

Pubblicato il 30/12/2019

**N. 08901/2019 REG.PROV.COLL.
N. 07344/2019 REG.RIC.**



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

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Sesta)

ha pronunciato la presente

ORDINANZA

sul ricorso numero di registro generale 7344 del 2019, proposto da

Team Service Scarl, in proprio e quale mandataria/capogruppo del RTI con Linda S.r.l. e Società Appalti Manutenzioni Lazio Sud - Snam S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *pro tempore*, rappresentati e difesi dall'avvocato Avilio Presutti, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del difensore in Roma, piazza San Salvatore in Lauro 10;

contro

Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca, Filcams-Cgil non costituiti in giudizio;

Servizi Generali S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Luca Amedeo Melegari, Ignazio Tranquilli e Sergio Caracciolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Ignazio Tranquilli in Roma, via Paisiello 53;

nei confronti

Dussmann Service S.r.l., L'Operosa Scarl in proprio e quale Mandataria Rti, Rti - Papalini S.p.A., Rti - Pfe S.p.A., Rti - Pellegrini S.p.A. non costituiti in giudizio;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima), 28 agosto 2019 n.530, che ha pronunciato non definitivamente sul ricorso n. 2014/2019 R.G. integrato da motivi aggiunti, proposto con riguardo ai seguenti atti del Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca - MIUR:

(I- ricorso principale)

per l'annullamento

a) del decreto del Direttore generale 1 marzo 2019 n. 90, con il quale il MIUR ha aggiudicato in via definitiva, alla controinteressata RTI Team Service Scarl, i servizi di pulizia e gli altri servizi ausiliari per le istituzioni scolastiche ed educative situate nella provincia di Frosinone e Latina (CIG 763086877A), per la durata di otto mesi ed un importo complessivo pari ad € 13.114.754,10, autorizzando, altresì, "l'esecuzione anticipata urgente del servizio, ai sensi dell'art. 32, commi 8, ultima parte e 13, del d.lgs. 50/2016";

b) dell'atto di nomina della Commissione di gara;

c) dei verbali di gara, non cognitivi, con particolare riferimento a quelli di ammissione dei concorrenti e a quelli contenenti le valutazioni delle offerte tecniche ed economiche da parte dei Commissari di gara;

d) dei verbali e degli atti relativi al subprocedimento di verifica dell'anomalia;

e) del decreto 31 agosto 2018 prot. R.0001422, pubblicato sul profilo del MIUR il giorno 17 settembre 2018, con il quale il Direttore generale per le risorse umane e finanziarie del MIUR e il Direttore generale dell'Ufficio scolastico regionale per il Lazio hanno indetto una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ai sensi dell'art. 63, comma 2, lettera c), d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, per la conclusione di un contratto-quadro per l'acquisizione dei servizi di pulizia e servizi connessi di ausiliariato per le

istituzioni scolastiche ed educative statali collocate nell'ambito territoriale corrispondente al lotto 5 della convenzione-quadro CONSIP risolta il 30 novembre 2017, del valore di euro 16.000.000,00;

di tutti gli atti connessi e conseguenti, e in particolare:

f) della lettera di invito;

g) del capitolato d'oneri;

h) dei provvedimenti di proroga dei contratti attuativi della convenzione Consip pulizia scuole, ancorché scaduta, gestita dalla controinteressata;

nonché

per la declaratoria di inefficacia

del contratto, ove nelle more stipulato, con diritto al subentro della ricorrente;

nonché per l'annullamento, ai sensi dell'art. 116 c.p.a.,

i) del silenzio-diniego relativamente all'istanza di accesso formulata a fini difensivi dalla ricorrente,

e per condanna

dell'amministrazione a esibire la documentazione richiesta;

(II- motivi aggiunti)

per l'annullamento

degli atti impugnati con ricorso principale e di quelli ulteriori acquisiti in sede di accesso il 3 aprile 2019;

l) della nota 29 aprile 2019 di comunicazione alle scuole che “in data 26/04/2019 il Consiglio di Stato, con Decreto Presidenziale, che si invia in allegato, ritenendo che anche se è stata fissata al 22 maggio 2019 la data dell'udienza pubblica per la trattazione nel merito del ricorso di prime cure innanzi al T.A.R. Latina, è ormai intervenuta la sentenza di questa sezione 03/04/2019 n.2209, dalla cui esecuzione (asseritamente in corso) consegue il cambio appalto dal R.T.I. costituito da MA.CA. S.r.l. (mandataria), Smeraldo S.r.l. (mandante) e Servizi Generali S.r.l. (mandante), al successivo aggiudicatario”, ha disposto la sospensione del precedente provvedimento

con il quale il TAR Latina aveva, a sua volta, sospeso la procedura di cambio appalto”.

In particolare, la sentenza, non definitivamente pronunciando sul ricorso, ha dichiarato ammissibile il ricorso, accolto l'istanza di accesso con lo stesso formulata e disposto istruttoria.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Servizi Generali S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 dicembre 2019 il Cons. Francesco De Luca e uditi per le parti gli avvocati Presutti Avilio, Tranquilli Ignazio in proprio e per delega di Caracciolo Sergio;

1. Come emergente dalla sentenza di questo Consiglio n. 6763/19 (deposito Team Service Scarl del 21.11.2019), invocata nel presente processo dalla parte appellante (memoria del 3 dicembre 2019), e comunque come desumibile dalla documentazione acquisita agli atti del giudizio, nell'ambito delle province di Latina e di Frosinone, il servizio di pulizia delle scuole è stato svolto da un raggruppamento di imprese (delle quali faceva parte anche la ricorrente appellata, Servizi Generali srl) attraverso una convenzione quadro CONSIP 9 dicembre 2013, risolta con atto 30 novembre 2017 dalla CONSIP stessa per ritenuto grave inadempimento della parte affidataria (all. 2 deposito 12.4.2019 Ministero resistente nel giudizio di primo grado).

Attesa l'impossibilità di procedere alla stipula di una nuova convenzione quadro in tempo utile per garantire il servizio all'avvio del nuovo anno scolastico, il MIUR, con atto 31 agosto 2018 prot. R.0001422 (impugnato dall'odierna appellata anche con il ricorso di primo grado), in via di urgenza ha indetto una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ai sensi dell'art. 63, comma 2, lettera c), d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, per concludere un contratto-quadro relativo ai servizi di pulizia in questione; nell'atto citato, l'Amministrazione, in particolare, ha stabilito che “*gli operatori*

economici da invitare sono individuati tra quelli che siano, al momento dell'invio dell'invito a presentare offerta, esecutori, in virtù di una Convenzione non precedentemente risolta, di uno o più lotti oggetto della ... procedura di gara per l'affidamento dei servizi di pulizia ed altri servizi tesi al mantenimento del decoro e della funzionalità degli immobili, per gli Istituti scolastici di ogni ordine e grado e per i centri di formazione della pubblica amministrazione – ID 1201” (doc. 7 allegato al ricorso di primo grado).

