

N. 00150/2017 REG.PROV.COLL. N. 00006/2017 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 6 del 2017, proposto da:
Studio R.D.M. di Bertani R., Morgante L. e Oradini A. - Associazione Professionale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Michele Coromano C.F. CRMMHL67H14H273Z, con domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso, via XXIV Maggio, n. 137;

contro

Unione dei Comuni delle Sorgenti del Biferno e Comune di Campochiaro, in persona dei legali rappresentanti p.t., rappresentati e difesi dall'avvocato Stefano Sabatini C.F. SBTSFN61R10F576H, con domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso, via D'Amato, n. 13/D;

nei confronti di

Geoservizi Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Forcione C.F. FRCGPP67C10L113D, con domicilio eletto presso il suo studio in Campobasso, via Vittorio Veneto, n. 64;

per l'annullamento

-della determinazione del Responsabile del Servizio - Ufficio Tecnico Unione dei comuni Sorgenti del Biferno del 29.11.2016 n. 33 Registro Generale e n. 11 Registro Settoriale, con cui è stata definitivamente aggiudicata alla costituenda ATI Geoservizi Srl / Dott. Forestale Tonino Albanese / Dott. Geologo Aurelio Nardelli, la procedura negoziata per la realizzazione del piano di assestamento forestale del comune di Campochiaro;

-di ogni ulteriore atto presupposto consequenziale e comunque connesso, ivi incluso il verbale di gara del 28 novembre 2016 di aggiudicazione provvisoria e l'avviso di avvenuta aggiudicazione definitiva,

nonché per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato medio tempore tra il comune di Campochiaro e la costituenda ATI Geoservizi Srl / Dott. Forestale Tonino Albanese / Dott. Geologo Aurelio Nardelli.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio dell'Unione dei Comuni delle Sorgenti del Biferno, del Comune di Campochiaro e della Geoservizi Srl;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 8 marzo 2017 il dott. Domenico De Falco e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con avviso pubblico del 2 novembre 2016, l'Unione di Comuni delle Sorgenti del Biferno ha sollecitato la trasmissione di manifestazioni di interesse da parte degli operatori economici presenti sul mercato al fine del successivo invito alla procedura per l'affidamento dell'appalto per la *"realizzazione del piano di assestamento forestale del Comune di Campochiaro"*, ai sensi dell'art. 36, co 2 del d.lgs. n. 50/2016 con procedura negoziata e con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità prezzo ai sensi dell'art. 95, co. 3 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016.

Nel termine di scadenza del 17 novembre 2016 pervenivano le manifestazioni di interesse della costituenda ATI Geoservizi s.r.l. formata dal dott. Tonino Albanese e dal dott. Aurelio Nardelli nonché quella dello Studio RDM di Bertani R., Morgante L. e Oradini A. – Associazione professionale.

Avviata la procedura negoziata per un importo a base di gara di euro 78.348,00 IVA esclusa, i due operatori predetti presentavano le proprie offerte. La commissione di gara, riunitasi in data 28 novembre 2016, li ammetteva e, dopo aver verificato la presenza di tutti gli elementi dell'offerta tecnica prescritti dalla legge di gara, dichiarava chiusa la seduta pubblica e procedeva nello stesso giorno alla valutazione delle offerte tecniche ed economiche all'esito della quale si classificava al primo posto la Geoservizi s.r.l. (punti 83,500) mentre l'altro operatore economico ammesso, Studio R.D.M., si classificava alle sue spalle (punti 80,072).

Ne derivava l'adozione del provvedimento di aggiudicazione provvisoria in favore della Geoservizi s.r.l. e poi l'aggiudicazione definitiva in data 29 novembre 2016 con atto del Responsabile della Centrale Unica di Committenza R.G. n. 36 – R.S. n. 11.

Lo Studio R.D.M. impugnava tale ultimo provvedimento unitamente al verbale delle operazioni di gara, con ricorso notificato in data 2 gennaio 2017 e depositato il successivo 13 gennaio, sulla base dei seguenti motivi.

I) Illegittimità degli atti impugnati per carenza dei requisiti di idoneità professionale della costituenda ATI aggiudicataria; Violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara con specifico riferimento agli artt. 5.1) e 5.4); violazione e falsa applicazione dell'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016; violazione e falsa applicazione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per erronea presupposizione di elementi di fatto e di diritto, illogicità manifesta, sviamento dalla causa tipica.

