

N. 02051/2015REG.PROV.COLL.

N. 10594/2014 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 10594 del 2014, proposto da:

Consorzio Stabile Trasporti Diversamente Abili – “TRA.D.A.”, rappresentato e difeso dagli avv.ti Sante Nardelli e Giovanni Vittorio Nardelli, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, 2;

contro

Azienda Sanitaria Locale di Lecce, rappresentata e difesa dall'avv. Giovanna Corrente, con domicilio eletto presso Alfredo Placidi in Roma, Via Cosseria, 2;

nei confronti di

Tundo Vincenzo S.r.l., rappresentata e difesa dall'avv. Saverio Sticchi Damiani, con domicilio eletto presso Saverio Sticchi Damiani in Roma, piazza San Lorenzo in Lucina, 26 – anche appellante incidentale;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. PUGLIA - SEZ. STACCATA DI LECCE, SEZIONE II, n. 02274/2014, resa tra le parti, concernente affidamento del servizio di trasporto e accompagnamento all'interno della rete dei servizi sanitari della ASL di Lecce per finalità sanitarie e socio sanitarie - ris.danni;

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Azienda Sanitaria Locale Lecce e di Tundo Vincenzo S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 marzo 2015 il Cons. Pierfrancesco Ungari e uditi per le parti gli avvocati Nardelli Giovanni Vittorio, Corrente e Sticchi Damiani;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Si controverte sull'esito della procedura aperta indetta dalla ASL di Lecce con deliberazione n. 751 in data 6 maggio 2013, per l'affidamento, per sei anni, del servizio di trasporto e accompagnamento all'interno della rete dei servizi sanitari della ASL per finalità sanitarie e socio sanitarie.

2. L'odierno appellante Consorzio stabile Trasporti Diversamente Abili - TRA.D.A. (d'ora in poi, Consorzio) è stato escluso dalla Commissione in data 31 luglio 2013, per mancanza dei requisiti tecnico-organizzativi prescritti dagli artt. 13 e 14 del capitolato speciale.

Al riguardo, giova fin d'ora precisare, per quanto interessa la controversia, che:

(a) - l'art. 13 del capitolato ("caratteristiche degli automezzi") richiedeva 49 automezzi, di cui 29 autovetture da 5 posti, 10 autovetture da 5 posti "(con possibilità di carico di una carrozzina con diminuzione del numero di posti totali)" e altre 10 da 9 posti "con possibilità di trasporto di utenti in carrozzina o di utenti con lettiga"; richiedeva altresì che gli automezzi avessero "al massimo tre anni di anzianità alla data di inizio della convenzione", e una determinata dotazione minima comprendente, tra l'altro, il "dispositivo di carico della carrozzella elettrico e possibilità di utilizzo meccanico-manuale, in caso di rottura del dispositivo elettrico, pedana con misure minime 110 x 80 e capacità minima di carico 300 Kg" e "n. 9 lettighe per le autovetture da 9 posti, omologate";

(b) - l'art. 14 ("utilizzo degli autoveicoli") prevedeva la dimostrazione di avere gli automezzi all'atto di presentazione dell'offerta, ma poi, alternativamente, richiedeva la dimostrazione di avere già almeno 25 automezzi, di cui 15 da 5 posti, nonché 5 da 5 e 5 da 9 con le caratteristiche sopra specificate, mentre per i restanti 24 automezzi dava ai concorrenti la possibilità di limitarsi a dichiarare "di impegnarsi ad acquisire la disponibilità giuridica (acquisto, locazione finanziaria, ecc) ... con la consegna prevista compatibile con la data fissata per l'inizio del servizio", e di presentare i relativi contratti al momento dell'aggiudicazione (fatto salvo, in caso di ritardi nella consegna degli automezzi, un ulteriore periodo di proroga di 90 giorni dall'inizio del servizio di trasporto, nel quale sarebbe stato possibile utilizzare altri automezzi, anche se non soddisfacevano il requisito dell'anzianità massima triennale).

3. Il Consorzio ha impugnato dinanzi al TAR Puglia l'esclusione, e, con motivi aggiunti, l'aggiudicazione, disposta mediante delibera n. 95 in data 23 gennaio 2014, in favore dell'unico altro concorrente ammesso, la Tundo Vincenzo S.r.l. (d'ora in poi, Tundo).

4. Il TAR Puglia, con la sentenza appellata (Lecce, II, n. 2274/2014), ha respinto il ricorso del Consorzio e dichiarato improcedibile il ricorso incidentale della controinteressata Tundo.

