

**Avv. GABRIELE BICEGO**  
Via Panà, 56 B - 35027  
Noventa Padovana (PD)  
Tel. 049.6988483 – Fax 049.9565964  
*gabriele.bicego@ordineavvocatipadova.it*

**ECC.MO CONSIGLIO DI STATO**

**in sede giurisdizionale**

**- ROMA -**

**Appello avverso ordinanza cautelare**

**con istanza di decreto cautelare monocratico ex art. 56 c.p.a.**

per **FINTEL ENGINEERING S.r.l.** (C.F. e P.I. 02520050309), con sede legale in 20122 Milano (MI), via Luciano Manara 11, in persona del legale rappresentante, Dott. Bernardo Iginio Casati, rappresentata e difesa giusta procura allegata al presente atto dall'avv. Gabriele Bicego del Foro di Padova (c.f.: BCGGRL67C21F241H pec: *gabriele.bicego@ordineavvocatipadova.it*; fax 049 9565964), con domicilio digitale alla pec come da Registri di Giustizia,

**contro**

**COMUNE DI LODI** (LO) (P.I. 03116800156 - C.F. 84507570152), in persona del Sindaco *pro tempore*,

**per l'annullamento e/o la riforma,**

dell'Ordinanza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia, Milano, Sez. Quarta, n. 1148/2019, pubblicata il 14.9.2019 e non notificata, che ha respinto l'istanza cautelare formulata da Fintel Engineering s.r.l. nel ricorso iscritto al n. 1811/2019 reg. ric., proposto

**per l'annullamento, previa sospensione**

- del bando di gara, disciplinare e capitolato speciale d'appalto pubblicati sul sito web e all'albo pretorio del Comune di Lodi in data 19.07.2019, per l'affidamento del "*servizio di gestione globale del ciclo delle sanzioni amministrative al codice della strada e per violazione di leggi, regolamenti ed ordinanze*" mediante procedura aperta ex

art. 60 d.lgs. 50/2016 e s.m.i. per la durata di 24 mesi dalla data di stipula, con avvio procedura su piattaforma Sintel (CIG: 7953251E56), nella parte in cui viene richiesto - tra i requisiti di partecipazione (art. 4.3 del disciplinare) che “*i Concorrenti dovranno essere conservatori accreditati AGID (per la parte di conservazione) alla data di pubblicazione del presente bando;*”.

- di ogni altro atto presupposto, antecedente, consequenziale e comunque connesso ai provvedimenti impugnati ivi compresa, per quanto occorrer possa la determinazione a contrarre n. 621 del 26.6.2019, non nota alla ricorrente, con cui il Dirigente del Settore Polizia Locale ha disposto di procedere all'affidamento in oggetto;

\* \* \*

### **Riassunto preliminare ex art. 2 del Decreto Presidenziale 167/2016.**

**1.** - La società Fintel Engineering S.r.l., ha impugnato il bando e il disciplinare della gara descritta nell'epigrafe del presente atto, ritenendo che detti atti contengano condizioni particolarmente restrittive, che le impediscono la partecipazione.

In particolare osservava che l'art. 4 del disciplinare, nel richiedere che “*i Concorrenti dovranno essere conservatori accreditati AGID (per la parte di conservazione) alla data di pubblicazione del presente bando*”

(I motivo) è illegittimo perchè non ha attinenza con l'oggetto principale dell'appalto (gestione delle sanzioni e non conservazione documentale) e comunque è sproporzionato rispetto all'oggetto delle prestazioni da svolgere, e per contraddittorietà tra la richiesta del requisito di iscrizione all'Agid quale condizione di partecipazione alla gara e la facoltà prevista dal capitolato speciale di provvedere alla “*conservazione a*

*norma degli atti presso un Conservatore accreditato AGID, a norma delle disposizioni normative vigenti”.*

La clausola impugnata prevede pertanto un requisito di partecipazione illogico e gravemente limitativo della libera partecipazione alle gare non previsto dalla legge.