I.1) L'aggiudicataria sarebbe priva del requisito di idoneità professionale di cui ai punti 5.1 e 5.4 della lettera di invito a mente dei quali rispettivamente possono partecipare alla gara (punto 5.1) *"professionisti singoli, associati, le società tra professionisti, le società di ingegneria, i consorzi, i GEIE, raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti per attività coincidente con quella oggetto del presente appalto, sempreché ci sia la presenza come titolari, soci o dipendenti da almeno 12 mesi di professionisti regolarmente iscritti all'albo professionale relativo all'oggetto dell'incarico 'Ordine dei Dottori Agronomi o Forestali', nonché, se società*

cooperativa o consorzio, iscrizione agli albi e registri previsti dalla normativa vigente"; (punto 5.4): "per il requisito di cui al precedente punto 5.1: - nell'ipotesi di raggruppamento temporaneo o consorzio ordinario già costituiti o da costituirsi, o di aggregazione di rete o di GEIE, ciascuna delle imprese raggruppate/raggruppande o consorziate/consorziande o aderenti al contratto di rete deve essere in possesso dell'iscrizione di cui al precedente art. 5.1".

Secondo parte ricorrente i punti 5.1 e 5.4 introdurrebbero un requisito di carattere soggettivo di cui l'aggiudicataria sarebbe priva in quanto il dott. Narducci non risulta iscritto all'albo dei dottori Agronomi e Forestali, ma all'ordine dei Geologi, con la conseguenza che la mancanza del requisito in capo ad uno solo degli operatori del Raggruppamento aggiudicatario guidato dalla mandataria Geoservice s.r.l. ne avrebbe dovuto determinare l'esclusione a norma delle predette disposizioni.

I.2) In ogni caso, prosegue la ricorrente, il punto 5.1) della lettera di invito prescriveva altresì che i partecipanti svolgano anche *"attività coincidente con quella oggetto del presente appalto"*, sennonché, emergerebbe dalla visura camerale che la Geoservizi s.r.l. risulta iscritta presso la CCIAA per la sola *"attività di studio geologico e di prospezione geognostica e mineraria"* e non contemplerebbe neppure nel proprio oggetto sociale le attività oggetto dell'appalto, con conseguente difetto del requisito di idoneità professionale anche in capo alla mandataria del raggruppamento;

I.3) non risulterebbero soci o dipendenti della Geoservizi s.r.l. che abbiano l'iscrizione all'albo professionale dei dottori agronomi e forestali in violazione dei predetti punti della lettera di invito.

II) Illegittimità degli atti impugnati per carenza dei requisiti di capacità economica, finanziaria e tecnica organizzativa della costituenda ATI aggiudicataria; violazione e falsa applicazione del disciplinare di gara con specifico riferimento ai punti 5.2) e 5.3) in relazione ai punti 5.5) e 5.6; violazione e falsa applicazione dell'art. 85 del d.lgs. n. 50/2016; eccesso di potere per erronea presupposizione di elementi di fatto e di diritto; illogicità manifesta; sviamento della causa tipica.

I punti 5.3 e 5.6 della lettera di invito prescrivevano che i partecipanti alla gara avessero svolto nel triennio precedente servizi analoghi a quelli oggetto di affidamento per un importo non inferiore a quello posto a base di gara, sennonché i servizi svolti dalla Geoservizi s.r.l. nel triennio non presenterebbero neppure elementi di similitudine, con la conseguente carenza anche sotto questo profilo di un requisito di ammissione, a ciò dovendosi aggiungere la mancata indicazione nel documento di gara unico europeo (DGUE) del fatturato specifico di cui ai punti 5.2 e 5.5 della lettera di invito.

Con atto depositato in data 3 febbraio 2017 si è costituita in giudizio la Geoservizi s.r.l., eccependo preliminarmente la tardività del ricorso ai sensi dell'art. 120, co. 5, c.p.a per essere stata eseguita la notifica in data 2 gennaio 2017 oltre il termine di 30 giorni dalla conoscenza dell'atto.

