, con deduzione di censure incrociate tese alla reciproca esclusione dalla procedura per asserita carenza dei requisiti di ammissione.

3. - In "*limine litis*" va effettuato per ragioni di economia processuale l'esame in via prioritaria del ricorso incidentale proposto nei confronti del principale Rg. 447/2019 in quanto escludente o paralizzante, pur tenendo presente la necessità di trattazione comunque anche del gravame principale proposto da Teknoservice.

Ai fini della determinazione dell'ordine di trattazione dei ricorsi - principale ed incidentale - in materia di appalti, va infatti tenuto conto del pronunciamento della Corte di Giustizia U.E. (Grande Sezione, sent. 5 aprile 2016 causa C-689), secondo la quale è irrilevante, ai fini della corretta applicazione dei principi affermati nella sentenza CGUE, sez. X, 4 luglio 2013 C-100/2012 (c.d. sentenza *Fastweb*), il numero dei partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico, il numero dei concorrenti che hanno presentato ricorsi e la divergenza dei motivi dai medesimi dedotti.

Tale necessità di esame congiunto è stata peraltro recentemente confermata dal giudice comunitario - a seguito di rimessione disposta con ordinanza 11 maggio 2018 n. 6 da parte dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato - affermandosi testualmente che "L'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, e paragrafo 3, della direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, deve essere interpretato nel senso che esso osta a che un ricorso principale, proposto da un offerente che abbia interesse ad ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione del diritto dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono quest'ultimo, ed inteso ad ottenere l'esclusione di un altro offerente, venga dichiarato irricevibile in applicazione delle norme o delle prassi giurisprudenziali procedurali nazionali disciplinanti il trattamento dei ricorsi intesi alla reciproca esclusione, quali che siano il numero di partecipanti alla procedura di aggiudicazione dell'appalto e il numero di quelli che hanno presentato ricorsi" (C.G.U.E., sez. X, sent. 5 settembre 2019).

Si persegue dunque un obiettivo di carattere sostanziale in omaggio al principio di parità delle armi, non discriminazione e tutela della concorrenza che intende superare la regola, invalsa nell'ordinamento interno, del prioritario esame del ricorso incidentale escludente o paralizzante.

Nella gara qui in contestazione ritiene il Collegio evidente la sussistenza dell'interesse alla decisione in capo alla ricorrente principale all'accertamento dell'illegittimità della mancata esclusione dell'aggiudicataria e della seconda classificata, vantando un interesse strumentale e mediato alla ripetizione dell'intera gara potendo tutti i tre concorrenti invitati a presentare offerta essere esclusi. Ciascuno dei tre concorrenti vanta, in definitiva, un legittimo interesse equivalente all'esclusione dell'offerta degli altri, con conseguente possibile constatazione per la stazione appaltante dell'impossibilità di scegliere un'offerta regolare.

4.- Tanto premesso si procede, come detto, all'esame del ricorso incidentale proposto da Sogepu nell'ambito del ricorso principale Rg. 447/2019 proposto da Teknoservice.

5. - Preliminarmente va disposto il parziale stralcio della memoria conclusionale depositata da Teknoservice il 7 settembre 2019 nella parte in cui replica alle difese svolte da controparte in merito al ricorso principale, ostandovi il disposto di cui all'art. 73 c. 1 c.p.a..

Ai sensi dell' art. 73 comma 1, c.p.a ., le repliche devono essere riferite ai nuovi documenti e alle nuove memorie depositate in vista dell'udienza. Si tratta, quindi, di scritti difensivi che - per ragioni di pienezza del diritto alla difesa e, in particolare, di garanzia della parità delle armi tra le parti - non hanno contenuto libero, ma possono soltanto controbattere alle produzioni avversarie, salva la possibilità per il giudice amministrativo di accordare la presentazione tardiva di memorie e documenti, pur sempre nel rispetto del contraddittorio, qualora la produzione nel termine di legge sia risultata estremamente difficile (*ex multis* T.A.R. Lazio, Roma , sez. II , 28 febbraio 2018, n. 2215).

6. - Il ricorso incidentale è fondato e va accolto.

6.1. - Giova premettere che la procedura ristretta in contestazione è stata indetta il 27 luglio 2015 ovvero in vigore del Codice contratti pubblici approvato con d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e presenta gli elementi caratterizzanti la concessione di servizio pubblico locale.

Posto che per giurisprudenza costante il discrimine tra appalto e concessione è dato, ai sensi dello stesso art. 3 c. 12, D.lgs. 163/2006, dalla traslazione in quest'ultima del rischio operativo della gestione del servizio (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 21 marzo 2018, n.1811, id. sez. VI, 21 maggio 2014, n. 2624; Cass. civ., Sezioni Unite, 20 aprile 2017, n. 9965) la gara in oggetto si caratterizza per l'assunzione in capo all'affidatario del concreto rischio operativo, tale da non garantirgli l'equilibrio economico proprio dell'appalto.

Infatti, il pagamento della tariffa nei confronti del gestore, che pur opera in un regime sostanzialmente monopolistico, sconta l'eventuale disequilibrio economico posto a carico del gestore stesso (art. 20 del contratto di servizio).

6.2. - Ne consegue che la procedura di che trattasi appare tendenzialmente soggetta ai soli principi del Codice dei contratti pubblici alla stregua di contratto escluso, giusto il disposto di cui all' art. 30 del d.lgs. 163/2006 (*ex multis* T.A.R. Toscana, sez. I , 30 marzo 2015, n. 536).

Per completezza mette conto rilevare che anche il vigente Codice dei contratti pubblici approvato con d.lgs.50/2016 estende espressamente la disciplina del possesso dei requisiti generali (di cui all'art. 80) e speciali e dei motivi di esclusione alle concessioni di lavori e servizi, pur nel limite della compatibilità (art. 164 comma 2 D.lgs. 50/2016).

6.3. - Diversamente da quanto argomentato da Sogepu ed AURI giova ad ogni caso evidenziare come la qualificazione del rapporto in termini di concessione appaia sostanzialmente irrilevante ai fini dell'applicazione della disciplina in tema di requisiti morali di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006, trovando essa attuazione anche per le concessioni di servizi, trattandosi di un fondamentale principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza di disporre di un soggetto contraente con l'amministrazione il quale sia affidabile sotto il profilo morale e degli altri requisiti richiesti (Consiglio di Stato sez. VI, 7 agosto 2015, n.3910; id. sez. VI, 2 febbraio 2015, n. 462).

Ciò appare particolarmente rilevante nel giudizio per cui è causa, in cui sia il ricorrente incidentale che principale lamentano con doglianze incrociate la mancata esclusione reciproca per omessa dichiarazione in sede di gara del possesso dei requisiti di ordine generale di cui all'art. 38 del d.lgs. 163/2006, con particolare riferimento al requisito del non aver commesso "errore grave nell'esercizio dell'attività professionale" di cui al comma 1, lett. f).

