

TAR Lombardia – Brescia, Sezione Prima, Sentenza n. 740 del 11 ottobre 2023

Appalti di servizi – Servizi analoghi – Se non è previsto da lex specialis non è necessario che siano conclusi – Non serve certificato di regolare esecuzione

Pubblicato il 11/10/2023

N. 00740/2023 REG.PROV.COLL.

N. 00205/2023 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

sezione staccata di Brescia (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 205 del 2023, integrato da motivi aggiunti, proposto da (...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

(...), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli avvocati (...) e (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

(...) S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato (...), con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

(...) Spa, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

A) per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- della determinazione 20 gennaio 2023, n. 44/2023 del dirigente responsabile provveditorato-economato dell'Azienda Socio-Sanitaria Territoriale - A.S.S.T. (...);
- del decreto 2 marzo 2023. n. 126, del direttore generale dell'A.S.S.T. (...);
- di ogni atto connesso, correlato, presupposto e consequenziale;

nonché

per la dichiarazione di inefficacia o nullità del contratto, ove medio tempore stipulato, e per il risarcimento del danno mediante subentro o, in subordine, per equivalente monetario;

nonché

ove occorra, per la esibizione ex art. 64, comma 3 c.p.a., dei documenti di gara utili ai fini del decidere.

B) per quanto riguarda i motivi aggiunti depositati il 18/4/2023:

- oltre a quanto sopra, del “Verbale di verifica documentazione Avviso esplorativo per servizio di smaltimento rifiuti – Verbale AGRM n. 8 del 13marzo 2023”, già impugnato con il ricorso principale (ancorché sconosciuto nell'esistenza e nel contenuto), ma osteso soltanto il 16 marzo u.s. (doc. 7 – Verbale AGRM n. 8 del 13.3.2023);
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali a quelli oggetto di impugnazione;

nonché

per il risarcimento del danno in forma specifica mediante subentro, previa declaratoria d'inefficacia del contratto qualora nelle more sottoscritto o, in via subordinata, per equivalente.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'ASST (...) e di (...) S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 settembre 2023 il dott. Ariberto Sabino Limongelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. *La procedura di gara.*

1.1. Con determinazione n. 44 del 20 gennaio 2023, l'ASST (...) indicava un avviso esplorativo, tramite indagine di mercato, ai sensi dell'art. 63 comma 2 lett. c) del d. lgs. n. 50/2016, per l'eventuale affidamento urgente, mediante procedura negoziata senza pubblicazione di bando, del servizio di ritiro, trasporto e smaltimento dei rifiuti ospedalieri prodotti dai presidi ospedalieri e territoriali della stessa ASST, per il tempo strettamente necessario a consentire l'attivazione della convenzione quadro regionale "(...)", non appena fosse stata ultimata la relativa procedura di gara bandita dalla società di committenza regionale (...) s.p.a. in data 27 dicembre 2022 e all'epoca ancora in corso (con termine per la presentazione delle offerte fissato al 20 febbraio 2023).

Nelle premesse del provvedimento di indizione, l'ASST (...) evidenziava di aver aderito, con decreto n. 383/2020, ai lotti nn. 5 e 11 della convenzione quadro regionale "ARCA 2017 040 - Servizio di Smaltimento rifiuti" per il periodo dal 15 giugno 2020 al 14 giugno 2024; tuttavia, durante la vigenza della convenzione, l'"Ordine di Fornitura" emesso sul lotto n. 5 (*id est*, il quantitativo massimo disponibile su tale lotto) era stato già interamente eroso, dal momento che la produzione e lo smaltimento dei rifiuti derivanti dai presidi ospedalieri dell'ASST erano aumentati rispetto a quanto stimato in sede di adesione alla predetta convenzione quadro; l'ASST aveva quindi verificato presso la società di committenza regionale che non risultavano attive altre convenzioni quadro per lo specifico settore, ma che, allo stato, era in corso la procedura di gara "(...)" bandita il 27 dicembre 2022 con termine di presentazione delle offerte scadente il 20 febbraio 2023; di qui la necessità di procedere, a fronte di un servizio essenziale

non sospendibile, ad affidare in via d'urgenza il servizio con procedura negoziata senza pubblicazione di bando, ai sensi dell'art. 63 comma 2 d. lgs. 50/2016, per il tempo strettamente necessario a consentire l'ultimazione della predetta gara regionale e l'attivazione della nuova convenzione (...), in particolare mediante contratto "attivato per 6 mesi con eventuale rinnovo di altri 6, fatta salva in qualunque momento la clausola di risoluzione anticipata in caso di aggiudicazione della procedura in corso da parte di (...) SpA".

