N. 01982/2013 REG.PROV.COLL.

N. 02957/2011 REG.RIC.

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

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

Ordinanza di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (art. 105, paragrafo 1 del regolamento di procedura).

sul ricorso numero di registro generale 2957 del 2011, proposto da:

Croce Amica One Italia s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Fernando Rizzo, Simona Bonalumi e Marco Sica, con domicilio eletto in Milano, Via Podgora, 11

contro

Azienda Regionale Emergenza Urgenza (A.R.E.U.), rappresentata e difesa dagli avv.ti Vincenzo Avolio e Vittoria Luciano, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, Viale Gian Galeazzo, 16

nei confronti di

Consorzio Lombardia Sanità, non costituita in giudizio

per l'annullamento

della deliberazione n. 157 dell'8.9.2011 del direttore generale dell'A.R.E.U., con cui è stato disposto di non procedere all'aggiudicazione definitiva del "*servizio di*

trasporto di organi, tessuti, campioni biologici e trasferimento delle equipe chirurgiche e di pazienti finalizzato all'attività trapiantologica con mezzi su ruota", nonché di annullare la stessa procedura di gara; della nota del responsabile unico del procedimento del 20.6.2011; del verbale di riunione della commissione giudicatrice del 23.6.2011; della comunicazione di avvio del procedimento di annullamento della gara del 21.7.2011

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio dell'Azienda Regionale Emergenza Urgenza (A.R.E.U.);
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visto l'art. 267 del TFUE;
Visto l'art. 23 dello Statuto della Corte di giustizia dell'Unione Europea;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 luglio 2013 il dott. Angelo Fanizza e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale

1. L'oggetto della controversia e l'illustrazione dei fatti pertinenti.

1.1.) Con deliberazione n. 186 del 28.12.2010 l'Azienda regionale emergenza urgenza (A.R.E.U.) ha indetto la procedura aperta per l'affidamento del "*servizio di trasporto di organi, tessuti, campioni biologici e trasferimento delle equipe chirurgiche e di pazienti finalizzato all'attività trapiantologica con mezzi su ruota*".

Si trattava, nella specie, di un appalto di durata biennale (con eventuale proroga di ulteriori 12 mesi) a partire dalla data di attivazione del servizio, con prefissati importi a base d'asta relativi a tre diverse componenti (costo di diritto di uscita dei mezzi; costo orario o frazioni oraria; costo per chilometro percorso), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A tale gara hanno partecipato, presentando rituale e tempestiva domanda, i seguenti quattro concorrenti:

- Cooperativa trasporti sanitari s.c.a.r.l;
- Croce Amica One Italia s.r.l.;
- Avionord s.r.l.;
- Consorzio Lombardia Sanità s.r.l.

Dopo la nomina della commissione giudicatrice, nelle sedute del 24.3.2011, 28.3.2011, 30.3.2011, 12.4.2011 e 26.4.2011 sono state valutate le offerte tecniche presentate dai concorrenti ammessi.

Sono state escluse dalla procedura di gara i seguenti concorrenti: Cooperativa trasporti sanitari s.c.a.r.l; Avionord s.r.l. e Consorzio Lombardia Sanità s.r.l.

In esito all'esame dell'offerta economica dell'unica concorrente rimasta in gara è, pertanto, risultata aggiudicataria, in via provvisoria, la società Croce Amica One Italia s.r.l. (verbale del 10.5.2011), la quale, poi, su invito della stazione appaltante, ha trasmesso la documentazione finalizzata a comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e di capacità tecnica previsti dal disciplinare di gara: tale verifica si è conclusa positivamente.

1.2.) E', tuttavia, accaduto che, configurandosi i presupposti per la verifica dell'anomalìa cosiddetta obbligatoria dell'offerta (che va effettuata quando sia il punteggio conseguito relativamente al prezzo, sia quello assegnato per gli altri elementi di valutazione, siano entrambi pari o superiori ai quattro quinti delle corrispondenti soglie massime previste dal bando di gara, cfr. art. 86, comma 2 del D.lgs. 12.4.2006, n. 163), la stazione appaltante ha chiesto giustificazioni in ordine all'offerta tecnica, e, dopo un'audizione avvenuta in data 15.6.2011, la società ricorrente ha trasmesso, in data 16.6.2011, una nota contenente tutti gli ulteriori elementi di chiarimento.

A tale verifica è seguita la comunicazione del 20.6.2011 (prot. 2317), con cui il responsabile unico del procedimento ha comunicato alla direzione dell'A.R.E.U. e alla commissione di gara l'esito negativo della verifica sull'anomalia dell'offerta presentata dalla società Croce Amica One Italia s.r.l.

La commissione giudicatrice, nel verbale del 23.6.2011, "*preso atto dei presupposti atti istruttori*" contenuti nella citata comunicazione del responsabile del procedimento, ha dichiarato, senza ulteriore motivazione, l'anomalìa dell'offerta in precedenza positivamente valutata quanto al controllo sul possesso dei requisiti.