E' pertanto superfluo procedere al fine dell'eventuale negazione del carattere concessorio (come eccepito dalla difesa di Teknoservice) all'esame delle concrete modalità con cui il servizio verrà fornito nel c.d. primo periodo, in cui il tributo è dimensionato sui volumi presunti dei rifiuti conferiti dall'utenza ai sensi del d.P.R. 158/09 e nel "secondo periodo" in cui sarà effettuata la misurazione puntuale della quantità dei rifiuti conferiti al servizio pubblico ed

applicata la relativa tariffa.

6.4. - Tanto premesso può procedersi alla disamina dei singoli motivi di gravame.

6.5. - Lamenta Sogepu, con il terzo motivo, l'illegittima ammissione di Teknoservice in relazione alla omessa dichiarazione, sia in sede di prequalifica che di offerta, della risoluzione in danno dal contratto d'appalto per la gestione dei rifiuti disposta nel 2014 dal Comune di Vico Gargano, quale fatto idoneo a concretare un errore grave nell'esercizio dell'attività professionale ai sensi dell'art. 38 c. 1 lett. f) d.lgs. 163/2006, risoluzione tuttavia "*sub iudice*" al momento della partecipazione alla gara e successivamente sfociata nella risoluzione accertata dal Tribunale di Bari con sentenza n. 3587 del 16 agosto 2018.

Ad avviso della difesa dell'AURI la suddetta risoluzione non avrebbe dovuto essere dichiarata in quanto, secondo la disciplina del previgente art. 38, sarebbero state ricomprese nell'onere informativo posto a carico dei concorrenti le sole risoluzioni contrattuali non contestate in giudizio o definitive, diversamente dalla nuova e più analitica disciplina di cui all'art. 80 c. 5 lett. c) del vigente Codice contratti pubblici approvato con d.lgs. 50/2016 e s.m.

6.6. - Giova dunque soffermarsi sul concetto di "errore grave nell'esercizio dell'attività professionale" di cui all'art. 38 c. 1, lett. f) d.lgs. 163/2006 (di recepimento dell'art. 45 comma 2 lett. d) direttiva 2004/18) nonché sulla corrispondente delimitazione del contenuto dell'obbligo dichiarativo a carico dei concorrenti circa la sussistenza di fatti potenzialmente idonei a ricadere in tale fattispecie, alla luce del quadro giurisprudenziale invero non sempre perspicuo.

La citata lett f), anzitutto, opera una testuale distinzione tra "grave negligenza e mala fede" nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara ed "errore grave nell'esercizio dell'attività professionale".

Secondo una prima tesi le due fattispecie andrebbero però unificate sì che anche l'errore grave attenga in realtà alla sola relazione tra l'impresa e la medesima stazione appaltante che ha bandito la gara (*ex multis* T.A.R. Sicilia Palermo sez. III, 10 marzo 2010, n. 2670). In vigenza della previgente disciplina di cui ai d.lgs. nn. 358/92 (forniture) e 157/95 (servizi) l'errore grave nell'esercizio della propria attività professionale, rilevante ai fini dell'esclusione dalla gara, doveva considerarsi quello commesso dall'impresa in occasione di un precedente rapporto contrattuale con la stessa amministrazione che indice l'appalto e non con una diversa stazione appaltante. In tal senso, induce la lettera delle disposizioni dell'art. 11.1 lett. c) d.lgs. 358/92 e 12.1 lett. c) d.lgs. 157/95, poiché, nel prevedere che il suddetto errore possa essere accertato con qualsiasi mezzo dall'amministrazione aggiudicatrice, le stesse norme lasciano intendere che solamente quest'ultima abbia il potere di valutare la gravità delle infrazioni commesse, con riferimento alla specificità del rapporto, e di reputare se, a causa del comportamento tenuto dalla controparte, sia venuto meno il rapporto fiduciario con la stessa impresa, al punto da non consentirle ulteriori possibilità di contrattare con essa (Consiglio di Stato, sez. V, 20 ottobre 2005, n. 5892; id. 22 agosto 2003 n. 4750).

Secondo altra opposta tesi la norma deve essere intesa nel senso di autorizzare le stazioni

appaltanti ad escludere il concorrente dalla gara anche per pregresse situazioni insorte nei rapporti con altre amministrazioni (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2007 n. 2245) venendo in questione non già il venir meno del rapporto fiduciario tra stazione appaltante e concorrente ma la situazione oggettiva di attestata inaffidabilità professionale del concorrente (Consiglio di Stato, sez. VI, 10 maggio 2007 n. 2245).

Ritiene il Collegio senz'altro preferibile tale seconda opzione interpretativa.

La disposizione come declinata impedisce di assimilare le ipotesi di grave negligenza e malafede di cui al primo periodo a quelle di errore grave di cui al periodo seguente, sia perché in parte sovrapponibili, sicché non avrebbe avuto senso ripetere lo stesso concetto se non in riferimento ad altra situazione fattuale; sia perché soltanto per le prime è previsto il limite della "esecuzione delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che gestisce la gara" a fronte della più ampia previsione che considera rilevante l'errore grave nell'esercizio della "attività professionale" dell'impresa senza alcuna limitazione (così Consiglio di Stato sez. V, 11 dicembre 2017, n.5818)

Coerente con questa lettura è altresì il dato testuale che consente l'accertamento dell'errore professionale "con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante", essendo un siffatto accertamento logicamente incompatibile con quei fatti che la stazione appaltante conosce perché commessi nei rapporti direttamente intrattenuti con l'impresa. A ciò si aggiunga che l'espressione grave errore professionale e l'ampiezza dei mezzi di accertamento non avrebbero avuto ragion d'essere se si fosse trattato semplicemente di prendere atto di precedenti provvedimenti adottati da altre stazioni appaltanti, in quanto sarebbe stata sufficiente l'imposizione di un obbligo dichiarativo, facilmente specificabile anche quanto all'oggetto, da limitarsi ai casi della risoluzione contrattuale per inadempimento o dell'adozione di provvedimenti sanzionatori (così ancora Consiglio di Stato sez. V, 11 dicembre 2017, n.5818).

Stando così le cose occorre delimitare il contenuto dell'obbligo dichiarativo posto a carico dei concorrenti in sede di gara, questione senza dubbio rilevante ai fini del presente giudizio.

Parte della giurisprudenza, in considerazione della sostenuta minor ampiezza dell'art. art. 38 comma 1 lett. f) rispetto all'art. 80 c. 5 lett. c) del vigente d.lgs. 50/2016, ha sostenuto l'estraneità da tale obbligo dei fatti contestati giudizialmente e comunque non definitivi (*ex multis* T.A.R. Puglia Lecce sez. I, 23 giugno 2016 n. 1021) anche al fine di evitare l'imposizione di obblighi informativi del tutto indeterminati.

