

Pubblicato il 20/08/2020

N. 05151/2020REG.PROV.COLL.
N. 10740/2019 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

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 10740 del 2019, proposto da REEKEP S.P.A., in proprio e nella qualità di capogruppo del costituendo raggruppamento con Servizi Ospedalieri S.p.A., L'Operosa Soc. Coop. a r.l. e Copma Soc. Coop. a r.l., e L'OPEROSA SOC. COOP. A R.L., in proprio e in qualità di mandante del predetto raggruppamento, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avvocati Enza Maria Accarino, Gaetano Di Giacomo, Silvia Marzot, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria della terza sezione del Consiglio di Stato in Roma, p.zza Capo di Ferro n. 13;

contro

AZIENDA UNITA' SANITARIA LOCALE DI BOLOGNA - AZIENDA OSPEDALIERA UNIVERSITARIA DI BOLOGNA - POLICLINICO S. ORSOLA - MALPIGHI, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentati e difesi dall'avvocato Roberto Manservigi, con

domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio De Vergottini in Roma, via A. Bertoloni n. 44;

nei confronti

COOPSERVICE SOC. COOP. P. A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato Pierpaolo Salvatore Pugliano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso il suo studio in Roma, via Giuseppe Gioacchino Belli n. 60;

DUSSMANN SERVICE S.R.L., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati Filippo Martinez, Davide Moscuza, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio fisico eletto presso lo studio Filippo Martinez in Roma, corso Vittorio Emanuele II n. 21;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna (Sezione Seconda) n. 00840/2019, resa tra le parti, concernente l'esito della procedura di gara indetta dal Servizio Acquisti Metropolitan (SAM) dell'Ausl di Bologna per l'affidamento della gestione dei servizi integrati di supporto alla persona presso l'Azienda Ospedaliero Universitaria di Bologna – Policlinico S. Orsola – Malpighi.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna, dell'Azienda Ospedaliero-Universitaria di Bologna Policlinico S. Orsola-Malpighi, di Coopservice Soc. Coop. P. A. e di Dussmann Service S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 luglio 2020, svolta in modalità telematica, il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli avvocati Enza Maria Accarino, Gaetano Di Giacomo, Silvia Marzot, Roberto Manservisi e Pierpaolo Salvatore Pugliano;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. - E' controverso l'esito della procedura di gara indetta dal Servizio Acquisti Metropolitan (SAM) dell'Ausl di Bologna per l'affidamento della gestione dei servizi integrati di supporto alla persona presso l'Azienda Ospedaliero Universitaria di Bologna – Policlinico S. Orsola – Malpighi.

L'appalto, da aggiudicare in applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, è stato dimensionato su una durata di 72 mesi ed una base d'asta di €. 123.256.332,00, Iva esclusa.

1.1. La selezione è stata anticipata dalla pubblicazione, in data 10 giugno 2015, di un avviso di dialogo tecnico e dalla presentazione, in data 19 luglio 2017, di un progetto di gara a firma del dott. Marco Storchi, Direttore della struttura complessa servizi di supporto alla persona dell'A.O. Policlinico S. Orsola. Nella stessa data (19 luglio 2017) si è tenuta una consultazione preliminare in cui il materiale predisposto è stato messo a disposizione di tutti gli operatori interessati.

A seguito della determina di indizione della gara n. 3736 del 7 dicembre 2017 si è proceduto, rispettivamente il 18 ed il 22 dicembre 2017, alla pubblicazione del bando e del disciplinare.

Il termine per la presentazione delle offerte è stato fissato all'11 maggio 2018.

1.2. All'esito della valutazione della documentazione tecnica presentata dai concorrenti e dell'attribuzione delle preferenze in base al metodo del confronto a coppie, è stata stilata una graduatoria nella quale il raggruppamento Coopservice si è collocato al primo posto con 70 punti, seguito da Dussman Service s.r.l. al secondo posto, con 49,13 punti e dal raggruppamento capeggiato dalla mandataria Rekeep al terzo posto, con 44,37 punti.

L'ordine di graduatoria è rimasto invariato anche dopo l'apertura delle offerte economiche ed è stato recepito nella conclusiva determina di aggiudicazione n. 259 del 25 gennaio 2019.

2. - Le odierne appellanti hanno impugnato l'ammissione delle prime due classificate, domandandone l'esclusione. In via subordinata hanno introdotto motivi diretti ad ottenere l'annullamento dell'intera procedura.

Il giudice adito con la sentenza n. 840/2019 in parte ha dichiarato il ricorso inammissibile ed in altra parte lo ha respinto nel merito.

3. - Avverso la sentenza di primo grado le appellanti deducono:

A) l'erroneità della decisione nella parte in cui non ha rilevato la violazione dell'art. 42 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 80 del d.P.R. n. 445/2000.

La censura trae spunto dal rapporto di affinità che intercorre tra il presidente del CDA di Coopservice e Servizi Italia, società capogruppo del costituendo RTI aggiudicatario, ed il direttore della struttura complessa Servizi di supporto alla persona dell'A.O. Universitaria di Bologna, Dott. Marco Storchi. Quest'ultimo figura quale autore del progetto di gara e nel periodo 1998-2004 è stato dipendente della stessa Coopservice. Alla concorrente e al progettista si imputa l'omessa dichiarazione, nel corso della procedura di gara, della suindicata situazione di conflitto di interessi.

B) Con un secondo gruppo di motivi le parti appellanti censurano come erroneo il capo della decisione appellata relativo all'asserita mancanza dei requisiti speciali in capo a Dussmann.

Viene eccepita, in particolare, la nullità e/o inefficacia e/o simulazione del contratto di avvalimento, stipulato tra Dussmann ed Eureka, avente ad oggetto il requisito di fatturato minimo, per un importo di € 3.572.515,00, nel servizio di lavanoleggio espletato in ambito sanitario, pubblico e privato.