Osservava inoltre (II motivo) che le clausole contestate, risultano altresì affette dai vizi sintomatici dell'eccesso di potere in quanto favoriscono un unico operatore economico rappresentato dalla società Maggioli spa, come dimostra il fatto che le gare in cui è stato richiesto il requisito in esame sono state di appannaggio esclusivo della predetta società (in tali gare, alcune già portate all'attenzione di Codesto TAR, Maggioli è sempre stata unica partecipante e aggiudicataria).

Con il III motivo censurava la violazione dell'art. 48, comma 2, ultima parte del d.lgs. n. 50/2016 per mancata individuazione nel bando delle prestazioni principali e secondarie pur essendo l'attività di conservazione di documenti digitali del tutto marginale rispetto all'oggetto principale dell'appalto, risultando con ciò preclusa la partecipazione delle ATI di tipo verticale previste dallo stesso comma 2 dell'art. 48, del D. Lgs. 50/2016, con conseguente impossibilità per la ricorrente di partecipare alla gara in ATI con soggetto fornito del requisito.

D'altro canto, non essendo l'attività di conservazione documentale individuata come scorporabile, ed essendo di contro il requisito di iscrizione all'AGID previsto tra i requisiti previsti per l'ammissione alla gara, non risulta neppure ammissibile il ricorso all'avvalimento.

**2.** - L'ordinanza appellata ha respinto l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente, osservando che *“dalla lettura complessiva della lex*

*specialis (bando, disciplinare e capitolato), si desume che l'accreditamento AGID costituisce requisito essenziale di partecipazione alla procedura;*

*- la legittimità e la ragionevolezza di tale requisito sono già state affermate dalla scrivente sezione (cfr. TAR Lombardia, sez. IV, sentenza n. 995/2019; si veda anche l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 3423/2019);*

*- parimenti la legge di gara di cui è causa non appare ostativa all'applicazione dell'istituto dell'avvalimento (ex art. 89 del d.lgs. 50/2016), per soddisfare il requisito di cui sopra”.*

**3.** - L'ordinanza è illegittima sia nella parte in cui ha ritenuto il requisito AGID essenziale per la partecipazione: infatti, considerata la natura dei documenti digitali da conservare, che non interessano dati sensibili o supersensibili, il requisito di essere accreditati AGID è palesemente sproporzionato (in tal senso TAR Liguria, n. 759 del 7.10.2019); sia perché non ha considerato che nel caso di specie il capitolato speciale d'appalto prevede la facoltà dell'aggiudicatario di provvedere alla *“conservazione a norma degli atti presso un Conservatore accreditato AGID, a norma delle disposizioni normative vigenti”*, sicchè non è ragionevole prevedere l'accreditamento in capo all'aggiudicatario.

L'ordinanza è altresì errata nella parte in cui ha ritenuto che la *lex specialis* non impedisca l'applicazione dell'avvalimento, in quanto il ricorso all'istituto in esame è precluso sia dalle norme del disciplinare che - avendo qualificato il requisito di iscrizione all'AGID quale condizione ulteriore rispetto ai requisiti di capacità tecnica ed economica - impedisce l'avvalimento perchè, ai sensi dell'art. 89, esso può riguar-

dare solamente i “*requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c)*”; sia dal fatto che la ricorrente aveva presentato una richiesta di chiarimento circa la possibilità di utilizzare l'avvalimento per il requisito AGID, ma la stazione appaltante non ha dato risposta, precludendo così l'accesso alla gara con tale modalità.