Secondo altro orientamento, invece, il contenuto dei corrispondenti obblighi dichiarativi, posti a carico dei partecipanti alla gara, non diviene indeterminato, in quanto, pur estendendosi oltre i provvedimenti adottati formalmente da altre stazioni appaltanti, comprende eventi patologici comunque oggettivamente identificabili ed apprezzabili dalla stazione appaltante, abilitata ad avvalersi allo scopo di ogni mezzo di prova (Consiglio di Stato sez. V, 27 settembre 2017, n.4527; id. 11 dicembre 2017, n. 5818). Non è dunque fondata l'affermazione secondo cui il potere dell'art. 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163 del 2006, quando riferito a gravi errori commessi nel corso di precedenti rapporti con altre stazioni appaltanti, possa essere esercitato

solo sul presupposto dell'esistenza di un pregresso provvedimento definitivo di revoca, risoluzione, decadenza, sanzione, legato all'inadempimento e adottato dall'amministrazione di riferimento. Al contrario, la stazione appaltante può ritenere la sussistenza dei gravi errori professionali nell'attività pregressa esercitata dall'impresa, anche in mancanza di un accertamento definitivo dei precedenti rapporti da parte di altra amministrazione, purché il relativo provvedimento sia sorretto da adeguata motivazione ed indichi puntualmente le circostanze di fatto che supportano la valutazione espressa (così sempre Consiglio di Stato sez. V 11 dicembre 2017 n. 5818; cfr., tra le altre, già Consiglio di Stato, IV, 4 settembre 2013, n. 4455, nonché id., V, 4 aprile 2016, n. 1412).

Si pone in buona sostanza la necessità di un bilanciamento tra l'interesse dei concorrenti alla semplificazione e all'economicità del procedimento di gara (a non essere, in particolare, assoggettati ad una serie di adempimenti gravosi, anche sotto il profilo strettamente economico, come la prova documentale di stati e qualità personali, che potrebbero risultare inutili o ininfluenti) e quello pubblico, delle Amministrazioni appaltanti, di poter verificare con immediatezza e tempestività se ricorrono ipotesi oltre che di condanne per reati gravi che incidono sulla moralità professionale, di episodi di grave errore professionale, potendo così evitarsi ritardi e rallentamenti nello svolgimento della procedura ad evidenza pubblica di scelta del contraente, così realizzando quanto più celermente possibile l'interesse pubblico perseguito proprio con la gara d'appalto, così che la sola mancata dichiarazione dei precedenti penali o dei gravi errori professionali, indipendentemente da ogni giudizio sulla loro gravità, rende legittima l'esclusione dalla gara.

Ritiene il Collegio preferibile tale ultima opzione ermeneutica, per le seguenti ragioni.

La mancanza di tipizzazione, da parte dell'ordinamento, delle fattispecie a tale fine rilevanti, non comporta che i concorrenti dispongano di un filtro valutativo circa gli episodi di "errore grave" da far emergere in gara, e quindi di una loro facoltà di scelta dei fatti da denunciare [...] La gravità dell'evento, infatti, è ponderata dalla stazione appaltante, sicché l'operatore economico è tenuto a dichiarare lo stesso ed a rimettersi alla valutazione della stazione appaltante. Ne consegue che la mancata esternazione di un evento, anche se poi ritenuto non grave, comporta di norma, l'esclusione dalla gara specifica (cfr. Consiglio di Stato, n. 4051/2017). L'omissione di tale dichiarazione non consente, infatti, all'amministrazione di poter svolgere correttamente e completamente la valutazione di affidabilità professionale dell'impresa e fa assumere alla domanda di partecipazione, resa in sede di gara, la natura di dichiarazione non già incompleta, ma non veritiera e pertanto non sanabile con il soccorso istruttorio di cui all'art. 38 c. 2 bis del d.lgs. 163/06 (Consiglio di Stato, sez. V n. 27 settembre 2017 n. 4527; 4227/2017; 3652/2017; sez. III n. 2167/2017)» (Consiglio di Stato sez. III, 13 giugno 2018, n. 3628).

Ciò appare al Collegio coerente con il principio assolutamente pacifico affermato anche in vigore dell'art. 38 del d.lgs. 163/2006 in merito alla valenza espulsiva della mancata dichiarazione in sede di gara di tutte le condanne penali riportate dal concorrente ivi comprese quelle pacificamente non attinenti alla moralità professionale e dunque irrilevanti ai fini del giudizio di ammissione, non operando la pur sostenuta teoria del falso innocuo ed essendo impedito alla stazione appaltante di valutarne la gravità non potendo il concorrente sostituirsi

ad essa (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma sez. II, 6 marzo 2019, n.3024; Consiglio di Stato, sez. III, n. 4019 del 2016; id., sez. IV, n. 834 del 2016; id., sez. V, n. 4219 del 2016; id., n. 3402 del 2016; id., n. 1641 del 2016; id. sez. III, 29 maggio 2017 n. 2548; id sez. V, 28 settembre 2015 n. 4511; id. sez. III, 15 gennaio 2014 n. 123; id. sez. V, 27 novembre 2018, n. 6726).

D'altronde, restringere il contenuto dell'obbligo dichiarativo circa l'esistenza di un grave errore professionale priverebbe la stazione appaltante della conoscenza di elementi idonei nel giudizio di verifica del possesso dei requisiti morali, trattandosi di elementi che in quanto rientranti nella sola disponibilità del dichiarante - diversamente dalle condanne e dai procedimenti penali riportate nel casellario giudiziale - rimarrebbero del tutto ignoti fatta salva l'ipotesi della segnalazione operata da parte di altri concorrenti. Verrebbe così meno il rispetto dei principi di lealtà ed affidabilità professionale che presiedono ai rapporti dei concorrenti con la stazione appaltante con compromissione del rapporto fiduciario che deve intercorrere con quest'ultima a prescindere dalla gravità dell'errore professionale o dalla definitività o meno dell'accertamento (*ex multis* seppur in riferimento all'art. 80 del d.lgs. 50/2016 T.A.R. Piemonte sez. I, 20 dicembre 2018, n. 1359; Consiglio di Stato, sez. V, 27 luglio 2016, n. 3375; id. sez. V, 14 febbraio 2018, n. 956; T.A.R. Lombardia Brescia sez. II, 18 giugno 2018, n. 591).

Costituisce del resto un principio oramai del tutto pacifico che nelle procedure di evidenza pubblica, la completezza delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti generali, è, già di per sé, un valore da perseguire, laddove consente, anche in omaggio al principio di buon andamento dell'amministrazione e di proporzionalità, la celere decisione in ordine all'ammissione dell'operatore economico alla gara; conseguentemente, una dichiarazione inaffidabile, perché - al di là dell'elemento soggettivo sottostante - incompleta, deve ritenersi, in quanto tale, lesiva degli interessi tutelati dall'ordinamento in materia di procedure ad evidenza pubblica, a prescindere dal fatto che l'impresa meriti sostanzialmente di partecipare alla gara (*ex multis* T.A.R. Lazio Roma, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 732; Consiglio di Stato, sez. IV, 28 luglio 2017, n. 3765; id. sez. IV, 7 luglio 2016, n. 3014).