Le parti appellanti:

b1) sostengono che dai fatturati della ausiliaria Eureka devono essere scomputati gli importi relativi all'anno 2017, nonché i servizi resi in favore di enti non sanitari ed effettuati a titolo di lavaggio (e non di lavanoleggio);

b2) deducono che la dichiarazione con la quale Eureka ha assunto la gestione delle prestazioni oggetto di avvalimento per un verso risulta contraria alle previsioni di cui all'articolo 89 del d.lgs. n. 50/2016; e, per altro verso, non

trova riscontro né nella dichiarazione di subappalto resa da Dussmann, né nella dichiarazione contenuta nella relativa relazione tecnica;

b3) osservano che nel contratto di avvalimento non si rinviene la dichiarazione di impegno da parte dell'ausiliaria a garanzia dell'avvalsa. Aggiungono che il contratto non contiene il dettaglio delle risorse messe a disposizione;

b4) contestano come erroneo il capo della decisione di prime cure che ha rilevato l'inammissibilità per tardività, ex articolo 120 comma 2 bis del c.p.a., dei motivi di gravame di cui al suindicato punto b).

C) Un terzo gruppo di censure involge la legittimità dell'intera procedura di gara.

Al riguardo le parti appellanti osservano che il provvedimento di nomina dei commissari: c1) non è retto dalla predisposizione di conferenti criteri e da sufficiente motivazione; c2) è affetto dal vizio di incompetenza, in quanto sostanzialmente riconducibile all'Azienda Ospedaliera Universitaria e non all'Ausl di Bologna; c3) è inficiato dal fatto che i componenti dr. Nazareno e dr. Diego Lauritano risultavano incompatibili con la funzione di commissari, avendo preso parte alla redazione del progetto di gara.

c4) Un ulteriore rilievo attiene al compendio dei criteri di valutazione sui quali è stato costruito il confronto competitivo a coppie, censurato come generico nell'articolazione di voci e sottovoci e complessivamente inadeguato rispetto alla complessità ed al carattere altamente innovativo dell'appalto.

Le appellanti sostengono inoltre che:

c5) ricorrono i presupposti per escludere dalla gara anche gli altri offerenti, con conseguente operatività di un sistema di valutazione diverso da quello già applicato (secondo quanto previsto dal disciplinare a pag. 35), che implicherebbe la rideterminazione dei punteggi e, quindi, in tesi, anche la riformulazione degli esiti conclusivi della competizione;

c6) la stazione appaltante non avrebbe reso noti gli esiti del dialogo tecnico e delle consultazioni preliminari del 2015 e del 2017;

c7) la denunciata situazione di conflitto di interessi tra l'RTI aggiudicatario ed il dr. Marco Storchi potrebbe essere eliminata solo con l'annullamento dell'intera procedura di gara;

c8) sarebbe abnorme la misura delle spese liquidate in primo grado.

4. - Resistono in giudizio l'Azienda Ospedaliero Universitaria di Bologna - Policlinico S. Orsola - Malpighi, l'Azienda Unità Sanitaria Locale di Bologna e la Coopservice Soc. Coop. P. A., riproponendo l'eccezione di inammissibilità del ricorso sia per violazione dell'articolo 120 comma 2 bis c.p.a. (sotto il profilo della tardività delle censure riferite alle prime due classificate e riguardanti la loro ammissione alla gara); sia per la tardività delle censure formulate nei confronti della *lex specialis*, sia, infine, per la mancata notifica del ricorso al progettista ed ai due commissari, quali controinteressati necessari rispetto alle posizioni azionate dalle ricorrenti.

Conclude per il rigetto dell'appello nella parte relativo alla propria ammissione la società Dussmann Service s.r.l..

5. - L'istanza cautelare è stata respinta con ordinanza n. 440 del 31 gennaio 2020.

6. - Espletato lo scambio di memorie e repliche ex art. 73 c.p.a., la causa è stata discussa in via telematica e posta in decisione all'udienza pubblica del 16 luglio 2020.

DIRITTO

1. - L'ordine di gradazione dei motivi riportati nell'atto di appello conferisce rilievo prioritario all'interesse diretto all'aggiudicazione, che la parte ricorrente persegue contestando la legittimità degli atti di ammissione delle prime due classificate. Solo in via subordinata vengono avanzate censure demolitorie, funzionali alla caducazione dell'intera procedura di gara.

2. - Seguendo l'ordine tassonomico del ricorso, con la prima serie di rilievi l'odierna parte appellante ha eccepito la violazione degli artt. 42 e 80 comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 50 del 2016, disciplinanti i presupposti e le conseguenze

del conflitto di interessi insorto nel procedimento di aggiudicazione dell'appalto.

2.1. Alle imprese del raggruppamento Coopservice si rimprovera l'omessa segnalazione nel corso della gara del rapporto di affinità di secondo grado esistente tra il Presidente del CdA della stessa Coopservice e di Servizi Italia (Roberto Olivi fratello di Paola Olivi) ed il Direttore della Struttura Complessa Servizi di Supporto alla Persona dell'A.O. Universitaria di Bologna, Dott. Marco Storchi (coniuge di Olivi Paola), coautore del progetto e del capitolato tecnico posti a base della gara qui controversa e già dipendente del Gruppo Coopservice dal 1998 al 2004.

Da qui prendono spunto la richiesta di esclusione del raggruppamento Coopservice in ossequio all'art. 80, comma 5, lett. d), del d.lgs. n. 50/2016, ovvero, in via subordinata, la domanda di annullamento della intera procedura di gara (pag. 16 e ss. del ricorso).

2.2. Il primo giudice (cfr. parag. IV - 1 pagg. 14 e 15), assorbita l'eccezione di tardività del motivo e ritenutolo valutabile ai sensi dell'art. 42 del d.lgs. n. 50 del 2016, l'ha respinto nel merito osservando che: *a)* nell'attività progettuale sono stati interessati una pluralità di soggetti, sicché l'apporto del dott. Storchi non risulta apprezzabile nella sua effettiva portata e specificità; *b)* non ci sono evidenze di un'alterazione del confronto concorrenziale prodottasi per effetto della posizione di conflitto denunciata; *c)* in data 19.7.2017 si è tenuto un incontro di dialogo tecnico (al quale risulta avere partecipato anche la parte qui ricorrente) nel corso del quale il materiale progettuale predisposto è stato messo a disposizione di tutti gli interessati: per effetto di tale *discovery* è stata dunque eliminata ogni eventuale asimmetria conoscitiva tra i potenziali concorrenti; *d)* il Dott. Storchi ha reso la dichiarazione sulla assenza di conflitto di interessi nel dicembre del 2017 (pag. 15 della sentenza 840 del 2019).

