

Pubblicato il 14/11/2017

N. 00707/2017 REG.PROV.COLL.
N. 00042/2017 REG.RIC.



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

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso avente numero di registro generale 42 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

- Datacontact s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di capogruppo mandataria del costituendo RTI con le mandanti Lucana Sistemi s.r.l. e Gruppo Servizi Informatici s.r.l., nonché Lucana Sistemi s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in proprio e nella qualità di mandante nel detto costituendo RTI, nonché Gruppo Servizi Informatici s.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio e nella qualità di mandante nel detto costituendo RTI, tutte rappresentate e difese in giudizio dagli avvocati Paolo Berruti, Stefano Vinti, Dario Capotorto, Francesco Calculli e Pierluigi Lapolla, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Potenza, alla via Ciccotti n. 10;

contro

Regione Basilicata in Persona del Presidente P.T., in persona del legale

rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Valerio Di Giacomo, con domicilio eletto presso l'Avvocatura dell'Ente, in Potenza, alla via Verrastro;

nei confronti di

- TELEVITA s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, ALMAVIVA - The Italian Innovation Company s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, PUBLISYS s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, ciascuna in proprio e quale mandataria, la prima, e mandanti, la seconda e la terza, di costituendo RTI, tutte rappresentate e difese in giudizio dagli avvocati Giuseppe Buscicchio e Gerardo Pedota, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo, in Potenza, al corso G. Garibaldi n. 32;

per l'annullamento,

previa sospensione dell'efficacia,

quanto al ricorso introduttivo:

- determinazione del Dipartimento stazione unica appaltante della Regione Basilicata, SUA-RB, n. 20AC.2016/D.00090 del 28 dicembre 2016;
- relativa nota di comunicazione del 30 dicembre 2016;
- determinazione SUA RB n. 20AC.2017/D.00001 del 10 gennaio 2017;
- determinazione SUA RB 20AC.2017/D.00003 del 19 gennaio 2017
- relativa nota di comunicazione del r.d.p. prot. n.11564-20AC del 24 gennaio 2017;
- provvedimento di aggiudicazione provvisoria nei confronti dell'ATI Televita presente in qualsivoglia atto e provvedimento di organo o soggettività regionale;
- tutti gli atti e verbali relativi alle attività della commissione giudicatrice e dell'Amministrazione della procedura *de qua* e dell'operato ed attività in essi sviluppato e registrato;
- atti ed operazioni di verifiche eseguite ai sensi degli artt. 38 e 48 del d.lgs

n. 163/06 sull'A.T.I. controinteressata, ivi compresi se del caso la richiesta del 24.11.16 e dell'11.1.17 di inoltro di fatture quietanzate per clienti privati;

- ogni atto presupposto, conseguente, preliminare, consequenziale, esecutivo, consultivo;

- contratto, se intervenuto o a stipularsi tra l'Amministrazione e l'A.T.I. controinteressata;

- ove occorra, e nei limiti dell'interesse, della *lex specialis*, in parte qua e nei limiti dell'interesse subordinato fatto valere laddove di seguito esplicitato;

- nonché per la dichiarazione di decadenza dell'ATI controinteressata nelle verifiche ai sensi degli artt. 38 e 48 del d.lgs n. 163/06;

- nonché, ove occorra e nei limiti dell'interesse, per la declaratoria di inefficacia di convenzione eventualmente stipulata e/o a stipularsi tra la Regione Basilicata ed ATI controinteressata, anche in ragione della richiesta di subentro che sin d'ora si propone e si chiede disporre;

- per l'ordine all'Ente resistente di aggiudicare l'appalto in favore della costituenda ATI ricorrente e la conseguente stipula del contratto, ovvero per la declaratoria del diritto della ricorrente al subentro nel contratto, quale risarcimento in forma specifica, previa declaratoria di inefficacia del contratto di appalto con la controinteressata, se sottoscritto;