### **FATTO**

**4.** - La società Fintel Engineering s.r.l. ha impugnato avanti al TAR Lombardia il bando con cui il Comune di Lodi ha indetto la procedura aperta per l'affidamento del “*servizio di gestione globale del ciclo delle sanzioni amministrative al codice della strada e per violazione di leggi, regolamenti ed ordinanze*”, con avvio della procedura sulla piattaforma Sintel - codice CIG 7953251E56”, lamentando che l'art. 4, del Disciplinare, nell'indicare i *requisiti di partecipazione*, oltre ai requisiti generali previsti dall'art. 80 e 83 e ai requisiti di capacità tecnica e professionale e economico finanziaria (punti 4.2 e 4.3) prevede la seguente “ulteriore disposizione”:

*“i concorrenti dovranno essere conservatori accreditati AGID (per la parte di conservazione) alla data di pubblicazione del presente bando”.*

Osservava la ricorrente che tale clausola - che ha carattere escludente in quanto impedisce a Fintel s.r.l. (che non è conservatore accreditato Agid) la partecipazione alla gara, con conseguente onere di immediata impugnazione - era illegittima per i seguenti

### **MOTIVI**

**I. – Violazione degli artt. 30, comma 1, 80, e 83, commi 2, 3 e 8, del**

**D. Lgs. 50/2016 e ss. mm. e del principio di pertinenza e di ragionevolezza e proporzionalità dei requisiti di partecipazione alle pubbliche gare e dei principi di libera concorrenza, non discriminazione e massima partecipazione; Illogicità e incongruenza manifeste per contraddittorietà tra le clausole del bando e disciplinare e quelle del CSA, in ordine all'esecuzione dell'attività di conservazione documentale.**

L'oggetto dell'appalto è costituito dal servizio di gestione globale del ciclo delle sanzioni amministrative stradali e per violazione di leggi, regolamenti e ordinanze, sicchè del tutto illogicamente e immotivatamente la *lex specialis* impugnata richiede a pena di esclusione che i concorrenti siano conservatori accreditati AGID.

Tale requisito di partecipazione non ha attinenza con l'oggetto principale dell'appalto (gestione delle sanzioni e non conservazione documentale) ed è inoltre palesemente sproporzionato rispetto ad un servizio che concerne la gestione degli atti sanzionatori del corpo della polizia locale, cioè atti che, non contenendo di norma dati sensibili o supersensibili, non richiedono standard particolarmente elevati in termini di qualità e sicurezza del loro trattamento e conservazione.

Vi è inoltre contraddizione tra la richiesta del requisito di iscrizione all'Agid quale condizione di partecipazione alla gara ed il capitolato speciale d'appalto che invece, prevede la facoltà dell'aggiudicatario di provvedere alla "conservazione a norma degli atti presso un Conservatore accreditato AGID, a norma delle disposizioni normative vigenti".

La clausola impugnata prevede pertanto un requisito di partecipazione

illogico e gravemente limitativo della libera partecipazione alle gare non previsto dalla legge.

**II. - Illegittimità del bando per vizi sintomatici dell'eccesso di potere, sviamento, violazione della *par condicio* dei concorrenti. Violazione dell'art. 30, comma 2 del D. Lgs. 50/2016 per introduzione di clausole che limitano la concorrenza e favoriscono taluni operatori.**

Le clausole contestate, oltre che illegittime per i vizi di cui al precedente motivo, risultano altresì affette dai vizi sintomatici dell'eccesso di potere. L'introduzione del requisito di partecipazione relativo all'accreditamento AGID, infatti, ha l'inevitabile effetto di favorire un unico operatore economico rappresentato dalla società Maggioli spa, come dimostra il fatto che le gare in cui è stato richiesto il requisito in esame sono state di appannaggio esclusivo della predetta società (in tali gare, alcune già portate all'attenzione di Codesto TAR, Maggioli è sempre stata unica partecipante e aggiudicataria). Va quindi rilevata la violazione dell'art. 30, comma 2, Codice Appalti in base al quale "*Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi*".

**III - Violazione dell'art. 48, comma 2, ultima parte del d.lgs. n. 50/2016 per mancata individuazione nel bando delle prestazioni principali e secondarie. Eccesso di potere per impossibilità di ricorrere ad ATI verticale o all'avvalimento. Incongruenza e illogici-**

**tà manifeste; sviamento.**

Rispetto al complesso delle attività oggetto dell'appalto, l'attività di conservazione di documenti digitali è del tutto marginale, tanto che non è nemmeno indicata in via autonoma dagli articoli 1 e 2 del CSA che descrivono l'oggetto dell'appalto.

