

Publicato il 22/11/2017

N. 02214/2017 REG.PROV.COLL.  
N. 00810/2017 REG.RIC.

 logo

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

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia**

**(Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 810 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Giuseppina Incorvaia, Pier Giuseppe Torrani e Marco Annoni, con domicilio eletto presso lo studio Pier Giuseppe Torrani in Milano, corso Magenta, 63;

*contro*

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Guido Greco, Manuela Muscardini, Paolo Provenzano e Ginevra Greco, con domicilio eletto presso lo studio Guido Greco in Milano, Piazzale Lavater, 5;

*nei confronti di*

-OMISSIS-non costituitasi in giudizio;

-OMISSIS-, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentate e difese dagli avvocati Andrea Guarino, Elenia Cerchi e Carlo Cerami,

con domicilio eletto presso lo studio Carlo Cerami in Milano,  
Galleria San Babila, 4/A;

*e con l'intervento di*

ad opponendum:

Regione Lombardia, rappresentata e difesa dagli avvocati Piera Pujatti e Pio Dario Vivone, con domicilio eletto presso la sede dell'Avvocatura regionale in Milano, piazza Città di Lombardia, 1;

*per l'annullamento*

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento del 16 marzo 2017 di -OMISSIS-, denominato “Atto di ottemperanza e verifica delle condizioni di partecipazione”, relativo alla “Procedura ristretta ai sensi dell'art. 153, commi 1 – 14 del D.Lgs 163/2006 per l'affidamento del contratto di concessione di lavori pubblici avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva e la realizzazione della Città della Salute e della Ricerca nel Comune di Sesto San Giovanni”, comunicato a mezzo fax in data 20 marzo 2017 e dell'unita nota di accompagnamento;
- del provvedimento del 21 marzo 2017 di -OMISSIS- con il quale è stata disposta l'aggiudicazione provvisoria della procedura sub (a) all'ATI Condotte;
- del provvedimento del 21 marzo 2017 di -OMISSIS- con il quale è stata disposta la “conferma della nomina a promotore del RTC costituito da -OMISSIS- (mandataria), -OMISSIS- (mandante), -OMISSIS-(mandante), -OMISSIS- (mandante)” della procedura sub (a);
- dei verbali della Commissione giudicatrice del 2 e del 17 marzo 2017;

- di ogni ulteriore atto a questi comunque annesso, connesso, presupposto e consequenziale, ivi incluso il parere legale reso dagli avvocati Guido Greco e Manuela Muscardini in data 15.03.2017 ed assunto in pari data al protocollo di -OMISSIS- al numero DG-150317-00001, nella misura in cui lo stesso è richiamato per relationem dall'atto di ottemperanza e contribuisce, quindi, a formarne la parte motiva;

nella parte in cui tutti questi atti e provvedimenti escludono dalla procedura il raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria l'-OMISSIS-e, per l'effetto, confermano l'aggiudicazione definitiva della gara e la nomina a promotore a favore del raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria la -OMISSIS-

Per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti presentato da -OMISSIS- il 21.7.2017:

1) in via principale, nel merito:

- (i) del provvedimento di -OMISSIS- datato 22.06.2017, in atti prot. UFF-G-L1301\_A07212-38, con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura per cui è causa in favore del RTC costituito da -OMISSIS- (mandataria), -OMISSIS- (mandante), -OMISSIS- (mandante), -OMISSIS- (mandante), comunicato a mezzo fax in pari data, e dell'unita nota di accompagnamento;

(ii) del verbale della seduta conclusiva, tenutasi in data 20.01.2016, della Conferenza dei servizi per l'approvazione del Progetto preliminare relativo all'intervento di realizzazione della Città della Salute e della Ricerca a Sesto San Giovanni, prot. CDS-200116-00001;

(iii) del provvedimento finale della Conferenza di servizi del 20.01.2016, prot. CDS-200116-00002, emesso dal Responsabile Unico del Procedimento;

(iv) dell'atto di validazione del Progetto preliminare del 21.06.2017, prot. CDSR-210617-000001, emesso dal Responsabile Unico del Procedimento, e dell'allegato rapporto conclusivo di verifica – RCL\_00 del 15.11.2016, reso dai verificatori ad esito dell'attività di verifica svolta sul Progetto preliminare;

(v) dell'atto di approvazione del Progetto preliminare del 21.06.2017, prot. CDSR-210617-000002, emesso da -OMISSIS-;

(vi) di ogni atto preordinato, correlato, connesso e conseguente alla procedura ristretta indetta da -OMISSIS- per l'affidamento del contratto di concessione di lavori pubblici avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva e la realizzazione della Città della Salute e della Ricerca nel Comune di Sesto San Giovanni;

(vii) nonché di tutti gli atti e i provvedimenti già impugnati con il ricorso principale;

- previa declaratoria di inefficacia del contratto nelle more eventualmente stipulato tra -OMISSIS- e il RTI -OMISSIS-,  
e per il risarcimento del danno

in forma specifica mediante condanna di -OMISSIS- ad aggiudicare la procedura ristretta per l'affidamento della concessione di lavori pubblici per la progettazione e la realizzazione della Città della Salute e della Ricerca alla -OMISSIS- e, in via subordinata, per equivalente monetario.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di -OMISSIS- e di -OMISSIS-  
.

Visto l'atto di intervento ad opponendum della regione Lombardia;

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 8 novembre 2017 la dott.ssa Elena Quadri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

#### FATTO

Con il presente gravame la società istante ha impugnato il provvedimento emesso da -OMISSIS- il 16 marzo 2017 denominato “Atto di ottemperanza e verifica delle condizioni di partecipazione”, relativo alla procedura ristretta indetta ai sensi dell'art. 153, commi 1 – 14 del d.lgs. 163/2006 per l'affidamento del contratto di concessione di lavori pubblici avente ad oggetto la progettazione definitiva ed esecutiva e la realizzazione della Città della Salute e della Ricerca nel comune di Sesto San Giovanni, nella parte in cui esclude dalla procedura il raggruppamento temporaneo di imprese con mandataria l'Impresa di -OMISSIS-, unitamente agli ulteriori provvedimenti consequenziali indicati in epigrafe, concernenti la conferma dell'aggiudicazione provvisoria da parte di -OMISSIS- all'ATI controinteressata nonché della nomina a promotore dell'ATI medesima.