1.2. Alla procedura negoziata partecipavano due concorrenti: (...) s.r.l. Unipersonale e (...) s.r.l., quest'ultima gestore uscente del servizio quale componente dell'ATI (...)-(...)-(...)-(...), affidataria della convenzione regionale ARCA 2017 040 per ilotti 5 e 11.

1.3. All'esito della procedura negoziata, con decreto n. 126 del 2 marzo 2023, l'ASST (...) aggiudicava in via d'urgenza il servizio alla società (...) s.r.l. Unipersonale "per il tempo strettamente necessario affinché venga attivata la Convenzione (...)", e in particolare per il periodo dal 6 marzo 2023 al 5 agosto 2023, per un costo complessivo di € 198.985,33, IVA inclusa, autorizzando altresì l'avvio anticipato del servizio nelle more della stipulazione del contratto, "salvi ed impregiudicati i controlli e le verifiche del possesso dei requisiti prescritti e dall'insussistenza di clausole di esclusione rilevate successivamente al presente provvedimento".

2. Il ricorso introduttivo.

2.1. Con ricorso notificato il 3 marzo 2023 e ritualmente depositato, la società (...) s.r.l. impugnava sia la determinazione n. 44 del 20 gennaio 2023 (di indizione dell'avviso esplorativo), sia il successivo decreto n.126 del 2 marzo 2023 (di aggiudicazione a (...) del servizio "ponte"), e ne chiedeva l'annullamento sulla base di un unico motivo, con il quale deduceva vizi di "Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 63, comma 2, lett. c), del D.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per illogicità, arbitrarietà, sproporzione, irragionevolezza", formulando

conclusivamente domande di annullamento degli atti impugnati, di declaratoria di inefficacia e/o nullità del contratto eventualmente stipulato, e di risarcimento del danno mediante subentro o, in subordine, per equivalente monetario.

2.2. Con decreto n. 104 del 6 marzo 2023, il Presidente della Sezione respingeva la domanda di misure cautelari monocratiche proposta dalla ricorrente.

2.3. L'ASST (...) si costituiva in giudizio con memoria difensiva eccependo: (i) l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse, avendo la ricorrente partecipato alla procedura negoziata e non essendo quindi legittimata né avendo interesse a dolersi dell'asserita violazione delle dinamiche concorrenziali; (ii) la tardività del ricorso con riferimento all'avviso pubblico preordinato all'indizione della procedura negoziata, avendo esso – nella prospettiva di parte ricorrente – portata immediatamente lesiva, sicché esso avrebbe dovuto essere impugnato nel termine di 30 giorni decorrente dalla sua pubblicazione (23 gennaio 2023), o tutt'al più dalla scadenza del termine di presentazione delle offerte (27 gennaio 2023), mentre invece il ricorso è stato notificato soltanto in data 3 marzo 2023.

2.4. In giudizio si costituiva anche la parte controinteressata (...) s.r.l., anch'essa depositando memoria difensiva, con la quale eccepiva: (i) l'irricevibilità del ricorso introduttivo per tardività con riferimento alla determinazione dirigenziale n. 44/2023, per ragioni analoghe a quelle esposte dall'amministrazione, e comunque (ii) l'inammissibilità del ricorso per intervenuta acquiescenza, avendo la ricorrente preso parte alla procedura negoziata senza sollevare eccezioni o contestazioni di sorta (se non dopo l'esito negativo della gara); (iii) in subordine, nel merito, eccepiva l'infondatezza del ricorso, sostenendo la sussistenza dei presupposti per procedere all'affidamento ex art. 63 comma 2 d. lgs. n. 50/2016, in forza di quanto evidenziato dalla stazione appaltante nella motivazione degli atti impugnati.

2.5. Con atto depositato il 20 marzo 2023, la parte ricorrente rinunciava alla domanda cautelare e la Sezione ne prendeva atto con ordinanza collegiale n. 130 del 22 marzo 2023, compensando le spese della fase.

