

Pubblicato il 22/01/2024

N. 01210/2024 REG.PROV.COLL.
N. 09907/2023 REG.RIC.
N. 11139/2023 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio

(Sezione Seconda Bis)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

NEI SEGUENTI GIUDIZI RIUNITI:

1) ricorso numero di registro generale 9907 del 2023, proposto da
MAGIF SERVIZI S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., con
domicilio digitale presso gli indirizzi di posta elettronica certificata, come
risultanti dai registri di giustizia, degli avvocati Paolo Caneschi ed Annalisa
Lauteri che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

contro

COMUNE DI TIVOLI, in persona del Sindaco p.t., con domicilio digitale
presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di
giustizia, dell'avvocata Diana Scarpitti che lo rappresenta e difende nel
presente giudizio

nei confronti

FRATELLI ABBATE S.N.C. DI ABBATE DOMENICO & C., in persona
del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso gli indirizzi di
posta elettronica certificata, come risultanti dai registri di giustizia, degli

avvocati Franco Coccoli, Lorenzo Aureli e Francesco Coronidi che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

2) ricorso numero di registro generale 11139 del 2023, proposto da FRATELLI ABBATE S.N.C. DI ABBATE DOMENICO & C., in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso gli indirizzi di posta elettronica certificata, come risultanti dai registri di giustizia, degli avvocati Franco Coccoli, Lorenzo Aureli e Francesco Coronidi che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

contro

COMUNE DI TIVOLI, in persona del Sindaco p.t., con domicilio digitale presso l'indirizzo di posta elettronica certificata, come risultante dai registri di giustizia, dell'avvocata Diana Scarpitti che lo rappresenta e difende nel presente giudizio

nei confronti

MAGIF SERVIZI S.R.L., in persona del legale rappresentante p.t., con domicilio digitale presso gli indirizzi di posta elettronica certificata, come risultanti dai registri di giustizia, degli avvocati Paolo Caneschi e Annalisa Lauteri che la rappresentano e difendono nel presente giudizio

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 9907 del 2023:

per quanto riguarda il ricorso principale

- determinazione dirigenziale n. 1380 del 12/06/23 con cui il Comune di Tivoli ha disposto l'aggiudicazione dei servizi funebri, di durata biennale, in favore della Fratelli Abbate snc - CIG n. 9552771C00;
- verbali della procedura telematica da 1 a 3, relativi alle operazioni di gara e alle valutazioni assunte sull'offerta tecnica dell'aggiudicataria;
- determinazione n. 2497 del 16/12/22 con cui l'ente locale ha deciso di procedere alla selezione dell'operatore economico cui affidare i lavori tramite procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36 d. lgs. n. 50/16;

- bando e lettera di invito del 23/03/23 prot. n. 22774;
 - capitolato speciale d'appalto e relativi allegati,
- e per la condanna al risarcimento del danno con reintegrazione in forma specifica, mediante subentro nel contratto, ove stipulato, o, in subordine, per equivalente;

per quanto riguarda il ricorso incidentale

- punto 10.2.3, lettere i) e ii) della lettera d'invito, qualora interpretato come ostativo alla partecipazione della Fratelli Abbate s.n.c. alla procedura di gara;
- per quanto d'interesse, capitolato speciale d'appalto, nella parte in cui riproduce le previsioni di cui al punto 10.2.3, lettere i) e ii) della lettera d'invito;
- mancata esclusione della Magif Servizi s.r.l. dalla procedura di gara;
- in via subordinata, per quanto necessario, *lex specialis*, nella parte in cui non prevede la clausola sociale;

quanto al ricorso n. 11139 del 2023:

per l'annullamento dei seguenti atti:

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- determinazione dirigenziale n. 1799 del 27/07/23, con cui il Comune di Tivoli ha deliberato i) di revocare, ai sensi dell'art. 21 quinquies l. n. 241/90, l'aggiudicazione, in favore della Fratelli Abbate s.n.c. di Abbate Domenico & C., della procedura negoziata per l'affidamento dei servizi funebri in ambito comunale, di durata biennale, CIG n. 9552771C00, ii) di annullare in autotutela, ai sensi dell'art. 21 nonies l. n. 241/90, il verbale prot. n. 42236/2023 e la conseguenziale richiesta di documenti per la sottoscrizione del contratto avanzata nei confronti della Fratelli Abbate s.n.c. con nota prot. n. 42494/2023, iii) di aggiudicare la procedura di gara all'operatore economico Magif Servizi s.r.l., classificatosi in seconda posizione;
- *lex specialis* della procedura di gara e, segnatamente, lettera d'invito alla predetta procedura di gara, di cui alla nota prot. n. 21687 del 20/03/23 e

capitolato speciale d'appalto ivi allegato, nella parte d'interesse della società ricorrente;

- nota prot. n. 52737 del 18/07/23 di avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione;

- note prot. n. 50775 dell'11/07/23 e prot. n. 52735 del 18/07/23, recanti il parere espresso dall'Avvocatura comunale in merito alla revoca dell'aggiudicazione;

nonché per il risarcimento dei danni sia mediante reintegrazione in forma specifica con subentro nell'esecuzione del contratto di appalto, ove stipulato, che tramite ristoro per equivalente;

per quanto riguarda il ricorso per motivi aggiunti

- *lex specialis* di gara e, in particolare, lettera d'invito e capitolato speciale d'appalto ivi allegato nella parte in cui non recano alcuna disposizione relativa alla cd. "*clausola sociale*";