In particolare, secondo la ricorrente, la presenza di un rappresentante del concorrente alla seduta nel

corso della quale si è assunto il provvedimento lesivo costituirebbe circostanza idonea a consentire la conoscenza dello stesso, evitando la necessità che la stazione appaltante invii la relativa comunicazione (in tal senso Cons. Stato, sez. III, 18.06.2015 n. 3126; Cons. Stato, sez. VI, 15.12.2014 n. 6156).

Nel merito la controinteressata nega la dedotta carenza dei requisiti, osservando, quanto al dott. Nardelli, che egli è stato inserito nel raggruppamento quale "giovane professionista" ai sensi dell'art. 24, co. 5, del d.lgs. n. 50/2016, di modo che egli non potrebbe essere equiparato all'operatore economico che sottoscriverà il contratto per cui egli non sarebbe

tenuto a fornire le medesime garanzie morali e professionali prescritte per questi ultimi. Il dott. Nardelli pertanto non parteciperebbe alla gara per eseguire la prestazione dedotta nel contratto, come emerge dalla quota di partecipazione al raggruppamento del predetto professionista indicata come pari a zero.

Quanto alla denunciata violazione del punto 5.1 della lettera di invito con riguardo alla prescrizione dell'attività coincidente con quella oggetto dell'appalto, la controinteressata osserva che essa deve ritenersi riferita non alla categoria di iscrizione delle partecipanti alla camera di commercio o all'oggetto sociale delle stesse bensì all'oggetto che deve caratterizzare e contraddistinguere

la costituzione dei raggruppamenti temporanei di imprese o di professionisti.

In ogni caso, prosegue la controinteressata, le prestazioni di cui al bando ricadono nell'ambito delle consulenze sullo sfruttamento delle risorse naturali di cui all'oggetto sociale della Geoservizi s.r.l.

Quanto alla dedotta assenza di agronomi forestali tra i propri dipendenti o soci, la società controinteressata afferma di aver stipulato già dal primo settembre 2015 un contratto d'opera professionale con carattere di esclusiva con un agronomo forestale al quale la relazione tecnica sintetica affida la responsabilità in ordine all'esecuzione del servizio oggetto di appalto.

Quanto al preteso difetto dello svolgimento nel triennio precedente di servizi analoghi, il requisito sarebbe invece pienamente posseduto, atteso che si deve aver riguardo ai servizi simili e non identici e che il punto 14 della lettera di invito indica tra i criteri di valutazione dell'offerta tecnica il "*metodo di organizzazione delle attività di inventariazione della foresta e delle altre categorie di uso del suolo*" che risponde pienamente all'attività svolta dalla Geoservizi s.r.l.

Con separati atti depositati in data 6 febbraio 2017 si sono costituiti in giudizio il Comune di Campochiaro e l'Unione dei Comuni delle sorgenti del Biferno – Centrale Unica di committenza, proponendo difese di analogo contenuto e rilevando quanto al primo motivo che il dott. Nardelli è presente nel raggruppamento in qualità di "giovane professionista" sicché egli non assumerà la veste di operatore economico e nei suoi confronti possono essere valutati i requisiti di idoneità professionale.

Quanto all'ulteriore vizio dedotto del mancato possesso del requisito dello svolgimento dell'attività coincidente con quella oggetto di appalto, la stazione appaltante afferma che tale requisito non era previsto a pena di esclusione e comunque andava riferito allo scopo del raggruppamento e non dei singoli soggetti.

In ordine poi al preteso difetto del requisito professionale della presenza tra i soci o dipendenti di un agronomo forestale, risulta la stipula da parte della Geoservizi s.r.l. di un contratto d'opera professionale in esclusiva del 1° settembre 2015 con un professionista dotato della predetta qualifica e che sarebbe legato stabilmente alla società con il conseguente possesso del requisito.

Quanto al profilo dei servizi analoghi svolti nel triennio essi non dovrebbero essere identici e l'aggiudicataria sarebbe in regola anche con tale prescrizione.

Con ordinanza del 9 febbraio 2017, n. 30 questo Tribunale ha sospeso in via cautelare gli atti della procedura di gara, ritenendo sussistente il *fumus* di fondatezza con riferimento alla dedotta carenza del requisito dell'iscrizione all'albo degli agronomi da parte della Geoservizi s.r.l., atteso che non risulta versata agli atti la prova della sussistenza del titolo professionale prescritto dalla *lex specialis* di gara in capo ad un socio o dipendente della predetta società.