2.3. A questi rilievi, le parti resistenti in questa sede aggiungono ulteriori considerazioni intese ad evidenziare che: *i)* il motivo è tardivo, in quanto

proposto oltre il termine di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a.; *ii*) al caso di specie non può applicarsi l'art. 42 del d.lgs. 50/2016, poiché l'iniziativa di gara (principiata con l'avviso di dialogo tecnico) è precedente l'entrata in vigore della norma; *iii*) intorno ai Servizi di Supporto alla Persona si sono aggregati numerosi altri ruoli tecnici e sanitari, coordinati dal primo; *iv*) l'amministrazione, "*appena si è profilata la possibilità di un potenziale conflitto di interessi*", ha rimosso il Dott. Storchi dall'incarico di direttore dell'esecuzione dell'appalto.

2.4. Va innanzitutto disatteso il rilievo di tardività della censura, per non essere stata dedotta ai sensi e nei tempi imposti dall'art. 120 comma 2 bis c.p.a.. La determina di ammissione è immotivata sul punto del conflitto di interessi e, da quanto consta dagli atti di causa, la posizione originante l'incompatibilità è emersa solo dopo l'aggiudicazione.

In particolare:

- lo stato di famiglia del dott. Storchi allegato al ricorso di primo grado, dal quale si evince il suo rapporto di *coniugio* con Olivi Paola, reca la data del 19.02.2019 ed è quindi temporalmente compatibile con la predisposizione dell'impugnativa notificata in data 26.2.2019;
- viceversa, il *curriculum* del dott. Storchi, pubblicato sul sito istituzionale dell'Azienda di appartenenza, nulla riferisce sulla relazione di affinità, la quale non emerge neppure dalle dichiarazioni rese in corso di gara dall'aggiudicataria (del tutto omissive sul punto);
- la dichiarazione (non protocollata) datata 20.12.2017, asseritamente resa in corso di gara dallo Storchi in qualità di soggetto redattore documentazione di gara, risulta allegata alla successiva dichiarazione dello stesso Storchi del 27.02.2019 ed è stata prodotta in giudizio dell'ente in data 6.4.2019. Dunque, non vi è prova che la stessa sia stata allegata nel corso del procedimento o portata in quel contesto a conoscenza degli operatori concorrenti;
- a poco vale invocare la rilevanza esterna del ruolo professionale del dott. Storchi, posto che la stessa non implica conoscenza dei suoi legami parentali e

di affinità. La stessa stazione appaltante sostiene di averne acquisito contezza solo a seguito dell'aggiudicazione (ovvero dopo la nota del progettista prot. n. 5042 del 27.02.2019), tanto da essersi attivata solo in quel frangente per rimuovere l'interessato dall'incarico di direttore dell'esecuzione del contratto;

-- dunque, le deduzioni difensive dell'amministrazione si rivelano contraddittorie con la condotta assunta nel corso del procedimento di gara e, in assenza di oggettivi elementi di riscontro, non assolvono l'onere della prova della "piena conoscenza" del fatto dal quale si pretende di far decorrere il termine decadenziale di impugnazione;

-- aggiungasi che tale prova incombe su chi eccepisce la tardività, secondo i generali criteri di riparto dell'onere probatorio, e deve essere assistita da rigorosi e univoci riscontri oggettivi, dai quali possa arguirsi con assoluta certezza il momento della piena conoscenza dell'atto o del fatto. La verifica della piena conoscenza deve poi essere condotta in forme estremamente caute e rigorose, non potendo basarsi su mere supposizioni o deduzioni, pur sorrette da apprezzabili argomentazioni logiche (Cons. Stato, sez. II, n. 7857/2019).

2.5. Posta questa essenziale premessa, a confutazione degli ulteriori rilievi delle parti appellate valgono le indicazioni di indirizzo già fornite da questa sezione in vicende analoghe a quella qui in esame (v. pronunce nn. 546 e 1704 del 2020), in occasione delle quali si è puntulizzato che:

-- non è possibile riversare sul concorrente in gara - che voglia contestare la partecipazione di altri concorrenti - le lacune informative riscontrabili nel provvedimento di ammissione, né è possibile porre a suo carico l'onere di formalizzare un'istanza di accesso ai documenti presentati dalle controinteressate, dal momento che i suddetti oneri informativi, ai sensi del combinato disposto di cui agli artt. 29 del d.lgs. n. 50/2016 e 120, comma 2 bis, e per come integrati dalla pronuncia del giudice comunitario (sez. IV, del 14/02/2019, n.54), gravano in via esclusiva sulla stazione appaltante;

-- è proprio la compressione dei tempi per l'esercizio del diritto di difesa, prevista dal particolare rito di cui all'art. 120 comma 2 bis c.p.a., a giustificare uno spostamento in capo alla stazione appaltante dell'onere di rendere conoscibili non solo gli effetti dispositivi degli atti di gara, ma anche gli elementi fattuali e giuridici presupposti (necessari per valutare consapevolmente l'esistenza di eventuali profili di illegittimità, ed articolare efficacemente le relative censure);

-- il punto di equilibrio fra esigenze di celerità e tutela comunque del diritto di difesa è stato infatti individuato dalla Corte di Giustizia nella necessità che l'effettività di tale diritto venga garantita almeno da una adeguata e tempestiva conoscenza di tali elementi: di talché la dequotazione dell'accesso non è irragionevole, ma funzionale a garantire il complesso assetto su cui si fonda la compatibilità del rito con le garanzie rimediali imposte dal diritto dell'U.E.;

-- nello stesso senso si è espressa di recente l'Adunanza Plenaria di questo Consiglio di Stato con la pronuncia n. 12 del 2.07.2020, ove vengono ribaditi il principio della effettiva conoscenza come *dies a quo* della impugnazione e l'obbligo in capo alla S.A. di "*pubblicazione generalizzata degli atti di gara*" per cui la *proposizione dell'istanza di accesso agli atti di gara comporta la 'dilazione temporale' quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l'offerta dell'aggiudicatario*";

-- nel caso in esame l'applicazione dei richiamati principi conduce alla riforma della censurata statuizione della sentenza di primo grado, sicché l'impugnazione del provvedimento di ammissione di deve ritenersi tempestiva, in quanto avvenuta in tempi congrui rispetto al momento in cui la parte ha acquisito contezza dei profili oggetto di censura. Si può pertanto prescindere dai rilievi di incostituzionalità ed incompatibilità comunitaria sollevati al riguardo della disposizione di cui all'art. 120 comma 2 bis c.p.a. (pag. 28 – 32 atto di appello), peraltro già risolti in senso sfavorevole alla tesi di parte appellante dalla Corte Costituzionale con sentenza 271/2019 e dalla Corte di Giustizia UE con ordinanza della sez. IV, 14 febbraio 2019, C-54/18.