- nota prot. n. 61596 del 29.08.2023, con cui la stazione appaltante ha deciso di procedere al cd. "*cambio appalto*", facendo subentrare la Magif Servizi alla Fratelli Abbate nell'esecuzione del servizio oggetto di gara.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio degli enti in epigrafe indicati;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 10 gennaio 2024 il dott. Michelangelo Francavilla e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Con ricorso notificato l'11/07/23 e depositato il 12/07/23 (GIUDIZIO n. 9907/23 R.G.) la Magif Servizi s.r.l. ha impugnato la determinazione dirigenziale n. 1380 del 12/06/23, con cui il Comune di Tivoli ha disposto

l'aggiudicazione dei servizi funebri, di durata biennale, alla Fratelli Abbate s.n.c. di Abbate Domenico & C. ed ogni atto connesso, ivi inclusi, i verbali della procedura telematica da 1 a 3, la determinazione n. 2497 del 16/12/22 con cui il Comune ha previsto di procedere “*alla selezione dell'operatore economico cui affidare i lavori tramite procedura negoziata, ai sensi del combinato disposto dell'art. 36, comma 2, lett. c), con invito che sarà trasmesso agli operatori economici che hanno preso parte alla manifestazione di interesse indetta con determinazione CUC n. 102 del 7 aprile 2020*”, il bando e la lettera di invito del 23/03/23 prot. n. 22774, il capitolato speciale d'appalto ed i relativi allegati.

La Fratelli Abbate s.n.c. ed il Comune di Tivoli, costituitisi in giudizio con comparse depositate rispettivamente il 18/07/23 e l'08/09/23, hanno chiesto il rigetto del ricorso.

Con ordinanza n. 12989/23 del 01/08/23 il Tribunale, su richiesta di parte ricorrente, ha rinviato la trattazione della domanda cautelare alla camera di consiglio del 18/10/23.

Con atto notificato l'08/09/23 e depositato in pari data la Fratelli Abbate s.n.c. ha impugnato, in via incidentale, il punto 10.2.3, lettere i) e ii) della lettera d'invito, qualora interpretato come ostativo alla partecipazione della società alla procedura di gara, e, per quanto d'interesse, il capitolato speciale d'appalto, nella parte in cui riproduce le previsioni di cui al punto 10.2.3, lettere i) e ii) della lettera d'invito, la mancata esclusione della Magif Servizi s.r.l. dalla procedura di gara e, in via subordinata, per quanto necessario, la *lex specialis*, nella parte in cui non reca alcuna disposizione relativa alla cd. “*clausola sociale*”.

Con ordinanza n. 6976/23 del 18/10/23 il Tribunale ha dato atto dell'intervenuta rinuncia di parte ricorrente alla domanda cautelare, ha disposto la trattazione della causa secondo il rito previsto dall'art. 120 c.p.a. ed ha fissato, per la definizione del giudizio, la pubblica udienza del giorno 10/01/24.

Con ricorso notificato il 04/08/23 e depositato in pari data (GIUDIZIO n. 11139/23 R.G.) la Fratelli Abbate s.n.c. di Abbate Domenico & C. (di seguito Fratelli Abbate s.n.c.) ha impugnato la determinazione dirigenziale n. 1799 del 27/07/23, con cui il Comune di Tivoli ha deliberato i) di revocare, ai sensi dell'art. 21 quinquies l. n. 241/1990, l'aggiudicazione, in favore della ricorrente, della procedura negoziata per l'affidamento dei servizi funebri in ambito comunale, di valenza biennale (CIG n. 9552771C00), ii) di annullare in autotutela, ai sensi dell'art. 21 nonies l. n. 241/1990, il verbale prot. n. 42236/2023 e la conseguenziale richiesta di documenti per la sottoscrizione del contratto avanzata nei confronti della ricorrente con nota prot. n. 42494/2023, iii) di aggiudicare la procedura di gara alla Magif Servizi s.r.l., classificatasi in seconda posizione, la *lex specialis* della procedura di gara e, segnatamente, la lettera d'invito, di cui alla nota prot. n. 21687 del 20/03/23 e il capitolato speciale d'appalto ivi allegato, nella parte d'interesse, la nota di avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione prot. n. 52737 del 18/07/23 e le note prot. n. 50775 dell'11/07/23 e prot. n. 52735 del 18/07/23, aventi ad oggetto il parere espresso dall'Avvocatura comunale in merito alla revoca dell'aggiudicazione, ed ha chiesto il risarcimento dei danni sia mediante reintegrazione in forma specifica con subentro nell'esecuzione del contratto di appalto, ove stipulato, che mediante ristoro per equivalente.

La Magif Servizi s.r.l. ed il Comune di Tivoli, costituitisi in giudizio con comparse depositate rispettivamente in date 05/08/23 e 01/09/23, hanno concluso per la reiezione del gravame.

Alla camera di consiglio del 12/09/23 parte ricorrente ha rinunciato alla domanda cautelare ed il Tribunale ha fissato, per la decisione del giudizio, la pubblica udienza del 10/01/24.

Con atto notificato il 20/09/23 e depositato il 29/09/23 la ricorrente ha impugnato con motivi aggiunti la *lex specialis* e, precisamente, la lettera d'invito e il capitolato speciale d'appalto ivi allegato, nella parte in cui non prevedono la "*clausola sociale*", e la nota prot. n. 61596 del 29/08/23, con cui la stazione

appaltante ha deciso di procedere al cd. “*cambio appalto*”, facendo subentrare la Magif Servizi s.r.l. nell’esecuzione del servizio oggetto di gara.