A sostegno del proprio ricorso l'istante ha dedotto, con il primo motivo, la violazione e falsa applicazione della sentenza n. 841/2017

del Consiglio di Stato, l'errata individuazione del segmento procedimentale da rinnovare, la violazione del paragrafo 4.2, lettere c) e seguenti, della lettera di invito, l'incompetenza del Direttore Generale di -OMISSIS-, l'errata qualificazione degli atti adottati, nonché la violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e ss. e dell'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990 e successive modifiche e integrazioni; con il secondo motivo, la violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006, da solo e in combinato disposto con l'art. 55, del medesimo d.lgs., nonché l'eccesso di potere per sviamento e difetto di motivazione; con il terzo motivo la violazione e falsa applicazione degli artt. 75 e 153 del d.lgs. 163/2006 nonché del punto XI.2, lett. q), del bando di gara e del paragrafo 2.2.1, n. 4) e n. 6) della lettera d'invito e l'eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Si sono costituite in giudizio -OMISSIS- e l'ATI controinteressata, che hanno chiesto la reiezione del gravame per infondatezza nel merito del ricorso.

Ha proposto atto di intervento in giudizio ad opponendum la regione Lombardia, assumendo di avere un notevole interesse strategico alla realizzazione dell'infrastruttura sanitaria oggetto della controversia.

Con ordinanza n. -OMISSIS- del -OMISSIS-la sezione ha respinto l'istanza cautelare proposta dalla società ricorrente.

Con ricorso per motivi aggiunti l'istante ha impugnato per illegittimità derivata il provvedimento con il quale è stata disposta l'aggiudicazione definitiva della procedura all'ATI controinteressata, nonché gli ulteriori atti indicati in epigrafe, deducendo gli stessi motivi dedotti con il ricorso principale.

Successivamente le parti hanno prodotto memorie a sostegno delle rispettive conclusioni.

All'udienza pubblica dell'8 novembre 2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

## DIRITTO

Deve premettersi che la procedura in questione è stata indetta da -OMISSIS- con bando pubblicato sulla GURI il 22 febbraio 2013.

Successivamente alla presentazione delle offerte le indagini svolte dall'Autorità giudiziaria di Milano hanno fatto emergere comportamenti illeciti nel corso della procedura, che hanno portato all'emissione di sentenze di condanna e alla sostituzione della Commissione giudicatrice.

All'esito del confronto a coppie delle offerte tecniche e della valutazione degli altri elementi quantitativi delle offerte presentate, la nuova Commissione ha dichiarato aggiudicataria della procedura -OMISSIS-, collocando al secondo posto in graduatoria -OMISSIS-, che ha impugnato l'esito della gara innanzi a questo Tribunale, deducendo svariati motivi di diritto e assumendo, tra l'altro, l'illegittimità della mancata esclusione dalla procedura dell'-OMISSIS-, sesta in graduatoria, stante l'intervenuta sentenza del Giudice penale che aveva attestato gli illeciti commessi dal legale rappresentante della sua mandataria, firmatario dell'offerta, per alterare gli esiti della procedura stessa.

L'interesse di -OMISSIS- a muovere tale censura era determinato dal fatto che, eliminando dal confronto a coppie l'offerta dell'-OMISSIS-, la stessa -OMISSIS- sarebbe risultata, in base ai punteggi assegnati, aggiudicataria della procedura.

Con sentenza n. -OMISSIS- dell'-OMISSIS- il ricorso è stato respinto, così come il ricorso incidentale proposto dal-OMISSIS-.

Con riferimento, specificamente, alla censura concernente l'assunta illegittimità della mancata esclusione del -OMISSIS-, il Tribunale l'ha respinta con le seguenti argomentazioni: "Passando adesso all'esame delle censure d'illegittimità afferenti alla mancata esclusione del -OMISSIS-, il Collegio osserva che le stesse sono innanzitutto inammissibili.

Va precisato, preliminarmente, che è precluso al Tribunale di sostituirsi all'amministrazione e di rifare autonomamente la graduatoria, come sembra peraltro convenire nei suoi scritti anche la difesa di -OMISSIS-.

La conseguenza, pertanto, di un eventuale accertamento dell'illegittimità del provvedimento ammissivo del -OMISSIS- alla fase di comparazione con le altre offerte potrebbe essere soltanto un obbligo conformativo della stazione appaltante a rivalutare tali offerte, espungendo dalla matrice triangolare del confronto a coppie i punteggi assegnati al raggruppamento escluso dalla gara.

-OMISSIS- ha peraltro allegato e dimostrato, con produzione del certificato casellario di interesse e argomentazioni non adeguatamente confutate da Salini, che, in caso di adesione alla tesi propugnata dalla ricorrente principale (secondo cui il -OMISSIS- avrebbe dovuto essere escluso per l'intervenuta sentenza di applicazione della pena per associazione a delinquere e corruzione ai danni del soggetto che aveva sottoscritto, in quanto rappresentante legale, la domanda di partecipazione), la Commissione giudicatrice, in sede di riformulazione della graduatoria, sarebbe tenuta, nel legittimo riesercizio dei propri poteri valutativi, ad escludere anche il R.T.I.



-OMISSIS- per motivi simili (sentenza di applicazione della pena per gravi reati divenuta irrevocabile nel corso della procedura, ed emessa a carico di titolare di carica non ancora cessato alla data di pubblicazione del bando), con la conseguenza logica che si giungerebbe ad una nuova graduatoria la quale, però, seppure con diversi punteggi, vedrebbe al primo posto sempre il -OMISSIS- (cfr. documenti n. 19 e 47 prodotti dalla stazione appaltante).

