

N. 00583/2014REG.PROV.COLL.

N. 04930/2013 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso n. 4930/2013 RG, proposto dal Consorzio stabile Trasporti Diversamente abili – Consorzio TRADA, con sede in Corato (BA), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Sante e Giovanni Vittorio Nardelli, con domicilio eletto in Roma, via Cosseria n. 5, presso l'avv. Placidi,

contro

- l'Azienda sanitaria locale – ASL di Taranto, in persona del Direttore generale *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avv. Francesco Caricato, con domicilio eletto in Roma, via Silla n. 91 e
- il dott. Paolo Quarato, non costituito nel presente giudizio e

nei confronti di

OSMAIRM s.r.l., corrente in Laterza (TA), in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e n.q. di capogruppo mandataria dell'ATI con Padovano Vittorio e Tundo Vincenzo s.r.l., controinteressata, rappresentata e difesa dall'avv. Pietro Quinto, con domicilio eletto in Roma, via Cosseria n. 5, presso l'avv. Placidi,

per la revocazione

della sentenza di questa Sezione III, n. 1494/2013, resa tra le parti e concernente l'affidamento del servizio per il trasporto assistito di utenti diversamente abili;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio delle parti intimiate;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore all'udienza pubblica del 21 novembre 2013 il Cons. Silvestro Maria Russo e uditi altresì, per le parti, gli avvocati S. Nardelli, Caricato e Quinto;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue:

FATTO e DIRITTO

1. – Con determinazione dirigenziale n. 3770 del 3 novembre 2009, l'ASL di Taranto indisse una procedura aperta, da aggiudicarsi in lotto unico con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per l'affidamento triennale del servizio di trasporto assistito di utenti diversamente abili, per un importo a base d'asta pari a € 8.400.000,00, oltre IVA.

A tal procedura intese partecipare, tra le altre imprese, pure il Consorzio stabile Trasporti Diversamente abili – Consorzio TRADA, con sede in Corato (BA), proponendo rituale offerta. In esito alla gara e con deliberazione n. 2843 del 29 settembre 2011, il Commissario straordinario della ASL di Taranto aggiudicò il servizio all'ATI di cui era capogruppo mandataria la OSMAIRM s.r.l., corrente in Laterza (BA). Al secondo posto della graduatoria di merito, con complessivi punti 92,132/100 si collocò il Consorzio TRADA.

2. – Dal che l'adizione, da parte di quest'ultimo, del TAR Lecce, chiedendo l'annullamento della delibera n. 2843/2011 e la declaratoria d'inefficacia del contratto, con contestuale istanza ex art. 124 c.p.a. per il subentro nel servizio.

Il ricorso del Consorzio TRADA s'articolò in tre gruppi di censure, il terzo dei quali, il più rilevante ai fini del presente giudizio, ebbe per oggetto l'omessa dichiarazione, da parte della OSMAIRM s.r.l., sia sulla posizione del sig. Antonio Vito Ladisi (n.q. di suo vicepresidente) tra i soggetti muniti di poteri di rappresentanza, sia sull'assenza delle cause di esclusione ex art. 38, c. 1, lett. b), c) e m-ter) del Dlgs 12 aprile 2006 n. 163 anche per tal soggetto. Tanto perché, a suo dire ed in base allo Statuto della OSMAIRM s.r.l., «... Il Sig.Ladisi... rientrava pacificamente tra i soggetti amministratori muniti di potere di rappresentanza sui quali e per i quali incombeva l'obbligo di dichiarare l'assenza delle cause di esclusione di cui alle lettere b), c) ed m ter) dell'art. 38 comma 1...». Anzi, il Consorzio precisò sul punto che «... di tanto sembra essersene accorta anche la società controinteressata che, in sede di dimostrazione dei requisiti autodichiarati ex art.48..., ha provveduto a depositare il certificato penale del casellario giudiziale del sig. Ladisi... al fine... di sopperire alla omissione perpetrata in sede di gara ma oramai cristallizzatasi...». Il Consorzio concluse affermando che, comunque, «... la omessa indicazione del nominativo del Sig.Ladisi ai sensi dell'ALLEGATO III al disciplinare di gara richiamato dal punto 5.2 lettera C) del medesimo ...costituisce autonoma causa di esclusione della controinteressata e sul punto l'aggiudicazione va annullata...».