4.1. Il TAR ha rilevato che l'esclusione risultava legittimamente disposta, difettando l'offerta della ricorrente di requisiti richiesti a pena di esclusione, come espressamente indicato dal disciplinare e dai moduli di dichiarazione, in quanto:

(a) - la ricorrente dichiarava: "di avere la disponibilità di n. 55 veicoli necessari allo svolgimento del servizio (come da copie delle carte di circolazione allegate), di cui n. 25 in proprietà delle Consorziato e n. 29 autovetture con ordine di acquisto condizionato all'aggiudicazione della gara", e, inoltre, si impegnava "all'acquisto con la consegna come previsto nel capitolato di gara per la data di inizio del servizio";

(b) – le vetture rispetto alle quali il Consorzio dichiarava, pur non essendone titolare, di avere la disponibilità, risultavano di proprietà della Fiat Group Automobiles s.p.a., e il Consorzio non forniva concreta dimostrazione dell'esistenza e dei contenuti dell'ordine di acquisto condizionato cui pure faceva, genericamente, riferimento (sicché, a dire del TAR, le medesime potevano al più considerarsi ai fini dell'impegno di acquisizione, consentito dall'art. 14 del capitolato);

(c) - delle 25 vetture in proprietà delle imprese consorziate, quattro risultavano immatricolate nel 2008 e, dunque, aventi un'anzianità certamente superiore ai tre anni fissati dall'art. 13 del capitolato;

(d) -esse, inoltre, non rispettavano le tipologie indicate nell'art. 13, trattandosi di 24 vetture da 9 posti e di 1 vettura da 5 posti;

(e) - ancora, la verifica dei libretti di circolazione non evidenziava la possibilità del trasporto con lettiga (ai differenza di quanto risultava dai documenti dei veicoli presentati dalla controinteressata), possibilità che, peraltro, neppure era concretamente dimostrata in altro modo.

4.2. Conseguentemente, richiamando i principi sanciti dall'Adunanza Plenaria n. 9/2014, il TAR ha ritenuto la mancanza di legittimazione e di interesse ad agire riguardo ai residui motivi volti all'esclusione della società Tundo e quindi alla rinnovazione della gara, posto che “nel giudizio di primo grado avente ad oggetto procedure di gara, sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale -estromesso per atto dell'Amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale- ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale”, e che la “descritta situazione non è in alcun modo configurabile nel caso in esame, attesa la diversa natura delle doglianze formulate dalle parti”.

5. Nell'appello, il Consorzio, nell'ordine:

(I) – contesta l'applicazione che il TAR ha fatto dei principi affermati dall'Adunanza Plenaria in tema di rapporti tra impugnazione principale ed incidentale, sostenendo che il TAR, in presenza del requisito della c.d. simmetria escludente, avrebbe dovuto esaminare anche le proprie censure, in quanto afferenti alla medesima fase procedimentale cui si riferiscono quelle della ricorrente principale;

(II) – ripropone pertanto i motivi non esaminati dal TAR, incentrati: sulla confusione nella *lex specialis* tra requisiti di partecipazione ed elementi di valutazione dell'offerta, in violazione degli artt. 83 e 42 del Codice dei contratti pubblici; sull'omessa presentazione, da parte di Tundo, delle dichiarazioni ai sensi dell'art. 38 del Codice, nei confronti degli amministratori, del direttore tecnico e del socio di maggioranza che hanno operato per la C.S.S.A. s.c. a r.l. (il cui ramo di azienda è stato acquistato dalla Tundo entro l'anno antecedente la data di pubblicazione del bando); sull'esistenza di un'anomalia, tra i requisiti tecnici richiesti dal capitolato (come interpretati dalla Commissione), non essendo prevista dalla normativa vigente la possibilità di immatricolare un veicolo con 9 posti per trasporto utenti in lettiga;

(III) – censura poi il rigetto in primo grado dei motivi volti a contestare la propria esclusione, riproponendoli, integrati da considerazioni critiche alla sentenza.

6. La Tundo controdeduce sui motivi di appello e ripropone, mediante appello incidentale, le censure del ricorso incidentale dichiarate improcedibili dal TAR per difetto di interesse.