1.3.) Nel contempo, in esecuzione del decreto del 23.6.2011 (n. 68077/10 R.G.N.R. Mod. 21) emesso da due sostituti procuratori della Repubblica presso il Tribunale di Milano, in data 28.6.2011 il Comando dei Carabinieri per la tutela della Salute – N.A.S. di Milano – ha sottoposto a sequestro probatorio ex art. 253 del codice di procedura penale (c.p.p.) la documentazione puntualmente indicata nel relativo "*verbale di notifica ed esecuzione di sequestro giudiziario*"; e ciò nel quadro di indagini penali in corso per i reati di truffa e falsità ideologica nei confronti, tra l'altro, del legale rappresentante della società Croce Amica One Italia s.r.l.

1.4.) Con nota del 21.7.2011 l'A.R.E.U. ha, pertanto, comunicato alla Croce Amica One Italia s.r.l. ed alla società Consorzio Lombardia Sanità s.r.l., altro concorrente partecipante alla vista procedura di affidamento, l'avvio del procedimento volto all'annullamento in autotutela della gara.

1.5.) Con deliberazione n. 157 dell'8.9.2011 il Direttore generale dell'A.R.E.U. ha, infine, disposto di non procedere all'aggiudicazione definitiva dell'affidamento in favore della società Croce Amica One Italia s.r.l. e di contestualmente annullare l'intera procedura di gara;

1.6.) Avverso tale provvedimento – e gli atti a questo presupposti – la società Croce Amica One Italia s.r.l. ha proposto ricorso, depositato in data 2.11.2011,

innanzi a questo Tribunale (R.g. n. 2957/2011), chiedendone l'annullamento, deducendo i seguenti motivi:

a) violazione e falsa applicazione degli artt. 86, 87 e 88 del D.lgs. 163/2006; violazione del giusto procedimento; incompetenza del responsabile del procedimento a effettuare la verifica di anomalìa; eccesso di potere per arbitrarietà, contraddittorietà con altri provvedimenti, illogicità, difetto di istruttoria e travisamento dei fatti;

b) violazione e falsa applicazione dell'art. 38 del D.lgs. 163/2006; illegittimità della mancata aggiudicazione definitiva;

c) violazione e falsa applicazione dell'art. 8 del disciplinare di gara; dell'art. 42, comma 1, lett. h) e comma 4 bis del D.lgs. 163/2006; dell'art. 49 del D.lgs. 163/2006;

d) violazione e falsa applicazione degli artt. 117, 119, comma 6 e 120, comma 2, del DPR 207/2010 (regolamento di esecuzione del codice dei contratti pubblici) e dei principi di segretezza delle offerte e della pubblicità delle sedute; difetto di istruttoria.

La società ricorrente ha, inoltre, proposto un'istanza di risarcimento del danno derivante dai provvedimenti impugnati (spese di partecipazione alla gara, danno curriculare, lucro cessante, rivalutazione monetaria, interessi legali).

1.7.) Nel prodotto ricorso la società Croce Amica ha, tra l'altro, dedotto che una delle ditte escluse per assenza dei requisiti tecnici, ossia il Consorzio Lombardia Sanità s.r.l., aveva in precedenza proposto ricorso innanzi a questo Tribunale per impugnare il bando di gara (giudizio R.G. 2083/2011, dichiarato improcedibile con sentenza n. 2316 del 29.9.2011), ed aveva, inoltre, presentato una denuncia alla Procura della Repubblica di Milano, dalla quale avrebbero avuto avvio le indagini penali di cui più sopra si è detto.

1.8.) Dopo la costituzione in giudizio dell'A.R.E.U. in data 28.11.2011, la Sezione, con ordinanza n. 1779 dell'1.12.2011, ha respinto la domanda cautelare, rilevando – sulla base del sommario giudizio proprio di tale fase processuale – che il procedimento penale riguardante il legale rappresentante della ricorrente, "*per fatti non estranei alla gara oggetto del presente giudizio*", potesse costituire un motivo sufficiente per non procedere all'aggiudicazione definitiva e per disporre l'annullamento della gara.

Tale decisione è stata confermata dal Consiglio di Stato, che ha respinto, con ordinanza n. 250 del 20.1.2012, l'appello cautelare proposto dalla società Croce Amica One Italia s.r.l.

In esito all'esame degli ulteriori scritti difensivi depositati dalle parti, all'udienza pubblica del 10.10.2012, fissata per la discussione della causa nel merito, questo Tribunale ha emesso l'ordinanza collegiale n. 2608 del 25.10.2012, con la quale ha rilevato "*la necessità di acquisire, ai fini della decisione della causa, ogni eventuale ed utile informazione e/o provvedimento circa lo stato del procedimento penale aperto nei confronti del legale rappresentante della società Croce Amica One Italia s.r.l.*", e ha, pertanto, invitato la Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano a trasmettere i richiesti chiarimenti.

