Pubblicato il 09/08/2016

N. 01595/2016 REG.PROV.COLL.
N. 02253/2015 REG.RIC.
N. 02252/2015 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 Lombardia

(Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

nel giudizio introdotto con i ricorsi riuniti 2252 e 2253/2015, proposti da Servizi Italia S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, assistita e difesa dagli avv. ti Bonsignori e Sansone, con domicilio eletto presso lo studio del secondo in Milano, via G.B. Bazzoni 2;

contro

quanto al ricorso 2252/2015, la Fondazione IRCCS Istituto Nazionale dei Tumori, e,

quanto al ricorso 2253/2015, la Fondazione IRCCS Ca' Granda - Ospedale Maggiore Policlinico, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, rappresentate e difese dagli avv. ti

Baroni e Fedeli, con domicilio eletto presso lo studio del primo in Milano, via Vincenzo Monti 56;

nei confronti di

per entrambi i ricorsi, Adapta S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, assistita e difesa dagli avv. ti Cassa e Lenoci con domicilio eletto in Milano, corso Venezia 10, presso lo studio dell'avv. M. Napoli;

Alba Trasporti socoop. a r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, non costituita in giudizio;

per l'annullamento

quanto al ricorso n. 2252 del 2015:

1) della determinazione dirigenziale 16 aprile 2015, n. 39, della Fondazione IRCCS Istituto nazionale dei tumori, recante autorizzazione provvisoria al subappalto tra l'aggiudicataria Adapta S.p.A. e Alba Trasporti socoop. per l'espletamento del servizio di logistica esterna;

2) della determinazione dirigenziale 7 maggio 2015, n. 39, della Fondazione IRCCS Istituto nazionale dei tumori, recante autorizzazione definitiva al subappalto tra l'aggiudicataria Adapta S.p.A. e Alba Trasporti socoop. per l'espletamento del servizio di logistica esterna;

3) delle determinazioni 16 giugno 2014 n. 57, e 20 ottobre 2014, n. 292 con cui l'IRCCS Istituto nazionale dei tumori ha deliberato di aderire all'aggiudicazione, disposta dall'IRCCS Ca' Granda con determinazione 23 maggio 2014, n.1154;

e, quanto al ricorso n. 2253 del 2015

4) della determinazione dirigenziale 21 maggio 2015, n. 1079, della Fondazione IRCCS Ca' Granda - Ospedale maggiore policlinico, recante autorizzazione al subappalto tra Adapta S.p.A. e Alba Trasporti socoop, in relazione all'espletamento del servizio di logistica esterna;

5) di tutti gli atti presupposti, connessi e conseguenziali, compresa l'aggiudicazione disposta con determinazione 23 maggio 2014, n. 1154;

e, quanto a entrambi i ricorsi

B. per la dichiarazione d'inefficacia, ex art. 122 c.p.a. del contratto stipulato;

C. e per la condanna, ex art. 34, I comma, lett. c), c.p.a., delle Amministrazioni resistenti, all'adozione:

1) di un provvedimento di diniego al subappalto in favore della Cooperativa Alba Trasporti;

2 di un provvedimento di risoluzione di diritto del contratto stipulato con la società Adapta;

e con il conseguente scorrimento della graduatoria, o con la rinnovazione dell'intera gara.

Visti i ricorsi e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fondazione Irccs Ca' Granda - Ospedale Maggiore Policlinico, di Fondazione IRCCS Istituto Nazionale dei Tumori, e di Adapta S.p.A.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 19 maggio 2016 il cons. Fabrizio Fornataro e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

A. La Fondazione I.R.C.C.S. - Istituto di Ricovero e Cura a Carattere Scientifico - Ca' Granda - Ospedale Maggiore Policlinico (di seguito Policlinico), in unione d'acquisto con la Fondazione I.R.C.C.S. Istituto Nazionale dei Tumori (Istituto) - e da ciò la ragione di due distinti ricorsi, connessi e qui riuniti – indisse, con determinazione 19 novembre 2013, n. 2422, una procedura aperta per l'affidamento quinquennale di servizi, il cui lotto 1 riguardava il noleggio, lavaggio, ritiro e consegna della biancheria piana e del vestiario per il personale (nel complesso, gergalmente, "lavanolo"), da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per un importo annuo a base d'asta di € 2.554.128,00, di cui € 1.752.375,00 per il Policlinico, e € 801.753,00 per l'Istituto Tumori.

B.1. Alla procedura per lo stesso lotto 1 parteciparono, tra gli altri, Adapta S.p.A. e Servizi Italia S.p.A., classificandosi, al termine, rispettivamente prima e seconda (determinazione 23 maggio 2014, n. 1154, del direttore generale del Policlinico); situazione che rimase immutata anche l'azione d'annullamento, proposta da Servizi Italia, il cui ricorso fu definitivamente respinto in grado d'appello con la sentenza C.d.S., III, 8 settembre 2015, n. 4191, in riforma della decisione 6 febbraio 2015, n. 405, di questa Sezione.

B.2. I due distinti contratti, stipulati tra l'impresa aggiudicataria Adapta S.p.A. e i due committenti, avevano avuto decorrenza dal 1 novembre 2014; e contestualmente Adapta aveva ottenuto da entrambi l'autorizzazione a subappaltare il servizio di lavaggio, stiratura e piegatura con ritiro e consegna della biancheria piana e confezionata a Fides socoop a r.l.

C. Peraltro, si legge nei due ricorsi in esame, Servizi Italia era venuta a conoscenza, attraverso le indagini da essa commissionate ad un investigatore privato, e depositate in causa, che un'altra cooperativa, la Alba Trasporti, almeno tra il 21 gennaio ed il 14 febbraio 2015 (ma si accerterà poi una data d'inizio precedente), "utilizzando camion con il proprio logo", aveva effettuato quotidianamente, presso le sedi del Policlinico e dell'Istituto, "le operazioni di carico, scarico e trasporto (allo stabilimento di lavaggio) di biancheria e indumenti ospedalieri contenuti in carrelli e ceste a logo Adapta": in altri termini, Alba avrebbe eseguito "in regime di sub-appalto, prestazioni di trasporto della biancheria - il cui trasporto e trattamento era oggetto del contratto affidato alla società Adapta", e oggetto del subappalto a Fides.

