N. 03299/2018REG.PROV.COLL.
N. 00410/2018 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 410 del 2018, proposto da
Teofarma S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'Avvocato Claudio Marrapese, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso il suo studio in Roma, via della Balduina, 114;

contro

Regione Lazio, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefania Ricci, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso il suo studio in Roma, via Marcantonio Colonna 27;

nei confronti

Pierre Fabre Pharma S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dagli Avvocati Stefano Bernasconi e Nicola Massafra, con domicilio digitale come da PEC indicata in atti e domicilio fisico presso lo studio Nicola Massafra in Roma, largo Ecuador 6;

per la riforma

della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio (Sezione Terza quater) n. 12058/2017, resa tra le parti, pubblicata il 6 dicembre 2017, con la quale era dichiarato inammissibile il ricorso per l’annullamento della determinazione n. G0665 dell’11 luglio 2017 della direzione regionale centrale acquisti, con cui la regione Lazio, con riferimento al lotto 117 relativo all’appalto per la fornitura di prodotti farmaceutici destinati alle Aziende sanitarie regionali, aggiudicava la gara alla controinteressata Pierre Fabre Pharma S.R.l. confermando l’esclusione di Teofarma, nonché della nota della regione Lazio confermativa dell’esclusione n. 0400124, dei verbali e dei relativi allegati, della lex specialis, della determina G16639 del 29 dicembre 2016 di indizione della gara, della determina G01135 del 6 febbraio 2017 di fissazione dei nuovi termini per la presentazione delle offerte e della determina G08224 del 13 giugno 2017 di nomina della commissione; e per la declaratoria dell’inefficacia del contratto sottoscritto nelle more; e per il diritto ad ottenere il risarcimento per equivalente nell’ipotesi in cui non fosse possibile il risarcimento in forma specifica;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Lazio e di Pierre Fabre Pharma S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 17 maggio 2018 il Cons. Solveig Cogliani e uditi per le parti gli Avvocati Riccardo De Sanctis su delega dell’Avvocato Claudio Marrapese, Stefania Ricci e Nicola Massafra per sé e anche per l’Avvocato Stefano Bernasconi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

La Regione Lazio indiceva con determina 29 dicembre 2016 una gara “Farmaci 2” per la fornitura di farmaci occorrenti alle aziende sanitarie regionali per trentasei mesi , col criterio del prezzo più basso.

Per il Lotto 1117 , il Capitolato tecnico prevedeva che il principio di solfato ferroso dovesse rispondere alle seguenti caratteristiche:

- Forma farmaceutica di compresse,

- Dosaggio 80 mg per quantità di 5.551.950 unità,

- Importo a base d’asta di euro 0.047,

- Confezioni di 40 compresse,

- Numero totale di 138.799 confezioni.

Con il ricorso di primo grado la Teofarma si doleva dell’esclusione dalla gara poiché il proprio prodotto aveva presentato un dosaggio di mg 105, tuttavia al miglior prezzo unitario di euro 0,02000, laddove invece era mantenuta l’offerta della controinteressata relativa ad un prodotto nella confezione di 30 compresse con dosaggio di 80 mg. per il prezzo unitario di euro 0,2199.

Il giudice di prime cure riteneva inammissibile il ricorso per non aver l’interessata tempestivamente impugnato la clausola del bando che si presentava immediatamente lesiva sin dalla lettera di invito, ove si specificava che l’offerta avrebbe dovuto avere per oggetto quanto prescritto nella documentazione (il Capitolato d’oneri al punto 6.7. specificava per l’appunto che l’offerta doveva essere compilata secondo i modelli scaricabili via internet, che a loro volta riportavano le caratteristiche della fornitura come da Allegato al capitolato Tecnico, in base alla cui Tabella Elenco Lotti per il lotto in argomento, era prevista la fornitura del farmaco ferroso solfato in compresse da 80 mg.).

Nella specie, le specifiche tecniche erano previste a pena di esclusione, pertanto non poteva trovare applicazione il principio di cui all’art. 68 d.lgs. n. 50 del 2016.

Avverso siffatta pronunzia propone appello la Teofarma deducendo i seguenti motivi:

1 – error in iudicando ed in procedendo, violazione dell’art. 68 del Codice dei contratti, dell’art. 100 c.p.c. dell’art. 107 e 34 del T.F.U.E, eccesso di potere per travisamento, sviamento, illogicità, irragionevolezza, ingiustizia, abnormità , carenza di istruttoria e di motivazione, disparità di trattamento, violazione del principio di favor partecipationis, dell’affidamento, dell’equivalenza, di ragionevolezza, di proporzionalità e tassatività-, violazione del principio di trasparenza e del buon andamento della p.a. di cui all’art. 97 Cost.;

erroneamente, dunque, il primo giudice avrebbe ritenuto non applicabile alla fattispecie il principio dell’equipollenza, affermato dalla sentenza di questa Sezione n. 4282 del 2017 , in forza del quale, peraltro, la valutazione della conformità del prodotto offerto deve avvenire in maniera non meramente formale (in terminis, la parte evoca la sentenza di questa Sezione, n. 3701 del 2016; nella specie che occupa, il farmaco offerto dall’appellante e quello della controinteressata hanno lo stesso codice (B03A07) nell’ambito del sistema di classificazione Anatomico Terapeutico chimico – ATC – voluto dal capitolato); ancora il dosaggio giornaliero raccomandato dall’Organizzazione mondiale della Sanità sarebbe pari a 200 mg, sicché il dosaggio di 105 mg di cui all’offerta dell’appellante sarebbe perfettamente idoneo a soddisfare le esigenze dei pazienti e corrispondente alle specifiche tecniche; in tale senso l’esclusione dell’appellante si rileverebbe ancora più aberrante in quanto contrastante anche con il criterio di maggiore convenienza per la stazione appaltante;

2 – violazione del criterio di aggiudicazione di cui alla lettera di invito, dell’art. 95 del codice dei contratti pubblici ed, ancora, eccesso di potere per le figure sintomatiche già prima elencate al punto 1), in quanto, essendo prevista l’aggiudicazione al prezzo più basso, la scelta dell’amministrazione sarebbe illogica in presenza di offerte sovrapponibili e, peraltro, comporterebbe un ingiustificato aggravio della spesa di euro 11.048,38.

Si è costituita per resistere la controinteressata Pierre Fabre Pharma s.r.l, , ribadendo la non equivalenza dei farmaci di cui alle offerte delle due Società.

Si è costituita, altresì, la Regione per resistere, chiedendo la conferma della sentenza di prime cure.

All’udienza per la discussione della domanda cautelare, l’appellante ha rinunziato alla domanda di sospensione, sicché la causa è stata rinviata alla discussione del merito.

All’udienza del 17 maggio 2018, la controversia è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

I – Osserva il Collegio che viene all’esame della Sezione nuovamente un tema largamente dibattuto, ovvero quello attinente alla portata escludente delle clausole di bando ed alla loro immediata lesività ai fini della conseguente necessità di immediata impugnazione delle stesse.

Non si può.prescindere, nella decisione sul punto, che forma oggetto di appello, dal prendere le mosse dai principi riaffermati recentemente dall’Adunanza Plenaria n. 4 del 26 aprile 2018.

L’Adunanza Plenaria ha richiamato la consolidata giurisprudenza del Consiglio che ha enucleato “le ipotesi” delle “clausole immediatamente escludenti”:

“a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda Cons. Stato sez. IV, 7novembre 2012, n. 5671);

b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l’Adunanza plenaria n. 3 del 2001);

c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta (cfr. Cons. Stato sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980);

d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293);

e) clausole impositive di obblighi contra ius (es. cauzione definitiva pari all'intero importo dell'appalto: Cons. Stato, sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222);

f) bandi contenenti gravi carenze nell'indicazione di dati essenziali per la formulazione dell'offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall'aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di "0" pt.);

g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza "non soggetti a ribasso" (cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421)”.

Per converso, ha ricordato che “è stato ribadito il principio generale secondo il quale le rimanenti clausole, in quanto non immediatamente lesive, devono essere impugnate insieme con l'atto di approvazione della graduatoria definitiva, che definisce la procedura concorsuale ed identifica in concreto il soggetto leso dal provvedimento, rendendo attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva (Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2014, n. 5282) e postulano la preventiva partecipazione alla gara”.

Pertanto, sul punto di interesse, ha affermato che: “le clausole del bando di gara che non rivestano portata escludente devono essere impugnate unitamente al provvedimento lesivo e possono essere impugnate unicamente dall’operatore economico che abbia partecipato alla gara o manifestato formalmente il proprio interesse alla procedura”.

Orbene, alla luce dei principi enunciati, vale rilevare che la contestazione dell’odierna appellante non attiene alla possibilità di partecipare alla competizione, bensì alla interpretazione del bando. La Società Teofarma sostiene, infatti, che la legge di gara, nel prevedere la composizione del farmaco in gara non avrebbe inteso comunque escludere i prodotti equivalenti, che anzi dovrebbero ritenersi inclusi, alla luce dei principi di favor partecipationis elaborati dalla giurisprudenza e riconducibili all'art. 68 del codice dei contratti.

Alla luce di siffatta lettura ed in conformità del principio riaffermato dall’Adunanza Plenaria il ricorso non poteva essere dichiarato inammissibile. Del resto con sentenza di questa Sezione n. 4364 del 2013 - su una questione di ammissibilità analoga (quanto alla prospettazione di parte ricorrente) - si è evidenziato che nel caso in cui “non si tratta di sindacare l’esclusione dalla gara di prodotti non conformi alla legge di gara, bensì l’ammissione di prodotti equivalenti a quelli da essa richiesti” “non si vede in che modo gli interessati avrebbero potuto o dovuto immediatamente contestare una previsione del bando”.

II – Ciò posto, passando ora all’esame del secondo motivo, tuttavia, l’appello si appalesa sotto tale profilo infondato. Infatti, dalla lettura dei documenti di causa emerge che il prodotto con dosaggio 80 mg (di cui all’offerta della controinteressata) è stato ritenuto - in sede scientifica – avere miglior assorbimento (cfr. sul punto doc. 1 allegato in primo grado dalla controinteressata pag. 10 e doc. 2).

Ne deriva che le altre affermazioni di parte appellante quanto all’equivalenza dei prodotti (medesimo codice o, come nell’ultima memoria, inserimento nel medesimo lotto dei prodotti con dosaggio 80 mg o superiore) non sono in grado di superare, nel caso che occupa, la specifica richiesta da parte dell’Amministrazione, che costituisce, peraltro, espressione di una valutazione tecnico discrezionale né illogica né irragionevole e che, pertanto, si appalesa sottratta al sindacato di questo giudice.

L’appellante non ha fornito, infatti, convincenti elementi di prova circa l’irrazionalità, illogicità e, dunque, illegittimità della non equivalenza ritenuta dall’Amministrazione dei prodotti contenenti diverso dosaggio.

È costante la giurisprudenza di questo Consiglio nell’affermare che gli apprezzamenti in ordine alla idoneità o alla inidoneità tecnica delle offerte dei vari partecipanti alla gara pubblica, in quanto espressione di un potere di natura tecnico-discrezionale a carattere complesso, sono sindacabili in sede giurisdizionale solo se affetti da macroscopici vizi logici, disparità di trattamento, errore manifesto, contraddittorietà ictu oculi rilevabile, rientrando tipicamente nel potere valutativo quello di ritenere migliore un’offerta rispetto ad un’altra (v., ex plurimis, Cons. St., sez. III, 26.1.2012, n. 249).

III – Per quanto sin qui considerato, la sentenza del primo giudice deve essere confermata con diversa motivazione e, conseguentemente, deve essere respinto il ricorso n. 8911/2017.

Sussistono giusti motivi per compensare le spese del giudizio tra le parti in ragione della particolarità della fattispecie esaminata.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge e, per l’effetto, conferma con diversa motivazione la sentenza n. 12058 e, conseguentemente, respinge il ricorso proposto in primo grado n. 8911/2017.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere

Solveig Cogliani, Consigliere, Estensore

N. 03301/2018REG.PROV.COLL.
N. 00626/2018 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 626 del 2018, proposto da:
Fabbro S.p.A, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Gianfranco Meazza, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Massimo Colarizi in Roma, viale Bruno Buozzi 87;

contro

Azienda Socio Sanitaria Territoriale – ASST Fatebenefratelli Sacco, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Sergio Carnevale, con domicilio eletto presso lo studio Maurizio Spinella in Roma, via dei Dardanelli n. 46;

nei confronti

Ge.Ri S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avvocati Jacopo Emilio Paolo Recla e Andrea Manzi, con domicilio eletto presso lo studio di quest’ultimo in Roma, via Federico Confalonieri n. 5;

per la riforma

della sentenza del T.A.R. LOMBARDIA – MILANO, SEZ. IV n. 02337/2017, resa tra le parti, concernente l’affidamento della gestione del servizio bar e rivendita giornali all’interno del presidio ospedaliero “Vittore Buzzi” di Milano.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ge.Ri S.r.l. e di Asst Fatebenefratelli Sacco;

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 17 maggio 2018 il Cons. Giovanni Pescatore e uditi per le parti gli avvocati Gianfranco Meazza, Sergio Carnevale, Andrea Manzi e Jacopo Emilio Paolo Recla;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1. L’Azienda Socio Sanitaria Territoriale “Fatebenefratelli Sacco” di Milano (“ASST”) ha indetto una gara d’appalto con procedura aperta per la gestione di taluni servizi, fra cui - con riguardo al lotto n. 2, l’unico qui di interesse - la gestione del servizio bar e rivendita giornali posto all’interno del presidio ospedaliero “Vittore Buzzi” di Milano.

L’aggiudicazione avrebbe dovuto seguire il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, con l’attribuzione di un massimo di 60 punti all’offerta economica e di 40 punti alla qualità del servizio.

Ai fini dell’ammissione alla fase di valutazione dell’offerta economica, era necessario conseguire un punteggio qualitativo minimo di 21 punti su 40.

2. La società Ge.Ri S.r.l. ha presentato offerta per il succitato lotto n. 2, ma non è stata ammessa alla prosecuzione della gara a causa del mancato raggiungimento della soglia minima di 21/40 punti.

3. La società ha quindi impugnato il provvedimento di esclusione, unitamente ad altri atti di gara, estendendo poi l’impugnativa, con un primo ricorso per motivi di aggiunti, nei confronti del provvedimento di aggiudicazione nel frattempo intervenuto in favore della società Fabbro S.p.a. (con determinazione del direttore generale dell’Azienda n. 394 del 27.4.2017).