E' quindi evidente che, a tutto concedere, l'attività di conservazione sarebbe del tutto secondaria.

Non avendo la Stazione Appaltante distinto l'attività principale dalle secondarie, così come previsto dalla norma citata nell'epigrafe del motivo, risulta preclusa la partecipazione delle ATI di tipo verticale previste dallo stesso comma 2 dell'art. 48, del D. Lgs. 50/2016, con conseguente impossibilità per la ricorrente di partecipare alla gara in ATI con soggetto fornito del requisito.

D'altro canto, non essendo l'attività di conservazione documentale individuata come scorporabile, ed essendo di contro il requisito di iscrizione all'AGID previsto tra i requisiti previsti per l'ammissione alla gara, non risulta neppure ammissibile il ricorso all'avvalimento.

**5.** - Il TAR Lombardia, con l'ordinanza appellata, ha respinto l'istanza cautelare presentata dalla ricorrente, osservando che *“dalla lettura complessiva della lex specialis (bando, disciplinare e capitolato), si desume che l'accreditamento AGID costituisce requisito essenziale di partecipazione alla procedura;*

*- la legittimità e la ragionevolezza di tale requisito sono già state affermate dalla scrivente sezione (cfr. TAR Lombardia, sez. IV, sentenza n. 995/2019; si veda anche l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 3423/2019);*



*- parimenti la legge di gara di cui è causa non appare ostativa all'applicazione dell'istituto dell'avvalimento (ex art. 89 del d.lgs. 50/2016), per soddisfare il requisito di cui sopra".*

La ricorrente ritiene che la motivazione posta a base del rigetto dell'istanza cautelare non sia condivisibile.

Quanto all'affermazione per cui *"dalla lettura complessiva della lex specialis (bando, disciplinare e capitolato), si desume che l'accreditamento AGID costituisce requisito essenziale di partecipazione alla procedura"* essa si pone in chiaro contrasto con il dato testuale dell'art. 83, comma 2, del D. Lgs. 50/2016 il quale come noto stabilisce che *"i requisiti e le capacità di cui al comma 1 sono attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e rotazione"*.

Orbene, nessuno dei tre criteri indicati dalla norma (attinenza e proporzione con l'oggetto dell'appalto; interesse alla massima partecipazione e principio di trasparenza e rotazione) risulta osservato nella specie.

**6.** - Innanzitutto, il TAR erra nell'affermare che il requisito AGID sarebbe essenziale per la partecipazione.

A dimostrazione che così non è, va di nuovo sottolineato (come nel ricorso introduttivo) che il servizio di gestione del ciclo delle sanzioni al CDS è un servizio molto complesso, che richiede numerose attività.

Orbene, l'attività di conservazione dei documenti digitali è richiesta, in via del tutto marginale e incidentale, solo quale attività accessoria all'attività di notifica a mezzo P.E.C., prevedendosi all'art. 3.1.3 del

CSA, che *“L’aggiudicatario instruirà la notifica mediante PEC con conservazione a norma degli atti presso un Conservatore accreditato AGID, a norma delle disposizioni normative vigenti, dei verbali di accertamento di violazione i cui destinatari sono iscritti al Registro Imprese della CCIAA e/o persone fisiche. La ricerca dell’indirizzo PEC sarà effettuata dal personale dell’aggiudicataria”*.

Questa disposizione del CSA è già sufficiente a dimostrare l’illegittimità e incongruità della clausola che prevede l’iscrizione all’AGID quale requisito per potersi partecipare alla gara.

Infatti, il Capitolato Speciale prevede con chiarezza che l’attività di conservazione delle PEC di notifica non deve essere svolta direttamente dall’aggiudicatario della gara, ma potrà essere demandata *“presso un Conservatore accreditato AGID”*.

Se dunque la conservazione digitale delle PEC può essere subappaltata o delegata ad un soggetto terzo, non si comprende perché l’accesso alla gara sia stato limitato ai soli soggetti in possesso dell’accreditamento presso l’Agid (requisito che avrebbe potuto trovare giustificazione solamente nel caso in cui l’aggiudicatario del servizio dovesse provvedere direttamente alla conservazione).