D.1. Alla fine di febbraio 2015 la Servizi Italia segnalò al Policlinico e all'Istituto la situazione; e, pochi giorni dopo, Adapta presentò una richiesta di modifica del subappalto, che fu accolta da entrambi i committenti.

D.2 Il Policlinico, con deliberazione 21 maggio 2015, n. 1079, attribuì ad Alba, fino al 10 marzo 2016, e salvo rinnovo, il servizio di trasporto per un corrispettivo di € 140.000,00, mentre a Fides residuò il modesto importo di € 8.000,00 per "logistica, trasporto e lavaggio biancheria".

D.3. A sua volta, l'Istituto, con la deliberazione dirigenziale 16 aprile 2015, n. 39, assunse un'analoga autorizzazione, diversa soltanto nell'importo, poiché il servizio di trasporto ad Alba è stabilito in € 70.000,00 e quello di Fides in € 2.000,00; il provvedimento, inizialmente provvisorio, è stato reso definitivo, dopo i prescritti controlli, con determinazione dirigenziale del 7 maggio 2015.

F.1. Con il ricorso 2253/2015 è stata impugnata da Servizi Italia la deliberazione 1079/2015; con questa è stata parimenti gravata l'aggiudicazione 23 maggio 2014 n. 1154, e ciò per "illegittimità sopravvenuta e caducante", con conseguente dichiarazione d'inefficacia ex art. 122 c.p.a. del contratto stipulato, sia annullata o meno tale aggiudicazione; è stata anche chiesta la condanna ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a. dell'Amministrazione resistente "all'adozione di un provvedimento di diniego al subappalto in favore della Cooperativa Alba Trasporti, e alla risoluzione del contratto dalla stessa stipulato con la società Adapta, con conseguente scorrimento della graduatoria, o rinnovazione dell'intera gara".

F.2. Egualmente, con il ricorso 2252/2015 Servizi Italia ha impugnato la deliberazione 39/2015 – unitamente alla successiva conferma del 7 maggio; con questa sono state parimenti impugnate le determinazioni 16 giugno 2014, n. 57 PRO e 20 ottobre 2014, n. 292, con cui l'Amministrazione ha aderito allo stesso contratto; è stata anche qui richiesta la dichiarazione d'inefficacia ex art. 122 c.p.a. del contratto stipulato, nonché la condanna dell'Amministrazione resistente, ai sensi dell'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a..

G. Si sono costituiti nei due giudizi le committenti e l'appaltatrice, concludendo per l'inammissibilità e comunque per l'infondatezza dei due ricorsi.

H. È stata altresì svolta una verificazione, affidata al Comandante regionale della Guardia di finanza, con facoltà di delega, ed effettivamente espletata dal nucleo di polizia tributaria di Milano, depositata in giudizio il giorno 11 dicembre 2015, per stabilire quando Alba Trasporti avesse materialmente iniziato a svolgere la propria attività in favore di Adapta, e, dunque, se ciò fosse avvenuto prima che il subappalto le era stato assegnato, come sostenuto dalla ricorrente.

DIRITTO

1.1. I ricorsi vanno riuniti per la loro connessione soggettiva e oggettiva, immediatamente desumibile dalla precedente narrazione.

1.2. È la stessa posizione di capofila della Fondazione Policlinico, nello svolgimento dei servizi in questione, che induce a fare riferimento, in principalità, alle censure per l'annullamento degli atti, e alle ulteriori domande proposte nel ricorso 2253/2015; integrandole poi, se necessario, con il contenuto del secondo ricorso proposto avverso l'Istituto tumori.

2.1.1. Il primo motivo del ricorso 2253/2016 afferma l'illegittimità dell'autorizzazione al subappalto a favore della cooperativa Alba trasporti per violazione e falsa applicazione dell'art. 118, commi II e VIII, del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, anche in relazione agli artt. 35 e 36 Cost., sotto il profilo dell'autorizzazione al subappalto in sanatoria; e, ancora, per violazione dei principi di trasparenza ex art. 97 Cost. e di quello di buona fede ex art. 2 Cost.

2.1.2. Servizi Italia rammenta, anzitutto, come l'autorizzazione al subappalto sia tipizzata nei presupposti e nel procedimento, segnatamente dall'art. 118 cit., il quale disciplina puntualmente i rapporti tra committente, affidatario dell'appalto e subappaltatore, stabilendo, tra l'altro, che la stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione al subappalto entro trenta giorni dalla relativa richiesta, con la quale deve essere depositato - almeno venti giorni prima dall'effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni - il contratto di subappalto e la certificazione, attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti prescritti: trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa.

2.1.3. Ancora, l'art. 118 stabilisce i limiti dei ribassi sui prezzi unitari, consentiti all'affidatario nei confronti del subappaltatore, e le regole sulla corresponsione degli oneri della sicurezza; l'affidatario e i subappaltatori trasmettono alla stazione appaltante, prima dell'inizio dei lavori, la documentazione di avvenuta denunzia agli enti previdenziali, assicurativi e antinfortunistici, nonché copia del piano di sicurezza; la stessa stazione appaltante acquisisce d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità, relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori; sono fissate specifiche prescrizioni per garantire che i subappaltatori siano regolarmente pagati.