- in via gradata, previa dichiarazione di inefficacia del contratto di appalto, del risarcimento dei danni subiti e subendi in dipendenza dei provvedimenti impugnati, con la condanna dell'Ente agli stessi, ivi compresi pagamento della somma pari all'utile di impresa, condanna del risarcimento danni per perdita di chance e danno curriculare, determinata dal Collegio ai sensi dell'art. 1226 c.c.;

- in subordine, per la condanna dell'Amministrazione resistente al risarcimento del danno per equivalente, anche, gradatamente, con criteri equitativi ai sensi dell'art.1226 cod. civ, con maggiorazione di interessi e

rivalutazione monetaria dal maturato al soddisfo.

quanto all'atto di motivi aggiunti

- degli atti e provvedimenti già impugnati con il ricorso introduttivo.

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Basilicata, della Televita s.p.a., della Almaviva s.p.a., e della Publisys s.p.a.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore, alla pubblica udienza del giorno 20 aprile 2017, il Referendario Benedetto Nappi;

Uditi i difensori delle parti presenti, coma da verbale d'udienza;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1. Con atto spedito per la notificazione in data 30 gennaio 2017, depositato il successivo 10 di febbraio, la Datacontact s.r.l., è insorta avverso gli atti in epigrafe, concernenti l'aggiudicazione definitiva in favore del RTI Televita s.p.a. della “procedura aperta per l'evoluzione di soluzioni e servizi avanzati a supporto dell'Agenda Digitale per il periodo 2016-2020”.

1.1. In punto di fatto, dagli atti di causa emerge quanto segue:

- con determinazione dirigenziale n. 20AC.2015/D.00012 del 17 dicembre 2015, della stazione appaltante è stata disposta l'indizione della procedura aperta per l'affidamento del servizio relativo all'evoluzione di soluzioni e servizi avanzati a supporto dell'Agenda Digitale per il periodo 2016-2020;
- alla data di scadenza prevista del bando sono pervenute, al protocollo della Regione Basilicata le seguenti offerte: - RTI Datacontact s.r.l., mandataria, Lucana Sistemi s.r.l., mandante, e Gruppo Servizi Informatici s.r.l., mandante; - RTI Televita s.p.a., mandataria, Publisys s.p.a., mandante, e Almaviva s.p.a., mandante;

- espletate le operazioni di gara, la commissione giudicatrice, nella seduta del 13 ottobre 2016, ha aggiudicato provvisoriamente l'appalto al RTI Televita s.p.a.;
- eseguite con esito positivo le verifiche di cui agli artt. 38 e 48 d.lgs. n. 163 del 2006, con l'impugnata determinazione regionale n. 20AC.2016/D.00090 del 28 dicembre 2016 la gara è stata definitivamente aggiudicata al RTI Televita s.p.a..
- secondo la deducente, tuttavia, il RTI aggiudicatario avrebbe dovuto essere estromesso dalla procedura di gara già al momento dell'apertura della busta contenente la documentazione amministrativa.

1.2. In diritto, parte ricorrente ha dedotto i motivi di seguito rubricati:

I. violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara (pag. 3) e della obbligatorietà del sopralluogo. Violazione e falsa applicazione di autovincolo. Violazione dei principi dell'evidenza pubblica. Difetto d'istruttoria. Eccesso di potere in tutte le forme sintomatiche. Difetto di presupposti e di istruttoria e motivazione;

II. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* in termini di capacità tecnica e professionale (ivi compresi luogo III.2.3 del bando; disciplinare – all. c - sub 5 - pag. 5, nonché pag. 7; dei chiarimenti resi dalla stazione appaltante). Violazione e falsa applicazione degli artt. 42, 48 del d.lgs. 163/2006 e degli artt. 19, 46 e 47 dPR 445/2000. Violazione e falsa applicazione dell'autovincolo. Eccesso di potere per difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento, illogicità ed irrazionalità manifeste;

III. Violazione e falsa applicazione dell'art. 49 del d.lgs. 163/2006 e artt. 88 e 104 dPR 207/2010; Eccesso di potere per travisamento, difetto dei presupposti. Violazione e falsa applicazione dell'art. 5 del disciplinare di gara. Violazione dei principi giurisprudenziali che regolano l'impiego dell'avvalimento;