In ogni caso, dall’esame del CSA emerge chiaramente che la conservazione della documentazione è svolta a mero corollario di altra attività (notifica a mezzo PEC) dal che deriva che la sua importanza non è certo tale da rendere necessario che la partecipazione alla gara sia consentita ai soli soggetti accreditati come conservatori digitali presso l’AGID, non essendo l’attività di conservazione digitale quella caratterizzante il servizio messo in gara.

7. - L'ordinanza del TAR ha altresì omesso di considerare che la norma citata impone di perseguire *l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti*.

L'introduzione del requisito qui contestato, lungi dall'essere rispettosa di tale interesse, ha un effetto gravemente distorsivo della concorrenza e può illegittimamente favorire alcuni operatori (quelli che svolgono attività di global service delle sanzioni amministrative e che sono contemporaneamente anche conservatori certificati AGID).

In particolare, il bando ha oggettivamente l'effetto di avvantaggiare la società Maggioli s.p.a, società che opera (tra l'altro) nel settore dei servizi di gestione del ciclo delle sanzioni e che è altresì iscritta nel registro dei conservatori accreditati AGID.

Tale effetto distorsivo della concorrenza era stato ampiamente documentato nel ricorso di primo grado in cui avevamo osservato che tra tutte le gare aventi ad oggetto il servizio di gestione delle sanzioni al Codice della Strada indette dai Comuni Italiani nel secondo semestre 2018 e primo semestre 2019, solo in 6 Comuni (su 12 esaminati), oltre al Comune di Lodi, è stato richiesto il requisito in questione (cfr. tabella riepilogativa gare servizio gestione sanzioni CDS, **doc. 4 primo grado**).

Nei Comuni in cui il requisito è stato richiesto, Maggioli s.p.a. era altresì il precedente gestore del servizio stesso ed aveva quindi stretti rapporti professionali con le Amministrazioni che hanno indetto la gara (cfr. **doc. 5, 6, 7, 8 e 9** che dimostrano che nei Comuni di Sesto Calende, Langa Monferrato, Vergiate, Paderno Dugnano e San Giuliano Milanese, che hanno richiesto l'iscrizione all'Agid, Maggioli spa era la

precedente affidataria del servizio, come nel Comune di Lodi).

Nelle gare del Comune di Sesto Calende, Paderno Dugnano, San Giuliano Milanese, una sola impresa ha partecipato alla procedura e ne è rimasta aggiudicataria: Maggioli s.p.a. (cfr. **doc. 10**).

Sono stati prodotti sub **doc. 11** i bandi di tutte le altre amministrazioni, che non avevano rapporti con Maggioli s.p.a. , in cui il requisito Agid non è richiesto, pur trattandosi dello stesso servizio da appaltare.

Se dunque tutti questi bandi, che hanno come comune denominatore il fatto di richiedere il requisito di iscrizione all'AGID, hanno portato tutti univocamente alla partecipazione alle rispettive gare di un'unica impresa (Maggioli spa), che si è aggiudicata i relativi appalti, pare abbastanza evidente che la clausola in questione non sia rispettosa dell'interesse alla massima partecipazione.

**8.** - Quanto infine alla violazione del principio di trasparenza e rotazione, va anche qui ribadito che Maggioli spa è l'attuale fornitore del software per la gestione delle violazioni al CDS presso il Comune di Lodi (che, come precisato nel bando, utilizza il software gestionale Concilia Metropolis della ditta Maggioli spa - cfr. art. 1 del disciplinare) e quindi – per evidenti ragioni – può godere di una situazione di indubbio vantaggio nella redazione del progetto offerta del servizio rispetto agli altri competitors, che dovranno affrontare i costi per l'adeguamento dei propri sistemi informatici al software Concilia/Metropolis.

