



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Terza Quater)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5803 del 2012, proposto da:

Almaviva – The Italian Innovation Company s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo Raggruppamento temporaneo di imprese con Solving Team s.r.l., rappresentata e difesa dagli avv.ti Tommaso Di Nitto e Claudio Cataldi e con questi elettivamente domiciliata in Roma, via Alberto Caroncini n. 2, presso lo studio dell'avv. Di Nitto,

***contro***

il Ministero della salute e l'Agenzia Italiana del Farmaco - AIFA, in persona dei rispettivi rappresentanti legali pro tempore, entrambi rappresentati e difesi dall'Avvocatura generale dello Stato presso i cui Uffici in Roma, Via dei Portoghesi n. 12, sono per legge domiciliati, nonché

***nei confronti di***

Accenture s.p.a., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo Raggruppamento temporaneo di imprese con la mandante Accenture Technology Solutions s.r.l. e la mandataria Telecom Italia s.p.a., rappresentata e difesa dagli avv.ti Damiano Lipani, Francesca Sbrana, Luigi Mazzoncini, e con questi elettivamente domiciliata in Roma, via Vittoria Colonna, n. 40, presso l'avv. Damiano Lipani;

***per l'annullamento***

della determina n. 129 /DG del 25 maggio 2012, della quale si è avuta notizia in data 15 giugno 2012, con la quale l'Agenzia Italiana del Farmaco ha definitivamente aggiudicato al costituendo Raggruppamento temporaneo di imprese tra Accenture s.p.a., Accenture Technology Solutions s.r.l. e Telecom Italia s.p.a., la gara a procedura aperta per l'affidamento dei servizi di consulenza, sviluppo, manutenzione, assistenza, help desk, hosting/housing, formazione e licenze software del sistema informativo AIFA; della nota n. AA/4005 del 30 maggio 2012, conosciuta il 15 giugno 2012, con la quale l'AIFA ha comunicato l'aggiudicazione definitiva a favore della controinteressata; della nota n. AA/4004 del 30 maggio 2012, con la quale l'AIFA ha comunicato al controinteressato l'aggiudicazione in suo favore della gara; dei verbali delle sedute di gara, nella parte in cui la Commissione giudicatrice, anziché escludere la controinteressata, l'ha ammessa alla gara valutando la sua offerta e le ha aggiudicato in via provvisoria la gara, nonché della nota n. 51085 del 25 maggio 2012, con la quale la Commissione ha trasmesso alla stazione appaltante i verbali delle sedute comunicandole l'aggiudicazione provvisoria della gara; della risposta n. 3 ai quesiti formulati prima della scadenza del termine di presentazione

dell'offerta, con la quale l'AIFA ha precisato che "il ricorso all'istituto di cui all'art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006, previsto al par. VI.3 del bando di gara, è consentito anche con riguardo alle certificazioni di qualità indicate al par. III 2.3. rubricato "Capacità tecniche"; per quanto possa occorrere, del bando di gara e del prospetto informativo della gara stessa esclusivamente nella parte in cui non hanno vietato il ricorso all'istituto di cui all'art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006, con riguardo alle certificazioni di qualità indicate al par. III 2.3 rubricato "Capacità tecniche"; di ogni altro atto connesso, presupposto conseguente, quand'anche conosciuto, nonché per il subentro nell'aggiudicazione definitiva e per la condanna al risarcimento dei danni subiti e subendi.

Visti il ricorso ed i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio del Ministero della salute e dell'Agenzia Italiana del Farmaco - AIFA;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Accenture s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo Raggruppamento temporaneo di imprese con la mandante Accenture Technology Solutions s.r.l. e la mandataria Telecom Italia s.p.a.;

Viste le memorie prodotte dalle parti in causa costituite a sostegno delle rispettive difese;

Visti gli atti tutti della causa;

Relatore alla pubblica udienza del 30 gennaio 2013 il Consigliere Giulia Ferrari; uditi altresì i difensori presenti delle parti in causa, come da verbale;

Ritenuto e considerato, in fatto e in diritto, quanto segue:

#### FATTO

1. Con ricorso notificato in data 13 luglio 2012 e depositato il successivo 18 luglio la Al maviva - The Italian Innovation Company s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo Raggruppamento temporaneo di imprese con Solving Team s.r.l., ha impugnato, tra l'altro, la determina n. 129 /DG del 25 maggio 2012, con la quale l'Agenzia Italiana del Farmaco (d'ora in poi, AIFA) ha definitivamente aggiudicato al costituendo Raggruppamento temporaneo di imprese tra Accenture s.p.a., Accenture Technology Solutions s.r.l. e Telecom Italia s.p.a., la gara a procedura aperta per l'affidamento triennale dei servizi di consulenza, sviluppo, manutenzione, assistenza, help desk, hosting/housing, formazione e licenze software del sistema informativo AIFA.

Esponde, in fatto, che alla gara hanno partecipato solo l'Ati ricorrente e la controinteressata. Quest'ultima, alla quale è stato affidato l'appalto (con punti 83,00, contro i 63,44 punti attribuiti al raggruppamento ricorrente), avrebbe però dovuto essere esclusa perché la dichiarazione ex art. 38, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 è stata resa solo per alcuni procuratori speciali delle tre società che avrebbero costituito il raggruppamento e per un vizio dell'avvalimento, che non può avere ad oggetto la certificazione di qualità.

2. Avverso i predetti provvedimenti parte ricorrente è insorta deducendo:

a) Violazione art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006 e della previsione contenuta nel punto III2.1) del bando di gara.

La controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa sia per non aver presentato la dichiarazione ex art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006 in relazione a tutti i procuratori delle tre società che avrebbero costituito il raggruppamento, sia per falsa dichiarazione, non avendo Accenture s.p.a. dichiarato che uno dei suoi procuratori, il sig. Luigi Cerri, aveva subito una condanna per omicidio colposo a seguito di incidente stradale.

b) Violazione art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006 e del punto III.2.3. del bando di gara.

La controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa non essendo possibile avvalersi del requisito relativo alla certificazione di qualità ISO 27001. Accenture s.p.a. non avrebbe, dunque, potuto avvalersi del requisito di capacità

tecnica relativo alla certificazione di qualità ISO 27001 posseduto da Telecom Italia s.p.a.

3. Parte ricorrente ha chiesto quindi la condanna al risarcimento in forma specifica e il subentro nell'affidamento del servizio, previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato.

In via subordinata, ha chiesto la condanna dell'AIFA a risarcirle i danni subiti e subendi per effetto dell'illegittima aggiudicazione disposta a favore della controinteressata.

4. Si sono costituiti in giudizio il Ministero della salute e l'Agenzia Italiana del Farmaco - AIFA, che hanno sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

5. Si è costituita in giudizio Accenture s.p.a., in proprio e nella qualità di mandataria del costituendo Raggruppamento temporaneo di imprese con la mandante Accenture Technology Solutions s.r.l. e la mandataria Telecom Italia s.p.a., che ha sostenuto l'infondatezza, nel merito, del ricorso.

6. Con memorie depositate alla vigilia dell'udienza di discussione le parti costituite hanno ribadito le rispettive tesi difensive.

7. Con ordinanza n. 2915 del 3 agosto 2012 è stata respinta l'istanza cautelare di sospensiva.

8. All'udienza del 30 gennaio 2013 la causa è stata trattenuta per la decisione.

#### DIRITTO

1. Preliminarmente il Collegio dichiara (così come già comunicato alle parti ai sensi dell'art. 73, comma 3, c.p.a.) la tardività del deposito della memoria, effettuato il 22 gennaio 2013 dall'Agenzia Italiana del Farmaco (d'ora in poi, AIFA), memoria che, pur se intesa come di replica, è stata depositata oltre i termini, di venti giorni dimidiati a dieci giorni, previsti dall'art. 73, comma 1, c.p.a..