In applicazione di tale clausola della *lex specialis* di gara, l'Amministrazione con nota 8.10.2018 ha rigettato la richiesta di invito alla procedura avanzata dalla Servizi Generali srl, con l'effetto di escludere lo stesso operatore economico dalla partecipazione alla procedura di affidamento: (cfr. punto 3 sentenza C.d.S. n. 6763/19 cit. in cui si dà conto che *“La ricorrente appellata ha chiesto di essere invitata alla procedura, ma ha ricevuto risposta negativa, con l'effetto di un'esclusione dalla procedura stessa, con la lettera 8 ottobre 2018 meglio indicata in epigrafe, nella quale si richiama la suddetta previsione del bando, si ricorda che la stessa ditta “ha operato nel lotto 5 delle province di Frosinone e Latina come R.T.I., con Ma.Ca. s.r.l. azienda mandataria, e che in data 12 dicembre 2017 la suddetta Convenzione è stata risolta da Consip Spa, per inadempienze e gravi negligenze commesse nel corso dell'esecuzione”, e si aggiunge che alla procedura possono partecipare “solo gli operatori economici invitati” costituiti “esclusivamente nella medesima forma e composizione” della gara ID 1201 sopra citata (doc. 2 in I grado ricorrente appellata, lettera di esclusione)”*).

2. La Società Servizi Generali SpA ha, quindi, proposto un primo ricorso (n.r.g. 569/18) dinnanzi al Tar Lazio, Latina, impugnando (cfr. epigrafe della sentenza di questo Consiglio n. 6763/19 cit.):

- il decreto 31 agosto 2018 prot. R.0001422, pubblicato sul profilo del MIUR il giorno 17 settembre 2018, con il quale il Direttore generale per le risorse umane e finanziarie del MIUR e il Direttore generale dell'Ufficio scolastico regionale per il Lazio avevano indetto la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ai sensi dell'art. 63, comma 2, lettera c), d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, per la conclusione di un contratto-quadro per l'acquisizione dei servizi di pulizia e servizi connessi di ausiliario per le

istituzioni scolastiche ed educative statali collocate nell'ambito territoriale corrispondente al lotto 5 della convenzione-quadro CONSIP risolta il 30 novembre 2017, del valore di euro 16.000.000,00;

- la nota 8 ottobre 2018 prot. n. U.0019996 con la quale il Responsabile unico del procedimento, a fronte della richiesta di invito alla procedura di affidamento suddetta avanzata dalla Servizi Generali srl, aveva negato alla ricorrente la possibilità di partecipare alla gara in parola.

In accoglimento di apposita istanza cautelare formulata dalla ricorrente, il Tar adito, con ordinanza n. 213/18 (confermata da questo Consiglio con ordinanza n. 6155/18 – cfr. doc. 8 allegato al ricorso di primo grado, recante la nota MIUR 20.12.2018 in cui si dà atto dell'emissione di tali provvedimenti giurisdizionali), ha ammesso con riserva la Servizi Generali srl alla partecipazione alla procedura di affidamento. Conseguentemente, la stessa Servizi Generali SpA ha preso parte alla procedura di affidamento, presentando apposita offerta.

3. Nelle more della procedura di gara il Tar Lazio, Latina, ha definito il giudizio introdotto contro la clausola escludente della lex specialis e il rigetto opposto dal Miur alla richiesta di invito a partecipare avanzata dalla Servizi Generali srl, emettendo la sentenza n. 136/19 del 26 febbraio 2019, con cui *“ha accolto il ricorso proposto dall'impresa suddetta contro l'esclusione, accogliendo due dei motivi di ricorso. In primo luogo, ha ritenuto che il diniego di invito motivato con la risoluzione della precedente convenzione violasse l'art. 80 comma 5 lettera c) del codice dei contratti d. lgs. 18 aprile 2016 n.50, dato che l'impresa, come non è controverso quanto al fatto storico, la aveva contestata in giudizio. In secondo luogo, ha ritenuto che ammettere alla gara solo gli operatori costituiti nella medesima forma e composizione di cui alla gara precedente violasse l'art. 45 commi 3 e 5 del d. lgs. 50/2016, che consente di imporre una forma giuridica determinata al raggruppamento di imprese aggiudicatario solo dopo l'aggiudicazione”* (punto 4 sentenza C.d.S. n. 6763/19 cit.).

4. La procedura di gara, nel frattempo, è stata aggiudicata, all'esito della valutazione delle offerte, in favore del RTI Team Service Scarl con

determinazione 1.3.2019 (doc. 10 ricorso di primo grado).

5. A fronte dell'aggiudicazione della procedura e dell'accoglimento del ricorso proposto dalla Servizi Generali srl, le odierni parti processuali hanno assunto plurime iniziative processuali.

6. In particolare, il Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca ha proposto appello avverso la sentenza n. 136/19 del Tar Lazio, Latina, affermando -sulla base di un unico articolato motivo (cfr. punto 5 sentenza C.d.S. n. 6763/19 cit.) - l'erroneità della sentenza di prime cure, per aver reputato illegittima sia la clausola escludente recata dal bando di gara 31.08.2018, prot. R.0001422, sia (conseguentemente) la determinazione con cui lo stesso Ministero aveva rigettato, in applicazione di detta clausola, la richiesta di invito alla procedura avanzata dalla Servizi Generali srl (appello n.r.g. 3860/2019 assegnato alla Sez. VI di questo Consiglio).

7. La società Team Service S.c.a r.l. in proprio e quale mandataria capogruppo del raggruppamento temporaneo – RTI con le imprese Linda Srl, Società Appalti Manutenzioni Lazio Sud-Snam S.r.l, aggiudicataria della procedura di gara indetta dal MIUR con atto 31.08.2018, prot. R.0001422, ha proposto opposizione di terzo avverso la sentenza n. 136/19 del Tar Latina.

Tale impugnazione è stata dichiarata inammissibile per difetto di interesse dal giudice di prime cure con sentenza n. 314 del 18 aprile 2019, avverso cui il ricorrente ha proposto appello (n.r.g. 3490/2019 assegnato alla Sez. VI di questo Consiglio) sulla base di due motivi: da un lato, sostenendo il proprio interesse, in qualità di aggiudicatario della gara, all'impugnazione della sentenza n. 136/19 del TAR Lazio, Latina, costituente il titolo di ammissione della Servizi Generali srl; dall'altro, deducendo la legittimità della clausola escludente annullata dal Tar Latina con la sentenza n. 136/19, in quanto compatibile con l'art. 80 comma 5 lettera c) D. Lgs. n. 50/16 nell'interpretazione accolta a livello sovranazionale (cfr. punti 14 e 15 sent. C.d.S. n. 6763/19 cit.).

8. La società Servizi Generali srl ha proposto un ulteriore ricorso dinnanzi al Tar Lazio, Latina, iscritto al n.r.g. 204/19, impugnando il provvedimento di aggiudicazione e gli atti di gara, meglio descritti in premessa, assunti dal Ministero dell'istruzione, dell'università e della ricerca nell'ambito della prefata procedura di affidamento, indetta con determinazione 31.08.2018, prot. R.0001422.