7. La stazione appaltante controdeduce sull'appello principale, anche eccependo:

(a) – l'inammissibilità dell'appello, in quanto, a fronte della mancanza dei requisiti di partecipazione accertata dal TAR, non spiega, a regole di gara immutate, quale sarebbe l'interesse del Consorzio alla rinnovazione della procedura;

(b) – l’inammissibilità (dell’appello e) del ricorso di primo grado, in quanto, risultando l’esclusione meramente applicativa degli artt. 13 e 14 del capitolato, è mancata la tempestiva impugnazione della disciplina di gara.

7.1. Dette eccezioni vanno disattese, perché :

(a) – l’interesse azionato in via subordinata è dichiaratamente un interesse strumentale, e, trattandosi di requisiti di partecipazione da possedere al momento della presentazione della domanda, non può certamente escludersi che, in una eventuale nuova gara anche a regole immutate, l’appellante sia in grado di procurarseli;

(b) – la gran parte dei motivi di appello non implica la contestazione della legittimità della *lex specialis*, ma riguarda l’applicazione che ne ha fatta la stazione appaltante; anche l’illegittimità della clausola del bando (concernente la dotazione della lettiga) viene ipotizzata in relazione all’eventuale condivisione dell’opzione interpretativa accolta dalla Commissione di gara; comunque, l’onere di impugnazione immediata sussiste in presenza di clausole che impediscano la partecipazione o la formulazione di un’offerta seria e sostenibile, il che nel caso in esame non si verifica.

8. Il Consorzio deduce l’inammissibilità dell’appello incidentale, sostenendo che le censure del ricorso incidentale avrebbero dovuto essere riproposte da Tundo mediante la memoria di costituzione in giudizio entro il termine di cui all’art. 101, comma 2, cod. proc. amm, risultando invece inidoneo l’appello incidentale, perché è stato proposto oltre detto termine ed anche perché non conterrebbe nessuna censura in rito avverso la dichiarazione di improcedibilità pronunciata dal TAR.

Il Collegio ritiene di disattendere anche detta eccezione, posto che – ferma restando la possibilità per l’appellato di riproporre con la prima memoria domande ed eccezioni non esaminate – ogni pronuncia, seppure in rito, sul ricorso incidentale proposto in primo grado, può essere contestata mediante l’appello incidentale. Nel caso in esame, l’appello incidentale trae fondamento, quanto all’interesse, proprio dalla proposizione dell’appello principale e pertanto Tundo non poteva contestare in rito il capo della sentenza contenente la pronuncia di improcedibilità (corretta, nel contesto del giudizio di primo grado), ma unicamente, come ha fatto, chiarire l’interesse sotteso al gravame e gli effetti che deriverebbero dal suo accoglimento, riproponendo integralmente i motivi del ricorso incidentale non esaminati.

9. Ciò premesso, il Collegio ritiene di esaminare anzitutto i motivi di ricorso (III) concernenti l’esclusione del Consorzio appellante.

9.1. Il Consorzio sostiene quanto appresso indicato.

(a) - la comprova di quanto autodichiarato (in ordine al possesso degli automezzi della Fiat Group Automobili S.r.l., ed all’esistenza di un ordine di acquisto condizionato) poteva essere richiesta dalla ASL solo in sede di controllo ai sensi dell’art. 48 del d.lgs. 163/2006; in ogni caso, il disciplinare ed il capitolato speciale richiedevano la dichiarazione di avere la disponibilità giuridica dei mezzi, non la proprietà, e la presentazione delle carte di circolazione, non del certificato di proprietà, e dunque ogni questione circa il titolo necessario doveva essere rimandata al momento della comprova dei requisiti o doveva essere oggetto di specifica richiesta di chiarimenti da parte dell’Amministrazione.

(b) – non è vero che la *lex specialis* prevedesse ai fini della partecipazione il possesso di automezzi con massimo 3 anni di anzianità; tale requisito era previsto dall’art. 13 del capitolato speciale “alla data di inizio della convenzione” e quindi ai fini dell’esecuzione del servizio, data peraltro incerta; i chiarimenti intervenuti in data 9 luglio 2013, che indicavano la data di inizio nel 1 novembre 2013, erano tardivi e non consentivano la predisposizione della domanda in tempo utile per la scadenza fissata al 29 luglio 2013 (senza contare che detti chiarimenti non erano relativi al requisito dell’anzianità dei mezzi, bensì alla rilevanza del requisito ai fini del punteggio).

(c) – quanto alle autovetture di proprietà dell'appellante, il motivo di esclusione legato al mancato rispetto delle tipologie indicate nel capitolato non era stato sollevato dalla ASL e pertanto sul punto la pronuncia è affetta da violazione dell'art. 112 c.p.c. e del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato; in ogni caso, l'offerta era migliorativa, essendo nelle disponibilità del gestore ridurre i posti in base alle esigenze del servizio; il capitolato non prevedeva il dispositivo di carico della carrozzella nella c.d. dotazione minima, rinviando per tali incumbenti al momento della esecuzione del servizio.