Come esposto in narrativa, l'Ati ricorrente si è collocata seconda graduata (con punti 63,44) nella gara, alla quale ha partecipato solo un'altra concorrente (risultata aggiudicataria con 83,00 punti), bandita dall'Agenzia Italiana del Farmaco (d'ora in poi, AIFA) per l'affidamento triennale dei servizi di consulenza, sviluppo, manutenzione, assistenza, help desk, hosting/housing, formazione e licenze software del proprio sistema informativo. Deduce l'illegittimità dell'aggiudicazione definitiva disposta a favore del costituendo Raggruppamento temporaneo di imprese tra Accenture s.p.a. Accenture Technology Solutions s.r.l. e Telecom Italia s.p.a. e propone due domande: in via principale, il subentro nell'affidamento dell'appalto, previa declaratoria di inefficacia del relativo contratto ove stipulato; in via graduata, il risarcimento dei danni per equivalente, ove tale subentro non sia più possibile.

Come il Collegio ha già chiarito nell'ordinanza n. 2915 del 3 agosto 2012, emessa a conclusione della fase cautelare, la domanda di subentro nell'affidamento dell'appalto deve essere dichiarata inammissibile stante l'inequivoca clausola del bando – non impugnato in parte qua – secondo cui l'AIFA “procederà all'aggiudicazione solo in presenza di almeno due offerte valide” (punto VI.3 del bando, pag. 5). Avverso tale previsione parte ricorrente non ha mosso alcun rilievo, avendo anzi espressamente chiarito di impugnare il bando “esclusivamente nella parte in cui” non ha vietato il ricorso all'istituto di cui all'art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006, con riguardo alle certificazioni di qualità indicate nel par. UUU 2.3. rubricato “Capacità tecniche” (pag. 3 dell'atto introduttivo del giudizio).

La clausola, che inibisce alla stazione appaltante di aggiudicare la gara in presenza di una sola offerta valida, vincola la stazione appaltante, in applicazione del principio, pacifico nella giurisprudenza del giudice amministrativo, secondo cui nelle procedure per l'affidamento di appalti pubblici, la portata vincolante delle prescrizioni contenute nella lex specialis di gara esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo, cui compete il controllo del rispetto delle regole stabilite nel bando, residui alcun margine di discrezionalità al riguardo (Cons. St., Sez. V, 31 luglio 2012, n. 4334; id., Sez. V, 28 maggio 2012, n. 3121).

Corollario obbligato di tale premessa è che, ove pure fosse dichiarata da questo giudice l'illegittima omessa esclusione dalla gara del costituendo Raggruppamento temporaneo di imprese tra Accenture s.p.a., Accenture Technology Solutions s.r.l. e Telecom Italia s.p.a., l'AIFA non potrebbe in ogni caso affidare l'appalto all'Ati ricorrente, unica concorrente rimasta in gara. Di qui la carenza di interesse di parte ricorrente a chiedere l'annullamento dell'aggiudicazione a favore del Rti Accenture, annullamento dal quale non sarebbe in grado di trarre alcun interesse.

Né potrebbe ritenersi che l'interesse del raggruppamento ricorrente ad annullare l'impugnata aggiudicazione si radica nella possibilità che la stazione appaltante bandisca una nuova gara e ciò in quanto, come più volte si è detto, l'azione proposta da Almviva (vincolante per il giudice adito) è stata diretta unicamente ad ottenere l'aggiudicazione della gara (ed il risarcimento dei danni), senza che possa rilevare che nella memoria depositata il 14 gennaio 2013 abbia affermato di avere anche interesse alla riedizione della gara, trattandosi di domanda nuova introdotta con atto non notificato.

Nella citata memoria del 14 gennaio 2013 parte ricorrente afferma che, in effetti, il suo interesse ad impugnare la predetta clausola sorgerebbe solo al momento in cui, nell'ipotesi di accoglimento del ricorso, la stazione appaltante si rifiutasse di aggiudicarle la gara invocando la presenza nella lex specialis nell'inibitoria di cui al punto VI.3. Il Collegio ritiene di non poter condividere tale impostazione difensiva atteso che l'impossibilità di aggiudicare la gara alla ricorrente non è una mera ipotesi (proprio in virtù del carattere vincolante che la clausola in questione ha anche per l'AIFA) ma una certezza, con la conseguenza che la lesione dell'interesse primario (ed unico) vantato da Almviva è concreto ed attuale, e non ipotetico e futuro e ciò avrebbe dovuto indurla a chiedere sin dalla proposizione dell'odierno gravame la rimozione dell'ostacolo, che si frappone all'affidamento dell'appalto.