2.6. La censura di cui si discorre non soggiace neppure a preclusioni temporali correlate al *dies a quo* della pubblicazione del bando (v. Adunanza Plenaria del 26 aprile 2018 n. 4), non essendo intesa a censurare clausole a supposta valenza “escludente”.

2.7. Sempre sul piano processuale, va respinto il rilievo con il quale le parti appellate eccepiscono la mancata notificazione dell’appello al progettista.

Ciò che si censura, infatti, non è l’operato del singolo affidatario del ruolo in questione, quanto il conflitto di interessi promanante dalla sua posizione di incompatibilità ed il fatto che detta situazione non sia stata né rappresentata dall’impresa aggiudicataria, né verificata da parte della stazione appaltante, alla quale si imputa anche l’omesso compimento delle attività consequenziali necessarie a sanare il vizio nelle fasi antecedenti alla conclusione del procedimento. Non rientra invece nel fuoco della controversia il tema della responsabilità del professionista incaricato in relazione alle attività e dichiarazioni svolte; il che consente di escludere la sussistenza, in capo allo stesso, di alcun interesse differenziato e qualificato, uguale e contrario a quello azionato dalla parte ricorrente (cfr. in termini, Cons. Stato, sez. III, n. 6299/2018).

2.8. Nel merito, la norma di principale riferimento alla quale va attratta la disamina del caso è l’art. 42 del d.lgs. 50/2016, in quanto il comma 1 dell’art. 216 del d.lgs. 50/2016 ha previsto che, ove non diversamente disposto, le disposizioni introdotte dal nuovo codice si applicano alle procedure bandite dopo la data della sua entrata in vigore e, quindi, dopo il 19 aprile 2016 (v. Cons Stato, sez. III, n. 4994/2016): nel caso in esame il bando di gara è stato pubblicato in data 18 dicembre 2017, quindi in epoca successiva all’entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016, cosicché l’intero procedimento - e, dunque, anche il segmento di questo rappresentato dalla fase di ammissione delle offerte alla procedura selettiva - risulta assoggettato alla relativa disciplina.

Aggiungasi che anche nella vigenza del codice degli appalti pubblici del 2006 la giurisprudenza aveva maturato un univoco indirizzo attestante il carattere

atipico e non tassativo delle situazioni di conflitto di interessi rilevanti nell'ambito dell'ordinamento pubblicistico, come tali rinvenibili al ricorrere di qualsivoglia situazione di *“contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziale, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite”* (Cons. Stato, sez. V, n. 5444/2006 e n. 5158/2018; id., sez. VI, n. 563/2004).

Non solo, ma l'art. 42 recepisce quanto stabilito dalle direttive UE 2014/23, 2014/24 e 2014/25 (rispettivamente artt. 35, comma 1, 24, comma 1 e 42 comma 1), le quali enucleano un contenuto minimo della disciplina in analisi secondo il quale il concetto di “conflitto di interessi” deve coprire *«almeno i casi in cui il personale di un'amministrazione aggiudicatrice o di un ente aggiudicatore che interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione della concessione o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di aggiudicazione della concessione»* (II comma art. 35, direttiva 2014/23, II comma art. 24, direttiva 2014/24 e II comma art. 42, direttiva 2014/25).

2.9. Ebbene, l'art. 42, d.lgs. n. 50/2016, si compone di tre diversi obblighi per il personale della stazione appaltante: il primo consistente nell'adozione di *«misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione, nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni»*; il secondo consistente nell'obbligo di segnalazione e di (eventuale) astensione nei casi previsti in particolare dall'art. 7, d.P.R. n. 62/2013; il terzo, infine, consistente in un generico dovere di vigilanza circa il rispetto del primo e del secondo obbligo appena indicati.

Il quadro normativo rilevante ai fini della decisione si completa con l'art. 80, comma 5 lett. d) del Codice del 2016, in base al quale risulta esclusa la partecipazione dell'operatore economico che *«determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile»*.

2.10. Venendo al caso di specie, è preliminare ripercorre gli elementi di fatto allegati a supporto del motivo di doglianza.

A questo riguardo è essenziale osservare che:

-- tanto la circostanza del rapporto di parentela/affinità, quanto quella del pregresso rapporto di dipendenza con ruolo dirigenziale presso Coopservice, risultano provate *per tabulas* e non contestate dalle parti appellate (cfr. informazione anagrafica del Dott. Storchi Marco e di Olivi Paola ed il curriculum vitae del primo);

-- l'amministrazione resistente le ha esplicitamente confermate, esibendo la dichiarazione datata 20.12.2017, asseritamente resa in corso di gara dallo Storchi in qualità di soggetto redattore documentazione di gara (ma di fatto allegata alla successiva dichiarazione dello stesso Storchi del 27.02.2019 e prodotta in giudizio dell'ente in data 6.4.2019), nella quale il dichiarante dà atto di aver lavorato dal 1998 al 2004 presso la Coopservice, aggiungendo che ivi "*attualmente lavora mio cognato*";

-- il dott. Marco Storchi risulta inoltre indicato nel disciplinare quale DEC (direttore dell'esecuzione), con il seguente incarico: "*...Coordina tutti i ruoli coinvolti nella esecuzione del contratto ed è interfaccia decisionale nei confronti dell'operatore economico aggiudicatario*" (cfr. pag. 41 del disciplinare);

-- nel corso del giudizio l'amministrazione ha esibito ulteriori documenti interni nei quali il dott. Storchi risulta indicato come "*responsabile del procedimento*" (cfr. nota della Commissione Europea del 30.11.2016; nota prot. n. 24067 del 16.12.2016 inviata all'ANAC);

-- nella nota prot. n. 5042 del 27.02.2019 (successiva alla notifica del ricorso del 26.2.2019) il dott. Storchi dichiara di aver svolto anche l'attività di redazione del capitolato in collaborazione con il gruppo di lavoro a ciò dedicato;

-- nonostante il disciplinare (pag. 41) riportasse il nominativo dello Storchi quale DEC dell'appalto, Coopservice e Servizi Italia nulla hanno dichiarato nel corso del procedimento di gara.

2.11. Alla luce dei dati sin qui riepilogati, il motivo di appello deve ritenersi (oltre che ammissibile sul piano processuale, anche) fondato nel merito.

