

**APPALTI - ESCLUSIONE - IMPRESE COLLEGATE - UNICO CENTRO DECISIONALE -
INSUSSISTENZA - ILLEGITTIMA**

È illegittima l'esclusione dalla gara di due concorrenti qualora, sulla base di una "relazione di fatto" indiretta tra la società controllante dell'una e la società controllata dell'altra, intercorrano tra i medesimi relazioni negoziali inidonee in concreto ad alterare il libero gioco della concorrenza, mantenendo ciascuna impresa la propria indipendenza dal punto di vista strutturale e funzionale.

Consiglio di Stato, Sez. V, sentenza n. 69/2019

Pubblicato il 03/01/2019

N. 00069/2019REG.PROV.COLL.

N. 00236/2018 REG.RIC.

N. 00622/2018 REG.RIC.



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)

ha pronunciato la presente
SENTENZA

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 236 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da Tonali Engineering & Service s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Tiziano Ugoccioni, Joseph Brigandì e Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

contro

Poste Italiane s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Piazza e Luciano Martucci, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angelo Piazza in Roma, piazza di San Bernardo, 101;

nei confronti

I&SI - Ingegneria & Software Industriale s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfredo Contieri, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via R. De Cesare, 7;

sul ricorso in appello iscritto al numero di registro generale 622 del 2018, proposto da
Tonali Engineering & Service s.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Tiziano Ugoccioni, Joseph Brigandì e Andrea Manzi, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Andrea Manzi in Roma, via Federico Confalonieri, 5;

contro

Poste Italiane s.p.a, in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dagli avvocati Angelo Piazza e Luciano Martucci, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Angelo Piazza in Roma, piazza di San Bernardo, 101;

nei confronti

I&SI - Ingegneria & Software Industriale s.p.a., in persona del legale rappresentante, rappresentata e difesa dall'avvocato Alfredo Contieri, con domicilio digitale come da PEC tratta dai Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Alfredo Contieri in Napoli, via R. De Cesare, 7;

per la riforma

quanto al ricorso n. 236 del 2018:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per Il Lazio (sezione Terza) n. 10763/2017, resa tra le parti

quanto al ricorso n. 622 del 2018:

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale Per Il Lazio (sezione Terza) n. 10921/2017, resa tra le parti

Visti i ricorsi in appello, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Poste Italiane s.p.a. e di I&SI - Ingegneria & Software Industriale s.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2018 il Cons. Federico Di Matteo e uditi per le parti gli avvocati Tonelli su delega di Andrea Manzi, Terracciano per Angelo Piazza, Soprano su delega di Alfredo Contieri;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con bando pubblicato il 21 ottobre 2016 Poste Italiane s.p.a. ha indetto una procedura di gara per *“l’affidamento del servizio di manutenzione tecnologica di bussole e sistemi di apertura per gli Uffici postali dislocati su tutto il territorio nazionale e suddiviso in tre lotti”* per l’importo complessivo di € 29.631.117,32 da aggiudicarsi con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

2. Per il lotto n. 1 (aree immobiliari Lombardia, Nord, Est e Nord Ovest) presentavano offerta cinque imprese, tra le quali Tonalì Engineering & Service s.r.l., in breve Tonalì E.S. s.r.l. e Ingegneria & Software industriale s.p.a., in breve I&SI s.p.a.

2.1. Nella seduta del 22 novembre 2016 la commissione giudicatrice rilevava irregolarità nella documentazione amministrativa presentata dalla I&SI s.p.a. e richiedeva, pertanto, chiarimenti sull’oggetto, l’importo, la durata e i destinatari dei contratti indicati per comprovare il possesso del fatturato specifico nonché sui quattro contratti di avvalimento prodotti.

2.2. I chiarimenti erano resi il 2 dicembre 2016, ma non venivano considerati sufficienti dalla commissione che, il 7 dicembre 2016, richiedeva nuovamente di specificare l’elenco dei contratti indicati per comprovare il fatturato specifico, con la precisazione di quelli svolti in proprio e dalle ausiliarie (per questi ultimi con l’indicazione di destinatari, importi, oggetti e durata).

2.3. Alla dichiarazione depositata da I&SI s.p.a. seguiva una ulteriore richiesta di chiarimenti da parte della stazione appaltante che domandava

di indicare tutti i contratti, propri e delle imprese ausiliarie, con la specificazione dei relativi importi, che risultassero coerenti con quanto indicati nei singoli contratti di avvalimento.

2.4. Infine, I&SI s.p.a. trasmetteva una ulteriore dichiarazione, con annessa tabella riepilogativa dei contratti svolti in proprio e dalle ausiliarie, ritenuta soddisfacente dalla commissione giudicatrice, che ammetteva, infine, l'impresa alla gara.

3. Aperte le buste contenenti le offerte tecniche ed economiche, ed assegnati i relativi punteggi, I&SI s.p.a. risultava prima graduata per il lotto n. 1, con 99,50 punti e Tonali E.S. s.r.l. seconda, con 98,49 punti.

3.1. L'offerta di I&SI s.p.a. era sottoposta a verifica di anomalia; ritenute idonee le giustificazioni fornite dall'impresa, la commissione il 13 gennaio 2017 proponeva di aggiudicarle il lotto n. 1, condizionatamente alla verifica delle dichiarazioni rese in sede di offerta e alla presentazione della documentazione necessaria alla stipula del contratto.

3.2. Con provvedimento dell'8 febbraio 2017 il contratto era definitivamente aggiudicato a I&SI s.p.a.

4. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (che assumeva il numero di Rg. 2511/2017) Tonali E.S. s.r.l. impugnava il provvedimento di aggiudicazione a I&SI s.p.a. sulla base di quattro motivi; si costituiva in giudizio Poste Italiane s.p.a. che, prima della discussione dell'istanza cautelare proposta, depositava provvedimento del 21 aprile 2017 di esclusione di I&SI s.p.a. dalla procedura di gara. La ricorrente, allora, rinunciava all'istanza cautelare. In giudizio si costituiva

anche I&SI s.p.a. che spiegava ricorso incidentale con il quale impugnava il provvedimento di ammissione di Tonali E.S. s.r.l. alla procedura di gara.

5. Con ricorso al Tribunale amministrativo regionale (che assumeva il numero di Rg. 4663/2017) I&SI s.p.a. impugnava il provvedimento di esclusione dalla procedura. Si costituivano nel giudizio Poste Italiane s.p.a. e Tonali E.S. s.r.l., la quale proponeva ricorso incidentale indicando ragioni di esclusione dell'aggiudicataria diverse da quelle individuate dalla commissione giudicatrice.

6. I giudizi erano conclusi da distinte sentenze: il primo, dalla sentenza sez. III, 31 ottobre 2017 n. 10921, di accoglimento del ricorso incidentale proposto da I&SI s.p.a. e conseguente pronuncia di esclusione di Tonali E.S. s.r.l. dalla procedura di gara; il secondo, dalla sentenza sez. III, 27 ottobre 2017, n. 10763, di accoglimento del ricorso e conseguente annullamento del provvedimento di esclusione di I&SI s.p.a. dalla procedura di gara; respinto il ricorso incidentale.

7. Tonali E.S. s.r.l. ha impugnato le due sentenze con distinti appelli. Con il primo appello (che ha assunto il numero di Rg. 236/2018) è stata impugnata la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 10763/2017; nel giudizio si sono costituite Poste Italiane s.p.a. e I&SI s.p.a.; le parti hanno presentato memorie ex art. 73 Cod. proc. amm. cui sono seguite rituali repliche. Tonali E.S. s.r.l. ha proposto anche motivi aggiunti.

8. Con il secondo appello (che ha assunto il numero di Rg. 622/2018) è stata impugnata la sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 10921/2017; nel giudizio si sono costituite Poste Italiane s.p.a. e I&SI s.p.a.; le parti hanno presentato memorie ex art. 73 Cod. proc. amm. cui sono seguite rituali repliche. Tonali E.S. s.r.l. ha proposto anche motivi aggiunti.

9. All'udienza pubblica del 5 luglio 2018 fissata per la discussione del merito, le cause sono state rinviate ad altra udienza su concorde richiesta delle parti; all'udienza pubblica del 29 novembre 2018, dopo rituale deposito di memorie e repliche, entrambe le cause sono state trattenute in decisione.

DIRITTO

1. Preliminarmente, va disposta la riunione degli appelli proposti da Tonali E.S. s.r.l. avverso le due sentenze del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio (la sentenza 10763/2017 e la sentenza 10921/2017) per ragioni di connessione soggettiva, i giudizi avendo ad oggetto le medesime parti, ed oggettiva, in quanto pronunciate in relazione alla medesima procedura di gara.

2. L'appello proposto da Tonali E.S. s.r.l. avverso la sentenza (n. 10921/2017) che ha disposto la sua esclusione dalla procedura di gara assume carattere pregiudiziale rispetto all'appello proposto avverso la sentenza (n. 10763/2017) che ha annullato l'esclusione di I&SI s.p.a. dalla procedura: dipende dall'esito del primo, infatti, la legittimazione di

Tonali E.S. s.r.l. a proporre il secondo e, dunque, a contestare la riammissione in gara di I&SI s.p.a. e la conseguente aggiudicazione.