**9.** – Si ritiene errata anche la motivazione dell'ordinanza nella parte in cui il TAR ha ricordato che *“la legittimità e la ragionevolezza di tale requisito sono già state affermate dalla scrivente sezione (cfr. TAR*

*Lombardia, sez. IV, sentenza n. 995/2019; si veda anche l'ordinanza del Consiglio di Stato n. 3423/2019)*".

Si osserva in proposito che, recentemente, il TAR Genova è giunto a conclusioni diametralmente opposte, evidenziando – con motivazione che appare condivisibile – che *“l’accreditamento ex art. 44-bis del CAD (peraltro – ripetesi – abrogato) non costituisce un requisito professionale di idoneità per poter legittimamente svolgere l’attività di conservazione di documenti informatici secondo la disciplina del CAD, ma soltanto un onere aggiuntivo per coloro che intendono conseguire il riconoscimento del possesso dei requisiti del livello più elevato, in termini di qualità e sicurezza.*

*Stando così le cose, è evidente come la richiesta di accreditamento presso l’AGID possa ritenersi – ex art. 83 comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016 – proporzionata all’oggetto dell’appalto soltanto ove il servizio di gestione e archiviazione informatica posto in gara riguardi documenti che, appunto per le loro intrinseche caratteristiche, esigano elevati requisiti in termini di qualità e sicurezza del trattamento dei dati ivi contenuti, come accade - per esempio - in tema di documenti attinenti alla sicurezza e/o alla difesa nazionale, oppure contenenti dati sensibili (cioè quelli idonei a rivelare l’origine razziale ed etnica, le convinzioni religiose, filosofiche o di altro genere, le opinioni politiche, l’adesione a partiti, sindacati, associazioni od organizzazioni a carattere religioso, filosofico, politico o sindacale) o, addirittura, supersensibili (come quelli genetici, relativi alla salute, alla vita sessuale o all’orientamento sessuale della persona, ex art. 60 D. Lgs. n. 196/2003).*

*In tal senso, la richiesta di accreditamento presso l'AGID quale requisito di idoneità professionale a pena di esclusione, in aggiunta alla iscrizione alla CCIAA per l'attività coincidente con quella oggetto dell'appalto, non appare né adeguatamente motivata, né proporzionata rispetto ad un appalto che concerne la gestione degli atti sanzionatori del corpo della polizia locale, cioè di atti che, non contenendo di norma dati sensibili o supersensibili, non richiedono standard particolarmente elevati in termini di qualità e sicurezza del loro trattamento.*

*Oltre a non essere proporzionato allo specifico oggetto dell'appalto”, il requisito non tiene conto – disattendendolo - dello specifico “interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti”, che la disposizione di cui all'art. 83 comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016 impone invece di considerare” (TAR Liguria, 759 del 7.10.2019).*

**10.** – Infine, anche l'affermazione per cui “ *la legge di gara di cui è causa non appare ostativa all'applicazione dell'istituto dell'avvalimento (ex art. 89 del d.lgs. 50/2016), per soddisfare il requisito di cui sopra*” risulta chiaramente erronea.

Invero, non avendo la Stazione Appaltante distinto l'attività principale dalle secondarie, risulta preclusa la partecipazione delle ATI di tipo verticale previste dallo stesso comma 2 dell'art. 48.

Di conseguenza la ricorrente (così come tutti gli altri operatori del settore delle sanzioni non iscritti ad Agid):

- a)** non può partecipare alla gara come impresa singola, non avendo il requisito dell'iscrizione all'Agid;
- b)** non può partecipare in ATI orizzontale perché, in tale tipo di asso-

ciazione tutti “*gli operatori economici eseguono il medesimo tipo di prestazione*” (art. 48, comma 2 cod. appalti) e quindi tutti devono possedere i requisiti di idoneità professionale richiesti dal bando;

c) non può partecipare nemmeno in qualità di mandataria capogruppo di ATI verticale, ossia in quella forma di raggruppamento in cui “*il mandatario esegue le prestazioni di servizi o di forniture indicati come principali anche in termini economici, i mandanti quelle indicate come secondarie*” e ciò perché è noto che negli appalti di servizi la costituzione di ATI verticali è ammessa solamente laddove la Stazione Appaltante abbia indicato le prestazioni principali e quelle secondarie.