Le coordinate ermeneutiche entro le quali si inquadra la tematica del conflitto di interesse (come di recente riepilogate da questa sezione con le pronunce n. 355/2019 e 6150/2019) si riassumono nei seguenti ed essenziali termini:

- a) il secondo comma dell'art. 42 definisce il conflitto di interessi ed il quarto comma lo estende alla fase di esecuzione dei contratti pubblici, imponendo *“alla stazione appaltante un obbligo di vigilanza, sia in fase di aggiudicazione che in fase di esecuzione, specificamente in riferimento al rispetto dell'obbligo di astensione, ma è da ritenere che esso si estenda a tutte le possibili misure che possano ancora essere prese per prevenire o porre rimedio al conflitto”*;
- b) l'ampia portata della disposizione consente di ricomprendere nel suo ambito di applicazione tutti coloro che con qualsiasi modalità e anche senza intervenire nella procedura (predisponendone gli atti o facendo parte della commissione giudicatrice) siano in grado di influenzarne il risultato; ed il rischio di un'alterazione della *par condicio* si verifica anche quando il concorrente si è potuto avvalere dell'apporto di conoscenze e di informazioni pervenutegli dal progettista (anche se esterno alla stazione appaltante e dalla stessa incaricato della redazione del progetto posto a base di gara) *“al fine di predisporre un'offerta tecnica meglio rispondente alle esigenze ed agli obiettivi della stazione appaltante”*. Anche in base alle linee guida ANAC n. 15, l'attività di progettazione è una attività sensibile che impone la verifica della insussistenza della situazione di rischio in capo al progettista (cfr. pag. 9, art. 4.3 e 5.2 ed art. 24 della direttiva 2014/24/UE);
- c) quanto all'interesse rilevante per l'insorgenza del conflitto, la norma va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può ingenerare. La salvaguardia della genuinità della gara va assicurata non solo mediante gli obblighi di astensione espressamente previsti dal terzo comma, ma anche attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 3415/2017);

d) dunque (in linea con quanto da ultimo affermato, in ordine allo schema di linee guida ANAC in materia, da Cons. Stato, atti norm., n. 667/2019), ai fini dell'individuazione di una situazione di conflitto di interesse è sufficiente il carattere anche solo potenziale dell'asimmetria informativa di cui abbia potuto godere un concorrente grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante, così come anche solo potenziale può configurarsi il conseguente, indebito vantaggio competitivo conseguito, in violazione dei principi di imparzialità, buon andamento e *par condicio competitorum*;

e) per le sue descritte caratteristiche funzionali, la disposizione in parola è quindi da intendersi come norma *lato sensu* "di pericolo", in quanto le misure che essa contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente) operano per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può determinare (così Cons. Stato, sez. III, n. 355/2019 e sez. V, n. 3048/2020);

d) quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l'art. 80, comma 5, lett. d) dello stesso codice (di cui pure nell'atto di appello viene denuncia tala violazione) prevede, come *extrema ratio*, che sia l'operatore economico a sopportarne le conseguenze con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto. Nondimeno, se il conflitto di interessi è evidenziato in una fase più avanzata del procedimento di gara, od addirittura successivamente all'aggiudicazione, non può che trovare applicazione la misura demolitoria, che, secondo la regola generale, colpisce il provvedimento conclusivo della procedura, viziato in via derivata dal conflitto di interessi (Cons. Stato, sez. V, n. 7389/2019).

2.12. Nel caso di specie, sussistono entrambi gli elementi indiziari dai quali è possibile ricavare, in via presuntiva, il conflitto di interessi, ovvero: *a)* l'esistenza di un interesse personale del funzionario e della ditta concorrente in gara; *b)* il ruolo che il primo rivestiva nella procedura di gara e che gli avrebbe potuto consentire di "intervenire" o di "influenzare" il risultato, per

le informazioni privilegiate che egli aveva a disposizione e che avrebbe potuto trasferire all'impresa concorrente (cfr. Cons. Stato, sez. III, n. 6150/2019; id., sez. V, n. 3048/2020, nonché Cons. Stato, parere 5 marzo 2019, n. 667).

A questo proposito, con rilievi pertinenti alla tipologia di conflitto qui rilevante, le linee guida ANAC evidenziano che l'interesse in conflitto del funzionario *«può essere di natura finanziaria, economica o dettato da particolari legami di parentela, affinità, convivenza o frequentazione abituale con i soggetti destinatari dell'azione amministrativa»*; e che esso può realizzarsi *«in danno della stazione appaltante oppure a vantaggio dell'agente o di un terzo senza compromissione dell'interesse pubblico»* (Linee guida ANAC n. 15, par. 2.4).

2.13. Detto della linea di interesse personale connessa alla relazione di affinità tra il dott. Storchi ed il rappresentante di vertice delle imprese concorrenti, va qui affermato che il ruolo al primo affidato - consistente nella direzione dell'attività di progettazione e di redazione del capitolato tecnico - lo ha posto, obiettivamente, nella condizione di avere accesso ad informazioni privilegiate relative alla procedura di gara, ovvero di essere ben informato dei *desiderata* dell'amministrazione sul servizio da realizzare e, quindi, di possedere conoscenza degli elementi che avrebbero potuto condurre a conferire maggior peso e pregio all'uno o all'altro elemento dell'offerta. Per gli elementi indiziari posti dal legislatore a base del ragionamento presuntivo - l'interesse personale e il ruolo rivestito dal funzionario - come non deve essere provato il reale possesso dell'informazioni privilegiate da parte del funzionario, allo stesso modo è fuori dal perimetro probatorio la dimostrazione che le informazioni siano, poi, state effettivamente trasferite all'impresa delle stesse potenziale beneficiaria.

2.14. La logica inferenziale sottesa al meccanismo presuntivo della fattispecie di pericolo impone alla parte implicata nella situazione di conflitto, una volta che si sia dato conto dell'uno e dell'altro elemento indiziario, di dimostrare che non vi è stata violazione del principio delle pari opportunità nella formulazione dei termini delle offerte per tutti gli offerenti e che non si è

determinato alcun rischio reale di pratiche atte a falsare la concorrenza tra gli offerenti.