2.1. La giurisprudenza amministrativa è costante nel senso che l'operatore economico che abbia partecipato alla procedura di gara e che ne sia stato escluso con provvedimento divenuto inoppugnabile, perché non impugnato ovvero perché la relativa impugnazione è stata definitivamente respinta in sede giudiziaria, non è legittimato ad impugnare gli ulteriori atti della procedura, ivi compreso il provvedimento di aggiudicazione ad altro operatore (cfr. Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2018, n. 5958 ed i richiami ivi contenuti, anche alla giurisprudenza euro-unitaria al punto 4.1).

3. La sentenza n. 10921 del 2017, in accoglimento del ricorso incidentale di I&SI s.p.a., ha annullato il provvedimento di ammissione di Tonali E.S. s.r.l. alla procedura di gara.

3.1. Il giudice di primo grado ha riconosciuto la violazione dell'art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per aver la stazione appaltante ammesso Tonali E.S. s.r.l. a partecipare alla procedura nonostante la presenza di una serie di indici presuntivi indicativi di un unico centro decisionale con altra partecipante, la Cometa s.p.a. mandataria del R.t.i. - raggruppamento temporaneo di imprese con la Sigma s.p.a.

3.2. In particolare, gli indici presuntivi sono stati individuati nell'esistenza di rapporti negoziali tra la controllante di Tonali E.S. s.r.l., Tonali Holding s.p.a., e la controllata di Cometa s.p.a., la Cometa Group s.r.l.: la

SAS security system, società controllata da Tonali Holding s.p.a., infatti, aveva stipulato, il 21 gennaio 2015, con la Cometa Group s.r.l. un contratto di affitto del ramo di azienda relativo alla mecatronica e tra Tonali Holding s.p.a. e Cometa Group s.r.l. era stato stipulato un contratto di licenza per l'uso del marchio "Tonali", concesso in esclusiva per la commercializzazione dei soli prodotti oggetto dell'attività del ramo di azienda ceduto (nonché il diritto di utilizzo del sito internet www.tonali.it) nonché un contratto di locazione. L'intreccio era, inoltre, confermato dalla coincidenza delle sedi legali e operative delle due società.

3.3. In conclusione, si legge nella sentenza impugnata, le *“su descritte relazioni tra le società citate costituiscono un quadro presuntivo dal carattere grave, preciso e concordante, che la stazione appaltante avrebbe dovuto tenere nella debita considerazione e che, per la sua attitudine a falsare il gioco concorrenziale, avrebbe dovuto comportare l'esclusione di Tonali e Cometa dalla gara”*.

4. Con specifico motivo di appello Tonali E.S. s.r.l. contesta la sentenza per *“Error in iudicando: errata pronuncia in relazione al ricorso incidentale di I&SI, carente e/o apparente motivazione, violazione dell'art. 80, co. 5, lett. m) d.lgs. 50/2016. Travisamento dei fatti.”*

Sostiene l'appellante che il giudice di primo grado avrebbe erroneamente ritenuto l'esistenza di un unico centro decisionale con la concorrente (mandataria di R.t.i.) Cometa s.p.a., benchè: a) i rapporti negoziali richiamati in sentenza quali indici presuntivi dell'esistenza della cointeressenza tra le società fossero, in realtà, intervenuti tra soggetti

completamente distinti e, cioè, la SAS Sicurity System s.p.a. e la Cometa Group s.r.l.; b) alcun intreccio societario vi fosse tra Tonali E.S. s.r.l. e Cometa Group s.r.l., considerato che la prima è controllata da Tonali Holding s.r.l. e la seconda è controllata da Cometa s.p.a.; c) i rapporti negoziali si riferissero ad attività distinte da quelle oggetto del contratto di appalto da affidare poiché il contratto di licenza di uso del marchio “Tonali” aveva ad oggetto la commercializzazione in esclusiva di bussole e varchi elettronici, vale a dire proprio quei prodotti (che sarebbero stati) realizzati nel ramo di azienda acquisito in affitto da Cometa Group s.r.l.

5. Il motivo di appello è fondato e va accolto.

5.1. L’art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 dispone l’esclusione dalla procedura di gara dell’operatore che *“si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all’articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”*.

La disposizione riproduce la formulazione dell’art. 38, comma 1, lett. m-quater) d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ed è l’esito di una evoluzione, anche giurisprudenziale, alla quale ha fornito apporto decisivo la Corte di Giustizia dell’Unione europea.

5.2. Con la sentenza 19 maggio 2009 pronunciata nella causa C-538/07 Assitur s.r.l. la Corte di Giustizia della Comunità europea ha stabilito che *“Il diritto comunitario osta ad una disposizione nazionale che, pur perseguendo gli obiettivi legittimi di parità di trattamento degli offerenti e di trasparenza nell’ambito*

delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici, stabilisca un divieto assoluto, a carico di imprese tra le quali sussista un rapporto di controllo o che siano tra loro collegate, di partecipare in modo simultaneo e concorrente ad una medesima gara d'appalto, senza lasciare loro la possibilità di dimostrare che il rapporto suddetto non ha influito sul loro rispettivo comportamento nell'ambito di tale gara.”

La sentenza della Corte aveva ad oggetto l'art. 34, ultimo comma, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (che, a sua volta, riproduceva l'art. 10, comma 1-bis, l. 11 febbraio 1994, n. 109); da quel momento, comunque, la normativa nazionale (riformulata nei termini riprodotti) è stata letta nel senso che una situazione di controllo tra le imprese partecipanti alla procedura, sia esso di tipo formale ovvero di tipo sostanziale, può condurre all'esclusione dalla procedura non in via automatica ma solo se è accertato, anche in via presuntiva, che le offerte, per essere imputabili ad un “unico centro decisionale”, siano state reciprocamente influenzate.

5.3. La giurisprudenza nazionale si è, così, concentrata sulla verifica degli indici presuntivi che consentono di ritenere che le due offerte provengano da un “unico centro decisionale” (tra le varie: quanto alla comunanza dell'organo di vertice tra le due imprese Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6010, III, 10 maggio 2017, n. 2173; in caso di pressoché integrale identità delle migliori proposte, Cons. Stato, sez. V, 1 agosto 2015, n. 3768; in caso di coincidenza del giorno di spedizione del plico contenente l'offerta dal medesimo ufficio postale con le medesime modalità, Cons. Stato, sez. II, 29 maggio 2014, n. 440; esclude, invece, l'unico centro decisionale, Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2018, n.

58 in caso in cui il sito web di un concorrente abbia un collegamento ipertestuale al sito web di altro concorrente).

5.4. In ogni caso, come chiarito da Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2017, n. 39 (citata dalla stessa sentenza impugnata) l'accertamento della causa di esclusione in esame passa attraverso un preciso sviluppo istruttorio: a) la verifica della sussistenza di situazione di controllo sostanziale ai sensi dell'art. 2359 Cod. civ.; b) esclusa tale forma di controllo, la verifica dell'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte; c) ove tale relazione sia accertata, la verifica dell'esistenza di un "unico centro decisionale" da effettuare *ab externo* e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale.

5.5. Il giudice di primo grado, nella verifica richiesta dalla controinteressata, si è attenuta a tale sequenza d'indagine, ma è giunto ad una conclusione che il Collegio non condivide: gli indici presuntivi richiamati non permettono di affermare l'esistenza di un "unico centro decisionale" tra gli operatori economici concorrenti.

5.5.1. In primo luogo, occorre considerare che, esclusa la situazione di controllo dell'art. 2359 Cod. civ. "*Società controllate e società collegate*", la "*relazione di fatto*" tra le imprese concorrenti è stata individuata

nell'esistenza di rapporti negoziali non tra loro, ma tra la controllante di una e la controllata di altra, vale a dire, per la Tonali E.S. s.r.l., la controllante Tonali Holding s.r.l. (ed, invero, neppure tra questa direttamente, ma per questa, tra una sua controllata la SAS Security System s.p.a.) e per la Cometa s.p.a., la Cometa Group s.r.l. sua controllata; già, per questo, l'accertamento dovrebbe, a rigore, interrompersi: la relazione di fatto tra le imprese concorrenti non è diretta e immediata, ma indiretta e mediata da altre società.

5.5.2. In ogni caso, anche a voler superare tale profilo, e ad ammettere, comunque, l'esistenza di una relazione di fatto tra le concorrenti che possa indurre al condizionamento tra le offerte, in concreto, ritiene il Collegio che sia da escludere l'esistenza di un "unico centro decisionale" cui imputare la contestuale ed interdipendente formulazione delle offerte presentate nella procedura in esame.