1.9.) Dopo un rinvio disposto da questo Tribunale per acquisire definitiva conoscenza dell'esito delle indagini penali, in data 25.6.2013 è stato acquisito il decreto del Tribunale di Milano del 14.5.2013 (alquanto successivo rispetto all'impugnata deliberazione dell'8.9.2011), con cui è stato disposto il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società ricorrente per i seguenti reati:

A) delitto di turbata libertà degli incanti, in concorso con altro imputato, in quanto, al fine di aggiudicarsi la gara d'appalto, avrebbe presentato n. 15 falsi attestati di frequenza al corso di guida sicura per ambulanze;

B) delitto aggravato di falsità ideologica commessa dal pubblico ufficiale in certificati o in autorizzazioni amministrative, in concorso con altro imputato, in quanto negli attestati di frequenza, oggetto dell'imputazione di cui al punto precedente, sarebbe stata falsamente attestata la frequenza di alcuni soggetti al corso di guida sicura.

1.10.) In punto di fatto, occorre, infine, sottolineare che:

- la società ricorrente ha dedotto che, dopo la decisione di non aggiudicare in via definitiva l'appalto e di annullare la procedura di gara, la stazione appaltante non ha, sino ad oggi, indetto alcuna nuova procedura, essendosi limitata ad affidare, in regime di proroga, il servizio in questione a due associazioni (Associazione Croce Bianca Milano e Associazione Unità di Protezione civile). Tale condotta, obiettivamente contraria ai principi di libera concorrenza, sarebbe stata censurata dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, che pertanto avrebbe aperto un procedimento nei confronti di A.R.E.U. (cfr. memoria del 24.9.2012);
- la stazione appaltante ha opposto che la decisione di prorogare l'affidamento e di non indire una nuova gara sarebbe stata motivata dall'esigenza, da un lato, di garantire "*la posizione giuridica della ricorrente stessa, la quale, sempre nella denegata ipotesi di accoglimento del ricorso nel merito, potrà essere risarcita in forma specifica e quindi conseguire l'utilità sostanziale che l'ha indotta ad agire in giudizio*"; dall'altro, tale condotta avrebbe il fine di evitare il rischio "*che l'Amministrazione venga condannata a risarcire la ricorrente per equivalente*" monetario, "*in misura che la ricorrente quantifica nella non irrisoria cifra di oltre 400 mila euro*" (cfr. memoria del 28.9.2012).

2. Le disposizioni nazionali applicabili al caso di specie e la giurisprudenza nazionale pertinente.

2.1.) La questione interpretativa che si sottopone all'esame della Corte di Giustizia trae origine dall'analisi della motivazione della deliberazione dell'8.9.2011, con cui la stazione appaltante, in esito all'attività istruttoria espletata e, soprattutto, alle pendenti indagini penali da parte della Procura della Repubblica di Milano, ha

"*ritenuto che, nel descritto contesto, al di là dell'anomalìa dell'offerta, AREU non possa comunque pervenire, per evidenti ragioni di opportunità e motivi legati ai principi di buona amministrazione, all'aggiudicazione del servizio in favore del concorrente Croce Amica One Italia s.r.l., né, stante l'indispensabilità del servizio stesso, possa attendere, ai fini dell'aggiudicazione, gli esiti del procedimento penale o anche solo la conclusione delle indagini in corso*".

2.2.) La vigente disciplina sugli appalti prevede puntuali ipotesi di esercizio del potere di autotutela, fondamentalmente riconducibili:

a) al potere di disapprovazione degli atti di aggiudicazione definitiva e dei contratti (art. 19 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440) e a quello, speciale ed eccezionale, di diniego dell'approvazione dei contratti "*per gravi motivi di interesse pubblico o dello Stato*" (art. 113 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, regolamento di contabilità dello Stato): potere nel quale si è tradizionalmente fatta rientrare la facoltà di non approvare i risultati di una gara;

b) al potere previsto dall'art. 81, comma 3, del D.lgs. 163/2006 (codice dei contratti pubblici), secondo cui "*le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto*";

c) al potere di autotutela previsto dall'art. 11, comma 9 del D.lgs. 163/2006, secondo cui "*divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di sessanta giorni*": nel caso di specie, tuttavia, la stazione appaltante ha deliberato di non disporre l'aggiudicazione definitiva;

d) al potere di annullamento previsto dall'art. 1, comma 136, della legge 311/2004, secondo cui "*al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso*".