2. Può ora passarsi all'esame dell'azione volta alla condanna della stazione appaltante a risarcire i danni subiti per effetto dell'illegittima aggiudicazione disposta a favore della controinteressata, dichiaratamente proposta in via gradata, per l'ipotesi in cui non fosse possibile la tutela in forma specifica.

La domanda è ammissibile perché, ai sensi dell'art. 30, comma 1, c.p.a., la condanna a risarcire i danni subiti per effetto di un atto illegittimo non presuppone necessariamente l'annullamento dell'atto impugnato. L'accertata inammissibilità del ricorso, nella parte volta all'annullamento dell'aggiudicazione, non esonera quindi il Collegio ad esaminare la proposta azione risarcitoria.

3. Principiando dalla questione dedotta con il secondo motivo, va ricordato che l'art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006 ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto dell'avvalimento, in attuazione dell'art. 47, comma 2, della Direttiva 2004/18/CE, in base al quale "Un operatore economico può, se del caso e per un determinato appalto, fare affidamento sulle capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei suoi legami con questi ultimi. In tal caso deve dimostrare all'amministrazione aggiudicatrice che disporrà dei mezzi necessari, ad esempio mediante presentazione dell'impegno a tal fine di questi soggetti". La giurisprudenza ha chiarito che il citato art. 47 tende, per il tramite dell'istituto dell'avvalimento, a permettere la più ampia partecipazione alle gare, consentendo a soggetti, che ne siano privi, di concorrere utilizzando i requisiti di altri soggetti (Cons. St., Sez. VI, 18 settembre 2009, n. 5626), senza che abbiano alcuna influenza per la stazione appaltante i rapporti esistenti tra il concorrente ed il soggetto avvalso, essendo indispensabile solo che il primo dimostri di poter disporre dei mezzi del secondo (Cons. St., Sez. V, 17 marzo 2009, n. 1589). La giurisprudenza ha, inoltre, osservato come la disciplina dell'art. 49 del Codice dei contratti pubblici non pone alcuna limitazione al ricorso all'istituto dell'avvalimento, se non per i requisiti strettamente personali di carattere generale, di cui agli artt. 38 e 39 (Cons. St., Sez. III, 15 novembre 2011, n. 6040), di modo che è possibile comprovare tramite detto istituto anche il fatturato, l'esperienza pregressa ed il numero dei dipendenti a tempo indeterminato, ovvero integrare anche il requisito del possesso di capitale sociale

minimo, ritenendo quest'ultimo come requisito di natura economica (Cons. St., Sez. V, 8 ottobre 2011, n. 5496). I requisiti devono tuttavia essere integralmente ed autonomamente posseduti da parte dell'impresa avvalsa, proprio perché la finalità dell'avvalimento non è di arricchire la capacità (tecnica o economica) del concorrente, ma di consentire a soggetti, che ne siano sprovvisti, di concorrere comunque alla gara (Cons. St., Sez. VI, 13 giugno 2011, n. 3565).

Infine, l'avvalimento deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente "prestare" la certificazione posseduta, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato, come si è detto, a consentire a soggetti che ne siano sprovvisti di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, garantendo nondimeno l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati. Ne consegue che, perché il ricorso all'istituto dell'avvalimento sia legittimo, occorre l'espreso impegno da parte dell'impresa ausiliaria, nei confronti dell'impresa ausiliata e della stazione appaltante, di mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente (Cons. St., Sez. V, 18 novembre 2011, n. 6079; sez. III, 18 aprile 2011, n. 2343). L'istituto dell'avvalimento mira, quindi, a consentire la più ampia partecipazione di imprese alle gare anche nella convinzione che tale maggiore partecipazione garantisce una più ampia competitività ed una migliore individuazione del soggetto contraente con la Pubblica amministrazione, a condizioni rese ottimali dall'accentuata pluralità delle offerte. In effetti, anche l'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese risponde all'esigenza di consentire la partecipazione alla procedura di evidenza pubblica a soggetti che da soli non avrebbero i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnica per farlo.