IV. Violazione e falsa applicazione dell'art. 37, co. 2, del d.lgs. n. 163/2006.

Violazione e falsa applicazione degli artt. 92 e 275 del d.P.R. 5.10.2010, n. 207. Violazione e falsa applicazione dell'art. 7 del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione della *lex specialis* di gara. Difetto d'istruttoria. Eccesso di potere in tutte le forme sintomatiche;

V. Violazione e falsa applicazione dell'art. 11 del disciplinare di gara. Violazione e falsa applicazione delle prescrizioni contenute a pagina 15 del capitolato tecnico inerenti le esigenze di rapido avvio del servizio e di pronta migrazione dei sistemi. Eccesso di potere per difetto di istruttoria. Travisamento dei fatti. Palese illogicità delle valutazioni espletate in sede di attribuzione dei punteggi tecnici relativi ai tempi di avvio del servizio. Difetto d'istruttoria. Eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche. Eccesso di potere per manifesta illogicità e irragionevolezza. Ingiustizia manifesta. Eccesso di potere per difetto di motivazione;

VI. Violazione e disapplicazione della *lex specialis* (csa all. d pag. 15; pag. 16/17; all. d.1 capitolato *contact center* pag. 27). Eccesso di potere per omessa, erronea, insufficiente considerazione di presupposti. Violazione art. 42 d.lgs. 163/2006. Difetto di motivazione e istruttoria. Lesione di principi applicativi in materia di gare. Illogicità. Difetto d'istruttoria;

VII. Violazione di legge. Violazione della *lex specialis* ed anche degli autolimiti posti alla commissione. Disparità di trattamento. Illogicità e ingiustizia manifesta. Eccesso di potere per travisata considerazione dei presupposti. Contraddittorietà;

VIII. Violazione e falsa applicazione dell'art. 86, co. 2, del d.lgs. n. 163/2006. Violazione e falsa applicazione dell'art. 86, co. 3, del d.lgs. n. 163/2006. Difetto d'istruttoria. Eccesso di potere in tutte le sue forme sintomatiche. Ingiustizia manifesta;

IX. Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 48 del d.lgs. n. 163/2006. Difetto d'istruttoria;

X. Violazione e falsa applicazione degli artt. 38 e 48 del d.lgs. n. 163/2006.

Difetto d'istruttoria. Intervenuta decadenza;

XI. Invalidità propria e derivata, ove non caducante.

2. Si è costituita in giudizio la Regione Basilicata, eccependo in rito l'inammissibilità del ricorso, nonché, nel merito, la sua infondatezza.

2.1. Il RTI controinteressato, del pari costituitosi in giudizio, ha concluso per il rigetto del ricorso.

3. Con atto affidato alla notificazione in data 1 marzo 2017, depositato il successivo 13 di marzo, il RTI Televiva s.p.a. ha proposto ricorso incidentale, deducendo, in diritto, i motivi di seguito rubricati:

I. Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, comma 1 lett. "c", del D. Lgs. n. 163 del 2006. Eccesso di potere (difetto di istruttoria e di motivazione, travisamento);

II. Violazione e disapplicazione della *lex specialis* (capitolato tecnico, all. d, pag. 15). Eccesso di potere per omessa, erronea ed insufficiente considerazione dei presupposti. Violazione dell'art. 42 del d.lgs 163/2006; Difetto di istruttoria;

III. Violazione di legge. Violazione della *lex specialis* ed anche degli autolimiti posti dalla commissione. Disparità di trattamento, illogicità ed ingiustizia manifeste. Eccesso di potere per travisata considerazione dei presupposti. Contraddittorietà.