2.3.) In relazione alle fattispecie sopra richiamate la giurisprudenza ha manifestato diversi orientamenti circa la natura del potere di autotutela delle stazioni appaltanti. Secondo un primo orientamento "*il potere di revoca, in sede di autotutela, di un provvedimento di approvazione d'aggiudicazione (…) deve trovare fondamento in ragioni di pubblico interesse (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 3463 del 2004). Un'idonea e compiuta motivazione deve supportare anche il provvedimento di diniego d'approvazione definitiva degli atti di gara, intervenuto a conclusione dell'attività della commissione giudicatrice, anche se non appare adeguato al reale il riferimento della ricorrente a posizioni giuridiche "consolidate nel tempo" (nella specie, mancando l'atto d'aggiudicazione definita e la stipula del contratto, fonti del diritto soggettivo dell'aggiudicatario a svolgere l'appalto). L'atto di ritiro è conseguente a sopraggiunte situazioni di fatto e di diritto che hanno mutato il quadro degli interessi (prima ancora che si consolidasse la situazione giuridica soggettiva della parte privata) e che hanno indotto l'Amministrazione ad utilizzare un istituto differente dall'appalto, quale quello della creazione di un nuovo soggetto giuridico privato a capitale pubblico e con finalità pubbliche (l'erogazione di servizi alla collettività)*" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 30 novembre 2007, n. 6137).

Posizioni non dissimili sono state espresse dalla giurisprudenza di merito, ad avviso della quale "*il potere riconoscibile alle p.a. di sospendere, revocare e/o annullare le procedure di gara, soprattutto se ancora nella fase endoprocedimentale dell'aggiudicazione provvisoria, è sempre esercitabile. Infatti, nei contratti d'appalto l'Amministrazione aggiudicatrice non è obbligata a stipulare il contratto con l'impresa aggiudicataria ed essa ben può rimuovere gli effetti dell'atto di aggiudicazione provvisoria e finanche di quello di aggiudicazione definitiva, purché la conseguente azione amministrativa sia condotta coi necessari crismi della legittimità (TAR Sicilia – Catania, 25 febbraio 2011, n. 463). Inoltre, l'aggiudicazione provvisoria, anche se individua un potenziale aggiudicatario definitivo della gara, è un atto ancora ad effetti instabili, del tutto interinali, e determina solo la nascita di una mera aspettativa, con la conseguenza che è sempre possibile per l'Amministrazione procedere in autotutela (TAR Calabria – Catanzaro, 16 settembre 2010, n. 2561; TAR Veneto, 14 settembre 2010, n.*

4745). In sostanza, è riconosciuto che l'aggiudicazione provvisoria dell'appalto pubblico, essendo atto interno procedimentale, determina nell'impresa che l'ha ottenuta, soltanto una mera aspettativa di fatto alla conclusione del procedimento e non già una posizione giuridica qualificata che, viceversa, può solo derivare dall'aggiudicazione definitiva; pertanto, non può ritenersi preclusa alla stazione appaltante la possibilità di procedere alla sua revoca o annullamento allorché la gara stessa non risponda più alle esigenze dell'Ente e sussista un interesse pubblico, concreto ed attuale, all'eliminazione degli atti divenuti inopportuni, idoneo a giustificare il sacrificio del contrapposto interesse dell'aggiudicatario provvisorio nei confronti dell'Amministrazione; tale potere, già previsto dalla disciplina di contabilità generale dello Stato che consente il diniego di approvazione per motivi di interesse pubblico (art. 113 R.D. 23 maggio 1924 n. 827), trova il proprio fondamento nel principio generale dell'autotutela della Pubblica amministrazione, che rappresenta una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e buon andamento della funzione pubblica" (cfr. TAR Toscana, 1 settembre 2011, n. 1372).

In tempi recenti, la giurisprudenza del Consiglio di Stato è pervenuta ad affermare che "*il potere che la stazione appaltante conserva, persino di fronte di un'approvazione tacita dell'aggiudicazione provvisoria, di procedere o meno all'aggiudicazione definitiva in base ad una propria valutazione discrezionale, si colloca in un contesto diverso, essendo espressione di quei poteri trasversali di controllo (…) che non discendono dalla rigida scansione prefigurata dagli art. 11 e 12 del codice dei contratti pubblici, ma dalla diversa, e più generale, facoltà attribuita a norma dell'art. 81 comma 3 dello stesso codice (…). Si tratta di un potere di carattere amplissimo, in relazione al quale la giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare la natura, quale esternazione concreta della possibilità per la stazione appaltante di non procedere all'aggiudicazione del contratto per specifiche ed obiettive ragioni di pubblico interesse (ex multis, Consiglio di Stato, sez. IV, 31 maggio 2007, n. 2838), ed il suo collocamento sistematico, quale atto conclusivo del medesimo procedimento amministrativo*" (cfr. Consiglio di Stato, sez. IV, 26 marzo 2012, n. 1766).

2.4.) Il Collegio è dell'avviso che l'impugnato provvedimento costituisca in linea generale espressione del potere di autotutela decisoria, delineato dall'art. 21 *quinquies* e *nonies* della legge 7.8.1990, n. 241 (legge sul procedimento amministrativo).

Tali disposizioni sono rispettivamente riferite alla sussistenza di ragioni di pubblico interesse o di vizi di merito, tali da rendere inopportuna l'aggiudicazione definitiva, ovvero di vizi di legittimità tali da indurre la stazione appaltante ad annullare *ab origine* l'intera procedura di gara.