2.1.4. Ebbene, prosegue la ricorrente, la comunicazione del subappalto permette alla stazione appaltante sia la verifica dei relativi presupposti, sia il rispetto degli obblighi e delle tutele testé accennati: e il subappalto non autorizzato, oltre che penalmente sanzionato ex art. 21, l. 13 settembre 1982, n. 646, sarebbe nullo ex

art. 1418 c.c., perché in contrasto con una norma imperativa, e costituirebbe, nel contempo, grave inadempimento dell'appaltatore, tale da legittimare la stazione appaltante a chiedere la risoluzione del contratto.

2.1.5. La comunicazione del contratto di subappalto e la relativa richiesta di autorizzazione devono dunque precedere l'esecuzione delle prestazioni; e, secondo Servizio Italia, la stessa autorizzazione deve essere preventiva, non potendosi, nel rigore della legge che sanziona penalmente e civilisticamente la sua mancanza, consentire l'autorizzazione in sanatoria.

2.1.6. Così, l'autorizzazione al subappalto qui impugnata sarebbe illegittima, anzitutto perché, in violazione dell'art. 118 cit., II comma, la relativa comunicazione sarebbe stata presentata da Adapta alla stazione appaltante dopo l'avvio delle prestazioni, che risalirebbe almeno al 21 gennaio 2015, mentre Adapta avrebbe presentato l'istanza d'autorizzazione al sub-appalto per Alba Trasporti soltanto il seguente 5 marzo.

2.1.7. Ne seguirebbe, pertanto, "il radicale difetto dei presupposti normativi per l'autorizzazione al subappalto, con conseguente illegittimità dell'autorizzazione impugnata, rilasciata, in violazione della norma in esame e in radicale difetto delle condizioni di approvazione del sub-appalto stesso", mentre il rilevato ritardo avrebbe impedito alla stazione appaltante di svolgere il complesso di verifiche sull'operato dell'appaltatore, previsti dall'art. 118 cit..

2.1.8. D'altro canto, prosegue la ricorrente, la stessa autorizzazione è intervenuta dopo l'avvio dell'esecuzione del sub-appalto medesimo e, in tal senso, a illegittima sanatoria di un'esecuzione già da tempo

in essere: e proprio tale durata, almeno di 45 giorni, escluderebbe che il ritardo nell'autorizzazione sia "meramente formale o irrilevante, scusabile o improntato a buona fede dell'appaltatore".

2.1.9. Comunque, anche ad ammettere che il ricorso al subappalto sia legittimamente autorizzabile a sanatoria, ciò potrebbe riguardare soltanto il caso in cui la comunicazione alla stazione appaltante sia stata contestuale all'inizio dell'esecuzione delle prestazioni in regime di sub-appalto.

2.1.10. La previsione, ex art. 118, per cui il deposito del contratto di subappalto deve precedere, e di almeno venti giorni, la data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni, sarebbe posta "in ragione di una pluralità di interessi pubblici oggettivi, che trascendono la sfera della sola stazione appaltante", e si estenderebbe "alla possibilità di accertare il rispetto delle norme in materia di tutela del lavoro e dei lavoratori del sub-appaltatore, inclusi i profili attinenti gli oneri per la sicurezza e la regolarità contributiva".

2.2.1. Nel secondo motivo (violazione e falsa applicazione dell'art. 118, II e VIII comma, del d. lgs. 163/2006) si sostiene che il provvedimento di autorizzazione opererebbe retroattivamente, anche rispetto alla data di presentazione della relativa domanda, rettificando il contenuto della deliberazione 11 novembre 2014, n. 2364, la quale, come già esposto, aveva autorizzato il subappalto, per lo stesso periodo e per lo stesso importo, a favore della Cooperativa Fides a r.l.

2.2.2. L'autorizzazione, pertanto, si configurerebbe "illegittimamente a sanatoria, perché destinata ad innovare un regime di autorizzazioni già disposto ampliando il novero dei sub-appalti autorizzati a far data dalla delibera 2364/2014 e quindi dal

11 novembre 2014 e per l'effetto in ragione di una lasso temporale di ben quattro mesi precedenti la data di presentazione della richiesta di autorizzazione al sub-appalto a favore della cooperativa Alba Trasporti".

2.3.1. Ancora, il III motivo è compendiato nella violazione e falsa applicazione del ripetuto art. 118, sotto il profilo difetto di istruttoria e di motivazione, nonché dell'eccesso di potere per difetto di istruttoria, erroneità dei presupposti e travisamento dei fatti, e di motivazione; e, ancora, per violazione dell'art. 3 della L. 241/1990 sotto il profilo della carenza di motivazione su un punto essenziale della fattispecie.

2.3.2. La ricorrente rappresenta di aver presentato, il 27 febbraio 2015, un'istanza alla stazione appaltante, in cui si affermava, fondandosi sulle indagini svolte, che dal 21 gennaio 2015 la Cooperativa Alba Trasporti eseguiva il trasporto della biancheria in regime di sub-appalto.

2.3.3. L'Amministrazione era così invitata a svolgere ulteriori attività istruttorie, che sarebbero state viceversa tralasciate, come avrebbe omesso qualunque motivazione in merito al ricorrere dei presupposti per l'autorizzazione del sub-appalto, nonostante gli elementi offerti, comprovanti la preesistenza delle prestazioni in regime di subappalto, i quali avrebbero obbligato la stazione appaltante a motivare al riguardo dell'anteriorità della comunicazione rispetto all'inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni.

3.1. Completato così l'esame dei motivi avverso l'autorizzazione al subappalto, il ricorso esamina l'illegittimità dell'aggiudicazione ad Adapta del lotto 1 relativo al servizio di noleggio, lavaggio, ritiro e

consegna biancheria piana e vestiario per il personale, disposta con la determinazione 23 maggio 2014, n. 1154: questa sarebbe affetta da invalidità (o da nullità) "derivata sopravvenuta ad effetto caducante" e da eccesso di potere "per violazione e falsa applicazione dei principi che si desumono dall'art. 37, comma 10, in relazione all'art. 118, comma 1, del Codice dei contratti pubblici".

