

APPALTI - RITO APPALTI - IMPUGNAZIONE AMMISSIONE - ABROGAZIONE RITO SUPER ACCELERATO - CONSEGUENZE

L'abrogazione del c.d. "rito superaccelerato" comporta che l'impugnazione delle ammissioni degli altri operatori economici è posticipata al momento dell'aggiudicazione definitiva e, quindi, al momento in cui l'interesse a ricorrere da parte del concorrente, insoddisfatto dall'esito della gara, diventa concreto ed attuale.

TAR Lombardia, Milano, Sez. II, sentenza n. 805/2020

Publicato il 13/05/2020

N. 00805/2020 REG.PROV.COLL.

N. 00427/2020 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia

(Sezione Seconda)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex articolo 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 427 del 2020, proposto da Errebian s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Patrizio Leozappa, Marco Rago e Adriana Presti, con domicilio digitale presso le caselle di posta elettronica certificata dell'avvocato Marco Rago (marcorago@ordineavvocatiroma.org) e dell'avvocato Patrizio Leozappa (patrizioleozappa@ordineavvocatiroma.org);

contro

Aria s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Claudia Sala e Maurizio Tommasi, con domicilio eletto presso la sede dell'ufficio legale di Aria s.p.a., ubicato in Milano, via Torquato Taramelli, n. 26;

nei confronti

Alex Office & Business s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Fabrizio Tigano, Bruno Tassone, Marco Barbone, con domicilio digitale presso le caselle di posta elettronica certificata dell'avvocato Fabrizio Tigano (prof.avv.fabtig67@pec.giuffre.it), dell'avvocato Bruno Tassone (brunotassone@ordineavvocatiroma.org) e dell'avvocato Marco Barbone (marcobarbone@pec.it);

per l'annullamento

- del provvedimento di ARIA s.p.a. del 22 gennaio 2020, prot. n. IA.2020.0002986, recante, in relazione alla procedura di gara “ARCA_2019_016” per l'affidamento di toner, cartucce e nastri per stampanti, “*Comunicazione di aggiudicazione ex art. 76 comma 5 lettera a) del D.Lgs. 50/2016 e richiesta dei documenti per la stipula*”, dei lotti n. 12 (CIG 8038346CF4), n. 21 (CIG 80384166BA), n. 23 (CIG 8038422BAC), n. 27 (CIG 803843673B) e n. 28 (CIG 8038440A87) all'impresa Alex Office & Business S.r.l.;

- dei verbali e di tutte le operazioni di gara in data 30 ottobre 2019 e delle successive sedute riservate in data 18 novembre 2019, 21 novembre 2019, 29 novembre 2019, 2 dicembre 2019 e 11 dicembre 2019, come richiamate nella nota di esito delle attività del Seggio di gara dell'11 dicembre 2019, prot. n. IA.2019.0019532;

- di ogni altro atto presupposto, connesso e/o consequenziale a quelli impugnati;

e per il risarcimento

dei danni in forma specifica, tramite la declaratoria di aggiudicazione della procedura in favore della ricorrente, o, in subordine, per equivalente.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Aria s.p.a. e di Alex Office & Business s.r.l.;

Visto l'articolo 84, comma 5, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 (*“Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all'emergenza epidemiologica da COVID-19”*), pubblicato sulla G.U. n. 70 del 17 marzo 2020;

Visto il decreto cautelare monocratico n. 303/2020;

Visto il decreto cautelare monocratico n. 531/2020, adottato *ex* articolo 84, comma 1, quarto periodo, del decreto-legge n. 18 del 2020;

Vista l'ordinanza collegiale n. 670/2020;

Visto l'art. 55 cod. proc. amm.;

Visti tutti gli atti della causa;

Ritenuta la propria giurisdizione e competenza;

Relatore il dott. Lorenzo Cordi' nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2020, tenutasi mediante collegamento da remoto in audioconferenza, secondo quanto disposto dall'art. 84, comma 6, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18 e dal decreto del Presidente del T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano n. 6/2020

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Errebian s.p.a. (di seguito anche *“Errebian”* o *“la ricorrente”*) impugna gli atti indicati in epigrafe con i quali Aria s.p.a. (di seguito anche *“l'Ente resistente”* o *“la stazione appaltante”* o *“l'Amministrazione”*) aggiudica ad Alex Office & Business s.r.l.

(di seguito anche “*Alex Office*” o “*la controinteressata*”) i lotti n. 12 (CIG 8038346CF4), n. 21 (CIG 80384166BA), n. 23 (CIG 8038422BAC), n. 27 (CIG 803843673B) e n. 28 (CIG 8038440A87) relativi alla procedura di gara “*ARCA_2019_016*”, volta all’affidamento di toner, cartucce e nastri per stampanti per le Aziende ed Enti sanitari della Regione Lombardia.