Con atto notificato il 16/10/23 e depositato in pari data la ricorrente, ai sensi dell’art. 116 comma 2 c.p.a., ha agito per la declaratoria del diritto di accesso agli atti ivi indicati.

Con ordinanza n. 18186/23 del 04/12/23 il Tribunale ha accolto l’istanza ex art. 116 comma 2 c.p.a. ed ha ordinato al Comune di Tivoli di depositare la documentazione ivi indicata.

Alla pubblica udienza del 10/01/24 il Tribunale, ai sensi dell’art. 73 c.p.a., ha dato avviso della possibile improcedibilità del ricorso principale e della possibile parziale inammissibilità del ricorso incidentale proposti nell’ambito del giudizio n. 9907/23 R.G.; all’esito, i ricorsi sono stati trattenuti in decisione.

DIRITTO

In via pregiudiziale, il Tribunale, ai sensi dell’art. 70 c.p.a., ritiene di dovere riunire i ricorsi n. 9907/23 R.G. e n. 11139/23 R.G., in quanto soggettivamente ed oggettivamente connessi; i giudizi, infatti, vertono tra le medesime parti ed hanno ad oggetto la stessa procedura di gara.

In via preliminare, poi, il Collegio rileva che nella memoria di costituzione depositata in data 08/09/23 il Comune di Tivoli ha chiesto di essere autorizzato all’*“integrazione del contraddittorio/chiamata in causa della compagnia Lloyd’s Insurance Company S.A., Rappresentanza Generale per l’Italia Corso Garibaldi n. 86, 20121 Milano (certificato/polizza n. A4000052657 – LB) dalla quale il Comune intende essere garantito rispetto ad ogni pretesa risarcitoria avanzata dalla parte ricorrente con il presente giudizio”*.

La domanda del Comune di Tivoli deve essere respinta.

Premesso che alla compagnia assicuratrice non può essere, per evidenti ragioni, riconosciuta la qualifica di controinteressata, va rilevato che, secondo l’art. 28 comma 3 c.p.a., *“il giudice, anche su istanza di parte, quando ritiene opportuno che il processo si svolga nei confronti di un terzo, ne ordina l’intervento”*.

Dalla disposizione in esame emerge che, al di fuori dell'ipotesi di integrazione del contraddittorio nei confronti del controinteressato, la chiamata in causa è dal codice del processo amministrativo subordinata ad una valutazione di opportunità del Tribunale; nella fattispecie le finalità pubblicistiche di speditezza processuale che sono alla base del rito accelerato previsto dall'art. 120 c.p.a. ostano, a prescindere da ogni pregiudiziale valutazione in punto di giurisdizione, all'accoglimento della domanda formulata dal Comune di Tivoli il quale, se del caso, potrà fare valere le proprie pretese con separato giudizio.

Nel merito, poi, esigenze di pregiudizialità logico – giuridica impongono al Tribunale di scrutinare, per primo, il ricorso n. 11139/23 R.G..

Il ricorso n. 11139/23 R.G. è, in parte, inammissibile e, per il resto, infondato. Con il ricorso principale la Fratelli Abbate s.n.c. impugna la determinazione dirigenziale n. 1799 del 27/07/23, con cui il Comune di Tivoli ha proceduto i) a revocare, ai sensi dell'art. 21 quinquies l. n. 241/1990, l'aggiudicazione in favore della ricorrente della procedura negoziata per l'affidamento dei servizi funebri in ambito comunale, di valenza biennale (CIG n. 9552771C00), ii) ad annullare in autotutela, ai sensi dell'art. 21 nonies l. n. 241/1990, il verbale prot. n. 42236/2023 e la conseguenziale richiesta di documenti per la sottoscrizione del contratto avanzata nei confronti della ricorrente con nota prot. n. 42494/2023, e iii) ad aggiudicare la procedura di gara alla Magif Servizi s.r.l., classificatasi in seconda posizione; sono, altresì, oggetto d'impugnativa la *lex specialis* e, segnatamente, la lettera d'invito, di cui alla nota prot. n. 21687 del 20/03/23 e il capitolato speciale d'appalto, la nota di avvio del procedimento di revoca dell'aggiudicazione prot. n. 52737 del 18/07/23 e le note prot. n. 50775 dell'11/07/23 e prot. n. 52735 del 18/07/23, aventi ad oggetto il parere espresso dall'Avvocatura comunale in merito alla revoca dell'aggiudicazione, ed è proposta domanda di risarcimento dei danni sia mediante reintegrazione in forma specifica che per equivalente.

Dagli atti emerge che:

- con determinazione n. 2497 del 16/12/22 il Comune di Tivoli, ai sensi dell'art. 36 comma 2 d. lgs. n. 50/16, ha indetto una procedura negoziata per l'affidamento, di durata biennale, dei servizi funebri;
- alla procedura hanno partecipato solo la Magif Servizi s.r.l. e la Fratelli Abbate s.n.c.;
- la lettera d'invito all'art. 10.2.3. lettera ii), tra i requisiti di ordine speciale relativi alla capacità tecnica e professionale, ha richiesto il *“possesso di una dotazione stabile di attrezzature tecniche comprendente, una moto pala, un cala feretri, un pantografo cingolato per la movimentazione delle salme all'interno del cimitero; tale requisito dovrà essere dimostrato tramite l'esibizione delle fatture di acquisto (art.83, comma 6, nuovo Codice dei contratti)”*;
- all'esito delle operazioni di gara, la Fratelli Abbate s.n.c. si è collocata al primo posto con 74,50 punti seguita dalla Magif Servizi s.r.l. con 62,85 punti;
- con determina dirigenziale n. 1280 del 12/06/23 il Comune di Tivoli ha aggiudicato il servizio alla Fratelli Abbate s.n.c.;
- con ricorso n. 9907/23 R.G. la Magif Servizi s.r.l. ha impugnato la determina in esame;
- con determina dirigenziale n. 1799 del 27/07/23 il Comune, ai sensi degli artt. 21 quinquies e 21 nonies l. n. 241/90, avendo riscontrato in capo all'aggiudicataria la carenza del requisito di capacità tecnica professionale concernente il possesso della stabile attrezzatura, richiesto dalla *lex specialis*, ha annullato in autotutela il verbale prot. n. 42236/2023, la conseguenziale richiesta di documenti per la sottoscrizione del contratto di cui al prot. n. 42494/2023 e la determina di aggiudicazione in favore della Fratelli Abbate s.n.c. n. 1380 del 12/06/23 ed ha aggiudicato l'appalto alla Magif Servizi s.r.l., seconda classificata.