3. I motivi aggiunti.

3.1. Successivamente, con atto notificato il 17 aprile 2023 e ritualmente depositato, la parte ricorrente proponeva motivi aggiunti, formulando nuove censure specificamente riferite al solo provvedimento di aggiudicazione, dopo aver avuto accesso in data 16 marzo 2023 agli atti della procedura di gara (a fronte di istanza presentata il 3 marzo precedente), specificando di avere interesse all'esame prioritario dei motivi aggiunti, e solo in via subordinata del ricorso introduttivo.

3.2. Con i motivi aggiunti la parte ricorrente deduceva vizi di violazione di legge e di eccesso di potere sotto plurimi profili e, in aggiunta alla domanda di annullamento degli atti impugnati, ribadiva la domanda risarcitoria per equivalente monetario per il caso di mancata aggiudicazione del servizio, con riserva di successiva quantificazione.

4. Ulteriore svolgimento del processo.

4.1. In prossimità dell'udienza di merito, la parte ricorrente integrava la propria documentazione e depositava una memoria conclusiva, contestando la fondatezza delle eccezioni preliminari formulate dalle parti resistenti in relazione al ricorso introduttivo.

4.2. Una memoria conclusiva era depositata anche dalla parte controinteressata, ma soltanto in data 21 settembre 2023, e quindi tardivamente; infatti, anche a volerla intendere quale memoria di replica, essa avrebbe dovuto essere depositata in giudizio nel termine dimidiato di 10 giorni liberi prima dell'udienza (per il combinato disposto degli art. 73 e 119c.p.a.), e quindi entro il 16 settembre 2023.

4.3. All'udienza pubblica del 27 settembre 2023, il Presidente del Collegio disponeva l'esclusione dagli atti processuali della memoria tardiva depositata dalla parte controinteressata; quindi, dopo la discussione dei difensori delle parti, la causa era trattenuta dal Collegio per la decisione.

DIRITTO

Preliminarmente, ai fini della decisione, il Collegio non terrà conto della memoria

tardiva depositata dalla difesa della parte controinteressata il 21 settembre 2023, peraltro già estromessa dal fascicolo di causa dal Presidente del Collegio con disposizione assunta a verbale di udienza.

Nel merito, vanno esaminate in via prioritaria le censure formulate dalla parte ricorrente con i motivi aggiunti, alla luce della esplicita graduazione dei motivi di ricorso operata dalla parte ricorrente nell'atto di motivi aggiunti, con effetti vincolanti per questo giudice alla luce dei principi affermati dalla giurisprudenza (Consiglio di Stato sez. II, 09/01/2023, n.249; Adunanza Plenaria n. 5 del 27 aprile 2015; T.A.R. Brescia, sez. II, 19/10/2016, n.1382).

1. Con il primo motivo aggiunto, la parte ricorrente ha dedotto vizi di violazione dell'art. 83, comma 9 del d.lgs. 50/2016 per difetto di sottoscrizione dell'offerta; vizi di violazione dei principi generali di *par condicio*, trasparenza e buon andamento della P.A., nonché vizi di eccesso di potere per carenza di istruttoria e ingiustizia manifesta: secondo la parte ricorrente, la società (...), aggiudicataria della gara, avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura negoziata per aver presentato un'offerta sottoscritta dal proprio amministratore unico privo di poteri di firma, mancando in particolare la delibera autorizzativa dell'assemblea ordinaria prescritta dallo statuto societario (riprodotto per estratto nella visura camerale depositata sub doc.10); di conseguenza, l'offerta della controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto priva di un elemento essenziale, come tale non emendabile *ex post* mediante soccorso istruttorio; tale circostanza, secondo la parte ricorrente, integrerebbe anche l'ipotesi di esclusione di cui all'art. 80 comma 5 lettera f bis) d. lgs. n. 50/2016, avendo l'amministratore unico di (...) reso in gara dichiarazioni non veritiere, per il fatto di avere speso un potere rappresentativo inesistente.

La censura, osserva il Collegio, è infondata.

1.1. La clausola statutaria richiamata dalla parte ricorrente prevede che l'amministratore unico è, in linea generale, investito "dei più ampi poteri per la

gestione della società”, dovendo invece ottenere la preventiva favorevole autorizzazione dell’assemblea ordinaria soltanto per il compimento di atti specifici, “la cui elencazione – precisa la clausola – è tassativa”, e come tale non suscettibile di interpretazioni estensive né di applicazioni analogiche.