In particolare, la questione di maggiore rilevanza riguarda il diniego di aggiudicazione definitiva, che appare palesemente riconducibile a un provvedimento di revoca ai sensi dell'art. 21 *quinquies* prima citato, in cui si prevede che "*per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge; la revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti*".

Il che, in effetti, sembra ragionevole ritenere che sia avvenuto nel caso di specie, tenuto conto che l'impugnato provvedimento – formalmente riguardante il diniego di adozione dell'aggiudicazione definitiva e l'annullamento (o, come dovrebbe più fondatamente ritenersi, la revoca) dell'intera procedura di gara – ha avuto l'ulteriore e implicito effetto di revocare l'efficacia della disposta aggiudicazione provvisoria e, quindi, di totalmente pregiudicare l'aspettativa giuridica della società ricorrente a conseguire l'affidamento del servizio in questione.

Come ha ribadito recentemente la giurisprudenza, "*il rapporto che intercorre tra l'aggiudicazione provvisoria e quella definitiva non è di mera consequenzialità, nel senso che il secondo atto non ha valore meramente confermativo del primo, poggiando invece su di*

un'autonoma valutazione, all'esito di nuove verifiche il cui esito non è affatto scontato" (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 4 maggio 2012, n. 2558).

Resta comunque precluso che, nella vicenda di causa, sia esercitabile il potere disciplinato dall'art. 81, comma 3 del D.lgs. 163/2006, che, nonostante la giurisprudenza sopra citata, è attribuito in via esclusiva alla commissione di gara (come prova l'uso del modo indicativo al comma 1 dell'art. 84, ove è previsto che "*la valutazione è demandata ad una commissione giudicatrice*"), e, comunque, si caratterizza in ragione di tassativi presupposti per il suo esercizio (la convenienza o l'idoneità dell'offerta): profili entrambi insussistenti nella presente vicenda, in cui il provvedimento è stato adottato dal direttore generale dell'A.R.E.U. per motivi di opportunità del tutto estranei a quelli previsti dalla norma in questione.

2.5.) Ulteriore profilo di approfondimento riguarda, poi, uno dei capi di imputazione previsti nel decreto di rinvio a giudizio, vale a dire il delitto di turbata libertà degli incanti, previsto dall'art. 353 del codice penale.

Occorre ricordare in proposito che, come ha da tempo precisato la giurisprudenza, il bene tutelato dalla citata disposizione è costituito dall'interesse della pubblica Amministrazione alla regolarità e alla liberta della gara, cioè l'esigenza di garantire la genuinità dell'esito della procedura, come effetto di una competizione svoltasi in libera concorrenza (cfr. Corte di Cassazione, sez. VI penale, 22 luglio 1999, n. 9387).

Oltre a ciò, è necessario soggiungere che l'indagine penale riguarderebbe reati commessi dal legale rappresentante della società ricorrente proprio nell'ambito della procedura di evidenza pubblica in questione.

È, tuttavia, indubbio che la rilevanza di tali elementi, costituenti potenziali indici di inopportunità dell'aggiudicazione definitiva, debba comunque essere comparata con il principio di definitività dell'accertamento della responsabilità penale.

Parimenti controverso è, infine, il profilo di offensività dei falsi attestati di frequenza al corso di guida sicura che la società ricorrente avrebbe prodotto nella propria istanza di partecipazione alla procedura in questione.

Infatti, a fronte della previsione secondo cui l'offerta tecnica avrebbe dovuto contenere, tra l'altro, "*l'elenco nominativo del personale (autisti) che la ditta concorrente intende impiegare in caso di affidamento del servizio, evidenziando il conseguimento da almeno tre anni della patente di guida di categoria B nonché, preferibilmente, la frequenza positiva di almeno un corso inerente le situazioni di guida in condizioni critiche (attestato di guida sicura e/o guida in emergenza)*" (cfr. art. 8 del disciplinare di gara), va considerata la clausola contenuta nell'art. 10 del capitolato di appalto, secondo cui "*l'appaltatore è tenuto a garantire che gli autisti dei mezzi utilizzati per l'espletamento del servizio (…) abbiano conseguito da almeno tre anni la patente di guida di categoria B",* e che *"preferibilmente, abbiano frequentato positivamente almeno un corso inerente le situazioni di guida in condizioni critiche*".

La preferibilità del requisito, sopra richiamata, sarebbe, tuttavia, ininfluente ai fini della disposta aggiudicazione provvisoria, dal momento che non si trattava di una previsione cui la *lex specialis* subordinava la partecipazione alla gara, né era prevista, in caso di accertato possesso dei detti attestati di frequenza, l'attribuzione di uno specifico punteggio.