8.1. In particolare, ricorrendo nuovamente dinnanzi al Tar Lazio, Latina (giudizio n.r.g. 204/19), la società Servizi Generali srl ha articolato plurime censure, contestando:

- l'insussistenza dei presupposti dell'estrema urgenza legittimanti l'indizione della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara (violazione e falsa applicazione dell'art. 63, comma 2, lett. c), D. Lgs. n. 50/2016 e dell'art. 64 D.L. n. 50/2017 conv. in L n. 96/2017);
- la violazione dell'art. 64 DL n. 50/17 conv. in L n. 96/2017, ritenuto ostativo alla sottoscrizione di contratti quadro affidati all'esito di procedure di gara autonomamente indette dalle singole stazioni appaltanti, risultando le Amministrazioni tenute ad approvvigionarsi esclusivamente tramite il sistema delle convenzioni Consip o ricorrendo alle fattispecie di cui ai commi 2e 2 bis 64 DL n. 50/17 cit.;
- l'insussistenza dei requisiti di partecipazione in capo a tutti i concorrenti invitati, stante l'illegittimità della proroga dei contratti attuativi disposta dal Miur ai sensi della Legge di Bilancio 2018, come interpretata da TAR Latina n. 578/18;
- l'illegittimità, per violazione dell'art. 95, comma 6, D. Lgs. n. 50/16, dei criteri di valutazione delle offerte stabiliti dall'art. 15 del Capitolato d'oneri;
- la violazione e/o falsa applicazione dell'art. 77 D. Lgs. n. 50/16 per incompatibilità e conflitto di interessi in capo al Presidente della Commissione giudicatrice;
- la violazione e falsa applicazione dell'art. 97 D. Lgs. n. 50/16, per arbitrarietà, illogicità, irragionevolezza e sviamento nella procedura di

valutazione delle offerte – violazione della par condicio e delle regole di trasparenza; eccesso di potere, relativamente al punteggio assegnato alle offerte dei concorrenti ammessi alla gara;

- la violazione e falsa applicazione dell'art. 32 D. Lgs. n. 50/16, stante l'insussistenza dei presupposti per la consegna d'urgenza del servizio.

La ricorrente in primo grado, altresì ha avanzato istanza di accesso agli atti di gara ex art. 116 c.p.a., con riferimento ai verbali di gara, all'atto di nomina della Commissione giudicatrice, ai LOG della gara telematica, alle offerte dei concorrenti e agli atti del sub procedimento di verifica di anomalia.

8.2 Nel costituirsi nel giudizio n.r.g. 204/19, il RTI controinteressato (Team Service S.c.a r.l. in proprio e quale mandataria capogruppo del raggruppamento temporaneo – RTI con le imprese Linda Srl, Società Appalti Manutenzioni Lazio Sud-Snam S.r.l), oltre a resistere al ricorso principale, ha proposto ricorso incidentale seguito da due ricorsi per motivi aggiunti, con cui ha censurato l'illegittima ammissione del ricorrente principale in quanto:

- il ricorrente principale sarebbe stato destinatario di risoluzione contrattuale (gara Consip Lotto 5 pulizia scuole), con conseguente integrazione della fattispecie di esclusione di cui all'art. 80, co. 5, lett. C), D. Lgs. n. 50/16 (art. 57, par. 4, direttiva 2014/24/UE), non impedita dalla contestazione in sede giurisdizionale dello stesso provvedimento di risoluzione contrattuale (unico motivo del ricorso incidentale depositato in data 4.4.2019);

- l'offerta del ricorrente principale sarebbe risultata anomala (ai sensi dell'art. 97, comma 5, lett. d), d. lgs. n. 50/16), stante l'eccessività del ribasso operato sul costo della manodopera (primo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 4.4.2019);

- sarebbe stato violato il divieto del *ne bis in idem*, per la riproposizione di domanda identica a quella già avanzata nell'ambito del giudizio definito con sentenza del Tar Latina n. 248/19 (primo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 29.4.2019);

- sarebbero stati violati e/o falsamente applicati gli artt. 30, 80 e 89 D. Lgs. n. 50/19, nonché violati i canoni di affidabilità, professionalità e buona fede, tenuto conto che l'ausiliaria Ma.Ca sarebbe risultata destinataria di provvedimento di risoluzione contrattuale per grave inadempimento, fattispecie costituente una tassativa causa di esclusione, suscettibile di determinare, conseguentemente, l'esclusione della concorrente Servizi Generali (secondo motivo del secondo ricorso per motivi aggiunti depositato in data 29.4.2019).

8.3 Nel corso del giudizio n.r.g. 204/19 la parte ricorrente, altresì:

- ha impugnato, ex art. 116 c.p.a., la nota del 3.4.2019, n. 7172 con cui il MIUR aveva rigettato l'istanza di accesso presentata dalla Servizi Generali srl in relazione alle offerte tecniche dei controinteressati ed ai giustificativi rilasciati in sede di valutazione delle offerte anomale, così come agli ulteriori documenti richiamati nel provvedimento di aggiudicazione. Censurando la condotta amministrativa, ritenuta violativa dell'art. 53 D. Lgs. n. 50/16, la società ricorrente ha, quindi, chiesto la condanna dell'Amministrazione resistente all'ostensione delle offerte tecniche, dei giustificativi delle controinteressate, del D.M. n. 18 e 590 del 2018, degli atti di deleghe interne, dei CV dei commissari, delle schede di analisi dei LOG della procedura telematica, riferite in particolare allo sblocco delle offerte tecniche ed economiche, alle fasi di valutazione delle offerte ed attribuzione dei punteggi, ai coefficienti assegnati dai singoli commissari e alle motivazioni dei singoli punteggi assegnati;

- ha proposto motivi aggiunti avverso a) la nota del 29.4.2019 con cui il MIUR ha invitato le Istituzioni scolastiche alla sottoscrizione tempestiva dei verbali di ordinativo provvisorio in via d'urgenza al fine di garantire l'avvio del servizio a decorrere dal 2.5.2019, b) gli ordinativi di fornitura provvisori emessi dai singoli Istituti scolastici; contestando l'anomalia delle offerte presentate dai concorrenti in gara, l'incompatibilità e il difetto di competenza tecnica dei componenti della Commissione giudicatrice, l'illegittimità per

incompetenza dell'atto di nomina della Commissione giudicatrice, la violazione della trasparenza e della par condicio tra i concorrenti per l'essere stata ammessa la ricorrente a procedura diversa da quella cui avrebbero preso parte le controinteressate, l'illegittimità delle operazioni di valutazione dell'offerta tecnica per violazione dell'art. 15.1 del Capitolato, la violazione della proroga ex lege concessa con Legge di Bilancio 2018.

8.4 Il Tar Lazio, Latina, con sentenza non definitiva n. 530 del 28 agosto 2019, emessa nell'ambito del giudizio n.r.g. 204/19 e appellata nella presente sede, ha ritenuto ammissibile il ricorso principale, ha accolto l'istanza di accesso ai documenti amministrativi, nonché ha disposto incumbenti istruttori a carico del Ministero resistente.

In particolare, il Tar ha ritenuto che:

- le contestazioni sollevate con il ricorso incidentale, concernenti la posizione della società MA.CA, ausiliaria della Servizi Generali SrL, fossero infondate, tenuto conto che la società MA.CA. non aveva partecipato attivamente alla gara ma aveva assunto un ruolo essenzialmente ancillare e non sostanziale, limitandosi in realtà a fornire a Servizi Generali i requisiti di partecipazione a quest'ultima società mancanti;
- le contestazioni sollevate con il ricorso incidentale, concernenti la posizione della Servizi Generali srl in ordine ad una pregressa risoluzione contrattuale disposta da Consip, non risultassero rilevanti in quanto la responsabilità dell'inadempimento nel precedente contratto faceva capo alla mandataria Ma.Ca., la quale non era presente nella nuova gara di appalto se non come ausiliaria di Servizi Generali per la sola messa a disposizione dei requisiti tecnici di partecipazione (escludendosi per essa, dunque, ogni valutazione in ordine all'affidabilità per l'esecuzione dei servizi appaltati).;
- l'istanza di accesso fosse fondata in ragione della prevalenza accordata alle esigenze di trasparenza della procedura di aggiudicazione rispetto a quelle di riservatezza della controinteressata;

- fosse necessario richiedere all'amministrazione intimata una relazione di chiarimenti - alla luce di quanto dedotto nel primo motivo aggiunto al ricorso incidentale sui fatti di causa - con specifico riferimento sui costi della manodopera ivi meglio indicati.