5.5.3. Come in precedenza esposto il giudice di primo grado ha richiamato quale indice presuntivo le relazioni contrattuali intervenute tra la Tonali Holding s.p.a. e la Cometa Group s.r.l.; invero, l'analisi dell'oggetto dei contratti porta a ritenerli, come esposto dall'odierno appellante, attuazione di una precisa strategia imprenditoriale di dismissione, anche solo temporanea, da parte del gruppo Tonali dell'attività di produzione di bussole e varchi (probabilmente per la situazione di crisi che ha interessato la SAS Security System s.p.a. come dimostrato dall'ammissione al concordatopreventivo), trasferita al

gruppo Cometa, allo scopo di mantenere la sola attività di messa in opera e manutenzione dei suddetti prodotti.

5.5.4. Tale finalità emerge dal collegamento tra i vari contratti: con il contratto del 21 gennaio 2015 è stato concesso in affitto il ramo di azienda relativo alla meccatronica (vale a dire la produzione e vendita di bussole e tornelli) e, successivamente, con il contratto di licenza per l'uso esclusivo del marchio "Tonali" e del sito internet www.tonali.it è stato consentito al gruppo Cometa di commercializzare i prodotti utilizzando il vecchio marchio, così da garantire il mantenimento della posizione di mercato conseguita dalla dante causa. Infine, è intervenuto il contratto di locazione avente ad oggetto gli spazi, di proprietà di Tonali, in cui erano collocati i macchinari necessari alla produzione di bussole e tornelli. L'utilizzo di locali, di proprietà della Tonali Holding s.r.l., giustifica anche in loco la collocazione delle sede legale ed operativa di Cometa Group s.r.l..

All'esito di tale operazione economica, allora, i due gruppi – e di certo le due società che hanno partecipato alla procedura di gara – hanno mantenuto la propria indipendenza strutturale, poiché riconducibili a gruppi societari diversi e governati da vertici amministrativi distinti, ma anche la propria indipendenza funzionale, per la diversità e la varietà delle attività svolte, che, in ultima analisi, comporta interessi imprenditoriali non convergenti.

5.6. In conclusione, gli elementi di fatto, richiamati dal giudice di primo grado, non appaiono univoci nel senso dell'esistenza di un unico centro

decisionale ed, anzi, si prestano a letture alternative che appaiono di maggior consistenza presuntiva rispetto a quella proposta nella sentenza impugnata (ed, in tal caso, va esclusa l'applicazione della causa di esclusione, cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 gennaio 2018, n. 58).

5.7. Peraltro, a voler diversamente opinare e seguire, così, il ragionamento del giudice di primo grado, si giungerebbe al paradosso di riconoscere l'esistenza di un unico centro decisionale per il solo fatto che due imprese partecipanti alla procedura abbiano intrattenuto tra loro rapporti negoziali, i quali, invece, devono ritenersi più frequenti ed, anzi del tutto normali, tra imprese che svolgono attività nel medesimo settore imprenditoriale.

6. Riconosciuta la legittimità della partecipazione di Tonalì E.S. s.r.l. alla procedura di gara sussiste anche, per le ragioni già in precedenza esposte, la corrispondente legittimazione ad impugnare l'aggiudicazione alla I&SI s.p.a.; i relativi motivi, non esaminati dal giudice di primo grado, che aveva ritenuto doversi escludere l'appellante dalla procedura, sono stati ivi riproposti ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm.; il loro esame, tuttavia, deve essere preceduto dall'esame dei motivi di appello proposti avverso la sentenza n. 10763 del 2017 di annullamento del provvedimento di esclusione di I&SI s.p.a.: se accolto l'appello e confermata l'esclusione di I&SI s.p.a., i motivi di contestazione della legittimità dell'aggiudicazione resterebbero necessariamente assorbiti.

6.1. I&SI s.p.a., nella memoria di costituzione in giudizio, ha eccepito, preliminarmente, l'inammissibilità e irricevibilità dell'appello per carenza

di interesse dell'appallante, per essere stata esclusa dalla procedura in forza della sentenza n. 10921 del 2017. Come testè chiarito, all'accoglimento del motivo di appello proposto da Tonalì E.S. s.r.l. nei confronti della predetta sentenza consegue la sua legittimazione ad impugnare gli atti della procedura di gara; l'eccezione va, dunque, respinta.

7. Con il primo motivo di appello Tonalì E.S. s.r.l. censura la sentenza di primo grado per *“Error in iudicando in relazione al I motivo di ricorso incidentale: violazione degli artt. 3 e 97 Costituzione, 63 direttiva 24/2014/UE, 80, 83 e 89, co. 3, D.Lgs. n. 50/2016, dell’art. III del bando di gara, dell’art. 2.1. del Capitolato speciale d’oneri e dei chiarimenti diramati da Poste italiane, Travisamento dei fatti e dei documenti di causa”*.

Assume l'appellante di aver contestato l'ammissione di I&SI s.p.a. alla procedura di gara per aver presentato, a comprova del fatturato specifico richiesto dal bando di gara – maturato, cioè, nello svolgimento di *“servizi di manutenzione ed assistenza tecnologica di bussole antirapina multitransito, porte d'ingresso ad anta scorrevole, bussole biometrica caveau con riconoscimento biometrico”* (all'art. III. 1.2. lettere c) e d) nonché all'art. 2.1. del Capitolato speciale d'oneri) – contratti aventi ad oggetto la distinta attività di installazione dei sistemi di sicurezza.

Si duole, in particolare, l'appellante che il giudice di primo grado le abbia imputato di non aver fornito prova di quanto sostenuto, laddove, invece, era sufficiente la lettura della dichiarazione resa dalla stessa I&SI s.p.a. il 13 dicembre 2016, a definitivo chiarimento dei contratti indicati a

comprova del fatturato specifico, a dar prova di quanto sostenuto, visto che, all'oggetto dei contratti, risultava quale attività principale quella di "realizzazione" e di "installazione" dei sistemi di sicurezza.

8. Il motivo è infondato e va respinto per le ragioni che seguono.

8.1. L'art. III.1.2. del bando di gara richiedeva a dimostrazione del requisito di capacità economica e finanziaria un *"fatturato specifico relativo ad attività riguardanti l'oggetto di gara, realizzato negli ultimi 3 esercizi di bilancio approvati alla data di scadenza della presentazione della domanda di partecipazione/offerta, riguardante servizi di manutenzione ed assistenza tecnologica di bussole antirapina multitransito, porte di ingresso ad anta scorrevole, bussole biometrica caveau con riconoscimento biometrico, come meglio specificato nel Capitolato speciale d'Oneri – Parte P"*. Il Capitolato speciale, al punto 2.1., si limitava a richiamare il bando, solo precisando l'entità del fatturato richiesto. Era richiesto, inoltre, ai concorrenti di corredare la domanda di partecipazione di un elenco di tutti i servizi *"che concorrono a formare almeno l'80% del fatturato specifico ... con l'indicazione per ciascuno del committente, del periodo di riferimento, della durata complessiva, dell'importo complessivo e del relativo importo annuo, dell'oggetto del servizio (descritto, pur sinteticamente, con sufficiente chiarezza)"*. Nulla era aggiunto a tali prescrizioni dai chiarimenti resi da Poste italiane s.p.a.

8.2. A seguito di diverse richieste di chiarimenti della commissione giudicatrice, I&SI s.p.a. produceva la dichiarazione del 13 dicembre 2016 contenente un riepilogo del fatturato derivante dai contratti stipulati nel triennio precedente, con specificazione del relativo oggetto. I contratti

erano stati stipulati dalla stessa aggiudicataria e, per la maggior parte, da altre quattro società delle quali si era avvalsa per l'acquisizione del requisito necessario alla partecipazione alla procedura.

8.3. Come già rilevato dal giudice di primo grado, per gran parte dei contratti citati, nell'esposizione dell'oggetto è fatto specifico riferimento all'attività di "manutenzione" degli impianti di sicurezza (in alcuni casi espressamente definiti, quali, per citarne alcuni, bussole antirapina, bussole di porte motorizzate e sistemi biometrici, in altri genericamente indicati). Detta attività corrisponde a quella oggetto del bando di gara e concorre, senza meno, alla realizzazione del fatturato specifico richiesto, per essere un "servizio identico" (sulla distinzione tra servizi identici e servizi analoghi, cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 23 agosto 2018, n. 5040; V, 31 maggio 2018, n. 3267).

8.4. Per taluni contratti di Tecniaalarm s.r.l. l'oggetto, invece, è indicato nella sola attività di "installazione di apparecchiature"; tale circostanza, tuttavia, non incide sulla prova del fatturato specifico dell'aggiudicataria innanzitutto, in quanto i contratti sono di valore limitato rispetto al fatturato complessivamente prodotto (essendo pari ad € 174.514,00 sul complessivo fatturato dimostrato di € 4.359.095,69) e, dunque, non influente sulla percentuale (80% del fatturato specifico) richiesta dal bando.