Al riguardo, il Collegio ritiene di potere esprimere le seguenti considerazioni:

- sul versante sostanziale, la Commissione giudicatrice sarebbe eventualmente tenuta a riesaminare tutti gli aspetti di legalità e regolarità afferenti alla procedura pubblica, una volta rientrata nel pieno possesso delle proprie facoltà valutative, anche se a seguito di obbligo conformativo derivante da un precetto di natura giudiziale;

- sul versante processuale, l'amministrazione resistente può eccepire, e provare con ogni mezzo lecito - e quindi anche tramite la prospettazione di comportamenti doverosi - che l'accoglimento della domanda della ricorrente principale non sortirebbe alcun effetto favorevole per la parte interessata all'aggiudicazione della procedura.

Sotto altro, concorrente profilo, coglie nel segno la tesi di -OMISSIS-, secondo cui la Commissione giudicatrice non era tenuta a verificare in capo al RTI -OMISSIS- la sussistenza continuativa dei prescritti requisiti di moralità dallo stesso dichiarati.

Invero, tale raggruppamento non si è classificato al primo o al secondo posto della graduatoria finale, né è stato sorteggiato per la verifica sul controllo dei requisiti.

D'altra parte, un siffatto onere di verifica continuativa si porrebbe in frontale contrasto con il principio di economicità dell'azione amministrativa e con il divieto di aggravamento del procedimento.

Il primo motivo del ricorso introduttivo (come ripreso dai motivi aggiunti) è dunque infondato, oltre che inammissibile per carenza di interesse”.

Tale decisione è stata appellata da -OMISSIS-, che ha contestato le statuizioni nella stessa formulate, mentre l'-OMISSIS- ha proposto appello incidentale, contestando il rigetto dei motivi del ricorso incidentale proposto.

Con sentenza n. -OMISSIS- del -OMISSIS-, la terza sezione del Consiglio di Stato ha accolto l'appello principale, respingendo quello incidentale.

Questa la motivazione della riforma della sentenza di primo grado: “E' invece fondata l'ulteriore censura, con la quale l'appellante principale lamenta l'illegittima partecipazione alla procedura di altro soggetto, chiamato in giudizio ma non costituitosi, la cui esclusione inciderebbe sul risultato del confronto a coppie, rendendo la sua offerta la migliore.

Occorre premettere come sia sostanzialmente pacifico che la concorrente in questione ha perso i requisiti di onorabilità di cui all'art. 38, primo comma lett. c), del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, necessari per partecipare alla gara.

Infatti, l'allora rappresentante legale e firmatario dell'offerta per partecipare alla gara è stato condannato, insieme al responsabile del procedimento e ad alcuni componenti della commissione giudicatrice, tutti successivamente sostituiti, per illeciti commessi nel corso della procedura di cui ora si tratta.

La stazione appaltante risulta quindi parte lesa dell'illecito, ed è necessariamente venuta a conoscenza della condanna (il fatto peraltro non è contestato).

Tali elementi, come anticipato, non sono contestati; le parti appellate sostengono peraltro la loro irrilevanza sul piano processuale, sotto diversi profili.

In primo luogo la doglianza sarebbe inammissibile in quanto la candidata della cui ammissione si discute ha presentato la sesta migliore offerta, mentre l'appellante incidentale ha presentato, ovviamente, la migliore offerta e l'appellante principale la seconda; la sua esclusione dalla gara non potrebbe quindi incidere sull'individuazione dell'aggiudicatario.

Su tale base le parti appellate affermano la carenza di interesse dell'appellante principale.

L'eccezione non può essere accolta in quanto l'appellante afferma, in realtà non contraddetta dalle controparti, che la sua esclusione imporrebbe il ricalcolo del risultato del confronto a coppie per l'individuazione della migliore offerta tecnica.

Tale operazione comporterebbe una diversa articolazione dei punteggi spettanti all'aggiudicataria e all'appellante, con l'attribuzione a quest'ultima del miglior punteggio.

L'appellante ha quindi dimostrato il suo interesse all'accoglimento della censura.

Le parti appellate oppongono che tale risultato non è ottenibile in quanto l'art. 48, secondo comma, del d. lgs. 2 aprile 2006, n. 163, stabilisce che: "la richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora

gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione”.

Ad avviso delle parti resistenti la norma impone la riformulazione della graduatoria solo qualora i controlli effettuati conducano all'esclusione dei primi due graduati; essa non sarebbe quindi applicabile nel caso che ora occupa, nel quale si discute dell'esclusione di chi ha presentato la sesta migliore offerta.

L'argomentazione non può essere condivisa.

E' vero che l'art. 48 tratta dei soggetti che hanno presentato la prima e la seconda migliore offerta, ma ciò non significa che solo le loro posizioni incidano sull'aggiudicazione della gara.

La norma, ad avviso del Collegio, impone un adempimento obbligatorio alla stazione appaltante, che deve necessariamente provvedere alle verifiche ivi previste nei confronti dei presentatori delle due migliori offerte, ma non sancisce affatto l'irrilevanza dell'irregolare partecipazione alla gara di altri soggetti.

Gli appellanti incidentali sostengono poi che la riformulazione della graduatoria sarebbe preclusa dall'art. 38, comma 2 bis ultimo periodo, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ai sensi del quale “ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per la soglia di anomalia delle offerte”.

Le questioni sollevate dalle appellate non possono essere condivise nemmeno sotto questo profilo in quanto la norma ha un contenuto palesemente eccezionale, per cui può essere applicata esclusivamente nell'ambito ivi delineato, costituito dal calcolo della media o della soglia di anomalia.

Afferma, di conseguenza, il Collegio che la norma non può essere applicata nella ben diversa ipotesi, evidenziata nel caso in esame, della determinazione delle offerte da assoggettare al confronto a coppie; la norma non rileva quindi nemmeno in ordine alla determinazione dei punteggi conseguenti.

Sulla base di tali osservazioni afferma il Collegio che deve essere condivisa l'impostazione dell'appellante principale, secondo la quale il suddetto punteggio deve essere rideterminato espungendo dal confronto quella che poi è risultata essere la sesta migliore offerta.