2. In punto di fatto la ricorrente deduce che:

a) con bando pubblicato sulla G.U.U.E. in data 30 settembre 2019 e sulla G.U.R.I. in data 2 ottobre 2019 Aria s.p.a. indice una gara a procedura aperta, suddivisa in 28 lotti, per la stipula di convenzioni per la fornitura di toner, cartucce e nastri in favore degli Enti e delle Amministrazioni aventi sede nel territorio della Regione Lombardia, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, ai sensi dell’articolo 95, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016;

b) Errebian ed Alex Office presentano le loro offerte per i lotti numeri 12, 21, 23, 27 e 28, del valore rispettivamente di euro 240.000,00, euro 200.000,00, euro 52.000,00, euro 120.000,00 ed euro 400.000,00, salvo l’incremento, per ciascun lotto, della fornitura fino a concorrenza del limite di un quinto dell’importo complessivo aggiudicato, come indicato nel disciplinare di gara;

c) a seguito dell’apertura delle buste amministrative in data 30 ottobre 2019 e delle successive sedute riservate svoltesi in data 18 novembre 2019, 21 novembre 2019, 29 novembre 2019, 2 dicembre 2019 e 11 dicembre 2019, la Commissione di gara rileva la sussistenza di gravi illeciti professionali di Alex Office “*con riferimento alle dichiarazioni rese ai fini della partecipazione alla procedura di gara di cui in oggetto ex art. 80, comma 5 D.Lgs. 50/2016 ossia: - alla risoluzione della Convenzione prot. ARCA.2018.0004802 del 5.4.2018 (lotti 1-16/18-29) effettuata da parte della Stazione Appaltante ARCA S.p.A. (oggi ARIA S.p.A.) con Protocollo ARCA.2018.0016594 del 05/12/2018; - al provvedimento di esclusione dalla gara "ARCA_2018_020", prot. n. 2707 datato 20.2.2019*”;

- d) la Commissione evidenzia, quindi, la sussistenza di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia l'integrità e/o l'affidabilità dell'operatore economico;
- e) la Commissione nota, inoltre, come la risoluzione di cui alla precedente lettera c) sia disposta in ragione dell'utilizzo, da parte del fornitore, di listini prezzi non ufficiali, diversamente da quanto previsto dalla *lex specialis*, e come difettino, nella documentazione fornita, evidenze relative ad eventuali misure di ravvedimento e/o di "self cleaning";
- f) la Commissione decide di procedere, in ogni caso, all'ammissione con riserva dell'operatore economico riservandosi la possibilità di disporre l'esclusione (o, in caso di aggiudicazione, di avvalersi di apposita clausola risolutiva espressa) in caso di esito sfavorevole per l'operatore economico del giudizio pendente dinanzi al Tribunale di Milano – Sezione per le imprese (R.G. n. 26071/2019) ed avente ad oggetto la legittimità della risoluzione disposta da Aria s.p.a.;
- g) in data 22 gennaio 2020 Aria s.p.a. comunica l'avvenuta aggiudicazione ad Alex Office & Business s.r.l. dei lotti numeri 12, 21, 23, 27 e 28. Errebian risulta, invece, classificata al secondo posto in tutti i lotti sopra indicati.

3. Parte ricorrente articola un unico motivo con il quale deduce l'illegittimità dell'aggiudicazione disposta in favore della controinteressata in quanto condizionata all'esito di un giudizio civile relativo alla legittimità della risoluzione di un contratto di fornitura tra le stesse parti e, come tale, in violazione delle previsioni del diritto interno e del diritto dell'Unione europea che impongono alla stazione appaltante di apprezzare direttamente l'eventuale illecito professionale adottando provvedimenti consequenziali.

4. Si costituiscono in giudizio Aria s.p.a. e la controinteressata chiedendo la reiezione del ricorso e della domanda cautelare formulata in via incidentale. Alex Office s.r.l. deduce, inoltre, l'inammissibilità del ricorso ritenendo che la lesione

della sfera giuridica della ricorrente si realizzi con il provvedimento di ammissione con riserva, non tempestivamente impugnato.

5. In data 13 marzo 2020 la ricorrente formula istanza di concessione di misure cautelari monocratiche *ex* articolo 3, comma 1, del decreto-legge n. 11/2020 ed articolo 56 c.p.a.

6. Con decreto n. 303/2020 il Presidente della Sezione respinge l'istanza evidenziando che, *“in quanto contratti di durata – per i quali non sono ravvisabili particolari difficoltà ad un eventuale subentro di altro operatore nel corso del loro svolgimento –, la circostanza che nelle more vengano eventualmente stipulate le convenzioni non integra i presupposti per la concessione di misure cautelari provvisorie, ben potendo essere adottate in sede collegiale statuizioni pienamente soddisfattive dell'interesse azionato”*.

7. Con successivo decreto cautelare n. 531/2010 (adottato ai sensi dell'articolo 84, comma 1, del decreto-legge n. 18/2020), il Giudice delegato respinge l'istanza cautelare confermando, per la trattazione collegiale della domanda, l'udienza del 21 aprile 2020. In vista della trattazione collegiale il Giudice delegato indica alle parti, *“anche ai sensi della previsione di cui all'articolo 73, comma 3, c.p.a., la questione relativa alla conformità della procura alle liti rilasciata al difensore di parte ricorrente che pare, prima facie ed impregiudicato il necessario approfondimento collegiale, non conforme alla previsione di cui all'articolo 40, comma 1, lettera g), c.p.a. (cfr., T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, Sez. II, 20 febbraio 2020, n. 346)”*.

8. In data 17 aprile 2020 parte ricorrente deposita memoria difensiva finale con la quale illustra diffusamente le proprie argomentazioni in ordine alla conformità della procura al disposto di cui all'articolo 40, comma 1, lettera g), c.p.a. ritenendo non sovrapponibile alla fattispecie in esame il caso deciso dalla Sezione con sentenza n. 346/2020.