8.5. Alla precedente considerazioni si aggiunga, a definitiva ragione di reiezione del motivo di appello, che secondo la giurisprudenza amministrativa, nel caso in cui il bando di gara imponga il possesso del

requisito del fatturato specifico relativo a precedenti servizi svolti ed inerenti l'oggetto dell'appalto, le precedenti esperienze, se non identiche a quelle oggetto dell'appalto, devono essere, pur sempre, collegate secondo un criterio di analogia o inerenza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 settembre 2015, n. 4425; V, 23 marzo 2015, n. 1568; V, 5 settembre 2014, n. 4529).

L'attività di "installazione", a parere del Collegio, ben può essere considerata quale "servizio collegato o inerente" a quello della manutenzione poiché, di regola, richiede il possesso delle medesime competenze tecniche – professionali; né può sostenersi, come fa l'appellante, che l'installazione ha ad oggetto solo i prodotti che l'installatore fornisce al cliente, e la manutenzione, invece, tutti prodotti quale ne sia il fornitore, per essere l'argomento reversibile: ammessa la necessaria specializzazione nella conoscenza di un dato prodotto, essa andrebbe richiesta anche all'operatore che svolge l'attività di manutenzione (nella manutenzione, appunto, di un singolo prodotto). Tuttavia, tale livello di specializzazione non si ricava dal bando di gara che ha ad oggetto, in generale, l'attività di manutenzione dei sistemi di sicurezza senza che sia specificato la tipologia o il fornitore.

9. Come anticipato nella parte in fatto Tonali E.S. s.r.l. ha proposto motivi aggiunti in appello con atto del 3 settembre 2018, con i quali ha domandato l'annullamento *“della nota in data 28 marzo 2017, del verbale 27 marzo 2017, n. 12, della nota in data 15 marzo 2017, nonché del verbale n. 16 del*

12/12/2017' che ha dichiarato di aver conosciuto solamente il 3 luglio 2018 a seguito di accesso agli atti della procedura.

9.1. A prescindere dall'elenco degli atti impugnati contenuto nell'epigrafe dei motivi aggiunti, Tonali E.S. s.r.l. ha inteso rivolgere le sue censure avverso il verbale della commissione giudicatrice del 12 dicembre 2017 n. 16, che, sua espressa ammissione, costituisce l'unico atto della procedura intervenuto successivamente alla sentenza di primo grado.

Tonali E.S. s.r.l. si duole, in particolare, del fatto che, successivamente alla sentenza di primo grado n. 10921 del 2017, che aveva annullato l'esclusione di I&SI s.p.a., la commissione giudicatrice si era riunita e, senza compiere una ulteriore verifica sulla idoneità dei contratti di Axitea s.p.a. ad integrare il requisito del fatturato specifico richiesto per la partecipazione alla procedura di gara, aveva proceduto a proporre l'aggiudicazione a I&SI s.p.a., con conseguente stipulazione del contratto di appalto. In sostanza, a parere dell'appellante, la commissione era incorsa in una palese omissione per non aver esaminato i contratti di Axitea s.p.a.

9.2. Nello stesso atto per motivi aggiunti, inoltre, sono riprese argomentazioni rivolte a dimostrare che i servizi dichiarati dalle imprese ausiliarie non potevano essere considerati attinenti all'attività di manutenzione di sistemi di sicurezza.

10. I motivi aggiunti sono inammissibili.

10.1. L'art. 104, comma 3, Cod. proc. amm. consente la proposizione di motivi aggiunti in appello *“qualora la parte venga a conoscenza di documenti non*

prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado da cui emergano vizi degli atti o dei provvedimenti impugnati”; nel giudizio di appello è così consentita la proposizione dei soli motivi aggiunti c.d. propri, vale a dire dei motivi aggiunti con i quali sono rilevati ulteriori vizi (e, dunque, aggiunti ulteriori motivi di illegittimità) a sostegno della domanda di annullamento dei provvedimenti o degli atti già impugnati, e non anche i motivi aggiunti c.d. impropri con i quali sono proposte nuove domande connesse a quelle già proposte (*ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2018, n. 5271; V, 6 luglio 2018, n. 4145; V, 2 luglio 2018, n. 4036; IV, 17 aprile 2018, n. 2280).

10.2. Ritiene il Collegio che, con l’atto per motivi aggiunti in questa sede di appello, Tonali E.S. s.r.l. abbia proposto motivi aggiunti c.d. impropri per aver introdotto una domanda di annullamento avente ad oggetto un atto sopravvenuto alla sentenza di primo grado che contiene una nuova decisione imputabile alla stazione appaltante.

10.3. Con il verbale del 12 dicembre 2017, infatti, la commissione giudicatrice, preso atto dell’esito dei giudizi svoltisi dinanzi al Tribunale amministrativo regionale per il Lazio, ed esaminata la documentazione presentata dal I&SI s.p.a. (come esplicitamente dichiarato in detto verbale) l’ha valutata conforme a quanto richiesto dal bando, aprendo, in questo modo, la strada alla decisione di procedere all’aggiudicazione del contratto, che, in effetti, è stato stipulato.

10.4. Si è in presenza, dunque, di una nuova decisione della stazione appaltante che, impugnata dinanzi a questo giudice d’appello, con

esplicita richiesta di annullamento, determina un inammissibile ampliamento del *petitum*, poiché è richiesto di annullare atti che, per essere sopravvenuti al giudizio di primo grado, non sono mai stati oggetto di ricorso dinanzi al Tribunale amministrativo regionale; consentirlo significherebbe consentire l'elusione di un grado di giudizio in palese contrasto con il dato normativo.

10.5. Da ultimo, vanno considerate inammissibili anche le ulteriori argomentazioni rivolte a sostenere l'inidoneità dei singoli contratti stipulate dalle ausiliarie di I&SI s.p.a. per aver ad oggetto servizi diversi da quelli di manutenzione poiché rivolte ad integrare il contenuto dell'atto di appello, oltre il termine di legge.

11. Con il secondo motivo di appello Tonali E.S. s.r.l. censura la sentenza di primo grado per “*Violazione degli artt. 3 e 97 Costituzione, 63 Direttiva 242014/CE, 80, 83 e 89, co. 3, d.lgs. n. 50/2016, dell’art. III.1.2. del bando di gara, dell’art. 2.1. del Capitolato speciale d’oneri e dei chiarimenti diramati da Poste Italiane. Questione di legittimità costituzionale dell’art. 89, co. 3, d.lgs. n. 50/2016 in relazione agli artt. 3, 76 e 77 Costituzione. Questione di interpretazione pregiudiziale dell’art. 63 direttiva 24/2014/UE*”.

11.1. Nel suo secondo motivo di ricorso incidentale Tonali E.S. s.r.l. contestava a Poste Italiane s.p.a. di aver consentito a I&SI s.p.a. la sostituzione della Erpal s.r.l., una delle quattro società ausiliarie, con la Axitea s.p.a., in violazione dell’art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2018, n. 50 che, a suo dire, limiterebbe la sostituzione dell’ausiliaria al solo caso di sopravvenuta (rispetto al momento di conclusione del contratto di

avvalimento) perdita del requisito da parte dell'ausiliaria e non anche nel caso di assenza iniziale dello stesso.

Siccome Erpal s.r.l. non aveva mai posseduto il fatturato specifico messo a disposizione di I&SI s.p.a. per la partecipazione alla procedura, Poste italiane s.p.a. non avrebbe dovuto consentirne la sostituzione, ma disporre direttamente l'esclusione della concorrente (per aver falsamente dichiarato il possesso di un requisito in realtà non posseduto).

11.2. Lamentava, inoltre, Tonalì E.S. s.r.l. che Poste italiane s.p.a. non aveva posto un limite temporale all'esercizio della facoltà di sostituzione dell'ausiliaria, in contrasto con l'esigenza di garantire l'efficienza e la speditezza dell'azione amministrativa, nonché con i principi della par condicio e della massima partecipazione alla procedura di gara.

11.3. Il giudice di primo grado ha ritenuto, invece, che Poste italiane s.p.a. abbia fatto corretta applicazione dell'art. 89, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, che, in attuazione dell'art. 63 della direttiva europea n. 24 del 2014, onera la stazione appaltante della verifica del possesso dei requisiti in capo all'ausiliaria e, ove ne sia accertata la mancanza, di imporne la sostituzione.

11.4. Nel motivo di appello Tonalì E.S. s.r.l. giudica la decisione del primo giudice “*frettolosa*” ed “*errata in diritto*” e ripropone le tesi come in precedenza esposte. Sollecita, inoltre, qualora non sia reputata fondata la sua interpretazione dell'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 di rimettere la questione alla Corte costituzionale.

12. Il motivo è infondato e va respinto; la motivazione della sentenza di primo grado va integrata con le considerazioni che seguono.