3. I motivi del rinvio.

3.1.) Il Collegio è dell'avviso che, impregiudicato, in linea generale, l'esercizio dei poteri di autotutela in materia di appalti pubblici, nella vicenda oggetto di giudizio la stazione appaltante abbia violato – nell'apparente perseguimento di ragioni di opportunità amministrativa indotte dalla pendenza di un'indagine penale nei confronti del legale rappresentante della società aggiudicataria in via provvisoria – la disciplina stabilita dalla Direttiva 2004/18/CE all'art. 45 con specifico riferimento alla "*situazione personale del candidato o dell'offerente*".

Si tratta di profili che questo Tribunale, con ordinanza n. 123 del 15.1.2013, ha già ritenuto meritevoli di essere sottoposti alla Corte di Giustizia in occasione della richiesta di pronuncia pregiudiziale per altro giudizio (allo stato sospeso in attesa della pronuncia da parte della Corte).

Il citato art. 45 prevede, infatti, che "*è escluso dalla partecipazione ad un appalto pubblico il candidato o l'offerente condannato, con sentenza definitiva di cui l'amministrazione aggiudicatrice è a conoscenza; per una o più delle ragioni elencate qui di seguito: a) partecipazione a un'organizzazione criminale (…) b) corruzione (…) c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) riciclaggio dei proventi di attività illecite (…)*", fermo restando che "*gli Stati membri precisano, in conformità del rispettivo diritto nazionale e nel rispetto del diritto comunitario, le condizioni di applicazione del presente paragrafo. Essi possono prevedere una deroga all'obbligo di cui al primo comma per esigenze imperative di interesse generale*".

Si tratta di una norma di fondamentale garanzia nel sistema degli appalti pubblici, puntualmente trasfusa nell'art. 38 del D.lgs. 163/2006 (codice dei contratti pubblici), in cui si prevede l'esclusione dalle procedure di evidenza pubblica dei concorrenti:

- che abbiano riportato una condanna passata in giudicato, o nei cui confronti sia stato emesso un decreto penale di condanna divenuto irrevocabile (comma 1, lett. c);
- che abbiano commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse (comma 1, lett. g);
- che abbiano commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, delle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali (comma 1, lett. i).

Parimenti decisiva è la definitività della condanna nella disposizione di cui all'art. 135, comma 1 del codice, in cui si prevede che "*qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta l'emanazione di un provvedimento definitivo che dispone l'applicazione di una o più*

misure di prevenzione di cui all'articolo 3, della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 ed agli articoli 2 e seguenti della legge 31 maggio 1965, n. 575, ovvero sia intervenuta sentenza di condanna passata in giudicato per i delitti previsti dall'articolo 51, commi 3-bis e 3-quater, del codice di procedura penale, dagli articoli 314, primo comma, 316, 316-bis, 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater e 320 del codice penale, nonché per reati di usura, riciclaggio nonché per frodi nei riguardi della stazione appaltante, di subappaltatori, di fornitori, di lavoratori o di altri soggetti comunque interessati ai lavori, nonché per violazione degli obblighi attinenti alla sicurezza sul lavoro, il responsabile del procedimento propone alla stazione appaltante, in relazione allo stato dei lavori e alle eventuali conseguenze nei riguardi delle finalità dell'intervento, di procedere alla risoluzione del contratto".

La scelta di esigere la previa formazione del giudicato riflette il disposto dell'art. 654 del codice di procedura penale, secondo cui nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale, "*la sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo, quando in questo si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale, purché i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale e purché la legge civile non ponga limitazioni alla prova della posizione soggettiva controversa*" (Cassazione civile, sez. III, 28 giugno 2012, n. 10856).

Il che significa che la società ricorrente, nei cui confronti non è stata, ad oggi, emessa alcuna sentenza di condanna, avrebbe dovuto conseguire l'aggiudicazione definitiva e potrebbe in ogni caso partecipare a future procedure di gara.

La stazione appaltante, tuttavia, ha deciso non soltanto di non concludere la procedura di gara con l'affidamento del servizio a favore della ricorrente, ma anche di non indire alcuna nuova gara (cfr. memoria del 28.9.2011), preferendo la

soluzione della sistematica proroga del servizio, affidato a due associazioni a condizioni economiche sottratte da un libero confronto concorrenziale.

3.2.) Piena conferma della necessaria sussistenza del presupposto della definitività dell'accertamento della responsabilità penale del concorrente emerge da diversi pareri resi dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, nei quali si è dichiarata la difformità di alcune previsioni di bandi di gara rispetto alla disciplina di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) del D.lgs. 163/2006.