9. All'esito dell'udienza in camera di consiglio del 21 aprile 2020, la Sezione adotta l'ordinanza n. 670/2020 con cui segnala alle parti la sussistenza dei presupposti per

definire il giudizio ai sensi dell'articolo 60 c.p.a. La Sezione evidenzia che, nonostante la previsione di cui all'articolo 84, comma 5, primo e secondo periodo, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, abiliti il Giudice a definire il giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'articolo 60 c.p.a. (laddove ricorrano, quindi, tutti i presupposti di operatività dell'istituto e derogandovi solo nella parte in cui impone che le parti costituite siano sentite), si ritenga, comunque, opportuno, *“stante la peculiarità della vicenda e nonostante il tenore letterale della previsione”*, *“dare la possibilità alle parti di interloquire sia in ordine alla ritenuta sussistenza dei presupposti per l'adozione di una sentenza in forma semplificata che in relazione alla questione indicata dal Giudice delegato nel decreto cautelare n. 531/2020 che il Collegio fa propria”*. Per tali ragioni la Sezione differisce la trattazione della domanda cautelare *“dando contestualmente avviso alle parti della ritenuta possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata e della questione relativa alla conformità della procura alle liti rilasciata al difensore di parte ricorrente che pare, prima facie, non conforme alla previsione di cui all'articolo 40, comma 1, lettera g), c.p.a. (cfr., T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, Sez. II, 20 febbraio 2020, n. 346)”*.

10. In vista dell'udienza del 12 maggio 2020 parte ricorrente deposita (in data 4 maggio 2020) una nuova procura speciale che *“rinnova, ratifica e conferma”* la precedente procura rilasciata in data 21 febbraio 2020. Errebian deposita, inoltre, memoria difensiva con la quale insiste sulla sussistenza dei presupposti per ritenere speciale la procura già depositata in data 28 febbraio 2020. Chiede, in subordine, l'applicazione della previsione di cui all'articolo 182 c.p.c., ritenuta operante nel giudizio amministrativo da giurisprudenza all'uopo richiamata.

10.1. La stazione appaltante e la controinteressata depositano memorie difensive con le quali insistono nelle rispettive argomentazioni difensive.

11. La causa è trattenuta in decisione all'udienza del 12 maggio 2020, con possibilità di adozione di una sentenza in forma semplificata, come indicato nel relativo verbale.

12. Prima di entrare nel merito della vicenda *sub observatione* occorre esaminare tre questioni processuali relative rispettivamente:

- a) alla possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata;
- b) all'idoneità della procura alla liti rilasciata ai difensori di Errebian;
- c) alla tempestività della domanda di annullamento (contestata con apposita eccezione dalla controinteressata).

13. Partendo dalla prima questione indicata nel precedente paragrafo il Collegio osserva che, nel caso di specie, sono sussistenti i presupposti di cui all'articolo 60 c.p.a. che consente al Giudice amministrativo, adito in sede cautelare, di definire il giudizio con “*sentenza in forma semplificata*”, ove il Giudice accerti la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria e nessuna delle parti dichiara che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale, regolamento di competenza o regolamento di giurisdizione. La regola generale appena richiamata condiziona, quindi, l'operatività dell'istituto all'audizione delle parti; va, tuttavia, considerato che le previsioni di cui all'articolo 84, comma 5, primo e secondo periodo, del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, operanti *ratione temporis*, dispongono testualmente: “*Successivamente al 15 aprile 2020 e fino al 30 giugno 2020, in deroga alle previsioni del codice del processo amministrativo, tutte le controversie fissate per la trattazione, sia in udienza camerale sia in udienza pubblica, passano in decisione, senza discussione orale, sulla base degli atti depositati, ferma restando la possibilità di definizione del giudizio ai sensi dell'articolo 60 del codice del processo amministrativo, omissis ogni avviso. Le parti hanno facoltà di presentare brevi note sino a due giorni liberi prima della data fissata per la trattazione*”. La disposizione sopra indicata abilita, quindi, il Giudice a definire il giudizio con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'articolo 60 c.p.a. (laddove ricorrano, pertanto, tutti i

presupposti di operatività dell'istituto), derogandovi solo nella parte in cui impone che le parti costituite siano sentite. Deroga che, come spiegato nell'ordinanza collegiale n. 670/2020, non pare potersi ritenere di generale ed automatica applicazione dovendosi, comunque, valutare in relazione alla specifica vicenda processuale se la definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata possa determinare una compromissione delle prerogative difensive delle parti. Come rammentato, infatti, da una recente ordinanza della Sezione il contraddittorio costituisce, secondo l'incisiva definizione della Corte di Cassazione, *“il pilastro del processo”* (Cassazione civile, Sez. VI, 12 marzo 2020, n. 7055) e, in quanto tale, impone al Giudice di ricercare nella panoplia degli strumenti processuali i mezzi per la sua realizzazione anche laddove ciò non sia espressamente previsto ma sia, comunque, ritenuto opportuno in ragione della concreta vicenda processuale (T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, Sez. II, ordinanza 22 aprile 2020, n. 670; cfr., T.A.R. per le Marche, Sez. I, 16 aprile 2020, n. 136). Per converso, laddove secondo una valutazione effettuata *“con la necessaria prudenza”* (Consiglio di Stato, Sez. VI, ordinanza 21 aprile 2020, n. 2538) possa ritenersi non compromesso alcun diritto processuale delle parti, non opererà quel limite intrinseco ed inespresso della regola di cui all'articolo 84, comma 5, primo periodo, del decreto-legge n. 18/2020, appena indicato. Del resto, come affermato in termini generali dalla Corte di Cassazione, il canone del contraddittorio non è formale, bensì elastico proprio *“perché plasmato sulla vicenda processuale concreta”* (cfr., ancora, Cassazione civile, Sez. VI, 12 marzo 2020, n. 7055; cfr., inoltre, T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, Sez. II, 23 aprile 2020, n. 677; T.A.R. per la Campania – sede di Napoli, Sez. VI, 29 aprile 2020, n. 1593).