Con la prima censura del ricorso principale, proposto nell'ambito del giudizio n. 11139/23 R.G., la Fratelli Abbate s.n.c. prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Cost., 21 quinquies e 21 nonies l. n. 241/90, 83 d. lgs. n. 50/16, 10.2.3. lettera ii) della lettera d'invito, la violazione dei principi di

buon andamento, imparzialità, trasparenza e *par condicio* nonché eccesso di potere sotto vari profili evidenziando che essa avrebbe correttamente dichiarato la disponibilità dell'attrezzatura richiesta dal punto 10.2.3. lettera ii) della lettera d'invito la quale avrebbe ad oggetto non già un requisito di partecipazione ma un mero requisito di esecuzione che, come tale, avrebbe dovuto essere posseduto solo al momento della stipula del contratto e non già della partecipazione alla gara.

Il motivo è infondato.

L'art. 10.2.3. lettera ii) della lettera d'invito ha espressamente richiesto in capo ai concorrenti, come requisito di ordine speciale concernente le “*capacità tecniche e professionali*”, il “*possesso di una dotazione stabile di attrezzature tecniche comprendente, una moto pala, un cala feretri, un pantografo cingolato per la movimentazione delle salme all'interno del cimitero; tale requisito dovrà essere dimostrato tramite l'esibizione delle fatture di acquisto (art.83, comma 6, nuovo Codice dei contratti)*”.

Contrariamente a quanto prospettato nel gravame, la *lex specialis* qualifica espressamente tale elemento come requisito di partecipazione e non già di esecuzione come desumibile dall'inequivoco tenore letterale della lettera d'invito (il paragrafo 10.2, all'interno del quale si trova la disposizione in esame, è intitolato “*requisiti di ordine speciale*”; l'art. 10.2.3., poi, richiama l'art. 83 comma 6 d. lgs. n. 50/16 concernente specificamente i requisiti di ordine speciale relativi alla capacità tecnica e professionale), sul punto confermata dall'art. 4 del capitolato speciale di appalto, e dallo stesso oggetto del requisito (per la comprova del cui possesso è richiesta l'esibizione delle fatture d'acquisto).

A fronte dell'espressa qualificazione operata dalla *lex specialis*, la contraria prospettazione di parte ricorrente, qualora finalizzata a sostenerne la natura di requisito di esecuzione, avrebbe dovuto essere fatta valere attraverso un'esplicita domanda di annullamento dell'art. 10.2.3 lettera ii) della lettera d'invito per questo specifico motivo che non risulta, invero, essere stata proposta (la terza doglianza, infatti, chiede l'annullamento della disposizione

solo laddove la stessa sia interpretabile “*come clausola che imponeva di attestare il requisito ivi previsto solo ed esclusivamente tramite il deposito delle fatture di acquisto*”: pag. 18 dell’atto introduttivo).

Va, in questa sede, comunque, rilevato che le contestazioni circa la natura del requisito in esame non sono corroborate dalla necessaria specificità; la Fratelli Abbate s.n.c., infatti, si limita a prospettare l’esistenza di un requisito di esecuzione ravvisando un “*elemento che attiene alla fase esecutiva del rapporto contrattuale*” (pag. 7 dell’atto introduttivo) ma tale impostazione non può essere condivisa perché, nella stessa definizione dell’art. 83 comma 6 d. lgs. n. 50/16 (secondo cui “*per gli appalti di servizi e forniture, per i criteri di selezione di cui al comma 1, lettera c), [ovvero quelli inerenti le capacità tecniche e professionali] le stazioni appaltanti possono richiedere requisiti per garantire che gli operatori economici possiedano le risorse umane e tecniche e l’esperienza necessarie per eseguire l’appalto con un adeguato standard di qualità*”), non a caso richiamato dall’art. 10.2.3. lettera ii) della lettera d’invito, la strumentalità delle risorse tecniche rispetto all’esecuzione del contratto è coerente con l’espressa natura di requisito di partecipazione riconosciuta dalla norma.

Pertanto, proprio perché requisito di partecipazione, l’attrezzatura, indicata dall’art. 10.2.3. lettera ii) della lettera d’invito, avrebbe dovuto essere posseduta sin dal momento della partecipazione alla gara e fino alla stipula del contratto secondo il noto principio di continuità dei requisiti di partecipazione di ordine generale e speciale (per cui in giurisprudenza Cons. Stato n. 434/23, n. 447/22, n. 386/21, n. 2968/2020).