Risulta dunque irrilevante il tentativo operato dalla difesa di Teknoservice di dimostrare in via del tutto postuma il proprio corretto adempimento delle obbligazioni contrattuali con il Comune di Vico Gargano peraltro in antitesi con quanto accertato seppur non in definitiva dall'a.g.o., trattandosi di valutazioni tipicamente discrezionali riservate alla stazione appaltante (T.A.R., Lazio Roma, sez. III, 21 gennaio 2019, n. 732).

6.7. - Volendo poi estendere l'indagine anche al nuovo art. 80 comma 5 lett. c) del d.lgs. 50/2016 pur come più volte detto inapplicabile "*ratione temporis*" la prevalente giurisprudenza afferma che le informazioni dovute alla stazione appaltante comprendono ogni addebito subito in pregresse vicende professionali che possa rivelarsi utile all'amministrazione per valutare l'affidabilità e l'integrità dell'operatore economico e non solo, dunque, quelle informazioni che potrebbero dar luogo a provvedimenti espulsivi dalla procedura (Consiglio di Stato, sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142; id. sez. V, 25 luglio 2018, n. 4532; id. sez. V, 11 giugno 2018, n. 3592).

E' dunque rimesso alla stazione appaltante il potere di apprezzamento delle condotte dell'operatore economico che possono integrare un "grave illecito professionale", tale da

metterne in dubbio la sua integrità o affidabilità, anche oltre le ipotesi elencate nel medesimo articolo, si da comprendere gli inadempimenti contrattuali “*sub iudice*” (Consiglio di Stato sez. III, 27 dicembre 2018 n. 7231; id. sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299) a prescindere dalla definitività degli accertamenti giudiziali, e dunque, anche a fronte di una richiesta di rinvio a giudizio (T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 16 maggio 2019, n. 1120) ferma restando tuttavia la necessità di una congrua motivazione da parte della stazione appaltante circa l’inaffidabilità.

6.8. - Tale assunto è stato peraltro di recente confermato anche dal giudice comunitario, affermandosi che “l’articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico, assunta da un’amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione, impedisce all’amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d’appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull’affidabilità dell’operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce (Corte di giustizia dell’Unione europea, sezione IV, 19 giugno 2019, C-41/18 a seguito del rinvio pregiudiziale disposto dal T.A.R. per la Campania, sez. IV, ordinanza 13 dicembre 2017 n. 5893).

Secondo la Corte di Giustizia - in estrema sintesi - le cause di esclusione facoltative devono essere valutate secondo il principio di proporzionalità (art. 57, par. 4, della direttiva 2014/24/UE) ed il compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto appartiene alle amministrazioni aggiudicatrici e non a un giudice nazionale. Il richiamato art. 80 c. 5, lett c) non è idoneo a preservare l’effetto utile della previsione dell’art. 57, paragrafo 4, lettera c) o g), della direttiva n. 2014/24/UE poiché il potere discrezionale dell’amministrazione è paralizzato dalla proposizione di un ricorso contro la risoluzione di un precedente contratto d’appalto di cui l’offerente era firmatario “quand’anche il suo comportamento sia risultato tanto carente da giustificare tale risoluzione” (punto 38).

6.9. - Il motivo deve essere pertanto accolto, avendo Teknoservice omesso di dichiarare tale risoluzione contrattuale “*sub iudice*” rendendo così una dichiarazione falsa (o comunque gravemente incompleta), dal momento che da un punto di vista strutturale, anche l’omessa dichiarazione può concretare un’ipotesi di dichiarazione non veritiera laddove la mancata dichiarazione, in virtù della consapevolezza dell’omissione da parte del soggetto tenuto a renderla, sia idonea ad indurre in errore la stazione appaltante circa il possesso, da parte del dichiarante medesimo, dei requisiti di ordine generale di cui all’art. 38 comma 1 del medesimo decreto o, comunque, a precluderle una rappresentazione genuina e completa della realtà (Consiglio di Stato sez. V, 27 dicembre 2018, n.7271; T.A.R. Campania Napoli sez. VIII, 18 giugno 2018 n. 4015) sanzionata anche dall’art. 75 d.P.R. 445/2000 pacificamente applicabile in “*subiecta materia*” (ex multis Consiglio di Stato, sez. V , 15 marzo 2017, n. 1172) a prescindere da ogni valutazione circa la colpa del dichiarante, comportando “*ipso iure*” la decadenza dei benefici ottenuti con la dichiarazione *id est* l’ammissione alla gara.

Anche poi a non voler ricomprendere nelle dichiarazioni non veritiere le omissioni (Consiglio di



Stato, sez. V, 12 aprile 2019, n. 2407) la dichiarazione sarebbe comunque incompleta in violazione dell'esaminato principio di necessaria completezza della dichiarazione anche sulle irregolarità rilevanti in merito all'art. 38 comma 1 lett. f) d.lgs. 163/2006.

7. - Il primo motivo del ricorso incidentale invece non merita adesione.

Come anticipato la procedura in esame, quale concessione di servizi bandita in vigore del d.lgs. 163/2006, è soggetta ai soli principi del Codice appalti alla stregua di fattispecie esclusa ai sensi dell'art. 30 d.lgs. 163/2006.

Le modalità attraverso le quali i concorrenti, anche riuniti, avrebbero dovuto dimostrare il possesso dei requisiti di partecipazione risultavano rimesse all'autonomia discrezionale della stazione appaltante, che sul punto si è limitata a stabilire che “[i]n caso di soggetti di cui all'art. 34, comma 1, lett. d), e), ebis),f), D.Lgs. 163/2006, (raggruppamento temporaneo di imprese, consorzio ordinario, aggregazione di imprese aderenti al contratto di rete, GEIE): (...) I requisiti di capacità tecnica di cui alle lettere a), b), e), del presente paragrafo, possono essere posseduti cumulativamente dal raggruppamento/consorzio/aggregazione di imprese aderenti al contratto di rete/ GEIE)” (pag. 10 dell'Avviso di gara).

La *lex specialis*, quindi, non prescriveva in alcun modo una percentuale minima di requisito che dovesse essere posseduta da ciascun concorrente in Raggruppamento, ritenendo sufficiente il possesso cumulativo dei requisiti in questione in capo all'RTI nel suo complesso.

Tale condizione risulta sicuramente soddisfatta dall'RTI Teknoservice/Stirano, tanto è vero che la stessa Sogepu nulla contesta sul punto, e ciò consente di superare qualsiasi dubbio circa la legittima partecipazione di tale Raggruppamento alla gara.