(d) – in base all'art. 13, non può ritenersi che le lettighe dovessero essere previste per tutte le autovetture richieste (che sono 10, a fronte di 9 lettighe) e dovessero già esistere, essendo l'omologazione della lettiga una fase successiva riguardante l'esecuzione del servizio; la dicitura “con possibilità di carico alla lettiga” indicata dall'art. 14, è riferita semplicemente alla capienza dell'autovettura e non poteva risultare dalla carta di circolazione, in quanto (nonostante l'omologazione risulti dalle carte di circolazione presentate dalla Tundo per i suoi veicoli - in ordine alle quali l'appellante si riserva ogni futura azione) non è possibile ottenere l'immatricolazione di un'autovettura di 9 posti per il trasporto con lettiga (cfr. risposta data ad un quesito del Consorzio dalla DGT del Sud e Sicilia – Bari).

9.2. Il Collegio ritiene i primi due motivi infondati, in base alle considerazioni che seguono.

(a) – non sembra contestabile la legittimità, alla luce dell'art. 42 del Codice dei contratti pubblici, di una *lex specialis* che preveda che già in sede di partecipazione venga dimostrata la disponibilità dei mezzi necessari ad eseguire il servizio e che tale disponibilità si fondi su di un idoneo titolo giuridico tale da garantire l'effettiva destinazione ad essa del mezzo (cfr. Cons. Stato, V, n. 259/2015); trattandosi di requisiti da possedere al momento della presentazione della domanda, risulta indifferente il momento – se alla verifica del contenuto delle dichiarazioni, oppure alla verifica del possesso in concreto dei requisiti dichiarati - in cui sia stata riscontrata la mancanza del requisito; per il resto, la censura gioca sull'equivoco tra le componenti del parco mezzi minimale richiesto, ma non sembra dubbio, alla luce della formulazione dell'art. 14 del capitolato, che: (1) - il parco mezzi, nell'opzione più favorevole ai concorrenti, si componesse di due parti: una da possedere al momento della domanda, e l'altra che poteva essere acquisita al momento dell'aggiudicazione, purché il concorrente si fosse impegnato in precedenza ad assicurarsene la “disponibilità giuridica” in tempo utile per l'inizio del servizio appaltando; (2) - le carenze riscontrate dalla Commissione riguardano (anche se riguardo alla seconda parte del parco mezzi, viene adombrata dal TAR la mancanza della dimostrazione dell'esistenza e dei contenuti dell'ordine di acquisto condizionato, genericamente indicato nell'offerta del Consorzio) soprattutto la prima parte, della quale il capitolato è univoco nel richiedere la disponibilità da parte dei concorrenti già alla presentazione dell'offerta.

(b) – il capitolato è altresì univoco nel richiedere l'anzianità massima per tutti i mezzi con riferimento alla data di inizio della convenzione; l'eventuale incertezza di tale data (peraltro, in concreto, colmata dal chiarimento sopravvenuto in pendenza del termine di presentazione delle offerte – mentre risulta evidentemente irrilevante il motivo per il quale era stato chiesto il chiarimento), o, al limite, l'intempestività rispetto alle esigenze di elaborazione dell'offerta con cui tale data è stata comunicata, appaiono irrilevanti, se si considera che tre dei mezzi di proprietà dell'appellante, pacificamente, non rispettavano il requisito già rispetto alla data presentazione delle offerte, momento ovviamente anteriore rispetto a quello della data di inizio della convenzione.

9.3. L'esame del terzo motivo richiede di esaminare congiuntamente anche uno dei motivi dell'appello incidentale di Tundo.

Anche per quanto riguarda la tipologia degli automezzi i requisiti del Consorzio risultavano carenti. Al riguardo, è vero che il motivo di esclusione legato al mancato rispetto delle tipologie (numero di posti) degli automezzi richieste dal capitolato non è stato indicato nella motivazione dell'esclusione, ma è stato dedotto per la prima volta da Tundo nel ricorso incidentale in primo grado e poi apprezzato dal TAR per supportare il rigetto del ricorso principale, ma in assenza di un (formale) esame nel merito del ricorso incidentale, e quindi in violazione dell'art. 112 c.p.c..