Con memorie ex art. 73 c.p.a., le parti hanno insistito nelle proprie eccezioni e deduzioni e all'udienza dell'8 marzo 2017 la causa è stata introitata per la decisione.

Occorre preliminarmente esaminare l'eccezione di tardività del ricorso formulata dalla controinteressata.

Il rilievo non può avere positiva considerazione.

Al riguardo deve, infatti, osservarsi che a tenore dell'art. 120, co. 2-bis, del c.p.a., "Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale".

Ora l'art. 29 del codice dei contratti (d.lgs. n. 50/2016) prevede che: *"Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione 'Amministrazione trasparente' con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali. E' inoltre pubblicata la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei suoi componenti. Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione".*

La nuova regola del consolidamento dell'ammissione che deriva dalla mancata impugnazione tempestiva della stessa trova il proprio bilanciamento nel sistema nella necessaria pubblicità degli atti di gara (cfr. in tal senso Cons. Stato, Ad. Comm. Speciale, Parere, 30 marzo 2017, n. 782), occorrendo che ai candidati sia garantito il pieno e tempestivo accesso alla documentazione, non potendo altrimenti decorrere il termine per impugnare un atto (l'ammissione di un altro operatore) privo di diretta lesività e la cui piena conoscenza postula la verifica dei presupposti su cui si fonda.

Ciò a differenza di quanto avviene secondo la regola ordinaria in cui la semplice conoscenza del provvedimento giustifica l'immediato decorso del termine di impugnazione, in quanto il destinatario è posto in grado fin da subito di apprezzarne la lesività.

Nel caso di specie, tuttavia, non è eccepito, né tampoco provato che sia avvenuta la prescritta pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, di guisa che diventa tecnicamente ricevibile e ammissibile, sotto il profilo della tempestività, il ricorso che impugni l'atto di ammissione alla gara della ditta aggiudicataria (all'esito della valutazione dei requisiti), unitamente, come nel caso di specie, all'aggiudicazione della medesima, stante la stretta connessione tra i due atti e in applicazione del principio della cumulabilità delle domande, con la conseguenza che il termine di impugnazione decorre dall'aggiudicazione e non dall'ammissione (cfr.: TAR Molise, 30 novembre 2016, n. 499).

Superata l'eccezione di irricevibilità del ricorso può ora passarsi allo scrutinio del gravame.

I) Con il primo motivo parte ricorrente contesta la mancanza, in capo ad uno dei professionisti partecipanti al costituendo raggruppamento aggiudicatario, del requisito di professionalità richiesto ai punti 5.1 e 5.4 della lettera di invito, secondo cui ciascuno dei partecipanti al costituendo raggruppamento deve essere iscritto all'ordine dei dottori Agronomi o Forestali.

L'eccezione è priva di pregio.

Risulta dalla domanda di partecipazione del costituendo raggruppamento guidato dalla Geoservizi s.r.l. che il partecipante in questione, il dott. Nardelli, è segnalato nella domanda di partecipazione quale giovane professionista.

Senonché, tale figura professionale è oggetto di una particolare considerazione che anche nel regime precedente tendeva a favorirne il coinvolgimento, in quanto funzionale all'inserimento nel mercato del lavoro dei giovani abilitati alla professione da meno di cinque anni: essa tende, cioè, a favorire l'applicazione nella pratica delle conoscenze maturate nel corso degli studi universitari.

In ultima analisi, la possibilità concessa al giovane professionista è rivolta a suo (quasi) esclusivo vantaggio, atteso che la stazione appaltante non riceve alcun diretto beneficio dalla sua presenza o meno nel Raggruppamento (cfr. in tal senso Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2015, n. 2048); del resto nella fattispecie il dott. Nardelli non è nemmeno indicato nel gruppo di lavoro dei professionisti di cui all'offerta tecnica, sicché la sua posizione non può costituire oggetto di valutazione, non potendosi configurare un interesse in tal senso nemmeno in capo all'Amministrazione, tenuto conto della sostanziale estraneità dello stesso rispetto all'esecuzione dell'appalto (cfr. in tal senso TAR Lombardia, Brescia, 14 maggio 2015, n. 724).