13.1. Nel caso di specie, le parti sono puntualmente avvisate della possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata in applicazione dei principi appena indicati. Le stesse non formulano, sul punto, opposizioni né rappresentano

esigenze difensive (come quelle indicate nella previsione di cui all'articolo 60 c.p.a.) tali da ritenere preclusa la decisione dell'intera "*res litigiosa*". Né tale può ritenersi la deduzione di parte ricorrente secondo cui il nuovo avviso comporterebbe una lesione del fisiologico sviluppo del contraddittorio tra le parti in ordine alla questione relativa alla procura alle liti. Sul punto si osserva come, invero, Aria s.p.a. non formuli alcuna osservazione; la controinteressata ritiene semplicemente non possibili "*sanatorie in corso*" rimettendo la questione "*alla valutazione dell'Ecc.mo Collegio*". L'avviso non realizza, quindi, quel rischio che la parte prefigura come, in ogni modo, testimonia, con ogni evidenza, la decisione, sul punto, adottata dal Collegio (cfr., *infra*, punto 14 della presente sentenza). In ragione di quanto esposto deve ritenersi che, nella "*vicenda processuale concreta*", siano sussistenti i presupposti per definire il giudizio con la presente sentenza in forma semplificata *ex* articolo 60 c.p.a.

14. Verificata la sussistenza dei presupposti per la decisione della lite con sentenza in forma semplificata occorre affrontare il tema relativo alla validità della procura depositata in giudizio in data 28 febbraio 2020 contestualmente al ricorso introduttivo.

14.1. In primo luogo, il Collegio osserva che diversamente da quanto dedotto da parte ricorrente nella memoria del 17 aprile 2020 (fogli 2-3), nel processo amministrativo vige espressamente l'obbligo del difensore che sottoscrive il ricorso di munirsi di "*procura speciale*". Lo impone, chiaramente, la previsione di cui all'articolo 40, comma 1, lettera *g*), indicata, del resto, già dal Giudice monocratico nel decreto n. 531/2020.

14.2. In secondo luogo, si evidenzia che, secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato, la procura, per ritenersi "*speciale*", deve indicare l'oggetto del ricorso, le parti contendenti, l'autorità davanti alla quale il ricorso deve essere proposto ed

ogni altro elemento utile alla individuazione della controversia (cfr., *ex alius*, Consiglio di Stato, Sez. VI, 5 ottobre 2018 n. 5723).

14.3. Nel caso di specie, si tratta di procura rilasciata su foglio separato con conseguente non applicazione dei diversi principi che valgono per le procure apposte a margine o in calce all'atto processuale (su tali principi, cfr., *ex multis*, Cassazione civile, Sez. VI, 3 ottobre 2019 n. 24670; Cassazione civile, Sez. I, 18 febbraio 2020, n. 4069).

14.4. La ricorrente ritiene che la procura in esame sia munita dei requisiti di specialità in ragione: *a)* dell'identificazione della società ricorrente; *b)* dell'identificazione del soggetto munito dei necessari poteri per conferire la rappresentanza alla lite in questione; *c)* della “*esplicita e tassativa indicazione della autorità giudiziaria da adire*” (“*delega gli Avv.ti Marco Rago, Patrizio Leozappa e Adriana Presti a sottoscrivere il presente ricorso ed a rappresentare e difendere la suddetta Società nel presente giudizio dinanzi al TAR Lombardia*”).

14.5. Osserva il Collegio come i profili indicati sub *a)* e *b)* del precedente punto riguardino il diverso aspetto relativo all'identità soggettiva del mandante e non il tema in esame, relativo al contenuto oggettivo del mandato concretamente conferito. Il profilo indicato *sub c)* del precedente punto è, invece, inidoneo a conferire alla procura quei tratti di specialità imposti dalla regola legale indicata in precedenza. La procura in esame conferisce, infatti, ai difensori il potere di rappresentanza e difesa “*dinanzi al Tar Lombardia*” senza, tuttavia, indicare l'oggetto del ricorso, le parti contendenti o altri elementi utili all'identificazione della controversia. Si tratta, quindi, di una procura idonea al conferimento del potere nella generalità di controversie instaurate dinanzi al T.A.R. per la Lombardia e, quindi, priva dei requisiti imposti dalla previsione di cui all'articolo 40, comma 1, lettera *g)*, c.p.a. Né a diversa conclusione può giungersi tenendo conto della data che, invero, non si riferisce alla sottoscrizione del mandato alla lite da parte del

legale rappresentante della Società né alla certificazione dell'autografia della stessa ma riguarda la data di firma digitale del corrispondente documento informatico da parte del difensore.

14.6. Inoltre, a parere del Collegio non può supplire al *deficit* di specialità della procura in esame il richiamo alla disposizione di cui all'articolo 8, comma 3, del D.P.C.M. 16 febbraio 2016, n. 40 («Regolamento recante le regole tecnico-operative per l'attuazione del processo amministrativo telematico») che testualmente prevede: “La procura alle liti si considera apposta in calce all'atto cui si riferisce: [...] b) quando è rilasciata su foglio separato del quale è estratta copia informatica, anche per immagine, depositato con modalità telematiche unitamente all'atto a cui si riferisce”. Secondo la Sezione, “il rispetto di tale formalità, se determina che l'autografia della sottoscrizione della parte sia certificata dal difensore, non fa venir meno l'esigenza che, quando è redatta su foglio separato e non congiunto materialmente al ricorso in versione cartacea, la procura rechi in sé elementi esaustivi circa il proprio oggetto, onde poter risalire alla effettiva volontà del sottoscrittore di investire quel difensore dello jus postulandi nella specifica controversia interessata (v. TAR Calabria, Reggio Calabria, 15 giugno 2018 n. 366; TAR Molise 10 dicembre 2019 n. 437)” (T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, Sez. II, 20 febbraio 2020, n. 346).