3.2.1. Affermata, anzitutto, la tempestività del motivo "trattandosi di invalidità, conseguente a vizio successivo all'aggiudicazione medesima, in ragione della violazione delle norme in materia di sub-appalto e dell'illegittimità, per i motivi sin qui dedotti, del provvedimento di autorizzazione al sub-appalto", la ricorrente ne individua il fondamento nel malgoverno "del principio di immodificabilità del soggetto esecutore della prestazione affidata, come cristallizzato nel provvedimento di aggiudicazione", che costituirebbe "un istituto codificato sia nell'ordinamento dei contratti pubblici, che nell'applicazione giurisprudenziale".

3.2.2. Invero, prosegue il ricorso, l'art. 37, IX comma, del d. lgs. 163/2006 vieta qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta; a sua volta, il seguente X comma prevede che l'inosservanza del predetto divieto "comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto, nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto".

3.2.3. Ebbene, prosegue Servizi Italia, si deve ritenere che l'inosservanza, sanzionata con l'annullamento della

aggiudicazione, "sia (quanto meno anche) l'inosservanza del divieto successiva alla aggiudicazione: infatti, l'inosservanza anteriore all'aggiudicazione dovrebbe e deve essere sanzionata (non con l'annullamento della aggiudicazione) ma con l'esclusione del concorrente dalla gara": e ciò, inoltre, se "vi sia un provvedimento di conferma dell'aggiudicazione pure a valle della non consentita modificazione soggettiva".

3.2.4. Ebbene, secondo la ricorrente, le precedenti disposizioni fisserebbero un principio applicabile "anche con riferimento al caso di esecuzione delle prestazioni contrattuali in regime di sub-appalto, non autorizzato o di fatto, o di sub-appalto illegittimamente autorizzato".

Anche questo, infatti, violerebbe l'art. 118 cit., I comma, per cui i soggetti affidatari dei contratti sono tenuti a eseguire in proprio le prestazioni comprese nel contratto, il quale non può di norma, e a pena di nullità, e di tale disposizione il divieto di modificazione soggettiva, posto dall'art. 37, IX comma, sarebbe "specificazione e corollario", con la conseguente applicazione del seguente X comma "anche nel caso di sub-appalto non autorizzato, come nelle altre ipotesi di modificazioni soggettive non consentite", ché unico sarebbe l'interesse sostanziale, e cioè "che all'esecuzione del contratto provveda, salvo legittima eccezione, il soggetto individuato a valle della procedura di gara esperita ed aggiudicata".

3.2.5. Così, in conclusione, la stessa determinazione dirigenziale 21 maggio 2015, n. 1079, impugnata in principalità, sarebbe illegittima anche perché, "anziché autorizzare illegittimamente il sub-appalto per cui è ricorso, non ha disposto l'annullamento della aggiudicazione al tempo disposta a favore della società Adapta".

3.2.6. Egualmente, sarebbe illegittima la stessa aggiudicazione, avente come presupposto un assetto di interessi, ossia l'esecuzione diretta del contratto da parte dell'affidatario, che sarebbe "frustrato, attesa l'esecuzione del contratto stesso attraverso l'affidamento di prestazioni in sub-appalto, parte eseguite in via di mero fatto e neppure comunicate, preventivamente al loro svolgimento, alla stazione appaltante, e parte attuate a mezzo di un sub-appalto illegittimamente autorizzato".

4. Con la successiva domanda, la ricorrente chiede, quale seconda graduata, che venga dichiarata inefficace, ex art.122 c.p.a. il contratto d'appalto stipulato tra Adapta S.p.A. ed il Policlinico – e così quello con l'Istituto Tumori - con il proprio subentro o la conseguente rinnovazione integrale della gara.

5.1. L'ulteriore domanda proposta è di condanna all'adozione di un provvedimento che neghi il subappalto in favore della cooperativa Alba Trasporti, ex 34, I comma, lett. c), c.p.a..

5.2. Invero, secondo la ricorrente, nella fattispecie sarebbero mancate le condizioni, di cui all'art. 118 cit., per il rilascio dell'autorizzazione al subappalto in favore della società Adapta: da ciò, "anche in via autonoma e concomitante" rispetto all'accoglimento del precedente motivo e di quello di annullamento dell'aggiudicazione si chiede, unitamente all'annullamento dei provvedimenti impugnati, condanna dell'amministrazione resistente all'adozione di provvedimento espresso di diniego di autorizzazione al sub-appalto.

6.1. L'ultima domanda proposta è ancora di condanna ex 34, comma 1, lett. c), del c.p.a., ma, in questo caso, all'adozione di un

provvedimento per la risoluzione di diritto del contratto con cui è stato stipulato l'appalto tra l'Amministrazione e Adapta.

6.2. La ricorrente richiama qui, anzitutto, il patto di integrità in materia di contratti pubblici regionali, adottato dalla Regione Lombardia con DGR 30 gennaio 2014 n. X/1299: questo, secondo quanto stabilito all'art. 1, "regola i comportamenti dei soggetti del sistema regionale di cui all'allegato A.1 della l.r. n. 30/2006, nell'ambito delle procedure di affidamento e gestione degli appalti di lavori servizi e forniture di cui al D.vo 163/2006"; per il seguente art. 1, III comma, esso "costituisce parte integrante dei contratti stipulati dai soggetti del sistema regionale", cui appartengono le due stazioni appaltanti qui resistenti.

Lo stesso patto di integrità stabilisce obblighi sull'osservanza degli adempimenti previsti dalla normativa vigente in materia di sub-appalto, e impegna ad acquisire preventiva autorizzazione per i sub-affidamenti: in particolare, l'art. 4 sanzionerebbe la violazione di uno degli impegni previsti dall'art. 2, uno fra i quali è attinente al sub-appalto, con la risoluzione di diritto del contratto.