1.2. Nello specifico, la clausola in questione richiede la preventiva autorizzazione assembleare per la “sottoscrizione di contratti di appalto di importo superiore a euro 20.000,00 (ventimila/00)”. Essa, pertanto, si riferisce esclusivamente alla “sottoscrizione di contratti di appalto” di importo superiore alla soglia indicata, con formulazione che – attesa la sua tassatività – non può essere estesa anche al compimento degli atti antecedenti relativi alla partecipazione ad una procedura di evidenza pubblica finalizzata all’aggiudicazione di un appalto pubblico, che rientrano invece nell’ampia attribuzione di poteri gestionali prevista in via generale dalla clausola statutaria in capo all’organo amministrativo.

1.3. Pertanto, alla stregua di tale tassativa previsione, non era richiesta la preventiva autorizzazione assembleare per la sottoscrizione dell’offerta da presentare nella procedura di gara qui in esame, occorrendo soltanto nella fase successiva all’eventuale aggiudicazione, ai soli fini della sottoscrizione del contratto di appalto.

1.4. Di conseguenza, neppure è rilevabile alcuna dichiarazione mendace o fuorviante resa in gara dall’amministratore unico di (...), avendo egli agito nel pieno esercizio dei poteri gestionali e rappresentativi attribuitigli dallo statuto societario.

2. Con il secondo motivo aggiunto, la parte ricorrente ha dedotto vizi di violazione degli artt. 86, comma 5 e 83 comma 6 del d.lgs. 50/2016, oltre che dei generali principi di trasparenza e buon andamento della P.A., nonché vizi di eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione e per ingiustizia manifesta: secondo la parte ricorrente, la società (...) avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per non aver comprovato di avere svolto e di avere già ultimato servizi analoghi a quello oggetto di gara nel triennio antecedente l’indizione della procedura, come

richiesto al punto 1 della determina di indizione; gli unici due servizi analoghi dichiarati in gara da (...) (il primo con durata dal 1° ottobre 2021 al 31 dicembre 2024; il secondo dal 1° gennaio 2023 al 31 dicembre 2025), sarebbero ancora in corso di esecuzione, sicchè la concorrente non sarebbe in condizione di comprovare l'avvenuta ultimazione di tali servizi attraverso la produzione dei certificati di corretta esecuzione rilasciati dagli enti committenti, e quindi di dimostrare, in definitiva, la propria affidabilità tecnico-professionale.

Anche tale censura, osserva il Collegio, non può essere condivisa.

2.1. L'art. 7 dell'Avviso esplorativo prevedeva l'obbligo dei concorrenti di caricare nel campo "Documentazione offerta", tra l'altro, una "Autocertificazione dell'esecuzione di Servizi analoghi svolti (nel triennio antecedente la data di pubblicazione del presente avviso) per Aziende Socio Sanitarie Territoriali, Aziende Ospedaliere o strutture sanitarie (es. RSA, ecc.).

2.2. Il requisito era chiaramente rivolto ad accertare il possesso da parte del concorrente della capacità tecnico-professionale e dell'organizzazione aziendale necessarie alla esecuzione dell'appalto oggetto di gara, in quanto maturata nell'esecuzione di servizi aventi analoghe caratteristiche e dimensioni.

2.3. La società (...) s.r.l. ha autocertificato in gara due servizi analoghi assunti nel triennio antecedente l'indizione della procedura e ancora in corso di svolgimento: l'uno relativo alla "gestione rifiuti pericolosi e non a rischio infettivo e chimico" affidatole da (...) s.p.a. per il periodo dal 1° ottobre 2021 al 31 dicembre 2014, per un importo annuo complessivo di € 600.000,00; l'altro avente ad oggetto il "servizio di raccolta trasporto e smaltimento rifiuti sanitari e speciali" commissionatole da (...) per il periodo dal 1° gennaio 2023 al 31 dicembre 2015, per un compenso a misura in base al quantitativo smaltito.

2.4. Ritiene il Collegio che la predetta autocertificazione sia idonea a comprovare il possesso del requisito richiesto dalla stazione appaltante, non apparendo rilevante, in senso contrario, la circostanza che i servizi analoghi dichiarati dalla concorrente

siano ancora in corso di esecuzione e che, quindi, essa non sia in grado, allo stato, di produrre i certificati di regolare esecuzione degli stessi.