In proposito, Tar Puglia – Lecce sez. III, ordinanza n. 264 del 18/05/2017 ha chiarito che “1. *I concorrenti non possono scomporre di propria iniziativa il contenuto dell’appalto in prestazioni principali e secondarie, allo scopo di ripartirle all’interno di un raggruppamento di tipo verticale.*

2. *La distinzione fra le due tipologie di raggruppamento rileva anche ai fini della partecipazione alla gara, atteso che nelle associazioni orizzontali ciascuna impresa associata deve essere in possesso di tutti i requisiti soggettivi di idoneità professionale prescritti, mentre, in quelle verticali, è richiesta una qualificazione limitata alle prestazioni da svolgere*”.

Ha osservato l’Adunanza Plenaria n. 22/2012 che “*che nel settore dei servizi, in mancanza di una predeterminazione normativa o regolamentare dei requisiti di capacità tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria – . . . . – spetta alla stazione appaltante il compito di definire nella lex specialis, in relazione al contenuto della prestazione, i*

*requisiti di idoneità che devono essere posseduti dalle imprese componenti il raggruppamento.*

*È proprio in funzione del controllo (alla stregua dei criteri determinati nel bando) dell'idoneità delle imprese raggruppate a svolgere il servizio oggetto dell'affidamento, che si rende necessaria la determinazione delle «parti» di servizio che ciascuna impresa raggruppata o raggruppanda intende svolgere».*

Il disciplinare è per ciò illegittimo per non aver indicato le attività o i servizi secondari.

Infine, diversamente da quanto affermato nell'ordinanza impugnata, nel caso di specie non è ammesso il ricorso all'avvalimento in quanto - avendo il disciplinare previsto il requisito di iscrizione all'AGID quale condizione ulteriore rispetto ai requisiti di capacità tecnica ed economica - il ricorso a detto istituto deve ritenersi precluso perchè, ai sensi dell'art. 89, esso può riguardare solamente i “*requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui all'articolo 83, comma 1, lettere b) e c)*”.

Si ricorda infine che la ricorrente aveva presentato una richiesta di chiarimento circa la possibilità di utilizzare l'avvalimento per il requisito AGID (cfr. **doc. 14 I grado**) ma la stazione appaltante non ha dato risposta, dimostrando così, anche con il comportamento concreto, un atteggiamento contrario al principio di massima partecipazione.

### **11. – Sul periculum in mora**

In seguito alla presentazione del ricorso in primo grado e alla concessione di decreto cautelare *inaudita altera parte*, il Comune di Lodi aveva differito la seduta pubblica per l'esame delle buste contenenti la



documentazione amministrativa e l'offerta tecnica al giorno 19.09.2019.

In seguito al rigetto della sospensiva, e dato atto che il TAR aveva chiaramente affermato che alla gara *de qua* trova applicazione l'istituto dell'avvalimento, la ricorrente presentava una istanza di riapertura dei termini per la presentazione delle offerte, in modo che fosse consentito alla stessa Fintel e agli altri operatori sforniti del requisito AGID, di presentare la propria candidatura (**doc. 2** fasc. appello).

Tale istanza veniva rigettata dal Comune di Lodi con nota del 24.09.2019 (**doc. 3** appello) sul presupposto che non sarebbero "*ravvisabili errori materiali o profili di poca chiarezza nei documenti di gara che possano giustificare una rettifica degli stessi ed una conseguente proroga (rectius, riapertura) dei termini*".

Ad oggi dall'esame della piattaforma informatica della Regione Lombardia, ove la gara è stata indetta (Sintel), la procedura risulta ancora in fase di valutazione e non risulta alcun provvedimento o proposta di aggiudicazione.

Sussiste quindi pienamente l'interesse della ricorrente ad ottenere una pronuncia cautelare che sospenda l'applicazione della clausola escludente sopra descritta e che disponga l'ammissione con riserva dell'appellante alla procedura.