Un secondo ricorso per motivi aggiunti è stato poi proposto contro i medesimi provvedimenti in precedenza gravati, a seguito dell’accesso di Ge.Ri a tutti i documenti di gara richiesti all’ASST e da quest’ultima rilasciati.

4. Nel contraddittorio con l’ASST e Fabbro S.p.a., il Tar Milano ha accolto il ricorso, con la sentenza n. 2337/2017, a tal fine delibando positivamente la censura con la quale erano state stigmatizzate l’eccessiva genericità o comunque la non sufficiente determinatezza e univocità dei quattro parametri per l’attribuzione del complessivo punteggio tecnico di 40 punti (la cui descrizione è contenuta nella tabella compresa nell’art. 11 del disciplinare).

Da tale inziale constatazione il Tar ha ricavato la conclusione che, a fronte di parametri valutativi implicanti un significativo margine di libertà nella elaborazione delle proposte tecniche di gestione del servizio e un altrettanto margine di discrezionalità valutativa da parte dei Commissari, l’attribuzione del punteggio qualitativo non potesse essere effettuata con un semplice dato numerico senza altro aggiungere, stante la sostanziale impossibilità che ne sarebbe derivata di comprendere le ragioni della preferenza accordata ad un progetto tecnico rispetto da un altro.

5. La pronuncia è stata appellata nella presente sede da Fabbro S.p.a., sulla base dei seguenti rilievi critici:

I) il giudice di primo grado avrebbe impropriamente sovrapposto il concetto di elasticità dei criteri di valutazione (funzionale al legittimo perseguimento da parte della stazione appaltante di soluzioni innovative e qualitativamente migliorative) con quello di genericità e indeterminatezza. Nondimeno, i citati criteri “presentano una sufficiente griglia di perimetrazione e rappresentano già un significativo strumento di indirizzo della discrezionalità tecnica attribuita alla Commissione di gara”, sicché in relazione agli stessi il metodo del confronto a coppie risulta del tutto praticabile mediante la mera attribuzione di un punteggio numerico privo di motivazione letterale. E’ dunque infondata la censura erroneamente accolta dal Tar, riferita alla lamentata attribuzione dei punteggi numerici senza motivazione letterale;

II) la differente modalità di valutazione intercorsa tra il lotto 1 e 2 deriva dal fatto che nel primo le offerte erano due, sicché in relazione alle stesse non poteva trovare applicazione il metodo del confronto a coppie (per mancanza di coppie) ma si rendeva necessario l’impiego di motivazioni letterali; analoga esigenza non si è posta per il lotto 2, nel quale le offerte erano sei e i plurimi confronti incrociati hanno consentito il ricorso alla motivazione meramente numerica;

III) per il lotto 2 sarebbe stato praticamente impossibile fornire, nel metodo di valutazione del confronto a coppie, una motivazione di tipo letterale dei giudizi espressi con riguardo ai diversi parametri, in quanto sarebbero state necessarie 180 motivazioni letterali complessive.

6. La ASST Fatebenefratelli Sacco e la Ge.Ri. S.r.l. si sono ritualmente costituite in giudizio, opponendosi alle deduzioni avversarie e chiedendone il rigetto.

La Ge.Ri., con memoria del 13.2.2018, ha inoltre riproposto ai sensi dell’art. 101 comma 2 c.p.a. le domande avanzate nel giudizio di primo grado e dichiarate assorbite o non esaminate dal Tar.

7. A seguito dell’accoglimento dell’istanza cautelare (disposto con ordinanza n. 688/2018), espletato lo scambio di memorie ex art. 73 c.p.a., la causa è stata discussa e posta in decisione all’udienza pubblica del 17 maggio 2018.

**DIRITTO**

1. Occorre premettere che, con riguardo al lotto 2 relativo alla “Gestione del servizio bar e della rivendita giornali, posto all’interno del Presidio Ospedaliero Vittore Buzzi”, l’art. 11.1 del disciplinare ha disposto la ripartizione dei 40 punti riservati alla qualità del servizio secondo i quattro parametri di seguito specificati:

- Parametro A (fino a max punti 15): sistema organizzativo di erogazione del servizio, relazione sul personale impiegato per l’esecuzione del servizio con indicazione di numero, qualifiche, mansioni e modalità per garantire le sostituzioni per ferie e malattie, nonché programmi di formazione/aggiornamento del personale;

- Parametro B (fino a max punti 10): proposta merceologica, con indicazione della gamma e della qualità dei prodotti messi in vendita (marca, descrizione, confezionamento, quantità/peso per confezione ecc.), allegando altresì le schede tecniche dei principali prodotti utilizzati;

Parametro C (fino a max punti 10): proposta relativa al mantenimento ed al miglioramento del grado di efficienza delle apparecchiature e degli arredi nonché degli ambienti ove si svolge il servizio bar;

Parametro D (fino a max punti 5): soluzioni migliorative che integrano la proposta progettuale a totale carico dell’offerente.

2. La pronuncia di primo grado, pur riconoscendo l’astratta praticabilità del metodo del confronto a coppie mediante l’attribuzione di punteggi numerici, ha tuttavia chiarito come ciò sia possibile nei soli casi in cui la chiara e precisa predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte è tale da consentire al privato di comprendere le ragioni dei giudizi espressi dalla Commissione ed al giudice amministrativo di verificare e sindacare la scelta discrezionale così operata.

Nel caso di specie, sempre secondo la pronuncia del Tar, la consistenza “generica” o “elastica” dei parametri sopra richiamati, combinata con la possibilità per ogni commissario di attribuire nel confronto a coppie un grado di preferenza da uno (parità) a sei (preferenza massima, cfr. ancora il più volte citato art. 11 del disciplinare), ha reso oggettivamente impossibile la comprensione delle ragioni della preferenza accordata ad un progetto tecnico di gestione rispetto da un altro.

3. Questo Collegio, correggendo la prognosi di plausibile fondatezza dell’appello espressa in fase cautelare, ritiene di dover condividere la tesi motivazionale adottata dal giudice di primo grado.

In tema di attribuzione del punteggio numerico in applicazione del metodo del confronto a coppie, questa stessa Sezione ha di recente puntualizzato, con riguardo ad una fattispecie strutturalmente non dissimile da quella qui in oggetto e con argomentazioni estensibili anche al caso in esame, che:

- nel confronto a coppie, la motivazione può ritenersi insita nei punteggi purché il bando contenga a monte criteri di valutazione sufficientemente dettagliati che consentano di risalire con immediatezza dalla ponderazione numerica alla valutazione ad essa sottesa;

- a fronte di parametri valutativi che si articolano in sottocriteri plurimi, la mancata valorizzare di questi ultimi, mediante il conferimento agli stessi di un specifico peso ponderale nella formulazione dei punteggi, rende di fatto impossibile comprendere, dalla sola lettura delle griglie valutative elaborate dalla Commissione, sotto quale specifico profilo tecnico una offerta sia stata ritenuta preferibile alle altre;

- risulta così violata la stessa logica comparativa che sovraintende la modalità del confronto a coppie, finendo questo per risolversi nell’affermazione apodittica e non intellegibile della asserita superiorità di una proposta sull’altra, senza che tuttavia emergano le ragioni e le caratteristiche tecniche che hanno orientato tale giudizio di preferenza;

- allorché le censure proposte sono dirette ad ottenere la riedizione della procedura, secondo modalità conformi a legge, e non il conseguimento di una immediata collocazione utile nella graduatoria impugnata, non sussiste in capo al deducente l'onere di fornire alcuna prova di resistenza (cfr. Cons. Stato, sez. III, 164.2018 n. 2258).

4. Ciò posto, il campo oggetto della presente contesa d’appello va sgombrato da una serie di tematiche pure evocate dalle parti ma non rilevanti ai fini della decisione, riguardanti da un lato la legittima pretesa della stazione appaltante di orientare il confronto competitivo verso elaborazioni progettuali innovative; e, dall’altro, la astratta compatibilità del punteggio numerico con un corretto metodologia di confronto a coppie.

Si tratta di assunti in linea astratta certamente corretti e non messi in forse dalla pronuncia del primo giudice, ma esulanti dalla reale trama logica della sentenza appellata, la quale ha invece evidenziato come nel contesto della procedura di gara in esame, e per effetto della mera attribuzione del punteggio numerico associata a criteri valutativi di tenore “generico”, non si sia realizzato l’obiettivo – essenziale in ogni confronto competitivo, in quanto rispondente ai principi buon andamento e imparzialità dell’azione amministrativa (97 Cost.) – di rendere sufficientemente comprensibile e verificabile l’iter logico sotteso alle preferenze espresse dalla Commissione giudicatrice.

5. Tale valutazione appare condivisibile, se si considera che ognuno dei quattro parametri valutativi individuati dall’art. 11.1 del disciplinare ai fini della ripartizione dei 40 punti riservati alla qualità del servizio, reca in sé elementi di contenuto plurimo e complesso, non riconducibili ad un riferimento univoco e comunque non organizzati secondo criteri d’ordine o di peso ponderale in grado di chiarirne la specifica incidenza nella determinazione delle preferenze e dei punteggi.

- Così, il parametro di valutazione “A” (“Sistema organizzativo di erogazione del servizio”, relazione sul personale impiegato per l’esecuzione del servizio con indicazione di numero, qualifiche, mansioni e modalità per garantire le sostituzioni per ferie e malattie, nonché programmi di formazione/aggiornamento del personale”) non specifica sulla base di quali elementi concreti e obiettivi i commissari avrebbero dovuto esprimere la propria preferenza sul “Sistema organizzativo di erogazione del servizio” e attribuire i ben 15 punti previsti, giacché:

(i) in esso si assommano plurimi ed eterogenei profili (“numero, qualifiche, mansioni e modalità” nonché “programmi di formazione/ aggiornamento”) ma non viene indicato un ordine di importanza nel quale gli stessi verranno valutati o pesati tra di loro;

(ii) non risulta specificata alcuna modalità di preferenza tra le “qualifiche”, le “mansioni” e le “modalità per garantire le sostituzioni per ferie e malattie”, né risulta indicato alcun criterio d’ordine o di gerarchia nel quale tali variabili sarebbero state ponderate nel confronto a coppie;

(iii) l’indicazione dei “programmi di formazione/aggiornamento del personale” appare non sufficientemente determinata, non risultando chiaro a quali “qualifiche” o “mansioni” essa si riferisca;

- anche il parametro di valutazione “B” (“Proposta merceologica, con indicazione della gamma e della qualità dei prodotti messi in vendita (marca, descrizione, confezionamento, quantità/peso per confezione ecc.), allegando altresì le schede tecniche dei principali prodotti utilizzati”) non specifica sulla base di quali elementi concreti e obiettivi i commissari avrebbero dovuto esprimere la propria preferenza sulla “Proposta merceologica” e attribuire i ben 10 punti previsti, giacché:

(i) non risulta indicato un ordine di importanza dei profili in esso genericamente indicati, quali la “gamma” e la tipologia di “prodotti”;

(ii) non figura alcuna indicazione di preferenza circa la composizione (eterogenea o specifica) della selezione di alimenti da offrire, ovvero circa la tipologia di prodotti di maggiore gradimento (tradizionali; energetici; gluten free; light; dedicati a soggetti con colesterolo alto; destinati ai bambini; d.o.p.; d.o.c.; i.g.p.; vegani; vegetariani; etc.);

(iii) analoghe carenze emergono con riguardo alla rilevanza attribuibile alle “marche” o alla “descrizione” dei prodotti;

- le richiamate considerazioni critiche si estendono al parametro di valutazione “C” (“Proposta relativa al mantenimento ed al miglioramento del grado di efficienza delle apparecchiature e degli arredi nonché degli ambienti ove si svolge il servizio bar”), anche in esso non risultando specificato sulla base di quali elementi concreti e obiettivi i commissari avrebbero dovuto esprimere la propria preferenza sulla “proposta” dei concorrenti e sui profili di “mantenimento” e “miglioramento” ivi indicati;

- del tutto indeterminato risulta infine il parametro di valutazione “D” (“soluzioni migliorative che integrano la proposta progettuale a totale carico dell’offerente”).

6. Il quadro dei parametri valutativi sin qui tracciato ha dunque consegnato alla Commissione giudicatrice una discrezionalità di giudizio non sufficientemente confinata, né adeguatamente controllabile; e l’applicazione concreta che ne è conseguita, mediante attribuzione dei soli punteggi numerici, non ha consentito una corretta esplicazione dell’obbligo motivazionale, la cui funzione è propriamente quella di arginare il rischio di un utilizzo arbitrario del potere discrezionale.

7. Tali lacune non paiono colmate né dalle indicazioni contenute nel capitolato speciale di gara, in quanto le stesse - diversamente da quanto adombrato nell’ordinanza cautelare - non dettano ulteriori criteri di valutazione delle offerte; né dalla relazione illustrativa che doveva accompagnare le proposte tecniche, trattandosi anche qui di documentazione del tutto avulsa - diversamente da quanto sostenuto dalla appellante - dai criteri destinati ad orientare il potere valutativo dei Commissari di gara.

8. L’eccessiva gravosità dell’onere motivazionale di tipo letterale non vale, evidentemente, a superare i rilievi critici sin qui illustrati, né l’esito conformativo della sentenza di primo grado elide l’astratta e alternativa possibilità di interventi in autotutela da parte della stazione appaltante.

9. Per tali decisive ragioni, idonee a giustificare l’esito di accoglimento del ricorso di primo grado, l’appello non può trovare accoglimento.

10. Le questioni vagliate esauriscono la vicenda sottoposta alla Sezione, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell’art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e il pronunciato. Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e, comunque, inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

11. Si ravvisano giusti motivi per disporre la compensazione delle spese di lite del presente grado di giudizio, tenuto conto della consistenza essenzialmente interpretativa delle questioni trattate e dei profili procedimentali oggetto delle censure accolte.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto,

lo respinge.