4. Con atto affidato alla notificazione il 14 marzo 2017, depositato il successivo 17 di marzo, parte ricorrente ha proposto motivi aggiunti avverso i medesimi provvedimenti già impugnati col ricorso introduttivo, deducendo in diritto le seguenti ulteriori censure:

XII. Violazione di legge. Violazione e falsa applicazione degli artt. 75 e 76 del d.P.R. n. 445/2000. Violazione e falsa applicazione dell'art. 42 d.lgs. 163/2006; Violazione e falsa applicazione dell'art. 38, co. 1-ter, d.lgs. 163/2006 e dei principi in materia di documentazione dai contenuti non veritieri e su onere ed obbligo di fornire dati veritieri. Omesso controllo.

Violazione dell'obbligo di leale collaborazione e correttezza. Violazione e falsa applicazione dell'art. 48 del d.lgs. n. 163/2006. Eccesso di potere per omessa, erronea, insufficiente considerazione di presupposti. Violazione art. 3 l. 241/90. Difetto di motivazione e istruttoria.

5. Alla camera di consiglio svoltasi in data 22 febbraio 2017, su richiesta di parte ricorrente, è stato disposto l'abbinamento al merito della trattazione dell'incidentale istanza cautelare.

6. Alla pubblica udienza del 20 aprile 2017, previo deposito di memorie, i procuratori delle parti hanno precisato le rispettive posizioni e il ricorso è stato trattenuto in decisione.

DIRITTO

1.1. *In limine litis*, il Collegio dà atto di come nelle controversie aventi a oggetto procedimenti di aggiudicazione di appalti pubblici, il ricorso incidentale c.d. escludente, che mira ad ottenere l'accertamento della doverosità dell'esclusione dalla procedura della ricorrente e che, comporta, ove accolto, la declaratoria dell'inammissibilità del ricorso principale, debba essere esaminato prima di quello principale, mentre l'esame incrociato vada svolto nella residua ipotesi in cui nella procedura siano rimaste in gara soltanto due offerte e i vizi reciprocamente dedotti nel ricorso principale e in quello incidentale attengono alla medesima fase procedimentale e afferiscono alla stessa categoria (Cons. Stato, A.P., 25 febbraio 2014, n. 9).

1.1. Tale ultima ipotesi ricorre nel caso in trattazione, ove due soli concorrenti figurano nella graduatoria finale e tanto il ricorso principale quanto quello incidentale prospettano vizi attinenti alla medesima fase procedurale, sì da soddisfare il requisito della "simmetria escludente" richiesto ai fini dell'esame congiunto del ricorso principale e di quello incidentale.

2. Ciò posto, il Collegio procede alla disamina del ricorso principale.

2.1. Va subito disattesa, in rito, l'eccezione sollevata dalla Regione intimata,

secondo cui il ricorso introduttivo sarebbe inammissibile, *rectius* irricevibile, in quanto la determinazione di aggiudicazione definitiva è stata comunicata al RTI ricorrente in data 30 dicembre 2016, mentre la notificazione dell'impugnativa è del 30 gennaio 2017. Va, infatti, osservato che il 29 gennaio 2017, trentesimo giorno dalla cennata comunicazione, è caduto di domenica, trovando così applicazione quanto disposto dall'art. 52, n. 2, cod. proc. amm., in base al quale se il giorno di scadenza è festivo il termine fissato dalla legge è prorogato di diritto al primo giorno seguente non festivo.

2.2. Nel merito, il ricorso principale è fondato, alla stregua della motivazione che segue.

2.2.1. Coglie nel segno quanto dedotto nel secondo motivo di ricorso, in ordine alla carenza, in capo alla mandataria del RTI aggiudicatario, dei requisiti tecnico-professionali fissati dalla *lex specialis*.

In particolare, il disciplinare di gara, ai fini della dimostrazione della "capacità tecnica e professionale" ha prescritto l'avvenuta prestazione di servizi nel settore oggetto di gara per un importo complessivo pari o superiore a € 15.000.000,00, realizzato negli esercizi 2012, 2013 e 2014, precisando come, in caso di RTI, almeno il 50% debba essere stato maturato dalla capogruppo. Ne consegue che la Televita s.p.a. avrebbe dovuto possedere un fatturato specifico di almeno 7,5 milioni di euro. Tuttavia, la somma tabellare degli unici importi di fatturato specifico dichiarati da quest'ultima è pari soltanto a € 6.306.108,86.