Le appellate sostengono infine che a voler seguire il ragionamento dell'appellante principale anche altro partecipante si troverebbe nella stessa situazione del sesto classificato e l'esclusione del suddetto altro partecipante, che costituirebbe, per la stazione appaltante, atto dovuto, imporrebbe di rimaneggiare ulteriormente l'esito del confronto a coppie.

L'operazione imporrebbe, in conclusione, di confermare l'attuale aggiudicazione.

Neanche questa argomentazione può essere condivisa essendo precluso al giudice pronunciarsi su poteri che l'Amministrazione non ha ancora esercitato.

In forza di tutte le considerazioni fino a ora svolte la tesi dell'appellante principale circa l'illegittima ammissione alla gara della sesta classificata e sulla conseguente illegittimità dell'esito del

confronto a coppie, inficiato dall'inserimento, al suo interno, della predetta offerta, deve essere condivisa.

4. L'appello principale deve, in conclusione, essere accolto e, in riforma della sentenza gravata, accolto il ricorso di primo grado, per l'effetto annullando l'impugnata aggiudicazione, nei sensi di cui in motivazione.

Non può invece essere accolta la domanda dell'appellante principale di immediata aggiudicazione della gara in proprio favore.

In base al principio di cui all'art. 34, secondo comma, del codice del processo amministrativo, già richiamato, spetta infatti all'Amministrazione esercitare i propri poteri rinnovando il procedimento, nel rispetto dei principi stabiliti dalla presente sentenza”.

Tanto premesso, con il primo motivo di ricorso la società ricorrente ha dedotto l'illegittimità delle rideterminazioni dell'Amministrazione in seguito al giudicato, con particolare riferimento all'errata individuazione del segmento procedimentale da rinnovare, la violazione del paragrafo 4.2, lettere c) e seguenti, della lettera di invito, l'incompetenza del Direttore Generale di -OMISSIS-, l'errata qualificazione degli atti adottati, nonché la violazione e falsa applicazione degli artt. 7 e ss. e dell'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990 e successive modifiche e integrazioni.

Più specificamente, la ricorrente lamenta che l'Amministrazione intimata, nella persona del Direttore generale incompetente, abbia errato nell'interpretare la pronuncia del Consiglio di Stato, nella parte in cui avrebbe agito sostanzialmente in autotutela provvedendo ad escludere dalla gara il concorrente -OMISSIS- oltre che -OMISSIS-, oltretutto senza garantire alla ricorrente medesima l'esercizio delle

proprie garanzie procedurali ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990 ed omettendo l'osservanza dei principi in tema di esercizio del potere di autotutela amministrativa ai sensi del disposto dell'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990.

Il motivo è infondato sotto tutti i profili.

Ed invero, ritiene il Collegio che l'Amministrazione intimata si sia limitata, con il proprio operato, a riesercitare la propria attività procedimentale, di natura spiccatamente discrezionale, in seguito all'annullamento dei provvedimenti impugnati da parte del Consiglio di Stato, rigorosamente attenendosi alle prescrizioni elaborate proprio dal Supremo Consesso Amministrativo in tema di riesercizio del potere amministrativo in seguito al giudicato di annullamento.

Più specificamente, l'amministrazione si è scrupolosamente attenuta al granitico orientamento per il quale: "In sede di ottemperanza al giudicato l'Amministrazione è tenuta non solo a uniformarsi alle indicazioni rese dal giudice e a determinarsi secondo i limiti imposti dalla rilevanza sostanziale della posizione soggettiva azionata e consolidata in sentenza, ma anche a prendere diligentemente in esame la situazione controversa nella sua complessiva estensione, valutando non solo i profili oggetto della decisione del giudice, ma pure quelli comunque rilevanti per provvedere definitivamente sull'oggetto della pretesa, all'evidente scopo di evitare ogni possibile elusione del giudicato; corollario di ciò è il dovere dell'Amministrazione, in sede di riesame della vicenda controversa, di essere particolarmente rigorosa nella verifica di tutti i possibili profili rilevanti, esaminando l'affare nella sua interezza e sollevando tutte le questioni che ritenga d'interesse, dopo di ciò non potendo tornare a decidere sfavorevolmente neppure in relazione a profili

ancora non esaminati; tanto allo scopo di evitare che la realizzazione dell'interesse sostanziale del ricorrente possa essere frustrata dall'artata reiterazione ad libitum di provvedimenti sfavorevoli, basati su sempre nuovi e inediti supporti motivazionali”(cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 4 marzo 2011, n. 1415).

L'Amministrazione ha, inoltre, strettamente osservato il precetto giurisprudenziale per il quale: “L'Amministrazione, soccombente a seguito di sentenza irrevocabile di annullamento di propri provvedimenti, ha l'obbligo di ripristinare la situazione controversa, a favore del privato e con effetto retroattivo, senza tuttavia che tale retroattività dell'esecuzione del giudicato possa essere intesa in senso assoluto, essendo ragionevolmente parametrata alle circostanze del caso concreto ed alla natura dell'interesse legittimo coinvolto; l'obbligo, pertanto, non incide sui tratti liberi dell'azione amministrativa lasciati impregiudicati dallo stesso giudicato e, in primo luogo, sui poteri non esercitati e fondati su presupposti fattuali e normativi diversi e successivi rispetto a quest'ultimo” (cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 8 maggio 2017, n. 2087).

E tali regole emergevano proprio dalla decisione cui -OMISSIS- si accingeva ad ottemperare, in particolare dai passi seguenti:

“...l'art. 48, secondo comma, del d. lgs. 2 aprile 2006, n. 163, stabilisce che: “la richiesta di cui al comma 1 è, altresì, inoltrata, entro dieci giorni dalla conclusione delle operazioni di gara, anche all'aggiudicatario e al concorrente che segue in graduatoria, qualora gli stessi non siano compresi fra i concorrenti sorteggiati, e nel caso in cui essi non forniscano la prova o non confermino le loro dichiarazioni si applicano le suddette sanzioni e si procede alla



determinazione della nuova soglia di anomalia dell'offerta e alla conseguente eventuale nuova aggiudicazione”.