Compensa le spese di lite del presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 17 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:

Lanfranco Balucani, Presidente

Massimiliano Noccelli, Consigliere

Pierfrancesco Ungari, Consigliere

Giovanni Pescatore, Consigliere, Estensore

Giorgio Calderoni, Consigliere

**N. 00183/2018 REG.PROV.COLL.**
**N. 00111/2017 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia**
**(Sezione Prima)**
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 111 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da
Associazione «Amici di via Mercatovecchio», Farmacia Alla Salute S.a.s., Klondike di Sant Nicola, Italico Ronzoni di Andrea Gremese e C S.n.c., Marcolini Calzature di Lando Federico, Nuovo Caffè Commercio di Hua Xiaojun, Pinocchio S.a.s. di Zoratto Fabrizio & C. S.a.s., Residence Service 85 S.a.s. di Rinaldi Sara & C., Texture S.a.s. di Anzil Maurizio & C., Valigeria Moderna di Bassetti Barbara & C., tutti rappresentati e difesi dall’avv. Luca De Pauli, elettivamente domiciliati presso la Segreteria Generale del T.A.R., in Trieste, piazza Unità d’Italia n. 7;

***contro***

Comune di Udine, rappresentato e difeso dagli avv.ti Giangiacomo Martinuzzi, Claudia Micelli e Giuseppe Sbisà, con domicilio eletto presso lo studio del terzo, in Trieste, via Donota n. 3;
Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo - Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio del Friuli Venezia Giulia, rappresentato e difeso per legge dall’Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliato ex lege presso gli uffici della medesima, in Trieste, piazza Dalmazia n. 3;
Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia, non costituita in giudizio;

***nei confronti***

Serteco – Servizi Tecnici Coordinati S.p.A., non costituita in giudizio;

***Per quanto riguarda il ricorso introduttivo:***

per l’annullamento, previa sospensione dell’efficacia,
a) della deliberazione della Giunta Comunale di Udine n. 528 d’ord. dd. 29.12.2016, avente ad oggetto: “Opera: 6689 – CUP: C27H11000620004 Risanamento conservativo di via Mercatovecchio – 1° lotto. Approvazione del progetto esecutivo per un importo di Euro 1.135.171,54”, non comunicata ai ricorrenti e pubblicata in Albo Municipale per 15 giorni consecutivi dal 3.01.2017 al 17.01.2017 inclusi;
b) del parere del Soprintendente ai Beni Architettonici e Paesaggistici del Friuli Venezia Giulia dd. 20.07.2012;
c) del Verbale di conferenza dei Servizi dd. 5.06.2012;
d) della deliberazione di Giunta Comunale del Comune di Udine n. 231 d’ord. dd. 17.07.2012;
e) del Verbale di conferenza dei Servizi dd. 20.07.2012;
f) della deliberazione di Giunta Comunale del Comune di Udine n. 330 d’ord. dd. 5.10.2012;
g) della determina dirigenziale senza impegno di spesa, di contenuto ignoto, n. 2012/4817/00012 d’ord. dd. 7.03.2012, di affidamento degli incarichi per la progettazione definitiva ed esecutiva, direzione lavori, assistenza alla direzione lavori, collaborazione tecnica e amministrativa alla progettazione, collaudo tecnico/amministrativo e coordinamento in materia di sicurezza nella fase progettuale ex D.Lgs. n. 81/2008 ai dipendenti del Dipartimento gestione del Territorio, delle Infrastrutture e dell'Ambiente;
h) di tutti gli altri atti comunque connessi, presupposti e conseguenti a quelli come sopra indicati.
Per quanto riguarda il primo ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 19.05.2017:
per l’annullamento, previa sospensiva,
oltre che degli atti impugnati con il ricorso principale,
i) della Autorizzazione con prescrizioni prot. 5453 dd. 4.04.2017 della Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio del Friuli Venezia Giulia;
l) di tutti gli altri atti comunque connessi, presupposti e conseguenti a quelli come sopra indicati;
Per quanto riguarda il secondo ricorso per i motivi aggiunti, depositato in data 17.07.2017:
per l’annullamento, previa sospensiva,
oltre che degli atti già impugnati,
m) della deliberazione della Giunta comunale di Udine n. 186 d’ord. dd. 16.05.2017, non comunicata né partecipata, pubblicata in Albo Municipale per 15 giorni consecutivi dal 22.05.2017 al 5.06.2017 inclusi, ad oggetto “OPERA: 6689 - CUP: C27H11000620004 Risanamento conservativo di via Mercatovecchio - 1° lotto. Approvazione del progetto esecutivo aggiornato per l’importo invariato di Euro 1.134.171,54”;
n) della Relazione Idrologica e Idraulica (All. U al progetto esecutivo approvato come sopra);
o) della “Richiesta Redazione Proposta di decisione giuntale” dd. 11.05.2017 del Responsabile del U. Org. Mobilità arch. Barbara Gentilini;
p) di tutti gli altri atti comunque connessi, presupposti e conseguenti a quelli come sopra indicati.
Per quanto riguarda il terzo ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 9.10.2017:
per l’annullamento, previa sospensiva,
oltre che degli atti già impugnati,
q) della Autorizzazione prot. 15206 dd. 25.09.2017 della Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio del Friuli Venezia Giulia;
r) della “nota di accompagnamento” del Comune di Udine di data ed estremi ignoti, menzionata nel provvedimento sub q);
s) di tutti gli altri atti comunque connessi, presupposti e conseguenti a quelli come sopra indicati;
Per quanto riguarda il quarto ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 2.11.2017:
per l’annullamento, previa sospensiva,
t) della nota del Comune di Udine prot. PG/U 0079575 del 7.08.2017, dell’autorizzazione prot. 15206 dd. 25.09.2017 della Soprintendenza Archeologia, Belle Arti e Paesaggio del Friuli Venezia Giulia, della deliberazione della Giunta comunale di Udine n. 186 d’ord. dd. 16.05.2017;
Per quanto riguarda il quinto ricorso per motivi aggiunti, depositato in data 23 febbraio 2018:
per l’annullamento,
oltre che degli atti già impugnati,
u) della “relazione integrativa” dd. 31.0.12018 del tecnico incaricato, rinvenuta per estratto e all’interno della memoria dd. 5.02.2018, sottoscritta da difensori del Comune;
v) di tutti gli altri atti comunque connessi, presupposti e conseguenti a quelli come sopra indicati.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Udine e di Ministero dei Beni e delle Attività Culturali e del Turismo;
Visti tutti gli atti e i documenti della causa;
Relatore nell’udienza pubblica del giorno 21 marzo 2018 la dott.ssa Alessandra Tagliasacchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue.

**FATTO**

1. Oggetto del presente giudizio è il progetto dei lavori di risanamento conservativo di Via Mercatovecchio a Udine, che il Comune di Udine intende realizzare, su parere favorevole della competente Soprintendenza, trattandosi di bene vincolato ai sensi dell’articolo 10, comma 4, lettera g), D.Lgs. n. 42/2004).
L’intervento, suddiviso in due lotti, prevede il rifacimento della pavimentazione della strada, da realizzarsi in lastre di pietra piasentina bocciardata montata a correre in senso trasversale, mentre per i marciapiedi vengono conservate le lastre esistenti che verranno ricollocate in situ dopo idoneo trattamento. A loro volta, le canalette di convogliamento delle acque, poste ai lati e ai bordi dei marciapiedi sono da realizzate concave senza bordo trattate fiammate.
2. I ricorrenti, secondo quanto emerge dalla documentazione versata in atti, sono titolari di esercizi commerciali che affacciano su Via Mercatovecchio o che comunque sono situati nelle immediate vicinanze, unitamente ad una associazione privata costituitasi sin dal 1968 per la tutela, la conservazione e la valorizzazione di tale strada del centro storico cittadino,
3.1. Con il ricorso principale sono impugnati la deliberazione della Giunta comunale di Udine n. 528/2016 di approvazione del progetto esecutivo e gli atti presupposti, tutti in epigrafe indicati, di cui ne è chiesto l’annullamento previa sospensione cautelare dell’efficacia.
3.2. Con il primo ricorso per motivi aggiunti è impugnato, oltre agli atti già in precedenza gravati, anche il parere favorevole della Soprintendenza prot. 5453 del 4.04.2017, di cui è parimenti chiesto l’annullamento previa sospensione cautelare dell’efficacia.
3.3. Con il secondo ricorso per motivi aggiunti sono impugnati, oltre agli atti già in precedenza gravati, anche la deliberazione della Giunta comunale di Udine n. 186/2017 di approvazione del progetto esecutivo aggiornato, unitamente alla relazione idrologica e idraulica e ad altri atti prodromici, tutti parimenti in epigrafe indicati, di cui è sempre chiesto l’annullamento previa sospensione cautelare dell’efficacia.
3.4. Con il terzo ricorso per motivi aggiunti sono impugnati, oltre agli atti già in precedenza gravati, anche la nuova autorizzazione della Soprintendenza prot. n. 15206 del 25.09.2017 e la nota comunale di richiesta di un nuovo pronunciamento all’organo ministeriale, di cui ancora una volta viene chiesto l’annullamento previa sospensione cautelare dell’efficacia.
3.5. Con il quarto ricorso per motivi aggiunti sono impugnati agli atti già gravati con i precedenti ricorsi, in particolare la nota del Comune di trasmissione alla Soprintendenza del progetto esecutivo aggiornato, di cui è chiesto l’annullamento previa sospensione cautelare dell’efficacia anche in ragione degli esiti della verificazione nelle more disposta dal Tribunale.
3.6. Infine, con il quinto ricorso per motivi aggiunti è impugnato, oltre agli atti già in precedenza gravati, “per quanto occorrer possa”, la relazione integrativa del tecnico incaricato dal Comune, riportata all’interno della memoria dell’Ente depositata in data 5.02.2018, di cui è parimenti chiesto l’annullamento.
4.1. Si sono costituiti in giudizio il Comune di Udine e il Ministero dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo, entrambi opponendosi alla prospettazione avversaria e concludendo per la reiezione di tutti i ricorsi promossi da controparte.
4.2. Nessuna delle altre parti evocate - tutte in epigrafe menzionate - si è costituita in giudizio.
5. Delle domande cautelari proposte dai ricorrenti, quelle contenute nel ricorso principale e nel primo e quarto ricorso per motivi aggiunti sono state rinunciate, quella contenuta nel secondo ricorso per motivi aggiunti è stata accolta, quella contenuta nel terzo ricorso per motivi aggiunti è stata rigettata in primo grado e accolta in appello.
La situazione è, dunque, rimasta cristallizzata sino alla decisione della causa.
6.1. Con ordinanza collegiale n. 270/2017 il Tribunale ha disposto una verificazione che evidenziasse le differenze fra il progetto esecutivo approvato con deliberazione della Giunta comunale di Udine n. 186/2017 e il progetto esecutivo approvato con deliberazione giuntale n. 528/2016.
6.2. Con ordinanza n. 121/2017 il Tribunale ha disposto una integrazione della verificazione, onde appurare se la sezione della strada oggetto di intervento sia stata modificata nel passaggio tra il progetto esecutivo approvato con deliberazione giuntale n. 528/2016 a quello approvato con deliberazione giuntale n. 186/2017, specificando se la baulatura a schiena d’asino sia stata o meno sostituita da una pendenza trasversale da est a ovest, e, in caso positivo, se tale modifica sia intervenuta con il primo o con il secondo progetto esecutivo.
6.3. Con ordinanza collegiale n. 270/2017 il Tribunale ha disposto una nuova verificazione per accertare se alla data del 1° gennaio 2017 esistevano ed erano disponibili rilevazioni ufficiali sulle precipitazioni nel Comune di Udine successive al 31.12.2011; e, in caso positivo, se tali rilevazioni riguardavano anche il pluviometro posto sul Castello di Udine.
7. Espletati gli incombenti istruttori, dopo la celebrazione di sei camere di consiglio cautelari e di tre pubbliche udienze di merito, la causa è stata infine trattenuta in decisione alla pubblica udienza del 21 marzo 2018.