9. Il RTI controinteressato Team Service Scarl ha proposto appello avverso la sentenza n. 530/19 cit., introducendo il presente giudizio di impugnazione sulla base di quattro motivi di censura.

9.1 In particolare, la parte appellante, in primo luogo, ha impugnato la sentenza di prime cure per omessa pronuncia – carenza di istruttoria, in relazione a taluni dei motivi di esclusione del ricorrente principale svolti in via incidentale in primo grado.

A giudizio dell'appellante, il Tar non avrebbe pronunciato a) sulla violazione del divieto del ne bis in idem, b) sulla sussistenza di un ulteriore grave inadempimento contestato al RTI Ma.Ca./Servizi Generali in altro appalto Consip, come accertato dalle sentenze del Tar Lazio, sez. II, nn. 2491, 2494 e 2496, c) nonché sull'anomalia dell'offerta presentata dalla ricorrente principale.

9.2 Con un secondo motivo di appello, il RTI Team Service Scarl ha censurato la sentenza di prime cure, per violazione degli artt. 80, 83 e 89 del d.lgs. 50/2016- violazione e/o erronea applicazione delle sentenze nn. 2209/2019 e 3755/20199 del Consiglio di Stato e dell'ordinanza n. 3755/2019 del Consiglio di Stato.

In particolare, il Tar avrebbe erroneamente ritenuto che la società Servizi Generali srl, da un lato, fosse estranea agli effetti della risoluzione per grave inadempimento disposta da Consip; dall'altro, non risentisse della carenza dei requisiti di partecipazione in capo a Ma.ca, in ragione del ruolo ancillare e non sostanziale svolto dall'ausiliaria.

Secondo la prospettazione della parte appellante, invece:

- sotto il primo profilo, la risoluzione contrattuale nei confronti del RTI, di cui faceva parte Servizi Generali, avrebbe dovuto reputarsi incidente sulla

posizione di tutti i componenti del Raggruppamento, come emergente sia dalle sentenze n. 2209/2019 e n. 3755/2019 e dall'ordinanza n. 3475/19 di questo Consiglio, sia dalla documentazione in atti, comprovante la sussistenza di inadempimenti direttamente riferibili a Servizi Generali srl;

- sotto il secondo profilo, la carenza originaria dei requisiti di partecipazione in capo all'ausiliaria Ma.Ca. avrebbe dovuto ritenersi ostativa all'ammissione alla gara del concorrente Servizi Generali.

9.3 Con un terzo motivo di appello, il RTI Team Service Scarl ha censurato la sentenza di prime cure, per violazione e/o falsa applicazione delle ordinanze cautelari del Consiglio di Stato nn. 2303/2019 e 3475/2019 – contraddittorietà – violazione e/o falsa applicazione dell'art. 57, n. 4, lett. c) della direttiva 2014/24/CE – violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80, comma 5, lett. c), del d. lgs. n. 50/2016.

A giudizio dell'appellante, il Tar avrebbe errato nel richiamare la propria sentenza n. 136/19, trattandosi di pronuncia sospesa da questo Consiglio con ordinanze n. 2303/19 e 3475/19, alla stregua delle quali dovrebbe ritenersi che Servizi Generali non sia più ammessa alla partecipazione alla gara; ragion per cui il ricorso principale di prime cure dovrebbe ritenersi inammissibile, facendosi questione di impugnazione dell'aggiudicazione da parte di un'impresa non ammessa alla gara.

9.4 Con un ultimo motivo di appello, la parte impugnante ha censurato la sentenza di prime cure, per violazione e/o falsa applicazione dell'art. 53 d.lgs. n. 50/16 – difetto di motivazione, stante l'insussistenza dei presupposti per l'accesso ai documenti amministrativi.

Secondo la prospettazione dell'appellante, in particolare, l'accesso ai documenti amministrativi (per quanto più di interesse per il RTI Team Service Scarl, all'offerta tecnica e ai giustificativi trasmessi in sede di verifica di congruità) non sarebbe nella specie consentito, tenuto conto che:

- l'istanza proverrebbe da concorrente escluso dalla gara e, quindi, da operatore economico privo di interesse;

- l'istanza sarebbe stata avanzata nell'ambito di un giudizio introdotto con ricorso da dichiararsi inammissibile (in ragione dei motivi di impugnazione svolti in via incidentale in primo grado e riproposti in sede di appello); ragione per cui l'inammissibilità del ricorso determinerebbe l'inammissibilità altresì delle istanze istruttorie ivi articolate;

- in materia di appalti pubblici occorrerebbe assicurare un equo bilanciamento tra le esigenze di trasparenza sottese all'istanza di accesso e le esigenze di riservatezza prospettate dalla parte controinteressata, potendo essere consentita l'ostensione dei soli documenti indispensabili alla tutela degli interessi giuridici dell'istante; requisito di indispensabilità che non risulterebbe integrato nella specie.

In sede di appello il RTI Team Service Scarl ha, altresì, avanzato istanza cautelare, anche in via monocratica ex art. 56 c.p.a. nonché ha depositato l'accordo quadro concluso in data 5.7.2019 con il Miur, avente ad oggetto i servizi di pulizia e degli altri servizi ausiliari per le istituzioni scolastiche ed educative statali situate nelle province di Frosinone e Latina, della durata massima di otto mesi decorrenti dalla data di sottoscrizione del Verbale di esecuzione anticipata del servizio in via d'urgenza, con possibilità di proroga nei limiti e nel rispetto dell'art. 106, comma 11, D. Lgs. n. 50/2016 (cfr. art. 4).

10. La società appellata si è costituita nel presente giudizio, resistendo all'impugnazione.

In particolare, a giudizio della Servizi Generali SrL:

- risulterebbero ininfluenti, ai fini dell'ammissibilità del ricorso principale, le ordinanze n. 2303 e 2836 del 2019 di questo Consiglio, così come un eventuale annullamento della sentenza n. 136/19 del Tar Lazio, Latina, cit., non avrebbe l'effetto di caducare automaticamente gli autonomi provvedimenti con cui il Miur ha disposto l'ammissione della ricorrente appellata alla gara oggetto del presente giudizio di appello;