2.2.1.1. Sul punto, la stazione appaltante ha sostenuto che «pur sussistendo nella dichiarazione resa dalla Società Televita un conteggio erroneo della somma totale dei servizi ivi richiamati ed una indicazione riduttiva dei servizi resi, tuttavia trattasi di errori ininfluenti ai fini della qualificazione.

Alla dichiarazione sono stati allegati una serie di attestati e certificati relativi ai servizi resi dalla Società Televita a soggetti pubblici, addirittura in

numero maggiore di quelli indicati nella dichiarazione i cui importi dei servizi in essi documentati, se sommati a quelli riportati in dichiarazione, danno evidenza di un importo che supera abbondantemente quello erroneamente - per difetto - dichiarato dalla medesima società». A sua volta, il RTI aggiudicatario ha fatto presente che: «nel compilare l'elenco dei destinatari dei servizi resi (riportato nella pagina successiva della dichiarazione sostitutiva), la Televita s.p.a. ha errato nell'indicare l'importo relativo ai “Servizi di informazione e prenotazione telefonica delle prestazioni sanitarie per le Aziende del S.S.R. del Friuli Venezia Giulia”, avente come destinatario l'Ente per la Gestione Accentrata dei Servizi Condivisi”, relativi agli anni 2012-2013-2014, quantificato in € 253.151,63». Tuttavia «se doverosamente si considera il tenore complessivo della dichiarazione sostitutiva resa dal Televita s.p.a., deve recisamente escludersi che essa abbia dichiarato un fatturato specifico d'importo inferiore a quello minimo prescritto dal disciplinare di gara».

2.2.1.2. Ritiene il Collegio che gli argomenti difensivi così esposti non siano persuasivi. Invero, è pacifico che Televita s.p.a. abbia dichiarato, ai sensi degli artt. 19, 46 e 47 del d.P.R. n. 455 del 2000, che «l'importo complessivo, al netto di i.v.a., di sua competenza», relativamente ai “Servizi di informazione e prenotazione telefonica delle prestazioni sanitarie per le Aziende del S.S.R. del Friuli Venezia Giulia”, è pari a € 253.151,63. Ed è altrettanto incontrovertito che la somma dei principali servizi indicati nella medesima dichiarazione sostitutiva è pari a € 6.306.108,06, come tale inferiore al valore minimo all'uopo fissato nel disciplinare di gara. Ebbene, il principio dell'autoresponsabilità dei concorrenti impone che ciascuno di essi sopporti le conseguenze di errori e omissioni commessi nella formulazione dell'offerta e nella presentazione delle dichiarazioni (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9 del 2014).

2.2.1.3. Del resto, non soccorrono in senso contrario le tesi della stazione

appaltante e della controinteressata, in ordine alla pretesa prova *aliunde* desumibile del fatturato specifico. In particolare, l'attestazione del 29 gennaio 2016, prodotta in sede di gara in allegato alla dichiarazione di cui trattasi, riporta che la Televita s.p.a., in qualità di capogruppo di un'associazione temporanea d'impresе, ha svolto il servizio di informazione e prenotazione telefonica delle prestazioni sanitarie per le Aziende del S.S.R. del Friuli Venezia Giulia, nel corso degli anni 2012, 2013 e 2014, per i seguenti importi: anno 2012 € 1.990.039,36, anno 2013 € 2.156.780,63 e anno 2014 € 2.079.970,48. Ora, è evidente che tale attestazione non ha carattere dirimente, limitandosi a dare atto dell'importo globale dell'appalto per singole annualità, senza precisare la quota di servizio effettivamente svolto dalla mandataria. Ed è stata proprio quest'ultima, ad aver precisato, nella dichiarazione sostitutiva di cui innanzi, che l'importo a essa ascrivibile è pari a € 253.151,63, così perimetrando effettivamente e autonomamente l'entità delle prestazioni rese da computare ai fini della partecipazione dell'appalto di cui è causa. Del resto, a voler imputare per intero gli importi recati nel predetto attestato, come puntualmente osservato dalla ricorrente, si finirebbe con il superare abbondantemente quanto dichiarato da Televita s.p.a. «nella selezione quale proprio fatturato globale nel triennio 2012, 2013 e 2014 (€ 9.719.824,00)».