Ciò chiarito in diritto, in punto di fatto giova ricordare che nella fattispecie all'esame del Collegio la capogruppo mandataria si è avvalsa della certificazione di qualità ISO 27001 posseduta dalla mandante Telecom Italia s.p.a., alla luce dell'espressa previsione (invero impugnata) contenuta nella risposta n. 3 che l'AIFA ha reso ai quesiti formulati prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta.

Sempre in punto di fatto è importante rilevare che il possesso di tale certificazione, in caso di partecipazione in raggruppamento temporaneo di imprese, è richiesto (punto 5, pag. 17, del prospetto informativo) in capo alla sola impresa capogruppo.

Il Collegio dà atto che sulla possibilità di avvalersi della certificazione di qualità la giurisprudenza è divisa.

Il Collegio intende aderire all'orientamento (Cons. St., Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344) che ammette tale forma di avvalimento. Ha chiarito il giudice di appello che sul piano letterale l'art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006, nel disciplinare l'istituto dell'avvalimento, non contiene alcuno specifico divieto in ordine ai requisiti soggettivi che possono essere comprovati mediante tale strumento, che assume una portata generale. D'altra parte, come si è detto nell'ottica dell'ordinamento comunitario, l'avvalimento mira ad incentivare la concorrenza, nell'interesse delle imprese, agevolando l'ingresso nel mercato di nuovi soggetti, con la conseguenza che deve essere evitata ogni lettura aprioristicamente restrittiva dell'ambito di operatività della nuova disciplina.

Sulla base delle predette argomentazione deve essere respinto il secondo motivo, non potendosi considerare illegittima la previsione, contenuta nella risposta n. 3 ai quesiti formulati prima della scadenza del termine di presentazione dell'offerta, con la quale l'AIFA ha ammesso il ricorso all'istituto di cui all'art. 49, d.lgs. n. 163 del 2006 anche per le certificazioni di qualità indicate al par. III 2.3 e dunque l'avvalimento, da parte di Accenture s.p.a., della certificazione di qualità ISO 27001 di Telecom Italia s.r.l..

4. Con il primo motivo la ricorrente afferma che la controinteressata avrebbe dovuto essere esclusa perché la dichiarazione ex art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006 non è stata resa nei confronti di tutti i procuratori.

In particolare la ricorrente ha affermato che l'omissione riguarderebbe: a) in relazione ad Accenture s.p.a., i sig.ri Cerri, Landini, Longo, Mori e Siri; b) in relazione a Accenture Technology s.r.l., i sig.ri Marinelli e Masi; c) in

relazione a Telecom Italia s.p.a., “tutti i procuratori indicati nel certificato storico relativo all’impresa” ed in particolare il sig. Petazzi.

Il motivo non è suscettibile di positiva valutazione.

Il Collegio ricorda che, anche in ordine ai soggetti tenuti ad effettuare la dichiarazione ex art. 38, comma 1, del codice degli appalti la giurisprudenza è divisa. Il citato art. 38, comma 1, lett. c), d.lgs. n. 163 del 2006 fa riferimento, per le società di capitali, agli "amministratori muniti del potere di rappresentanza".

Secondo una parte della giurisprudenza, per l'individuazione dei soggetti tenuti alle dichiarazioni sostitutive finalizzate alla verifica del possesso dei requisiti di moralità, quando si tratti di titolari di organi di persone giuridiche da ricondurre alla nozione di "amministratori muniti di poteri di rappresentanza", occorre esaminare i poteri, le funzioni e il ruolo effettivamente e sostanzialmente attribuiti al soggetto considerato, al di là delle qualifiche formali rivestite (Cons. St., Sez. V, 16 novembre 2010, n. 8059; Sez. VI, 8 febbraio 2007, n. 523, che nella categoria degli amministratori, ai fini dell'art. 38 citato, fanno rientrare sia i "soggetti che abbiano avuto un significativo ruolo decisionale e gestionale societario", sia i procuratori ai quali siano conferiti poteri di partecipare a pubblici appalti formulando le relative offerte).