Tale Autorità, in particolare, ha rilevato che "*ai fini dell'esclusione, pregiudiziale ad ogni valutazione che la stazione appaltante deve effettuare in ordine all'incidenza del tipo di reato commesso sulla moralità professionale del concorrente, è la definitività del provvedimento di condanna, a prescindere dalle modalità di irrogazione della pena, effettuata con sentenza definitiva o con sentenza di patteggiamento ovvero con decreto penale. Nella previgente disciplina, la circostanza della mancanza di una equiparazione legislativa espressa del decreto penale di condanna alla sentenza definitiva, non consentiva una interpretazione estensiva della norma (…). Su tale presupposto l'Autorità, nei bandi tipo, aveva espresso l'avviso della necessità di richiedere una dichiarazione che includesse tutti i tipi di condanna, ancorché non definitiva, che incidessero sull'affidabilità morale e professionale del concorrente. L'attuale normativa, al contrario, con la citata equiparazione, focalizza l'attenzione, ai fini dell'esclusione, sulla rilevabilità e valutazione della condanna solo in presenza di un provvedimento definitivo*" (cfr. parere n. 67 del 27 febbraio 2007; parere n. 27 del 10.2.2010; parere n. 85 del 29.4.2010; parere n. 226 del 16.12.2010; parere n. 43 del 14.2.2008, in cui si è affermato che "*ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera c) del D. lgs. n. 163/2006, solamente la presenza di un provvedimento definitivo è presupposto per la valutazione dell'eventuale esclusione del concorrente*").

3.3.) Nell'impugnato provvedimento di revoca la stazione appaltante, tuttavia, ha ricondotto nell'area, dai confini indeterminati, dell'opportunità amministrativa la valutazione di una circostanza – ossia la pendenza di un'indagine penale nei

confronti del legale rappresentante della società Croce Amica One Italia s.r.l. – che non integrava alcun accertamento definitivo della responsabilità per i reati ipotizzati, fermo restando che, nell'esercizio dei poteri di autotutela la stazione appaltante avrebbe dovuto tenere conto del principio espresso dalla giurisprudenza secondo cui "*la legittimità di un provvedimento va valutata al momento della sua adozione, irrilevanti essendo fatti successivi*" (cfr. Consiglio di Stato, Ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8).

Di conseguenza è da escludere, ai fini del presente giudizio, che, essendo stato disposto il rinvio a giudizio del legale rappresentante della società ricorrente a distanza di un anno e otto mesi dall'adozione del provvedimento impugnato, ciò possa integrare o giustificare, in via sopravvenuta, un vizio di legittimità tale da fondare il censurato provvedimento assunto in autotutela (l'inizio del processo penale è previsto per il 17.9.2013 innanzi al Tribunale di Milano, sezione IV penale).

Chiarito quanto precede il Collegio reputa che l'esigenza della definitività della condanna, postulata dall'art. 38 del D.lgs. 163/2006, pur concernendo la verifica di sussistenza dei requisiti generali per la partecipazione alle procedure di appalto, integri un principio di carattere generale del procedimento di aggiudicazione, dovendosi riconoscere – in entrambi i casi – la prevalenza del diritto alla tutela della "*situazione personale del candidato o dell'offerente*", puntualmente regolato dall'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE.

3.4.) In realtà, al Collegio pare che la valutazione effettuata dalla stazione appaltante non possa situarsi all'interno di un'area di riserva amministrativa inviolabile da parte del Giudice amministrativo, dovendosi, piuttosto, considerare che l'indagine da compiere attiene all'esistenza o all'inesistenza dell'affidabilità della ricorrente nei termini fatti propri dall'art. 45 della citata Direttiva.

Si tratta di valutazioni che integrano concetti a contenuto indeterminato, il cui riscontro non può, tuttavia, costituire un'attribuzione esclusiva della stazione appaltante, pienamente rientrando nelle prerogative della giurisdizione del Giudice Amministrativo.

3.5.) Peraltro, una recente pronuncia delle sezioni unite della Corte di Cassazione (17 febbraio 2012, n. 2312) ha preso in esame la questione dell'ampiezza del sindacato giurisdizionale relativo a un provvedimento di esclusione da un appalto pubblico per "*deficit di fiducia*", ritenendo tale profilo il risultato di una valutazione discrezionale della pubblica Amministrazione sulla quale il controllo del Giudice Amministrativo dovrebbe essere svolto unicamente per vizi di carattere esterno.

Dovrebbe, pertanto, concludersi che, nonostante la puntuale individuazione, nella Direttiva 66/2007, della giurisdizione del Giudice Amministrativo in materia di appalti, a quest'ultimo sarebbe preclusa una cognizione piena dei fatti e della loro rilevanza.

A siffatta, inattesa, conclusione la Suprema Corte è, infatti, pervenuta rilevando che "*l'eventuale sostituzione da parte del giudice amministrativo della propria valutazione a quella riservata alla discrezionalità della Amministrazione*" integrerebbe uno "*sconfinamento*" della giurisdizione di legittimità nella sfera riservata alla stazione appaltante.

In sostanza, nel caso di diniego di aggiudicazione per ragioni d'inaffidabilità dell'impresa, competerebbe esclusivamente alla stazione appaltante l'individuazione del "*punto di rottura*" del necessario affidamento nel possibile contraente, sicché il sindacato sulla motivazione del provvedimento di diniego dovrebbe restare rigorosamente contenuto entro il "*piano della verifica della non pretestuosità della valutazione degli elementi di fatto esibiti dall'Amministrazione*".