Ad avviso delle parti resistenti la norma impone la riformulazione della graduatoria solo qualora i controlli effettuati conducano all'esclusione dei primi due graduati; essa non sarebbe quindi applicabile nel caso che ora occupa, nel quale si discute dell'esclusione di chi ha presentato la sesta migliore offerta.

L'argomentazione non può essere condivisa.

E' vero che l'art. 48 tratta dei soggetti che hanno presentato la prima e la seconda migliore offerta, ma ciò non significa che solo le loro posizioni incidano sull'aggiudicazione della gara.

La norma, ad avviso del Collegio, impone un adempimento obbligatorio alla stazione appaltante, che deve necessariamente provvedere alle verifiche ivi previste nei confronti dei presentatori delle due migliori offerte, ma non sancisce affatto l'irrilevanza dell'irregolare partecipazione alla gara di altri soggetti”.

“...Le appellate sostengono infine che a voler seguire il ragionamento dell'appellante principale anche altro partecipante si troverebbe nella stessa situazione del sesto classificato e l'esclusione del suddetto altro partecipante, che costituirebbe, per la stazione appaltante, atto dovuto, imporrebbe di rimaneggiare ulteriormente l'esito del confronto a coppie.

L'operazione imporrebbe, in conclusione, di confermare l'attuale aggiudicazione.

Neanche questa argomentazione può essere condivisa essendo precluso al giudice pronunciarsi su poteri che l'Amministrazione non ha ancora esercitato”.

“...L'appello principale deve, in conclusione, essere accolto e, in riforma della sentenza gravata, accolto il ricorso di primo grado, per l'effetto annullando l'impugnata aggiudicazione, nei sensi di cui in motivazione.

Non può invece essere accolta la domanda dell'appellante principale di immediata aggiudicazione della gara in proprio favore.

In base al principio di cui all'art. 34, secondo comma, del codice del processo amministrativo, già richiamato, spetta infatti all'Amministrazione esercitare i propri poteri rinnovando il procedimento, nel rispetto dei principi stabiliti dalla presente sentenza”.

Nell'ottemperare al giudicato l'Amministrazione ha, invero, esercitato i propri poteri rinnovando il procedimento e verificando, attenendosi ai principi contenuti nella suddetta decisione, la posizione non solo delle prime due partecipanti alla procedura concorsuale e dei soggetti sorteggiati (come aveva fatto in precedenza), bensì di tutti i concorrenti, fra i quali, oltre a -OMISSIS-, posizionatasi sesta in graduatoria, era presente, altresì -OMISSIS-, collocatasi in terza posizione. Per entrambe le concorrenti, che si trovavano in posizione analoga sussistendo precedenti penali rilevanti ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 a carico dei legali rappresentanti delle stesse, la Commissione si è, invero, determinata per l'esclusione dalla gara, estrapolandole dai soggetti partecipanti e riformulando la graduatoria in base alle risultanze della rinnovata fase procedimentale di confronto a coppie. Ne è risultata nuovamente aggiudicataria -OMISSIS-.

Questo, semplicemente, è stato l'operato della Commissione. Diversamente sarebbe stato se si fosse trovata dinanzi ad un obbligo

assolutamente puntuale e vincolato, così che il suo contenuto sarebbe stato integralmente desumibile dalla sentenza, senza che l'Amministrazione fosse abilitata all'esercizio della propria discrezionalità.

Riguardo agli ulteriori profili della censura, afferenti l'assunta incompetenza del Direttore generale nell'emanazione dell'atto di esclusione di -OMISSIS- e -OMISSIS-, la natura di atto di autotutela del medesimo e la conseguente omissione del riconoscimento alla ricorrente delle proprie garanzie procedurali ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, nonché dell'osservanza dei principi in tema di esercizio del potere di autotutela amministrativa ai sensi del disposto dell'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990, il Collegio ritiene che anche queste doglianze non meritino accoglimento.

Ed invero, dall'esame del punto 4 della lettera d'invito si evince che la lex specialis di gara ha attribuito all'amministrazione aggiudicatrice la competenza al controllo del possesso dei requisiti in capo ai concorrenti, demandando alla commissione il mero esame documentale. Tale conclusione risulta avvalorata da un'interpretazione della legge di gara che sia conforme alle disposizioni della normativa all'epoca vigente in tema di esclusione per carenza dei requisiti di moralità, ai sensi dell'art. 38, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006, che attribuiva, specificamente, alle stazioni appaltanti la competenza per l'adozione di tale provvedimento, come, del resto, per tutti gli atti di natura decisoria (come, peraltro, dispone anche l'art. 80, comma 5, del d.lgs. n. 50/2016 attualmente vigente).

Di tale opinione è, pure, la giurisprudenza amministrativa, secondo la quale: "L'esclusione dalla gara deriva da un autonomo procedimento

di competenza della Stazione Appaltante” (cfr. T.A.R. Campania, sez. I, -OMISSIS-, n. 2901);

“È infondato il ricorso concernente l'incompetenza dell'organo che ha adottato l'atto di esclusione dalla gara, cioè il direttore del provveditorato dell'azienda sanitaria” (cfr. T.A.R. Piemonte, sez. I, 18 febbraio 2015, n. 319).

In ogni caso, e per concludere sul punto, nella seduta del 17 marzo 2017 la Commissione giudicatrice ha preso atto di quanto disposto dal Direttore generale e ha ritenuto di condividerne le motivazioni e le conclusioni (cfr. il relativo verbale della seduta), ratificandone, quindi, senza dubbio, l'operato e sanando con effetto ex tunc qualsiasi eventuale vizio di incompetenza (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 17 giugno 2014, n. 3039).