L'adito TAR, con sentenza n. 1002 del 1° giugno 2012 ed in accoglimento del gravame incidentale dell'ATI controinteressata, ha dichiarato inammissibile il ricorso principale del Consorzio TRADA, per difetto d'interesse.

3. – Il Consorzio ha allora interposto appello avverso la sentenza n. 1002/2012, con il ricorso n. 5846/2012 RG. L'appellante ha dedotto in punto di diritto, oltre all'erronea applicazione nella specie, ove in gara erano restatesi solo l'ATI OSMAIRM e se stesso, dei principi posti da questo Consiglio con la decisione resa in Adunanza plenaria n. 4/2011 (avendo entrambe le parti contestato l'omessa reciproca esclusione dalla gara), pure i motivi di primo grado, assorbiti dal TAR, tra cui quello, dianzi accennato, per l'omessa dichiarazione sulla posizione del sig. Ladisi.

Con sentenza n. 1494 del 13 marzo 2013, la Sezione ha respinto l'appello *de quo*.

In particolare, s'è precisato anzitutto, nel disattendere il terzo motivo del ricorso di primo grado del Consorzio TRADA che «... sebbene il Vice Presidente del Consiglio di Amministrazione sia tenuto a rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 cit., in quanto soggetto titolare, a norma di statuto, degli stessi poteri di amministrazione e di rappresentanza spettanti al Presidente in caso di assenza o di impedimento dello stesso..., tuttavia la dimostrazione dell'assenza di precedenti penali a suo carico, in sede di verifica dei requisiti, secondo un indirizzo giurisprudenziale c.d. "sostanzialistico", cui il Collegio aderisce, ne impediva l'esclusione dalla gara, che non corrisponderebbe ad alcun effettivo interesse pubblico. Quando il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la *lex specialis* non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire - come nel caso in esame - ricorre un'ipotesi di c.d. "falso innocuo", come tale insuscettibile, in carenza di una espressa previsione legislativa o - si ripete - della legge di gara, a fondare l'esclusione, le cui ipotesi sono tassative...».

La Sezione ha poi reputato irrilevante «... la mancata presentazione del certificato generale del casellario giudiziale (indicante anche le sentenze civili passate in giudicato) e la mancata presentazione del certificato di carichi pendenti (attestante l'esistenza di procedimenti relativi ad illeciti amministrativi, dipendenti da reato, a carico di persone giuridiche, società ed associazioni anche prive di personalità giuridica) essendo sufficiente il certificato penale del casellario, attestante le sole condanne penali...».

4. – Il Consorzio TRADA propone quindi, con il ricorso in epigrafe, gravame per revocazione della sentenza n. 1494/2013.

In sede rescindente, il Consorzio deduce che, nella specie, si verifica il presupposto ex art. 395, l c., n. 4), c.p.c., giacché, a suo dire, tal sentenza è frutto d'un errore di fatto risultante dagli atti o dai documenti della causa, così concretando quel vizio revocatorio della falsa percezione, da parte del Giudice, della realtà come risulta dagli atti di causa. A tal proposito, il ricorrente è dell'avviso che, in base a quanto si dice in sentenza ed «... essendo emersa in giudizio l'assenza di precedenti penali in capo al Sig.Vito Antonio Ladisi... ed in assenza di una previsione di legge o della *lex specialis* che "non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle

puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire, come nel caso in esame" ...», si fosse verificato un caso di c.d. "falso innocuo". Sennonché il ricorrente assume che proprio in ciò si sostanzia il predetto vizio revocatorio, se si tien conto del richiamo operato dal § 5.2), lett. C) del disciplinare di gara al suo all. III) al disciplinare di gara, in forza del quale fu previsto espressamente, a pena di esclusione, l'obbligo d'indicare i nomi dei soggetti muniti di potere di rappresentanza. Poiché dunque nella sentenza «... si legge...che il principio sostanzialistico intanto poteva trovare ingresso nella statuizione del Giudice di secondo grado in quanto non vi era alcuna disposizione della legge di gara che imponeva precise modalità, a pena di esclusione, per la presentazione delle dichiarazioni ai sensi dell'art. 38 e tale concetto... viene ribadito ben due volte dall'Ecc.ma Terza Sezione nella decisione...», la Sezione non s'è avveduta, leggendo l'all. III), che la «... che la legge di gara prevedeva A PENA DI ESCLUSIONE che il concorrente dovesse ...» inserire i dati personali dei con potere di rappresentanza, «... al punto da giungere a statuire circa la ritenuta applicabilità...del principio del c.d. falso innocuo...».

Il Consorzio ricorrente deduce, altresì ed in via autonoma, l'errore revocatorio di fatto anche per omessa pronuncia su tutta la domanda, ossia «...di un errore percettivo del giudice, che non ha colto per mero errore la effettiva portata della domanda giudiziale...». Ora, nel terzo motivo *de quo* si dedusse che la OSMAIRM s.r.l., al di là delle omesse dichiarazioni di cui all'art.38, c. 1, lett. b), c) e m-ter) del Dlg 163/2006, non indicò *tout court* il nominativo del vicepresidente sig. Ladisi. Ebbene, secondo il ricorrente, «...non sembra che il Consiglio di Stato si sia pronunciato ma sembra che si sia limitato a rigettare il terzo motivo... nella parte in cui veniva dedotta l'assenza delle dichiarazioni di cui all'art. 38... senza occuparsi dell'ulteriore parte di censura relativa alla mancata indicazione del nominativo, della data di nascita e della residenza del...» sig. Ladisi. E ciò nonostante l'espressa censura sul punto, indicata sia nel primo periodo, sia nell'ultimo periodo del motivo *de quo*, per cui comunque tale omissione è causa di esclusione della controinteressata.

In sede rescissoria, il Consorzio TRADA ribadisce i motivi d'appello non coperti da giudicato, con riferimento in particolare all'erronea applicazione delle regole di valutazione dell'impugnazione incidentale a suo tempo fissate dall'Adunanza plenaria n. 4/2011 ed oggi superate in forza degli arresti della Corte regolatrice e della Corte di giustizia UE, nonché con riguardo all'accoglimento, da parte del TAR, del secondo e del terzo motivo del gravame incidentale di primo grado.

Resiste in giudizio l'ASL intimata, che conclude per l'inammissibilità e l'infondatezza della pretesa revocatoria.

S'è costituita nel presente giudizio pure l'ATI OSMAIRM, eccependo anzitutto che non v'è errore di fatto revocatorio nell'assunto della sentenza sull'assenza d'una clausola *in parte qua* a pena di decadenza per l'omessa dichiarazione. Infatti, dalla lettura del § 5.2) del disciplinare di gara in combinazione con il relativo all. III), s'evince tal decadenza espressa in capo soltanto alle imprese concorrenti non stabilite in Italia, per le quali, in effetti, vige l'obbligo d'indicare le persone che ricoprono la carica di legale rappresentante e di soggetto delegato a rappresentare ed impegnare legalmente l'impresa, nonché le altre persone componenti l'organo di amministrazione. Invece, le imprese operanti in Italia avrebbero dovuto indicare i soli amministratori delegati a rappresentarle, donde l'assenza dell'obbligo dichiarativo in capo al sig. Ladisi, il cui nominativo era finalizzato a verificarne l'idoneità morale, aspetti, questi, su cui la sentenza s'è espressa in modo chiaro e completo.

Alla pubblica udienza del 21 novembre 2013, su conforme richiesta delle parti, il ricorso in epigrafe è assunto in decisione dal Collegio.