6.3. Ciò posto, l'art. 9.4. del capitolato speciale d'appalto stabilisce, tra l'altro, che la committente può richiedere "la risoluzione del contratto" in una serie di casi, tra cui (lett. e), il subappalto non autorizzato.

Peraltro, secondo la ricorrente, il patto d'integrità obbliga ad intendere tale disposizione "nel senso che la violazione delle disposizioni in materia di sub-appalto non comportano soltanto una facoltà per la stazione appaltante di disporre la risoluzione del contratto, ma obbligano la stessa a disporre detta risoluzione in modo vincolato"; inoltre, l'uso del verbo potere, in questo caso, non

starebbe a indicare "una discrezionalità", ma un potere/dovere vincolato della stazione appaltante, "in ragione del sistema di regole poste a presidio della stazione appaltante e della gravità insita nello stesso sub-appalto non autorizzato".

6.4. Su tale fondamento, Servizi Italia ritiene "ricorrano i presupposti per formulare, in ogni caso e in via autonoma rispetto alle domande che precedono, domanda di condanna dell'Amministrazione resistente alla risoluzione del contratto, essendo, ormai, ammessa la condanna all'adempimento ex art. 34 lett. c) del Codice del Processo".

7.1.1. Orbene, ritiene anzitutto il Collegio che l'articolato coacervo di domande – di annullamento, di accertamento, costitutive e di condanna –trovi per Servizi Italia la sua unitaria giustificazione, e, così, l'interesse sostanziale perseguito, nell'intento di ottenere la risoluzione dei due rapporti contrattuali in corso tra Adapta e le due stazioni appaltanti, seguita dal subentro negli stessi contratti, o, quanto meno, dall'avvio di una nuova procedura di gara per l'affidamento del servizio in questione.

7.1.2. Si tratta, infine, di un obiettivo coerente con quello già inutilmente perseguito da Servizi Italia con l'azione, tempestivamente proposta e sopra ricordata (sub § B), per l'annullamento dell'aggiudicazione: un obiettivo che, tuttavia, viene ora mirato con l'impiego di strumenti processuali, i quali non tengono nel debito conto la situazione attuale, radicalmente mutata dopo l'instaurazione di un rapporto contrattuale tra le Amministrazioni committenti e Adapta, almeno inizialmente valido, stante appunto il rigetto del ricorso avverso l'aggiudicazione.

7.2.1. Invero, proprio per fare definitiva chiarezza sul petitum sostanziale delle domande proposte in giudizio, diverse da quella di annullamento delle autorizzazioni, che verrà esaminata per ultima, e, così, quanto alla giurisdizione sulle stesse del giudice adito, bisogna intanto ricordare come, in una lettura coordinata e coerente degli artt. 244 del d. lgs. 163/2006 e 133, comma 1, lett. e), c.p.a., «la potestà cognitiva delle condotte e dei provvedimenti assunti prima della definizione della procedura di affidamento dei contratti di appalto (di lavori, servizi e forniture) o nella fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula del contratto deve essere ascritta entro il perimetro della giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, mentre la cognizione di quelli afferenti all'esecuzione dell'accordo negoziale (con l'eccezione di quelli, espressamente riservati alla giurisdizione esclusiva amministrativa, relativi al divieto di rinnovo tacito dei contratti, alla revisione dei prezzi e al loro adeguamento) appartiene alla giurisdizione dell'autorità giudiziaria ordinaria (si vedano Cons. Stato, Ad. Plen., 20.6.2014, n. 14; Cons. St., sez. V, 1.8.2015 n. 3780; Cons. St., sez. V, 31.12.2014 n. 6455; Cass., Sez. Un., 23.7.2013, n. 17858; Cass., Sez. Un., 24.5.2013, n. 12901; Cass., Sez. Un., 3.5.2013, n. 10298; Cass., Sez. Un., 23.11.2012, n. 20729)» (così, in motivazione, C.d.S., III, 4 dicembre 2015, n. 5519).

7.2.2. Il discrimine è dunque costituito dalla stipula del contratto. La fase pubblicistica della scelta del contraente, retta dalle regole dell'evidenza pubblica, in cui l'amministrazione opera come pubblica autorità, è rimessa alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo; le vicende successive alla stipula del contratto, e inerenti all'esecuzione dello stesso, appartengono alla cognizione del

giudice ordinario: ed è a queste ultime che si riferisce la controversia in esame, nonostante il tentativo, da parte della ricorrente, di retroagire fino all'aggiudicazione.

7.3.1. Invero, secondo Servizi Italia, per un certo periodo Adapta avrebbe svolto (e la verificazione, su cui ultra sub § 9.2., lo ha sostanzialmente confermato) una parte delle prestazioni contrattualmente pattuite – segnatamente il trasporto della biancheria – in subappalto, come autorizzato, ma utilizzando un operatore diverso da quello indicato dopo la stipulazione del contatto e accettato dalla stazione appaltante: e ciò, secondo Servizi Italia, dovrebbe essere sufficiente ad ottenere da questo giudice una sentenza che interrompa il rapporto in corso.

7.3.2. È però palese come tale asserita condotta si riferisca al rapporto contrattuale, o, se si preferisce, all'esecuzione del contratto validamente stipulato: il subappalto viene qui in considerazione come componente delle prestazioni, e non certo in relazione alla legittimità degli atti relativi alla fase di scelta del contraente: di cui, peraltro, per questa gara, il giudice amministrativo si è già occupato.

7.3.3. Insomma, la ricorrente domanda al giudice di valutare la sussistenza di un inadempimento contrattuale, e lo domanda in funzione della cessazione di tale rapporto, che lo stesso giudice dovrebbe attuare, mediante l'accoglimento dell'una o dell'altra domanda proposte.