**DIRITTO**

1. Viene all’esame di questo Tribunale l’impugnazione, articolata in un ricorso principale e cinque ricorsi per motivi aggiunti, promossa da alcuni commercianti e da una associazione privata, avverso il progetto approvato dal Comune di Udine, con il parere favorevole della Soprintendenza, di risanamento conservativo di Via Mercatovecchio.
In sostanza, i ricorrenti si dolgono della scelta di ripavimentare la strada di pietra piasentina (soluzione che prelude alla pedonalizzazione della via), in quanto estremamente delicata e particolarmente scivolosa in caso di pioggia, oltre che non coerente con la tradizione storica dei luoghi (pavimentati in porfido), nonché della scelta di modificare la forma della strada attualmente con baulatura a schiena d’asino per adottare una pendenza trasversale da est a ovest, con il rischio di allagamenti in caso di fenomeni meteorici intensi.
2.1. Preliminarmente, il Collegio deve farsi carico delle eccezioni, sollevate dalla difesa del Comune, di inammissibilità delle impugnative, per difetto di legittimazione attiva in capo ai ricorrenti e per carenza di omogeneità dell’interesse fatto valere.
Le eccezione sono infondate.
I ricorrenti hanno documentato di essere titolari di esercizi commerciali che affacciano su Via Mercatovecchio o che comunque sono posti nelle immediate vicinanze. La vicinitas, ossia lo stabile collegamento con l’area interessata dall’intervento contestato, è fonte di legittimazione, in quanto idonea a differenziare il soggetto dalla generalità dei consociati (cfr., ex plurimis, T.A.R. Lombardia – Milano, Sez. II^, sentenza n. 2183/2017).
D’altro canto, come indicato al punto che precede, i commercianti hanno ben rappresentato quale sia l’interesse sotteso all’azione giudiziale e quale sia l’utilità che intendono conseguire dal giudizio, ovverosia impedire un progressivo allontanamento della potenziale clientela da quella zona della città ed evitare che in caso di forti piogge i negozi finiscano allagati. Il che rende ammissibile l’azione caducatoria intrapresa.
A sua volta, l’Associazione Amici di Via di Mercatovecchio, che pure ha promosso il presente giudizio, costituitasi nell’ottobre 1968, a termini di Statuto ha tra i propri scopi quello di «impedire che si attuino opere pubbliche e private tali da recare danno estetico alla strada stessa» e quello di favorire le esigenze «economico-professionali dei frontisti». Si tratta, all’evidenza, di obiettivi compatibili con quelli perseguiti dagli altri ricorrenti, i quali a ben vedere non si oppongono all’intervento di riqualificazione in sé, ma alle modalità dell’intervento prescelte dalla Amministrazione comunale e avvallate dalla Soprintendenza.
2.2. Sempre preliminarmente, il Collegio deve farsi carico dell’eccezione, parimenti sollevata dalla difesa del Comune, di improcedibilità delle impugnative promosse in questo giudizio, per non avere i ricorrenti gravato la determina di aggiudicazione definitiva dell’appalto dei lavori di risanamento conservativo di Via Mercatovecchio.
Anche questa eccezione è infondata.
La legittimazione a contestare gli esiti della procedura di evidenza pubblica spetta esclusivamente a chi ha partecipato alla gara o, al più, all’operatore economico del settore che contesti l’esperimento della gara stessa o le regole che ne hanno impedito la partecipazione (cfr., T.A.R. Toscana, Sez. III^, sentenza n. 1363/2017). Dunque, i ricorrenti, che – all’evidenza – non rientrano in nessuna delle due categorie, non avrebbero avuto legittimazione al ricorso.
D’altro canto, l’aggiudicazione all’appalto presuppone che il progetto messo a gara sia validamente stato approvato. Sicché, l’eventuale accoglimento delle domande di annullamento promosse dai ricorrenti avrebbe effetti caducanti sull’atto di aggiudicazione dell’appalto de quo (cfr., T.A.R. Lazio – Latina, sentenza n. 372/2014).
3.1. Riconosciuta, quindi la legittimazione e l’interesse ad agire in capo ai ricorrenti, va considerato che alla camera di consiglio del 7 giugno 2017 il Tribunale ha rilevato ex officio, giusta quanto dispone l’articolo 73, comma 3, Cod. proc. amm., che, se l’interesse al ricorso si sostanzia nel prevenire l’utilizzo della pietra piasentina, allora la lesione va ricondotta alla deliberazione di approvazione del progetto preliminare, risalente al 2012.
3.2. Sempre nell’esercizio dei poteri officiosi, alla pubblica udienza del 7 marzo 2018 il Tribunale ha rilevato l’improcedibilità del ricorso principale e del primo ricorso per motivi aggiunti perché impugnano il progetto esecutivo originario, che poi è stato oggetto di una nuova approvazione, e l’inammissibilità del quinto ricorso per motivi aggiunti perché volto all’annullamento di un atto non avente natura provvedimentale.
3.3.1. Il Collegio ritiene che meritino riconferma i suvvisti rilievi.
3.3.2. Quanto alla scelta di rifare la pavimentazione della strada in pietra piasentina, essa risale alla conferenza di servizi 20.07.2012, i cui esiti sono stati fatti propri dalla deliberazione della Giunta comunale n. 330 del 5.10.2012 di approvazione del progetto definitivo dei lavori. In particolare, la Soprintendenza nella testé ricordata conferenza di servizi ha espresso parere favorevole sulla soluzione proposta dal Comune, ovverosia la pavimentazione della via e delle piazze adiacenti con «lastre in pietra piasentina trattata “bocciardata” di dimensioni in larghezza cc. cm. 34(35 montate “a correre” in senso trasversale».
Ne consegue che rispetto alla deliberazione giuntale n. 330/2012 il ricorso principale, notificato in data 17 marzo 2017 risulta irrimediabilmente tardivo.
Né, d’altro canto, può convenirsi con i ricorrenti, laddove sostengono che solo con l’approvazione del progetto esecutivo la lesione dell’interesse di cui sono titolari sia divenuta attuale. Invero, con il progetto definitivo «l’opera pubblica assume una stabile connotazione che consente di valutare appieno i profili di interferenza con le posizioni giuridiche dei soggetti confinanti» (nel caso di specie, la pavimentazione in pietra piasentina), sicché è il progetto definitivo il primo atto che deve essere impugnato da chi assume di essere negativamente inciso dall’opera medesima (cfr., T.A.R. Liguria, Sez. I^, sentenza n. 788/2016). Il progetto esecutivo, si è limitato a definire il dimensionamento delle lastre, ma non il materiale delle stesse.
In definitiva, la scelta della pietra piasentina è inoppugnabile.
3.3.3. Quanto al progetto esecutivo aggiornato, approvato con deliberazione della Giunta comunale n. 186/2017, prescindendo per il momento dalla questione se si tratti di un nuovo progetto o dello stesso progetto originario, è indubbio che la suvvista deliberazione non si sia limitata ad approvare gli ulteriori documenti inseriti in progetto (i.e. Relazione idrogeologica e idraulica; Relazione sulla verifica del dimensionamento della nuova pavimentazione stradale in pietra piasentina), ma riapprovi tutti i documenti e le tavole grafiche dello stesso.
Dunque, il progetto aggiornato sostituisce e non semplicemente integra il precedente progetto esecutivo, con la conseguenza di rendere improcedibili il ricorso principale e il primo ricorso per motivi aggiunti in quanto diretti ad ottenere l’annullamento di un atto già ritirato dalla Amministrazione. D’altro canto, sono gli stessi deducenti ad affermare che il nuovo progetto sostituisce quello precedente, per sanarne i vizi già stigmatizzati in sede giudiziale.
Né, d’altro canto, può convenirsi con parte ricorrente, laddove osserva che con il ricorso principale non è stato impugnato solamente l’atto di approvazione del primo progetto esecutivo, ma anche gli atti presupposti, e che con il primo ricorso per motivi aggiunti è stata impugnata anche l’autorizzazione della Soprintendenza n. 5453/2017.
Vero è, da un lato, che pure l’autorizzazione della Soprintendenza n. 5453/2017 è stata superata dal successivo parere favorevole dell’Organo ministeriale pronunciato sul secondo progetto esecutivo; e, dall’altro lato, che gli atti presupposti impugnati in uno con la deliberazione di approvazione del progetto esecutivo non sono stati oggetto di specifiche censure.
3.3.4. Quanto, invece, alla memoria impugnata con il quinto ricorso per motivi aggiunti, si tratta indubbiamente di un atto difensivo, non fosse altro perché reca in calce le sottoscrizioni dei difensori officiati del Comune. Pertanto, ancorché al suo interno riproduca le considerazioni tecniche del consulente dell’Amministrazione, in quanto atto difensivo non è impugnabile.
Semmai la memoria in questione potrà operare una integrazione postuma della motivazione, ma non certo assurgere ad atto provvedimentale.
3.5. Per l’effetto al Collegio resta da pronunciarsi sul secondo, sul terzo e sul quarto ricorso per motivi aggiunti, nella parte in cui chiedono l’annullamento della deliberazione della Giunta comunale n. 186/2017 di approvazione del progetto esecutivo aggiornato ivi compresa la relazione idrologica e idraulica e gli atti presupposti, della autorizzazione della Soprintendenza prot. n. 15206 del 25.09.2017, e della lettera del Comune di trasmissione alla Soprintendenza del progetto esecutivo aggiornato.
4.1. Con il secondo ricorso per motivi aggiunti, avente ad oggetto per l’appunto la deliberazione comunale di approvazione del progetto esecutivo aggiornato, parte ricorrente deduce i seguenti motivi di illegittimità:
I^. “*Violazione di legge (artt. 23, 106 e 216 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, anche in relazione alle richiamate disposizioni del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 in quanto transitoriamente applicabili – art. 21 bis ss. l. 7 agosto 1990, n. 241) – Illegittimità propria e derivata – Illogicità e contraddittorietà – Sviamento dalla causa tipica – Violazione del principio di tipicità degli atti amministrativi*”, perché, presentando il nuovo progetto rilevanti modifiche nel sistema di drenaggio e di scolo delle acque, la procedura doveva ripartire dai precedenti livelli di progettazione, e perché, con uno sviamento dalla causa tipica, la nuova approvazione serve solo a sanare i vizi che affliggevano la deliberazione giuntale di approvazione dell’originario progetto esecutivo;
II^. “*Violazione di legge (art. 23 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) – Illegittimità propria e derivata – Illogicità e contraddittorietà – Difetto di istruttoria e di motivazione – Errore di fatto*”, perché la motivazione della nuova approvazione evidenzia le carenze di istruttoria del primo progetto, e perché anche il nuovo progetto non affronta adeguatamente il problema delle precipitazioni abbondanti (fenomeno tutt’altro che inconsueto), prendendo in considerazione solamente i dati della piovosità sino al 2011 e non anche quelli degli anni successivi in cui vi è stato un marcato aumento delle precipitazioni;
III^. “*Violazione di legge (art. 21 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42) – Illegittimità propria e derivata – Illogicità e contraddittorietà – Difetto di istruttoria e di motivazione – Errore di fatto*”, perché trattandosi di progetto nuovo doveva essere nuovamente sottoposto al parere della Soprintendenza;
IV^. “*Violazione di legge (art. 6 bis l. 7.08.1990, n. 241 – artt. 11 e 12 del “codice di comportamento del Comune di Udine” – art. 7 D.P.R. 16.04.2013, n. 62) – Illegittimità propria e derivata*”, perché l’arch. Barbara Gentilini, dirigente del Settore comunale competente si era nominata progettista dell’opera, determinando un palese conflitto di interessi;
V^. “*Violazione di legge (art. 9 D.P.R. 5.10.2010, n. 207 – art. 31 d.lgs. 18.04.2016, n. 50, in relazione alle “Linee Guida” n. 3 dd. 26.10.2016 di ANAC) – Illegittimità propria e derivata*”, perché il RUP non può essere progettista dell’opera;
VI^. “*Violazione di legge (art. 9 D.P.R. 5.10.2010, n. 207 – art. 31 d.lgs. 18.04.2016, n. 50, in relazione alle “Linee Guida” n. 3 dd. 26.10.2016 di ANAC) – Illegittimità propria e derivata*”, perché continua a mancare agli atti di causa l’atto di nomina dell’arch. Barbara Gentilini a RUP.
4.2. Con il terzo ricorso per motivi aggiunti, avente ad oggetto il nuovo parere della Soprintendenza, parte ricorrente deduce i seguenti motivi di illegittimità:
I^. “*Illegittimità derivata*”, per gli stessi motivi che affliggono il progetto esecutivo aggiornato, nonché l’originaria autorizzazione della Soprintendenza;
II^. “*Violazione di legge (artt. 10 e 12 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 – art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241) – Illegittimità propria e derivata – Illogicità e contraddittorietà – Difetto di istruttoria e di motivazione*”, per non avere la Soprintendenza svolto un’autonoma attività istruttoria, avendo di contro accettato per buono quanto dichiarato dal Comune di Udine, ovverosia che il progetto aveva subito modifiche di minima: così facendo, l’Organo ministeriale non si è reso conto delle numerose e sostanziali differenze tra il primo progetto esecutivo e il secondo progetto esecutivo;
III^. “*Eccesso di potere – Difetto di istruttoria e contraddittorietà – Errore di fatto e travisamento – Illogicità*”, per non essersi la Soprintendenza avveduta che nel nuovo progetto la strada nella sua parte centrale non ha più la baulatura schiena d’asino, ma una pendenza trasversale; così come non si è accorta che è mutato il sistema di scolo e dei sottoservizi;
IV^. “*Eccesso di potere – Difetto di istruttoria, illogicità e contraddittorietà*”, per non essersi la Soprintendenza avveduta che il nuovo progetto non è conforme alle prescrizioni impartite nel 2012 in sede di conferenza di servizi, in particolare quanto alla conservazione della pendenza a schiena d’asino.
4.3. Con il quarto ricorso per motivi aggiunti, avente ad oggetto la nota del Comune di trasmissione del progetto esecutivo aggiornato alla Soprintendenza e il nuovo parere dalla stessa emesso, parte ricorrente deduce i seguenti motivi di illegittimità:
I^. “*Eccesso di potere – Sviamento dalla causa tipica – Errore di fatto indotto e difetto di istruttoria*”, per avere il Comune volutamente indicato nella nota di accompagnamento del progetto esecutivo riapprovato che le differenze fra i due progetti esecutivi erano minime onde fuorviare la Soprintendenza e ottenere nel minor tempo possibile il parere favorevole, senza attendere gli esiti della verificazione frattanto disposta dal Tribunale;
II^. “*Violazione di legge (artt. 10 e 12 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 – art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241 – art. 149 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 149) – Illegittimità propria e derivata – Difetto di istruttoria e di motivazione – Errore di fatto e travisamento*”, perché la lettera del Comune di accompagnamento del progetto esecutivo riapprovato non indica tutte le differenze tra i due progetti e in tal modo ha indotto in errore la Soprintendenza;
III^. “*Eccesso di potere – Difetto di istruttoria e contraddittorietà – Errore di fatto e travisamento – Illogicità – Violazione di autolimite*”, perché il progetto esecutivo non è conforme alle prescrizioni date dalla Soprintendenza nella Conferenza di servizi del 2012, in ordine al fatto che la strada deve restare a schiena d’asino;
IV^. “*Violazione di legge (artt. 10 e 12 d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 – art. 3 l. 7 agosto 1990, n. 241 – art. 149 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 149) – Illegittimità propria e derivata – Difetto di istruttoria e di motivazione – Errore di fatto e travisamento – Violazione del principio di tipicità*”, perché la Soprintendenza non ha esaminato a fondo il nuovo progetto, onde assumere su di esso una autonoma valutazione.
5.1. Come anticipato nella parte in fatto, sulla questione se il secondo progetto esecutivo sia un nuovo progetto (così come sostengono i ricorrenti) o, invece, il semplice aggiornamento di quello originario, resosi necessario in ragione degli esiti del subprocedimento di validazione dello stesso (così come sostiene il Comune), con le implicazioni che questo comporta in punto di rinnovamento della fase dei pareri, il Collegio ha disposto una verificazione.
Al verificatore è stato ordinato redigere una relazione peritale nella quale descrivere «per ciascuna tavola progettuale e per ciascun documento facente parte del progetto esecutivo, le differenze fra quello approvato con deliberazione giuntale n. 186/2017 e quello approvato con deliberazione giuntale n. 528/2016».
Peraltro, in esito ai rilievi sollevati dalla difesa di parte ricorrente, il Tribunale ha poi disposto una integrazione della verificazione per accertare se «la sezione della strada oggetto di intervento sia stata modificata nel passaggio tra il progetto esecutivo approvato con deliberazione giuntale n. 528/2016 a quello approvato con deliberazione giuntale n. 186/2017, specificando se la baulatura a schiena d’asino sia stata o meno sostituita da una pendenza trasversale da est a ovest, e, in caso positivo, se tale modifica sia intervenuta con il primo o con il secondo progetto esecutivo».
Gli esiti dell’incombente istruttorio possono così essere sintetizzati:
- oltre all’aggiunta della relazione sulla verifica del dimensionamento della nuova pavimentazione e della relazione idrogeologica e idraulica, le modifiche più rilevanti riguardano i limiti spaziali dell’intervento, le dimensioni delle lastre di pietra piasentina (passata da 80 a 60 cm. di lunghezza massima), e la realizzazione di nuove condutture fognarie;
- nel passaggio dal primo al secondo progetto le sezioni trasversali e il profilo longitudinale della strada non sono stati modificati.
5.2. Orbene, alla luce degli esiti della verificazione, risultano infondati il primo e il terzo motivo di impugnazione dedotti nel secondo ricorso per motivi aggiunti.
In effetti si è trattato di un aggiornamento del progetto esecutivo già approvato. Non essendo state introdotte soluzioni progettuali diverse, non era necessario far regredire il procedimento alla fase anteriore all’approvazione del progetto stesso.
Peraltro, nelle more dell’espletamento della verificazione, il Comune ha trasmesso il progetto aggiornato alla Soprintendenza, che ha rinnovato il proprio assenso. Sicché, anche se non necessario, è intervenuto il nuovo parere favorevole dell’Organo preposto alla tutela dei beni d’interesse culturale.
Nemmeno risulta integrato il lamentato sviamento di potere. A tutto voler concedere, infatti, l’esercizio dei poteri di autotutela di cui l’Amministrazione è titolare, al fine di rimuovere eventuali vizi di legittimità e/o opportunità di proprie precedenti scelte, è coerente con i principi cui, ai sensi dall’articolo 97 Cost., deve conformarsi l’azione dei pubblici poteri (cfr., T.A.R. Sicilia – Catania, Sez. I^, sentenza n. 515/2018).
6.1. Sono parimenti infondati il quarto, il quinto e il sesto motivo di impugnazione dedotti nel secondo ricorso per motivi aggiunti.
6.2. Invero, la nomina del Dirigente di Settore a capo del gruppo di progettazione non determina affatto un situazione di conflitto di interessi, perché i dirigenti sono esclusi dalla percezione dei compensi di progettazione, giusta quanto dispone l’articolo 11 L.R. F.V.G. n. 14/2002, in applicazione del principio di onnicomprensività della retribuzione dei dirigenti stessi (cfr., Cass., Sez. IV^, sentenza n. 3094/2018).
6.3. Ancora, l’intervento di cui si discute non rientra tra quelli per cui è vietata la commistione di ruoli tra RUP e progettista.
Vero è, infatti, che le linee guida, adottate dall’ANAC (in esecuzione di quanto dispone l’articolo 31, comma 5, D.Lgs. n. 50/2016) con deliberazione n. 1096/2016, escludono che possano essere riassunte in un’unica persone la funzioni di RUP, direttore lavori e progettista nel caso di «lavori di speciale complessità o di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, oltre che tecnologico, nonché nel caso di progetti integrali ovvero di interventi di importo superiore a 1.500.000 di euro».
Tuttavia, il rifacimento della pavimentazione di una strada (in sostanza la sostituzione delle vecchie lastre con lastre nuove), ancorché si tratti di una strada vincolata, non è qualificabile quale lavoro di speciale complessità o di particolare rilevanza, sicché non opera il surrichiamato divieto. Con la conseguenza che l’arch. Barbara Gentilini poteva legittimamente assommare le funzioni di progettista con quelle di RUP.
6.4. Infine, risulta che, giusta quanto dispone l’articolo 31, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016, l’arch. Barbara Gentilini è stata nominata RUP dell’intervento di cui si discute con l’approvazione del Piano esecutivo di gestione del Settore mobilità del Comune per il triennio 2016-2018: piano che contempla anche il rifacimento della pavimentazione di via Mercatovecchio (doc. 13 del fascicolo del Comune). Sicché, risulta superato il dubbio.
7.1. Parimenti infondate sono le censure dedotte con il terzo e con il quarto ricorso per motivi aggiunti, che vengono trattati congiuntamente in quanto sostanzialmente coincidenti.
7.2. Come già osservato, la prima verificazione e il successivo supplemento hanno dimostrato che le differenze tra il primo e il secondo progetto esecutivo sono di minima e non hanno riguardato la pendenza della strada che è rimasta immutata.
Ne consegue che non era nemmeno necessario un ripronunciamento della Soprintendenza. Nondimeno questo ripronunciamento vi è stato, e lo stesso risulta immune dai vizi prospettati dagli odierni ricorrenti.
Infatti, come condivisibilmente osservato dalla difesa erariale, compito della Soprintendenza non è quello di accertare le differenze tra i progetti, ma se il nuovo progetto è compatibile con la tutela del bene vincolato: cosa che nel caso di specie è stata fatta, come emerge dalla documentazione in atti. Il che esclude che nell’esprimere la propria valutazione la Soprintendenza sia incorsa in quel travisamento del dato fattuale che consente il sindacato del Giudice amministrazione sugli atti della Amministrazione di esercizio della discrezionalità tecnico-amministrativa.
Peraltro, come evidenziato dalla difesa del Comune, le prescrizioni date dalla Soprintendenza nella conferenza dei servizi del 20.07.2012 hanno riguardato il materiale da usare nella pavimentazione, la dimensione delle lastre, il trattamento e il montaggio delle stesse, oltre che i marciapiedi e le canalette di scolo. L’organo ministeriale non ha in alcun modo preso posizione sulla pendenza della strada, sicché la mancata conservazione della baulatura a schiena d’asino non viola alcuna prescrizione posta a tutela del bene vincolato.
8.1. Resta da esaminare il secondo motivo di impugnazione dedotto con il secondo ricorso per motivi aggiunti, in ragione del quale– come parimenti ricordato in narrativa - il Tribunale ha disposto una ulteriore verificazione:
8.2. Precisamente, questo Giudice ha ordinato al Direttore dell’Osmer presso l’ARPA del Friuli Venezia Giulia di rispondere al seguente quesito: «se alla data del 1° gennaio 2017 esistevano ed erano disponibili rilevazioni ufficiali sulle precipitazioni nel Comune di Udine successive al 31.12.2011» e, in caso positivo, «se tali rilevazioni riguardavano anche il pluviometro posto sul Castello di Udine».
Il verificatore ha chiarito che l’impianto di rilevamento di Udine Castello è gestito dalla Protezione civile della Regione perché trasmette i dati in tempo reale; che i dati di piovosità registrati da quel pluviometro sono validati per il periodo 1915-2011; che sono disponibili tuttavia dati più recenti, aggiornati in tempo reale, perfettamente consultabili da parte degli Enti pubblici mediante l’accesso alla banca dati Omnia gestita dall’Osmer, e che tali dati – a richiesta – sono validati dall’Ufficio Idrografico.
8.3. Ebbene, alla luce degli esiti della verificazione, risulta fondata la censura di difetto di istruttoria dedotta dai ricorrenti.
La relazione idrologica e idraulica, che certifica la tenuta del sistema di captazione e smaltimento delle acque meteoriche progettato dal Comune per Via Mercatovecchio, utilizza dati sulla piovosità nella zona fermi a sei anni prima, quando ve ne erano a disposizione di più recenti, che - all’esito del processo di validazione, attivabile (senza alcuna difficoltà) dal Comune stesso – avrebbero avuto pari valore scientifico. Non eccedeva certo il limite della ordinaria diligenza procurarsi dati aggiornati sulla piovosità, peraltro facilmente accessibili.
Né possono sanare il vizio le considerazioni del consulente del Comune, contenute nella memoria depositata in data 5 febbraio 2018, non fosse altro perché le stesse integrano una inammissibile integrazione postuma della motivazione da parte di un atto processuale (cfr., C.d.S., Sez. VI^, sentenza n. 4253/2017). In ogni caso, quelle considerazioni muovono da un assunto fattuale (l’indisponibilità dei dati) smentito dal verificatore, e oltretutto avrebbero dovuto precedere e non seguire l’approvazione del progetto medesimo.
Al contempo, va considerato che nell’ambito del progetto per cui è causa, la relazione idrologica e idraulica assume una valenza fondamentale, come dimostra il fatto che essa è stata espressamente pretesa ai fini della validazione del progetto medesimo. Sicché, il difetto di istruttoria su di un elemento essenziale del progetto non può che comportare l’illegittimità della deliberazione di approvazione del progetto medesimo.
9.1. In conclusione, il ricorso principale e il primo ricorso per motivi aggiunti sono improcedibili per sopravvenuta carenza di interesse. Il quinto ricorso per motivi aggiunti è inammissibile perché censura un atto non provvedimentale, bensì un atto difensivo.
Il secondo, il terzo e il quarto ricorso per motivi aggiunti sono fondati nella parte in cui stigmatizzano il difetto di istruttoria in punto di tenuta idraulica dell’intervento di risanamento conservativo di Via Mercatovecchio, e pertanto sono accolti: per l’effetto sono annullati gli atti ivi impugnati.
9.2. Spetta al Comune, se del caso, riattivare il procedimento a partire dalla fase in cui si situa il suvvisto vizio, per emendare il provvedimento finale dal vizio medesimo.
9.3. Le spese di giudizio sono compensate tra le parti in ragione della reciproca soccombenza.
In applicazione del principio della soccombenza (riferita alla relativa questione dedotta in giudizio), sono poste a carico dei ricorrenti le spese della prima verificazione e della successiva integrazione, liquidate, in applicazione dell’articolo 12 D.M. Giustizia 30.05.2002, e tenuto conto della difficoltà dell’incarico, in Euro 1.800,00, oltre ad accessori di legge.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia - Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sui cinque ricorsi per motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:
a) dichiara improcedibili il ricorso principale e il primo ricorso per motivi aggiunti;
b) dichiara inammissibile il quinto ricorso per motivi aggiunti;
c) accoglie nei termini e nei limiti di cui in motivazione il secondo, il terzo e il quarto ricorso per motivi aggiunti, e per l’effetto annulla gli atti impugnati con tali ricorsi.
Compensa tra le parti le spese di giudizio.
Condanna i ricorrenti a pagare alla prof.ssa Ilaria Garofolo le spese della prima verificazione e del successivo supplemento nella misura parimenti indicata in motivazione.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall’Autorità amministrativa.
Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 21 marzo 2018 con l’intervento dei magistrati:
Oria Settesoldi, Presidente
Manuela Sinigoi, Consigliere
Alessandra Tagliasacchi, Primo Referendario, Estensore