12.1. In fatto rilevano le seguenti circostanze:

a) per conseguire il requisito del fatturato specifico richiesto dal bando di gara (come integrato dal Capitolato speciale d'oneri) I&SI s.p.a. stipulava quattro contratti di avvalimento, con Erpal s.r.l., Techna Italia s.r.l., Tecnialarm s.r.l. e Tecnoline s.r.l.;

b) con nota del 28 febbraio 2017 Poste italiane s.p.a. richiedeva alla concorrente di dimostrare la coincidenza tra l'oggetto dei contratti come descritto in sede di istanza di partecipazione e l'oggetto dei contratti trasmessi a comprova del requisito del fatturato specifico, precisando che dall'analisi condotta sui contratti di Erpal s.r.l. tale coincidenza risultava assente in tutti i casi;

c) ricevuti i chiarimenti richiesti, con verbale del 27 marzo 2017 la commissione esaminatrice definiva il fatturato dell'impresa ausiliaria Erpal s.r.l. non attinente ai servizi di manutenzione previsti dal bando, ma ad appalti di lavori e di fornitura con posa in opera e richiedeva alla concorrente di procedere alla sostituzione dell'ausiliaria, dando termine per trasmettere il (nuovo) contratto di avvalimento e la documentazione attinente alla (nuova) ausiliaria;

d) I&SI s.p.a. procedeva alla sostituzione di Erpal s.r.l. con Axitea s.p.a. e trasmetteva, nel termine indicato dalla stazione appaltante, la documentazione richiesta.

12.2. Come anticipato, Tonalì E.S. s.r.l. ripropone, anche nel presente grado del giudizio, la tesi per cui l'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, nella parte in cui dispone che la stazione appaltante *“imponesse all'operatore economico di sostituire le ausiliarie che non soddisfano un pertinente criterio di selezione o per i quali sussistono motivi obbligatori di esclusione”* va letto nel senso che la sostituzione è consentita solo se il requisito, inizialmente posseduto dall'ausiliaria, sia successivamente venuto meno (o si sia ridotto); Poste italiane s.p.a., pertanto, non poteva imporre la sostituzione di Erpal s.r.l., ma doveva, senz'altro, procedere all'esclusione di I&SI s.p.a.

12.3. Il Collegio non condivide l'interpretazione proposta: essa introduce una distinzione casistica estranea alla lettera della norma; il legislatore, infatti, non ha distinto il caso in cui l'ausiliaria, in possesso del requisito di partecipazione (messo a disposizione dell'operatore concorrente) al momento della stipulazione del contratto di avvalimento, lo abbia perduto – nel quale la sostituzione sarebbe consentita – da quello in cui il requisito non è mai stato posseduto – in cui, invece, la sostituzione sarebbe preclusa – ma ha ammesso la sostituzione dell'ausiliaria in assenza del requisito (ovvero di ricorrenza di una causa obbligatoria di esclusione), quale che sia il momento cui essa risale.

12.4. La distinzione proposta dall'appellante non trova aggancio neppure nell'art. 63, comma 1, Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sugli appalti pubblici 26/02/2014 n. 2014/24/UE del quale l'art. 89, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, riproduce quasi alla lettera il testo.

Ciò vale ad escludere ogni necessità di rinvio alla Corte di Giustizia dell'Unione europea, pure sollecitato dall'appellante, al fine di verificare la conformità della norma nazionale alla disposizione europea.

12.5. L'interpretazione proposta dall'appellante, inoltre, contrasta con la *ratio* della norma che risponde all'esigenza di evitare l'esclusione dell'operatore economico per cause a lui non direttamente riconducibili e, in questo modo, sia pure indirettamente, stimolare il ricorso all'avvalimento e, per questa via, la più ampia partecipazione delle imprese, anche di dimensioni medio – piccole, alle procedure di affidamento di appalti pubblici (cfr. Cons. Stato, sez. V, 26 aprile 2018, n. 2527; V, 21 febbraio 2018, n. 1101). La mancanza del requisito di partecipazione (messo a disposizione), che sia originaria o sopravvenuta alla stipulazione del contratto di avvalimento, non è, in entrambi i casi, riconducibile all'operatore economico il quale, pertanto, per volontà di legge, non ne deve subire le conseguenze.

12.6. Né può dirsi, come fa l'appellante, che è giustificata l'esclusione dell'operatore economico concorrente per l'assenza iniziale del requisito di partecipazione (messo a disposizione) dell'ausiliaria poiché evento a lui (co)imputabile, per essere suo onere la diligente verifica dei requisiti ceduti, poiché l'operatore economico è parte del contratto di avvalimento e si affida, come ogni parte contrattuale, alla dichiarazione dell'altro contraente (di possedere il requisito richiesto); all'operatore concorrente, in breve, non può richiedersi una diligenza maggiore di quella richiesta ad un comune contraente.

12.7. Fa eccezione il caso della dichiarazione mendace dell'ausiliaria (per la quale l'art. 89, comma 1, d.lgs. 50 cit., impone l'esclusione dell'operatore economico e l'escussione della garanzia); fattispecie speciale rispetto a quella dell'art. 89, comma 3, cit. (come chiarito da Cons. Stato, sez. V, 19 novembre 2018, n. 6529), che non ricorre nella vicenda in esame: il fatturato specifico, infatti, era realmente esistente, ma ritenuto dalla stazione appaltante non attinente all'oggetto dell'appalto.

12.8. Non v'è ragione, infine, di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma applicata: essa risulta potenzialmente applicabile a tutti i concorrenti e, dunque, non disciplina in maniera diversa situazione identiche; che, poi, in concreto, solo uno dei concorrenti e non altri se ne avvalga, è evenienza normale, giustificata dall'esigenza, in precedenza richiamata, di tener ferma la platea dei concorrenti in presenza di errori o carenze non imputabili loro.

12.9. In relazione alle ulteriori critiche esposte dall'appellante nella parte finale del motivo, è sufficiente rammentare che la sostituzione non è stata concessa senza limiti di tempo, ma entro un termine preciso nella comunicazione di Poste italiane s.p.a., del 28 marzo 2017 e che non è stata reiterata: ad Erpal s.r.l. è stata unicamente sostituita Axitea s.r.l. Nel motivo di ricorso, invero, è criticata, altresì, la condotta della stazione appaltante che, più di una volta, ha richiesto chiarimenti a I&SI s.p.a.. Di esse si dirà in seguito.

13. Con il terzo motivo di appello Tonalì E.S. s.r.l. censura la sentenza di primo grado per *“Error in procedendo: violazione dell’art. 112 c.p.c. ed omessa pronuncia su parte delle domande e delle eccezioni svolte da Tonalì E.S. e da Poste italiane. Error in iudicando in relazione al I motivo di ricorso principale: violazione degli artt. 80, co. 5, lett. d) e 110, co. 3, D.lgs. n. 50/2016; 168 e 184 R.D. 16.3.1942, n. 267 e ss.mm. e ii. Travisamento dei fatti e dei documenti di causa.”*

13.1. La sentenza impugnata ha annullato il provvedimento di esclusione di I&SI s.p.a. per aver ritenuto infondate le ragioni che, a dire di Poste italiane s.p.a., impedivano la partecipazione alla procedura di gara di Axitea s.r.l.

Poste italiane s.p.a, infatti, con provvedimento del 21 aprile 2017 disponeva l’esclusione di I&SI s.p.a. in quanto Axitea s.r.l. alla data di presentazione delle offerte, il 21 novembre 2016, risultava aver commesso violazioni gravi e definitivamente accertate degli obblighi tributari; successivamente all’istanza di I&SI s.p.a. di annullare in autotutela il provvedimento, Poste italiane s.p.a., con nota del 4 maggio 2017, integrava le ragioni di esclusione con l’assenza dell’autorizzazione del giudice delegato, previa acquisizione del parere di A.N.A.C. – autorità nazionale anticorruzione, a partecipare a procedure di gara, richiesta dall’art. 110, comma 3, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 per le imprese in concordato con continuità aziendale, quale era Axitea s.p.a.

13.2. La sentenza, in accoglimento del motivo di ricorso di I&SI s.p.a., ha ritenuto fondate le giustificazioni addotte per la violazione degli obblighi tributari: Axitea s.p.a. non poteva procedere al pagamento spontaneo

delle somme dovute in forza delle cartelle di pagamento notificate dall'Agenzia delle entrate poiché l'art. 168 l. fallimentare (così come l'art. 90 d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602) preclude le azioni esecutive individuali sui beni del debitore per il tempo che va dalla presentazione del ricorso per concordato preventivo e fino alla pubblicazione del decreto di omologazione del concordato; se ne ricava che tutti i crediti devono trovare soddisfazione solo nell'ambito del procedimento concordatario e non potrebbe il debitore effettuare un pagamento spontaneo senza incidere sulla *par condicio creditorum*.

13.3. L'appellante evidenzia, in primo luogo, che la sentenza ha pronunciato solo su uno dei due (autonomi) motivi di esclusione di I&SI s.p.a. per ragioni attinenti all'ausiliaria Axitea s.p.a., l'esistenza di violazioni tributarie gravi e definitivamente accertate, e non anche sull'altra, l'assenza dell'autorizzazione del giudice delegato prevista dall'art. 110, comma 3, d.lgs. 50 cit.