7.4. Si tratta, invece, di materia estranea alla giurisdizione del giudice amministrativo: e non può modificare tale conclusione la prospettazione compiuta dalla parte: la competenza va infatti stabilita riferendosi al petitum sostanziale, identificato soprattutto in funzione della causa petendi, ossia della intrinseca natura della

posizione dedotta in giudizio, avendo riguardo alla sostanziale protezione accordata a quest'ultima dal diritto positivo (cfr., tra le ultime, C.d.S., IV, 14 gennaio 2016, n. 81; Cass. s.u., 15 dicembre 2015, n. 25211).

7.5.1. Così, la richiesta di annullamento dell'aggiudicazione per invalidità sopravvenuta, non vuol tener conto che l'aggiudicazione definitiva è, per tale, un provvedimento ad efficacia istantanea, sia pure con effetti permanenti, per cui gli accadimenti, successivi alla sua adozione, non possono determinarne l'illegittimità, appunto perché si tratta di un atto ormai definito e compiuto, del quale – è banale dirlo - è perciò possibile soltanto la revoca per ragioni di opportunità.

7.5.2. Pertanto, la domanda di annullamento, tanto più in quanto qui correlata alla richiesta d'inefficacia del contratto stipulato ex art. 122 c.p.a., altro non è, in sostanza, in relazione ai suoi effetti, che una domanda di caducazione del contratto e comunque del successivo rapporto, sia pure proposta riferendosi al titolo a stipularlo, costituito appunto dall'aggiudicazione definitiva: domanda palesemente inammissibile perché proposta innanzi a un giudice sfornito di giurisdizione.

7.5.3. D'altronde, se questo giudice la dovesse effettivamente intendere per quello che si dichiara, il ricorso sarebbe comunque in parte qua inammissibile, giacché, come detto, il provvedimento di aggiudicazione definitiva non può comunque essere affetto da illegittimità successiva alla sua adozione.

7.5.4. Egualmente inammissibile va poi dichiarata la richiesta di annullamento dei provvedimenti - le determinazioni 57PRO e 292/2014 - impugnati con il ricorso 2252/2015: atti con cui

l'Istituto tumori ha aderito all'aggiudicazione e che, per presupposti ed effetti, corrispondono evidentemente all'aggiudicazione disposta.

7.5.5. La domanda d'inefficacia del contratto ex art. 122 c.p.a. segue necessariamente per ragioni analoghe la sorte di quelle d'annullamento dell'aggiudicazione e dell'adesione, giacché il giudice amministrativo ha il potere di esaminarla solo sul presupposto della caducazione dell'aggiudicazione stessa.

7.6.1. Egualmente inammissibili sono le domande di condanna ex art. 34 c.p.a., proposte nei due ricorsi, e così, anzitutto, quella dell'Amministrazione ad emettere un provvedimento di risoluzione di diritto del contratto stipulato con la società Adapta.

7.6.2. È chiaro, infatti, che, anche in questo caso, l'intento è di ottenere dal giudice amministrativo, per effetto del rilevato inadempimento, una sentenza, la quale comporterebbe la risoluzione del rapporto contrattuale, sia pure attraverso un provvedimento amministrativo: questo però, in quanto dovuto e vincolato, non modificherebbe la sostanza dell'azione promossa, in relazione allo scopo perseguito, la quale non può competere al giudice amministrativo.

7.6.3. Per quanto poi riguarda la seconda domanda di condanna, vi è intanto da osservare che essa riprende, nella forma dell'azione negativa di accertamento e di condanna, ma con un effetto sostanzialmente analogo, la domanda di annullamento delle autorizzazioni al subappalto in favore della Alba Trasporti: è infatti evidente che, se questo giudice accogliesse tale domanda, l'Amministrazione non potrebbe reiterarle, almeno in relazione ai profili d'invalidità riscontrati.

7.6.4. Si vedrà oltre che la domanda d'annullamento è inammissibile e comunque infondata, e tale conclusione andrebbe conseguentemente estesa alla domanda di condanna in esame, se non fosse che la stessa, tuttavia, è comunque inammissibile per un'altra, propria e assorbente ragione.

7.7.1. Invero, il citato art. 34, I comma, lett. c), prevede bensì, tra le altre, l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto, ma ne consente l'esercizio "nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3", il quale a sua volta – letteralmente nel solo ambito dell'azione avverso il silenzio e declaratoria di nullità - stabilisce che "Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione".

7.7.2. Ebbene, pur a riconoscere ammettere che la disciplina di cui all'art. 34 possa trovare applicazione anche nella presente materia (cfr. T.A.R. Lombardia Milano, IV, 30 gennaio 2014, n. 340), il Collegio esclude che l'autorizzazione al subappalto – e naturalmente il suo diniego - sia l'esito di un'attività vincolata; essa invece presuppone una verifica discrezionale sui requisiti d'idoneità, e ciò basta a negare che vi si possa applicare la norma in questione.

7.7.3. Tale conclusione, peraltro, è riferibile anche all'altra domanda di condanna.

Non è infatti revocabile in dubbio, diversamente da quanto sostiene parte ricorrente, che la decisione della stazione appaltante, di procedere alla risoluzione del rapporto contrattuale, in presenza di un subappalto non autorizzato, presupponga una valutazione

discrezionale di convenienza – come la stessa ricorrente ammette (sopra, sub § 6).

7.7.4. Né vi è dubbio che la stessa non è preclusa dallo stesso patto d'integrità, il quale, all'art. 4, stabilisce che, in presenza di una violazione delle clausole del patto, l'Amministrazione aggiudicatrice "può non avvalersi della risoluzione del contratto qualora la ritenga pregiudizievole agli interessi pubblici, quali indicati dall'art. 121, comma 2, d lgs. 104/2010": del resto, è ovvio che un'automatica indiscriminata risoluzione potrebbe talora favorire la parte che vi ha dato causa, e danneggiare il contraente incolpevole.