2.2.1.4. Ancora, parte controinteressata ha versato in atti di causa un'ulteriore nota rilasciata in data 20 marzo 2017, nella quale è riportato che «a precisazione dell'attestazione precedentemente rilasciata con il protocollo n. 002338/P/GEN/EGAS dd 29/01/2016, si specifica che Televita s.p.a. [...] ha fatturato a questo Ente il corrispettivo del servizio eseguito dall'A.T.I. stessa, in conformità a quanto previsto dalle condizioni di appalto del servizio». Ebbene, è evidente che neppure in tale ultimo caso l'Ente in parola ha attestato la quota del servizio svolta dalla ripetuta società, sicché resta carente, allo stato, proprio tale essenziale elemento.

2.2.1.5. Il RTI controinteressato ha sostenuto che in realtà si verserebbe in ipotesi di mera irregolarità del contenuto della dichiarazione, come tale sanabile mediante ricorso al soccorso istruttorio. In senso contrario, tuttavia, si deve osservare che alcuna irregolarità è individuabile nel caso di specie, in quanto non si versa in un caso di omissione o incompletezza della dichiarazione, e quest'ultima rende immediatamente percettibile il suo contenuto, desumendosi agevolmente che il requisito di partecipazione in questione non risulta ivi posseduto dalla dichiarante.

2.2.1.6. Neppure giova la perizia di parte versata in atti, trattandosi di una semplice allegazione difensiva a contenuto tecnico, priva di autonomo valore probatorio (Cass. civ., sez. I, 6 agosto 2015, n. 16552).

2.3. Va pure condiviso quanto sostenuto nel terzo motivo di ricorso, relativamente alla mancanza di un idoneo contratto di avvalimento tra Televiva s.p.a. e Almoviva s.p.a.. In effetti, all'art. 6, ultimo periodo, di tale accordo si legge che «nel caso in cui l'impresa ausiliata intendesse effettivamente utilizzare una o più risorse di cui al precedente articolo 3 del contratto, le parti convengono che verranno stipulati appositi contratti, i cui corrispettivi saranno pattuiti in coerenza con i valori di mercato delle specifiche risorse adoperate». A sua volta, l'art. 3 del contratto prevede che «l'impresa ausiliaria si obbliga a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata per tutta la durata del contratto d'appalto, le seguenti risorse: A n. 45 di risorse specialistiche; B. risorse strumentali (45 personal computer, 2 sistemi per lo sviluppo e la manutenzione del infrastruttura tecnologica di base e di ambiente, software applicativo CRM); C. ogni ulteriore capacità e bene, materiale o immateriale, nessuno esclusi, necessari per la esecuzione delle prestazioni facenti capo all'impresa ausiliata, ivi inclusi il *know how* sviluppato dall'impresa ausiliaria nell'ambito del contratto suindicato, eventuali consulenze, nonché le risorse economiche, finanziarie e patrimoniali necessarie all'espletamento della gara».