5. – La domanda revocatoria rescindente s'incentra, in base a ciò che formò oggetto del terzo motivo del ricorso del Consorzio TRADA al TAR Lecce, su due distinti aspetti: 1) – la Sezione è incorsa in un c.d. "abbaglio dei sensi" laddove, nel superare la censura dell'omessa dichiarazione relativa alla posizione del sig. Ladisi attraverso il principio del c.d. "falso innocuo", non ha tenuto conto della sanzione espulsiva espressa sottesa a tal omissione, tale da escludere l'applicabilità certa di detto principio; B) – in ogni caso l'assenza di specifica pronuncia sull'autonoma doglianza sulla mancata indicazione del nominativo del sig. Ladisi, già di per sé sanzionata con l'esclusione.

Quanto al primo aspetto, la Sezione ha accertato l'obbligo del sig. Ladisi, quale «... *Vice Presidente del Consiglio di Amministrazione...*» della controinteressata OSMAIRM s.r.l., di «... *rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 cit., in quanto soggetto titolare, a norma di statuto, degli stessi poteri di amministrazione e di rappresentanza spettanti al Presidente in caso di assenza o di impedimento dello stesso...*».

Ebbene, dalla serena lettura della sentenza revocanda, s'evince in primo luogo che l'obbligo del sig. Ladisi è affermato in sé ed in via generale, per il sol fatto della sua posizione nell'organigramma funzionale di detta Società. Scolora quindi l'eccezione per cui l'obbligo stesso, come posto dalla *lex specialis*, vada inteso, o no, a seconda che valga per le sole imprese concorrenti non stabilite in Italia o per tutte quante.

S'evince altresì, per l'estrema latitudine dell'espressione «... *rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 cit.* » adoperata dalla sentenza, che essa concerne tutti i significati di tal dichiarazione, sia se direttamente riferita al sig. Ladisi nella sua qualità, sia se emessa dalla Società controinteressata, cioè per l'indicazione del di lui nominativo. E s'evince infine che, tra i possibili significati in questione, v'è pure quello per cui la dichiarazione copre le fattispecie ex art. 38, c. 1, lett. b), c)

e m-ter) del Dlg 163/2006, senza distinzione tra i tre casi, tant'è che il ricorrente NON li considera punto nel motivo rescindente del gravame revocatorio. Sicché, nell'interpretazione resa dalla sentenza, se tal obbligo è astrattamente posto per tutti i significati della citata espressione, allora pure l'esenzione da esso, grazie all'applicazione del principio del c.d. "falso innocuo" alla posizione del sig. Ladisi, li riguarda tutti indistintamente.

Pertanto, al di là d'ogni modalità adoperata dalla sentenza per confutare in modo puntuale anche l'aspetto dell'omessa indicazione del nominativo del sig. Ladisi, non si ravvisa l'autonomia della doglianza del ricorrente rispetto a quella ora in esame. Invero, una volta accertati obbligo ed (eventuale) esenzione in capo al sig. Ladisi, l'indicazione *de qua* non fu fine a se stessa, ma fu preordinata soltanto a verificarne l'idoneità morale, solo questo essendo il bene giuridico presidiato dalla legge e dalla norma di gara.

6. – Ciò posto, il Collegio non può esimersi dall'osservare in fatto che, come lamenta il ricorrente, in effetti la sentenza citata ha sì applicato alla vicenda del sig. Ladisi il c.d. "falso innocuo, dando per scontato l'assenza d'una clausola espulsiva espressa, invece sussistente nella *lex specialis*.

Nella specie, non si tratta in questa sede di verificare se e per qual ragione la giurisprudenza più recente (cfr., per tutti, Cons. St., III, 16 marzo 2012 n. 1471; id., V, 22 maggio 2012 n. 2946; id., 5 dicembre 2012 n. 6223; id., 21 giugno 2013 n. 3397) abbia ripudiato l'operatività della teoria del falso innocuo nelle gare ad evidenza pubblica, perché essa è questione di diritto e, comunque, non è l'oggetto del presente contendere.