Pertanto bene ha fatto la stazione appaltante a non disporre l'esclusione del costituendo raggruppamento aggiudicatario per tale ragione.

II) Infondato è anche il secondo motivo di ricorso con cui parte ricorrente lamenta la violazione, sotto altro profilo, del punto 5.1 della lettera di invito a mente del quale le società partecipanti devono svolgere *"attività coincidente con quella oggetto del presente appalto"* ovvero attività di realizzazione del piano di assestamento forestale, con la conseguenza che il requisito non sarebbe posseduto dalla Geoservizi s.r.l. che risulta iscritta alla CCIAA per la sola *"attività di studio geologico e di prospezione geognostica e mineraria"*, senza includere in senso stretto l'attività oggetto di appalto consistente nella redazione di un piano di assestamento forestale.

Deve in contrario rilevarsi che, come correttamente notato dalla controinteressata, la previsione in questione di cui alla lettera di invito non opera riferimenti all'iscrizione alla CCIAA ma si riferisce espressamente ai raggruppamenti tra professionisti con la conseguenza che ai fini dell'ammissione essi devono essere costituiti allo specifico scopo di realizzare le attività oggetto di appalto, di modo che il requisito non assume carattere esperienziale come invece pretenderebbe parte ricorrente, stante il chiaro disposto del punto 5.1.

III) Con il terzo motivo parte ricorrente contesta sotto ulteriore profilo la violazione del punto 5.1 della lettera di invito nella parte in cui prescrive la presenza nell'ambito dell'organizzazione degli operatori partecipanti di soci, dipendenti o titolari iscritti all'albo professionale dei Dottori Agronomi o Forestali. Tale previsione sarebbe stata violata dalla Geoservizi s.r.l. il cui rappresentante legale è un geologo, mentre non risultano né soci né dipendenti aventi la qualifica richiesta.

Sul punto la Geoservizi s.r.l. deposita un contratto *"a titolo esclusivo"* di *"consulenza specialistica in campo agronomico e forestale"* con il dott. Marco Maio iscritto all'albo degli Agronomi Forestali, rilevando che il predetto contratto abiliterebbe la Geoservizi s.r.l. a valersi con vincolo di esclusiva delle prestazioni del summenzionato professionista soddisfacendo così il requisito previsto dalla lettera di invito, la cui *ratio* consisterebbe unicamente nell'esigenza di

garantire che il servizio venga svolto sotto la responsabilità di soggetti abilitati allo svolgimento della professione di Agronomo Forestale.

Il Collegio ritiene fondato il motivo in linea con quanto già rilevato in sede cautelare.

La previsione di cui al punto 5.1 della lettera di invito prevede che possano partecipare alla gara <<*professionisti singoli, associati, le società tra professionisti, le società di ingegneria, i consorzi, i GEIE, raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti per attività coincidente con quella oggetto del presente appalto, sempreché ci sia la presenza come titolari, soci o dipendenti da almeno 12 mesi di professionisti regolarmente iscritti all'albo professionale relativo all'oggetto dell'incarico 'Ordine dei Dottori Agronomi o Forestali'*>>.

Deve ritenersi che il senso della prescrizione appena riportata, nella parte che qui rileva, introdotta dalla locuzione "*sempreché*" sia quella di consentire la partecipazione in forma aggregata di professionisti (società, raggruppamenti ecc.), purché tali aggregazioni abbiano la disponibilità completa ed esclusiva delle prestazioni di tali professionisti e, a tal fine, la lettera di invito si spinge fino ad identificare il tipo di rapporto sulla base del quale il professionista deve essere legato alla struttura associativa con la quale prende parte alla selezione.

Senonché, tale specifica designazione del tipo di rapporto che deve sussistere tra la struttura associativa e il professionista non è neutra, ma deve ritenersi che l'Amministrazione abbia inteso assicurarsi che i professionisti in questione fossero a diretta disposizione dell'operatore partecipante, in modo tale che - in sede di esecuzione dell'appalto i professionisti reclutati, soprattutto nei casi in cui l'Amministrazione non si trovi in un diretto rapporto con essi ma con una società, come nel caso di specie - avessero una collaborazione più intensa con l'operatore economico aggiudicatario.