14.7. In sostanza, non rileva che la “procura apposta in calce” sia configurabile come tale anche quando la stessa sia sottoscritta su supporto cartaceo e poi depositata nel fascicolo processuale, in copia informatica, unitamente al ricorso in formato nativo digitale, giacché nell'ordinamento vigente la previsione della figura della procura speciale “in calce” o “a margine” è funzionale unicamente all'attribuzione al difensore del potere di certificare l'autografia della sottoscrizione del soggetto che gli rilascia il mandato alla lite, secondo modalità che il legislatore ha evidentemente dovuto adattare al “processo telematico” e all'utilizzo di strumenti che, ora, sono anche informatici. Esula, invece, dalla disciplina di settore la determinazione del contenuto minimo della procura speciale “in calce”, sia nella versione normativa

attuale sia in quella anteriore all'introduzione dei documenti informatici, e non è dunque desumibile dalla sola sopravvivenza di tale figura - con le modalità operative aggiornate - la generalizzata idoneità del criterio della procura speciale "*in calce*" valida anche quando priva degli elementi identificativi della lite da instaurare. Invero, l'assunto dell'adeguatezza della procura speciale "*in calce*", pur se generica nelle espressioni utilizzate, risulta il frutto di una elaborazione della giurisprudenza fondata sul contesto documentale unitario e quindi sulla relazione fisica tra la delega ed il ricorso, ovvero sul fatto che il mandato formi materialmente corpo con il ricorso (v. Cassazione civile, Sez. VI, 3 ottobre 2019 n. 24670), e non è, invece, compatibile con il caso in cui uno dei due documenti sia di tipo informatico e l'incorporazione materiale difetti, pur se la procura speciale "*in calce*" – in forme diverse – conservi valore, per evidenti esigenze di continuità, allo scopo di riconoscere al difensore il potere di certificazione dell'autografia della sottoscrizione del delegante. In simile fattispecie, resta frustrata l'esigenza che il soggetto il quale rilascia la procura abbia contezza del contenuto dell'atto oggetto del potere rappresentativo conferito, non ricavabile neppure in via presuntiva dalla congiunzione fisica dei due documenti, impossibile quando almeno uno dei due sia informatico.

14.8. Alla luce di quanto esposto, il Collegio ritiene che la procura speciale depositata in data 28 febbraio 2020 sia priva dei requisiti di specialità previsti dalla disposizione di cui all'articolo 40, comma 1, lettera g), c.p.a.

14.9. Occorre, ora, verificare la possibile applicazione del combinato disposto delle previsioni di cui agli articoli 39, comma 1, c.p.a. e 182, comma 2, c.p.c. con specifico riferimento alla questione in esame e senza, quindi, esaminare la più ampia tematica relativa all'operatività della regola nella pluralità di ipotesi che potrebbero ricondursi nell'alveo di tale previsione.

14.10. Sul punto si osserva come, secondo il Giudice d'appello la previsione non opererebbe, comunque, nel caso in esame atteso che la disciplina processuale contenuta nel D.Lgs. n. 104/2010 qualifica l'esistenza della procura speciale come requisito di ammissibilità del ricorso che, pertanto, deve sussistere al momento di proposizione dello stesso con conseguente non configurabilità del potere di rinnovazione che concerne, in generale, la categoria delle nullità sanabili e non quella distinta delle inammissibilità (Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 maggio 2019, n. 2922).

14.11. Un diverso approfondimento va, invece, svolto dal Collegio in ordine alla possibile operatività nel caso di specie della diversa regola di cui all'articolo 37 c.p.a.

14.11.1. Tale rimedio presuppone una situazione di obiettiva incertezza normativa o di grave impedimento di fatto tale da provocare - senza alcuna colpa della parte interessata - menomazioni o maggiore difficoltà nell'esercizio dei diritti di difesa. Inoltre, secondo un consolidato principio giurisprudenziale, la *regula iuris* in esame è di stretta interpretazione in quanto relativa ad un istituto di carattere eccezionale dal momento che un uso troppo ampio della discrezionalità giudiziaria che essa ammette può compromettere il principio di parità delle parti (v., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 2 aprile 2020 n. 2240).

14.11.2. Ritiene il Collegio che, nel caso di specie, sussistano le “*oggettive ragioni di incertezza*” sulla questione di diritto esaminata considerato: *a*) la novità della stessa stante l'assenza di precedenti giurisprudenziali puntuali; *b*) la non agevole interpretazione del quadro normativo vigente anche in considerazione del tenore della regola tecnica la quale può indurre la parte a ritenere che integri una procura speciale, indipendentemente dal suo contenuto, la procura alle liti che “*si considera apposta in calce*” pur quando priva di congiunzione materiale perché riferita ad atto

informatico; c) la sussistenza di soluzioni giurisprudenziali nient'affatto univoche anche con riferimento ai precedenti delle varie Sezioni del Tribunale.

14.11.3. In considerazione di quanto esposto si ritiene che, nel caso di specie, possa concedersi l'errore scusabile alla parte ricorrente e procedersi alla disamina dei motivi di ricorso non essendo necessario disporre un rinvio al fine di concedere un termine per la "regolarizzazione" della procura. Come esposto in precedenza, la parte deposita una puntuale procura speciale in data 4 maggio 2020 che indica tutti gli elementi identificativi del giudizio e, inoltre, "rinnova, ratifica e conferma" la precedente procura disvelando, pertanto, la chiara contezza del legale rappresentante di Errebian del potere concretamente conferito che, come si è detto, costituisce la *ratio* su cui riposa la previsione di cui all'articolo 40, comma 1, lettera g), c.p.a.