8.1. Così, impregiudicata la facoltà di riassunzione ex art. 11 c.p.a. innanzi al giudice ordinario, a questo punto rimangono da esaminare le domande per l'annullamento delle due autorizzazioni al subappalto, per le quali sussiste astrattamente la giurisdizione del giudice amministrativo (conf. C.d.S., IV, 24 marzo 2010 n. 1713), sebbene non sia facilmente ravvisabile l'utilità alla loro caducazione per la ricorrente.

8.2. È infatti anzitutto palese che tale domanda è stata qui proposta in relazione ed in funzione della caducazione del contratto in corso, poiché l'autorizzazione rappresenta l'atto con cui la stazione appaltante ha consentito l'avvio del subappalto a Alba trasporti: all'opposto, l'annullamento della stessa autorizzazione rappresenterebbe, secondo la Servizi Italia, la condizione per accertare l'illegittimità – e forsanche l'illiceità – del subappalto, fino a conseguire infine la caducazione del contratto e l'eventuale rinnovazione della procedura, secondo quanto sopra illustrato.

8.3. In effetti, Servizi Italia sostiene di vantare, quale seconda in graduatoria, un interesse all'annullamento dei provvedimenti

autorizzativi il subappalto, "attesa la strettissima attinenza alla risoluzione anticipata del contratto": l'annullamento e la risoluzione che ne deriverebbe, "consentirebbe, infatti, a favore della ricorrente, seconda in graduatoria, il cd. interpello, espressamente previsto per la fattispecie in discorso dall'art. 140, comma 1, del D.vo 163/2006 e smi" e, comunque, se non si desse corso all'interpello, ne seguirebbe la rinnovazione integrale della procedura.

8.4. Ebbene, sembra anzitutto al Collegio come, una volta dichiarate inammissibili le domande prima considerate, l'interesse all'annullamento delle sole autorizzazione viene meno: queste, d'altra parte, non determinano alcun concreto e attuale pregiudizio per la ricorrente, in relazione alla sua dichiarata posizione legittimante di seconda classificata in una gara da tempo conclusa, sì che, anche sotto tale profilo, il loro annullamento non determinerebbe alcuna utilità immediata e diretta.

8.5. Qualora poi venisse proposta da Servizi Italia, innanzi al giudice ordinario, una domanda inerente lo scioglimento del contratto di lavanolo (mediante traslatio iudicii, oppure in via autonoma), tale domanda – in relazione a quanto dedotto in ricorso - troverebbe il proprio fondamento nella precedente attività di subappalto, asseritamente svolta in violazione del disposto di cui all'art. 118 d. lgs. 163/2006, e non verrebbe preclusa dall'autorizzazione che non può comunque sanare la situazione pregressa (come meglio si chiarirà oltre).

8.6. Sembra perciò qui insussistente un interesse a ricorrere, corrispondente, secondo la costante giurisprudenza, ad una specifica utilità o posizione di vantaggio che attiene ad uno specifico bene

della vita, contraddistinto indefettibilmente dalla personalità e dall'attualità della lesione subita, nonché dal vantaggio ottenibile dal ricorrente: l'annullamento delle autorizzazioni, valutato in astratto ed ex ante, non comporterebbe, secondo un nesso causale necessario, la successiva risoluzione del contratto, che, invero, potrebbe semmai discendere da una valutazione affatto indipendente degli stessi elementi che condurrebbero all'annullamento delle autorizzazioni, ed indipendentemente da tale annullamento.

9.1.1. Ciò posto, è comunque utile valutare il contenuto delle censure, già esposto nel precedente § 2.1. e riconducibile, quanto al primo motivo, all'affermazione che i provvedimenti autorizzativi de quibus sarebbero viziati per violazione delle disposizioni contenute nell'art. 118 del d. lgs. 163/2006.

9.1.2. In particolare, le richieste di subappalto sarebbero state presentate alle due stazioni appaltanti da Adapta dopo l'avvio delle prestazioni: circostanza, questa, specificatamente esaminata nella verificazione disposta, e sulla quale il Collegio ritiene ora opportuno soffermarsi per i profili essenziali.

9.2.1. Invero, nella relazione allegata alla verificazione, dopo aver richiamata la disciplina contrattuale con l'originaria subappaltatrice Fides a r.l. (supra sub B2 segg.), viene presa in considerazione la cooperativa Alba: questa, il giorno 11 marzo 2015, stipulò con Adapta "un solo contratto di subappalto", di durata annuale rinnovabile, per il "servizio di trasporto di biancheria piana e confezionata destinate alle strutture ospedaliere della Committente della Regione Lombardia", con allegate le tariffe da praticare.

9.2.2. Il seguente 23 marzo le stesse parti integrarono le previsioni contrattuali, stabilendo che il trasporto riguardava le "strutture ospedaliere della Fondazione IRCCS INT [Istituto nazionale tumori] di Milano [con] consegna presso i locali in uso alla società Adapta S.p.a.: circa € 70.000,00/anno oltre IVA comprensivo degli oneri della sicurezza".

9.2.3. Il verificatore non ha invece rintracciato un'analoga appendice per il servizio reso presso il Policlinico; osserva tuttavia che, in un telefax del giorno 18 marzo, inviato da Adapta al Policlinico, si legge che questa aveva comunicato, "con nota prot. n. 63/14", il nominativo del nuovo subappaltatore per le medesime attività di trasporto, ed era "in corso di invio il relativo contratto con la documentazione allegata secondo quanto previsto dalla normativa vigente. Per tale subappalto l'importo è pari a € 140.000,00/anno".

9.2.4. Il contratto di subappalto, stipulato il giorno 11 marzo, è pervenuto alle stazioni appaltanti il seguente 20 marzo; l'integrazione relativa all'Istituto tumori il giorno 30 dello stesso mese; l'autorizzazione del Policlinico è stata poi assunta con deliberazione del 21 maggio e quella dell'Istituto tumori con provvedimento del 16 aprile.