2.5. La ricorrente sta attualmente gestendo - da più di due anni nel primo caso, e da diversi mesi nel secondo - due servizi certamente analoghi a quello oggetto della gara qui in esame (la circostanza non è contestata), assunti nel triennio antecedente l'indizione della procedura di gara e per un importo che, nel caso del contratto (...), ammonta per ciascuna annualità a circa il triplo dell'importo complessivo oggetto della gara bandita dall'Amministrazione resistente: il che attesta, secondo il Collegio, il possesso di una capacità tecnica e professionale nello specifico settore e di un'organizzazione aziendale palesemente adeguate e proporzionate alla specifica commessa di cui si discute.

2.6. La legge di gara, d'altra parte, non richiedeva la produzione dei certificati di regolare esecuzione dei servizi analoghi allegati dai concorrenti; né, sotto questo profilo, può essere attribuita un'enfasi eccessiva all'uso del participio "svolti" utilizzato dalla legge di gara con riferimento agli eventuali servizi analoghi dichiarati dai concorrenti, assumendo che intendesse riferirsi soltanto ai servizi "già ultimati" dal concorrente prima dell'indizione della procedura; una tale interpretazione, infatti, sarebbe irragionevolmente restrittiva della concorrenza in quanto sproporzionata rispetto alle esigenze sottese alla previsione del requisito in parola, il quale era diretto a selezionare soltanto imprese che avessero già maturato adeguata esperienza nello specifico settore in epoca relativamente recente e dessero, pertanto, adeguata garanzia di corretta esecuzione del servizio di interesse; e ciò a prescindere dalla circostanza che gli stessi fossero già stati ultimati o fossero ancora in corso di esecuzione alla data di indizione della gara qui in esame.

2.7. D'altra parte, la stessa circostanza che i servizi analoghi dichiarati dal concorrente siano ancora in corso di esecuzione attesta, se mai, la regolare esecuzione degli stessi e l'assenza di comportamenti inadempienti o inefficienti dell'appaltatore, altrimenti forieri di provvedimenti sanzionatori o risolutivi da

parte degli enti committenti, questi sì potenzialmente in grado di inibire la partecipazione alla procedura di gara di cui si discute.

3. Con il terzo motivo aggiunto, la parte ricorrente ha dedotto vizi di violazione di legge con riferimento all'art. 105 del d.lgs. 50/2016 e ai principi generale di trasparenza e buon andamento della P.A., nonché vizi di eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione e per ingiustizia manifesta; secondo la parte ricorrente, la controinteressata (...) non avrebbe comprovato l'abilitazione allo svolgimento dello specifico "servizio di rilevazione della radioattività sui rifiuti solidi prodotti" richiesto dalla determina di indizione (pagg. 6 e 11); né gioverebbe a tal fine la dichiarazione di subappalto resa dalla concorrente ai sensi dell'art. 105 d. lgs. n. 50/2016 in relazione alla parte di servizio concernente il "trasporto e smaltimento codice CER radioattivo", dal momento che la prestazione richiesta dal bando non concerneva il trasporto e lo smaltimento dei rifiuti radioattivi ma la "rilevazione" della radioattività dei rifiuti solidi prodotti, per il quale la ricorrente non sarebbe abilitata.

Anche tale censura, osserva il Collegio, non può essere condivisa.

3.1. L'avviso esplorativo prevedeva che "il fornitore dovrà garantire un servizio di rilevazione della radioattività sui rifiuti prodotti dalla scrivente ASST" (art. 4 ult. cap. e allegato a pag. 11). Da nulla è dato evincere che la controinteressata – la quale, nella propria offerta, ha dichiarato "di accettare integralmente la documentazione di gara, i relativi allegati e tutti i termini e le condizioni ivi previste" – non sia in possesso della capacità tecnica o della strumentazione necessaria a rilevare l'eventuale radioattività dei rifiuti solidi prodotti dai presidi ospedalieri della stazione appaltante: attività per lo svolgimento della quale non è dimostrata la necessità di particolari abilitazioni.

3.2. Né tale conclusione appare contraddetta dalla dichiarazione di subappalto, che non attiene all'attività di "rilevazione" della radioattività, bensì a quella – ad essa successiva – di "trasporto e smaltimento codice CER radioattivo", peraltro

formulata solo in via eventuale e cautelativa (“se non dovesse rientrare tra i codici per i quali siamo abilitati”).