15. Prima di procedere all'esame del merito della controversia occorre, però, esaminare l'eccezione di inammissibilità formulata dalla difesa della controinteressata secondo la quale il ricorso dovrebbe ritenersi tardivo "in quanto non è stata impugnata tempestivamente l'ammissione della Alex Office alla gara". La controinteressata evidenzia che, nonostante l'intervenuta abrogazione del c.d. "rito superaccelerato" di cui all'articolo 120, comma 2-bis, c.p.a. ad opera della previsione di cui all'articolo 1, comma 22, lettera a), del decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32 (convertito, con modificazioni, dalla legge 14 giugno 2019, n. 55), "l'onere di impugnazione, nella specie, discende dagli ordinari criteri legati alla immediata lesività o meno dei provvedimenti amministrativi". L'ammissione con riserva è, infatti, condizionata sin da subito ad un meccanismo espulsivo legato agli esiti del giudizio civile relativo alla legittimità della risoluzione ed è, quindi, "in grado di tenere ferma l'aggiudicazione o la stessa convenzione medio tempore intervenuta", instaurando "un meccanismo assai complesso che i partecipanti alla gara [hanno] l'onere di impugnare immediatamente".

15.1. L'eccezione è infondata.

15.2. Come correttamente evidenziato dalla parte ricorrente, l'abrogazione del c.d. "*rito superaccelerato*" comporta che l'impugnazione delle ammissioni degli altri operatori economici sia posticipata al momento dell'aggiudicazione definitiva e, quindi, al momento in cui "*(per la prima volta) l'interesse a ricorrere da parte del concorrente, insoddisfatto dall'esito della gara, diventa concreto ed attuale*" (T.A.R. per la Campania, Sez. III, 07 gennaio 2020, n. 51).

15.3. Del resto, è noto come sia piuttosto il precedente rito ad interagire, pur in modo inespresso, sul rapporto "*tradizionale*" tra lesione, interesse a ricorrere e azione in giudizio, conducendo settori della dottrina a configurare per tale rimedio un interesse diverso e di "*nuovo conio*", diretto non già al conseguimento dell'aggiudicazione, ma alla diminuzione del numero dei concorrenti e, quindi, al conseguenziale incremento della probabilità di aggiudicazione. Una configurazione ancorata, tuttavia, a quel peculiare meccanismo normativo e che non trova, quindi, ulteriori spazi di operatività nell'attuale sistema anche in ragione del "*ridimensionamento*" del ruolo dell'interesse strumentale nel contenzioso relativo agli appalti condotto dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato che esaminando le disposizioni relative al c.d. "*rito superaccelerato*" evidenzia, con affermazione mutuabile anche alla presente questione, come non si tratti di regole "*espressive di un principio generale volto ad affermare l'immediata impugnabilità di atti preparatori e la tutelabilità immediata di interessi procedurali*" (Consiglio di Stato, Adunanza plenaria, 26 aprile 2018, n. 4).

16. Decretata la tempestività del ricorso può procedersi ad esaminare, nel merito, l'unico articolato motivo di censura formulato da Errebian.

16.1. Il ricorso è fondato alla luce delle considerazioni che si procede ad esporre.

16.2. Ritiene il Collegio di prendere l'abbrivio dall'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea che, ancora di recente, evidenzia come "*l'articolo 57, paragrafo 4, lettere c) e g), della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo*

e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, [debba] essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale in virtù della quale la presentazione di un ricorso giurisdizionale avverso una decisione di risoluzione di un contratto di appalto pubblico, adottata da un'amministrazione aggiudicatrice in ragione di un «grave illecito professionale», verificatosi in sede di esecuzione di tale contratto, impedisce all'amministrazione aggiudicatrice che indica una nuova gara d'appalto di escludere un operatore, nella fase della selezione degli offerenti, sulla base di una valutazione dell'affidabilità dell'operatore stesso” (Corte di giustizia dell'Unione europea, Sezione IX, ordinanza 20 novembre 2019, C- 552/18).

16.3. Osserva la Corte di Giustizia come il recepimento di un motivo facoltativo di esclusione previsto dalla direttiva 2014/24 impone allo Stato membro di “rispettarne gli elementi essenziali, quali ivi previsti” (cfr., inoltre, Corte di Giustizia, Sezione IV, 19 giugno 2019, C41/18, punto 33). Non è, quindi, consentito agli Stati di “snaturare” i motivi facoltativi o “ignorare” gli obiettivi o i principi ai quali è ispirato ciascuno di detti motivi. In relazione al motivo facoltativo in esame la Corte afferma come, dalla lettura della previsione di cui all'articolo 57, paragrafo 4, della direttiva 2014/24, emerga con chiarezza “che il legislatore dell'Unione ha inteso affidare all'amministrazione aggiudicatrice, e ad essa sola, e non ad un giudice nazionale, il compito di valutare, nella fase della selezione degli offerenti, se un candidato o un offerente debba essere escluso da una procedura di aggiudicazione di appalto” (Corte di giustizia dell'Unione europea, Sezione IX, ordinanza 20 novembre 2019, C- 552/18, punto 24; cfr., inoltre, Corte di Giustizia, Sezione IV, 19 giugno 2019, C 41/18, punti 28 e 34).

16.4. Le pronunce della Corte di Giustizia evidenziano, quindi, come l'esclusione facoltativa per sussistenza di un grave illecito professionale debba risultare l'esito di un apprezzamento condotto dall'Amministrazione aggiudicatrice e non sia, pertanto, suscettibile di essere rimesso alla decisione del Giudice nazionale.