- il ricorso di prime cure non potrebbe ritenersi una riproposizione di altro ricorso deciso dal Tar Lazio, Latina, con sentenza n. 248/19, tenuto conto che tale pronuncia era intervenuta su impugnazione proposta (con ricorso per motivi aggiunti) dalla sola Ma.Ca; non realizzandosi, pertanto, il presupposto di identità di parti;
- l'avvenuta esclusione del RTI Ma.Ca. da tre gare in corso a seguito della risoluzione della Convenzione Consip Lotto 5 – per ritenuta carenza del requisito di cui all'art. 38, comma 1, lett. f), D. Lgs. n. 163/06 (*ratione temporis* applicabile) – non avrebbe potuto legittimare altra Amministrazione ad escludere automaticamente, senza istruttoria e adeguata motivazione, la società Servizi Generali srl dalla gara oggetto del presente giudizio;
- non sarebbe riscontrabile alcuna omessa pronuncia sul motivo di ricorso principale riguardante l'asserita anomalia della propria offerta, tenuto conto che il Tar sul punto avrebbe chiesto al MIUR di depositare una relazione al fine di decidere; sicché nessuna omissione valutativa sarebbe riscontrabile nella specie;
- la sentenza n. 2209 del 3.4.2019 cit. non sarebbe riferibile alla Servizi Generali srl e comunque riguarderebbe la differente questione dell'applicazione e dell'interpretazione della Legge di Bilancio 2018 in relazione agli effetti della risoluzione Consip sui contratti attuativi; mentre nella specie si discorrerebbe di nuova procedura di gara indetta dal MIUR e dell'imputabilità alla mandante della risoluzione disposta dalla Consip con riferimento al RTI aggiudicatario della convenzione Lotto 5;
- il Tar Lazio, Latina, con sentenza n. 136/19 avrebbe annullato la clausola dell'avviso di gara che impediva a Servizi Generali srl di presentare la propria domanda di partecipazione e, quindi, di sottoporsi al giudizio discrezionale del MIUR circa la sussistenza o meno del requisito di cui all'art. 80, comma 5, lett. c), D. Lgs. n. 50/16, all'esito del quale la stazione appaltante ha ravvisato tutti i requisiti di partecipazione in capo alla ricorrente di primo grado;

- le statuizioni giudiziali richiamate dall'appellante e riferite alla sussistenza di presunti inadempimenti sarebbero prive di valore di giudicato, in quanto rese in via incidentale, come avvalorato dal decreto presidenziale della Sezione n. 2682/19, confermato con ordinanza collegiale n. 3260/19;
- in ogni caso, l'accertata carenza dei requisiti di partecipazione in capo all'ausiliaria avrebbe come conseguenza, anziché l'esclusione del concorrente, l'obbligo per la stazione appaltante di permettere al concorrente stesso di sostituire l'ausiliaria;
- l'asserita responsabilità della Servizi Generali srl sarebbe smentita altresì dalla Consip e dall'Anac (doc. 54 e 2 fascicolo di primo grado), che avrebbero ascritto l'inadempimento alla base della risoluzione contrattuale della Convenzione Consip Lotto 5 soltanto in capo alla mandataria Ma.Ca;
- l'ordine di esibizione documentale risulterebbe strumentale ad assicurare le esigenze di trasparenza delle procedure di gara, prevalenti su quelle di riservatezza, tenuto conto altresì dell'oggetto dell'appalto in affidamento, correttamente valorizzato a fondamento della sentenza di prime cure (servizio di pulizia delle scuole) come inidoneo a violare i segreti commerciali del ricorrente incidentale.

11. Con decreto presidenziale n. 4381/19, è stata sospesa la sentenza impugnata fino alla camera di consiglio fissata per la trattazione dell'istanza di cautela; il decreto è stato, successivamente, confermato con ordinanza collegiale n. 4911/19.

12. In vista dell'udienza pubblica di discussione del 19.12.2019 la parte appellante con deposito del 21.11.2019 ha prodotto la sentenza n. 6763/19, con cui questo Consiglio ha definito i giudizi di impugnazione *supra* richiamati ai punti 6. e 7.

In particolare, riunendo gli appelli proposti dal Ministero e dal RTI Team Service Scarl, la Sezione con detta sentenza ha ritenuto legittimi sia la clausola escludente recata nell'avviso di gara 31.8.2018 cit. sia, conseguentemente, il rigetto della richiesta di invito presentata dalla Servizi Generali Srl,

confermando le determinazioni amministrative impugnate in primo grado (che non avevano ammesso la Servizi Generali srl alla gara per cui è controversia).

Per quanto più di interesse ai fini del presente giudizio, la sentenza n. 6763/19 è argomentata sulla base delle seguenti considerazioni:

“26. Nel merito, l’appello 3860/2019 è poi fondato.

26.1 [...].

26.2 E’ invece fondato il secondo motivo, centrato sulla violazione dell’art. 80 comma 5 lettera c) del codice dei contratti, secondo il quale viene escluso dalla procedura l’operatore economico per il quale la stazione appaltante “dimostrò con mezzi adeguati che ... si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità”. La Corte di giustizia dell’Unione, nella recente sentenza sez. IV 19 giugno 2019 in C 41/18, ha in proposito stabilito che l’art. 57 § 4 lettere c) e g) della direttiva europea 2014/24, di cui il codice dei contratti costituisce attuazione, “deve essere interpretato nel senso che osta a una normativa nazionale in forza della quale la contestazione in giudizio della decisione di risolvere un contratto di appalto pubblico assunta da un’amministrazione aggiudicatrice per via di significative carenze verificatesi nella sua esecuzione impedisce all’amministrazione aggiudicatrice che indice una nuova gara d’appalto di effettuare una qualsiasi valutazione, nella fase della selezione degli offerenti, sull’affidabilità dell’operatore cui la suddetta risoluzione si riferisce”. Non va pertanto condivisa l’interpretazione della norma data dalla sentenza di I grado, secondo la quale la semplice contestazione in giudizio dei fatti, che da parte della ricorrente appellante come pacifico vi è stata, avrebbe impedito all’amministrazione appaltante di escluderla dalla procedura.

26.3 Applicando la norma correttamente interpretata al caso di specie, si deve invece affermare, nel senso sostenuto dalla difesa dell’amministrazione, che l’esclusione fu correttamente motivata, anche sulla base della clausola escludente contemplata dal bando, perché a carico della ricorrente appellante il “grave illecito professionale, tale da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità” era ed è ravvisabile. In proposito, va considerato il doc. 8 in I grado prodotto dall’associazione sindacale costituita in quella sede, ovvero il rapporto 3 aprile 2018 prot. n.6664 dell’Ispettorato del lavoro di Latina, nel quale si dà

atto che non solo la capogruppo del RTI coinvolto, ma specificamente la ricorrente appellata, relativamente ai 14 istituti scolastici presso i quali operava, aveva operato per il periodo luglio- dicembre 2017 decurtazioni non giustificate agli importi di cui alle buste paga dei propri dipendenti. Una nota senza data del MIUR allegata allo stesso doc. 8 citato consente poi di ricavare che l'inadempimento era effettivamente tale, sì che l'amministrazione dovette attivarsi per il pagamento diretto dei lavoratori. Si tratta di un comportamento all'evidenza di per sé grave, perché la retribuzione garantisce la sopravvivenza del lavoratore, che nel caso delle imprese di pulizia è sovente, per comune esperienza, un soggetto debole. Nel caso di specie, poi, non si è trattato di inadempimento puro e semplice, perché il mancato pagamento è stato occultato sotto l'apparenza di lecite trattenute in busta paga, rendendo più difficile al lavoratore medio, non necessariamente esperto della materia, riconoscerlo come tale e tutelarsi. Il giudizio dell'amministrazione per cui si tratta di condotta tale da far venir meno la fiducia nell'impresa appare quindi non illogico né irragionevole, a fronte dell'onere economico che l'amministrazione ha dovuto sopportare in conseguenza della condotta sopra evidenziata, tenuta nell'ambito di un raggruppamento.

26.4 A fronte di ciò, gli apprezzamenti di segno contrario della Consip e dell'Autorità, cui la ricorrente appellata si è richiamata nelle proprie difese, e che ovviamente non fanno stato in questa sede, appaiono frutto di una non corretta né completa conoscenza di come si sono svolti i fatti risultanti dai citati complessi accertamenti e della ritenuta imputabilità dell'inadempimento essenzialmente a MACA che pure era parte del raggruppamento e dei requisiti della quale Servizi Generali intende avvalersi nella presente procedura.