Anche poi ove si volesse ipotizzare un'applicazione integrale del Codice appalti rispetto alla gara impugnata, avendo essa ad oggetto l'affidamento di servizi e non di lavori, il risultato non sarebbe diverso secondo una corretta interpretazione dei commi 4 e 13 del Codice Appalti.

Per tali appalti infatti, quando, non è “richiesta dalla *lex specialis* la corrispondenza tra le quote di qualificazione e quelle di esecuzione (in quanto i requisiti di capacità tecnica erano previsti per l'intero raggruppamento, senza alcuna distinzione in relazione ai componenti), “in mancanza di una specifica previsione contenuta nella *lex specialis*, e in assenza di una norma imperativa con valenza eterointegrativa, non poteva disporsi l'esclusione della concorrente” (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. III, sentenza 21 gennaio 2019, n. 491).

E' evidente, pertanto, che in assenza di una specifica prescrizione della *lex specialis* circa la rigida corrispondenza tra quote di qualificazione e quote di esecuzione – visto che l'Avviso consentiva il possesso cumulativo dei requisiti di cui al punto III.2.3 lett. b) – in nessun caso l'AURI avrebbe potuto escludere sotto tal profilo l'RTI Teknoservice/Stirano dalla gara.

8. - Parimenti infondato è il terzo motivo.

L'avviso di gara al punto III.2.3) Capacità tecnica lettera c) prevede che il partecipante debba:

“c) avere un numero di tecnici ed organi tecnici, in particolare di quelli incaricati dei controlli di qualità, specificando se facenti direttamente capo o meno al concorrente, non inferiore a : n.1 direttore tecnico laureato con almeno cinque anni di esperienza; n. 1 tecnico addetto alla gestione del servizio qualità con esperienza triennale; n. 1 tecnico addetto al servizio di prevenzione e sicurezza con esperienza triennale.”

La legge di gara prevede inoltre: “In caso di soggetti di cui all’art. 34, comma 1, lett. d), e), e-bis), f), D.Lgs. 163/2006, (raggruppamento temporaneo di imprese, consorzio ordinario, aggregazione di imprese aderenti al contratto di rete, GEIE: devono essere posseduti individualmente, da ciascuna impresa raggruppata/consorziata/aggregata;”

In fase di comprova del requisito Teknoservice ha trasmesso alla stazione appaltante i *curricula vitae* dell’Ing. Lorenzo Bellini, del geom. Benedetto Nicola e dell’Ing. Calvetto.

Non avendo la legge di gara richiesto sul punto delle specifiche modalità di comprova del requisito indicato dai concorrenti in sede di prequalifica, tali referenze curriculari risultano aver comprovato quanto meno in tal fase il possesso del requisito, risultando peraltro del tutto irrilevante l’erronea indicazione del titolo di ingegnere in capo al geologo Bellini nella domanda di prequalifica posto che la *lex specialis* non ha affatto richiesto tale titolo di studio.

9. - Per i suesposti motivi il ricorso incidentale è fondato e va accolto, con l’effetto dell’annullamento dell’atto di ammissione di Teknoservice dalla gara, rimanendo assorbiti i rimanenti motivi di gravame.

10. - Venendo all’esame, come detto necessario, del ricorso principale di Teknoservice, benchè esclusa dalla gara, esso è fondato e merita accoglimento.

11. - Preliminarmente deve essere esaminata l’eccezione di irricevibilità sollevata dall’AURI e dalla Sogepu secondo cui alla gara di che trattasi, benchè indetta in vigenza del previgente d.lgs. 163/2006, sarebbe ugualmente applicabile il rito c.d. super speciale di cui all’art. 120 c. 2 bis c.p.a. quale - in sintesi - norma processuale applicabile anche ai giudizi pendenti alla data di entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, laddove come nel caso di specie la stazione appaltante abbia effettuato le prescritte pubblicazioni e comunicazioni dei concorrenti ammessi ed esclusi.

Non ritiene il Collegio di poter seguire tale assunto, del tutto isolato in giurisprudenza come del resto ne sono ben consapevoli gli stessi difensori delle parti.

Tale disciplina processuale, infatti, non si applica alla odierna vicenda concorsuale, che si è svolta nel vigore del d.lgs. n. 163/2006, laddove «Il rito super accelerato previsto dal comma 2 bis dell’art. 120 c.p.a. è applicabile solo alle gare la cui disciplina è soggetta al nuovo codice dei contratti pubblici» (Consiglio di Stato sez. V, 5 marzo 2018, n. 1347).

Si è altresì chiarito che non è applicabile il rito specialissimo quando “la procedura di affidamento [sia] stata indetta prima dell’entrata in vigore dei citati comma 2-bis e 6-bis dell’art. 120 (introdotti dal nuovo codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18

aprile 2016, n. 50), per cui il rito “super-speciale” di cui alle citate disposizioni è inapplicabile “*ratione temporis*” oltre che, come rilevato in precedenza, “*ratione materiae*” (in questo senso: Consiglio di Stato., sez. III, 27 ottobre 2016, n. 4528; id., 25 novembre 2016, nn. 4994 e 4995; id., sez., V, 5 marzo 2018, n. 1347)» (Consiglio di Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2161).

A ciò può aggiungersi che l'esaminata tesi estensiva circa l'ambito di applicazione del rito in esame (per altro oggi abrogato per effetto del decreto legge 18 aprile 2019 n. 32 “sblocca cantieri”) sarebbe oltremodo penalizzante per il diritto di difesa costituzionalmente garantito, trattandosi di rito del tutto eccezionale, di dubbia costituzionalità (in riferimento agli artt. 3, 24, 103, 111, 113, 117 Cost.) e compatibile con la direttiva ricorsi 89/665/CEE soltanto “a condizione che i provvedimenti in tal modo comunicati siano accompagnati da una relazione dei motivi pertinenti tale da garantire che detti interessati siano venuti o potessero venire a conoscenza della violazione del diritto dell'Unione dagli stessi lamentata” (Corte giustizia UE sez. IV, 14 febbraio 2019, n.54) non essendo sufficiente la mera informazione circa l'elenco dei concorrenti ammessi o esclusi.

11.1. - Conclusivamente l'eccezione è priva di pregio e deve essere respinta.

12. - Nel merito il ricorso principale è fondato e va accolto.

12.1. - Quanto alla mancata esclusione del raggruppamento temporaneo capeggiato da Sogepu, lamenta Teknoservice l'omessa dichiarazione da parte della capogruppo e della mandante Segenu (poi estromessa) della pendenza a carico di quest'ultima di azione erariale promossa dalla Procura regionale della Corte dei conti per danno erariale cagionato al Comune di Torre del Greco, azione poi sfociata successivamente alla presentazione dell'offerta in condanna in primo grado (sentenza n. 1500 del 20 novembre 2014) confermata in appello (sentenza n. 135 del 26 aprile 2017) per la somma di 202.909,45 euro.