Ebbene, nel caso in esame le parti resistenti non hanno allegato elementi in grado di fugare i dubbi circa il possibile vantaggio competitivo di cui potrebbe avere goduto la controinteressata. Più chiaramente, la possibile asimmetria informativa determinatasi a vantaggio di quest'ultima non è superata né dal fatto che alla progettazione abbiano partecipato altri uffici, in quanto la circostanza non esclude l'eventualità di un accesso privilegiato di Coopservice alle informazioni rilevanti ai fini della predisposizione della migliore offerta; né dal fatto che l'elaborato progettuale ad un certo momento sia stato portato a conoscenza di tutti gli operatori interessati, in quanto il vantaggio competitivo potrebbe essersi comunque determinato sotto forma di anticipata conoscenza degli atti di gara o di possibile acquisizione di informazioni qualificate (afferenti al progetto e al capitolato), riservate e di specifico orientamento sulle aspettative e sui gradimenti della stazione appaltante.

Sebbene la circostanza non sia decisiva, non risulta provato - diversamente da quanto sostenuto dalle parti appellate - che all'esito dell'incontro del 19.07.2019 il materiale predisposto alla luce delle consultazioni preliminari sia stato messo a disposizione dei partecipanti o degli operatori interessati.

Aggiungasi che il carattere innovativo e non standardizzabile dell'appalto (rinvenibile nell'aspetto della gestione integrata dei servizi di supporto alla persona) ha evidentemente eroso i punti di riferimento e gli elementi conoscitivi dei quali gli operatori economici partecipanti alla gara avrebbero potuto avvalersi nella elaborazione delle offerte. Sicché, pur partecipando alla gara imprese aventi grande esperienza nei diversi settori di attività di cui si compone il più vasto ambito dei "servizi di supporto alla persona", è un fatto incontestato che nessuna delle stesse poteva vantare una specifica esperienza nella elaborazione di progetti di gestione integrata dei diversi servizi. Tale conclusione è desumibile dalla complessa attività di elaborazione degli atti di

gara che ha preceduto l'avvio del confronto selettivo, dalle numerose enunciazioni in tal senso contenute nei documenti della procedura oltre che da quanto riconosciuto dalla stessa amministrazione nel senso che i contenuti altamente innovativi del progetto lo rendevano difficilmente standardizzabile e altrettanto difficilmente riconducibile a schemi già presenti presso le Centrali di Committenza regionali e nazionali.

Dunque, la natura inedita e obiettivamente complessa del quadro progettuale, unitamente al ruolo strategico e verticistico assunto dal dott. Storchi nell'ambito delle attività di direzione e coordinamento della elaborazione del progetto posto a base della gara e del relativo capitolato tecnico, non possono non deporre, nel descritto quadro circostanziale, quali fattori accrescitivi del rischio di alterazione della *par condicio*.

2.15. Alla luce della teoria di dati e di considerazioni sin qui riepilogate, deve concludersi che, una volta formati gli atti di gara ed espletato sugli stessi il confronto selettivo, il vizio originario, non fronteggiato da un provvedimento espulsivo della concorrente in posizione di conflitto, si è consumato nella forma di una violazione delle norme di legge poste a tutela della trasparenza, del buon andamento dell'amministrazione e della *par condicio* tra i concorrenti, propagandosi sino al conseguente atto di aggiudicazione.

La nota dell'11.03.2019 con cui l'A.O.U. Policlinico Sant'Orsola, a seguito della comunicazione dello Storchi del 27.02.2019 (successiva alla notifica del ricorso), ha provveduto a sostituire il DEC con altro nominativo (“*ad indicarsi in fase di esecuzione*”), non solo non è valsa ad estinguere il vizio innervatosi nell'atto conclusivo del procedimento, ma rappresenta una sorta di riconoscimento *ex post* (sostanzialmente confessorio) della effettiva rilevanza e concretezza della situazione di incompatibilità che tardivamente la stazione appaltante ha cercato di correggere.

2.16. Per quanto esposto, il primo motivo è fondato, giustifica la declaratoria di illegittimità dell'atto di ammissione alla gara dell'aggiudicataria e si traduce in via derivata in un vizio di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione.

3. - L'ulteriore serie di censure riferite alla seconda graduata si concentra sul contratto di avvalimento stipulato da Dussman con Eureka al fine di comprovare il requisito di partecipazione riferito al fatturato minimo di € 3.572.515,00, realizzato nel triennio 2014-2016, per il servizio di lavanoleggio nel settore sanitario pubblico e/o privato.

3.1. A detta della parte appellante l'avvalimento prestato dall'ausiliaria Cooperativa sociale Eureka non consentirebbe alla Dussmann di conseguire il requisito di partecipazione prescritto dalla legge di gara, in quanto:

-- l'ammontare del fatturato oggetto di avvalimento non basterebbe per il triennio 2014/2016 previsto dal bando, dovendosi - in tesi - decurtare i fatturati realizzati per i servizi di solo lavaggio vestiario ospiti, quelli realizzati nel 2017 e quelli conseguiti per prestazioni rese in favore di enti non sanitari, in quanto estranee alle previsioni della *lex specialis*;

-- nel contratto non è espressamente previsto l'impegno dell'ausiliaria a fare da garante della Dussmann nei confronti della stazione appaltante, condizione necessaria nell'avvalimento di garanzia (pag. 25 atto di appello);

-- oltre a ciò, il contratto si porrebbe in contrasto con la previsione di cui all'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016, il quale impone che le prestazioni oggetto di avvalimento vengano eseguite direttamente dall'ausiliaria e non dalla concorrente (pag. 24 atto di appello);

-- anche nel caso in cui il contratto in esame dovesse ricondursi allo schema dell'avvalimento operativo, esso risulterebbe nullo ed inefficace per la asserita assenza di puntualizzazioni in ordine alla messa a disposizione di strutture e personale da parte dell'ausiliaria, e ciò in contrasto con le prescrizioni di cui all'art. 89 d.lgs 50/2016 che impongono che le prestazioni debbano essere eseguite direttamente dall'ausiliata (pag. 24 atto di appello);

-- il fatto che Eureka sia tuttora operativa nel settore ed abbia partecipato quale mandante del raggruppamento con Servizi Italia S.p.A., (v. offerta in data 11.03.2019) alla procedura dell'affidamento del servizio integrato di noleggio e lavaggio di biancheria, logistica interna, organizzazione servizio di

guardaroba indetta dalla Antica Scuola dei Battuti - dimostrerebbe ancora una volta il carattere fittizio e simulato dell'avvalimento qui in discussione.