16.5. Alla luce di tali principi deve ritenersi fondato il motivo di ricorso nella parte in cui deduce non tanto la diretta violazione della previsione di cui all'articolo 80, comma 5, lettera c), del D.lgs. n. 50/2016 quanto nella misura in cui stigmatizza l'eccesso di potere nell'applicazione di tale previsione. Eccesso di potere che si sostanzia sia nell'irragionevolezza e contraddittorietà dell'operato che nella sostanziale elusione dei principi del diritto dell'Unione europea e nella violazione del principio dell'effetto utile della normativa unionale.

16.6. In ordine al primo degli aspetti indicati osserva la Sezione come l'Ente resistente esprima in una pluralità di atti un chiaro giudizio di inaffidabilità e di non correttezza professionale della controinteressata derivante dalla risoluzione del contratto con la stessa Aria s.p.a. e, in particolare, dalla gravità delle contestazioni che sorreggono l'atto di scioglimento del negozio. La condotta dell'operatore economico si sostanzia, secondo la stazione appaltante, in una condotta *“illecita e violativa del principio di buona fede finalizzata ad un indebito arricchimento da parte di Alex Office & Business S.r.l.”*; inoltre, *“l'utilizzo, da parte del Fornitore, di listini prezzi non ufficiali, come prescritti dalla lex specialis, [costituisce] una violazione su di un elemento essenziale dell'affidamento contrattuale in grado di incidere per gravità sull'affidabilità dell'Operatore economico e sulla buona fede che deve caratterizzare i rapporti con la Pubblica Amministrazione”*. In ultimo, l'Ente resistente nota come vi sia *“piena conferenza con l'oggetto dell'appalto di cui la Convenzione è stata oggetto della risoluzione citata”* e come non siano adottate concrete misure di ravvedimento.

16.7. Del resto, l'Ente pone tali situazioni a fondamento di un provvedimento di esclusione dalla gara “ARCA_2018_020”, immediatamente antecedente a quella per cui è causa e relativo all'affidamento della medesima fornitura. Un provvedimento che avvalorà, quindi, quel giudizio di inaffidabilità espresso in relazione alla gara in esame ma che non conduce all'esclusione ma, al contrario, ad un affidamento risolutivamente condizionato all'esito del contenzioso civile. Si

noti, inoltre, come il giudizio allora espresso da Aria s.p.a. sia ritenuto correttamente fondante l'esclusione disposta sia da parte del Giudice di primo grado che da parte del Consiglio di Stato. E, infatti, nota il Giudice d'appello che: a) *“la clausola della documentazione della gara precedente, aggiudicata ad Alex Office and Business s.r.l., [richiede] uno sconto sui listini delle case madri”*; b) la convenzione stipulata tra le parti, al punto 1.4, fa rinvio per il calcolo del corrispettivo della fornitura al *“listino della casa madre”*; c) non è contestato, in punto di fatto, nemmeno dal Alex Office, *“che i prezzi praticati non [sono] il risultato dell'applicazione dello sconto offerto in sede di gara ai prezzi di listino delle case madri”*; d) la stazione appaltante, fallito il tentativo di comporre bonariamente i contrasti, invia una prima comunicazione il 12 luglio 2018, riscontrata negativamente con risposta del 17 luglio 2018, e quindi una formale diffida ad adempiere del 3 agosto 2018, con assegnazione del termine di 30 giorni per ravvedimento e correzione dei prezzi, cui fa seguito il provvedimento di risoluzione del 5 dicembre 2018; e) il provvedimento di esclusione del 20 febbraio 2019 è motivato mediante rilievo del grave precedente illecito professionale, di cui al provvedimento di risoluzione, che comporta il recupero della cauzione per il tramite dell'escussione (inevasa dalla società garante) e la segnalazione all'ANAC della risoluzione; f) considerati il brevissimo termine trascorso da tali avvenimenti e la ragione dell'indizione della nuova gara (proprio a causa della risoluzione della precedente convenzione) avente quindi ad oggetto i medesimi prodotti al fine di assicurare continuità alla fornitura centralizzata, è da considerare più che adeguata già la motivazione dell'esclusione, *per relationem* al provvedimento di risoluzione, all'epoca nemmeno *sub indice* dinanzi all'autorità giudiziaria ordinaria; g) il successivo provvedimento dell'11 marzo 2019 (di reiezione dell'istanza di annullamento in autotutela) *“ribadisce le ragioni di inadempimento e della gravità del medesimo, esplicitandone le ricadute sull'affidabilità dell'impresa concorrente, legittimanti l'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice*

dei contratti pubblici” (Consiglio di Stato, Sez. V, 16 marzo 2020, n. 1859, che conferma T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, Sez. IV, 27 aprile 2019, n. 938).

16.8. Dinanzi ad un simile quadro appare, chiaramente, contraddittorio ed irragionevole l’operato dell’Amministrazione che, senza deflettere dal giudizio di inaffidabilità, aggiudica la gara proprio al soggetto che ritiene inaffidabile. Mutuando un’incisiva formula adoperata dal Giudice d’appello, deve considerarsi *“che la procedura di evidenza pubblica è diretta alla scelta del contraente più affidabile per l’esecuzione di un determinato contratto d’appalto, [ed è, dunque,] irragionevole il risultato dell’azione amministrativa che [finisce] con il premiare con l’aggiudicazione un concorrente che la stessa stazione appaltante, per il quadro fornito dagli elementi raccolti nella propria attività istruttoria”*, ritiene già inaffidabile (Consiglio di Stato, Sez. V, 24 gennaio 2020, n. 580; cfr., inoltre, per l’applicazione del principio enunciato, Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2019, n. 6763; Id., Sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8520).