N. 00480/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00886/2017 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria
(Sezione Seconda)
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 886 del 2017, proposto da:
S.C.T. Sistemi Controllo Traffico S.r.l., in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Giuseppe Inglese, con domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Porta degli Archi 3;
contro
A.S.L. N° 2 Savonese, in persona del legale rappresentante, rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Massa, con domicilio eletto presso il suo studio in Genova, via Roma 11/1;
nei confronti
A.M. Parking S.r.l. non costituito in giudizio;
per l'annullamento
- della deliberazione del Direttore generale dell’ASL n. 2 26 ottobre 2017 n. 748 di aggiudicazione ad A.M. Parking s.r.l. della concessione del servizio di gestione delle aree di sosta a pagamento negli ospedali di Savona, Pietra Ligure e Albenga;
- della nota 2 novembre 2017 n. 97315 di comunicazione della deliberazione;
- di ogni altro atto presupposto, preparatorio, conseguente e/o connesso ivi compresi i verbali di gara e le note 14/7/2017 n. 64842 e 2/11/2017 n. 97311 dell'ASL 2; nonché per l'accertamento e la declaratoria di inefficacia del contratto che sia stato o che venisse concluso a seguito della gara tra la ASL 2 e la A.M. Parking S.r.l.; e, quindi, per l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente al risarcimento del danno in forma specifica mediante la stipula del contratto con la ASL 2 Savonese e/o al subentro nel contratto stesso e per la conseguente condanna della medesima ASL 2 a disporre tale risarcimento, nonché, in subordine, per l'accertamento e la declaratoria del diritto della ricorrente al risarcimento del danno per equivalente monetario, da quantificarsi nel corso del presente o in separato giudizio, e per la conseguente condanna della ASL 2 Savonese a disporre tale risarcimento.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio di A.S.L. N° 2 Savonese;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 aprile 2018 il dott. Luca Morbelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Con ricorso notificato il 27 novembre 2017 e depositato il successivo 11 dicembre 2017 la società SCT sistemi controllo del traffico s.r.l., ha impugnato, chiedendone l’annullamento, previa sospensione dell'esecuzione, i provvedimenti in epigrafe.
Avverso i provvedimenti impugnati la ricorrente ha dedotto i seguenti motivi:
Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 40 del d.lgs. n. 159/2011 e s.m.i., nonché dei principi di imparzialità e buon andamento dell’attività amministrativa – Violazione dell’art. 10 legge n. 241/1990 e s.m.i. e dei principi del giusto procedimento e di buona amministrazione – Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, disparità di trattamento, in quanto, essendo la società A.M. Parking sotto posta a sequestro preventivo d’urgenza la domanda di partecipazione sarebbe stata sottoscritta dal solo amministratore della società senza il preventivo assenso dell’amministratore giudiziario nominato dal giudice delegato;
Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 4 del disciplinare di gara e dell’art. 83 del d.lgs. n. 50/2016, nonché dei principi di imparzialità, buon andamento, efficacia ed efficienza dell’attività amministrativa – Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, disparità di trattamento, in quanto A.M. Parking sarebbe stata ammessa alla gara in assenza della dimostrazione del possesso dei requisiti di cui all’art. 4 del disciplinare di gara con particolare riferimento a referenze bancarie, esperienza gestionale pregressa, fatturato minimo;
Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 97 del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i. nonché dei principi di par condicio, trasparenza, imparzialità, buon andamento, efficacia ed efficienza dell’attività amministrativa - Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, disparità di trattamento, contraddittorietà, illogicità, ingiustizia grave e manifesta, sviamento, in quanto, le giustificazioni rese dalla A.M. Parking in sede di verifica dell’anomalia non sarebbero idonee a superare il sospetto di anomalia;
Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 10 del disciplinare di gara nonché delle regole e principi in materia di svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica – Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell’attività amministrativa e dell’art. 97 Cost. – Violazione dei principi del giusto procedimento e di buona amministrazione – Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, sviamento, in quanto il seggio di gara dopo avere ammesso con riserva la aggiudicataria invece di rinviare l’apertura delle buste contenti l’offerta economica ad una seduta successiva allo scioglimento della riserva circa l’ammissione della aggiudicataria ha provveduto nella stessa seduta all’apertura delle buste contenenti l’offerta economica;
Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 10 del disciplinare di gara nonché delle regole e principi in materia di svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica – Violazione dei principi di imparzialità e buon andamento dell’attività amministrativa e dell’art. 97 Cost. – Violazione dei principi del giusto procedimento e di buona amministrazione – Eccesso di potere per errore sui presupposti di fatto e di diritto e conseguente travisamento, difetto di istruttoria e di motivazione, illogicità, in quanto sarebbe stato leso il principio di immutabilità dell’organo chiamato a compiere le valutazioni delle offerte.
La ricorrente concludeva per l’accoglimento del ricorso e l’annullamento, previa sospensiva, del provvedimenti impugnati con vittoria delle spese di giudizio.
Veniva formulata altresì domanda di declaratoria di inefficacia del contratto e di risarcimento del danno.
Si costituiva in giudizio l’ASL n. 2 intimata.
Con ordinanza 8 marzo 2018 n. 59 è stata accolta l’istanza incidentale di sospensione dell’esecuzione dei provvedimenti impugnati.
All’udienza pubblica del 18 aprile 2018 il ricorso è passato in decisione