Va altresì considerato che il raggruppamento ha operato per servizi, e quindi sostanzialmente in modo orizzontale, e determinando degli effetti pregiudizievolei relativi ad esborsi non dovuti, sicché alla fine l'amministrazione, a fronte di questo rilevante danno erariale in violazione anche dei diritti dei lavoratori, ben può tener conto delle evenienze occorse in successive gare ai fini della valutazione del grave inadempimento, nei confronti di tutti i componenti del raggruppamento, a prescindere dai loro rapporti interni.

27. E' fondato anche il terzo motivo, che contesta la violazione, ritenuta dalla sentenza di I grado, dell'art. 45 commi 3 e 5 del codice dei contratti, per cui "le stazioni appaltanti

possono imporre ai raggruppamenti di operatori economici di assumere una forma giuridica specifica dopo l'aggiudicazione del contratto, nel caso in cui tale trasformazione sia necessaria per la buona esecuzione del contratto" (comma 3) e possono altresì "richiedere ai raggruppamenti di operatori economici condizioni per l'esecuzione di un appalto o di una concessione diverse da quelle imposte ai singoli partecipanti, purché siano proporzionate e giustificate da ragioni oggettive" (comma 5). La sentenza di I grado ha interpretato tali norme come esclusive, nel senso che qualsiasi altra prescrizione di bando sul punto, come quella di cui si discute in questa sede, dovrebbe essere ritenuta illegittima, ma si tratta di un'affermazione che non va condivisa con riguardo alle particolarità del caso di specie. Infatti, la procedura per cui è causa è stata indetta in via di urgenza, per assicurare un servizio essenziale nell'imminenza dell'avvio dell'anno scolastico: la prescrizione per cui i partecipanti dovevano essere costituiti nelle forme della gara precedente appare non illogica, dato che è funzionale a garantire maggiore celerità nella presentazione e valutazione delle offerte, e quindi nel ripristino del servizio.

28. In conclusione, l'appello 3860/2019 va accolto e, in riforma della sentenza impugnata, va respinto il ricorso di I grado, il tutto come meglio precisato in dispositivo.

29. Dalla riforma della sentenza di I grado 136/2019, segue poi che l'appello 3490/2019 va dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse. Infatti, l'interesse dell'opponente appellante ad opporre la sentenza 136/2019 medesima derivava, come correttamente sostenuto dalla difesa, dalla sua particolare efficacia nel caso concreto, che era quella di fondare la partecipazione dell'opposta alla procedura e, per conseguenza, la sua legittimazione ad impugnarne l'esito, per lei sfavorevole. Nel momento però in cui la sentenza 136/2019 ha perso tale efficacia, l'interesse a coltivare l'opposizione viene meno.

30. Per completezza, si precisa però che l'appello 3490/2019 si sarebbe comunque dovuto accogliere nel merito, dato che entrambi i motivi si sarebbero dovuti ritenere fondati, il primo per le ragioni appena esposte relative all'interesse ad opporre, ed il secondo per quanto si è detto nell'accogliere il secondo motivo dell'appello 3860/2019".

13. In vista dell'udienza di discussione dell'appello, l'appellante e l'appellata Servizi Generali hanno depositato memorie difensive e di replica

(limitatamente all'appellante), prendendo posizione altresì sulla rilevanza assunta nell'ambito del presente processo dalla sentenza n. 6763/19 cit.

In particolare, la società Servizi Generali ha rilevato come l'accertamento recato nella sentenza n. 6763/19 – che ascrive anche a proprio carico una responsabilità per la risoluzione del contratto Consip Lotto 5 – da un lato, risulterebbe inficiato da eccesso di potere giurisdizionale, ragion per cui la sentenza di questo Consiglio sarebbe stata impugnata con ricorso per cassazione (come successivamente documentato con deposito del 6.12.2019, recante il ricorso per cassazione notificato alle controparti); dall'altro, risulterebbe contrastante con quanto acclarato sia dalla Consip che dall'Anac in ordine all'imputabilità della responsabilità per inadempimento contrattuale (causa della disposta risoluzione negoziale) esclusivamente in capo alla MaCa, mandataria del RTI affidatario.

Di contro, la parte appellante ha valorizzato la sentenza n. 6763/19 a conferma della legittimità dell'esclusione della Servizi Generali dalla gara per cui è controversia.

14. La causa è stata trattenuta in decisione all'udienza pubblica del 19 dicembre 2019.

15. Il complesso quadro processuale in cui si inserisce l'odierno giudizio di appello, descritto nei precedenti punti del presente provvedimento, induce il Collegio a sospendere il processo in attesa che venga definito il giudizio di cassazione introdotto con ricorso ex art. 111 Cost., 110 c.p.a e 362, comma 2, c.p.c. (spedito per la notificazione in data 2.12.2019 - allegato 001 deposito del 6.12.2019), proposto dalla Servizi Generali srl avverso la sentenza n. 6763/19 di questo Consiglio.

Ai sensi dell'art. 337, comma 2, c.p.c. – applicabile anche al processo amministrativo in virtù del rinvio operato dall'art. 79, comma 1, c.p.a. (da intendere come riferito a tutte le fattispecie di sospensione previste dal codice di procedura civile e non soltanto alle ipotesi di sospensione obbligatoria di cui all'art. 295 c.p.c. – cfr. in termini Consiglio di Stato, sez. IV, 4 settembre

2018, n. 5185) – “*Quando l'autorità di una sentenza è invocata in un diverso processo, questo può essere sospeso, se tale sentenza è impugnata*”.

Tale previsione normativa permette al giudice dinnanzi al quale venga invocata una sentenza non ancora passata in giudicato, in quanto allo stato impugnata, di sospendere il processo dinnanzi a sé pendente, qualora ritenga che la soluzione delle questioni giuridiche di cui sia investito sia dipendente dall'accertamento contenuto nella sentenza impugnata.

Come precisato anche dalla Corte di cassazione, la connessione per pregiudizialità tra giudizi è regolata altresì dagli artt. 295 e 337 c.p.c. in materia di sospensione del processo (*ex multis*, cfr. Cass., sez. lav., 4 gennaio 2019, n. 80), tendendo l'ordinamento a prevenire il contrasto di giudicati e ad assicurare la coerenza e la certezza degli accertamenti giurisdizionali.

Difatti, qualora sussista una relazione di pregiudizialità-dipendenza tra giudizi distinti e, quindi, l'oggetto del giudizio pregiudiziale concerna una questione giuridica da valutare nel giudizio dipendente al fine di pronunciare sulla pretesa azionata, ove il giudizio pregiudiziale sia stato definito con sentenza non avente ancora l'autorità della cosa giudicata, in quanto allo stato impugnata (anche, pertanto, con un mezzo di impugnazione ordinaria – così Consiglio di Stato, sez. V, 16 febbraio 2015, n. 806), se non potrà applicarsi l'istituto della sospensione necessaria ex art. 295 c.p.c. (presupponendo lo stesso, tra gli altri, la pendenza in primo grado del giudizio pregiudicante), potrà comunque ricorrersi all'istituto della sospensione facoltativa ex art. 337, comma 2, c.p.c.