Tuttavia, il motivo viene riproposto con l'appello incidentale da Tundo e pertanto può essere scrutinato in questa sede. Il motivo è fondato, in quanto il Consorzio ha dichiarato, tra i veicoli direttamente disponibili al momento della presentazione della domanda, 24 da 9 posti e 1 da 5 posti, vale a dire tipologie diverse da quelle (20 da 5 posti) prescritte dall'art. 14; non può condividersi la tesi del Consorzio secondo la quale l'offerta sarebbe adeguata poiché migliorativa della capienza dei mezzi, infatti la specifica tipologia dei veicoli richiesti (al numero dei posti corrisponde, evidentemente, una diversa lunghezza ed una diversa capacità di utilizzazione dei mezzi) risponde ad esigenze di servizio legate alla conformazione del territorio, poiché, come sottolineano le parti appellate, molte strade dei centri storici da servire non sono raggiungibili con veicoli da 9 posti.

Anche sotto tale aspetto, dunque, l'appello del Consorzio non è in grado di conseguire la riforma della sentenza riguardo alla legittimità della esclusione dalla gara.

9.4. Quanto esposto è sufficiente per ritenere infondato l'appello principale nella parte concernente l'esclusione del Consorzio dalla gara.

Il Collegio si esime dall'esaminare i residui profili di carenza dei requisiti di partecipazione in capo al Consorzio, poiché la valutazione dell'esistenza del dispositivo di carico della carrozzella (per quanto concerne la possibilità, giuridica e tecnica, di installarlo al momento dell'inizio del servizio) e della disponibilità di automezzi con lettiga, per di più a tal fine omologati (per quanto concerne la possibilità giuridica dell'omologazione, anche alla luce del contrasto tra un avviso espresso dall'organo ministeriale e le risultanze delle carte di circolazione presentate ai fini della gara), richiederebbe approfondimenti istruttori.

9.5. Non vi è conseguentemente interesse neanche all'esame degli altri motivi dell'appello incidentale di Tundo, parimenti volti alla conferma dell'esclusione dalla gara del Consorzio.

10. Occorre a questo punto stabilire se debbano essere valutate le censure dell'appello principale volte all'esclusione di Tundo ed alla conseguente rinnovazione della gara.

10.1. Com'è già stato ricordato, secondo l'Adunanza Plenaria n. 9/2014 sussiste la legittimazione del ricorrente in via principale - estromesso per atto dell'amministrazione ovvero nel corso del giudizio, a seguito dell'accoglimento del ricorso incidentale - ad impugnare l'aggiudicazione disposta a favore del solo concorrente rimasto in gara, esclusivamente quando le due offerte siano affette da vizio afferente la medesima fase procedimentale; e devono, in particolare, ritenersi afferenti alla medesima fase i vizi ricompresi esclusivamente all'interno delle seguenti tre, alternative, categorie: a) tempestività della domanda ed integrità dei plichi; b) requisiti soggettivi generali e speciali di partecipazione dell'impresa; c) carenza di elementi essenziali dell'offerta previsti a pena di esclusione.

10.2. Come esposto, il TAR ha ritenuto che la riconducibilità alla medesima categoria dei vizi fatti valere dalle imprese concorrenti "non è in alcun modo configurabile nella fattispecie al vaglio del Collegio, attesa la diversa natura delle doglianze formulate dalle parti". Ma non ha ulteriormente esplicitato le ragioni di tale convincimento.

Il Collegio osserva che, delle censure dedotte, solo quella relativa all'omissione di alcune dichiarazioni necessarie ai sensi dell'art. 38 del Codice, è riconducibile alla medesima fase procedimentale - del riscontro dei requisiti di partecipazione alla gara - cui si riferiscono le carenze che hanno comportato l'esclusione del Consorzio.

Tuttavia, riguardo a tale censura, va considerato che l'eccezione al principio della portata preclusiva - dell'esame delle censure rivolte verso la mancata esclusione dell'altro concorrente - derivante dal riscontro della mancanza della legittimazione ad agire del ricorrente principale, ovvero del concorrente pretermesso in gara, è stata riconosciuta alla luce di quanto affermato dalla sentenza della Corte di Giustizia, X, 4 luglio 2013, C-100/12, Fastweb, in tema di tutela del principio della parità delle parti, quale proiezione processuale della tutela della concorrenza e del mercato.