Ciò che qui rileva è che la sentenza, nella specie, afferma l'operatività del falso innocuo solo in quanto «... *il partecipante sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e la lex specialis non preveda espressamente la pena dell'esclusione in relazione alla mancata osservanza delle puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire – come nel caso in esame –...*». È evidente quindi che la sentenza ha equivocato in fatto non già sul significato o sull'efficacia concreta della clausola espulsiva, né se essa si dovesse applicare, o no, ad una ben determinata categoria di partecipanti, ma sulla esistenza stessa di questa. Dunque, il falso innocuo presuppone (cfr., per tutti, Cons. St., V, 24 novembre 2011 n. 6240 e giurisprudenza colà citata) che la *lex specialis* non preveda una sanzione espulsiva espressa per la mancata osservanza di puntuali prescrizioni sulle modalità e sull'oggetto delle dichiarazioni da fornire. Allora non è indifferente affermare in fatto l'inesistenza, o no, della clausola medesima senza ulteriori argomenti, ché tal fatto è dirimente nell'applicazione del predetto istituto.

È appena da osservare, per completezza espositiva, come sia evidente e NON smentito in fatto che il sig. Ladisi sia in possesso di tutti i requisiti di moralità richiesti dalla legge, ma come al contempo tal evenienza non escluda l'errore revocatorio e che ciò, pure in sede rescissoria, non sia superabile con altri argomenti, in particolare quello per cui l'omissione della dichiarazione non produca alcun serio pregiudizio verso gli interessi pubblici presidiati da tal norma.

In altri termini, non sfugge certo al Collegio l'art. 45, § 2, lett. g) della dir. n. 2004/18/CE, che fa conseguire l'esclusione dalla gara alle sole ipotesi di grave colpevolezza e di *false dichiarazioni* (e non anche incomplete) nel fornire informazioni. La norma UE s'appalesa d'immediata applicazione nell'ordinamento nazionale e, quindi, nelle procedure di gara solo qualora l'esclusione da esse NON sia sancita, in base all'art. 38, c. 1 del Dlg 163/2006, in modo espresso nella legge di gara. Infatti, per un verso, non si può predicare l'applicabilità mera del c.d. "falso innocuo" alle procedure d'evidenza pubblica, perché la completezza delle dichiarazioni consente, anche in ossequio al principio di buon andamento dell'azione amministrativa e di proporzionalità, la celere decisione sull'ammissione dell'operatore economico alla gara (cfr., da ultimo, Cons. St., III, 15 gennaio 2014 n. 123). Per altro verso, la dimostrazione dell'assenza di elementi ostativi alla partecipazione ad una gara di appalto in capo ad uno degli amministratori della società (nella specie, il vicepresidente del CDA), costituisce elemento essenziale dell'offerta (o comunque è dovuta ai sensi dell'art. 38, c. 2 del Dlg 163/2006), sì che la sua mancanza produce l'esclusione automatica ai sensi del successivo art. 46, c. 1-bis, quand'anche in assenza di espressa comminatoria da parte della legge di gara (cfr., da ultimo, Cons. St., V, 30 settembre 2013 n. 4842).

7. – Viceversa, le altre questioni poste dal ricorrente in sede rescissoria sono o inammissibili, o infondate, per le ragioni qui di seguito indicate.

Chiede *in primis* il Consorzio ricorrente, appunto in sede rescissoria (cfr. pagg. 49 / 56 del gravame in epigrafe), che il Collegio esamini anzitutto i primi due mezzi del ricorso di primo grado. Ma essi sono già stati respinti dalla Sezione con la sentenza n. 1494/2013 e, poiché non formano in questa sede oggetto di revocazione, non mette più conto parlarne. Essi sono dunque manifestamente inammissibili, al di là d'ogni loro ulteriore impugnabilità per cassazione.

A conclusione in pratica simile reputa il Collegio di giungere con riguardo alla censura attorea (pagg. 56 / 62 del ricorso in epigrafe) contro l'accoglimento dei predetti due motivi d'impugnazione incidentale di primo grado, per vero non esaminati dalla sentenza n. 1494 e qui riproposti.

È infondata e non convince, infatti, l'interpretazione attorea del § 5.2) (pag. 6) del disciplinare di gara in ordine del fatturato minimo specifico che, nella specie, avrebbero dovuto possedere le varie imprese designate dal Consorzio TRADA per eseguire il servizio appaltando. Ora, ben l'osserva il TAR con dovizia di particolari, la disposizione *de qua* ha

in modo chiaro indicato, peraltro a pena d'esclusione, che tal requisito doveva esser posseduto dall'impresa o da tutte le imprese designate a tal scopo nel caso di «Consorzio».