Altra giurisprudenza ha limitato la sussistenza dell'obbligo di dichiarazione ai soli amministratori muniti di potere di rappresentanza e ai direttori tecnici, e non anche a tutti i procuratori della società. Ha affermato da ultimo Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2013, n. 95 che, ai sensi dell'art. 2380 bis c.c., la gestione dell'impresa spetta esclusivamente agli amministratori e può essere concentrata in un unico soggetto (amministratore unico) o affidata a più persone, che sono i componenti del consiglio di amministrazione (in caso di scelta del sistema monistico ex artt. 2380 e 2409 sexiesdecies c.c.) o del consiglio di gestione (in caso di opzione in favore del sistema dualistico ex artt. 2380 e 2409 octiesc.c.): ad essi, o a taluni tra essi, spetta la rappresentanza istituzionale della società. Ha aggiunto che l'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006 richiede la compresenza della qualifica di amministratore e del potere di rappresentanza (che può essere limitato per gli amministratori ex art. 2384, comma 2, c.c.) e non vi è alcuna possibilità per estendere l'applicabilità della disposizione a soggetti, quali i procuratori, che amministratori non sono. Del resto, si tratta di una norma che limita la partecipazione alle gare e la libertà di iniziativa economica delle imprese, essendo prescrittiva dei requisiti di partecipazione e che, in quanto tale, assume carattere eccezionale ed è, quindi, insuscettibile di applicazione analogica a situazioni diverse, quale è quella dei procuratori. Ha sostenuto infine che anche l'applicazione analogica sarebbe opinabile, in presenza di una radicale diversità della situazione dell'amministratore, cui spettano compiti gestionali e decisionali di indirizzi e scelte imprenditoriali, rispetto a quella del procuratore il quale, benché possa essere munito di poteri di rappresentanza, è soggetto dotato di limitati poteri rappresentativi e gestionali, ma non decisionali (nel senso che i poteri di gestione sono pur sempre circoscritti dalle direttive fornite dagli amministratori). Ha concluso nel senso che l'art. 38, d.lgs. n. 163 del 2006 - nell'individuare i soggetti tenuti a rendere la dichiarazione - fa riferimento soltanto agli "amministratori muniti di potere di rappresentanza", ossia, ai soggetti che siano titolari di ampi e generali poteri di amministrazione, senza estendere l'obbligo ai procuratori e che tale soluzione, oltre ad essere maggiormente rispondente al dato letterale del citato art. 38, evita che l'obbligo della dichiarazione possa dipendere da sottili distinzioni circa l'ampiezza dei poteri del procuratore, inidonee a garantire la certezza del diritto sotto un profilo di estrema rilevanza per la libertà di iniziativa economica delle imprese, costituito dalla possibilità di partecipare ai pubblici appalti (in termini v. anche Cons. St., Sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513; 24 marzo 2011, n. 1782; 21 novembre 2011, n. 6136; 6 giugno 2012, n. 3340).

Rileva il Collegio che nel caso al proprio esame la lex specialis richiedeva espressamente, a pena di esclusione, che la dichiarazione dovesse essere resa dagli “institori, procuratori dotati di poteri decisionali rilevanti e sostanziali

che non siano solo di rappresentanza esterna dell'impresa, ove presenti". Ne consegue che ove si aderisse alla tesi di Cons. St. n. 95 del 2013 si dovrebbe dichiarare la nullità ex art. 46, comma 1 bis, d.lgs. n. 163 del 2006 della clausola del bando perché introduce una causa di esclusione non prevista dal Codice dei contratti.

Ritiene peraltro il Collegio che non sia necessario prendere posizione su tale annosa questione (che, in considerazione del contrasto presente tra le stesse Sezioni del Consiglio di Stato, richiederebbe probabilmente l'intervento risolutorio dell'Adunanza plenaria), atteso che la stazione appaltante ha verificato (probabilmente consapevole della non chiarissima formulazione della clausola della *lex specialis*) la posizione di tutti i nominativi indicati da Accenture s.p.a. e da Accenture Technology s.r.l. (per Telecom Italia s.p.a. si dirà in seguito), anche di quelli indicati come muniti di sola rappresentanza esterna (in relazione ad Accenture s.p.a., i sig.ri Cerri, Landini, Longo, Mori e Siri; in relazione a Accenture Technology s.r.l., i sig.ri Marinelli e Masi). Detta conclusione esonera altresì il Collegio dal verificare (salvo per quanto poi si vedrà nei confronti del sig. Cerri, nei confronti del quale è dedotto un ulteriore motivo di gravame) se effettivamente tali soggetti fossero, come afferma parte ricorrente (ma come esclude invece la stazione appaltante), "dotati di poteri decisionali rilevanti e sostanziali che non siano solo di rappresentanza esterna dell'impresa", essendo stato nei loro confronti comunque effettuato il controllo.