Infatti, ove la gara dovesse procedere, con l'individuazione della classifica provvisoria, la ricorrente - che non ha i requisiti per partecipare - si vedrebbe irrimediabilmente preclusa la possibilità di ottenere l'affidamento del servizio in quanto, non potendo partecipare alla gara, non avrebbe neppure legittimazione per impugnare la successiva even-

tuale aggiudicazione.

Per questo motivo, è evidente la sussistenza del presupposto del danno grave e irreparabile, in quanto ove la gara non fosse tempestivamente sospesa, la ricorrente si vedrebbe preclusa la possibilità di concorrere.

La lesione che Fintel s.r.l. subirebbe, in tal caso, non sarebbe neppure suscettibile di risarcimento per equivalente, atteso che non potendo partecipare alla selezione essa non potrebbe neppure dimostrare che avrebbe ottenuto l'aggiudicazione del servizio, cosicché l'eventuale tutela risarcitoria degraderebbe solo alla ben più ridotta, e di difficile quantificazione, indennità per perdita di chances.

## **12. - Istanza di misura cautelare monocratica ex art. 56 c.p.a.**

Come evidenziato al paragrafo precedente, la gara di cui trattasi non risulta ancora espletata, né si ha notizia della sua eventuale aggiudicazione, ancorché provvisoria.

E' interesse della appellante impedire che nelle more del giudizio si pervenga all'aggiudicazione o sia stipulato il contratto di appalto di talché si impone la richiesta di una misura cautelare urgente, anche *inaudita altera parte*, che viene avanzata con il presente ricorso affinché le clausole escludenti oggetto di impugnazione siano sospese e venga disposta l'ammissione con riserva di Fintel alla procedura..

Per quanto riguarda il profilo del danno, il Giudice Amministrativo, in caso analogo, ha concesso le misure cautelari monocratiche *ante causam*, "in ragione della imminente prosecuzione delle operazioni di gara" (TAR Campania, Napoli, Sez. 4<sup>^</sup> - 20 dicembre 2016, n. 5852) e il Consiglio di Stato ha rilevato che il decreto cautelare è accoglibile ove sussistono i motivi di estrema gravità e urgenza che non consentono di

attendere la camera di consiglio fissata per l'esame dell'istanza cautelare (Cons. di Stato, Sez. V. 18.9.2009, n. 4628).

Per quanto sopra, al fine di tutelare la posizione fatta valere con il ricorso non è possibile attendere fino alla data della prima Camera di Consiglio utile e, conseguentemente, si chiede che l'Ill.mo Presidente della Sezione voglia ordinare con decreto alla Stazione Appaltante di non procedere con le operazioni di gara sino all'esito della camera di consiglio in cui sarà trattata collegialmente la domanda cautelare, salvo ogni successivo provvedimento.

\* \* \*

Per i suesposti motivi, la ricorrente, *ut supra* rappresentata e difesa,

**chiede:**

**In via preliminare:** ai sensi dell'art. 56 c.p.a., voglia l'ill.mo Presidente della Sezione disporre con decreto *inaudita altera parte* le misure cautelari provvisorie idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, sospendendo l'efficacia dei provvedimenti impugnati e/o ordinando alla Amministrazione resistente di non proseguire con le operazioni di gara fino alla data della prima Camera di Consiglio utile;

**Nel merito:** Voglia l'Ecc.mo Consiglio di Stato, in riforma dell'appellata ordinanza del TAR Lombardia Milano n. 1148/2019, previa positiva delibazione del *fumus boni iuris*, adottare le misure cautelari ritenute più idonee alla tutela interinale dell'odierna appellante e per l'effetto sospendere l'efficacia dei provvedimenti impugnati nella parte in cui contengono la clausola escludente sopra descritta e disporre l'ammissione con riserva dell'appellante alla procedura;

Si producono i documenti come da separato elenco.

Con vittoria di spese e compensi professionali

\* \* \*

Padova – Roma, 14 ottobre 2019

Avv. Gabriele Bicego (*atto firmato digitalmente*)