Dagli atti di causa emerge l’indiscutibile mancanza di tale requisito di partecipazione alla gara in capo alla Fratelli Abbate s.n.c. la quale, infatti, nel Documento di Gara Unico Europeo – DGUE si è limitata a dichiarare che, “*per l’esecuzione dell’appalto l’operatore economico disporrà dell’attrezzatura, del materiale e dell’equipaggiamento tecnico seguenti: [Specifiche attrezzature per i servizi cimiteriali e più precisamente, moto pala, mini escavatore, motocarro, autocarro, cala feretri, pantografo cingolato, ponteggi specifici a tubi e giunti, trabattelli a norma, tavolati in legno, piccole*

attrezzature minute e attrezzature inerenti la messa in sicurezza del servizio prestato; materiali inerenti lo smaltimento dei rifiuti speciali e materiali di consumo specifici; apposito equipaggiamento per l'espletamento del servizio e più precisamente indumenti per la sicurezza e igiene lavorativa. Si fa presente che moto pala, mini escavatore, calaferetri e pantografo cingolato verranno immessi nel processo produttivo tramite acquisto o contratto di noleggio a freddo da formalizzare dopo l'eventuale aggiudicazione della gara (si allegano preventivi)" (parte IV lettera c punto 9 del DGUE, pag. 14).

Dalla dichiarazione in questione emerge che parte dell'attrezzatura sarà acquistata o noleggiata dalla ricorrente solo nell'eventualità in cui essa consegua l'aggiudicazione della gara il che comprova la carenza del requisito al momento della partecipazione alla procedura.

Ne deriva che la ricorrente avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara per la mancanza di un requisito di partecipazione di ordine speciale richiesto dalla *lex specialis*.

Con la seconda censura la ricorrente prospetta la violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Cost., 60 della Direttiva 2014/24/UE, 21 quinquies e 21 nonies l. n. 241/90, 83, 85 e 86 d. lgs. n. 50/16 nonché dell'allegato XVII al predetto decreto legislativo, violazione dei principi di buon andamento, imparzialità, trasparenza e *par condicio* nonché eccesso di potere sotto vari profili in quanto, anche a volere qualificare l'elemento in esame come requisito di partecipazione, il provvedimento impugnato sarebbe comunque illegittimo nella parte in cui la stazione appaltante ha ritenuto l'esponente priva di detto requisito reputando non idonea, ai fini della relativa prova, la dichiarazione resa nel DGUE e il preventivo di noleggio allegato al DGUE stesso.

In quest'ottica, secondo la ricorrente, premesso che la verifica dei requisiti dovrebbe essere effettuata solo prima dell'aggiudicazione, gli artt. 83 comma 7 e 86 comma 5 d. lgs. n. 50/16 rinvierebbero all'allegato XVII parte II del medesimo testo normativo il quale riterrebbe sufficiente una dichiarazione dell'operatore circa i mezzi di cui disporrà per eseguire l'appalto; inoltre, secondo gli artt. 60 della Direttiva 2014/24/UE e 86 comma 1 d. lgs. n.

50/16, le stazioni appaltanti non potrebbero esigere mezzi di prova differenti rispetto a quelli indicati dagli articoli in esame.

Per questi motivi, la ricorrente, avrebbe correttamente “*dichiarato*” e, in tal modo, “*attestato*” il possesso del requisito e, quindi, non avrebbe potuto essere estromessa dalla gara; in ogni caso, l’esponente sarebbe stata sempre in possesso, in concreto, delle attrezzature e dei mezzi richiesti dal paragrafo 10.2.3, lett. ii) della lettera d’invito in virtù del contratto di noleggio stipulato per l’esecuzione del precedente appalto, ancora in corso, e, comunque, la stazione appaltante avrebbe omesso di attivare il necessario soccorso istruttorio.

Il motivo è infondato.

Va, in proposito, evidenziato che:

- il fatto che la verifica del requisito di partecipazione debba essere effettuata al momento dell’aggiudicazione non toglie che il requisito in esame debba essere posseduto fin dal momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara e fino alla stipula del contratto (come si evince dagli artt. 32 comma 7 e 80 comma 6 d. lgs. n. 50/16 e dall’orientamento giurisprudenziale in precedenza richiamato);
- nella fattispecie la stazione appaltante ha correttamente disposto l’esclusione della ricorrente in ragione della dichiarata mancanza del requisito e non già dell’insufficiente prova dello stesso (nel DGUE la Fratelli Abbate s.n.c. ha attestato che avrebbe acquisito “*moto pala, mini escavatore, calaferetri e pantografo cingolato*” solo nel caso di “*eventuale aggiudicazione della gara*”);
- ne deriva che gli artt. 83 comma 7, 86 commi 1 e 5 d. lgs. n. 50/16 nonché 60 della Direttiva 2014/24/UE, aventi ad oggetto proprio la prova dei requisiti, non assurgono ad idonei parametri alla luce dei quali valutare la legittimità della fattispecie espulsiva;
- per lo stesso motivo, parte ricorrente non può lamentare il mancato espletamento del soccorso istruttorio il quale può avere ad oggetto la sola documentazione concernente la dichiarazione o la prova dei requisiti di

partecipazione già posseduti ma non può mai essere utilizzato per acquisire un requisito di partecipazione non esistente al momento della partecipazione, pena la violazione del ricordato principio di continuità dei requisiti;

- la prospettazione relativa all'effettivo possesso del requisito in riferimento all'appalto in corso di esecuzione costituisce circostanza che non può essere apprezzata, ai fini della valutazione di fondatezza del gravame, in quanto mai esplicitata nel corso del procedimento di gara e, per altro, contrastante con la stessa dichiarazione resa nel DGUE.