4. Infine, con il quarto e ultimo motivo aggiunto, la parte ricorrente ha dedotto ulteriori vizi di violazione degli articoli 80, comma 4, e 86, co. 2 lett. b) del d.lgs. 50/2016, nonché di eccesso di potere per carenza di istruttoria e di motivazione e per ingiustizia manifesta”; secondo la parte ricorrente, la controinteressata (...) avrebbe dovuto essere esclusa dalla procedura, ai sensi dell’art. 80 comma 4 d. lgs. 50/2016, per aver allegato in gara un DURC con scadenza imminente (15 febbraio 2023), a fronte di un servizio da avviare il 6 marzo 2023; né sarebbe rilevante, a tal fine, la circostanza che la concorrente avesse richiesto il rilascio di un nuovo DURC, come attestato dalla stazione appaltante nel verbale di verifica della documentazione amministrativa n. 8 del 13 marzo 2023, dal momento che la concorrente non avrebbe allegato un DURC aggiornato neppure in fase di avvio dell’esecuzione del servizio.

La censura, osserva il Collegio, è infondata.

4.1. L’art. 80 comma 4 d. lgs. n. 50/2016 prevede che “Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti”. A seguire, la norma ha cura di chiarire cosa si intenda per “violazioni gravi e definitivamente accertate”.

4.2. L’art. 86 comma 2 lett. b) dello stesso d. lgs. n. 50/2016 prevede, a sua volta, che “Le stazioni appaltanti accettano i seguenti documenti come prova sufficiente della non applicabilità all'operatore economico dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80: (...) b) per quanto riguarda il comma 4 di detto articolo, tramite apposita certificazione rilasciata dalla amministrazione fiscale competente e, con riferimento ai contributi previdenziali e assistenziali, tramite il Documento Unico della Regolarità Contributiva acquisito d'ufficio dalle stazioni appaltanti presso gli

Istituti previdenziali ai sensi della normativa vigente ovvero tramite analogha certificazione rilasciata dalle autorità competenti di altri Stati”.

4.2. In sostanza, in forza delle norme appena citate, costituisce motivo di esclusione da una procedura di gara l'esistenza di violazioni gravi e definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali; per dimostrare l'assenza di tali violazioni, è sufficiente l'allegazione in gara di un DURC regolare.

4.3. Nel caso di specie, la controinteressata ha prodotto in gara un DURC regolare scadente in data successiva (15 febbraio 2023) al termine di presentazione delle offerte (27 gennaio 2023); in corso di gara, e prima dell'aggiudicazione, essa ha chiesto il rinnovo del DURC e la commissione ne ha dato atto nel verbale di verifica dei requisiti soggettivi del 13 marzo 2023, costituente atto pubblico e come tale assistito da fede privilegiata fino a querela di falso (T.A.R. Lazio-Roma, sez. III, 21/11/2019, n.13363).

4.4. In sostanza, la controinteressata era in regola sotto il profilo contributivo e previdenziale al momento della presentazione della domanda e tale è rimasta anche al momento dell'aggiudicazione, avendo richiesto tempestivamente il rinnovo del DURC scaduto nel corso della procedura ed essendo ancora in attesa di riscontro al momento dell'aggiudicazione.

4.5. L'eventuale ritardo dell'ente competente al rilascio del DURC non può ritorcersi in danno dell'operatore economico.

4.6. In ogni caso, non è provato in giudizio che la controinteressata sia incorsa in violazioni gravi e definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, sicchè non sussiste, allo stato degli atti, la tassativa causa di esclusione di cui all'art. 80 comma 4 d. lgs. n. 50/2016.

5. In definitiva, alla luce delle considerazioni di cui sopra, i motivi aggiunti sono tutti parimenti infondati e vanno quindi respinti.

6. Vanno a questo punto esaminate le censure dedotte dalla parte ricorrente con il gravame introduttivo, dirette a travolgere l'intera procedura di gara.