Riguardo, invece, all'assunta natura di atto di autotutela dell'esclusione di -OMISSIS- dalla gara e della conseguente omissione del riconoscimento alla ricorrente delle proprie garanzie procedurali ai sensi dell'art. 7 della legge n. 241 del 1990, nonché dell'osservanza dei principi in tema di esercizio del potere di autotutela amministrativa ai sensi del disposto dell'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990, deve osservarsi, al contrario - come, peraltro già affermato in fase cautelare - che l'Amministrazione si è limitata ad adottare il provvedimento di ottemperanza al giudicato amministrativo estendendo, in sede di rinnovazione della procedura di gara, a seguito dell'annullamento giurisdizionale del provvedimento di affidamento della concessione, i principi affermati dal giudice amministrativo con riferimento a posizioni analoghe; né, nel caso di specie, un tale potere appare necessitare dei presupposti per l'autotutela, non andando ad incidere su un precedente atto del

procedimento di gara e trova comunque supporto nelle indicazioni date dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 841 del 2017.

Ed invero, fino all'introduzione nel processo amministrativo ad opera dell'art. 204 del d.lgs. n. 50 del 2016 del rito superaccelerato in materia di appalti pubblici per l'impugnazione delle ammissioni e delle esclusioni, le ammissioni alla gara non rivestivano natura provvedimentale autonoma, ma facevano parte del procedimento che si concludeva con l'aggiudicazione della procedura concorsuale.

Come l'aggiudicazione provvisoria non potevano, infatti, essere oggetto di impugnazione indipendentemente dall'atto conclusivo di aggiudicazione definitiva.

E' stato, invero, affermato che: "Nelle gare pubbliche l'atto di aggiudicazione provvisoria è un atto di natura endoprocedimentale dell'intero procedimento, che si conclude con il provvedimento di aggiudicazione definitiva, per cui non risulta necessario comunicare l'intenzione di procedere all'annullamento di tale atto endoprocedimentale; parimenti, non sussiste la violazione dell'art. 21 nonies, l. 7 agosto 1990 n. 241 e/o dei principi in materia di autotutela perché il potere di autotutela contemplato dalla predetta norma si riferisce esclusivamente all'annullamento dei provvedimenti conclusivi del procedimento";

"È escluso che nelle gare pubbliche, prima dell'aggiudicazione definitiva, la stazione appaltante abbia l'obbligo di comunicare l'avvio del procedimento in autotutela al concorrente, anche se aggiudicatario provvisorio, atteso che tale provvisoria determinazione non costituisce ancora la definitiva scelta del soggetto aggiudicatario della gara, sì da ingenerare quel legittimo affidamento che impone l'instaurazione del preventivo

contraddittorio procedimentale; a maggior ragione deve ritenersi insussistente l'onere di attivare una preventiva fase di partecipazione, qualora non sia stata disposta neanche l'aggiudicazione provvisoria, dal momento che il partecipante non ha acquisito, in relazione allo stato della procedura, una posizione di vantaggio concreta, comunque tale da far sorgere, nel contesto del procedimento amministrativo in corso, un interesse qualificato e differenziato e quindi meritevole di tutela mediante detta comunicazione". (cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14 maggio 2015, n. 2455; TAR Basilicata, sez. I, 15 febbraio 2016, n. 111; TAR Campania, sez. I, 9 settembre 2015, n. 4411).

A maggior ragione tali osservazioni devono essere estese all'ammissione alla gara, che non è in grado di ingenerare alcun definitivo affidamento in capo al suo destinatario.

In ogni caso, gli atti di esclusione dalla gara nei confronti di -OMISSIS- e di -OMISSIS- sono stati adottati dall'Amministrazione nell'ambito del potere di conformazione alla sentenza del Consiglio di Stato n. 841 del 2017, e, precisamente, nel perseguimento dell'interesse a che fossero espunti dalla gara i concorrenti in capo ai quali non sussistevano più i requisiti di moralità. E, comunque, non potrebbe in ogni caso applicarsi il termine ultimo di 18 mesi fissato solo per l'esercizio dell'autotutela concernente provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici dall'art. 21 nonies della legge n. 241 del 1990.

Con il secondo motivo di ricorso la società ricorrente ha dedotto la violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006, da solo e in combinato disposto con l'art. 55, del

medesimo d.lgs., nonché l'eccesso di potere per sviamento e difetto di motivazione.

Assume, in particolare, che l'amministratore della -OMISSIS- colpito dalla condanna penale di cui all'art. 38, comma 1, lett. c), dovrebbe considerarsi "cessato" dalla carica perché dimessosi il 6 marzo 2013, prima della pubblicazione delle rettifiche al bando, avvenuta in data 15 marzo 2013, nonché del successivo invio della lettera d'invito, trattandosi di procedura ristretta; che l'amministrazione avrebbe dovuto, di conseguenza, applicare il regime derogatorio di favore sulla dissociazione dell'impresa dal reato, in considerazione delle effettive misure dissociative poste in essere dalla -OMISSIS- nei confronti dell'operato dell'amministratore cessato, misure valutate, peraltro, positivamente dalla Commissione; che l'atto di ottemperanza risulterebbe, sul punto, illegittimo per carenza di motivazione, così come in relazione all'ipotesi di esclusione di cui all'art. 38, lett. g), con riferimento alla discrezionalità del potere di valutazione della gravità della violazione fiscale posta in essere.

Il ricorrente chiede anche, in proposito, la sospensione del giudizio in attesa della decisione sulla questione pregiudiziale proposta alla Corte di Giustizia dal Consiglio di Stato, sez. VI, con ordinanza 21 marzo 2016 n. 1160, in ordine alla compatibilità con l'art. 45, par. 2, lett. c) e g), e 3, lett. a), direttiva 2004/18/Ce e, in generale, con i principi di diritto eurounitario in materia di appalti pubblici, dell'art. 38, comma 1, lett. c) d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, nella parte in cui estende il contenuto dell'obbligo dichiarativo sull'assenza di sentenze definitive di condanna, ivi comprese le sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti ai sensi dell'art. 444 c.p.p., ai soggetti cessati dalle cariche sociali nell'anno antecedente la pubblicazione del

bando e configura una correlativa causa di esclusione dalla gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione dalla condotta penalmente sanzionata, rimettendo alla discrezionalità della stazione appaltante una valutazione sull'integrazione della condotta dissociativa che le consente di introdurre a carico dell'impresa, su un piano effettuale, a pena di esclusione dalla gara, i) oneri informativi e dichiarativi relativi a vicende penali non ancora definite con sentenza irrevocabile, ii) oneri di dissociazione spontanea indeterminati quanto alla tipologia delle condotte scriminanti, al relativo riferimento temporale (anche anticipato rispetto al momento di irrevocabilità della sentenza penale) e alla fase della procedura in cui devono essere assolti e iii) oneri di leale collaborazione dal contorno indefinito, genericamente fondati sulla clausola di buona fede.