9.2.5. Peraltro, seguita la relazione, nel dicembre 2015 il responsabile legale di Alba Trasporti aveva dichiarato all'organo di verificazione di aver svolto, a partire già dall'ottobre 2014 (e non dal seguente mese di gennaio come prima detto) , su richiesta di Adapta, trasporti di biancheria ospedaliera dalle strutture sanitarie delle due stazioni appaltanti alla sede della cooperativa Fides, dove questa si occupava della sanificazione, ed emettendo fatture nei

confronti di quest'ultima, per € 16.663,00 durante l'anno 2014, da ottobre a dicembre, e per € 7.930,00 per l'anno 2015, da gennaio a febbraio; in seguito, stipulato il contratto di subappalto, Alba trasporti ha iniziato a emettere direttamente nei confronti di Adapta le fatture relative a quel servizio.

9.2.6. Ancora, il Collegio vuole rammentare nuovamente che Adapta era già stata ammessa a svolgere in subappalto le stesse prestazioni, sia pure con la cooperativa Fides; inoltre, le due stazioni appaltanti hanno poi riscontrato che Alba trasporti, per tale, possedeva tutti i requisiti soggettivi per lo svolgimento in subappalto del servizio di trasporto, né sul punto i ricorsi hanno proposto specifici rilievi.

9.3.1. Tanto conduce il Collegio a respingere il primo motivo di ricorso, dovendosi escludere che le autorizzazioni, qui impugnate, non rispettino le disposizioni di cui all'art. 118 d. lgs. 163/2006.

9.3.2. Sembra invero necessario sottolineare nuovamente come tali autorizzazioni riguardino esclusivamente la sostituzione del subappaltatore, e come siano state rilasciate con decorrenza dalla data di stipulazione dello stesso contratto di subappalto, e cioè dal 11 marzo 2015.

9.3.3. È bensì vero che tale contratto è stato depositato dopo questa data, e che, ex art. 118, II comma, n. 2, l'affidatario provvede al deposito del contratto di subappalto presso la stazione appaltante almeno venti giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni.

9.3.4. Non vi è tuttavia ragione di ritenere che il termine dilatorio sia vincolante anche per la stazione appaltante, essendo posto nel suo interesse, per metterla in condizione "di valutare la sussistenza delle

condizioni legittimanti il subappalto, per cui ne consegue che il mancato rispetto del suddetto termine non può ritenersi di per sé in grado di precludere il rilascio della prescritta autorizzazione, venendo in sostanza a privare la stazione appaltante di tale potere", né lo stesso termine ha natura perentoria "non essendo previsto nulla in merito dalla lex specialis" (così T.A.R. Lazio, Roma, III quater, 25 febbraio 2015, n. 3312).

9.3.5. L'Amministrazione può dunque decidere di rinunciare a tale termine e autorizzare così il subappalto dalla data in cui questo può essere legittimamente svolto, e cioè, tra l'altro, dal momento in cui si è perfezionato il relativo contratto, senza il quale, naturalmente, non ci può essere una valida autorizzazione.

9.4.1. È poi ben possibile che Alba abbia svolto, di fatto, in epoca precedente all'11 marzo, le stesse prestazioni, in luogo dell'apparente subappaltatore, e ciò potrebbe configurare, con riguardo allo stesso intervallo di tempo, il reato di cui all'art. 21 della l. 13 settembre 1982, n. 646, o il presupposto per un'ipotetica risoluzione del rapporto contrattuale, tra Adapta e la stazione appaltante (questioni entrambe estranee alla giurisdizione amministrativa).

9.4.2. Ciò, tuttavia, non comporta l'invalidità di un'autorizzazione al subappalto che riguardi un periodo successivo, per il quale sono presenti tutti i requisiti prescritti, incluso il prescritto contratto, come appunto nella fattispecie.

9.4.3. L'autorizzazione emessa, invero, non è a sanatoria, diversamente da quanto sostenuto nel secondo motivo, analogo in entrambi i ricorsi; o, al più, lo è per il limitato periodo corrente tra il giorno 11 marzo 2015 e il citato termine, di cui all'art. 118 cit.:

ma si è già detto che ciò rientra ampiamente nei poteri discrezionali della stazione appaltante.

9.5. Per quanto infine concerne il terzo e ultimo motivo di ricorso, è evidente come, ancora una volta, la ricorrente confonda qui le questioni relative all'eventuale risoluzione del rapporto contrattuale – cui sono eventualmente pertinenti le indagini investigative commissionate dalla Servizi Italia – con le autorizzazioni in questione, che, per quanto sin qui esposto, non richiedevano ulteriori attività istruttorie o specifiche motivazioni in merito ai presupposti per l'autorizzazione del sub-appalto.

10.1. I due ricorsi vanno in conclusione integralmente respinti.

10.2. Peraltro, le risultanze della verificazione disposta conducono ad ordinare alla Segreteria della Sezione di trasmettere alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano copia dei due fascicoli processuali, e della relazione di verificazione con i relativi allegati, per gli eventuali provvedimenti di competenza.

10.3. L'evidente novità delle questioni trattate conduce, ex art. 92 c.p.c., all'integrale compensazione delle spese di lite tra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Lombardia (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sui ricorsi in epigrafe, previa riunione, li dichiara inammissibili, in parte per difetto di giurisdizione e in parte per carenza d'interesse, secondo quanto precisato in motivazione.

Spese compensate.

Dispone che, a cura della Segreteria della Sezione, sia trasmessa alla Procura della Repubblica presso il Tribunale di Milano copia dei

due fascicoli processuali, e della relazione di verificazione con i relativi allegati, per gli eventuali provvedimenti di competenza.

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

Così deciso in Milano nelle camere di consiglio addì 19 maggio e 7 luglio 2016 con l'intervento dei signori magistrati:

Angelo Gabbricci, Presidente, Estensore

Giovanni Zucchini, Consigliere

Fabrizio Fornataro, Consigliere

IL PRESIDENTE, ESTENSORE
Angelo Gabbricci

IL SEGRETARIO