**DIRITTO**

Il ricorso è rivolto avverso l’aggiudicazione della gara per l’affidamento della concessione del servizio di gestione delle aree di sosta a pagamento negli ospedali di Savona, Pietra Ligure e Albenga.
Il ricorso è fondato.
Deve essere respinta l’eccezione di tardività del ricorso per essere stato proposto decorso il termine di trenta giorni dal momento in cui la proposta di aggiudicazione è diventata definitiva.
In sostanza la proposta di aggiudicazione è stata formulata alla seduta del 30 giugno 2017, conseguentemente la stessa è diventata definitiva in data 30 luglio 2017 con l’ulteriore conseguenza che il ricorso notificato in data 27 novembre 2017 deve ritenersi tardivo.
La tesi non persuade
Deve, infatti, rilevarsi come l’aggiudicazione non costituisca atto meramente confermativo della proposta di aggiudicazione ancorchè definitiva ma costituisca atto autonomo proprio della stazioneappaltante che dopo avere rivisitato tutta la gara provvede a concluderla con l’individuazione dell’aggiudicatario laddove la proposta di aggiudicazione costituisce un mero atto endoprocedimentale privo di propria autonomia.
A tal riguardo la giurisprudenza ha affermato come: “La comunicazione di cui all’art. 76, comma 5, lett. a), d.lgs. n. 50 del 2016, che deve essere fatta d’ufficio immediatamente (e comunque non oltre gg. 5) da parte della Stazione Appaltante, nel riferirsi all’“aggiudicazione” (non ulteriormente qualificata), si riferisce all’atto conseguente all’approvazione dell’organo competente e non alla “proposta di aggiudicazione” (di cui all’art. 33) o “aggiudicazione provvisoria” secondo la terminologia del Codice previgente. La proposta di aggiudicazione, peraltro, fa nascere una mera aspettativa in capo all’interessato alla positiva definizione del procedimento stesso, in quanto in essa non si individua il provvedimento conclusivo della procedura di evidenza pubblica, avendo per sua natura un’efficacia destinata ad essere superata. Non a caso l’art. 204 del nuovo Codice Appalti sancisce espressamente l’inammissibilità della impugnazione della proposta di aggiudicazione di cui agli artt. 32 e 33 del medesimo d.lgs. n. 50 del 2016” (TAR Lazio, Roma, III 5 gennaio 2018 n. 107).
Pertanto se unico atto impugnabile è costituito dall’aggiudicazione le vicende relative alla proposta di aggiudicazione sono irrilevanti e come tali inidonee a fare decorrere il termine di impugnazione.
Nel merito il ricorso è fondato.
La società AM Parking s.r.l. è stata oggetto, ai sensi dell’art. 40 d.lgs. 159/11, di sequestro preventivo d’urgenza 20 gennaio 2014 nell’ambito del procedimento RNR n. 17982/05.
In tale contesto è stato nominato un amministratore giudiziario ed è stato nominato anche l’amministratore della società nella persona del dott. Arcangelo Sessa.
Deve preliminarmente rilevarsi come la partecipazione alla gare pubbliche non costituisca atto di straordinaria amministrazione rientrando nella gestione ordinaria dell’attività delle imprese.
La partecipazione a procedure di gara da parte di impresa alla luce della dimensione della stessa e della circostanza che la società è stata costituita anche per ottenere l'affidamento di servizi, va considerata quale attività di ordinaria amministrazione. In tema di attività di impresa il criterio per distinguere gli atti di ordinaria e straordinaria amministrazione non può essere quello del carattere “conservativo” o meno dell'atto posto in essere (criterio valido, invece, di regola per l’amministrazione del patrimonio degli incapaci), in quanto quella imprenditoriale è attività che presuppone necessariamente il compimento di atti di disposizione di beni, con la conseguenza che l’indicata distinzione va fondata sulla relazione in cui l’atto si pone con la gestione “normale” (e quindi “ordinaria”) del tipo di impresa di cui si tratta e alle dimensioni in cui essa viene esercitata
(C.S. V 13 luglio 2006 n. 4415).
Pertanto la questione da risolvere in questa sede è se nello svolgimento delle attività di ordinaria amministrazione l’amministratore della società debba essere preventivamente autorizzato dall’amministratore giudiziario o meno.
La risposta non può che essere negativa.
Le norme utili alla soluzione della questione sono l’art. 35, comma 4, d.lgs. 159/11 che stabilisce: “4. L'amministratore giudiziario chiede al giudice delegato di essere autorizzato, ove necessario, a farsi coadiuvare, sotto la sua responsabilità, da tecnici o da altri soggetti qualificati. Ove la complessità della gestione lo richieda, anche successivamente al sequestro, l'amministratore giudiziario organizza, sotto la sua responsabilità, un proprio ufficio di coadiuzione, la cui composizione e il cui assetto interno devono essere comunicati al giudice delegato indicando altresì se e quali incarichi analoghi abbiano in corso i coadiutori, assicurando la presenza, nel caso in cui si tratti dei beni di cui all'articolo 10 del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, di uno dei soggetti indicati nell'articolo 9-bis del medesimo codice. Il giudice delegato ne autorizza l'istituzione tenuto conto della natura dei beni e delle aziende in stato di sequestro e degli oneri che ne conseguono” e l’art. 40, comma 3 d.lgs. 159/11 che stabilisce: “L'amministratore giudiziario non può stare in giudizio né contrarre mutui, stipulare transazioni, compromessi, fideiussioni, concedere ipoteche, alienare immobili e compiere altri atti di straordinaria amministrazione, anche a tutela dei diritti dei terzi, senza autorizzazione scritta del giudice delegato”.
Pertanto la vigilanza diretta nella forma dell’atto complesso sull’attività dell’amministratore giudiziario è prevista solo nei casi di cui all’art. 40, comma 3, d.lgs. 159/11.
Lo svolgimento dell’attività di ordinaria amministrazione invece è rimessa alla totale responsabilità dell’amministratore giudiziario che può svolgerla individualmente oppure avvalersi di ausiliari che dei quali risponde ai sensi dell’art. 35, comma 4, d.lgs. 159/11 e più in generale ai sensi dell’art. 1228 c.c.
La necessità di una esplicita autorizzazione dell’amministratore giudiziario rispetto agli atti di ordinaria amministrazione compiuti dai suoi ausiliari non è prevista positivamente da nessuna norma e non risponde ad alcuna esigenza di tutela che non risulti già soddisfatta dalla previsione del permanere della responsabilità in capo all’amministratore giudiziario.
Da altro punto di vista occorre rilevare come le limitazioni alla capacità di agire degli organi rappresentativi di una società devono risultare o dalla legge ovvero dall’atto costitutivo o dallo statuto. Nella specie nulla di tutto ciò è riscontrabile.
Da ulteriore punto di vista una volta ricompreso un determinato atto nel novero di quelli di ordinaria amministrazione non pare possibile, pena la sostanziale vanificazione dell’istituto della coadiuzione, richiedere un preventivo assenso da parte dell’amministratore giudiziario. Costui, infatti, sarebbe obbligato ad approvare specificamente per iscritto il compimento di una miriade di atti in relazione dei quali, mediante la nomina di coadiutori, aveva manifestato l’impossibilità di occuparsi.
In conclusione l’imporre una specifica autorizzazione da parte dell’amministratore giudiziario si risolve in una inammissibile operazione di integrazione delle disposizioni legislative.
Fondato si appalesa invece il secondo motivo di ricorso.
L’art. 4 del disciplinare stabiliva infatti che i concorrenti dovessero possedere almeno due dichiarazioni originali rilasciate da istituti bancari o intermediari autorizzati attestanti la solvibilità del concorrente in relazione all’affidamento (doc n. 2 prod. ricorrente 11 dicembre 2017).
La referenza rilasciata dalla filiale di Nola della BPM è invece del tutto generica limitandosi ad attestare che la società AM Parking intrattiene rapporti con l’istituto bancario dal 2012 (doc n. 14 prod. ricorrente 11 dicembre 2017).
Si tratta all’evidenza di una referenza non conforme alla lex specialis dal momento che non fa riferimento alla solvibilità del concorrente in relazione all’oggetto dell’appalto.
La ASL n. 2 sostiene che l’eventuale carenza avrebbe potuto essere sanata con il soccorso istruttorio.
Tale osservazione, in sé corretta, non preclude al Collegio l’esame della censura ed il suo positivo scrutinio, spettando eventualmente alla stazione appaltante riconvocare il seggio di gara al fine di porre in essere il soccorso istruttorio. La possibilità di ricorrere al soccorso istruttorio, in assenza di positiva dimostrazione in giudizio dell’esito favorevole al concorrente, non vale a costituire una sanatoria generalizzata dei difetti della documentazione di gara.
Per quanto attiene alla capacità tecnica l’art. 4 del disciplinare prevedeva la dimostrazione di avere gestito servizi analoghi consistenti nella gestione di sosta a pagamento “nel triennio 2014 – 2015 – 2016 per un numero di stalli in superficie in parcheggi a barriere con pagamento automatizzato non inferiore a 500 (cinquecento) in ragione annua per i tre anni consecutivi indicando l’ente concedente e le date di inizio e fine del servizio”.
Orbene dalla dichiarazione 14 luglio 2017 resa dalla AM Parking s.r.l. e dai riscontri operati dalla stazione appaltante non si evince il possesso dei requisiti di cui sopra.
Deve infatti rilevarsi come, per quanto riguarda gli stalli gestiti per conto di Metropark quest’ultima società abbia dichiarato come l’AM Parking s.r.l. abbia erogato in qualità di associato servizi connessi alla gestione della sosta per un fatturato nel periodo 24 giugno 2010 – 30 giugno 2017
di €. 6479812 per un totale di stalli pari a 1565 (doc n. 16 prod. ricorrente 11 dicembre 2017).
Tale dichiarazione non comprova il possesso dei requisiti in quanto non attesta la gestione della sosta a pagamento ma soltanto lo svolgimento peraltro in qualità di associato servizi connessi alla gestione della sosta.
Una volta esclusi gli stalli gestiti per conto di Metropark ed esclusi gli stalli gestiti in regime di non automazione ci si avvede della circostanza che la aggiudicataria non abbia gestito alcuno stallo nell’anno 2015. Se poi ulteriormente si considera che il Comune di Nola non ha ottemperato alle richieste della ASL n.2 si deve concludere per la mancata dimostrazione dello svolgimento di servizi analoghi anche nell’anno 2014.
Ne consegue la mancata dimostrazione del possesso dei requisiti.
Il ricorso deve essere accolto con conseguente annullamento dei provvedimenti impugnati.
L’accoglimento della domanda cautelare esclude la sussistenza di profili di danno risarcibile.
Le spese seguono la soccombenza.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria (Sezione Seconda), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla i provvedimenti impugnati.
Condanna l’amministrazione resistente al pagamento, in favore della ricorrente, delle spese di giudizio che si liquidano in complessivi €. 4000, 00 (quattromila/00) oltre IVA e CPA come per legge.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Genova nella camera di consiglio del giorno 18 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:
Roberto Pupilella, Presidente
Luca Morbelli, Consigliere, Estensore
Angelo Vitali, Consigliere

N. 00492/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00185/2018 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna
(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

ex art. 60 cod. proc. amm.;
sul ricorso numero di registro generale 185 del 2018, proposto da:
Sisar s.a.s. di Mameli Maria Ignazia e C., rappresentata e difesa dagli avvocati Marcello Vignolo, Massimo Massa e Marco Galleri, con domicilio eletto presso lo studio dei primi, in Cagliari, piazza del Carmine n. 22;
contro
Comune di Siliqua, rappresentato e difeso dall'avvocato Flaviano Lai, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Alagon n. 1;
nei confronti
So.Se.Bi s.r.l., non costituita in giudizio;
per l'annullamento, previa sospensione dell'efficacia:
- della determinazione n. 20 del 16 gennaio 2018 (n. 32 reg. gen.) con cui il responsabile del Servizio socioassistenziale del Comune di Siliqua ha aggiudicato alla So.Se.Bi. s.r.l. il servizio di gestione della biblioteca comunale per il periodo dall’1.2.2018 al 31.1.2019;
e per la declaratoria d'inefficacia:
- del contratto sottoscritto nelle more del giudizio, con subentro della ricorrente nel medesimo;
con riserva d'agire per l'integrale risarcimento dei danni cagionati alla Sisar s.a.s. dall'eventuale esecuzione dei provvedimenti amministrativi impugnati, qualora non sia possibile il risarcimento in forma specifica mediante l'affidamento del servizio messo in gara per l'intero periodo previsto.

Visti il ricorso e i relativi allegati.
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Siliqua.
Viste le memorie difensive.
Visti tutti gli atti della causa.
Relatore nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2018 il dott. Antonio Plaisant e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale.
Sentite le stesse parti ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm.