L'eccezione è stata ricondotta non già all'effetto (esclusione) bensì alla causa dell'esclusione, causa che deve essere identica sia per il ricorrente principale che per l'incidentale. Nello stabilire il significato dell'identità, la Plenaria ha sottolineato che, benché il testo italiano della decisione Fastweb possa far intendere l'identità in senso stretto, le versioni nelle altre lingue sembrano ricollegare l'identità più che all'aspetto formale all'aspetto sostanziale ovvero alla "natura del motivo" ed all'interesse sottostante alla disposizione che lo prevede.

Sulla base di tali premesse, ha concluso che deve ritenersi comune la causa di esclusione che afferisce alla medesima sub fase del segmento procedimentale destinato all'accertamento del titolo di ammissione alla gara dell'impresa e della sua offerta, correlando le sorti delle due concorrenti in una situazione di simmetria invalidante.

10.3. Il Collegio osserva che, se questa è la *ratio* del parametro della c.d. simmetria invalidante (escludente), può ritenersi che la riconducibilità alla medesima categoria/fase del procedimento di gara sia necessaria, ma non sempre sia sufficiente, e che in concreto nel caso in esame la simmetria non sussista.

Infatti, il Consorzio è stato escluso a fronte della mancanza di requisiti tecnici di partecipazione, tra i quali alcuni – quelli oggetto dei motivi di appello sopra confutati – risultano certamente accertabili mediante un riscontro oggettivo, sulla base della mera lettura della formulazione della *lex specialis*, riscontro che avrebbe potuto e dovuto compiere agevolmente lo stesso concorrente escluso senza incorrere in dubbi applicativi.

Per contro, in accoglimento del motivo di ricorso qui in esame, Tundo potrebbe essere ritenuta illegittimamente ammessa alla gara, a fronte della omissione di una dichiarazione sull'assenza di cause ostative ai sensi dell'art. 38, cit. – mera omissione, in quanto, come sottolinea Tundo senza che vi sia confutazione di controparte, non è stato dimostrato e neanche ipotizzato che sussistessero in concreto le cause ostative - la cui necessità, nei confronti dei soggetti che hanno operato per l'impresa cessionaria di azienda, è stata chiarita, dopo oscillazioni giurisprudenziali, solo recentemente dalla Adunanza Plenaria (sent. n. 10/2012; vedi anche sent. n. 21/2012).

In altri termini, l'esclusione del Consorzio è legata alle regole della gara d'appalto in relazione all'assetto aziendale ed alle scelte imprenditoriali del momento; mentre quella di Tundo deriverebbe da una negligenza nella condotta di gara, non correlata ad una carenza sostanziale.

In tale contesto, affermare la legittimazione del Consorzio significherebbe ammettere che un soggetto, manifestamente sprovvisto dei requisiti di partecipazione legittimamente fissati dalla *lex specialis*, possa partecipare alla gara al solo fine di contestare l'utile partecipazione altrui attraverso la c.d. caccia all'errore, che tante volte è stata deprecata come estranea alle esigenze della concorrenza e del mercato e segno di inefficacia della disciplina dell'evidenza pubblica..

Pertanto, non sembra sufficiente, ai fini dell'esame incrociato e dell'eventuale duplice accoglimento a tutela dell'interesse strumentale alla partecipazione ad una nuova gara, la circostanza che i vizi oggetto delle contrapposte impugnazioni riguardino la medesima fase procedimentale, ma occorre anche che abbiano analoga valenza, non potendosi, in particolare, ritenere che l'omissione di una dichiarazione sia "simmetrica" rispetto alla carenza di requisiti sostanziali.

Sulla base di tali considerazioni, appare condivisibile la decisione del TAR in ordine alla mancanza di legittimazione del Consorzio all'impugnazione della omessa esclusione di Tundo.

10. In conclusione, l'appello principale deve essere respinto e quello incidentale in parte accolto – con conferma della sentenza appellata - ed in parte dichiarato improcedibile per difetto di interesse.

11. Le spese seguono la soccombenza e vengono liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti:

- respinge l'appello principale;

- in parte accoglie ed in parte dichiara improcedibile l'appello incidentale;

- per l'effetto conferma, con motivazione in parte diversa, la sentenza appellata.

Condanna il Consorzio TRA.D.A. al pagamento, in favore della ASL di Lecce e rispettivamente della società Tundo, della somma di euro 3.000,00 (tremila/00), oltre agli accessori di legge, ciascuno, per spese di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 5 marzo 2015 con l'intervento dei magistrati:

Pier Giorgio Lignani, Presidente

Salvatore Cacace, Consigliere

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Alessandro Palanza, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/04/2015

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)