16.9. Del resto, la contestazione in giudizio dei fatti posti a fondamento della risoluzione non preclude il potere di apprezzamento dell’inaffidabilità dell’operatore economico che, diversamente opinando, verrebbe paralizzato dall’azione giudiziaria dell’impresa (cfr.: Consiglio di Stato, Sez. VI, 7 ottobre 2019, n. 6763; Id., Sez. V, 17 dicembre 2019, n. 8520; Consiglio di Stato, Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299). Inoltre, non soltanto simile giudizio può, quindi, essere espresso ma, ove sia formulato, devono adottarsi i provvedimenti consequenziali a tale valutazione. Si determinerebbe, altrimenti, una sostanziale infedeltà dei provvedimenti al giudizio che l’Amministrazione matura all’esito dell’istruttoria all’uopo predisposta e, inoltre, si lederebbe lo stesso principio derivante dal diritto dell’Unione che, nell’assegnare all’Amministrazione il compito valutativo, postula una responsabilizzazione effettiva della stessa.

16.10. Nel caso di specie, la valutazione non si traduce nell'esclusione ma in quello che la controinteressata denomina un "meccanismo espulsivo" "che rinvia agli esiti del giudizio pendente dinanzi al Tribunale Civile (delle Imprese) di Milano ed avente ad oggetto la risoluzione disposta il 5 dicembre 2017" (foglio 5 della memoria di costituzione di Alex Office). Simile meccanismo espulsivo si sostanzia, tuttavia, nell'elusione dei principi sin qui affermati. Infatti, l'apposizione della clausola risolutiva espressa valorizzata dalle difese dell'Ente resistente e della controinteressata, se da un lato, costituisce implicita conferma del giudizio di inaffidabilità che si eleva a fondamento giustificativo della porzione negoziale in esame, dall'altro, si traduce nella sostanziale spoliazione del potere che l'ordinamento conferisce alla sola Amministrazione e che termina per trasmigrare indirettamente in capo al Giudice deputato della decisione della controversia in merito alla risoluzione del contratto.

16.11. L'operazione complessivamente allestita finisce, quindi, per eludere i principi unionali e per contrastare con il principio dell'effetto utile che presidia l'applicazione del diritto dell'Unione "ignorando" gli obiettivi che il motivo facoltativo in esame intende perseguire. Né diverse soluzioni sono sostenibili in base ai rilievi difensivi formulati in giudizio che, come evidenziato dalla ricorrente, costituiscono inammissibili giustificazioni postume della decisione adottata (cfr., sul punto, Consiglio di Stato, Sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 28).

17. In definitiva il ricorso deve essere accolto per le ragioni esposte con conseguente annullamento *in parte qua* degli atti impugnati.

18. Alla luce delle evidenze processuali in atti, si può prescindere dalla richiesta di declaratoria di inefficacia del contratto e anche dalla domanda di risarcimento del danno per equivalente potendo la società ricorrente ancora conseguire integralmente il bene della vita perseguito nel presente giudizio. Infatti, nel caso di specie, né l'Ente resistente né la controinteressata deducono in giudizio l'intervenuta stipulazione del contratto nonostante sia formulato apposito avviso

circa la possibilità di definire il giudizio con sentenza in forma semplificata che, nella prospettiva della Sezione, serve anche a consentire alle parti di offrire eventuali “*aggiornamenti*” della vicenda amministrativa all’esame del Collegio. Aggiornamenti che, come spiegato, non sono dedotti e che, quindi, consentono al Tribunale di prescindere dall’esame delle domande che si fondano proprio sull’avvenuta stipula del contratto. Spetta, quindi, alla stazione appaltante, in ragione dell’accoglimento della domanda di annullamento, rideterminare la graduatoria di gara (in relazione ai lotti oggetto di impugnazione) escludendone la controinteressata e aggiudicando l’appalto all’impresa che vi subentra, previa positiva effettuazione delle verifiche documentali di legge (cfr. T.A.R. per la Lombardia – sede di Milano, Sez. II, 18 dicembre 2019, n. 2693).

19. Le spese di lite della presente controversia possono essere eccezionalmente compensate ai sensi degli articolo 26 del codice del processo amministrativo e 92 del codice di procedura civile, come risultante dalla sentenza della Corte Costituzionale, 19 aprile 2018, n. 77 che dichiara l’illegittimità costituzionale di quest’ultima disposizione nella parte in cui non prevede che il giudice possa compensare le spese tra le parti, parzialmente o per intero, anche qualora sussistano altre analoghe gravi ed eccezionali ragioni, da individuarsi nella complessità delle questioni esaminate e nella soluzione officiosa della questione relativa alla idoneità della procura alle liti dei difensori di parte ricorrente.

20. Va, invece, posto a carico di Aria s.p.a. il rimborso del contributo unificato *ex* articolo 13, comma 6, del D.P.R. n. 115 del 2002.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto,

a) accoglie il ricorso nei sensi di cui in motivazione e, per l’effetto, annulla *in parte qua* gli atti impugnati;

b) compensa le spese di lite;

c) pone a carico di Aria s.p.a il rimborso del contributo unificato *ex* articolo 13, comma 6, del D.P.R. n. 115 del 2002.

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

Così deciso in Milano nella camera di consiglio del giorno 12 maggio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Antonio De Vita, Consigliere

Lorenzo Cordi', Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Lorenzo Cordi'

IL PRESIDENTE
Italo Caso

IL SEGRETARIO