In data 26 ottobre 2017 il Comune di Siliqua aveva pubblicato un avviso per la manifestazione di interesse alla partecipazione a una procedura negoziata -da svolgersi ai sensi dell’art. 36 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50- per l’affidamento del servizio di gestione della biblioteca comunale, con durata dall’1 febbraio 2018 al 31 gennaio 2019 e importo a base di gara pari a euro 25.300 (esente IVA); nell’avviso si specificava espressamente, da un lato che, lo stesso *“non costituisce avvio di procedura di gara pubblica né proposta contrattuale ma è pubblicato al solo scopo dell’esecuzione di indagine di mercato”* e, dall’altro lato, che l’affidamento del servizio sarebbe poi avvenuto *“sulla base di un confronto tra le proposte sulla base dei servizi offerti e dell’offerta economica”.*
Acquisita la manifestazione di interesse di quattro imprese -tra cui il gestore uscente del servizio Sisar s.a.s. (da qui in poi soltanto “Sisar”)- il Responsabile del Settore Socio-assistenziale, con determinazione 19 dicembre 2017, n. 232, aveva deciso di invitarle tutte e quattro, richiamando espressamente il capoverso 3.3.2. delle Linee Guida n. 4 A.N.A.C. in materia di affidamenti aventi importo inferiore alle soglie comunitarie (approvate con deliberazione 26 ottobre 2016, n. 1097), che consentiva la deroga al principio di rotazione di cui all’art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 in caso di *“riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d’arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti)”*.
Nelle more dell’espletamento della procedura negoziata, al fine di garantire la continuità del servizio, lo stesso Responsabile del Settore -con deliberazioni 14 novembre 2017 n. 150, e 28 dicembre 2017, n. 242- aveva prorogato l’affidamento al gestore uscente Sisar, osservando che *“si è ravvisato nel rapporto contrattuale un alto grado di soddisfazione maturato (soddisfazione da parte degli utenti, esecuzione a regola d’arte…”*.
Ricevute le lettere di invito, solo due delle quattro imprese invitate avevano poi presentato offerta, cioè la stessa Sisar (che aveva offerto un prezzo di euro 21.712,50) e la Sosebi s.r.l. (da qui in poi soltanto “Sosebi”), la cui offerta economica era stata di euro 22.230,00.
Con determinazione 16 gennaio 2018, n. 20, il servizio è stato affidato a Sosebi in dichiarata applicazione del principio di rotazione, avendo la stazione appaltante osservato che *“nonostante l’offerta economica di Sisar sia, seppur di poco, più conveniente per l’amministrazione, non sia adeguatamente giustificato il venir meno del sopra descritto principio di rotazione, essendo le due offerte assimilabili”*.
Con il ricorso ora all’esame del Collegio -regolarmente notificato, in data 23 febbraio 2018, sia al Comune che alla Sosebi- la Sisar ha chiesto l’annullamento dell’aggiudicazione a Sosebi, nonché la dichiarazione di inefficacia del relativo contratto e il proprio subentro nel rapporto.
Si è costituito in giudizio il Comune di Siliqua, opponendosi all’accoglimento del ricorso, mentre la Sosebi non si è costituita in giudizio.
Alla camera di consiglio del 4 aprile 2018, fissata per l’esame dell’istanza cautelare, la causa è stata assunta a decisione ai fini della sua definizione con sentenza in forma semplificata.
Le censure dedotte dalla ricorrente possono essere esaminate unitariamente, in quanto riconducibili a un’impostazione unitaria, laddove la Sisar, in sintesi, sostiene che:
vi fossero i presupposti normativi per il “reinvito” del gestore uscente, sui quali, del resto, il Comune aveva correttamente motivato la relativa scelta;
lo stesso Comune, avendola reinvitata alla gara, avrebbe, a quel punto, dovuto considerare l’offerta di Sisar “alla stessa stregua delle altre”, per cui -una volta ritenuto che essa fosse la più conveniente- avrebbe dovuto premiarla con l’aggiudicazione, anziché favorire la seconda classificata in dichiarata (ed erronea) applicazione del principio di rotazione;
a tale conclusione si giungerebbe attraverso una corretta applicazione dell’art. 36 del Codice dei contratti pubblici, oltre che in base ai generali principi di economicità, buon andamento, efficacia, correttezza, libera concorrenza, imparzialità e non discriminazione;
sarebbe, dunque, contraddittoria la scelta del Comune di invitare la ricorrente alla gara, verificare che la sua offerta era la migliore e poi aggiudicare il servizio alla controinteressata “per ragioni di rotazione”.
Tale prospettazione è condivisa dal Collegio, nei termini di seguito specificati.
Giova premettere che già il precedente Codice dei contratti pubblici (approvato con d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) -dopo aver indicato i casi tassativi in cui era possibile ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara- all'art. 57, comma 6, stabiliva che: “*A) nella fase preliminare di selezione degli operatori economici da consultare, la stazione appaltante ove possibile individua tali soggetti sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei*; *B) nella fase della partecipazione alla gara, gli operatori economici selezionati sono quindi contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta”*; inoltre per l’affidamento di lavori “in economia” l’art. 125, comma 8, dello stesso “vecchio” Codice dei contratti statuiva che *“Per lavori di importo pari superiore a 40.000 euro e fino a 200.000 euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per lavori di importo inferiore a quarantamila euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento”* e analoga disciplina era prevista, al successivo comma 11, per l’affidamento “in economia” di servizi e forniture.
Pertanto può osservarsi che l’art. 36 del nuovo Codice dei contratti pubblici, lungi dall’introdurre un istituto completamente nuovo, ha semplicemente riaffermato e valorizzato un canone da tempo immanente nell’ordinamento, la cui *ratio* è facilmente identificabile: il principio di rotazione è funzionale a evitare indebite “posizioni di favore” e inaccettabili “chiusure surrettizie” del mercato.
Va, peraltro, precisato che, nella vigenza del “vecchio” Codice dei contratti pubblici, non era stata attribuita al principio di rotazione portata “precettiva assoluta”, con la conseguenza che l'aggiudicazione a impresa già in precedenza invitata a selezioni analoghe e/o affidataria dello stesso servizio, non era considerata per ciò solo illegittima, sempre che la gara si fosse svolta nel rispetto delle regole di legge e si fosse conclusa con la scelta dell'offerta più vantaggiosa, soprattutto laddove nel relativo giudizio di comparazione non avesse direttamente inciso la pregressa esperienza specifica maturata dall’aggiudicatario in veste di *partner* contrattuale della stazione appaltante (in tal senso si era consolidata la giurisprudenza: tra le tante si può citare la convincente pronuncia del T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 20 aprile 2015, n. 5771).
Con l’entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici la portata del principio di rotazione sugli appalti cc.dd. sotto soglia è ora affidata alla disciplina dell’art. 36, secondo cui *“1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50. 2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta; b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti…”.*
Orbene questa nuova disciplina, se per un verso rafforza certamente la precettività del principio di rotazione, per altro verso continua a declinarlo in termini variegati in relazione al tipo di procedura concretamente utilizzata, consentendo, altresì, (limitate e motivate) deroghe allo stesso.
Prima di tutto emerge dall’esame testuale dell’art. 36 che -se l’affidamento “sotto soglia” si svolge previa procedura comparativa- l’applicazione del principio di rotazione è anticipata al momento della scelta dei soggetti da invitare: in questo senso si esprime chiaramente l’art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui *“per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti”*.
Ciò trova conferma nel confronto tra il secondo comma, ove appunto si parla di *“rotazione degli inviti”*, e il primo comma, ove, invece, si parla di “*rotazione degli inviti e degli affidamenti”*: questo diverso modo di operare del principio si spiega considerando che, nel suo complesso, l’art. 36 disciplina sia le procedure caratterizzate dal confronto tra più imprese invitate dalla stazione appaltante (al comma 2, lett. b), sia quelle con “affidamento diretto” (al comma 2, lett. a), cioè non precedute da alcun confronto concorrenziale (consentite per importi inferiori o pari a 40.000 euro), nelle quali la rotazione è, ovviamente, concepibile solo in relazione all’affidamento della commessa e non in relazione alla fase degli inviti, la quale, semplicemente, non esiste.
In sostanza la disciplina complessiva dettata dall’art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 è riassumibile nei termini seguenti:
se la commessa è di valore pari o inferiore ai 40.000 il contratto può essere affidato senza alcun confronto concorrenziale e se ciò effettivamente accade il principio di rotazione non potrà che essere applicato in relazione all’aggiudicazione (art. 36, comma 2, lett. a);
se, invece, la commessa è di valore superiore ai 40.000 (e sino a 150.000 euro), è necessario operare un confronto concorrenziale tra più ditte invitate dalla stazione appaltante (almeno cinque in caso di servizi e forniture, almeno dieci in caso di lavori) e, in questo caso, il principio di rotazione opera (esclusivamente) con riferimento alla fase degli inviti, il che, peraltro, è conforme a evidenti esigenze di corretto esercizio dell’azione amministrativa e di tutela dell’affidamento (aspetto sul quale si tornerà successivamente, nella parte finale della trattazione).
Inoltre deve osservarsi come il principio di rotazione degli inviti non sia dotato di portata precettiva assoluta e perciò sopporti alcune limitate deroghe, come espressamente chiarito dalle Linee Guida n. 4 A.N.A.C. sugli affidamenti sotto soglia approvate (ai sensi dell’art. 36, comma 7, del Codice) con deliberazione 26 ottobre 2016, n. 1097, applicabili *ratione temporis* alla vicenda in esame e dalle quali, peraltro, non si discostano significativamente, almeno sotto il profilo ora in esame, le successive Linee Guida recentemente entrate in vigore (sulle quali vedi *infra*).
Già nelle prime Linee guida, infatti, è stata espressamente consentita una motivata deroga al principio di rotazione in caso di *“riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d’arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti)”* e negli stessi termini si è pronunciata anche la Commissione speciale del Consiglio di Stato con parere 12 febbraio 2018, n. 361, espresso nell’ambito dell’istruttoria per l’aggiornamento delle Linee Guida ANAC, chiarendo che *“il principio di rotazione comporta in linea generale che l’invito all’affidatario uscente rivesta carattere eccezionale e debba essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all’oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, cfr. Cons. St., VI, 31 ago-sto 2017, n. 4125; Cons. St., V, 31 agosto 2017, n. 4142)”*.
Ciò posto, passando alla fattispecie ora sottoposta all’esame del Collegio, deve innanzitutto osservarsi come, pur vertendosi in una procedura di importo inferiore ai 40.000 euro, la stazione appaltante abbia inteso procedere al confronto concorrenziale, in tal modo sostanzialmente “sottoponendosi” alla disciplina dettata dall’art. 36, comma 2, lett. b), che come si visto impone di invitare almeno cinque imprese per l’affidamento di una prestazione di servizi, come quella ora in esame.
Tanto è vero che, coerentemente con tale scelta di base, il Comune ha:
pubblicato una manifestazione di interesse;
invitato tutte le imprese che detto interesse avevano manifestato;
esaminato le offerte concretamente presentate, nel caso specifico solo due, quella del gestore uscente (cioè la Sisar, odierna ricorrente) e quella dell’impresa controinteressata nel presente giudizio (cioè la Sosebi).
Dalla lettura degli atti procedimentali emerge, inoltre, che la decisione “a monte” di invitare alla gara (anche) il gestore uscente (odierna ricorrente) è stata espressamente ricollegata tanto all’elevato “grado di soddisfazione” riscontrato nella sua precedente gestione (si vedano le deliberazioni 14 novembre 2017 n. 150, e 28 dicembre 2017, n. 242), quanto all’assenza di un numero sufficiente di offerte alternative (si veda la determinazione 20 gennaio 2018, n. 16): l’Amministrazione ha, quindi, correttamente motivato la propria decisione di invitare la Sisar proprio in relazione alle due sopra descritte evenienze che in via generale consentono una deroga al generale “divieto di invito” del gestore uscente (si veda, al riguardo, T.A.R. Firenze, Sez. II, 12 giugno 2017, n. 816, secondo cui *“Il principio di rotazione è servente e strumentale rispetto a quello di concorrenza e deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo; nella specie, poiché all'avviso esplorativo avevano fornito riscontro due operatori di cui uno era il gestore uscente, l'esclusione di quest'ultimo avrebbe limitato e non promosso la concorrenza nel mercato*”).
In tale contesto di fondo il Collegio reputa meritevoli di accoglimento le censure mosse dalla ricorrente avverso la successiva decisione del Comune di affidare il servizio alla controinteressata pur avendo ritenuto l’offerta dell’uscente, ancorché di poco, più conveniente.
In questo modo, infatti, il Comune resistente ha sostanzialmente violato l’art. 36, comma 2, lett. b), del Codice dei contratti pubblici -come detto applicabile al caso in esame per effetto della scelta autovincolante di procedere al confronto tra offerte- sotto i seguenti profili:
la rotazione è stata operata, invece che sugli inviti come prevede la lett. b) dell’art. 36, in relazione all’affidamento del servizio;
è stata, nella sostanza, “scavalcata” la necessità, normativamente imposta, di prendere in esame l’offerta del gestore uscente, così da (quanto meno) “avvicinarsi” al numero minimo di cinque offerte previsto dalla disposizione sopra richiamata.
Inoltre il Comune ha assunto una decisione contraddittoria rispetto alla propria scelta “a monte” di invitare alla gara il gestore uscente, ponendosi in contrasto con i criteri operativi dettati dalle Linee Guida A.N.A.C. che, come si è visto, consentivano di derogare al principio di rotazione degli inviti proprio per la necessità di raggiungere il numero minimo di offerte da sottoporre a selezione e per l’elevato grado di soddisfazione maturato in ordine alla pregressa gestione dell’uscente, evenienze entrambe riscontrabili nel caso ora in esame per espressa affermazione dello stesso Comune, che proprio su di esse aveva motivato la propria (corretta) decisione di invitare al confronto anche Sisar.
Si osserva, infine, a ulteriore fondamento di quanto sin qui esposto, che il *modus operandi* della stazione appaltante si pone in evidente contrasto con l’esigenza di tutelare l’affidamento maturato dalla ricorrente, la quale era stata formalmente invitata alla selezione dopo avere manifestato il proprio interesse a seguito di un “avviso aperto” proprio a questo finalizzato, il che, peraltro, costituiva una significativa garanzia di trasparenza e apertura del mercato, di per sé idonea a limitare l’operatività del principio di rotazione: si vedano, al riguardo, le Linee Guida recentemente approvate dall’A.N.A.C. con deliberazione 1 marzo 2018, n. 206, le quali -seppur non direttamente applicabili al caso specifico *ratione temporis*- costituiscono significativo indice del modo in cui deve essere correttamente applicato il canone di rotazione, così da renderlo compatibile con altri valori di ordinamentali certamente significativi; si legge, infatti, in queste ultime Linee Guida, che il principio di rotazione *“non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione*”.
Per quanto premesso il ricorso va accolto, con il conseguente annullamento degli atti impugnati, la dichiarazione di inefficacia del contratto *medio tempore* stipulato con la controinteressata e il subentro della ricorrente nel relativo rapporto contrattuale.
Sussistono, comunque, giusti motivi per l’integrale compensazione delle spese di lite, in ragione della particolare novità e peculiarità della questione giuridica implicata.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando, accoglie il ricorso in epigrafe proposto e, per l’effetto, annulla gli atti impugnati, dichiara inefficace il contratto stipulato con la controinteressata e dispone il subentro della ricorrente nel relativo rapporto.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 4 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:
Caro Lucrezio Monticelli, Presidente
Antonio Plaisant, Consigliere, Estensore
Gianluca Rovelli, Consigliere

**N. 00284/2018 REG.PROV.COLL.**
**N. 00161/2018 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio**
**sezione staccata di Latina (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 161 del 2018, integrato da motivi aggiunti, proposto da
Cedils S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Fabio Raponi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Latina, corso Giacomo Matteotti n. 208;

***contro***
Acqualatina S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Alfredo Zaza D'Aulisio e Tiziana Ferrantini, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del primo in Gaeta, Salita Casa Tosti, n. 2;

***nei confronti***
Impresa Edile - Idraulica - Stradale di Salvatore Molinaro, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Mariangela Di Giandomenico, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso il suo studio in Fondi, piazza Giuseppe De Santis n. 6;
RTI Costituendo Carcone Arch. Giuseppe S.r.l. ed Euroscavi, in persona del legale rappresentante p. t., non costituito in giudizio;