Diversa è la situazione per Telecom Italia s.p.a., rispetto alla quale parte ricorrente afferma che l'omissione attiene a "tutti i procuratori indicati nel certificato storico relativo all'impresa" ed in particolare al sig. Amerigo Riccardo Petazzi. Rileva il Collegio la genericità della censura che non specifica – salvo che per il sig. Petazzi – a quali soggetti ci si intende effettivamente riferire, ma si limita a delegare il Collegio ad individuare, tra i nominativi elencati nelle 1749 pagine di Visura storica della società, quali sono effettivamente i soggetti per i quali la dichiarazione avrebbe dovuto essere effettuata, Visura che peraltro per molti di tali procuratori fa mero rinvio ai poteri conferiti "come da atto n. ... del .. a rogito del notaio ...".

Con riferimento invece al sig. Petazzi la censura, seppure ammissibile, non appare fondata atteso che dalla lettura della Visura non risulta che questi sia stato investito di un potere rappresentativo effettivo e sostanziale, sia interno che esterno.

5. Con riferimento infine all'omessa dichiarazione della condanna penale subita dal sig. Cerri, rileva il Collegio che dalla lettura della Visura camerale appare evidente che lo stesso è dotato di soli poteri di rappresentanza esterna e che quindi non era da annoverare tra i soggetti "dotati di poteri decisionali rilevanti e sostanziali che non siano solo di rappresentanza esterna dell'impresa", per i quali la dichiarazione doveva essere resa.

6. La reiezione dei motivi di ricorso porta alla reiezione della domanda di risarcimento dei danni, non essendo l'aggiudicazione illegittima per i motivi dedotti da parte ricorrente; ciò esonera il Collegio dal verificare se l'Ati Almagiva non abbia comunque contribuito, con il proprio comportamento processuale (id est, con la mancata impugnazione della clausola che le impedisce l'aggiudicazione della gara), ad ingenerare il danno di cui chiede il ristoro. Ciò sul rilievo che il giudice deve escludere la risarcibilità dei danni che sarebbero stati presumibilmente evitati in caso di tempestiva reazione nei confronti del provvedimento potenzialmente lesivo sia in via giudiziale (con l'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo del provvedimento) che in via amministrativa (con la richiesta di autotutela) (Cons. St., A.P., 23 marzo 2011, n. 3; id., Sez. V, 2 novembre 2011, n. 5837 id., Sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983). L'onere dell'ordinaria diligenza, ai sensi dell'art. 1227, comma 2, c.c., cui è tenuto l'avente diritto al risarcimento, comporterebbe dunque l'esclusione della responsabilità dell'Amministrazione, se emerge che il danno avrebbe potuto essere contenuto o evitato con la diligente cura, anche giudiziale (Cons. St., Sez. V, 18 aprile 2012, n. 2252). Tale valutazione può essere effettuata dal giudice amministrativo d'ufficio, senza necessità di eccezione di parte ed acquisendo gli elementi di prova all'uopo necessari, se il presumibile esito del ricorso di annullamento e dell'utilizzazione degli altri strumenti di tutela avrebbe, secondo un giudizio di causalità ipotetica

basato su una logica probabilistica che apprezzi il comportamento globale del ricorrente, evitato in tutto o in parte il danno (Cons. St., A.P., 23 marzo 2011, n. 3).

7. Per le ragioni che precedono il ricorso deve essere in parte dichiarato inammissibile ed in parte respinto.

Quanto alle spese di giudizio, può disporsi l'integrale compensazione fra le parti costituite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza Quater)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, in parte lo dichiara inammissibile e in parte lo respinge.

Compensa integralmente tra le parti in causa le spese e gli onorari del giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 30 gennaio 2013 con l'intervento dei magistrati:

Italo Riggio, Presidente

Domenico Lundini, Consigliere

Giulia Ferrari, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 05/02/2013

IL SEGRETARIO

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