Ed allora, da un lato, ribadisce che l'assenza di autorizzazione del giudice delegato avrebbe dovuto impedire la partecipazione di Axitea s.p.a. alla procedura di gara, sia pure nella veste di ausiliaria di I&SI s.p.a. e, dall'altro, critica la statuizione del giudice sulla possibilità di giustificare le violazioni tributarie accertate con il divieto di pagamento spontaneo ricavabile dalla legge fallimentare per essere successive alla presentazione della domanda di concordato e anteriori alla data per la partecipazione alla procedura.

14. Il motivo di appello è infondato e va respinto.

Vero che le ragioni per le quali Poste italiane s.p.a. ha disposto l'esclusione di I&SI s.p.a. dalla procedura di gara vanno ricostruite alla luce del provvedimento del 21 aprile 2017, ove è precisato che l'ausiliaria Axitea s.p.a., alla data di scadenza della presentazione dell'offerta, il 21 novembre 2016, risultava aver commesso “*violazioni gravi definitivamente accertate rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse*” e del provvedimento del 4 maggio 2017 ove era imputato ad Axitea s.p.a. la mancanza dell'autorizzazione del giudice delegato alla partecipazione alle procedure di gara delle imprese in concordato preventivo con continuità aziendale di cui all'art. 110 d.lgs. 50 cit.; vero, altresì, che in presenza di plurime ragioni a sostegno il giudice non può disporre l'annullamento dell'esclusione per aver ritenuto infondato una sola di esse, dovendo, invece, pronunciarsi su tutte; tuttavia, la decisione del giudice di primo grado merita conferma con le integrazioni che seguono.

14.1. Risulta in atti che Axitea s.p.a. ha presentato il ricorso per l'ammissione alla procedure di concordato preventivo ex art. 160 R.d. 16 marzo 1942, n. 267 (*Disciplina del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa*) il 4 luglio 2016, prevedendo nel piano sottoposto ai creditori “*la partecipazione a gare pubbliche riguardanti servizi ricompresi nel perimetro di competenza della società*”; il Tribunale di Milano, con decreto 3 novembre 2011 ha dichiarato aperta la procedura di concordato preventivo con continuità aziendale; l'A.N.A.C., richiesta di esprimere il proprio parere dal Axitea

s.p.a., con nota del 19 aprile 2017 ha riconosciuto, in generale, alle imprese in concordato con continuità la possibilità di partecipare alle procedure di gara, previa acquisizione dell'autorizzazione del giudice delegato, dal quale, pertanto, attendeva la richiesta di parere; il Tribunale di Milano, con sentenza 15 maggio 2017, n. 5424 ha omologato la procedura di concordato preventivo in continuità precisando *“il legale rappresentante amministrerà la società secondo le linee guida dettate dal piano che sostiene la proposta e che viene omologato con essa, sotto la sorveglianza continuativa dei commissari”*.

14.2. Sostiene l'appellata I&SI s.p.a. che tale statuizione tiene luogo all'autorizzazione del giudice delegato prevista dall'art. 110, comma 3, d.lgs. 50 cit. e consente la partecipazione a tutte le procedure di gara inerenti l'oggetto dell'attività di impresa, senza che sia necessaria, per ciascuna di esse, e prima della presentazione dell'offerta, che l'amministratore richieda una nuova, specifica, autorizzazione al giudice.

15. Giunge, così, al Collegio il tema delle condizioni per la partecipazione alle procedure di gara di imprese ammesse a concordato preventivo con continuità aziendale.

15.1. Il dato normativo di riferimento è costituito, quanto alla disciplina dei contratti pubblici, dall'art. 80, comma 5, lett. b) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, cui rimanda espressamente l'art. 89, comma 3, per la verifica dei motivi di esclusione dell'ausiliaria, che consente all'operatore economico che si trova in stato di concordato con continuità aziendale di partecipare alle procedure di gara (evitando che tale condizione sia motivo di

esclusione come invece il fallimento, la liquidazione coatta o il concordato preventivo ovvero il procedimento per la dichiarazione di una di tali condizioni), rinviando espressamente all'art. 110 per le condizioni di ammissione.

L'art. 110, comma 3, d.lgs. 50 cit., a sua volta, prevede che *“l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato”* può *“a) partecipare a procedure di affidamento di concessione e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto”*. La disposizione è stata così modificata dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (c.d. correttivo al codice); nella sua previgente versione, *ratione temporis* applicabile alla procedura in esame (bandita il 21 ottobre 2016), era previsto che dovesse essere acquisita, oltre all'autorizzazione del giudice delegato, anche il parere dell'A.N.A.C.

15.2. Ulteriori disposizioni sono contenute nella legge fallimentare: l'art. 186-bis *“Concordato con continuità aziendale”*, introdotto con l'art. 33 d.l. 22 giugno 2012, n. 83 e conv. in l. 7 agosto 2012, n. 134 comma 4, così dispone: *“Successivamente al deposito del ricorso, la partecipazione a procedure di affidamento di contratti pubblici deve essere autorizzata dal tribunale, acquisito il parere del commissario giudiziale, se nominato; in mancanza di tale nomina provvederà il tribunale”*. Il comma successivo, invece, precisa le condizioni in presenza delle quali l'ammissione al concordato preventivo non impedisce la partecipazione a procedure di assegnazione di contratti pubblici che sono: *“a) una relazione di un professionista in possesso dei requisiti di cui all'articolo 67, terzo comma, lettera d), che attesta la conformità al piano e la*

ragionevole capacità di adempimento del contratto; b) la dichiarazione di altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica nonché di certificazione, richiesti per l'affidamento dell'appalto, il quale si è impegnato nei confronti del concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa fallisca nel corso della gara ovvero dopo la stipulazione del contratto, ovvero non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto. Si applica l'articolo 49 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”.

15.3. Ritiene il Collegio, innanzitutto, di precisare che le disposizioni citate, dettate per l'operatore economico concorrente all'affidamento della commessa pubblica, trovano applicazione anche nei confronti dell'ausiliaria che, per il contratto di avvalimento, mette a disposizione requisiti di partecipazione dei quali il concorrente sia carente, giusti i rimandi tra le norme in precedenza descritti.

15.4. Ciò posto, va operato il coordinamento tra le disposizioni citate nel senso che segue:

a) l'autorizzazione alla partecipazione a procedure di affidamento dei contratti pubblici spetta, in primo luogo, al tribunale (come si ricava dall'art. 186-bis legge fallimentare) il quale sente il commissario giudiziale, ove nominato;

b) tale autorizzazione può essere richiesta per tutta la durata della procedura, sin dalla presentazione del ricorso con istanza da parte dell'impresa (cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2017, n. 4300; V, 27

dicembre 2013, n. 6272; V, 4 giugno 2015, n. 2737) e può essere contenuta anche nel provvedimento di omologazione del concordato preventivo con continuità aziendale;

c) qualora l'autorizzazione non sia stata mai richiesta né può ricavarsi dall'omologazione, e, nondimeno, l'impresa già ammessa al concordato con continuità aziendale intenda partecipare ad una procedura di evidenza pubblica, dovrà richiedere l'autorizzazione al giudice delegato (come prescritto dall'art. 110, comma 3, d.lgs. 50 cit.; una diversa tesi, che esclusa successivamente all'ammissione al concordato ogni ulteriore intervento degli organi della procedura, per aver l'impresa riacquisito la piena capacità di agire, accennata in *obiter dictum* da Cons. Stato, sez. V, 29 maggio 2018, n. 3225, porterebbe a svuotare di ogni significato l'art. 110, comma 3, cit. ove letto nel rapporto con le disposizioni contenute nella legge fallimentare);

d) in ogni caso, opera la clausola di chiusura dell'art. 186-bis, comma 5, legge fallimentare, che definisce le condizioni per la partecipazione alla gara in assenza delle autorizzazioni in precedenza indicate.

15.5. In particolare, con specifico riferimento alla vicenda oggetto del giudizio, l'autorizzazione del tribunale di cui all'art. 186-bis è possibile sia contenuta anche del decreto di omologazione, poiché, il legislatore pone un termine iniziale per la sua adozione (“*Successivamente al deposito del ricorso*”), ma non un momento finale, onde ben può ritenersi che esso coincida con l'ultimo momento nel quale il tribunale si esprime nella procedura di concordato, vale a dire proprio l'omologazione. Essa, poi,

non richiede particolari formule, potendo ricavarsi anche per implicito dal rinvio che il tribunale compie alle attività di impresa indicate nel piano sottoposto ai creditori nell'ambito del procedimento concordatario.

15.6. In ragione delle predette considerazioni: Axitea s.p.a., intervenuta nella procedura in una fase avanzata, per aver sostituito, su impulso della stazione appaltante, Erpal s.r.l. una delle ausiliarie di I&SI s.p.a., poteva partecipare alla procedura di affidamento del contratto, sia pure in veste di ausiliaria, poiché autorizzata dal tribunale nel provvedimento di omologazione con una formula, precedentemente trascritta, che il Collegio reputa idonea a ricomprendere anche la partecipazione alle procedure di evidenza pubblica (cui era fatto espresso riferimento nel piano presentato dall'impresa).