Il giudice investito della causa pregiudicata, dunque, ha la possibilità di sospendere il processo in attesa che il giudizio pregiudiziale sia definito con pronuncia passata in giudicato; venendo in tale modo bilanciata l'esigenza di ragionevole durata del processo con l'esigenza -parimenti meritevole di attenzione – di coerenza dell'ordinamento, *sub specie* di prevenzione del contrasto tra giudicati.

Nel caso di specie, il Collegio ritiene sussistenti i presupposti per fare luogo alla sospensione facoltativa ex art. 337, comma 2, c.p.c.

In particolare, il presente processo risulta dipendente dai giudizi definiti con la sentenza n. 6763/19 di questo Consiglio, tenuto conto che:

- le questioni decise con la sentenza n. 6763/19 cit., impugnata con ricorso per cassazione, riguardano la legittimità della clausola escludente recata dal decreto del 31.8.2018 – di indizione della procedura negoziata ex art. 63, comma 2, lettera c), d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50, contestata anche nel presente processo – nonché la legittimità del provvedimento con cui la stazione appaltante, in applicazione della prefata clausola escludente, ha negato alla Servizi Generali srl la possibilità di essere invitata e, quindi, di partecipare alla procedura di affidamento per cui è controversia;

- le questioni da decidere nel presente giudizio di appello riguardano l'ammissibilità del ricorso principale di primo grado, nonché l'ammissibilità e la fondatezza dell'istanza di accesso ex art. 116 c.p.a. articolata dalla Servizi Generali srl in primo grado; questioni oggetto di contestazione sollevata in via incidentale dal RTI Team Service Scarl., decise in senso sfavorevole al controinteressato dal giudice di primo grado e portate all'attenzione del Collegio mediante atto di appello.

Ne deriva che la questione della legittima partecipazione della Servizi Generali SrL alla procedura di gara indetta con decreto del 31 agosto 2018 prot. R.0001422 cit., costituisce, da un lato, la questione principale del giudizio conclusosi con la sentenza n. 6763/19 cit., dall'altro, la questione pregiudiziale da decidere nel presente giudizio, al fine di accertare l'ammissibilità del ricorso principale e la fondatezza dell'istanza di accesso ex art. 117 c.p.c. proposte dalla Servizi Generali SrL.

La definitiva esclusione dalla gara potrebbe, infatti, privare l'operatore economico della legittimazione a contestare gli esiti della relativa procedura di affidamento e, quindi, anche ad esercitare un accesso agli atti di natura

difensiva, strumentale alla contestazione degli atti di gara; questioni dedotte nel presente giudizio di appello.

La legittimazione a contestare gli atti di gara è stata, in particolare, differentemente ricostruita dalla giurisprudenza, distinguendosi (per quanto più interesse ai fini del presente giudizio) a seconda che:

- sussista un provvedimento di esclusione adottato dalla stazione appaltante;
- l'eventuale provvedimento di esclusione sia stato impugnato in sede giurisdizionale;
- l'eventuale impugnazione avverso il provvedimento di esclusione sia stata proposta in separato giudizio;
- il giudizio sulla legittimità del provvedimento di esclusione sia stato risolto con sentenza definitiva.

Una prima fattispecie prospettabile è rappresentata dall'adozione del provvedimento di esclusione divenuto definitivo perché non impugnato ovvero, ove impugnato, confermato con sentenza passata in giudicato: in tale ipotesi, salve le ipotesi eccezionali di impugnazione immediata e diretta del bando di gara (che prescindono dalla partecipazione alla procedura), come delineate dall'Adunanza Plenaria n. 4 del 2018, il ricorso avverso gli atti di gara proposto dall'operatore economico definitivamente escluso, è stato ritenuto inammissibile per difetto di legittimazione, non emergendo una posizione differenziata, abilitante l'impresa alla contestazione in sede giurisdizionale (così Consiglio di Stato, sez. III, 27 febbraio 2019, n. 01381; cfr. anche Corte di Giustizia dell'Unione europea, 21 dicembre 2016, C-355/15 *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung Gesmbh un Caverion Osterreich*).

Una seconda fattispecie è integrata dall'adozione del provvedimento di esclusione, impugnato nell'ambito del medesimo giudizio rivolto (eventualmente, mediante la proposizione di motivi aggiunti) altresì contro i successivi atti di gara; nel qual caso, si è posto il problema se, rigettato il motivo di ricorso avverso il provvedimento di esclusione, i successivi motivi

indirizzati contro gli ulteriori atti di gara possano o meno essere esaminati (per la soluzione negativa, cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 7 marzo 2018, n. 1461; per quella affermativa, anche sulla base della sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea 11 maggio 2017, C-131/16 *Archbus*, cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 28 ottobre 2019, n. 07386).

Una terza fattispecie è integrata dall'assenza di un provvedimento di esclusione, con contestazione della legittima partecipazione alla gara del ricorrente principale, non escluso dalla stazione appaltante, sollevata in via incidentale dalla parte controinteressata; in relazione alla quale Corte di Giustizia dell'Unione Europea, in causa C – 333/18, 5 settembre 2019, *Lombardi Srl* ha ritenuto necessario che il giudice nazionale proceda all'esame anche dei motivi di ricorso principale, pure in caso di ritenuta fondatezza del ricorso incidentale escludente.

La fattispecie oggetto del presente giudizio si caratterizza per peculiarità tali da impedire una sua riconduzione ad alcuna delle ipotesi appena richiamate.

Nel caso in esame, infatti:

- si verte in tema di appello avverso una sentenza non definitiva, che ha statuito esclusivamente sull'ammissibilità del ricorso principale (contestata dalla controinteressata con ricorso incidentale, sicché l'oggetto del presente giudizio è il ricorso incidentale dell'appellante) e sull'accesso agli atti di gara, non formando, quindi, oggetto del presente giudizio i motivi di ricorso dedotti dalla Servizi Generali srl, costituenti l'ulteriore *thema decidendum* del processo allo stato pendente in primo grado dinnanzi al Tar Lazio, Latina;
- l'Amministrazione ha adottato un provvedimento di mancata ammissione alla gara (rigetto della richiesta di invito presentata dalla Servizi Generali srl), che ha formato oggetto di un giudizio separato, definito da una sentenza di questo Consiglio impugnata per cassazione.

Ne deriva che la questione della legittima partecipazione alla procedura di gara, oltre a rilevare nell'ambito del presente giudizio di appello su sentenza non definitiva, costituisce, altresì, l'oggetto (principale) di separato giudizio,

definito con sentenza - allo stato impugnata per cassazione – attraverso cui questo Consiglio ha accertato la legittimità della clausola della *lex specialis*, in forza della quale la Servizi Generali srl non è stata ammessa dall'Amministrazione alla procedura di gara in contestazione nella presente sede.