3.2. Il Tar ha ritenuto tardive le censure sin qui riepilogate, siccome proposte oltre il termine di trenta giorni dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione sul profilo del committente, in violazione dell'art. 120 comma 2 bis c.p.a., applicabile *ratione temporis*.

3.3. In ordine alla tempestività della censura, occorre prendere le mosse da quanto direttamente desumibile dalla documentazione in atti (e implicitamente riconosciuto dalle stesse parti contendenti), ovvero che dal provvedimento di ammissione (determina n. 1799/2018) l'odierna appellante non avrebbe giammai potuto comprendere, nemmeno in via embrionale, l'illegittimità della ammissione alla gara delle ditte concorrenti, poiché le specifiche valutazioni sottese all'ammissione non sono ricavabili dalle generiche e stereotipate formule contenute nell'atto.

Posta questa premessa in fatto, la censura intesa a contestare la declaratoria di irricevibilità si appalesa fondata, per le medesime ragioni, concernenti gli obblighi ostensivi della stazione appaltante, che sono state illustrate in relazione al primo motivo di appello e che risultano tal quali aderenti, senza necessità di ulteriori integrazioni, anche alla doglianza qui in trattazione.

3.4. Detto dell'ammissibilità processuale della censura, va poi respinto l'argomento secondo cui alla sua favorevole delibazione conseguirebbe la sostituzione dell'impresa ausiliaria (ai sensi dell'art. 89 comma 3 del d.lgs. n. 50/2016) e non già l'automatica esclusione dalla gara dell'operante concorrente.

A mente dell'art. 89 comma 3 del d.lgs. 50/16 la stazione appaltante, chiamata a verificare il possesso dei requisiti di capacità della ditta ausiliaria, "*impone all'operatore economico di sostituire i soggetti che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione*".

E' di tutta evidenza che la disposizione mira a regolare l'accesso alla procedura delle ditte ausiliarie e, a tal fine, impone la verifica preliminare del

possesso in capo alle ditte medesime dei “*pertinenti*” (cioè ad esse riferibili) criteri di selezione.

Nel caso di specie non viene in rilievo un criterio selettivo proprio dell’impresa ausiliaria, in quanto si discorre della validità del contratto di avvalimento, ovvero dell’impegno negoziale da essa impresa assunto. Al più, il contratto di avvalimento è funzionale alla integrazione di un requisito dell’impresa ausiliata (Dussmann), la quale si qualifica (in relazione al parametro selettivo del fatturato specifico) proprio in virtù dell’esperienza professionale posta a sua disposizione da Eureka attraverso il contratto di avvalimento.

Deve aggiungersi che il requisito che filtra l’ingresso alla gara dell’impresa ausiliaria non può che preesistere al contenuto prestazionale al quale essa si vincola in forza delle clausole del contratto di avvalimento. Dunque, anche sotto questo profilo, appare improprio equiparare il vizio del contratto di avvalimento ad una carenza di condizioni di ammissione alla gara dell’impresa ausiliaria.

Sotto entrambi i profili, non vi è margine alcuno per riferire il meccanismo sostitutivo di cui all’art. 89 comma 3 c.p.a. alla fattispecie del contratto di avvalimento contenutisticamente carente.

3.5. Nel merito, la censura è fondata proprio sotto il profilo dell’evanescenza dell’impegno assunto dall’ausiliaria.

Il tema è quello della necessità - come da giurisprudenza pacifica che si condivide, alla luce del portato dell’articolo 89 del codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016) - che le clausole del contratto di avvalimento non siano afflitte da eccessiva genericità ma, al contrario, appaiano capaci di rendere puntualmente apprezzabili quali siano le risorse messe a disposizione dell’impresa ausiliata, al fine di evitare che il requisito risulti attribuito in via meramente cartolare e non effettiva.

3.6. Nella prospettiva di inquadrare, pertanto, il requisito di partecipazione qui in questione concernente il fatturato pregresso dell’operatore economico, non

può prescindere dalla sua espressa qualificazione, da parte del disciplinare di gara, come requisito al contempo finanziario e tecnico operativo: depone in tal senso l'univoca sua riconduzione al disposto delle lettere b) e c) dell'art. 83 comma 1 del d.lgs. 50/2016 - riferite rispettivamente alla "*capacità economica e finanziaria*" e alle "*capacità tecniche e professionali*" (v. pag. 9 del disciplinare di gara).

La vincolante indicazione contenuta nella clausola del disciplinare (non impugnata e, quindi, non eludibile: v. Cons. Stato. sez. III, n. 546/2020), attraendo il requisito (anche) all'area della capacità tecnica e professionale, suppone la necessaria e puntuale indicazione delle modalità di prestito delle risorse messe a disposizione dall'avvalente. E d'altra parte, nel senso della qualificazione sin qui illustrata depongono sia il fatto che nel contratto siano stati messi a disposizione (sia pure in forma generica) non solo mezzi finanziari ma anche strumenti tecnico/produttivi e personale; sia la *ratio* stessa del supporto professionale offerto posto che, se non si fosse trattato di una qualificazione di capacità tecnica, non avrebbe avuto senso richiedere indicazioni specifiche sulla tipologia e sulle caratteristiche dei servizi espletati "*con indicazione dei rispettivi importi, date e destinatari pubblici e/ o privati*" (si veda la pag. 9 del disciplinare di gara. Nel senso che la natura del requisito vada individuata anche dando rilievo alle relative modalità di prova v. Cons. Stato, sez. V n. 755/2019).

3.6. Ebbene, la disamina del testo contrattuale qui in esame evidenzia come l'ausiliaria, pur impegnata a fornire in modo continuativo le attrezzature compiutamente elencate nell'allegato 2, ha del tutto eluso l'obbligo di indicazione puntuale della rimanente parte del suo contributo ausiliario, essendosi limitata a mettere a disposizione genericamente "*tutta la sua struttura*" operativa, composta da stabilimenti e impianti organizzati secondo specifiche tecniche gestionali (know how); il coordinamento dei servizi, attuato secondo appositi programmi di lavaggio e un sistema di gestione

qualità; il personale, “*messo a disposizione in numero necessario all’espletamento delle attività di servizio lavanderia oggetto dell’appalto*”.