È, questo, un vocabolo che con ogni evidenza si riferisce in modo generico ad ogni tipo di consorzio, tant'è che è usato dalla *lex specialis* in modo differente dall'espressione «Consorzio stabile», quando così il disciplinare vuol disporre nei soli confronti di quest'ultimo. Al contrario, l'opinione del ricorrente si basa non già su un dato testuale parimenti univoco, bensì su un'inferenza logico-semanticamente non suffragata da elementi testuali sicuramente rinvenibili nel disciplinare. Si può forse discettare se, rispetto ai Consorzi stabili, il requisito di idoneità tecnica e finanziaria debba riferirsi solo ad essi, piuttosto che alle imprese consorziate e designate e, se per far ciò, la legge di gara avrebbe fatto meglio ad adoperare il numero plurale (Consorzi), anziché quello singolare (Consorzio). Il punto è un altro: quando il disciplinare ha voluto specificare per i Consorzi stabili, l'ha fatto con una regola parimenti non equivocabile, donde l'impossibilità d'ammettere, sul piano testuale e su quello sistematico, interpretazioni spurie e, di fatto derogatrici del rigore ermeneutico ed applicativo delle norme di gara. Rettamente il TAR accenna all'omessa contestazione, da parte del Consorzio TRADA, del disciplinare sul punto, perché, ben lo si vede, l'argomento attoreo tende alla disapplicazione (dunque, all'eliminazione dal mondo giuridico) della piana lettura della norma stessa. Né basta: lo stesso disciplinare non ammette a gara i Consorzi stabili, qualora due o più delle imprese consorziate soddisfino già da sole i requisiti di partecipazione, donde l'evidente inutilità di fissare un'ulteriore regola di qualificazione a favore o nei riguardi del Consorzio stabile in sé.

Il rigetto dell'appello attoreo sul secondo motivo di gravame incidentale di primo grado esclude del tutto ogni residuo interesse alla disamina della censura sull'accoglimento del terzo motivo, giacché il Consorzio TRADA non possiede il requisito d'ammissione alla gara e tal situazione non è più o altrimenti rimediabile in via d'azione.

8. – Nei termini e nei soli limiti fin qui esaminati, dunque, il ricorso in epigrafe è fondato tanto sotto il profilo rescindente, quanto su quello rescissorio.

L'effetto di ciò è che il Consorzio ricorrente e la controinteressata OSMAIRM, che, si badi, sono le uniche due imprese rimaste in gara, versano in una situazione paritaria d'esclusione dalla gara in questione. Invero, l'uno ne è stato escluso grazie all'accoglimento del secondo e del terzo motivo del gravame incidentale da parte del TAR Lecce (come sopra confermato), mentre l'altra lo è ora, avendone il Collegio dianzi accolto il motivo d'appello qui replicato, in sede rescindente. Si verifica qui una vicenda di reciproca esclusione, che è paritaria, perché nell'un caso e nell'altro le imprese contendenti non possiedono o non dimostrano di possedere, non in generale ma in base ad una legge di gara che entrambe NON hanno contestato, i requisiti d'ammissione alla relativa procedura, così com'è stata regolata. Tutto ciò determina, non essendoci altro soggetto legittimamente partecipante, la necessaria rinnovazione *ab imis* della gara stessa, risultato, questo, nei cui riguardi il Consorzio TRADA vanta, quale operatore qualificato del settore, un interesse specifico. Poiché anche l'ATI aggiudicataria va esclusa dalla procedura *de qua*, dall'accoglimento del ricorso in epigrafe deriva al Consorzio TRADA che entrambe perdono (anzi, non hanno mai avuto fin dall'inizio) alcuna reale legittimazione alla gara, né tampoco a prevalere l'una sull'altro o viceversa.