Con la terza censura la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Cost., 60 della Direttiva 2014/24/UE, 21 quinquies e 21 nonies l. n. 241/90, 83, 85 e 86 d. lgs. n. 50/16 nonché dell'allegato XVII al predetto decreto legislativo, dell'art. 10.2.3. lettera ii) della lettera d'invito, dei principi di buon andamento, imparzialità, trasparenza e *par condicio* nonché eccesso di potere sotto vari profili in quanto, nell'ipotesi in cui l'art. 10.2.3. lettera ii) della lettera d'invito sia interpretabile nel senso di imporre la prova del requisito solo tramite il deposito delle fatture di acquisto, la clausola sarebbe illegittima (tanto che ne viene chiesto l'annullamento) per violazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione e di tassatività ed equipollenza dei mezzi di prova dei requisiti.

Il motivo è infondato.

Come già evidenziato, l'esclusione della ricorrente dalla gara è stata legittimamente disposta in ragione della dichiarata mancanza di un requisito di partecipazione e non già per l'omessa prova dello stesso; ne consegue l'irrilevanza, ai fini della valutazione di fondatezza del gravame, di ogni argomentazione relativa ai mezzi di prova dei requisiti.

Con la quarta censura la ricorrente lamenta la violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Cost., 83 d. lgs. n. 50/16 e 10.2.3. lettera ii) della lettera d'invito evidenziando, in particolare, che la determina n. 1799 del 27/07/23 sarebbe illegittima nella parte in cui ha disposto l'aggiudicazione in favore della controinteressata la quale avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara in quanto

priva del requisito di carattere economico-finanziario di cui al predetto § 10.2.2, lett. i) della lettera d'invito, afferente al possesso "...di idonee referenze bancarie rilasciate da almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del D.lgs. 385/1993...".

Il motivo è infondato.

Come emerge dalla documentazione depositata dal Comune di Tivoli in data 08/09/23 (allegato 10), la Magif Servizi s.r.l., ai fini della partecipazione alla gara, ha ritualmente prodotto le referenze bancarie richieste dall'art. 10.2.2. lettera i) della lettera d'invito.

Con atto notificato il 20/09/23 e depositato il 29/09/23 la Fratelli Abbate s.n.c. impugna con motivi aggiunti la *lex specialis* e, precisamente, la lettera d'invito e il capitolato speciale d'appalto ivi allegato, nella parte in cui non recano alcuna disposizione relativa alla cd. "*clausola sociale*", e la nota prot. n. 61596 del 29/08/23, con cui la stazione appaltante ha deciso di procedere al cd. "*cambio appalto*", facendo subentrare la Magif Servizi s.r.l. nell'esecuzione del servizio oggetto di gara.

Con la prima censura del ricorso per motivi aggiunti (ivi rubricata sub V) la Fratelli Abbate s.n.c. deduce la violazione e falsa applicazione degli artt. 97 Cost., 35, 36 e 50 d. lgs. n. 50/16, la violazione dei principi di imparzialità, buon andamento, trasparenza e *par condicio* nonché eccesso di potere in quanto la *lex specialis* non avrebbe previsto la clausola sociale finalizzata alla tutela della stabilità occupazionale del personale impiegato dalla ricorrente, quale gestore uscente, nonostante si tratti di un appalto ad alta intensità di manodopera.

Il motivo è inammissibile il che consente di prescindere dall'esame dell'eccezione d'irricevibilità sollevata dal Comune di Tivoli nella memoria depositata il 21/12/23.

Come ha avuto modo di precisare il giudice di appello, nelle procedure ad evidenza pubblica la situazione giuridica soggettiva fatta valere in giudizio, costituita dalla lesione dell'interesse a partecipare alla procedura di gara o dell'interesse all'aggiudicazione del contratto, non può costituire il veicolo

mediante il quale si consenta l'introduzione di un interesse (oggettivo) al rispetto della legge; in quest'ottica, *“il mancato inserimento della clausola sociale... non solo non comporta un onere di immediata impugnazione (non determinando alcun ostacolo alla partecipazione alla procedura di gara), ma nemmeno incide sulla posizione giuridica degli operatori economici concorrenti e sull'interesse all'aggiudicazione, dal momento che non sono tenuti a rispettare gli obblighi che dalla clausola discendono, in termini di predisposizione dell'offerta o di assunzione di impegni per la fase di esecuzione dell'appalto, diretti al mantenimento dei livelli occupazionali in atto nella precedente gestione del servizio. Non si intende, quindi, in qual modo l'omessa previsione della clausola sociale possa ledere la situazione giuridica dell'offerente”* (Cons. Stato n. 1234/22).

Tale impostazione merita di essere condivisa anche allorché il partecipante sia il gestore uscente (come, del resto, nel caso deciso dal Consiglio di Stato) il quale non è titolare di un interesse proprio a lamentare il mancato inserimento della clausola che, se del caso, penalizza i dipendenti e non già la società; ed, infatti, a fondamento della censura l'ente ricorrente si limita a dedurre l'interesse al riassorbimento che, però, fa capo ai lavoratori e non alla Fratelli Abbate s.n.c.

Nessun pregiudizio, poi, subisce la ricorrente per il fatto di continuare a remunerare i propri dipendenti (pag. 5 della memoria depositata il 29/12/23 dalla Fratelli Abbate s.n.c.) venendo in rilievo il normale adempimento della società ad obbligazioni da essa assunte nei confronti dei propri dipendenti a fronte di prestazioni da questi ultimi rese nei confronti della prima.