***per l'annullamento,***
*previa sospensiva,*
degli atti e provvedimenti relativi alla procedura aperta indetta da Acqualatina s.p.a. per l'affidamento dei lavori di risanamento delle reti idriche e degli impianti ad esse connesse nei comuni di Formia e Minturno - Rif. Prat. n. 17\_0011, Lotto 1 (Comune di Formia) – Codice CIG 7080831696 pubblicata sulla GURI n. 57 del 19/05/2017, fra i quali in particolare:
- l’aggiudicazione definitiva disposta in favore dell’Impresa Salvatore Molinaro con nota del 23/01/2018 prot. n. 20180-1711 - e la sua conseguente approvazione - comunicata con nota prot. 1754 del 23 gennaio 2018;
- ogni altro atto presupposto, connesso e conseguente, ivi inclusi:
- tutti i verbali di gara nelle parti lesive;
- gli atti con cui è stato ritenuto concluso con esito positivo il subprocedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta presentata dalle controinteressate;
- nelle parti lesive, la lex specialis di gara, ivi inclusi il bando, il disciplinare, il capitolato speciale di appalto – tecnico/prestazionale e parte normativa, i relativi allegati, i chiarimenti alla documentazione di gara e ogni altro atto o documento ivi contenuto e/o richiamato;
per la declaratoria
di inefficacia dell'Accordo Quadro n. 93 del 14/02/2018 sottoscritto con l’impresa Molinaro Salvatore - e di ogni conseguente contratto stipulato con la medesima impresa - e del diritto della ricorrente al subentro nel rapporto anche per il risarcimento in forma specifica;
per la condanna
al risarcimento del danno ingiusto
derivante dagli atti impugnati e dalla condotta della p.a., da disporsi per equivalente e comprensivo anche del danno curriculare, del danno da perdita di chance, del danno all’immagine, oltre che il danno derivante dalla responsabilità precontrattuale;
nonché, derivante dal ritardo con cui è stato consentito l’accesso ai documenti richiesti ai sensi della l. n. 241/1990.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio della Acqualatina S.p.A. e della Impresa Edile - Idraulica - Stradale di Salvatore Molinaro;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 maggio 2018 il dott. Roberto Maria Bucchi e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1) Con ricorso notificato a mezzo pec il 22 febbraio 2018 e depositato il successivo giorno 9 marzo la società Cedils a r.l., classificatasi al terzo posto nella gara indetta da Acqualatina S.p.a. per l’affidamento dei lavori di risanamento delle reti idriche e degli impianti ad esse connesse nei comuni di Formia e Minturno, ha impugnato gli atti della procedura e, in particolare l’aggiudicazione definitiva disposta in favore dell’Impresa Salvatore con nota del 23.1.2018 comunicata in pari data.
2) La ricorrente, premesso di avere avuto accesso agli atti il 19 febbraio 2018, deduce a sostegno del gravame la seguente censura con riserva di motivi aggiunti:
Violazione e falsa applicazione degli artt. 23-24-25-26-27 in combinato disposto con l’art. 216 comma 4 d. lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere per manifesta incoerenza.
Anche in base alle disposizioni transitorie di cui all'art. 216, comma 4, d. lgs. n. 50/2016, lo svolgimento della gara non poteva assolutamente prescindere dall’avvenuta redazione e approvazione del progetto esecutivo (disciplinato dall’art. 23 comma 7, c.c.p. e dagli artt. da 24 a 32 del d.P.R. n. 207/2010) e, ovviamente, del progetto definitivo (disciplinato dall’art. 23 comma 8, c.c.p. e dagli artt. da 33 a 43 del d.P.R. n. 207/2010).
Sennonché nella documentazione a base di gara non sono assolutamente presenti tutti gli elementi essenziali previsti per la progettazione definitiva e/o esecutiva dall’art. 23 c.c.p. e dal d.P.R. n. 207/2010, presenti invece in altre gare indette da Acqualatina.
3) Con motivi aggiunti notificati a mezzo pec il 21 marzo 2018 e depositati il successivo giorno 28, a seguito dell’accesso concluso con la nota di Acqualatina prot. 5157 del 2 marzo 2018 con la quale sono stati trasmessi i verbali di gara in versione integrale, la ricorrente ha articolato le seguenti ulteriori censure:
I.a) Violazione e falsa applicazione della lex specialis, ivi inclusi il disciplinare di gara all’art. 8 comma 1 e il capitolato speciale all’art. 13 comma 10. Eccesso di potere per travisamento dei fatti e difetto di istruttoria.
La ricorrente lamenta la mancata attribuzione di due punti con riguardo al criterio di valutazione delle offerte tecniche descritto sub la lettera “C Quantità e qualità dei mezzi messi a disposizione per lavori stradali (asfaltatura e ripristino pavimentazioni stradali)”, dovuta alla circostanza che la Commissione non si sarebbe avveduta che tra i mezzi elencati dalla stessa nella propria offerta vi erano ben n. 6 mezzi ulteriori rispetto a quelli indicati nel Capitolato Speciale di Appalto - tecnico/prestazionale all’art. 13 comma 10 (pagina 24), che le avrebbero dovuto consentire l’attribuzione di ulteriori n. 2 punti, in modo da poter ottenere il punteggio complessivo di (87,610 + 2) 89,610 e superare quello di 89,312 del primo classificato Impresa Molinaro.
II.a) In via subordinata: Illegittimità della lex specialis, ivi inclusi il disciplinare di gara all’art. 8 comma 1 e il capitolato speciale all’art. 13 comma 10, ove interpretati in senso restrittivo. Eccesso di potere per manifesta incoerenza anche rispetto all’oggetto dell’appalto.
In via subordinata, deduce l’illegittimità della lex specialis, ivi inclusi il disciplinare di gara all’art. 8 comma 1 e il capitolato speciale all’art. 13 comma 10, laddove si dovesse ritenere che in base alla lex specialis i n. 4 autocarri con cassone ribaltabile indicati dalla ricorrente non fossero definibili come Dumper o, comunque, non consentissero l’attribuzione, unitamente alla ulteriore vibrofinitrice, di n. 2 punti in base al criterio della lettera C, sub a) dell’art. 8 comma 1.
III.a) In via subordinata: Segue.
Sempre in via subordinata si deduce l’illegittimità della lex specialis, ivi inclusi il disciplinare di gara all’art. 8 comma 1 e il capitolato speciale all’art. 13 comma 10, laddove si dovesse ritenere che in base alla lex specialis non potesse essere considerata una vera e propria “vibrofinitrice” la “FINITRICE PER ASFALTO BITELLI BB630” che avrebbe consentito alla ricorrente di ottenere due punti unitamente all’altra vibrofinitrice in più e anche soltanto tre degli autocarri ribaltabili sopra citati.
IV.a) Segue.
Appare manifestamente incoerente con l’oggetto dell’appalto anche l’individuazione dei mezzi da possedere in dotazione minima, effettuata all’art. 13 comma 10 del capitolato. Invero, in tale elenco sono inspiegabilmente assenti mezzi assolutamente fondamentali per l’appalto in questione e, in particolare, rulli vibranti, spazzatrici/scopatrici meccaniche e compressori tandem.
V.a) Segue.
L’Impresa Salvatore Molinaro doveva poi essere esclusa e comunque non poteva stipulare l’accordo quadro in quanto ha dichiarato di avere due magazzini a Formia e Gaeta, ma senza indicare la via e il numero civico, mentre solo per la sede operativa a Gaeta ha indicato precisamente l’indirizzo. L’omessa indicazione dell’indirizzo rende assolutamente indeterminabile l’oggetto di quanto richiesto in modo specifico dal capitolato e, pertanto, dovrebbe ragionevolmente ritenersi tamquam non esset la dichiarazione della controinteressata.
VI.a) Segue.
In via subordinata si deduce l’illegittimità della lex specialis, ivi inclusi il disciplinare di gara all’art. 8 comma 2 sub b) laddove interpretato nel senso della equipollenza fra i depositi/magazzini con le sedi operative.
VII.a) Violazione e falsa applicazione dell’art. 97, d. lgs. n. 50/2016 e dei principi generali in tema di valutazione delle offerte anomale. Eccesso di potere sotto diversi profili.
La verifica di anomalia del RTI Carcone ed Euroscavi (rectius Molinaro) risulta illegittima per una serie di ragioni.
VIII.a) Segue.
Anche la verifica di anomalia del RTI Carcone ed Euroscavi risulta illegittima per una serie di ragioni.
4) Con atti depositati il 9 e il 27 aprile 2018 si sono costituiti in giudizio Acqualatina S.p.a. e l’Impresa Edile Idraulica Stradale di Salvatore Molinaro le quali, con successive memorie, hanno eccepito l’inammissibilità e l’infondatezza del ricorso e dei motivi aggiunti.
5) Alla pubblica udienza del 24 maggio 2018, la causa è stata riservata per la decisione.
6) Il ricorso introduttivo, con cui la ricorrente lamenta la mancata previsione di un progetto definitivo ed esecutivo degli interventi previsti, è infondato in quanto tale peculiarità si spiega col fatto che la procedura indetta da Acqualatina è finalizzata alla individuazione del soggetto col quale stipulare un “Accordo Quadro”, ad oggetto l’esecuzione di lavori di ottimizzazione e risanamento delle reti idriche e degli impianti ad esse connesse all’interno dei territori dei Comuni di Formia e Minturno, descritti in via esemplificativa e non esaustiva, con la precisazione che le opere da eseguire non faranno parte di un complesso unitario ma saranno indipendenti tra di loro, site in località diverse e potranno differenziarsi per caratteristiche tecniche dimensioni impegno esecutivo ecc., e che l’esecuzione dei singoli lavori le tempistiche di realizzazione e la loro successione nel tempo saranno precisati dalla Direzione Lavori al momento della sottoscrizione dei singoli contratti applicativi.
Pertanto, la redazione di un progetto esecutivo è nella fattispecie incompatibile con le caratteristiche strutturali e la ratio stessa dell’accordo quadro, la cui caratteristica principale “è definire il perimetro generale delle obbligazioni contrattuali, poi destinate ad essere specificate in una successiva fase, mediante l'attivazione di specifici contratti di appalto” (Consiglio di Stato sez. V 1 marzo 2017 n. 946).
7) Con riguardo ai motivi aggiunti, il Collegio rileva in via preliminare l’inammissibilità delle censure riguardanti la teorizzata illegittima valutazione dell’offerta della ricorrente (sub I.a, II.a, II.a e IV.a), dovendosi il termine di proposizione farsi decorrere dalla data di notificazione dell’aggiudicazione (23.1.2018).
Ciò in quanto gli atti sulle quali le stesse si basano (offerta propria e relativo punteggio attribuito nella seduta di cui al verbale n. 14 del 31.10.2017), erano conosciuti alla ricorrente alla data dell’aggiudicazione, in quanto la stessa ha assistito alla seduta del 31.10.17 col proprio rappresentante sig. Palmaccio Gino. Inoltre, le è stata trasmessa copia del verbale con nota prot. 31637 del 29.11.2017.
8) In ogni caso il motivo è comunque infondato perché – come spiegato dall’Amministrazione resistente – la ricorrente ha dichiarato di possedere come mezzi aggiuntivi: n. 1 fresatrice; n. 2 vibrofinitrici; n. 1 dumper; n. 1 betoniera; n. 3 rulli; n. 1 spazzatrice stradale; n. 1 spruzzatrice per bitume; n. 4 autocarri di media e grande portata per trasporto materiali.
La Commissione di gara si è attenuta a valutare come mezzi aggiuntivi rispetto al minimo richiesto la sola vibrofinitricie, in quanto gli altri mezzi aggiuntivi indicati dalla ricorrente non fanno parte dell’elenco mezzi “da valutare” indicato all’at. 13, comma 10, del capitolato speciale d’appalto - parte tecnica: n. 1 tagliatrice; n. 1 fresatrice; n. 1 vibrofinitrici; n. 1 dumper; n. 1 betoniera.
La teorizzata – dalla ricorrente – equivalenza tra dumper e autocarro è sementita dalla offerta dalla stessa presentata, in cui le due categorie di mezzi sono indicate distintamente.
In ogni caso, non era ipotizzabile alcun onere della Commissione di indagare l’equivalenza tra i mezzi in argomento di propria iniziativa.
9) Sempre in via preliminare, vanno dichiarate inammissibili le censure (sub VII.a e VIII.a) con cui la ricorrente ha contestato l’illegittimità della verifica di anomalia dell’offerta condotta dalla stazione appaltante nei confronti della prima e della seconda classificata.
Ciò in quanto è’ principio consolidato in giurisprudenza che “Nelle gare pubbliche la verifica dell'anomalia dell'offerta è finalizzata alla verifica dell'attendibilità e della serietà della stessa ed all'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte; la relativa valutazione della stazione appaltante ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione che, come tale, è insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che la manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato, renda palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta; di norma infatti il giudice amministrativo non può procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci, che rappresenterebbe un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione, ma può solo verificare il giudizio sotto i profili della logicità, della ragionevolezza e dell'adeguatezza; solo in tali limiti, il giudice di legittimità, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica amministrazione, può esercitare il proprio sindacato; nella sostanza poi, un'offerta non può ritenersi anomala, ed essere esclusa, per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi: perché possa dubitarsi della sua congruità, occorre che le discordanze siano considerevoli e palesemente ingiustificate” (Consiglio di Stato sez. III 13 marzo 2018 n. 1609).
10) Infine, le censure (sub V.a e VI.a) riguardanti la mancata indicazione dell’indirizzo dei magazzini nella disponibilità dell’aggiudicataria Molinaro sono infondate posto che tale ulteriore informazione non era richiesta nella lex specialis di gara.
Peraltro, la stessa Molinaro nella propria memoria difensiva ha rappresentato che in fase di stipula dell’Accordo Quadro ha inviato ad Acqualatina la dichiarazione sulla disponibilità delle sedi operative e dei magazzini indicando anche l’indirizzo di ubicazione degli stessi.
11) In conclusione, quindi il ricorso e i motivi aggiunti devono essere in parte dichiarati inammissibili e in parte respinti.
12) Le spese seguono la soccombenza.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio sezione staccata di Latina (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso e i motivi aggiunti R.G. 161/18 in parte li dichiara inammissibili e in parte li rigetta.
Condanna la ricorrente alle spese e competenze del giudizio, che liquida in complessivi € 5.000 (cinquemila), oltre spese generali, ex art. 14 tariffario forense, cpa e iva, a favore di ciascuna parte costituita.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Latina nella camera di consiglio del giorno 24 maggio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Antonio Vinciguerra, Presidente
Antonio Massimo Marra, Consigliere
Roberto Maria Bucchi, Consigliere, Estensore