A tal conclusione deve il Collegio pervenire, con ciò condividendo l'assunto attoreo al riguardo, in quanto la peculiare situazione così verificatasi non è risolvibile secondo il principio espresso da questo Consiglio, con la sentenza in Adunanza plenaria n. 4/2011.

Quest'ultimo, infatti, presuppone l'asimmetria sostanziale delle posizioni dei contendenti, donde la giusta e necessaria prevalenza del gravame incidentale escludente (perché rivolto a contestare in radice l'ammissione alla gara) a fronte d'ogni diversa pretesa contenuta nel gravame principale. Nel caso qui esaminato, il principio di diritto affermato dalla sentenza n. 4/2011 non è in discussione, in quanto non è comparabile la presente vicenda con quella deferita e decisa dall'Adunanza plenaria, ove il ricorrente (o appellante principale) non era legittimato né all'ammissione alla gara ad evidenza pubblica, né, di conseguenza, ad ottenere il soddisfacimento d'un interesse strumentale al rifacimento di questa. Infatti, nel caso della sentenza n. 4/2011 tal legittimazione era venuta meno, legittimamente, per l'accoglimento dell'impugnazione incidentale che ne aveva accertato il difetto di ammissione a gara.

Viceversa, nella specie, entrambi gli unici contendenti nella procedura *de qua* non vi erano e non vi sono legittimati e non possono pretendere, l'uno verso l'altro e per difetto di una posizione sostanziale differenziata e meritevole di tutela, il bene della vita regolato dalla gara. Infatti s'è già visto che tanto il Consorzio ricorrente, quanto la OSMAIRM s.r.l. hanno contestato l'omessa reciproca esclusione dalla gara in parola, ottenendo il pari accoglimento della relativa pretesa. Non si dà nel caso in esame quell'asimmetria di posizioni che crea il legittimo vantaggio del ricorrente incidentale che, anzi, entrambe le contendenti non hanno titolo per esser parti necessarie del procedimento ad evidenza pubblica. Non può esser conservata, quindi, a favore dell'ATI aggiudicataria, né ammissione a gara, né aggiudicazione, né tampoco il contratto, perché tutto ciò, oltre a rendere non utile alla bisogna il principio dell'Adunanza plenaria, le fornirebbe tal indebito vantaggio, ossia la realizzazione d'un interesse illegittimo e la conseguente apprensione di un bene della vita che, a differenza di quanto si può dare nei rapporti illeciti tra privati, la stazione appaltante è tenuta ad attribuire in modo lecito, legittimo, imparziale ed efficace.

Diversamente argomentando, s'avrebbe una nociva alterazione del principio di parità delle parti, prima ancora che nel processo, nello stesso procedimento concorsuale in violazione delle regole di funzionamento dei pubblici poteri. Esse predicano sì la speditezza e l'efficienza dell'azione amministrativa, ma non comunque e non a scapito dell'imparziale

distribuzione delle utilità pubbliche tra i soggetti e, in particolare nella materia dell'evidenza pubblica. Tanto, però, non a detrimento del duplice principio, di derivazione comunitaria inderogabile, della tutela di concorrenza e non discriminazione nel mercato relativo (dunque, in tutte ed in ciascuna singola gara) e della piena accessibilità ai (e l'effettività dei) mezzi di tutela nel settore.

Dal che la non necessità, per l'evidente differenza di situazione dedotte nei due giudizi, di rimettere all'Adunanza plenaria il ricorso in epigrafe ai sensi dell'art. 99, c. 3, c.p.a., imposta, invece solo se la Sezione NON avesse condiviso il principio già espresso su una controversia del tutto simile a quanto deciso con la sentenza n. 4/2011.

9. – Per meglio definire la questione, soccorre allora, allo stato dell'arte, l'arresto della Corte regolatrice (cfr. Cass., sez. un., 21 giugno 2012 n. 10294), per cui non è possibile predicare in ogni caso la necessaria priorità del «... ricorso incidentale, diretto a contestare la legittimazione del ricorrente principale, mediante la censura della sua ammissione alla procedura di gara...». Tanto perché ciò finirebbe «... - al cospetto di due imprese che sollevano a vicenda la medesima questione - per sanzionare una sola impresa con l'inammissibilità del ricorso e ne favorisce l'altra con il mantenimento di un'aggiudicazione (in tesi) illegittima, denotando una crisi del sistema che, al contrario, proclama di assicurare a tutti la possibilità di ricorrere al giudice per fargli rimediare a quello che (male) ha fatto o non ha fatto l'Amministrazione...».