2.3.1. Ritiene sul punto il Collegio che una lettura dell'accordo in questione condotta alla stregua dell'art. 1363 del codice civile, secondo cui le clausole del contratto si interpretano le une per mezzo delle altre, attribuendo a ciascuna il senso che risulta dal complesso dell'atto, deponga nel senso che nel caso di specie difetti un effettivo impegno dell'ausiliaria a garantire l'impresa ausiliata con le risorse economiche necessarie. In tal senso, occorre considerare che le parti hanno liberamente pattuito che l'impegno di mettere a disposizione "il requisito di capacità economica e finanziaria (fatturato globale d'impresa), richiesto dall'art. 5 lett. c) del Disciplinare di gara e richiamato ai precedenti punti B e E delle Premesse" sottende l'utilizzo delle risorse e dei mezzi di cui all'art. 3 del contratto in questione. Non a caso, infatti, tale ultima proposizione precettiva si apre con la significativa formula "a tal fine". Tra le risorse indicate nell'art. 3 figurano espressamente sia il *know how*, sia le «risorse economiche, finanziarie e patrimoniali necessarie all'espletamento della gara». Si tratta, a ben vedere, proprio degli elementi in cui si sostanzia l'avvalimento di garanzia nell'interpretazione datane dal Giudice d'appello, secondo cui, appunto, esso ha a oggetto la fornitura di risorse di carattere economico e finanziario, senza effettivo coinvolgimento di mezzi, attrezzature o personale (Cons. Stato, sez. V, 15 marzo 2016, n. 1032). Orbene, l'ultimo periodo dell'art. 6, come si è anticipato, è netto nel demandare alla stipulazione di successivi contratti proprio il «caso in cui l'impresa ausiliata intendesse effettivamente utilizzare una o più risorse di cui al precedente articolo 3 del contratto». E' dunque carente l'attualità dell'impegno, essendo necessario raggiungere un nuovo e ulteriore accordo proprio per l'impiego delle risorse necessarie per l'attuazione dell'istituto dell'avvalimento, tra l'altro procedendo a definire in tale ulteriore sede l'entità del corrispettivo pattuito.

3. Il Collegio procede quindi all'esame del ricorso incidentale.

3.1. Va in primo luogo disattesa l'eccezione in rito sollevata dalla ricorrente principale, secondo cui l'ammissibilità del ricorso incidentale dovrebbe essere messa in discussione, in quanto «l'ATI Televita non ha formulato una domanda di annullamento dell'intera procedura». In tal senso «posto che nelle gare con due soli concorrenti il ricorso incidentale non ha un effetto paralizzante e non impedisce la disamina del ricorso principale, si ritiene che non possa procedersi alla disamina dello stesso qualora il ricorrente incidentale non abbia espressamente domandato l'annullamento dell'intera procedura di gara; ciò in ossequio al principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato». Invero, in senso contrario va richiamato quanto già ritenuto da questo Tribunale con decisione n. 208 del 2017, nel senso che «la domanda di annullamento dell'aggiudicazione alla controinteressata e quella risarcitoria in forma specifica, volta ad ottenere l'aggiudicazione e l'esecuzione dell'appalto, presuppongono anche l'interesse strumentale alla ripetizione della gara».

3.2. Nel merito, il ricorso incidentale è fondato, alla stregua della motivazione che segue.

3.2.1. Colla prima censura, è stata dedotta la violazione e falsa applicazione dell'art. 38, n. 1 lett. c), del d.lgs. n. 163 del 2006, oltre che l'eccesso di potere per difetto di istruttoria motivazione e travisamento, in quanto non vi sarebbe stata una concreta dissociazione della società ricorrente dalla posizione del precedente amministratore delegato, condannato con sentenza della Cassazione penale n. 2151/2015 per concorso in bancarotta fraudolenta, con inabilitazione all'esercizio di impresa commerciale e incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per la durata di 10 anni.

3.2.1.1. L'argomento va condiviso. Occorre qui valorizzare i numerosi elementi che fanno ritenere al Collegio che nel caso di specie non sia stata data adeguata prova dell'avvenuta e effettiva dissociazione. In particolare,

ad Angelo Raffaele Tosto, dimessosi dalle cariche di presidente, amministratore delegato e membro del consiglio di amministrazione della Datacontact in data 12 giugno 2015, è subentrata nei medesimi ruoli Laura Tosto, che risulta essere sua figlia. Lo stesso