Il motivo è infondato.

Dalla documentazione versata in atti risulta chiaramente che l'amministratore della -OMISSIS-, condannato con sentenza divenuta irrevocabile per reati ricompresi fra quelli previsti dall'art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006, si è dimesso dalla carica il 6 marzo 2013, dunque nel periodo ricompreso tra la pubblicazione del bando di gara, avvenuta il 16 febbraio 2013, e la scadenza del termine di presentazione delle offerte.

In proposito, secondo il disposto letterale dell'art. 38 succitato, nonché del costante orientamento della giurisprudenza amministrativa: "Deve ritenersi che rispetto agli obblighi di cui all'art. 38 del d. lgs. n. 163 del 2006, la data della pubblicazione del bando di gara costituisce il discrimine temporale che definisce sia i soggetti in



carica sia quelli cessati” (Cons. Stato, sez. V, 27 dicembre 2013, n. 6271);

“Si osserva come l'ing. Capozzi è cessato (il dato è incontestato) nell'arco temporale che va dopo la pubblicazione del bando e prima della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, il che sta a significare che in relazione ad una fase particolarmente qualificante per la procedura selettiva, quella dell'indizione, il predetto era ancora in carica e ricopriva un ruolo rilevante per la Società stessa, sicché non può considerarsi cessato alla stregua dell'ordinaria definizione di tale termine e quindi sotto la veste di organo ancora in carica avrebbe dovuto produrre l'apposita dichiarazione (cosa non avvenuta)” (Cons. Stato, sez. IV, 22 giugno 2016, n. 2752).

Ne consegue l'impossibilità di considerare come discriminine temporale che definisce sia i soggetti in carica sia quelli cessati la data di pubblicazione delle rettifiche al bando di gara, né, a maggior ragione, la data della trasmissione della lettera d'invito.

Ne consegue, inoltre, l'impossibilità di applicare nella fattispecie in questione il regime di favore previsto dall'art. 38 per i cessati dalla carica, con la conseguente irrilevanza delle misure di dissociazione poste in essere dalla -OMISSIS- nei confronti dell'operato dell'ex amministratore, la cui condanna aveva un'automatica rilevanza escludente.

Sul punto, è stato affermato che: “non è applicabile al caso di specie la norma di favore sulla dissociazione dell'impresa dal reato commesso dal suo rappresentante legale, in quanto tale soggetto non è cessato dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione

del bando di gara” (cfr. Tar Lazio, sez. II bis, 20 aprile 2016, n. 12663; Tar Lombardia, sez. I, 20 aprile 2012, n. 1179).

Ne consegue, dunque, altresì, l'irrilevanza della questione pregiudiziale pendente innanzi alla Corte di Giustizia.

Riguardo, infine, alla censura concernente l'assunto difetto di motivazione in ordine alla valutazione della rilevanza della violazione dell'art. 38, comma 1, lett. g), dalla documentazione versata in atti risulta che, all'esito di un accertamento della Guardia di Finanza, è risultato che la società -OMISSIS- ha emesso fatture per operazioni inesistenti per un valore pari ad euro 9.124.000 e che la stessa -OMISSIS- ha presentato il 17 luglio 2013 alla Direzione regionale Veneto dell'Agenzia delle entrate la comunicazione di adesione in toto al processo verbale di constatazione dell'evasione IVA contestata.

Tanto premesso, in seguito alla dichiarazione confessoria della società, si ritiene di certo integrata la fattispecie presupposta alla doverosa esclusione dalla gara prescritta dall'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, ed in particolare quella di cui alla lett. g) del primo comma, della commissione di “violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse”, specificata al secondo comma della stessa norma, per il quale “Ai fini del comma 1, lettera g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602; costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle relative all'obbligo di pagamento di debiti per imposte e tasse certi, scaduti ed esigibili”.

In proposito, il Consiglio di Stato ha affermato, in una vicenda analoga, che: “deve sottolinearsi che la presente vicenda trova soluzione in un quadro normativo che, per effetto delle modifiche alla materia dei contratti pubblici introdotte dal D.L. 13 maggio 2011, n. 70 (c.d. "Decreto sviluppo") e della relativa legge di conversione (L. 12 luglio 2011, n. 106), è profondamente mutato proprio in relazione alle questioni all'attenzione del Collegio.

In particolare, nell'art. 38, comma 1, lett. g), è sempre prevista come causa di esclusione la commissione di violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti, ma è ora aggiunto che si deve trattare di violazioni gravi.

Nel novellato comma 2 dell'art. 38 vengono individuati parametri normativi di determinazione della gravità, la cui valutazione resta pertanto sottratta alla discrezionalità delle stazioni appaltanti.

In particolare, ai fini del comma 1, lett. g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'art. 48bis, comma 1 e 2bis, D.P.R. 29 settembre 1973 n. 602” (cfr. Cons. Stato, sez. V, 20 febbraio 2012, n. 907).

Ne deriva la perfetta legittimità dell'operato dell'amministrazione intimata, che ha escluso -OMISSIS- dalla gara esercitando un potere di natura vincolata e non discrezionale, in presenza dei presupposti di gravità della violazione in materia fiscale definitivamente accertata commessa dalla medesima.