Dunque, risultano del tutto indeterminate le tre voci afferenti al personale (v. Tar Napoli, sez. I, n. 1022/2020 e sez. V, n. 91/2020), al know how (v. Cons. Stato, sez. V nn. 755/2019 e 6551/2018), agli stabilimenti e alle modalità di coordinamento e gestione dei servizi.

È nota, peraltro, l’indicazione metodologica circa la necessità di condurre “in concreto” l’indagine sul contenuto contrattuale, secondo una linea di interpretazione pragmatica che ammette la validità di un oggetto determinabile e non necessariamente predeterminato in tutti i suoi elementi (v. Adunanza Plenaria n. 23 del 2016).

Al netto di tale precisazione, deve tuttavia rilevarsi come il rimando alla complessiva struttura aziendale dell’impresa ausiliaria e alle occasionali necessità di approvvigionamento e supporto - quale limite dimensionale entro il quale le unità di personale potranno essere coinvolte nella esecuzione del contratto - non costituisce alcun apprezzabile parametro di “determinabilità” dell’impegno assunto, poiché non sussistono riferimenti di sorta in grado di chiarire in che cosa e con quale consistenza qualitativa e quantitativa (ovvero entro quali limiti minimi o massimi e con quale tipologia di risorse disponibili) si esplicherà il contributo di supporto dell’ausiliaria nell’ipotesi in cui se ne dovesse palesare la necessità per l’insorgenza di eventuali carenze o impossibilità dell’ausiliata. Risulta del tutto depotenziata, a cascata, la stessa posizione contrattuale della stazione appaltante nei confronti del soggetto ausiliario, stante la totale evanescenza del contenuto prestazionale che la prima potrà, in ipotesi, esigere nei confronti del secondo e verificare in corso di esecuzione.

D’altra parte, la definizione per *relationem* del contenuto dell’impegno negoziale dell’ausiliario non può ritenersi assoluta neppure facendo riferimento ai contenuti dell’offerta del concorrente e, quindi, alla consistenza di risorse ivi indicate come necessarie per l’esecuzione dell’appalto, in quanto: *i)* il

requisito di fatturato prestato è asseritamente riferito al “*servizio di lavanoleggio*” mentre il personale e le attrezzature vengono messe a disposizione per l’espletamento delle sole attività di “*servizio lavanderia*” (si legge infatti: “*attrezzature occorrenti a vario titolo per lo svolgimento del servizio di lavanderia*” e “*personale necessario all’espletamento delle attività di servizio lavanderia oggetto dell’appalto*”); *ii*) costituisce fatto incontestato, d’altra parte, che l’appalto implica prestazioni di lavanoleggio (tanto che ad esse fa riferimento il requisito di fatturato specifico) e che almeno una parte degli introiti vantati da Eureka sia riconducibile a soli servizi di lavanderia (v. pag. 4 memoria Dussmann del 23.2.2020). In disparte ogni altra considerazione sulla qualità del fatturato considerato, ciò che rileva in questa sede evidenziare è l’incongruenza, ai fini della determinazione dell’impegno negoziale della impresa ausiliaria, dell’oggetto dell’appalto rispetto ai riferimenti contenuti nel contratto di avvalimento; *iii*) manca, inoltre, un chiaro rimando al segmento di attività oggetto di appalto e al nucleo di personale in esse coinvolto alle quali (in ipotesi) parametrare l’impegno dell’ausiliaria; *iv*) nessun elemento di dettaglio consente di definire, come già esposto, la struttura operativa ed il personale dei quali Dussmann potrà avvalersi.

3.7. Tanto induce a ravvisare nel contratto di avvalimento presentato al momento della partecipazione alla gara lacune contenutistiche tali da giustificare l’esclusione dalla gara della seconda classificata. Al contempo, il carattere assorbente del motivo sin qui esaminato consente di prescindere dalla disamina degli ulteriori rilievi mossi nei confronti della posizione della Dussmann.

4. - In conclusione, la pretesa azionata in via principale dall’appellante (e volta a conseguire l’aggiudicazione dell’appalto) supera la prova cd. di resistenza, in quanto fonda su motivi idonei a giustificare l’espulsione dalla procedura selettiva tanto della prima quanto della seconda graduata.

Risulta assorbita, per l’effetto, la disamina del terzo gruppo di censure, involgenti la legittimità dell’intera procedura di gara e supportate dall’interesse

strumentale alla integrale riedizione della stessa.

5. - Nella formulazione le proprie istanze conclusive, Reekep ha chiesto di subentrare nella Convenzione sottoscritta dal raggruppamento controinteressato.

5.1. A questo proposito va rilevato che il contratto ha ad oggetto prestazioni di durata che rivestono una proiezione temporale apprezzabile.

A seguito del subentro della controinteressata nella gestione del servizio, verificatosi nel febbraio 2020 a seguito della pronuncia cautelare di questa sezione, residua una considerevole parte del rapporto contrattuale ancora eseguibile da parte della subentrante.

5.2. Pertanto, il Collegio ritiene che sussistono i requisiti stabiliti dall'art. 122 c.p.a. al fine di dichiarare l'inefficacia del contratto, onde consentire il subingresso della ricorrente nella esecuzione della commessa (una volta espletate da parte della stazione appaltante le eventuali ed ulteriori verifiche che a ciò si rendessero necessarie).

6. - Al contempo, l'annullamento dell'aggiudicazione e la declaratoria di inefficacia del contratto costituiscono rimedi in forma specifica soddisfattivi che, allo stato, elidono le conseguenze dannose patite dalla ricorrente per effetto dell'illegittimità rilevata, con conseguente irrilevanza della dispiiegata domanda risarcitoria in forma generica (peraltro introdotta tardivamente solo con la memoria ex art. 73 c.p.a.).

7. - Tenuto conto dell'alternativo esito dei due giudizi e della complessità delle questioni trattate, si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione delle spese processuali con riguardo ad entrambi i gradi di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata:

- accoglie il ricorso di primo grado e annulla gli atti di gara con esso impugnati nei limiti e per gli effetti di cui in motivazione;

- dichiara l'inefficacia della convenzione stipulata nei limiti della residua parte del rapporto contrattuale ancora da espletare;
- compensa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 luglio 2020, svolta in modalità telematica, con l'intervento dei magistrati:

Roberto Garofoli, Presidente

Giulio Veltri, Consigliere

Stefania Santoleri, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Ezio Fedullo, Consigliere

L'ESTENSORE
Giovanni Pescatore

IL PRESIDENTE
Roberto Garofoli

IL SEGRETARIO