Soccorre altresì l'art. 1, § 1) e 3) della dir. n. 89/665/CEE, come novellata dalla dir. n. 2007/66/CE, in forza del quale devono esser garantiti mezzi di ricorso efficaci e rapidi al fine di rendere effettiva l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza comunitaria. Anzi, è prescritto a tutti gli Stati membri di dotarsi di procedure adeguate che permettano l'annullamento delle decisioni illegittime, sì da evitare effetti distorsivi della concorrenza provocati, all'interno di un singolo Stato membro, da un'eventuale maggiore difficoltà d'accesso alla tutela giurisdizionale da parte delle imprese. A tal fine, il citato art. 1, § 3) della dir. n. 89/665/CEE va interpretato nel senso che, in un procedimento di ricorso, l'aggiudicatario, che ha ottenuto l'appalto e proposto ricorso incidentale, ben può sollevare un'eccezione d'inammissibilità fondata sul difetto di legittimazione a ricorrere del ricorrente principale, ossia perché questi dovrebbe esser escluso dalla gara. La norma comunitaria osta a che quest'ultimo ricorso sia dichiarato inammissibile, in conseguenza dell'esame preliminare di tale eccezione d'inammissibilità, senza che il Giudice si pronunci sulla conformità alle regole di gara sia dell'offerta dell'aggiudicatario, sia di quella di chi ha proposto il ricorso principale. Infatti, ove la legittimità dell'offerta di entrambi gli operatori sia contestata nell'ambito d'una stessa procedura per motivi identici, ciascuno dei concorrenti può far valere un analogo interesse legittimo all'esclusione dell'offerta degli altri, che può indurre la P.A. a constatare l'impossibilità di procedere alla scelta di un'offerta regolare. Tal giurisprudenza s'incentra sul principio di parità delle parti, appunto in relazione alla situazione, non revocabile in dubbio, dei due soggetti che si trovano sul piano sostanziale in una posizione di "parità *contra legem*" e, avendo entrambi beneficiato di una ammissione illegittima, non devono essere differenziati sul piano processuale.

Né va dimenticata la diretta applicabilità della citata sentenza e, più in generale, della giurisprudenza comunitaria quanto interpreta regolamenti e direttive a termine di recepimento già scaduto per uniformare l'applicazione del diritto comunitario in tutti i suoi significati.

Da tanto discende, in accoglimento della domanda di tutela dell'interesse strumentale attoreo, la necessità di pronunciare, ai sensi dell'art. 122 c.p.a. e come richiesto nel ricorso in epigrafe, l'inefficacia del contratto stipulato tra l'ASL intimata e l'ATI controinteressata, con decorrenza dalla scadenza del termine per la presentazione delle istanze di partecipazione alla nuova gara e, comunque, non oltre il 30 aprile 2014.

10. – Le spese del presente giudizio, stante la peculiarità della questione, possono esser compensate integralmente tra tutte le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. III), definitivamente pronunciando sul ricorso n. 4930/2013 RG in epigrafe, lo accoglie nei soli sensi di cui in motivazione e, per l'effetto ed in parziale revocazione della sentenza della Sezione n. 1494/2013, conferma con parziale diversa motivazione la sentenza appellata con il ricorso n. 5486/2012 RG, con salvezza dell'ulteriore attività di riemanazione da parte dell'ASL di Taranto.

Spese compensate.

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

Così deciso in Roma, nella Camera di consiglio del 21 novembre 2013, con l'intervento dei sigg. Magistrati:

Giuseppe Romeo, Presidente

Vittorio Stelo, Consigliere

Dante D'Alessio, Consigliere

Silvestro Maria Russo, Consigliere, Estensore

Lydia Ada Orsola Spiezia, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 06/02/2014

IL SEGRETARIO

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