In punto di fatto va evidenziato che il 6 agosto 2015 la mandante Gesenu ha rilasciato in sede di prequalifica la dichiarazione sostitutiva “che non è stata commessa grave negligenza o malafede nell'esecuzione di lavori affidati dalla stazione appaltante e di non aver commesso errore grave nell'esercizio della sua attività professionale”.

Secondo le difese della Sogepu e dell'AURI anche in questo caso si sarebbe in presenza di condotte non rientranti nel concetto di “errore grave nell'esercizio dell'attività professionale” di cui all'art. 38 c. 1, lett. f) d.lgs. 163/2006, il cui contenuto sarebbe molto meno ampio rispetto alla disciplina di cui all'art. 80 c. 5 lett. c) del vigente Codice contratti pubblici.

Richiamando quanto già osservato in merito all'esame del ricorso incidentale in punto di delimitazione di tale concetto e del corrispondente obbligo dichiarativo a carico del concorrente, non può il Collegio condividere tale assunto.

Se infatti con la dichiarazione da rendere ai sensi del citato comma 1 lett. f) ogni concorrente deve informare la stazione appaltante in merito alla sussistenza di ogni fatto potenzialmente idoneo a comprometterne l'affidabilità, a prescindere dal grado di gravità dell'errore

professionale e della negligenza, nel caso di specie l'azione di danno erariale esercitata dalla Procura regionale della Corte dei conti per prolungata omissione della raccolta differenziata e dunque per il medesimo settore professionale oggetto della concessione di che trattasi, appare senz'altro rientrare nell'ampio concetto di "errore professionale".

E' infatti irrilevante - a differenza di quanto pur diffusamente argomentato dalla difesa di Sogepu - la circostanza dell'inerenza della responsabilità per danno erariale al rapporto organizzativo e di servizio tra il titolare del servizio pubblico ed il gestore, diversamente dalla responsabilità civile laddove viene in rilievo il rapporto tra impresa e committente.

Non diversamente dalle vicende inerenti l'inadempimento del contratto sfocianti in risoluzione stragiudiziale o di applicazione di penali, anche l'esercizio dell'azione per danno erariale può essere legata all'inadempimento dell'impresa dei propri doveri professionali nella fattispecie del contratto di servizio, si da rientrate nel concetto di "errore grave" di cui al citato comma 1 lett. f). Posto che la responsabilità amministrativa contabile ha natura oltre che sanzionatoria-preventiva anche e soprattutto risarcitoria (Corte Costituzionale 20 novembre 1998 n. 371) l'illecito amministrativo in questione viene in rilievo quale inadempimento di obblighi di gestione posti nei confronti di un concessionario di pubblico servizio.

Nel caso di specie, in particolare, è evidente l'inerenza della condotta oggetto dell'azione erariale al medesimo servizio oggetto della concessione per cui è causa, si che appare contrario ai doveri di lealtà ed affidabilità professionale che presiedono ai rapporti dei concorrenti con la stazione appaltante ometterne menzione in sede di dichiarazione circa il possesso dei requisiti morali di cui al citato art. 38.

Appare infine del tutto irrilevante la circostanza evidenziata dalla difesa dell'AURI della emissione della sentenza di condanna erariale di primo grado in epoca successiva all'estromissione dal raggruppamento della mandante Gesenu.

In disparte poi la mancata esclusione per dichiarazione non veritiera o comunque incompleta, l'ammissione del raggruppamento Sogepu è viziata anche dalla mancata valutazione da parte dell'AURI di tale circostanza, specificatamente segnalata dal rappresentante di Teknoservice nella seduta di gara del 17 ottobre 2018, nulla risultando dai verbali di gara, mentre a fronte di tale segnalazione la stazione appaltante avrebbe dovuto motivare la non rilevanza ai fini dell'affidabilità professionale della mandante Segenu.

13. - Il terzo motivo del gravame principale è parimenti fondato.

13.1. - In punto di fatto la capogruppo Sogepu e la mandante Sei Toscana, poi estromessa dal raggruppamento nel giugno 2018, hanno autocertificato in sede di ammissione alla gara (agosto 2015) il possesso di tutti i requisiti generali, impegnandosi come richiesto dalla *lex specialis* "a comunicare alla stazione appaltante ogni variazione relativa ai requisiti ed ai dati forniti" (pag. 14 dell'Avviso pubblico).

SEI Toscana (nella persona del Presidente del Consiglio di Amministrazione e del Direttore Generale ed amministratore delegato) è stata interessata dall'applicazione di misure restrittive

della libertà personale con ordinanza emessa il 15 novembre 2016 dal Gip presso il Tribunale di Firenze, confermata dal Tribunale del Riesame di Firenze il 30 novembre 2016. Ciò ha determinato anche l'adozione da parte del Prefetto di Siena delle misure straordinarie interdittive ai sensi dell'art. 32 c. 1 lett. b) del d.L. 90/2014 su proposta dell'ANAC. Alla base dei suesposti provvedimenti si è verificata l'esistenza di un sistema illecito volto a favorire Sei Toscana attraverso accordi collusivi e illecite commistioni tra controllori e controllati con turbative di gare.

Tali episodi, peraltro connotati da indubbia gravità, non sono stati portati all'attenzione della stazione appaltante dalla mandante e dalla capogruppo solamente nella seduta del 5 settembre 2018.

Anche le vicende poste alla base dei provvedimenti in base ai quali si sono disposte le misure cautelari - diversamente da quanto sostenuto dall'AURI - sono qualificabili in termini di "errore professionale" ex art. 38, comma 1, lett. f), del d.lgs. n. 163/2006: la giurisprudenza amministrativa «qualifica i verbali degli interrogatori e l'ordinanza del 31 maggio 2017 del G.I.P. come mezzi di prova adeguati e attendibili ai fini dell'accertamento dell'errore professionale di cui all'articolo 38, comma 1, lett. f), d.lgs. n. 163/2006. Infatti, gli elementi rilevanti ai fini dell'operatività della citata norma possono essere desunti anche da fatti oggetto di un procedimento penale» (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 30 gennaio 2018, n. 1092; Consiglio di Stato, Sez. V, 27 febbraio 2019, n. 1367)

Si è, infatti, chiarito come «aderire alla prospettazione delle parti resistenti, che ritengono irrilevante il provvedimento interdittivo, poiché adottato dall'Autorità giudiziaria penale e non da una stazione appaltante in seno ad una contestazione civilistica, condurrebbe al paradosso di attribuire valenza espulsiva agli illeciti professionali che abbiano determinato sanzioni negoziali, escludendola, invece, per quelli che sfociano in provvedimenti di rilevanza penale (evidentemente ben più gravi), con evidente violazione dei principi di coerenza dell'ordinamento, proporzionalità e ragionevolezza (in tal senso v. Consiglio di Stato n. 4192/2017)» (T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 19 aprile 2018, n. 593).