Con la seconda censura (rubricata sub VI) la ricorrente prospetta la violazione degli artt. 97 Cost., 32, 35, 36 e 50 d. lgs. n. 50/16 nonché eccesso di potere sotto vari profili in quanto la nota prot. n. 61596 del 29/08/23, con cui il Comune ha comunicato che a decorrere dal 01/09/23 il servizio sarebbe stato svolto, in via d'urgenza, dalla Magif Servizi s.r.l., risulterebbe affetta da invalidità derivata e da vizi propri; infatti, la stazione appaltante non avrebbe previsto il riassorbimento del personale della ricorrente, quale gestore uscente, e, comunque, nella fattispecie non sussisterebbero i presupposti richiesti

dall'art. 32 d. lgs. n. 50/16 per il ricorso all'esecuzione anticipata del contratto, specie se si considera che la ricorrente avrebbe manifestato la propria disponibilità a proseguire nel rapporto in attesa della definizione del contenzioso davanti al TAR a condizioni più vantaggiose per l'amministrazione rispetto a quelle offerte dalla controinteressata.

Il motivo è inammissibile ed infondato.

Infatti, una volta acclarata la legittimità dell'esclusione della ricorrente dalla gara per l'affidamento del servizio, la stessa non è titolare di alcuna posizione legittimante ai fini della proroga del servizio stesso che le consenta di contestare l'affidamento, in via d'urgenza, alla Magif Servizi s.r.l...

A ciò si aggiunga che l'affidamento alla controinteressata risulta giustificato dalla qualifica di aggiudicataria di quest'ultima e che le circostanze, menzionate nella gravata nota del 29/08/23 e relative all'esigenza di garantire la continuità del servizio, sicuramente concretizzano il presupposto dell'urgenza la cui sussistenza è richiesta dall'art. 32 comma 8 d. lgs. n. 50/16 per l'esecuzione anticipata del contratto.

Per questi motivi il ricorso n. 11139/23 R.G. è, in parte, inammissibile e, per il resto, infondato.

La Fratelli Abbate s.n.c., in quanto soccombente, deve essere condannata al pagamento delle spese del giudizio n. 11139/23 R.G. il cui importo è liquidato in dispositivo.

Con il ricorso principale n. 9907/23 R.G. la Magif Servizi s.r.l. impugna la determinazione dirigenziale n. 1380 del 12/06/23, con cui il Comune di Tivoli ha disposto l'aggiudicazione dei servizi funebri, di durata biennale, alla Fratelli Abbate s.n.c. ed ogni atto connesso, ivi inclusi, i verbali della procedura telematica da 1 a 3, la determinazione n. 2497 del 16/12/22 con cui il Comune ha previsto di procedere alla selezione dell'operatore economico cui affidare i lavori tramite procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36 d. lgs. n. 50/16, il bando e la lettera di invito del 23/03/23 prot. n. 22774, il capitolato speciale d'appalto ed i relativi allegati.

Esigenze di pregiudizialità logico – giuridica inducono il Collegio a scrutinare, per primo, il ricorso incidentale, proposto con atto notificato l'08/09/23 e depositato in pari data, con cui la Fratelli Abbate s.n.c. impugna il punto 10.2.3, lettere i) e ii) della lettera d'invito, qualora interpretato come ostativo alla sua partecipazione alla procedura di gara, il capitolato speciale d'appalto, nella parte in cui riproduce le previsioni di cui al punto 10.2.3, lettere i) e ii) della lettera d'invito, la mancata esclusione della Magif Servizi s.r.l. dalla procedura di gara e, in via subordinata, per quanto necessario, la *lex specialis*, nella parte in cui non reca alcuna disposizione relativa alla cd. “*clausola sociale*”. Il ricorso incidentale, proposto nell'ambito del giudizio n. 9907/23 R.G., è, in parte, inammissibile e, per il resto, infondato secondo quanto in prosieguo specificato.

Con una serie di censure, tra loro connesse, la Fratelli Abbate s.n.c. prospetta, in via incidentale:

- l'illegittimità del punto 10.2.3. lettera ii) della lettera d'invito, nell'“*ipotesi in cui codesto Ecc.mo TAR dovesse interpretare la suddetta clausola nel senso specificato dalla Magif Servizi in sede di ricorso - ovvero sia come clausola che imponeva di attestare il requisito ivi previsto solo ed esclusivamente tramite il deposito delle fatture di acquisto*” (pag. 13 del ricorso incidentale), per violazione dei principi di tassatività delle cause di esclusione, di tassatività dei mezzi di prova di cui all'art. 60 Direttiva n. 2014/24/UE, di equipollenza dei mezzi di prova di cui all'art. 86 comma 1 d. lgs. n. 50/16 e dell'Allegato XVII d. lgs. n. 50/16, che consentirebbero di attestare il possesso dei richiesti requisiti tecnici tramite “*una dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui l'imprenditore o il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto*”, come avvenuto nel caso di specie, e non menzionerebbero in alcun modo le “*fatture di acquisto*” richiamate dalla stazione appaltante (prima doglianza);
- l'illegittimità del punto 10.2.3 lettera i) della lettera d'invito laddove interpretabile nel senso di “*ritenere che la collocazione formale del predetto requisito al par. 10.2.3, lett. i), della lettera di invito, tra le “Capacità tecniche e professionali”, possa*

ex se comportare la nullità del contratto di avvalimento e la conseguente esclusione della Fratelli Abbate dalla procedura di gara” (pag. 19 del ricorso incidentale) in quanto il fatturato specifico, ivi previsto, dovrebbe essere qualificato come requisito di capacità economica e finanziaria e non già come risorsa tecnica (seconda doglianza);

- l’illegittimità della mancata esclusione dalla gara della Magif Servizi s.r.l. per carenza del requisito di carattere economico-finanziario di cui al predetto punto 10.2.2, lett. i) della lettera d’invito, afferente al possesso “...di idonee referenze bancarie rilasciate da almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del D.lgs. 385/1993...” (terza doglianza);

- in via subordinata, l’illegittimità della *lex specialis* per la mancata previsione della clausola sociale prescritta dagli artt. 36 e 50 d. lgs. n. 50/16 in quanto l’appalto in esame avrebbe ad oggetto un servizio ad alta intensità di manodopera (quarta doglianza).