15.7. Così ricostruita la disciplina applicabile, l'assenza del parere dell'A.N.A.C., ormai espunto dalla vigente formulazione dell'art. 110, comma 3, d.lgs. 50 cit., quand'anche se ne volesse predicare il carattere necessario, non assume rilevanza per essere l'autorizzazione contenuta nella pronuncia di omologazione della procedura concordataria.

16. Come precedentemente esposto, l'appellante Tonali E.S. s.r.l. contesta, inoltre, la sentenza di primo grado nella parte in cui ha ritenuto illegittimo il provvedimento di esclusione di I&SI s.p.a. per aver Axitea s.p.a. commesso violazioni tributarie gravi e definitivamente accertate, assumendo che talune violazioni risultano successive alla domanda

di concordato e, anteriori alla data ultima per la presentazione delle offerte in gara.

16.1. La censura così proposta è infondata.

E' affermato in sentenza che, per il disposto dell'art. 168, comma 1, legge fallimentare, dalla presentazione del ricorso per concordato preventivo e fino al momento in cui il decreto di omologazione diviene definitivo, sono precluse le azioni esecutive individuali sul patrimonio del debitore e con esse i pagamenti spontanei del debitore, allo scopo, in entrambi i casi, di garantire la *par condicio creditorum* (in tal senso si è espressa la giurisprudenza, cfr. Cass. civ., sez. V, 19 febbraio 2016 n. 3282 sul mancato pagamento dell'IVA).

16.2. Non induce a diversa conclusione la circostanza, evidenziata nell'atto di appello, che talune violazioni degli obblighi tributari siano successive alla domanda di ammissione al concordato; poiché il divieto di pagamenti individuali è esteso all'intera procedura concordataria come espressamente previsto dalla disposizione normativa citata. Resta, infine, irrilevante la circostanza che alcune violazioni fossero precedenti al termine stabilito per la presentazione delle offerte, considerato che Axitea s.p.a. è entrata nella procedura in una fase successiva, per sostituire l'originaria ausiliaria di I&SI s.p.a., Erpal s.r.l.

17. In conclusione, va respinto l'appello proposto da Tonali E.S. s.r.l. avverso la sentenza n. 10763/2017 e confermata, con il giudice di primo grado, l'annullamento dell'esclusione di I&SI s.p.a. dalla procedura di gara.

18. Va ora sciolta, allora, la riserva in precedenza assunta in ordine ai motivi del ricorso introduttivo del giudizio di Tonali E.S. s.r.l. riproposti ex art. 101, comma 2, Cod. proc. amm. nell'appello avverso la sentenza n. 10921/17 poiché diretti ad ottenere l'annullamento dell'aggiudicazione a I&SI s.p.a..

19. Con il primo motivo del ricorso principale Tonali E.S. s.r.l. contestava l'aggiudicazione a I&SI s.p.a. per *“Violazione, falsa ed omessa applicazione degli artt. 80 e ss. d.lgs. n. 50/2016, dell'art. III.1.2. del bando di gara, dell'art. 2.1. del Capitolato speciale d'oneri e dei chiarimenti diramati da Poste italiane”*.

19.1. Il motivo di ricorso ripropone la medesima censura – l'idoneità del fatturato dichiarato dalla concorrente e dalle ausiliarie ad integrare il requisito di capacità economica finanziaria richiesti dal bando di gara per essere maturato in relazione a servizi non identici a quelli oggetto del contratto da affidare – già affrontata nell'esame del primo motivo di appello avverso la sentenza n. 10763/2017; il motivo è, dunque, infondato per le medesime ragioni già esposte (al punto 7 e ss.) e alle quali si rimanda.

19.2. Anche nel giudizio di appello avverso la sentenza n. 10921/2017, Tonali E.S. s.r.l. ha proposto motivi aggiunti, di contenuto identico a quelli proposto nel giudizio avverso la sentenza n. 10763/2017; detti motivi sono inammissibili per le considerazioni già precedentemente esposte (al punto 10.1. e ss.) cui si rimanda.

20. Con il secondo motivo del ricorso principale Tonali E.S. s.r.l. contesta l'aggiudicazione a I&SI s.p.a. per *“Violazione, falsa ed omessa applicazione degli artt. 3 e 97 Costituzione, 80 D.lgs. n. 50/2016 e 21 del Capitolato speciale d'oneri (I parte). Violazione dei principi della par condicio e della parità di trattamento tra i concorrenti?”*.

20.1. La ricorrente riferisce, innanzitutto, che la stazione appaltante, dopo aver, il 22 novembre 2016, fatto ricorso al soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9, d.lgs. 50 cit. per consentire ad I&SI s.p.a. di specificare gli elementi essenziali dei contratti (oggetto, durata, importo, destinatari) grazie ai quali era maturato il fatturato specifico speso nella dichiarazione allegata alla domanda di partecipazione, aveva, poi, consentito alla concorrente di integrare più volte i chiarimenti, fino ad acquisire, il 12 dicembre 2017, una nuova dichiarazione contenente un nuovo elenco dei contratti dai quali era scaturito il fatturato specifico.

Sostiene la ricorrente che, tra la prima dichiarazione allegata alla domanda di partecipazione e l'ultima dichiarazione in risposta alla terza richiesta di chiarimenti, I&SI s.p.a., pur mantenendo i contratti di avvalimento con le ausiliarie, aveva *“spacchettato e suddiviso i relativi fatturati?”* tra le varie ausiliarie, giungendo, in alcuni casi, ad assegnare a talune di essi un importo dei contratti maggiore di quello indicato nella dichiarazione iniziale.

A parere della ricorrente, tale condotta configura una vera e propria modifica del (contenuto degli allegati all') offerta, che avrebbe dovuto indurre la commissione non a ritenere comprovato il possesso del

requisito specifico richiesto dal bando di gara, ma anzi, direttamente ad escludere la concorrente per illegittimità modifica della propria offerta.

21. Il motivo è infondato e va respinto.

21.1 Dall'esame dei documenti versati in atti emerge che la stazione appaltante ha correttamente esercitato il soccorso istruttorio dell'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, e, d'altra parte, che l'operatore concorrente è intervenuto sulla documentazione originariamente prodotta con la domanda di partecipazione nei limiti consentiti.

21.2. Il soccorso istruttorio previsto dall'art. 83, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, infatti, è consentito *“in caso di mancanza, incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica”*.

Ebbene, la stazione appaltante si è attenuta alla previsione normativa poiché, ritenuto impreciso (o incompleto) il contenuto della dichiarazione sul fatturato specifico allegata alla domanda di partecipazione, ha richiesto ulteriori specificazioni; tali sono, infatti, le precisazioni relative all'oggetto, importo, durata e destinatari dei contratti comprovanti il pregresso fatturato.

21.3. Il pregresso fatturato (proprio o delle ausiliarie) maturato nell'esecuzione di servizi identici o collegati a quelli oggetto del contratto da affidare, infatti, è a dimostrazione della capacità economico e finanziaria del concorrente e non attiene né all'offerta tecnica né

all'offerta economica; la documentazione che vi ha riguardo costituisce, pertanto, l'oggetto del soccorso istruttorio.

21.4. La ricorrente, peraltro, suppone che la stazione appaltante, ricevuti, all'esito del soccorso istruttorio, i chiarimenti richiesti, non possa ulteriormente interloquire con l'operatore già in precedenza compulsato e sia tenuta, invece, ad assumere la sua decisione sull'ammissione, solo ed esclusivamente, sui chiarimenti ricevuti. Gli ulteriori chiarimenti richiesti all'esito del primo soccorso istruttorio non sarebbero stati, dunque, consentiti.

21.5. E' posto, in questo modo, il tema della condotta dovuta dalla stazione appaltante qualora i chiarimenti ottenuti dall'operatore in risposta ad una prima richiesta di soccorso istruttorio, abbiano generato ulteriori dubbi ovvero, come nel caso di specie, non abbiano completamente risolto ogni incertezza sulla documentazione prodotta, e inducano la stazione appaltante a richiedere altre precisazioni.

21.6. Ritiene il Collegio che nulla osta a che la stazione appaltante, avendo ricevuto i chiarimenti richiesti, dia luogo ad un'interlocuzione con l'operatore economico finalizzata ad ulteriore precisazione e chiarificazione dei dubbi emersi dall'analisi della documentazione prodotta, giudicata non esaustiva o pienamente soddisfacente.

L'art. 83, comma 9, d.lgs. 50 cit., infatti, impone l'esclusione per il solo caso in cui l'operatore non trasmetta nel termine fissato dalla stazione appaltante le integrazioni richieste, mentre nulla precisa con riferimento al caso in cui dette integrazioni siano trasmesse ma non risultino decisive

per l'assunzione del provvedimento finale sull'ammissione o esclusione dell'operatore.