Già in passato, del resto, si è sostenuto che «ben poteva la stazione appaltante porre a base della valutazione della sussistenza dell'elemento fiduciario effettuata nell'anno 2011 fatti emersi dalla conoscenza del giudizio penale, anche se non ancora oggetto di pronuncia passata in giudicato» (Consiglio di Stato sez. V, 20 novembre 2015, n. 5299; in termini id. sez. VI, 2 gennaio 2017, n. 1; id., sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1907).

A prescindere dunque da quel che poteva essere la valutazione della stazione appaltante in ordine alla idoneità espulsiva di tale errore professionale, rimane indubitabile la sussistenza al riguardo di un preciso onere dichiarativo, puntualmente nella fattispecie violato, si da concretare la sussistenza di un'autonoma fattispecie di esclusione anche ai sensi dell'art. 75 d.P.R. 445/2000. A carico delle imprese di un raggruppamento temporaneo sussiste infatti l'obbligo di generale e tempestiva comunicazione alla stazione appaltante delle vicende relative ai componenti che possono incidere sulla partecipazione alla gara (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 28 agosto 2017, n. 4086; id. sez. V, 2 marzo 2015, n. 986).

Giova evidenziare come ai sensi della determinazione AURI n. 70 del 23 dicembre 2015 la stazione appaltante ha deciso di anticipare la verifica di tutti i requisiti di capacità generale già in fase di prequalifica al fine di evitare la partecipazione di imprese che mai potrebbero giungere alla stipulazione del contratto, richiamandosi anche al principio di continuità del possesso di tali requisiti affermato dalla giurisprudenza e dall'ANAC e disapplicando motivatamente sul punto la *lex specialis* trattandosi di modifiche procedurali meramente formali. A ciò va aggiunto che l'Avviso pubblico (pag. 14) ha altresì imposto alle imprese partecipanti "di impegnarsi a comunicare tempestivamente le variazioni relative ai requisiti e ai dati forniti in sede di presentazione della domanda di partecipazione".

13.2. - Non merita invece adesione il primo motivo circa la tardiva comunicazione da parte della Sogepu dell'interdittiva che ha colpito la mandante Gesenu nell'ottobre del 2016 ovvero nella fase di prequalifica, estromessa dal raggruppamento il 4 luglio 2016.

Posto che come detto a carico delle imprese di un raggruppamento temporaneo sussiste l'obbligo di generale e tempestiva comunicazione alla stazione appaltante delle vicende relative ai componenti che possono incidere sulla partecipazione alla gara, nel caso di specie da una parte la capogruppo Sogepu ha comunicato all'AURI l'intervenuta interdittiva il 9 settembre 2016 non appena avutane conoscenza mentre dall'altra l'AURI ha acquisito la notizia dell'esistenza di tale misura ben prima ovvero il 5 novembre 2015 pochi giorni dopo la sua adozione (vedi determinazione n. 70/2015) sì che nessun pregiudizio è derivato alla stazione appaltante, la quale ha sicuramente potuto effettuare tutte le verifiche del caso al fine di scongiurare la violazione del divieto di elusione, in corso di gara, della mancanza di un requisito di partecipazione.

14. - Quanto alla mancata esclusione del raggruppamento secondo classificato Diodoro Ecologia è fondato il quarto motivo di gravame.

La Diodoro Ecologia pur dichiarando nella fase di prequalifica di avvalersi del requisito di cui al punto III.2.3 capacità tecnica lettera d) posseduto dall'ausiliaria Global Services Coop non ha allegato alla domanda di ammissione il contratto di avvalimento, depositandolo soltanto in esito al soccorso istruttorio disposto dall'AURI con contratto in forma di scrittura privata recante data antecedente il termine di presentazione delle domande, corrispondendo la sanzione di 50.000,00 euro contemplata dall'art. 38 c. 2 bis del d.lgs. 163/2006.

L'Avviso con riferimento alla fase di prequalifica ha richiamato il disposto di cui all'art. 49 del d.lgs. 163/2006 sì che il RUP ha avviato il soccorso istruttorio di cui all'art. 38 c. 2-bis d.lgs. 163/2006 per l'integrazione della documentazione mancante.

Anche nella fase di prequalifica era dunque dovuta la verifica dei requisiti diversamente da quanto sostenuto da Diodoro Ecologia s.r.l. specie alla luce della più volte richiamata determinazione dirigenziale AURI n. 70 del 23 dicembre 2015, in coerenza con il principio più volte affermato dalla giurisprudenza di continuità col possesso dei requisiti, fermo restando la permanenza dei medesimi anche nelle fasi successive (*ex multis* Consiglio di Stato sez. V, 3 settembre 2018, n. 5142; T.A.R. Friuli Venezia Giulia 26 ottobre 2015, n. 465).

Ciò premesso, va rilevato come la giurisprudenza sia del tutto pacifica nell'escludere il soccorso istruttorio sul contratto di avvalimento, sia nel caso di radicale mancata allegazione alla domanda di partecipazione sia nell'ipotesi di indeterminatezza dell'oggetto.

Già in riferimento all'art.49 del d.lgs. 163/2006 la carenza del contratto di avvalimento non è emendabile mediante il ricorso al c.d. "soccorso istruttorio" giacché quest'ultimo è volto solo a chiarire e a completare dichiarazioni o documenti comunque idonei e non può essere invocato qualora, in sede di gara, sia accertata la sostanziale inutilizzabilità di un requisito essenziale per la partecipazione (*ex multis* T.A.R. Lazio Latina, sez. I, 23 febbraio 2017, n.111; Consiglio di Stato, Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, T.A.R. Toscana sez. I, 7 novembre 2016, n. 1591).

Più di recente il giudice d'appello ha ribadito che in sede di gara pubblica, le riscontrate lacune dei contratti di avvalimento non possono essere colmate mediante il soccorso istruttorio, dovendo i contratti, necessari per consentire la partecipazione alla gara, essere validi fin dal principio, con conseguente impossibilità di apportarvi integrazioni postume (così Consiglio di Stato sez. V, 30 marzo 2017, n.1456; cfr. id. sez. III, 29 gennaio 2016, n. 346; id., 22 gennaio 2014, n. 294) riformando sul punto la sentenza 2 gennaio 2017 n. 19 resa dall'adito Tribunale Amministrativo che aveva (erroneamente) ritenuto la possibilità di integrazione dell'indeterminatezza dell'oggetto contrattuale, attraverso il rinvio alle dichiarazioni sostitutive rese dai rappresentati delle imprese ausiliarie ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. c) e d), del D. Lgs. 12/4/2006, n. 163.

L'ammissione della Diodoro è poi illegittima anche sotto altro profilo. Infatti anche a voler ammettere per l'ipotesi di mancanza del contratto di avvalimento o di sua indeterminatezza il soccorso istruttorio, Diodoro Ecologia avrebbe dovuto depositare il contratto con scrittura avente data certa ai sensi dell'art. 2704 c.c., essendo altrimenti evidente il rischio di retrodatazione del perfezionamento del contratto in data antecedente alla data di presentazione delle offerte (T.A.R. Veneto sez. I, 28 dicembre 2018, n. 1217).