I motivi sono inammissibili ed infondati.

In particolare, con la prima, la terza e la quarta censura la Fratelli Abbate s.n.c. si limita a riproporre nel presente giudizio, *sub specie* di ricorso incidentale, i motivi articolati con il ricorso n. 11139/23 R.G. avente ad oggetto la determina n. 1799 del 27/07/23 con cui il Comune di Tivoli ha annullato, in autotutela, l’aggiudicazione disposta in favore della predetta società; per l’infondatezza e l’inammissibilità di tali censure si rinvia, pertanto, a quanto evidenziato in sede di esame del ricorso n. 11139/23 R.G..

La seconda censura del ricorso incidentale, poi, è inammissibile per carenza d’interesse.

Infatti, la ritenuta esistenza di una causa di esclusione, rinvenibile nel disposto dell’art. 10.2.3. lettera ii) della lettera d’invito, la cui legittimità è stata accertata dal Collegio in riferimento alle altre doglianze, priva la ricorrente d’interesse allo scrutinio della seconda censura, avente ad oggetto un’ulteriore motivo di esclusione, fondato sull’articolo 10.2.3 lettera i) della lettera d’invito (riferibile all’ svolgimento nel triennio 2019, 2020 e 2012 di almeno un servizio analogo)

la cui illegittimità, *in parte qua*, non potrebbe mai comportare per la Fratelli Abbate s.n.c., per le ragioni anzidette, la riammissione alla gara e l'aggiudicazione della stessa.

Per questi motivi il ricorso incidentale presentato nell'ambito del giudizio n. 9907/23 R.G. è, in parte, inammissibile per carenza d'interesse e, per il resto, infondato.

Quanto fin qui evidenziato, poi, induce il Tribunale a ritenere improcedibile, per sopravvenuta carenza d'interesse, il ricorso principale proposto nell'ambito del giudizio n. 9907/23 R.G. con cui la Magif s.r.l. impugna, unitamente agli atti endoprocedimentali in epigrafe richiamati, la determinazione dirigenziale n. 1380 del 12/06/23, con cui il Comune di Tivoli ha disposto l'aggiudicazione dell'appalto in favore della Fratelli Abbate s.n.c..

Ed, infatti, l'atto in esame risulta annullato in autotutela dalla determina n. 1799 del 27/07/23, con cui il Comune di Tivoli ha anche disposto l'aggiudicazione dell'appalto in favore della Magif Servizi s.r.l. e la cui legittimità consegue alla reiezione delle domande formulate dalla Fratelli Abbate s.n.c..

Per questi motivi il Tribunale dichiara l'improcedibilità, per sopravvenuta carenza d'interesse, del ricorso principale proposto dalla Magif Servizi s.r.l. nell'ambito del giudizio n. 9907/23 R.G..

L'esito complessivo del giudizio n. 9907/23 R.G. induce il Tribunale a disporre la compensazione delle relative spese fermo restando che, in base al criterio della c.d. "*soccombenza virtuale*", il contributo unificato anticipato dalla ricorrente deve essere posto a carico, in solido, del Comune di Tivoli e della Fratelli Abbate s.n.c..

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Seconda Bis), definendo il giudizio, così provvede:

1) dispone la riunione dei giudizi n. 9907/23 R.G. e n. 11139/23 R.G.;

- 2) respinge la domanda, formulata nel giudizio n. 11139/23 R.G., con cui il Comune di Tivoli ha chiesto l'integrazione del contraddittorio nei confronti della compagnia assicuratrice da esso indicata;
 - 3) dichiara il ricorso n. 11139/23 R.G., in parte, inammissibile, e, per il resto, improcedibile, secondo quanto indicato in motivazione;
 - 4) condanna la Fratelli Abbate s.n.c. a pagare, in favore del Comune di Tivoli e della Magif Servizi s.r.l., le spese del giudizio n. 11139/23 R.G. il cui importo, per ognuno dei predetti enti, liquida in euro quattromila/00, oltre iva e cpa come per legge;
 - 5) dichiara, in parte, inammissibile e, per il resto, infondato il ricorso incidentale presentato dalla Fratelli Abbate s.n.c. nell'ambito del giudizio n. 9907/23 R.G.;
 - 6) dichiara improcedibile, per sopravvenuta carenza d'interesse, il ricorso principale proposto dalla Magif Servizi s.r.l. nell'ambito del giudizio n. 9907/23 R.G.;
 - 7) dispone la compensazione delle spese di lite relative al giudizio n. 9907/23 R.G. ponendo definitivamente a carico del Comune di Tivoli e della Fratelli Abbate s.n.c., in solido, il contributo unificato anticipato dalla ricorrente.
- Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
- Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 10 gennaio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Pietro Morabito, Presidente

Michelangelo Francavilla, Consigliere, Estensore

Salvatore Gatto Costantino, Consigliere

L'ESTENSORE
Michelangelo Francavilla

IL PRESIDENTE
Pietro Morabito

IL SEGRETARIO