Tale rapporto è identificato in una delle tre categorie menzionate dal punto 5.1 della lettera di invito, sul presupposto implicito che un rapporto di lavoro alle dipendenze della società assicuri la sussistenza di un vincolo forte che conferisca alla società un effettivo potere di pretendere l'esecuzione delle prestazioni oggetto di appalto; analogamente deve ritenersi sussistente una forte cointeressenza alla corretta esecuzione dell'appalto conseguito da parte dei soci, ovvero in misura ancora maggiore, del titolare della società partecipante.

Ne consegue che la previsione della lettera di invito trova la propria *ratio* in un obiettivo interesse dell'Amministrazione che non può essere obliterato in sede applicativa, ravvisando nella fattispecie una presunta equivalenza tra il contratto di prestazione d'opera professionale stipulato con il dott. Maio e un rapporto di lavoro di dipendenza.

Le due figure, infatti, si distinguono nettamente atteso che l'articolo 2094 del codice civile definisce prestatore di lavoro subordinato chi "*si obbliga mediante retribuzione a collaborare nell'impresa, prestando il proprio lavoro, intellettuale o manuale, alle dipendenze e sotto la direzione dell'imprenditore*". Nel rapporto di lavoro subordinato, l'intensità di questo vincolo è particolarmente forte, tanto da caratterizzarsi per la continuità con la quale il lavoratore mette a disposizione del datore di lavoro le sue energie e le sue capacità, inserendosi all'interno dell'organizzazione produttiva.

Diversamente, l'articolo 2222 c.c., sotto la rubrica contratto d'opera, sancisce che "*quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV*".

E' evidente la differenza strutturale fra le due figure che non è solo teorica ma anche pratica e che si riflette sull'intensità del potere del creditore di pretendere l'esecuzione della prestazione dal professionista, tenuto conto che la violazione degli obblighi sanciti nel contratto d'opera professionale conduce ad una responsabilità da inadempimento, mentre la violazione delle

direttive del datore di lavoro da parte del dipendente può condurre, a certe condizioni, alla stessa risoluzione del rapporto di lavoro con conseguenze ben più gravi sul professionista in quanto incidenti sulla sua stessa condizione lavorativa, con un conseguente maggior incentivo alla corretta esecuzione della prestazione dell'appalto.

Né il vincolo di esclusiva potrebbe consentire un'effettiva assimilazione tra il contratto in questione e il rapporto di lavoro subordinato, peraltro nemmeno sancito in modo chiaro e univoco nel contratto d'opera professionale depositato dalla controinteressata, atteso che l'esclusiva non può che riferirsi al solo periodo di esecuzione dell'appalto con la conseguenza che il professionista non "avvertirà" il medesimo vincolo del dipendente ad eseguire la prestazione, come invece intendeva l'Amministrazione nell'introdurre la previsione statutaria in questione.

Infine ritenere assimilabili, ai fini del possesso del requisito di partecipazione, il rapporto derivante dal contratto d'opera professionale e quello di dipendenza significherebbe incidere sulla *par condicio* dei partecipanti, atteso il maggior costo sostenuto dalla struttura che ha proceduto all'assunzione del professionista, destinata ad avere efficacia durevole, rispetto a quella che ha stipulato il contratto d'opera da eseguire solo in caso di aggiudicazione dell'appalto e per la sola durata di questo.

In definitiva il ricorso deve essere accolto.

La fondatezza del rilievo esonera il Collegio dall'esame dell'ulteriore motivo di ricorso, mentre la possibilità della ricorrente principale di eseguire l'appalto, non risultando la stipula del contratto, costituisce risarcimento in forma specifica soddisfacente della pretesa risarcitoria attorea.

Tenuto conto della novità della questione risolutiva del giudizio, può disporsi l'integrale compensazione delle spese del giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Molise (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto annulla gli atti impugnati.

Compensa integralmente tra le parti le spese del giudizio.

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

Così deciso in Campobasso nella camera di consiglio del giorno 8 marzo 2017 con l'intervento dei magistrati:

Silvio Ignazio Silvestri, Presidente

Orazio Ciliberti, Consigliere

Domenico De Falco, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

Domenico De Falco

IL SEGRETARIO

IL PRESIDENTE

Silvio Ignazio Silvestri