Con il terzo motivo di ricorso la società ricorrente ha dedotto la violazione e falsa applicazione degli art. 75 e 153 del d.lgs. 163/2006 nonché del punto XI.2, lett. q), del bando di gara e del paragrafo

2.2.1, n. 4) e n. 6) della lettera d'invito e l'eccesso di potere per difetto di istruttoria.

Secondo l'assunto dell'istante, la società-OMISSIS-, che era iscritta nell'elenco speciale degli intermediari finanziari ai sensi del d.lgs. n. 385/1993, avrebbe perso la possibilità di operare quale intermediario finanziario sin dal 12 maggio 2016, essendo trascorsi a quella data i 12 mesi dal completamento degli adempimenti necessari per l'attuazione della riforma prescritti dall'art. 10, comma 1, del d.lgs. n. 141 del 2010 quale termine ultimo per poter operare.

Finword, invero, non sarebbe stata più abilitata al rilascio di cauzioni e non avrebbe potuto validamente emettere le appendici di polizza con le quali, nei mesi di luglio e di ottobre del 2016, ha, invece, rinnovato le due cauzioni inizialmente presentate dall'-OMISSIS-in sede di Gara sino al gennaio del 2017.

Anche tale motivo è infondato.

Come già statuito da questo Tribunale nella citata sentenza n. -OMISSIS- del 2016: “le cauzioni provvisorie, rilasciate da soggetto cancellato, successivamente all'emissione, dall'albo degli intermediari autorizzati, devono considerarsi efficaci in via continuativa in virtù dell'ordinanza giurisdizionale di sospensione del provvedimento di cancellazione, che ha posto nel nulla, quanto meno in via interinale, tutti gli effetti pregiudizievoli di tale provvedimento (ottavo motivo)”, nonché dal Consiglio di Stato, nella sentenza n. 841 del 2017, per il quale: “L'appellante principale sostiene che l'appellante incidentale doveva essere esclusa per inidoneità dell'intermediario finanziario che ha rilasciato la necessaria fidejussione.

La doglianza non può essere accolta in quanto la cancellazione dell'intermediario dall'elenco speciale di cui all'art. 107 del T.U.B. è

stata sospesa in sede giurisdizionale, per cui lo stesso legittimamente ha rilasciato la garanzia la cui efficacia non è venuta meno in forza dell'intervento giurisdizionale.

L'appellante principale sostiene poi che l'appellante incidentale ha confermato tardivamente la propria volontà di mantenere la validità della propria offerta e rinnovato la garanzia; la doglianza non può essere condivisa in quanto il termine di cui si tratta non era prescritto a pena di decadenza”.

A tali statuizioni deve solo aggiungersi che, ai sensi del comma 4, lett. d), dell'art. 10 del d.lgs. n. 141 del 2010: “Per assicurare un passaggio ordinato alla nuova disciplina introdotta con il presente titolo III: ... d) almeno tre mesi prima della scadenza del termine indicato al comma 1, le società fiduciarie previste all'articolo 199, comma 2, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, come modificato dal presente decreto, presentano istanza di autorizzazione ai fini dell'iscrizione alla sezione separata dell'albo di cui all'articolo 106 del decreto legislativo 1° settembre 1993, n. 385 come modificato dal presente decreto. In pendenza dell'istanza di autorizzazione, esse possono continuare ad operare anche oltre il termine previsto dal comma 1”.

In ogni caso, l'-OMISSIS-ha poi rinnovato la garanzia fideiussoria con diverso intermediario abilitato e comunque deve osservarsi che, per l'ormai granitico orientamento della giurisprudenza amministrativa, qualunque irregolarità della cauzione provvisoria è sanabile mediante l'istituto del soccorso istruttorio (cfr. fra le tante, Cons. Stato, sez. V, 26 luglio 2016, n. 3372) e, dunque, il concorrente non potrebbe mai essere escluso dalla gara per irregolarità della garanzia sopravvenute riconducibili all'intermediario.

“In linea generale, a seguito della chiarificante novella di cui al d.l. n. 70/2011, e all'introduzione del comma 1 bis all'art. 46, deve recisamente escludersi che irregolarità relative alla cauzione possano condurre all'esclusione dalla gara, dovendosi far luogo alla sua regolarizzazione (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 5 dicembre 2013, n. 5781 e 1 febbraio 2012, n. 493; vedi anche Sez. IV, 11 novembre 2014 n. 5523 e 6 ottobre 2014, n. 4985).

A fortiori deve recisamente negarsi che un fatto sopravvenuto esterno e indipendente dalla volontà del concorrente, quale la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività finanziaria in capo al garante, possa equipararsi ad una radicale, originaria carenza della cauzione provvisoria, tenuto conto dei principi generali, invocati in modo pertinente ed esatto dall'appellante, in ordine alla non imputabilità del fatto incolpevole, di cui all'art. 1218 cod. civ., applicabile in virtù del rinvio esterno di cui all'art. 2 comma 5 del d.lgs. n. 163/2006”(cfr. Cons. Stato, sez. IV, 20 gennaio 2015, n. 147).

Alla luce delle suesposte considerazioni, il ricorso va respinto, unitamente al ricorso per motivi aggiunti.

Sussistono, tuttavia, in considerazione della complessità delle questioni trattate, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione fra le parti delle spese di giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo respinge, unitamente al ricorso per motivi aggiunti.

Spese compensate.

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

Ritenuto che sussistano i presupposti di cui all'art. 52, comma 1 D. Lgs. 30 giugno 2003 n. 196, a tutela dei diritti o della dignità della parte interessata, manda alla Segreteria di procedere all'oscuramento delle generalità nonché di qualsiasi altro dato idoneo ad identificare le società citate nella decisione.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 8 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Angelo De Zotti, Presidente

Elena Quadri, Consigliere, Estensore

Mauro Gatti, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**Elena Quadri**

**IL PRESIDENTE**

**Angelo De Zotti**

**IL SEGRETARIO**

In caso di diffusione omettere le generalità e gli altri dati identificativi dei soggetti interessati nei termini indicati.