Angelo Raffaele Tosto il 20 ottobre 2015 ha conferito la sua quota (20%) di partecipazione in Datacontact alla Data Hub s.r.l., facendo così ascendere al 100% la partecipazione di quest'ultima nella prima. In tal modo, inoltre, Angelo Raffaele Tosto ha acquisito il 20% della stessa Data Hub s.r.l. Peraltro, non è contestato che le quote della Data Hub s.r.l. «sono possedute per intero dalla Famiglia Tosto», né che amministratore unico della stessa Data Hub s.r.l. sia Mondelli Giovanna Rosalba, coniuge del Tosto. In sintesi, l'amministrazione della società Datacontact è tuttora in controllo della famiglia Tosto, posto che dal verbale del 29 giugno 2015 si evince che i membri del consiglio di amministrazione sono Laura Tosto, Rossella Tosto, Annette Tosto e Giovanna Rosalba Mondelli, mentre l'amministratore unico della Data Hub s.r.l., con competenza di ordinaria e straordinaria amministrazione, risulta essere la coniuge di Angelo Raffaele Tosto e quest'ultimo è divenuto socio della medesima Data Hub s.r.l. Inoltre, non è controverso, essendo anzi stato espressamente riconosciuto dalla ricorrente principale che Datacontact è «sottoposta alla direzione e coordinamento (art. 2497 cod. civ.) della Data Hub s.r.l., dapprima titolare dell'ottanta per cento del capitale sociale e, allo stato, socio unico della società ricorrente». Si è dunque in presenza di una situazione in fatto in cui i vincoli di parentela e affinità testé elencati, e la partecipazione sociale e la partecipazione di Angelo Raffaele Tosto al capitale della società controllante sono indici che non consentono di escludere che la guida della società sia rimasta in capo a un soggetto destinatario di condanna preclusiva della partecipazione ai pubblici incanti, o che questi comunque la influenzi o concorra alla determinazione dell'indirizzo dei poteri gestori.

3.2.1.2. Ne consegue, a giudizio del Collegio, che le dimissioni rassegnate da Angelo Raffaele Tosto non sono autonomamente idonee a caratterizzare in senso concreto, effettivo e univoco la formale dissociazione della Datacontact. E neanche le ulteriori misure poste in essere da quest'ultima, e valorizzate della stazione appaltante, costituiscono elementi dirimenti. Non appare risolutiva, in tal senso, la mera promozione di un'azione di responsabilità, occorrendo, alla luce delle peculiarità del caso di specie, «la richiesta di un provvedimento di sequestro a garanzia dell'azione e l'individuazione di un nuovo amministratore della società che sia del tutto indipendente e che dia garanzie serie di perseguire e proseguire nell'azione di responsabilità intrapresa» (Cons. Stato, sez. V, 30 aprile 2014, n. 2271). Così come deve convenirsi con parte ricorrente incidentale che detta dissociazione avrebbe dovuto tradursi in misure di più adeguato spessore, quale quella dell'opposizione all'acquisizione delle quote societarie del Tosto nella controllante Data Hub s.r.l.. Infine, non costituisce di per sé iniziativa adeguata, nell'ambito del descritto intreccio organizzativo e gestionale delle società di cui innanzi, l'adozione del modello gestorio di cui al d.lgs. n. 231 del 2001.

4. Dalle considerazioni che precedono discende l'accoglimento tanto del ricorso principale, quanto di quello incidentale, con assorbimento di ogni ulteriore censura.

4.1. L'accertata esistenza di vizi afferenti alla partecipazione di entrambe le offerte comporta l'annullamento dell'intera procedura di gara ai fini del soddisfacimento dell'interesse strumentale alla sua rinnovazione.

5. Sussistono i presupposti, in ragione dell'esito del giudizio, per disporre l'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Basilicata, definitivamente pronunciando:

- accoglie il ricorso principale, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione;
- accoglie il ricorso incidentale, nei sensi e nei limiti di cui in motivazione.

Spese compensate

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

Così deciso in Potenza, nelle camere di consiglio dei giorni 20 aprile 2017 e 13 settembre 2017, con l'intervento dei magistrati:

Giuseppe Caruso, Presidente

Pasquale Mastrantuono, Consigliere

Benedetto Nappi, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Benedetto Nappi

IL PRESIDENTE
Giuseppe Caruso

IL SEGRETARIO