I principi generali di economicità, efficacia, tempestività e correttezza per l'aggiudicazione dell'appalto (art. 30, comma 1, d.lgs. 50 cit.), che sarebbero evidenti lesi qualora l'esclusione di un'offerta valida (ed, anzi, nel caso di specie, migliore delle altre) sia dovuta solo a carenze documentali, unitamente al principio di proporzionalità, di leale collaborazione ed a quello del *favor participationis* inducono, senz'altro, a ritenere possibile, anche dopo l'attivazione del soccorso istruttorio – e, comunque, in ragione degli esiti di questo – un dialogo con l'operatore economico finalizzato a consentire la presentazione di ulteriori chiarimenti e precisazioni, per essere i primi non adeguati né esaustivi delle richieste della stazione appaltante.

21.7. I&SI s.p.a., poi, è rimasto nei limiti delle richieste rivoltegli dalla stazione appaltante: ha assegnato a sé e alle ausiliarie i singoli contratti produttivi del fatturato, così da specificare l'impresa cui ciascun contratto andava imputato, e ne ha precisato l'oggetto, l'importo ed il destinatario. Vero che, all'esito del confronto con le richieste della stazione appaltante, dati che nella prima dichiarazione risultavano aggregati e riferiti ad un unico contratto sono stati poi distinti e ripartiti in diversi contratti (e, in certi casi, ne è scaturito anche un aumento dell'importo), ma ciò ben può farsi rientrare nell'attività di specificazione ovvero in una condotta consentita, ed anzi, necessaria, perché la stazione appaltante possa vagliare l'effettiva ricorrenza dei requisiti di partecipazione.

22. Con il terzo motivo di ricorso Tonali E.S. s.r.l. censura l'aggiudicazione per “*Violazione, falsa ed omessa applicazione degli artt. 97 D.lgs. n. 50/2016 e 12 del Capitolato speciale d'oneri (I parte). Eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei presupposti di fatto*”.

Sostiene la ricorrente che la commissione giudicatrice avrebbe erroneamente ritenuto affidabile e congrua l'offerta dell'aggiudicataria in seguito ai chiarimenti resi in sede di sub-procedimento di verifica dell'anomalia, i quali, invece, avrebbero dovuto indurla a ritenerla inaffidabile.

In particolare, i suoi dubbi attengono alla percentuale di ribasso su (listino) prezzi (indicato M1) previsti dall'aggiudicataria per l'attività di *revamping* ossia di miglioramento delle prestazioni degli impianti mediante la sostituzione delle parti maggiormente soggette ad usura; per indicazione degli atti di gara l'aggiudicataria era tenuta ad acquistare i pezzi di ricambio dalla stessa Tonali E.S. s.r.l. in qualità di azienda nella materiale disponibilità, essa, pertanto, non avrebbe potuto proporre una percentuale di ribasso sul listino prezzi (del 35%) inferiore a quella prevista dalla stessa Tonali E.S. s.r.l. (31,02%), che i pezzi già deteneva, senza una preventiva consultazione.

Altro dubbio attiene, poi, al numero di interventi per “manutenzione ad evento” (a guasto), indicati nell'offerta tecnica da I&SI s.p.a.: i 240 interventi sono ritenuti incongrui, considerato che essa stessa, gestore uscente, aveva aperto un numero di ticket pari a 2000 nel solo 2016; allo stesso modo per “tasso di guasti per bussola/porta annuo” I&SI s.p.a.

aveva previsto 147 guasti l'anno, con costo complessivo di € 30.000, laddove Tonali E.S. s.r.l. quale gestore uscente aveva indicato costi per € 79.000.

23. Il motivo è infondato e va respinto.

23.1. Con le critiche esposte Tonali E.S. s.r.l. intende dimostrare l'erronea valutazione della commissione giudicatrice in merito alla congruità dell'offerta di I&SI s.p.a..

Come da giurisprudenza consolidata, non è consentito al giudice amministrativo sostituire le sue valutazioni a quelle effettuate dalla stazione appaltante in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta, salvo che nelle ipotesi di irragionevolezza, illogicità, arbitrarietà e travisamento dei fatti (*ex multis*, solo per le più recenti, Cons. Stato, sez. V, 22 ottobre 2018, n. 6023; III, 11 ottobre 2018, n. 5857; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 17 settembre 2018, n. 5419); è precluso, inoltre, procedere ad un esame delle singole voci, poiché la congruità dell'offerta consegue ad una valutazione globale della stessa (*ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 12 ottobre 2018, n. 5880; V, 19 settembre 2018, n. 5332).

23.2. La censura di Tonali E.S. s.r.l. è, dunque, inammissibile poiché riferita a singole voci dell'offerta di I&SI s.p.a. e non all'offerta nel suo complesso: essa richiede al giudice una valutazione parcellizzata che, necessariamente, non potrà tener conto dell'intero contenuto dell'offerta dell'aggiudicataria, come, invece, richiesto dai principi in precedenza esposti.

23.3. Ad ogni buon conto, quanto al dubbio relativo al ribasso proposto in relazione al listino prezzi per i pezzi di ricambio da acquistare dalla Tonali E.S. s.r.l., ben ha esposto l'aggiudicataria nella sua memoria che il ribasso del 35% costituiva una media riferita a tutti i pezzi di ricambio e non solo a quelli acquistati dalla Tonali E.S. s.r.l. (ossia non solo al listino M1, ma anche al listino M2 e M4); quanto, poi, al numero di interventi per "Manutenzione ad evento" previsti, Tonali E.S. s.r.l. compie un indebito confronto tra "interventi" e "ticket aperti", laddove quest'ultimo potrebbe anche non richiedere lo svolgimento di un'attività materiale di riparazione e, così, essere spiegato il numero più alto del primo. Infine, la stima del 10% di guasti annui sul numero complessivo degli elementi in dotazione, pare congrua.

24. Con ultimo motivo di ricorso, l'aggiudicazione ad I&SI s.p.a. è censurata per *"Violazione, falsa ed omessa applicazione dell'art. 83, co. 9, D.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 21 del Capitolato speciale d'onori (I parte). Violazione dei principi della par condicio e disparità di trattamento. Eccesso di potere sotto il profilo del travisamento dei presupposti"*.

Secondo la ricorrente i contratti di avvalimento stipulati da I&SI s.p.a. sarebbero generici poiché non è possibile evincere da essi le concrete modalità di messa a disposizione, per la durata del contratto, delle risorse necessarie all'espletamento del servizio.

25. Il motivo è infondato e va respinto.

25.1. La giurisprudenza amministrativa ha chiarito che, in caso di avvalimento c.d. di garanzia, che riguarda la capacità economica e

finanziaria, e differentemente dall'avvalimento c.d. operativo, non è necessario che nel contratto siano specificatamente indicati i beni patrimoniali o gli indici materiali della consistenza patrimoniale dell'ausiliaria, essendo sufficiente l'impegno a mettere a disposizione dell'ausiliata la complessiva solidità finanziaria e il suo patrimonio di esperienza (cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 agosto 2018, n. 4775; V, 14 febbraio 2018, n. 953; V, 22 novembre 2017, n. 5429).

25.2. I&SI s.p.a. ha fatto ricorso all'avvalimento c.d. di garanzia, richiedendo alle ausiliarie di mettere a sua disposizione la loro solidità economica e finanziaria quale dimostrata dal fatturato maturato nell'esecuzione di pregressi contratti aventi ad oggetto identici servizi.

Ad ogni buon conto, dalla lettura dei contratti di avvalimento risulta idonea specificazione delle risorse che ciascuna ausiliaria ha inteso mettere a disposizione dell'aggiudicataria.

26. In conclusione, l'appello di Tonali E.S. s.r.l. avverso la sentenza n. 10921/2017 va accolto e vanno respinti i motivi del ricorso di primo grado riproposti in questa sede; deve essere invece respinto l'appello di Tonali E.S. s.r.l. avverso la sentenza n. 10763/17.

27. Le spese di lite di entrambi i gradi del giudizio vanno compensate per la peculiarità della vicenda.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sugli appelli, come in epigrafe proposti, li riunisce e accoglie l'appello con n. Rg. 622/2018 e, per l'effetto, in

riforma della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per il Lazio n. 10921/2017, pronunciando sui motivi di ricorso riproposti, li respinge; dichiara inammissibili i motivi aggiunti; respinge l'appello con n. Rg. 236/2018 e dichiara inammissibili i motivi aggiunti proposti.

Compensa tra tutte le parti in causa le spese di entrambi i gradi di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 29 novembre 2018 con l'intervento dei magistrati:

Fabio Franconiero, Presidente FF

Alessandro Maggio, Consigliere

Valerio Perotti, Consigliere

Federico Di Matteo, Consigliere, Estensore

Stefano Fantini, Consigliere

L'ESTENSORE
Federico Di Matteo

IL PRESIDENTE
Fabio Franconiero

IL SEGRETARIO