E' vero che l'art. 49 del d.lgs. 163/2006 non prescrive alcuna specifica forma del contratto di avvalimento, essendo sufficiente la forma scritta (Consiglio di Stato Adunanza Plenaria 4 novembre 2016, n. 23) la quale può essere assolta sia con la tradizionale scrittura privata sia attraverso l'uso del documento informatico (Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd, 19 febbraio 2016, n. 52) ma tale disposizione è riferita alla allegazione del contratto alla domanda di partecipazione alla gara e non alla produzione postuma in sede di soccorso istruttorio.

In conclusione, ove si ammetta il soccorso istruttorio in ipotesi di mancata allegazione alla documentazione di gara del contratto di avvalimento, detto contratto deve essere depositato con formalità idonea ex art. 2704 c.c. a comprovare alla stazione appaltante ed ai concorrenti l'anteriorità del perfezionamento in data antecedente il termine di presentazione delle domande di partecipazione e/o delle offerte, essendo altrimenti evidente l'elusione della regola del possesso dei requisiti di ammissione entro e non oltre la suddetta data, fondamentale in ogni procedura di tipo concorsuale.

Nessuna rilevanza d'altronde può avere sul punto la determinazione dell'ANAC n. 1 dell'8 gennaio 2015 richiamata dalla difesa dell'AURI - la quale effettivamente abbraccia una

concezione del soccorso istruttorio molto più ampia - in quanto mero opinamento reso in costanza del previgente Codice che come noto in nessun caso attribuiva poteri interpretativi vincolanti o “*lato sensu*” normativi a detta Autorità di settore.

14.1. - Il motivo è dunque fondato.

15. - Merita positiva considerazione anche il quinto motivo consistente nella mancata esclusione per la mancata dichiarazione della risoluzione in danno riportata il 5 agosto 2011 dal Comune di Sacrofano avente ad oggetto l'affidamento del servizio di igiene urbana, trattandosi anche in questo caso di episodio che avrebbe dovuto essere dichiarato agli atti di gara, al pari di tutti i provvedimenti che portino all'interruzione del rapporto in essere tra un operatore economico ed una stazione appaltante, non importando che si tratti provvedimenti di risoluzione contrattuale, di decadenza dall'aggiudicazione, o di provvedimenti aventi altro nome (Consiglio di Stato, sez. V, 22 ottobre 2015, n. 4870; id. sez. V, 3 febbraio 2016, n. 404; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II Bis, 16 gennaio 2015, n. 690).

Diversamente da quanto sostenuto dall'AURI, poi, non è applicabile “*ratione temporis*” il termine temporale di rilevanza di tre anni, decorrente dalla data del fatto, per la configurabilità dell'errore professionale oggi contemplato dall'art. 57 c. 7 direttiva 2014/24/UE (*ex multis* T.A.R. Puglia Lecce 11 dicembre 2018 n. 1664) non figurando all'evidenza tale limite nel testo dell'art. 38 del Codice contratti del 2006.

Potrebbe discutersi della rispondenza della norma al principio comunitario di proporzionalità in tema di cause di esclusione facoltative anche alla luce della recente richiamata pronuncia della Corte di Giustizia (sezione IV, 19 giugno 2019, C-41/18) come detto però resa a confronto di una diversa normativa interna e comunitaria di riferimento ovvero l'art. 80 c. 5, lett. c) del d.lgs. 50/2016 e la direttiva comunitaria 2004/18.

Quanto alle condanne penali da dichiarare, ai sensi del richiamato art. 38, nessuno ha però mai dubitato della necessaria omnicomprensività della dichiarazione da rendere in sede di gara nel senso della ricomprensione di tutte le condanne riportate (sempreché per le stesse non sia già intervenuta una formale riabilitazione) anche se attinenti a reati diversi da quelli contemplati nell'art. 38, comma 1, lett. c) d.lgs. n. 50 del 2016 (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 12 marzo 2019, n. 1644; id. sez. V, 10 gennaio 2019, n. 234) valendo anche in questo caso il principio per cui non può ammettersi che l'individuazione e la selezione delle condotte idonee ad incidere sulla moralità professionale sia rimessa alla valutazione dello stesso concorrente/dichiarante, in tal modo impedendo alla stazione appaltante di valutare la concreta incidenza della singola condanna sulla complessiva moralità professionale dell'interessato. Vanno dunque dichiarate anche le condanne risalenti nel tempo spettando all'Amministrazione la valutazione di incidenza nell'ambito del giudizio discrezionale di attinenza alla moralità professionale (*ex multis* T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 19 dicembre 2016, n. 12606).

D'altronde lo stesso giudice comunitario - come visto - ha di recente evidenziato la riserva in capo alle amministrazioni aggiudicatrici del compito di valutare se un operatore economico debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione, riserva che verrebbe elusa ove



esse non disponessero di tutte le informazioni necessarie specie in mancanza di banche dati ufficiali consultabili.

16. - Alla luce delle suesposte considerazioni il ricorso principale Rg. 447/2019 di Teknoservice va accolto con l'effetto dell'annullamento dell'ammissione dei raggruppamenti capeggiati da Sogepu e da Diodoro Ecologia e della conseguente aggiudicazione in favore di Sogepu. Restano assorbiti i motivi dedotti in via subordinata.

17. - L'accoglimento del ricorso principale Rg 447/2019 e del ricorso incidentale determina il sopravvenuto difetto di interesse alla decisione del riunito ricorso Rg. 434/2019 e del corrispondente ricorso incidentale, risultando sia Diodoro Ecologia che Sogepu, alla pari di Teknoservice, escluse dalla gara e dunque prive di interesse e/o legittimazione (*ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n. 1540) ed essendo in ogni caso l'aggiudicazione gravata con tale ricorso già annullata.

18. - Sussistono giusti motivi ai sensi dell'art. 26 c.p.a. per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite attesa, oltre la soccombenza reciproca, l'obiettiva complessità delle questioni esaminate oggetto dei descritti contrasti giurisprudenziali.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Umbria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi previa riunione come in epigrafe proposti, così decide:

quanto al ricorso Rg. 447/2019

a) accoglie il ricorso incidentale proposto da Sogepu e per l'effetto annulla l'ammissione di Teknoservice dalla gara;

b) accoglie il ricorso principale e per l'effetto annulla l'aggiudicazione definitiva nonché l'ammissione di Sogepu e Diodoro Ecologia dalla gara;

quanto al ricorso Rg. 434/2019

c) dichiara improcedibili per sopravvenuto difetto di interesse il ricorso principale ed il ricorso incidentale;

Spese compensate

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

Così deciso in Perugia nella camera di consiglio del giorno 24 settembre 2019.