Non si è, dunque, soltanto in presenza di contestazioni reciproche (sollevate anche in via incidentale dal controinteressato), né si è di fronte a censure cumulate (con ricorso principale ed eventualmente con motivi aggiunti) dedotte nell'ambito del medesimo processo, tenuto conto che la questione della legittima ammissione alla gara ha formato oggetto di separato processo. L'assenza di un unico processo costituisce, peraltro, una circostanza valorizzata -quale elemento differenziatore nella ricostruzione del regime giuridico in concreto applicabile- sia dalla Corte di Giustizia, secondo cui la presenza di separati giudizi osta alla diretta applicabilità dei principi elaborati dalle sentenze del 4 luglio 2013, C -100/12 *Fastweb* e 5 aprile 2016, C-689/13 *PFE* in materia di ricorsi, principale e incidentale, proposti dagli offerenti, diretti ad ottenere la reciproca esclusione (cfr. punto 32, sentenza 21 dicembre 2016 causa C-355/15 *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung Gesmbh un Caverion Osterreich*), sia dalla Corte di cassazione, secondo cui, al fine di affermare la regola del necessario esame dei motivi di ricorso avverso l'aggiudicazione, anche in caso di rigetto dei motivi riferiti all'esclusione dalla gara del ricorrente, occorre, altresì, che le contestazioni siano mosse nell'ambito di un unico processo (cfr. Cass., sez. un., 29 dicembre 2017, n. 31226)

La devoluzione della questione dell'esclusione in giudizio separato, già pervenuto alla definizione in grado di appello con sentenza impugnata per cassazione, consente, quindi, di ritenere integrata la fattispecie di cui all'art. 337, comma 2, c.p.c., atteso che, da un lato, non può equipararsi la sentenza di appello impugnata per cassazione alla sentenza passata in giudicato, anche alla luce della richiamata giurisprudenza europea formatasi in materia di

definitività dell'esclusione dalla gara; dall'altro, non può comunque negarsi rilevanza ad una sentenza esecutiva di questo Consiglio (peraltro, censurabile per soli motivi inerenti alla giurisdizione), intervenuta tra le stesse parti e con riferimento alla medesima procedura di gara, suscettibile di condizionare la decisione in ordine all'ammissibilità del ricorso principale e alla sussistenza dei presupposti per l'accesso difensivo ai documenti amministrativi ex art. 53 D. Lgs. n. 50/16; questioni oggetto del presente giudizio di appello.

Nella presente fattispecie, connotata dalla pendenza di processi separati, la sospensione del processo di appello non potrebbe, peraltro, essere evitata neanche facendo leva sull'effetto espansivo esterno, ex art. 336, comma 2, c.p.c., di un'eventuale cassazione della sentenza pregiudiziale n. 6763/19 cit.

Di regola, a fronte di una sentenza impugnata, esecutiva, emessa su questione pregiudiziale, il giudice investito della questione dipendente effettivamente ha la possibilità, in alternativa alla sospensione del processo ex art. 337, comma 2, c.p.c., di conformarsi al dictum pregiudiziale, emettendo una sentenza suscettibile, in ipotesi, di risentire dell'effetto espansivo esterno derivante dalla riforma o cassazione della sentenza pregiudiziale ex art. 336, comma 2, c.p.c. (la caducazione della sentenza dipendente in caso di riforma o cassazione della sentenza pregiudiziale è, infatti, astrattamente configurabile non soltanto nei rapporti tra sentenze, non definitiva e definitiva, emesse nell'ambito dello stesso processo – su cui cfr. Cass. civ. Sez. II, Sent., 08-01-2018, n. 194 - ma anche tra sentenze, sempre legate da vincolo di pregiudizialità-dipendenza, intervenute a definizione di processi separati- su cui cfr. Cass. civ. Sez. lavoro, 29/04/1997, n. 3724 e Consiglio di Stato sez. IV, 02/11/2017, n.5051)

Tale alternativa – incentrata sulla scelta tra la conformazione al dictum pregiudiziale e la sospensione del processo ex art. 337, comma 2, c.p.c. (predicata da Cassazione civile sez. un., 19/06/2012, n.10027) – è giustificata alla stregua dell'effetto esecutivo della sentenza pregiudiziale che, sebbene impugnata, risulterebbe comunque idonea a conformare (provvisoriamente) la

realità giuridica e materiale da essa regolata; influenzando, quindi, altresì sulla decisione di questioni dipendenti dibattute in separato giudizio.

In materia di esclusione da una procedura di gara, tuttavia, come osservato *supra*, alla stregua delle precisazioni fornite con sentenza 21 dicembre 2016 causa C-355/15 *Bietergemeinschaft Technische Gebäudebetreuung Gesmbh un Caverion Osterreich* (che attribuisce rilevanza all'esclusione confermata in via definitiva), la sentenza che abbia accertato la legittimità dell'esclusione o della mancata ammissione alla gara dell'operatore economico, ove impugnata, benché esecutiva, non può comportare una modifica della posizione giuridica della parte incisa, dovendo attendersi -anche, quindi, al fine di condizionare la soluzione di questioni dipendenti dedotte in separato processo – il suo passaggio in giudicato.

Pertanto, si conferma che, qualora il giudizio sulla partecipazione alla gara dell'impresa sia definito con sentenza impugnata per cassazione -statuente la legittimità del provvedimento di esclusione o di mancata ammissione assunto dall'Amministrazione- tale sentenza, ove sia invocata in separato giudizio, perché possa essere idonea ad influire sulle questioni oggetto di decisione (nella specie, ammissibilità del ricorso proposto dall'impresa non ammessa alla gara, nonché ammissibilità e fondatezza dell'accesso agli atti esercitato in funzione difensiva), deve essere non più soggetta ad impugnazione; altrimenti, occorrendo attendere il suo passaggio in giudicato attraverso la sospensione del processo ex art. 337, comma 2, c.p.c.

Peraltro, nel caso in esame, stante la natura non definitiva della sentenza appellata nella presente sede, la sospensione del processo potrebbe anche consentire, in caso di eventuale appello della sentenza emananda a definizione del giudizio di primo grado, di ricondurre ad unità tutte le questioni già dedotte dinnanzi al Tar, attraverso una possibile riunione dei relativi giudizi in sede di appello, al fine di assicurare in tale modo il *simultaneus processus*.

Pertanto,

- tenuto conto che la questione concernente la legittimità della mancata ammissione della Servizi Generali srl alla procedura di gara in contestazione nella presente sede risulta oggetto di una precedente sentenza di questo Consiglio impugnata per cassazione;
 - considerato che tale sentenza condiziona il presente giudizio di appello, riferito all'ammissibilità del ricorso di primo grado e alla sussistenza dei presupposti di esercizio dell'accesso difensivo ex art. 53 D. Lgs. n. 50/16, potendo, in ipotesi, privare il ricorrente principale in primo grado della legittimazione a ricorrere avverso gli atti di gara e, quindi, anche ad ottenere l'esibizione dei documenti strumentali alla loro contestazione;
 - considerato, pertanto, che nel presente processo viene invocata una sentenza impugnata, non sospesa, intervenuta su questione pregiudiziale, in relazione alla quale, ai fini della decisione, rileva la formazione della cosa giudicata;
 - considerata, conseguentemente, l'integrazione dei presupposti di applicabilità dell'art. 337, comma 2, c.p.a., applicabile anche in ambito amministrativo in virtù del rinvio operato dall'art. 79, comma 1, c.p.a.;
- il Collegio ritiene di sospendere il presente processo, in attesa che venga definito il giudizio di cassazione introdotto con ricorso ex art. 111 Cost., 110 c.p.a e 362, comma 2, c.p.c. proposto dalla Servizi Generali srl avverso la sentenza n. 6763/19 di questo Consiglio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Sesta), Sospende il giudizio.

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 19 dicembre 2019 con l'intervento dei magistrati:

Giancarlo Montedoro, Presidente

Vincenzo Lopilato, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere

Alessandro Maggio, Consigliere

Francesco De Luca, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Francesco De Luca

IL PRESIDENTE
Giancarlo Montedoro

IL SEGRETARIO