Tale ricostruzione, tuttavia, non pare possa essere condivisa nell'ambito della giurisdizione in materia di appalti pubblici, in cui, al contrario, è attribuito al

Giudice Amministrativo un ampio potere istruttorio su fatti o concetti giuridici che – come nella fattispecie la dedotta mancanza di un definitivo accertamento della penale responsabilità del legale rappresentante della concorrente provvisoriamente aggiudicataria – sono, invece, puntualmente conoscibili in base alla disciplina comunitaria e nazionale sopra richiamata.

Del resto, se il Tribunale penale di Milano, innanzi al quale avrà inizio, in data 17.9.2013, il processo nei confronti del legale rappresentante della società ricorrente, dovesse assolvere quest'ultimo dai reati ascritti, verrebbero automaticamente meno le ragioni d'inopportunità ravvisate dalla stazione appaltante come fattore ostativo all'aggiudicazione definitiva.

Il che condurrebbe alla conclusione, per certi versi paradossale, che il Giudice Ordinario, potendo penetrare nella sostanza dei fatti e pienamente conoscerli, garantirebbe l'effettività della tutela giurisdizionale, permettendo alla società ricorrente di conseguire il bene della vita; ciò che, al contrario, non sarebbe consentito al Giudice Amministrativo per il solo fatto che la valutazione di asserito merito amministrativo, opposta dall'A.R.E.U., sarebbe sindacabile soltanto in ragione di vizi esterni all'esercizio dell'ipotizzato potere.

Tale lettura sarebbe, ad avviso del Tribunale, in aperto contrasto con la lettera e la *ratio* perseguita dall'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE.

3.6.) Nel caso di specie, si tratta, in conclusione, di affermare che il principio di tutela sostanziale espresso dall'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE con riguardo alla "*situazione personale del candidato o dell'offerente*" (puntualmente trasfuso nel presupposto di definitività delle condanne di cui all'art. 38 del D.lgs. 163/2006), avrebbe dovuto precludere, alla stazione appaltante, di non procedere all'aggiudicazione definitiva per motivi di opportunità.

Tale questione è da ritenersi rilevante, in quanto attiene ad un'interpretazione del diritto comunitario; è decisiva per la definizione della causa di merito, e, infine, non risulta essere mai stata affrontata puntualmente dalla Corte di Giustizia.

4. Questioni pregiudiziali.

In conclusione, si rimettono alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea le seguenti questioni pregiudiziali:

a) se sia conforme al diritto comunitario che la stazione appaltante, nell'esercizio di un potere di revoca in materia di appalti pubblici in applicazione dell'art. 21 *quinquies* della legge 241/1990, possa decidere di non procedere all'aggiudicazione definitiva di un appalto sulla base della mera pendenza di un'indagine penale nei confronti del legale rappresentante della società provvisoriamente aggiudicataria;

b) se sia conforme al diritto comunitario una deroga del principio di definitività dell'accertamento della penale responsabilità, così come espresso dall'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE, per motivi di opportunità amministrativa, riconducibili ad un'area di riserva amministrativa;

c) se sia conforme al diritto comunitario una deroga del principio di definitività dell'accertamento della penale responsabilità, così come espresso dall'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE, nell'ipotesi in cui la pendente indagine penale riguardi la commissione di delitti relativi alla procedura di gara oggetto del provvedimento emesso in autotutela;

d) se sia conforme al diritto comunitario che i provvedimenti adottati da una stazione appaltante in materia di appalti pubblici possano essere pienamente conosciuti dal giudice amministrativo nazionale, nell'esercizio di una cognizione attribuita alla giurisdizione in materia di appalti pubblici, e ciò sotto il profilo dell'attendibilità e congruità dell'offerta e, dunque, oltre le limitate ipotesi di palese illogicità, irrazionalità, insufficiente motivazione o errore di fatto.

In attuazione delle raccomandazioni "*all'attenzione dei giudici nazionali, relative alla presentazione di domande di pronuncia pregiudiziale*" (2012/C 338/01), si dispone la trasmissione alla cancelleria della Corte di Giustizia di copia del fascicolo della causa.

Il presente giudizio viene sospeso fino alla pronuncia della Corte di Giustizia, e ogni ulteriore decisione, anche in ordine alle spese, è riservata alla pronuncia definitiva.

P.Q.M.

il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione I)

non definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, dispone:

1) la rimessione alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea delle questioni pregiudiziali indicate in motivazione;

2) a cura della segreteria, la trasmissione degli atti alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea ai sensi dell'art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dell'art. 105, paragrafo 1 del regolamento di procedura, nei sensi e con le modalità di cui in motivazione, e con copia del fascicolo di causa;

3) la sospensione del presente giudizio;

4) di riservare alla decisione definitiva ogni ulteriore statuizione in rito, in merito e in ordine alle spese.

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 10 luglio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Mariuzzo, Presidente

Raffaello Gisondi, Primo Referendario

Angelo Fanizza, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE **IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 26/07/2013

IL SEGRETARIO

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