6.1. Secondo la parte ricorrente:

- il ricorso dell'azienda sanitaria alla procedura di cui all'art. 63 comma 2 d. lgs. n. 50/2016 sarebbe illegittimo, stante l'assenza dei presupposti di eccezionalità e di imprevedibilità (non imputabile alla stazione appaltante) previsti dalla norma applicata per l'attivazione di tale procedura, costituente deroga ai principi generali di concorrenza e di parità di trattamento;

- in particolare, l'asserita erosione dell'Ordine di Fornitura emesso per il lotto n. 5 nell'ambito della convenzione "ARCA_2017_040" costituirebbe, secondo la parte ricorrente, un evento del tutto fisiologico ed ampiamente prevedibile da parte della stazione appaltante, la quale non poteva non essere consapevole che la produzione dei rifiuti dei presidi sanitari era aumentata rispetto alle stime effettuate in sede di adesione alla convenzione regionale ARCA 2017; il che avrebbe imposto la tempestiva attivazione di una procedura di gara ordinaria;

- tra l'altro, l'inadeguatezza della decisione dell'ASST sarebbe confermata dalla circostanza - già nota al momento del provvedimento di aggiudicazione - che la nuova procedura di gara (...) è andata deserta, rendendo in tal modo remota l'ipotesi di una risoluzione anticipata del "contratto ponte" oggetto della procedura di gara qui in esame, e quindi sottraendo al mercato il servizio in questione per un tempo indefinito e indefinibile.

6.2. Le censure, osserva il Collegio, sono inammissibili per difetto di legittimazione attiva e di interesse a ricorrere, in accoglimento della condivisibile eccezione formulata dalle difese della stazione appaltante e della controinteressata, e ciò alla luce dell'inequivoca acquiescenza prestata dalla ricorrente all'indizione della procedura di gara qui in esame, alla quale essa ha partecipato.

6.2.1. Giova osservare, al riguardo, che secondo principi giurisprudenziali già condivisi dalla Sezione, allorché si neghi la sussistenza dei presupposti per la

indizione della gara e non il regolamento di essa, sussiste l'onere di impugnare immediatamente il relativo provvedimento e la presentazione della istanza di partecipazione senza alcuna riserva comunque implica acquiescenza (TAR Brescia, I, 19 dicembre 2022, n. 1342; TAR Latina, Sez. I, 4 ottobre 2017 n.489; T.A.R. l'Aquila, 9 marzo 2017, n. 124; T.A.R. Lecce, sez. II, 1 febbraio 2017, n. 185).

6.2.2. Nel caso di specie, la ricorrente ha partecipato alla gara di cui si discute senza formulare riserve né contestazioni di sorta, pur ritenendo insussistenti, a suo dire - secondo quando successivamente prospettato nel presente giudizio – i presupposti normativi per procedere alla sua indizione.

6.2.3. In tal modo, la parte ricorrente ha prestato inequivoca acquiescenza all'indizione della procedura, così precludendosi la possibilità di impugnarla successivamente, una volta conosciutone l'esito negativo.

6.2.3. È peraltro evidente che la ricorrente, avendo partecipato alla gara in esame, non è legittimata né ha interesse a lamentare - per conto terzi – la violazione dei principi di concorrenza e di parità di trattamento per il fatto che altre imprese non abbiano potuto parteciparvi.

6.3. D'altra parte, anche a voler prescindere dal rilievo dell'intervenuta acquiescenza, il ricorso sarebbe comunque tardivo – come pure eccepito dalle parti resistenti – perché proposto contro l'avviso pubblico di indizione della procedura, atto ritenuto dalla ricorrente immediatamente lesivo, oltre il termine di 30 giorni dalla sua pubblicazione, tenuto conto che quest'ultima è avvenuta il 23 gennaio 2023 mentre il ricorso è stato notificato soltanto il 3 marzo 2023.

7. Alla stregua di tali considerazioni, il ricorso introduttivo va dichiarato inammissibile per intervenuta acquiescenza, mentre i motivi aggiunti vanno respinti perché infondati nel merito.

8. Le spese di lite seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia sezione staccata di

Brescia (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto e integrato da motivi aggiunti:

- a) dichiara inammissibile il ricorso introduttivo per intervenuta acquiescenza;
- b) respinge i motivi aggiunti;
- c) condanna la parte ricorrente alla rifusione delle spese di lite, che liquida in €3.000,00 (tremila/00) oltre oneri accessori in favore della ASST' (...), e in € 3.000,00 (tremila/00), oltre oneri accessori in favore della parte controinteressata (...) S.r.l.

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

Così deciso in Brescia nella camera di consiglio del giorno 27 settembre 2023 con l'intervento dei magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente

Ariberto Sabino Limongelli, Consigliere, Estensore

Alessandro Fede, Referendario

L'ESTENSORE

Ariberto Sabino Limongelli

IL PRESIDENTE

Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO