Pubblicato il 21/12/2017
**N. 06002/2017REG.PROV.COLL.**
**N. 02902/2017 REG.RIC.**

**REPUBBLICA ITALIANA**
**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**
**Il Consiglio di Stato**
**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso iscritto in appello al numero di registro generale 2902 del 2017, proposto da:
Società di Progetto Cenobio San Domenico Resort a r.l., in persona del legale rappresentante in carica, rappresentata e difesa dall'avvocato Antonio D'Aloia, con domicilio eletto presso il suo studio, in Roma, via Emilio De' Cavalieri, n. 11;
***contro***
Comune di Maiori, in persona del legale rappresentante in carica, rappresentato e difeso dall'avvocato Marcello Fortunato, con domicilio eletto presso lo studio dell’avv. Sara Di Cunzolo, in Roma, via Aureliana, n. 63;
***per la riforma***
della sentenza breve del T.A.R. Campania – Salerno, Sez. I, n. 117/2017, resa tra le parti, concernente l’annullamento dell’aggiudicazione provvisoria di un *project financing*.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Maiori;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 23 novembre 2017 il Cons. Alessandro Maggio e uditi per le parti gli avvocati Celotto, su delega di D'Aloia, e Fortunato;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

Il Comune di Maiori ha indetto una gara per l’affidamento, mediante*project financing*, dell’intervento di restauro, consolidamento e valorizzazione del Convento di San Domenico.
Alla procedura ha partecipato il RTI tra la Mastio Restauri s.r.l. e la Castello di Limatola s.r.l., presentando un progetto che prevedeva, tra l’altro, la realizzazione di un parcheggio interrato, stante l’ubicazione del complesso in zona centrale e l’assenza di parcheggi nelle vicinanze.
All’esito della valutazione delle offerte la gara è stata provvisoriamente aggiudicata al suddetto RTI (determinazione dirigenziale 3/3/2015, n. 129).
Sennonché l’amministrazione comunale, con determinazione 25/11/2016 n. 61, ha stabilito di annullare la suddetta aggiudicazione provvisoria, sulla base della seguente motivazione:
a) “*l’intervento a farsi ricade in area a rischio molto elevato di frana (R4) e in minima parte in area a rischio molto elevato da colata (R4), come classificata dal vigente PSAI, che non ammette in tali condizioni il cambio di destinazione d’uso, né eventuali varianti urbanistiche, necessarie ai fini della realizzazione dell’intervento de quo*”;
b) “*ferme le considerazioni di cui sopra in ordine alle previsioni del vigente PSAI, negli studi e indagini geologiche, idrogeologiche, idrauliche e geotecniche, redatti a corredo del progetto preliminare presentato, si evidenzia la non realizzabilità dei proposti due livelli interrati da adibire a parcheggio, i quali dovranno essere oggetto di attenta valutazione in sede di progettazione definitiva*”;
c) “*la mancata realizzazione delle nuove volumetrie entro terra da destinare a garage comporta inevitabilmente una riformulazione del piano economico finanziario e, quindi, della proposta stessa nel suo complesso non consentita successivamente all’espletamento della gara*”;
d) “*il progetto preliminare presentato prevede, inoltre, la realizzazione di un ulteriore accesso alla struttura ricettiva nonché di una rampa carrabile per accedere agli ambienti interrati destinati alla sosta della autovetture, su area di proprietà privata adiacente al complesso, non disponibile a di cui non è stata prevista l’acquisizione*”.
La società di progetto Cenobio San Domenico Resort a r.l., costituita per la realizzazione dell’intervento dalle due imprese facenti parte del RTI aggiudicatario, ha ritenuto illegittimo il provvedimento di autotutela per cui lo ha impugnato davanti al TAR Campania – Salerno, il quale, con sentenza 16/1/2017, n. 117, ha respinto il ricorso.
Avverso tale sentenza la Cenobio San Domenico Resort ha proposto appello.
Per resistere al ricorso si è costituita in giudizio l’amministrazione comunale intimata.
Con successive memorie le parti hanno meglio illustrato le rispettive tesi difensive.
Alla pubblica udienza del 23/11/2017 la causa è passata in decisione.
Col primo motivo l’appellante critica l’impugnata sentenza sotto distinti profili, deducendo in particolare le seguenti censure:
a) il giudice di prime cure avrebbe ritenuto inapplicabili al caso di specie le regole che disciplinano l’esercizio del potere di autotutela, sulla base dell’erroneo presupposto costituito dalla ravvista natura provvisoria del provvedimento di aggiudicazione ritirato.
Al contrario l’aggiudicazione sarebbe divenuta definitiva decorsi 30 giorni dall’adozione del provvedimento che la disponeva, come previsto dall’art. 95, comma 1, del bando di gara che richiamava sul punto l’art. 12, comma 1, del D. Lgs. 12/4/2006, n. 163, cosicché si sarebbero dovute applicare regole e principi dettati dagli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 per l’esercizio del potere di riesame;
b) l’adito tribunale avrebbe ritenuto l’impugnata determinazione non lesiva del principio del legittimo affidamento benché adottata ben oltre il ragionevole termine di cui al citato art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990;
c) il medesimo giudice avrebbe affermato l’irrealizzabilità del progetto posto a base del provvedimento di aggiudicazione provvisoria ravvisando un contrasto con le norme del Piano stralcio dell’assetto idrogeologico (PSAI), invece insussistente, come emergerebbe dal fatto che l’Autorità di Bacino della Regione Campania Sud lo aveva già preventivamente valutato in modo favorevole, che il successivo parere negativo emesso dalla medesima Autorità, menzionato in sentenza (nota 9/10/2015, n. 3121), conterrebbe solo indicazioni di massima senza valutare nel merito il progetto e che, comunque, quest’ultimo sarebbe conforme alla normativa urbanistica vigente nel comune di Maiori, in quanto la realizzazione di parcheggi interrati può avvenire anche in deroga alle norme degli strumenti urbanistici ai sensi della L. 24/3/1989, n. 122;
d) il tribunale amministrativo avrebbe erroneamente disconosciuto la sussistenza delle censure con cui era stato dedotto il difetto d’istruttoria, la mancata motivazione dell’interesse pubblico al ritiro e la contraddittorietà del provvedimento di ritiro con la pregressa attività istruttoria svolta, dalla quale era emersa la fattibilità dell’intervento. Avrebbe, inoltre, errato nel negare che prima di procedere al ritiro del provvedimento di aggiudicazione l’amministrazione dovesse proporre al soggetto attuatore le modifiche progettuali ritenute necessarie. Secondo il Tribunale amministrativo “*il cambio di destinazione d’uso dell’immobile (da attrezzature d’interesse comune ad attrezzature turistico - ricettive) integra il proprium dello studio di fattibilità posto a base di gara, per cui l’eventuale modifica della suddetta irrealizzabile previsione avrebbe determinato la radicale alterazione dell’intervento e la conseguente necessità della rinnovazione del procedimento ad evidenza pubblica*”.
Tuttavia, ai sensi dell’art. 14 delle NTA del PRG del Comune di Maiori, la destinazione ad “*attrezzature di interesse comune*” è di per sé compatibile con quella ad “*alberghi, pensioni e ristoranti*”. Oltre a ciò, i rilievi critici mossi al progetto dell’odierna appellante non riguardano la destinazione d’uso della struttura conventuale ma le opere collaterali come il parcheggio sotterraneo;
e) l’odierna appellante aveva dedotto che tutte le destinazioni precedenti a quella oggetto del *project financing* sarebbero state connotate da un carico antropico molto maggiore rispetto a quello derivante dalla proposta poi risultata aggiudicataria. Il tribunale amministrativo ha osservato, al riguardo, che la stessa non sarebbe in ogni caso “*idonea a rimuovere le ragioni ostative alla realizzabilità dell’intervento*”: affermazione questa erronea in quanto l’intervento sarebbe, invece, pienamente realizzabile;
f) il giudice di prime cure avrebbe infine errato a ritenere che non incidesse*“sul motivo principale sotteso al provvedimento impugnato, connesso al contrasto dell’intervento con le norme del PSAI*” la censura con cui era stato dedotto che l’unico elemento di criticità evidenziato nel corso degli incontri svoltisi tra stazione appaltante e aggiudicataria aveva riguardato le procedure di esproprio delle aree latistanti la struttura conventuale. Ed invero, poiché l’unico problema riguarderebbe la realizzabilità del parcheggio interrato, consentire l’espropriazione dei terreni attigui all’immobile per realizzarvi il detto parcheggio avrebbe permesso, attraverso marginali modifiche del progetto approvato, di non annullare l’aggiudicazione.
Le censure così sinteticamente riassunte, che si prestano ad una trattazione congiunta, non meritano accoglimento.
Occorre in primo luogo rilevare che il tribunale amministrativo ha escluso che nel caso di specie fosse configurabile un’aggiudicazione definitiva sulla base della seguente motivazione: <<*la connotazione (ancora) provvisoria dell’effetto di aggiudicazione maturato in capo al R.T.I. costituendo tra le società Mastia Restauri s.r.l. e Castello di Limatola s.r.l., sul quale incide l’impugnato provvedimento di annullamento, è insita nel disposto dell’art. 95, comma 4, del bando da cui è scaturito il procedimento di gara, ai sensi del quale “l’efficacia dell’aggiudicazione definitiva e la stipula del contratto sono subordinate all’ottenimento dei pareri tecnici e amministrativi inerenti l’intervento…”* >>.
Tale dirimente rilievo non è stato fatto oggetto di specifica critica da parte dell’appellante e vale a rendere inconferente la censura prospettata con esclusivo riferimento all’asserita violazione del comma 1 del medesimo art. 95, posto che il giudice di prime cure ha basato il proprio ragionamento su una diversa norma (per l’appunto l’art. 95, comma 4).
Sul presupposto ormai divenuto, alla luce delle illustrate considerazioni, incontestabile che l’aggiudicazione in favore del RTI Mastio Restauri/Castello di Limatola non avesse ancora assunto i connotati della definitività, risultano infondate tutte le doglianze volte a lamentare la violazione di norme e principi che regolano l’esercizio dei poteri di autotutela.
Ed invero, per consolidato orientamento giurisprudenziale, l’aggiudicazione provvisoria ha natura di atto endoprocedimentale inidoneo a creare affidamenti in capo al concorrente interinalmente individuato come aggiudicatario, rientrando nella fisiologia degli eventi la possibilità che ad essa non segua l’aggiudicazione definitiva, la quale, concludendo il procedimento di gara, crea le condizioni necessarie per l'avvio della successiva fase contrattuale (Cons. Stato, Sez. V, 3/7/2017, n. 3248).
Sino al momento dell’aggiudicazione definitiva la stazione appaltante può sempre riesaminare il procedimento di gara al fine di emendarlo da eventuali errori commessi o da illegittimità verificatesi, senza che ciò costituisca manifestazione, in senso tecnico, del potere di autotutela, il quale, avendo natura di atto di secondo grado, presuppone esaurita la precedente fase procedimentale con l’intervenuta adozione del provvedimento conclusivo della stessa.
Ne consegue che il provvedimento di ritiro di un atto infraprocedimentale, quale l’aggiudicazione provvisoria, non soggiace alla disciplina dettata per gli atti di autotutela (*ex plurimis* Cons. Stato, Sez. V, 20/4/2012, n. 2338; Sez. III, 4/9/2013 n. 4433)
Non colgono nel segno nemmeno le doglianze volte a censurare l’impugnata sentenza nella parte in cui ha respinto i motivi diretti ad evidenziare gli errori asseritamente commessi dalla stazione appaltante nell’evidenziare profili di contrasto del progetto proposto dal RTI dichiarato aggiudicatario provvisorio con le disposizioni del PSAI e con la normativa urbanistica.
Sul punto ha carattere dirimente ed assorbente il rilievo che il progetto in questione prevedeva la realizzazione di un parcheggio interrato su due livelli per la cui realizzazione occorreva una variante urbanistica non consentita dalle disposizioni del PSAI, ricadendo l’area d’intervento parte in zona a rischio molto elevato di frana (R4) e parte in zona a rischio molto elevato di colata (R4).
Non è corretto ritenere - come fa l’appellante - che potesse prescindersi dalla variante urbanistica in quanto il parcheggio, di carattere accessorio, avrebbe potuto essere realizzato in deroga alle norme del PRG ai sensi dell’art. 9 della L. 24/3/1989, n. 122.
Il comma 1 del citato articolo, per quanto qui rileva, dispone che: “*I proprietari di immobili possono realizzare nel sottosuolo degli stessi ovvero nei locali siti al piano terreno dei fabbricati parcheggi da destinare a pertinenza delle singole unità immobiliari, anche in deroga agli strumenti urbanistici ed ai regolamenti edilizi vigenti*”.
La possibilità, ivi contemplata, di realizzare parcheggi pertinenziali in deroga alla normativa urbanistica, finalizzata ad agevolarne la costruzione con l’obiettivo di preminente interesse pubblico di decongestionare i centri urbani dal traffico, costituisce disposizione di carattere eccezionale da interpretarsi in senso strettamente letterale (Cons. Stato, Sez. IV, 19/7/2017, n. 3566).
La deroga deve, quindi, ritenersi limitata a consentire il superamento di impedimenti relativi alla destinazione di zona o ai parametri urbanistici ed edilizi, ma non può estendersi sino a permettere la realizzazione di interventi vietati dalla presenza di specifici vincoli sull’area interessata.
Peraltro il medesimo comma 1 dell’art. 9 dispone che “*Restano in ogni caso fermi ivincoli previsti dalla legislazione in materia paesaggistica ed ambientale*” e in tale ambito si inquadrano anche le norme poste a tutela dell'assetto idrogeologico, con la conseguenza che pure i vincoli di quest’ultima specie devono ritenersi inderogabili in virtù della norma in questione.
Nel caso di specie non è contestato che l’area interessata dal intervento progettato dal RTI dichiarato aggiudicatario provvisorio ricada in zona definita R4 dal PSAI, per cui non può dubitarsi dell’applicabilità della normativa vincolistica introdotta da tale strumento che osta alla realizzabilità del parcheggio interrato.
Diversamente da quanto dedotto dall’appellante mediante il riferimento alla nota del tecnico comunale 3/2/2016, n. 1243, nessun argomento a favore dell’ammissibilità dell’intervento può trarsi dal fatto che il Convento di San Domenico rientrasse tra le “*attrezzature di interesse comune*” preesistenti all’approvazione del PRG, per le quali (ai sensi degli artt. 13, 14 e 19 del detto strumento di pianificazione) è consentita la destinazione a “*residenze turistiche ed alberghi pensioni e ristoranti mediante intervento diretto*”, nonchè la ristrutturazione edilizia.
Come emerge, infatti, dalla predetta nota il citato art. 13 non ammette nuove volumetrie e fra queste rientrano senz’altro anche quelle interrate connesse alla prevista realizzazione del parcheggio sotterraneo.
L’irrealizzabilità del parcheggio si riflette sull’ammissibilità dell’intero progetto, costituendo il primo elemento essenziale del secondo.
Invero, come si ricava dalla determinazione n. 61/2016 con cui è stato adottato l’avversato provvedimento di ritiro, “*la mancata realizzazione delle nuove volumetrie entro terra da destinare a garage, comporta inevitabilmente una riformulazione del piano economico-finanziario e quindi della proposta stessa nel suo complesso*”.
Peraltro, diversamente da quanto dedotto dall’appellante, la stazione appaltante non poteva consentire modifiche progettuali che prevedessero la costruzione del parcheggio su altra area, in quanto ciò avrebbe comportato una modifica della proposta non consentita in epoca successiva all’espletamento della gara.
Appurata l’irrealizzabilità del progetto in parola per contrasto con le disposizioni del PSAI, perdono di rilevo tutti i dedotti vizi di eccesso di potere, non residuando, in capo all’amministrazione, spazi per scelte di tipo diverso.
Nel descritto contesto risultano, infine, del tutto inconferenti le deduzioni con cui l’appellante evidenzia che le precedenti destinazioni dell’immobile sarebbero state caratterizzate da un carico antropico più elevato rispetto a quello derivante dall’utilizzazione prevista con la proposta di *project financing.*
Come correttamente rilevato dal tribunale amministrativo tale affermazione, “*… anche ammessane la fondatezza, non è idonea a rimuovere le ragioni ostative alla realizzabilità dell’intervento …*”.
Col secondo motivo l’appellante lamenta che il giudice di prime cure avrebbe errato a respingere la domanda, proposta in via subordinata, con la quale era stata chiesta la condanna del Comune intimato al risarcimento dei danni sofferti dalla Cenobio San Damiano Resort a titolo di responsabilità precontrattuale.
Il motivo è infondato.
Come correttamente rilevato dall’adito tribunale “*affinché possa configurarsi un affidamento incolpevole in capo al privato, gli ostacoli che si frappongono all’esecuzione dell’intervento devono ricadere nella esclusiva sfera di controllo dell’Amministrazione, in capo alla quale sorge quindi un dovere di protezione nell’ambito del quasi-rapporto contrattuale che sorge per effetto della instaurazione delle trattative contrattuali (rectius, del procedimento di evidenza pubblica).*
*Come infatti evidenziato in giurisprudenza (cfr. T.A.R. Piemonte, Sez. I, n. 711 del 2 maggio 2015), “gli artt. 1337 e 1338 cod. civ. mirano a tutelare il contraente in buona fede ingannato o fuorviato dalla ignoranza di una causa di invalidità (o di scarsa convenienza) del contratto, che gli sia stata sottaciuta e che non era nei suoi poteri conoscere: sicché, la buona fede riceve protezione solo se non sia condizionata, a sua volta, da negligenza o ignoranza colpevole della parte”.*
*Nella specie, la contrarietà dell’intervento rispetto alle norme del P.S.A.I. avrebbe potuto essere agevolmente rilevata anche dalla parte ricorrente, sì che il mancato controllo da parte sua delle condizioni per la realizzazione della sua proposta progettuale integra la violazione di un elementare obbligo di diligenza, impeditivo della formazione dell’invocato affidamento*”.
A tale motivazione l’appellante oppone il fatto che - a suo dire - l’affermato contrasto della propria proposta progettuale con le norme del PSAI non sussisterebbe, ma il presupposto da cui muove la censura è smentito dalle considerazioni più sopra svolte in ordine all’irrealizzabilità dell’intervento in questione.
A prescindere da ciò, occorre rilevare che in ogni caso la domanda non potrebbe trovare accoglimento, non avendo la Cenobio San Domenico Resort specificato nell’atto d’appello quali siano i danni sofferti e non essendo sufficiente, al riguardo, il mero rinvio al ricorso di primo grado.
L’appello va, in definitiva, respinto.
Restano assorbiti tutti gli argomenti di doglianza, motivi od eccezioni non espressamente esaminati che la Sezione ha ritenuto non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.
Spese e onorari di giudizio, liquidati come in dispositivo, seguono la soccombenza.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Condanna l’appellante al pagamento delle spese processuali in favore della parte appellata, liquidandole forfettariamente in complessivi € 5.000/00 (cinquemila), oltre accessori di legge.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 23 novembre 2017 con l'intervento dei magistrati:
Carlo Saltelli, Presidente
Roberto Giovagnoli, Consigliere
Alessandro Maggio, Consigliere, Estensore
Federico Di Matteo, Consigliere
Stefano Fantini, Consigliere

Pubblicato il 02/01/2018
N. 00017/2018 REG.PROV.COLL.
N. 01419/2017 REG.RIC.

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

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1419 del 2017, proposto da:
Interventa s.c.p.a., rappresentata e difesa dagli avvocati Paolo Golini e Roberto Passini, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Roberto Passini in Firenze, viale Giuseppe Mazzini n. 56;
contro
Comune di Follonica, rappresentato e difeso dall'avvocato Stefania Sili, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Diego Cremona in Firenze, via de' Tornabuoni n. 10;
nei confronti di
Sicurezza e Ambiente s.p.a., rappresentata e difesa dall'avvocato Andrea Napolitano, e domiciliata ex art. 25 c.p.a. presso la Segreteria del T.A.R. Toscana in Firenze, via Ricasoli n. 40;
per l'annullamento dei seguenti atti:
- verbale n.1 (operazioni di gara per l'aggiudicazione dell'appalto del 28.09.2017, procedura negoziata ai sensi dell'art.36, comma 2 lett.b, del d.lgs. n. 50/2016 svolta con modalità telematica START, previa manifestazione di interesse, per l'affidamento del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza e viabilità della sede stradale e delle sue pertinenze interessate da sinistri – periodo anni 3), con cui viene ammessa alla prosecuzione della procedura di gara la società Sicurezza e Ambiente s.p.a., comunicato ad Interventa s.c.p.a. e pubblicato sul profilo del committente in data 29.9.2017;
- lettera di invito di Sicurezza e Ambiente s.p.a., sconosciuta sino alla seduta di gara del 28.9.2017, notificata il successivo 29.9.2017;
- atto di rigetto dell'istanza di Interventa s.c.p.a. di annullamento e/o revoca dell'ammissione alla prosecuzione delle gara di Sicurezza e Ambiente s.p.a. del 19.10.2107 (Prot.n.34222);
- ogni ulteriore atto connesso;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Follonica e di Sicurezza e Ambiente s.p.a.;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 dicembre 2017 il consigliere Gianluca Bellucci e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Il Comune di Follonica, con determinazione a contrarre n. 463 del 22.6.2017, ha indetto una procedura negoziata previo avviso esplorativo per manifestazione di interesse (pubblicato il 29.6.2017) ai fini dell’affidamento della concessione triennale del servizio di ripristino delle condizioni di sicurezza della sede stradale e delle sue pertinenze interessate da sinistri.
Il Comune ha invitato a presentare offerta sulla piattaforma Start gli otto concorrenti che avevano presentato la propria manifestazione di interesse.
Il giorno 28.9.2017 il seggio di gara ha dichiarato aperta la selezione alla presenza dei rappresentanti dei due unici offerenti (documento n.3): Interventa s.c.p.a. (attuale ricorrente) e Sicurezza e Ambiente s.p.a. (gestore uscente).
Con provvedimento in pari data, notificato il 29.9.2017, sono state ammesse alla gara entrambi i concorrenti.
La ricorrente, ritenendo violato il principio di rotazione sancito dall’art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, ha chiesto alla stazione appaltante di annullare in autotutela l’ammissione della società Sicurezza e Ambiente alla procedura selettiva.
L’Amministrazione, con atto del 19.10.2017, ha respinto l’istanza.
Avverso il provvedimento di ammissione, la lettera di invito indirizzata alla controinteressata, il diniego di annullamento e gli atti connessi la società istante è insorta deducendo:
1) Violazione dell’art. 36, commi 1 e 2 lett. b, del d.lgs. n. 50/2016 ed in particolare del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti; violazione degli artt. 1 e 3 della legge n. 241/1990; eccesso di potere per difetto di motivazione, falsità dei presupposti, contraddittorietà, violazione del giusto procedimento, sviamento.
2) Violazione dell’art. 36, commi 1 e 2, lett. b, nonché degli artt. 30 e 83 del d.lgs. n. 50/2016, ed in particolare dei principi di rotazione, libera concorrenza, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e favor partecipationis delle piccole e medie imprese; violazione dell’art. 3 della legge n. 241/1990 e dell’art. 97 della Costituzione; eccesso di potere per difetto di istruttoria, illogicità manifesta, falsità dei presupposti, difetto di motivazione e sviamento.
3) Ulteriore violazione degli artt. 30, 35, 36 e 83 del d.lgs. n. 50/2016 sotto altro profilo, anche in relazione agli artt. 164 ss. e 172 del d.lgs. n. 50/2016; violazione degli artt. 21 quinquies e 21 octies della legge n. 241/1990; violazione dell’art. 97 della Costituzione e dei principi in tema di buon andamento della P.A.; ingiustizia manifesta; eccesso di potere per travisamento di fatti presupposti, difetto di motivazione e sviamento.
Si sono costituiti in giudizio il Comune di Follonica e la controinteressata.
Con ordinanza n. 701 del 23.11.2017 è stata respinta l’istanza cautelare.
All’udienza del 20 dicembre 2017 la causa è stata posta in decisione.

**DIRITTO**

1. In via preliminare occorre soffermarsi sulle questioni in rito.
La controinteressata eccepisce l’inammissibilità del ricorso per mancata impugnazione della determina dirigenziale n. 463 del 22.6.2017, di indizione della procedura negoziata, e del conseguente avviso a manifestare interesse; aggiunge che, comunque, l’impugnazione del suddetto avviso, conosciuto in data 30.6.2017, sarebbe tardiva.
L’eccezione è infondata.
La predetta determina non vincolava in alcun modo il Comune ad invitare al procedimento selettivo il gestore uscente, come dimostra il chiaro richiamo, in essa espresso, al rispetto del criterio di rotazione degli inviti. Al contrario, il fatto che la determina di indizione della procedura negoziata richiamasse espressamente il suddetto criterio lasciava presagire che la stazione appaltante non ammettesse alla procedura stessa il gestore uscente.
La stessa considerazione vale per l’avviso esplorativo per manifestazione d’interesse, il quale, coerentemente con la presupposta determina di indizione del procedimento negoziato, rinvia all’art. 36, comma 2 lett. b, del d.lgs. n. 50/2016, norma, questa, che pone la regola del rispetto del criterio di rotazione degli inviti già evidenziata nel provvedimento di indizione.
Pertanto, i predetti atti non possono reputarsi lesivi dell’interesse azionato dalla ricorrente, la quale, di conseguenza, non aveva alcun onere di impugnarli.
2. E’ stata ulteriormente eccepita l’inammissibilità del ricorso per difetto di interesse attuale, sull’assunto che non rileverebbe nel caso di specie il mancato possesso di requisiti soggettivi in capo alla controinteressata e che perciò non potrebbe trovare ingresso la speciale disciplina prevista dall’art. 120, comma 2 bis, del d.lgs. n. 104/2010 (di cui si è avvalsa la ricorrente), che consente di anticipare la tutela giurisdizionale al momento dell’ammissione alla gara.
L’eccezione non può essere accolta.
Il verbale n. 1 delle operazioni di gara del 28.9.2017, dal quale risulta l’ammissione alla prosecuzione del procedimento selettivo della società Sicurezza e Ambiente, è stato pubblicato sul profilo del committente in data 29.9.2017 (ovvero entro i due giorni previsti dall’art. 29, comma 1, secondo periodo, del d.lgs. n. 50/2016) e comunicato via pec alla ricorrente (documento n. 3 depositato in giudizio dalla parte istante).
Si è quindi verificata la condizione prevista dall’art. 120, comma 2 bis, del d.lgs. n. 104/2010, il quale identifica nella data di pubblicazione dell’atto di ammissione, ex art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016, il dies a quo di proposizione del ricorso, o comunque nel giorno in cui l’atto stesso è reso in concreto disponibile, secondo la nuova formulazione dell’art. 29, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 introdotta dall’art. 19 del d.lgs. n. 56/2017.
La previsione di un rito “superaccelerato” per l’impugnativa dei provvedimenti di esclusione ed ammissione è evidentemente volta, nella sua ratio legis, a consentire la pronta definizione del giudizio prima che si giunga all’aggiudicazione, ovverosia, in sostanza, a definire la platea dei soggetti ammessi alla gara in un momento antecedente all’esame delle offerte e alla conseguente aggiudicazione (parere Consiglio di Stato 1° aprile 2016, n. 855/2016); il neonato rito speciale deve quindi trovare ingresso allorquando, come nel caso di specie, sia stato emanato e pubblicato il provvedimento di cui all’art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016 (TAR Sicilia, Palermo, III, 10.8.2017, n. 2082).
Del resto, la regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo ai concorrenti diversi dal precedente gestore, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione (Cons. Stato, VI, 31.8.2017, n. 4125).
3. Ciò premesso, entrando nel merito della trattazione del ricorso si osserva quanto segue.
I motivi di gravame dedotti possono essere trattati congiuntamente, essendo connessi tra loro e consistendo, in parte, nella diversa argomentazione di un medesimo profilo di illegittimità. In particolare, l’istante deduce la violazione del criterio di rotazione di cui all’art. 36 del d.lgs. n. 50/2016; aggiunge che il Comune avrebbe potuto disattendere tale regola solo sulla base di una attenta motivazione, che invece è stata omessa; secondo la ricorrente la mancata applicazione della suddetta regola si traduce nella violazione del principio di concorrenza. L’esponente deduce altresì che le suddette considerazioni valgono anche per la concessione di servizi come quella in esame, alla luce dell’obiettivo di concorrenza effettiva posto dall’art. 172 del d.lgs. n. 50/2016; sostiene infine che il Comune avrebbe dovuto accogliere la richiesta di annullare in autotutela la lettera invito ed il provvedimento di ammissione.
Le censure sono fondate, nei sensi appresso precisati.
L’art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 sancisce, per i contratti sotto soglia, il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti; tale principio è ribadito dall’art. 36, comma 2 lett. b, del medesimo decreto legislativo, richiamato nell’avviso esplorativo della stazione appaltante e nella determina di indizione della procedura negoziata.
Inoltre l’art. 164, 2° comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (riguardante i contratti di concessione) sancisce l’applicabilità anche alle concessioni delle previsioni del titolo II del codice (e, quindi, anche dell’art. 36) sulla base di una valutazione di compatibilità (“per quanto compatibili”), mentre l’omesso richiamo letterale del principio di rotazione nel corpo dei criteri di aggiudicazione delle concessioni previsti dall’art. 30, 1° comma, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non esclude l’applicabilità del principio anche al settore delle concessioni, dovendo, al contrario, concludersi per il richiamo implicito dello stesso, attraverso il riferimento più generale al principio di libera concorrenza sancito dal citato art. 30 e dall’art. 172, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 (di cui il principio di rotazione costituisce espressione: TAR Toscana, II, 23.3.2017, n. 454).
4. Il Collegio osserva altresì che la fattispecie in esame, rientrando nell’ambito della procedura negoziata di cui all’art. 36, 2° comma lett. b, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, deve essere riportata alla previsione del punto 4.2.2 della delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell’Autorità nazionale anticorruzione (linee guida n. 4) che ribadisce come la stazione appaltante sia “tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese. Pertanto, l'invito all'affidatario uscente ha carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento”.
5. Nello stesso senso si è recentemente posto il Consiglio di Stato (sez. VI, n. 4125 del 31.8.2017; sez. V, 13.12.2017, n. 5854), secondo cui “Il principio di rotazione - che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte - trova fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato”.
Lo stesso Consiglio di Stato ha ribadito il principio secondo cui “al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara che ostacolino l'ingresso delle piccole e medie imprese, e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve 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 e alle caratteristiche del mercato di riferimento”, ed ha esteso tali considerazioni alle concessioni di servizi, giacché “l'art. 164, comma 2, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede l'applicabilità anche alle concessioni delle previsioni del titolo II del codice (e, quindi anche dell'art. 36)”.
La sopra delineata ratio del principio di rotazione (rappresentata dall’esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione) induce a ritenere che il gestore uscente vada escluso dalla procedura negoziata a prescindere dai modi in cui aveva ottenuto il precedente affidamento, e quindi anche se l’affidamento della concessione scaduta sia scaturito, come nel caso in esame, dall’adesione della stazione appaltante ad una convenzione Consip e dall’aggiudicazione a seguito di procedura aperta.
Invero, il suddetto principio è volto proprio a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti “sotto soglia”, nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio (Cons. Stato, V, 13.12.2017, n. 5854). Ne deriva che esso si applica anche agli operatori economici che erano affidatari a seguito di precedente procedura ad evidenza pubblica, ad evitare che, una volta scaduto il rapporto contrattuale, la precedente aggiudicataria possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente rinnovare o vedersi riaffidare il contratto tramite procedura negoziata.
Deve quindi concludersi che, anche nel caso di specie, si imponeva a carico del Comune la seguente alternativa: o non invitare il gestore uscente o, quanto meno, motivare puntualmente le ragioni per le quali si riteneva di non poter prescindere dall'invito.
6. Al contrario, nessuna motivazione è stata fornita sul punto dall’Amministrazione nella determina dirigenziale a contrarre (la quale anzi richiama pedissequamente il criterio di rotazione degli inviti), nell’avviso esplorativo e nella lettera invito, e comunque l'invito rivolto ad un numero di operatori economici (otto) maggiore di quello minimo (cinque) previsto per i servizi e le forniture dall'art. 36, comma 2 lettera b, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 esclude che possa essere ravvisata, nel caso in esame, l'ipotesi della presenza di un numero ridotto di operatori sul mercato.
Né la circostanza che l'avviso per manifestazione d’interesse sia stato pubblicato sul sito internet del Comune e sulla piattaforma Start costituisce ragione sufficiente per derogare al principio della "rotazione" (normativamente prescritto per gli inviti e non solo per gli affidamenti), sia per la limitata efficacia dello specifico strumento di pubblicità utilizzato, sia in quanto si tratta comunque di procedura negoziata alla quale il succitato art. 36 comma 2 lett. b ascrive esplicitamente il criterio di rotazione. Il suddetto avviso, per sua espressa precisazione, non costituisce infatti una procedura di gara concorsuale, ma un’indagine conoscitiva tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata, e già nella fase dell’invito, per espressa statuizione dell’art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, si innesta la regola dell’esclusione del gestore uscente.
Pertanto non sono condivisibili le argomentazioni giuridiche addotte nel provvedimento datato 19.10.2017, di rigetto della domanda di annullamento in autotutela presentata dalla ricorrente, secondo il quale lo strumento della manifestazione di interesse, aprendo alla più ampia partecipazione possibile degli operatori economici da invitare, renderebbe superflua la rotazione.
In conclusione, il ricorso deve essere accolto, con conseguente annullamento degli atti impugnati.
Sussistono, tuttavia, giusti motivi per compensare tra le parti le spese di giudizio, vista la particolarità della vicenda in esame e stante il non univoco orientamento giurisprudenziale sulle questioni dedotte (si veda, ad esempio, TAR Toscana, II, 12.6.2017, n. 816).

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Toscana (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, lo accoglie e, per l’effetto, annulla gli atti impugnati. Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Firenze nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:
Manfredo Atzeni, Presidente
Gianluca Bellucci, Consigliere, Estensore
Pierpaolo Grauso, Consigliere

Pubblicato il 22/12/2017
N. 02970/2017 REG.PROV.COLL.
N. 01883/2017 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia
sezione staccata di Catania (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1883 del 2017, proposto da:
Pi.Sa.Ni. Costruzioni S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Nicola Ippolito, con domicilio eletto presso il suo studio in Palermo, via Sciuti 55;
contro
Comune di Messina, non costituito in giudizio;
nei confronti di
Consorzio Stabile Infra.Tech S.C.A.R.L., Mammana Lavori S.r.l. Unipersonale, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Massimiliano Mangano, Lucia Interlandi, con domicilio eletto presso lo studio Lucia Interlandi in Catania, piazza Trento 2;
Michelangelo Mammana, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Ferdinando Croce, Giuseppe Walter L'Abbate, con domicilio eletto presso lo studio Ferdinando Croce;
per l'annullamento,
previa sospensione dell'efficacia,
per quanto riguarda il ricorso introduttivo:
del verbale di gara n. 26 del 28 settembre 2017, mediante il quale la commissione ha concluso la fase delle ammissioni e delle esclusioni e ha contestualmente proposto l'aggiudicazione in favore della INFRA.TECH SCARL della gara di appalto per l'esecuzione dei “Lavori di rifacimento di alcuni tratti della circonvallazione messinese deformati per l'affioramento delle radici degli alberi” CIG: 691580707B – CUP: F47H15001800004.
- ove occorra e per quanto di ragione del bando e del disciplinare di gara pubblicato in GURS n. 16 del 21.4.2017;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva, ove già intervenuto;
per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da CONSORZIO STABILE INFRA.TECH S.C.A.R.L. il 22112017 :
- del verbale n. 14 del 13.07.2017, nella parte in cui è stata disposta l'ammissione della società PI.SA.NI. s.r.l.;
- del verbale n. 26 del 28.09.2017, nella parte in cui si è proceduto all'apertura della busta B, contenente l'offerta economica della PI.SA.NI. s.r.l., graduandola in seconda posizione;
- ove occorra e possa, del verbale n. 15 del 18.07.2017 e n. 26 del 28.09.2017, nella parte in cui, rispettivamente, è stata disposta l'ammissione della società P.M. Costruzioni s.r.l ed è stata aperta la sua offerta economica;

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Consorzio Stabile Infra.Tech S.C.A.R.L., Michelangelo Mammana e Mammana Lavori S.r.l. Unipersonale;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Visti gli artt. 74 e 120, co. 2-bis, 6-bis e 10, cod. proc. amm.;
Relatore nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2017 il dott. Dauno Trebastoni e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

La ricorrente ha impugnato, ex art. 120, comma 2 bis, D.L.gs. 104/2010, gli atti con cui il Consorzio controinteressato è stato ammesso alla procedura di gara per l’esecuzione dei “lavori di rifacimento di alcuni tratti della circonvallazione messinese deformati per l’affioramento delle radici degli alberi”, sostenendo che il Consorzio andasse escluso perché, con riferimento ai dati concreti specificati in ricorso, relativi anche a rapporti familiari tra gli amministratori, “sussistono elementi concreti per potere ritenere esistente un collegamento sostanziale tra le imprese Mammana Lavori s.r.l. e Mammana Michelangelo”.
Il controinteressato ha presentato ricorso incidentale, affermando, sulla base di una serie di elementi di fatto, l’esistenza di un collegamento sostanziale tra la PI.SA.NI. s.r.l. e la P.M. Costruzioni s.r.l., i cui legali rappresentanti sono peraltro fratelli.
All’udienza camerale del 14.12.2017 la causa è stata posta in decisione.
In considerazione della ritenuta sussistenza di uno specifico profilo di inammissibilità del ricorso principale, il Collegio ritiene di poter prescindere dalle altre eccezioni sollevate, nonché dall’esame dello stesso ricorso incidentale, che va pertanto dichiarato improcedibile.
Infatti, il Collegio ritiene fondata l’eccezione, sollevata dal Consorzio controinteressato, relativa alla “inammissibilità del ricorso proposto dalla società PI.SA.NI. s.r.l. in quanto lo stesso è stato notificato all’Amministrazione comunale a un indirizzo pec non contenuto nel registro del Ministero della Giustizia”.
All’udienza del 14.12.2017 la stessa ricorrente ha depositato la stampa di due indirizzi pec del Comune di Messina – di cui uno relativo all’ufficio protocollo e l’altro all’ufficio lavori pubblici – entrambi tratti dal sito internet dell’'Indice delle Pubbliche Amministrazioni – IPA, che è l'archivio ufficiale degli Enti pubblici e dei Gestori di pubblici servizi, realizzato e gestito dall'Agenzia per l'Italia digitale.
Ma il Collegio ritiene di dover aderire all’orientamento, già espresso in numerose pronunce, anche di questo Tribunale (cfr. T.A.R. Catania, sez. III, 13.10.2017 n. 2401; Id., sez. II, 04.12.2017 n. 2806; T.A.R. Palermo, sez. III, 13.07.2017 n. 1842; T.A.R. Venezia, sez. I, 26.10.2017 n. 955; T.A.R. Potenza, sez. I, 21.09.2017 n. 607; T.A.R. Catania, sez. IV, 09.09.2016 n. 2222), secondo cui, ai fini della notifica telematica di un atto processuale ad una Amministrazione pubblica, non può utilizzarsi qualunque indirizzo pec, ma solo quello inserito nell'apposito registro tenuto dal Ministero della Giustizia, al quale gli enti avrebbero dovuto comunicarli entro il 30 novembre 2014.
Ne consegue che qualora la notifica telematica sia stata rivolta a un indirizzo diverso – anche se tratto dal sito istituzionale dell’Amministrazione intimata – e quest’ultima non si sia costituita, come nel caso di specie, il ricorso va ritenuto inammissibile, non potendo trovare neppure applicazione l’art. 156 c.p.c.
In considerazione della novità della questione, le spese possono essere compensate.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia – Sezione staccata di Catania – Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso in epigrafe, dichiara inammissibile il ricorso principale, e improcedibile quello incidentale.
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Catania nella camera di consiglio del giorno 14 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:
Pancrazio Maria Savasta, Presidente
Dauno Trebastoni, Consigliere, Estensore
Francesco Mulieri, Referendario

Pubblicato il 04/01/2018
**N. 00001/2018 REG.PROV.COLL.**
**N. 01056/2016 REG.RIC.**

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

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1056 del 2016, proposto da:
Unione dei Comuni del Barigadu, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Francesco Mascia, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Alagon n. 49;
***contro***
Regione Autonoma della Sardegna, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Giovanni Parisi, Massimo Cambule, con domicilio eletto presso ufficio legale Regione Sardegna in Cagliari, viale Trento, n. 69;
Regione Sardegna Assessorato Agricoltura Riforma Agropastorale non costituito in giudizio;

***nei confronti di***
Gal Barbagia - Mandrolisai - Gennargentu - Supramonte, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Andrea Pasquale Cannas, con domicilio eletto presso il suo studio in Cagliari, via Dante n. 19;
Gal Marmilla Società Consortile Arl non costituito in giudizio;

***per l'annullamento***
- della determinazione n. 16352-550 del 28.10.2016 del Direttore del Servizio dell'Assessorato regionale dell'Agricoltura e riforma agro-pastorale Maria Giuseppina Cireddu con la quale venivano approvati i verbali della Commissione per l'istruttoria dei Piani di Azione, nonché la graduatoria di merito dei Piani di Azione ammessi a finanziamento relativamente al Programma di Sviluppo Rurale per la Sardegna 2014-2020 Misura 19 Sostegno allo sviluppo locale LEADER (sviluppo locale di tipo partecipativo CLLD);
- della graduatoria di merito di cui all'allegato 1 alla determinazione n. 16352-550 del 28.10.2016;
- dei verbali n. 6 del 10.10.2016 e n. 18 del 26.10.2016 a firma della Commissione per l'istruttoria dei Piani di Azione;
- di tutti i verbali redatti e sottoscritti dalla Commissione per l'istruttoria dei piani di azione;
- di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali ad oggi non conosciuti.
Visti il ricorso e i relativi allegati;
visti gli atti di costituzione in giudizio della Regione Autonoma della Sardegna e di Gal Barbagia - Mandrolisai - Gennargentu - Supramonte;
viste le memorie difensive;
visti tutti gli atti della causa;
relatore nell'udienza pubblica del giorno 5 luglio 2017 il dott. Gianluca Rovelli e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;
ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

Espone la ricorrente che con bando pubblicato in data 31.12.2015, l’assessorato dell’agricoltura e riforma agro pastorale della Regione Sardegna avviava una procedura di selezione dei Gal per l’adozione di strategie di sviluppo locale, nell’ambito della misura 19 del Programma di sviluppo rurale per la Regione Sardegna 2014 – 2020.
L’obiettivo generale dell’intervento era quello di sovvenzionare gruppi di azione locale, composti da partenariati pubblici – privati, per la realizzazione di strategie locali atte a migliorare l’implementazione delle politiche a favore delle aree rurali e, in particolare, di quelle che si stanno spopolando; promuovere una maggiore qualità della progettazione locale; promuovere la partecipazione delle comunità locali ai processi di sviluppo, contribuendo a rafforzare il dialogo tra società civile e istituzioni locali; promuovere il coordinamento tra politiche, strumenti di governance e procedure per accedere ai finanziamenti comunitari.
Il bando prevedeva che il procedimento di selezione sarebbe stato suddiviso in due fasi: una prima fase di verifica preliminare dei criteri di ammissibilità dei Gal e/o dei partenariati attraverso la definizione dei territori e delle compagini partenariali; una seconda fase, in seguito al superamento della prima, in cui i soggetti proponenti avrebbero presentato i propri piani di azione elaborati sulla base dello standard previsto dalla Regione.
I piani di azione avrebbero dovuto far emergere i fabbisogni prioritari, individuare gli ambiti tematici e le rispettive azioni chiave incidenti su tali fabbisogni e, soltanto nella fase successiva alla selezione del Piano di azione, sarebbe stata realizzata con i Gal un’attività puntuale di valorizzazione delle azioni chiave individuate nei Pda al fine di costruire una strumentazione specifica che consentisse ai Gal stessi di tradurre le azioni chiave in linee di intervento operative a favore dei rispettivi territori.
Il punto 7.7 del bando indicava i criteri di selezione dei piani di azione, suddivisi in sub criteri a cui veniva attribuito un punteggio minimo e uno massimo per un totale complessivo di 100 punti.
Al criterio “Qualità del piano di azione”, per quanto di interesse, veniva assegnato un punteggio massimo di 50 punti ed un punteggio minimo di 18 punti.
Tale criterio si articolava in sub criteri e sub punteggi.
Il punto 7.7 del bando rimandava all’allegato 1 per le modalità di attribuzione dei punteggi.
Espone l’Unione ricorrente che l’interesse non era solo quello di essere ammessi tra i primi quindici della graduatoria, ma anche quello di prendere il massimo punteggio possibile al fine di collocarsi nella fascia più alta ed ottenere un maggiore finanziamento.
Al fine di partecipare al bando l’Unione dei Comuni del Barigadu, l’unione dei Comuni del Guilcer, la Confcooperative ed altri portatori di interessi singoli e collettivi, stipulavano un protocollo di intesa per la costituzione di un partenariato pubblico – privato denominato “Gruppo di azione locale Barigadu – Guilcer”.
Il 16 giugno 2016 il costituendo Gal presentava presso la Regione Sardegna la domanda di partecipazione alla selezione con i relativi allegati. Superata la prima fase preliminare veniva ammessa alla seconda e presentava, in data 22.9.2016, il proprio Piano di azione ed i relativi allegati richiesti dalla lex specialis.
In data 10.10.2016 la Commissione incaricata per l’istruttoria dei Piani di azione esaminava quello del partenariato Gal Barigadu – Guilcer e, con riferimento al sub criterio “Grado di definizione delle linee di azioni previste”, gli assegnava zero punti.
La Commissione riteneva di dover assegnare zero punti e non il punteggio minimo previsto dal bando di selezione poiché per poter attribuire il punteggio minimo (10 punti) il concorrente avrebbe dovuto valorizzare tutti i campi del format “azioni chiave”, circostanza non avvenuta nel caso qui esaminato.
Sempre secondo l’esposizione della ricorrente la Commissione introduceva a verbale un nuovo sub criterio di valutazione non previsto dal bando, denominandolo “standard obbligatorio non raggiunto” ed un nuovo sub punteggio pari a zero.
Il costituendo Gal Barigadu – Guilcer otteneva in ogni caso 78 punti e si classificava al 13° posto.
Il 2.12.2016 il costituendo Gal Barigadu Guilcer presentava ricorso gerarchico con cui contestava la legittimità della decisione della Commissione di attribuire zero punti al Piano di azione con riferimento al “Grado di definizione delle linee di azioni previste”, rilevava che la mancata assegnazione dei venti punti avrebbe comportato la riduzione dell’ammontare del finanziamento e chiedeva la modifica della determinazione di approvazione della graduatoria.
Avverso tutti gli atti indicati in epigrafe proponeva quindi ricorso dinnanzi a questo T.a.r. deducendo le seguenti articolate censure:
1) violazione e illegittima applicazione del bando di selezione dei Gal per l’adozione di strategie di sviluppo locale, approvato con determinazione del direttore del servizio sviluppo dei territori e delle comunità rurali n. 21817/1349 del 23.12.2015 (e modificato con determinazione n. 5096-152 del 26.04.2016), indetto dall’assessorato dell’agricoltura e riforma agro pastorale della Regione Sardegna; violazione e illegittima applicazione dell’allegato 1 al bando di selezione avente ad oggetto “Format per la redazione dei piani di azione locale misura 19.2, eccesso di potere per motivazione contraddittoria, incongrua e illogica, eccesso di potere per travisamento ed erronea valutazione dei fatti, eccesso di potere per carenza di istruttoria.
Concludeva per l’accoglimento del ricorso con conseguente annullamento degli atti impugnati previa concessione di idonea misura cautelare.
Si costituivano la Regione autonoma della Sardegna e il Gal Distretto Rurale Barbagia, Mandrolisai, Gennargentu, Supramonte chiedendo il rigetto del ricorso.
Alla udienza pubblica del 5 luglio 2017 il ricorso veniva trattenuto per la decisione.

**DIRITTO**

Una sintesi delle contestazioni che la ricorrente muove agli atti impugnati è utile per inquadrare la controversia sottoposta al Collegio.
Come descritto nella esposizione in fatto, il costituendo Gal Barigadu – Guilcer ha presentato il proprio piano di azione e la Commissione gli ha attribuito zero punti in relazione al “Grado di definizione delle linee di azioni previste”.
Secondo l’Unione dei Comuni ricorrente l’Amministrazione ha errato poiché:
1) con riferimento al sub criterio “Grado di definizione delle linee di azioni previste” veniva stabilito che la Commissione avrebbe potuto attribuire un punteggio minimo di 10 e massimo di 20;
2) il punto 7.7 del bando rimandava all’allegato 1 per la specificazione delle modalità di attribuzione dei punteggi;
3) secondo la lex specialis la Commissione avrebbe potuto attribuire al Piano di azione, per l’aspetto in questione, un punteggio tra 10 e 20, non uno in più non uno in meno;
4) la Commissione di gara ha integrato il bando di selezione e l’allegato 1 con un nuovo sub criterio ed un nuovo sub punteggio prima non previsti;
5) in ogni caso afferma l’Unione ricorrente che la Commissione non solo non avrebbe potuto assegnare zero punti ma avrebbe dovuto attribuire il punteggio massimo, ossia 20 punti;
6) secondo la ricorrente il costituendo Gal Barigadu – Guilcer ha valorizzato tutti i campi finalizzati alla definizione degli indicatori e del relativo target;
7) dall’interpretazione delle clausole della lex specialis emerge che il campo “target identificati” richiedesse solamente che venissero definiti (e non quantificati) gli obiettivi e la tipologia dei soggetti coinvolti e da coinvolgere;
8) al momento della redazione e presentazione del Piano di azione, i partecipanti non conoscevano l’ammontare delle risorse di cui avrebbero potuto beneficiare, motivo per cui sarebbe stato impossibile individuare in quel momento il numero dei soggetti a cui distribuire le medesime risorse al fine di realizzare le azioni di sviluppo;
9) trovandosi la procedura ancora nella fase di progettazione preliminare, il bando ed i suoi allegati non avrebbero potuto richiedere la quantificazione del valore obiettivo degli indicatori, non essendo ancora definito il piano di azione contro il file tuning;
10) la Commissione ha interpretato erroneamente il significato delle disposizioni della lex specialis e ha ritenuto che la voce “target identificati” non fosse stata valorizzata dal costituendo Gal Barigadu Guilcer, procedendo illegittimamente alla assegnazione di zero punti;
11) nella seduta del 10.10.2016 la Commissione ha ritenuto di assegnare zero punti anche perché il costituendo Gal non avrebbe allegato accordi e/o i protocolli di intesa ma soltanto singole manifestazioni di interesse indirizzate al Gal da vari soggetti, le quali però non costituirebbero un accordo formale con cui si manifesterebbe chiaramente la volontà delle parti firmatarie di condividere obiettivi generali e/o azioni specifiche; secondo la ricorrente anche tali asserzioni sarebbero infondate; il costituendo Gal, in ottemperanza ai punti 6.2.1.1, 6.2.1.2, 6.2.1.4 dell’allegato 1, produceva con l’allegato II diverse lettere d’intenti che, a prescindere da nome dato, erano conformi all’allegato I.
Il ricorso è fondato e deve essere accolto.
Come correttamente fatto rilevare dalla difesa della ricorrente la Commissione ha errato nell’attribuire al Piano di azione della ricorrente un punteggio pari a zero. Il punteggio minimo previsto dalla lex specialis era pari a 10.
Corrisponde al vero che la Commissione ha introdotto ex novo un sub criterio denominato “standard obbligatorio non raggiunto”.
Vi è stata una integrazione della lex specialis e la questione è del tutto pacifica.
Possono essere qui applicate le regole che la giurisprudenza ha elaborato in materia di procedure concorsuali, regole ormai del tutto consolidate.
Le preminenti esigenze di certezza connesse allo svolgimento delle procedure concorsuali di selezione dei partecipanti impongono di ritenere di stretta interpretazione le clausole del bando di gara, e ne va perciò preclusa qualsiasi lettura che non sia in sé giustificata da un´obiettiva incertezza del loro significato letterale; secondo la stessa logica sono comunque preferibili, a garanzia dell´affidamento dei destinatari, le espressioni letterali delle varie previsioni, affinché la via del procedimento ermeneutico non conduca a un effetto, indebito, di integrazione delle regole di gara, aggiungendo significati del bando in realtà non chiaramente e sicuramente rintracciabili nella sua espressione testuale; nella lettura delle clausole del bando per l´aggiudicazione di un contratto pubblico deve darsi, pertanto, prevalenza alle espressioni letterali ivi contenute, escludendo ogni integrazione interpretativa che porti pretesi significati e ingeneri incertezze nell´applicazione (Consiglio di Stato, sez. V, 12 settembre 2017, n. 4307).
Il bando non specificava che i Target dovessero essere quantificati. Sul punto, efficacemente la difesa dell’Unione dei Comuni ricorrente, nella memoria depositata il 1° giugno 2017 (pagina 3), richiama il punto 6.2.1.4 dell’allegato I il quale prendeva come esempio di “Target” l’indicazione dei soggetti locali coinvolti e quindi la tipologia e non certo il numero.
E’ comunque dirimente una questione che risolve la controversia.
Si deve ribadire che la forbice entro cui la Commissione poteva assegnare il punteggio era tra 10 e 20. In nessun modo poteva, sulla base di una non corretta interpretazione della lex specialis, attribuire un punteggio inferiore.
E anche qui un argomento portato a sostegno della propria tesi da parte della difesa della ricorrente appare insuperabile dal punto di vista logico.
A pagina 6 della memoria depositata il 1° giugno la ricorrente espone che non era scritto da nessuna parte che la redazione incompleta o poco chiara di una o più voci di cui alle schede di valutazione avrebbe dovuto comportare l’assegnazione di zero punti ma avrebbe potuto anche indurre la Commissione ad assegnare un punteggio inferiore a 10 ma non necessariamente zero.
L’argomento, lo si ribadisce, è stringente dal punto di vista logico e, difatti, illogico è l’operato della commissione.
Anche in ordine alle lettere di intenti sono da condividere le considerazioni svolte dalla difesa della ricorrente.
Nelle lettere di intenti vi è una chiara manifestazione di volontà dei firmatari che peraltro sono gli stessi soci del Gal che hanno firmato il protocollo d’intesa per la costituzione del Gal Barigadu – Guilcer.
Il ricorso deve pertanto essere accolto siccome fondato.
La domanda risarcitoria deve invece essere rigettata, poiché l’annullamento degli atti per quanto di interesse della ricorrente, obbliga l’amministrazione a provvedere tenendo conto della portata conformativa della sentenza e rimette in gioco la ricorrente che pertanto avrà la possibilità di conseguire - all'esito delle nuove valutazioni riservate all'Amministrazione - l'agognato bene della vita. Si tratta, in sostanza, di una reintegrazione in forma specifica nella posizione sostanziale lesa che esclude, anche in prospettiva strumentale, ogni ipotesi di risarcimento alternativo.
Le spese, vista la novità della questione, possono essere compensate tra le parti in causa.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sardegna (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l’effetto annulla gli atti impugnati come da motivazione.
Respinge la domanda di risarcimento del danno
Spese compensate.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Cagliari nella camera di consiglio del giorno 5 luglio 2017 con l'intervento dei magistrati:
Caro Lucrezio Monticelli, Presidente
Grazia Flaim, Consigliere
Gianluca Rovelli, Consigliere, Estensore

**TAR Calabria Catanzaro 16/12/2017 n. 2061**

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 837 del 2017, proposto da:
Nuova Segnaletica Europea Surl, Infravie Srl, Istral Iimpianti Stradali Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi dagli avvocati Ettore Notti, Antonio Ferraiolo, con domicilio eletto presso lo studio Ettore Notti in Cosenza, via Silvio Sesti N. 14;

***contro***

Anas Spa, Anas - Compartimento Regionale Viabilita' - Catanzaro, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentati e difesi per legge dall'Avvocatura Distr.le Catanzaro, domiciliata in Catanzaro, via G.Da Fiore, 34;
Anas Spa Coodinamento Territoriale Calabria non costituito in giudizio;

***nei confronti di***

Ital Sem S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dagli avvocati Francesco Marascio, Stefano Genovese, con domicilio eletto presso lo studio Francesco Pullano in Catanzaro, via Purificato N. 18;

***per l'annullamento***

determinazione Anas prot. CDG-0324009-P del 22 giugno 2017 recante l’aggiudicazione in favore di ITALSEM SRL. del lotto 5 dell'accordo quadro quadriennale per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria della segnaletica verticale – Area SUD ;

nonché della nota CDG 0367437-P del 13.7.2017 con la quale si dichiara che non si è provveduto a sottoporre i giustificativi della controinteressata alla verifica di congruità;

richiesta di riedizione della fare successiva all'ammissione dei concorrenti e di subentro nel contratto da dichiarare inefficace nonché del bando di gara, del capitolato e del disciplinare per quanto interessa e di tutti gli atti esecutivi inerenti l'espletamento dei lavori (verbale consegna lavori)

richiesta di risarcimento in forma specifica mediante la conferma dell'aggiudicazione dei lavori, ovvero in subordine, al risarcimento dei danni in dipendenza dei provvedimenti impugnati

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Anas Spa e di Ital Sem S.r.l. e di Anas - Compartimento Regionale Viabilita' - Catanzaro;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 29 novembre 2017 la dott.ssa Germana Lo Sapio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1.La domanda di annullamento ex art. 29 c.p.a. ha ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione in favore di ITAL-SEM s.r.l. della gara DG 54/16 accordo quadro quadriennale per l’esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria della segnaletica verticale area sud, svoltasi ex art. 61 D. Lgs. 50/2016 con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (80 punti al prezzo e 20 alla componente qualitativa).

2. All’esito della selezione, l’aggiudicataria ha riportato 90,75 (80 punteggio economico, e 10,75 punteggio qualitativo e con ribasso del 53,560%); e l’odierna ricorrente, seconda classificata, un punteggio di 88,213 (con il miglior punteggio tecnico e con ribasso del 43,822%).

3. A fondamento della domanda, parte ricorrente deduce l’incongruità dell’offerta della aggiudicataria che, non essendo produttrice di segnaletica stradale e avendo sede in una Regione diversa da quella di esecuzione della prestazione, sopporterebbe costi maggiori, sia sotto il profilo della gestione delle risorse materiali (come l’affitto dei siti) che delle risorse umane (dovendo corrispondere ai dipendenti gli oneri retributivi per la trasferta). Il prezzo offerto dalla aggiudicataria sarebbe pertanto insostenibile, alla luce del calcolo del prezzo elementare di ciascun componente, del 10% delle spese generali e del 5% di utili.

4. L’amministrazione avrebbe pertanto illegittimamente omesso la valutazione della anomalia dell’offerta. Inoltre la ripartizione del punteggio in 20 (qualità)/80(prezzo) sarebbe illegittima, in quanto l’art. 95 co. 10 bis D.Lgs. 50/2016 che prevede che la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico pari al 30%.

5. Si è costituita l’Anas chiedendo il rigetto del ricorso.

6. All’udienza del 29 novembre 2017, il ricorso è stato trattenuto in decisione.

7. Il ricorso è infondato.

8. Nella *lex specialis* vi è un espresso richiamo, quanto ai criteri di verifica dell’anomalia dell’offerta, all’art. 97 co. 3 del D.Lgs. 50/2016 (cfr. invito per la presentazione delle offerte dell’8 marzo 2017). La soglia di “sospetto di anomalia” è costituita secondo la determinazione legislativa dal ribasso che sia pari o superiore ai quattro quinti dei punti massimi previsti dal bando, sia con riguardo al prezzo che con riguardo agli altri elementi della valutazione.

La mancanza del presupposto legale nel caso specifico (come emerge dal verbale n. 13 del 20 giugno 2017) non imponeva pertanto l’avvio del sub-procedimento di verifica.

9. Quanto alla mancata attivazione del corrispondente potere di verifica disciplinato dall’art. 97 co. 6 D.Lgs. 50/2016, anch’esso richiamato dalla lex specialis, vanno applicati alla fattispecie in esame i principi interpretativi, oggetto di orientamenti consolidati, secondo cui: a) il potere di avviare la verifica della fondatezza del sospetto di anomalia ha natura tecnico-discrezionale e deve comunque tener conto della globalità dell’offerta, ostandovi una valutazione parcellizzata dei singoli elementi; b) essa mira non a ricercare specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, ma ad accertare, in base alla natura della prestazione corrispettiva oggetto di appalto, la “serietà” dell’offerta nel suo complesso;

c) ne consegue che il sindacato giudiziale attiene alla verifica della logicità e ragionevolezza dell’istruttoria, senza alcun potere di sostituzione del “merito” della valutazione che è riservata all’amministrazione (Cons. St., sez. III, 13 settembre 2017, n. 4336; Cons. St., sez. V, 13 febbraio 2017, n. 607); pertanto *“il giudizio tecnico - discrezionale della Stazione Appaltante sull'anomalia dell'offerta, non inficiato da vizi macroscopici di illogicità, erroneità, incoerenza o travisamento fattuale, non emergenti dalle contestazioni rivolte al concorrente, è insindacabile da parte del giudice amministrativo, né, comunque, le singole operazioni valutative ad esse sottostanti possono essere sostituite e ripetute in sede giurisdizionale*”(T.A.R. Napoli, (Campania), sez. I, 03 luglio 2017, n. 3577).

d) quanto, in particolare, agli specifici elementi che legittimerebbero il “sospetto” della anomalia nell’ambito comunque di una valutazione globale, l’eventuale previsione di costi del materiale o del lavoro inferiori ai minimi tabellari, “*perché assuma rilevanza ai fini del giudizio di anomalia, (…) deve essere considerevole e palesemente ingiustificata”* (Cons. St., sez. V, 30 marzo 2017, n. 1465; Cons. St., sez. V, 6 febbraio 2017, n. 501); e, con riferimento all’utile, *“non è possibile stabilire una soglia minima al di sotto della quale l’offerta deve considerarsi anomala*”, salvo che non si dimostri che esso sia pari a zero (Cons. St., sez. V, 29 maggio 2017, n. 2556).

10. Nel caso di specie, non emerge dalle contestazioni di parte ricorrente un fondato sospetto di anomalia, tale da rendere doveroso l’avvio del sub-procedimento diretto ad accertare la serietà complessiva dell’offerta, poiché le doglianze hanno ad oggetto specifiche voci (sottostimate secondo la prospettiva di parte ricorrente), ma l’argomentazione di fondo presuppone una non condivisibile comparazione tra l’impresa ricorrente e quella aggiudicataria, in termini di capacità organizzativa e di utilizzo efficiente delle risorse.

Secondo la prospettazione della ricorrente, le *“macroscopiche violazioni del buon senso ancor prima che della logica poste in essere dalla commissione di gara”* si fonderebbero su una astratta maggiore capacità economica della seconda classificata, dipendente dal suo assetto organizzativo: dal fatto di essere produttrice degli articoli utilizzati per l’espletamento del servizio; di non doverli acquistare sul mercato; di avere un fatturato maggiore; di disporre nella regione di siti operativi.

A fronte di una diversa struttura imprenditoriale della controinteressata, calcolati i costi della manodopera e dei materiali, ed aggiunte le percentuali delle spese generali e dell’utile, ne conseguirebbe una “insostenibilità dell’offerta”.

Ritiene il Collegio che, oltre che genericamente formulate, le contestazione della omessa attivazione del sub-procedimento di anomalia non sono condivisibili in relazione proprio al presupposto da cui muovono: la capacità di gestire in maniera efficiente i fattori produttivi e di scegliere gli assetti organizzativi (decidendo ad esempio di esternalizzare o meno determinate attività, piuttosto che di produrre in proprio o acquistare sul mercato beni strumentali allo svolgimento dei servizi offerti) costituisce il “core” dell’attività imprenditoriale, non potendosi desumere dall’adozione di un determinato assetto la “sostenibilità” o meno dell’offerta economica.

Sotto questo profilo le doglianze della ricorrente sono astratte e non evidenziano elementi che facciano emergere la “irragionevolezza” della decisione di non ritenere “sospetta” l’offerta economica della aggiudicataria.

11. Quanto alla doglianza della mancata applicazione del metodo della riparametrazione, va osservato che la lex specialis non la prevedeva e tale opzione rientra nel potere discrezionale dell’amministrazione di disporre ex ante i criteri da valorizzare al fine della comparazione delle offerte (TAR Catanzaro, sez. I, 23 marzo 2015, n. 563). Essa pertanto non è fondata.

12. Non infine fondata neanche la deduzione della illegittima ripartizione degli elementi offerta economica/offerta tecnica: va osservato che la norma di cui all’art. 10 bis dell’art. 95 D.Lgs. 50/2016 è entrata in vigore il 20 maggio 2017, in data successiva alla pubblicazione del bando di gara (3 ottobre 2016), con conseguente sua inapplicabilità alla fattispecie procedimentale in esame.

13. In conclusione la domanda ex art. 29 c.p.a. va rigettata, con il conseguente rigetto delle restanti domande risarcitorie per mancanza del presupposto fondante la fattispecie di illiceità. La regolamentazione delle spese segue il principio di soccombenza.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo rigetta.

Condanna parte ricorrente alla refusione delle spese di lite, liquidate in complessivi euro 3.000, oltre iva e cpa nella misura di euro 1.500 ciascuno a favore delle parti costituite.

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

**TAR Campania Napoli sez. VIII 15/12/2017 n. 5911**

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 2843 del 2017, proposto da:
Entei s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda ATI con Perna Ecologia s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dagli avv.ti Salvatore Della Corte e Luca Ruggiero, con domicilio eletto presso il loro studio in Napoli, via Vittorio Veneto, n. 288/A;

contro

Comune di Valle di Maddaloni (CE) - non costituito in giudizio;

nei confronti di

Sige s.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avv. Arturo Testa, con domicilio eletto presso il suo studio in Napoli, via Santa Lucia, n. 15 - ricorrente incidentale;

per l’annullamento,

previa sospensione dell'efficacia e concessione di misure cautelari provvisorie

quanto al ricorso principale:

“a) della determinazione dirigenziale n. 156 del 31.5.2017, a firma del Responsabile dell'Area Tecnica del Comune di Valle di Maddaloni, con cui è stata disposta l'aggiudicazione definitiva, in favore della SIGE S.r.l., della gara d'appalto per il “servizio di gestione, conduzione e manutenzione dell'impianto di depurazione del Comune di Valle di Maddaloni”;

b) ove e per quanto occorra, di tutti i verbali della Commissione di gara, di quelli relativi all'esame delle giustificazioni prodotte dalla SIGE S.r.l., nonché del verbale di audizione della controinteressata del 29.5.2017;

c) ove e per quanto occorra, *in parte qua*, del bando di gara, disciplinare, CSA e disciplinare tecnico gestione impianto;

d) di ogni altro atto e/o provvedimento preordinato, connesso e conseguente, comunque lesivo degli interessi della ricorrente, ivi compreso il contratto d'appalto, ove stipulato.

NONCHE’ PER LA DECLARATORIA

del diritto della costituenda ATI Entei S.p.A./Perna Ecologia S.r.l. all’aggiudicazione della procedura aperta *de qua*, anche in ragione della non anomalia della relativa offerta;

E PER LA CONDANNA

dell’intimata Amministrazione al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente.”

quanto al ricorso incidentale depositato da Sige s.r.l. il 4 settembre 2017:

per l’annullamento, previa sospensione dell'efficacia:

“- dei verbali della gara relativa all'affidamento del “Servizio di gestione, conduzione e manutenzione dell'impianto di depurazione del Comune di Valle di Maddaloni”;

- degli atti di gara nella parte in cui non si dispone l'esclusione dell'offerta della costituenda A.t.i. ricorrente per anomalia dell'offerta;

- del provvedimento con cui non è esclusa per anomalia l'offerta della costituenda A.t.i. Entei S.p.a./Perna Ecologia s.r.l..”

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Sige s.r.l.;

Visto il ricorso incidentale della Sige s.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 novembre 2017 la dott.ssa Rosalba Giansante e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

In via preliminare, va rammentato che, in tema di contenzioso relativo alle procedure di affidamento di pubblici servizi, la sentenza è redatta «in forma semplificata», potendo, quindi, consistere «in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo» (artt. 120, comma 6, e 74 c.p.a.).

In punto di fatto la Entei s.p.a. espone che il Comune di Valle di Maddaloni, attraverso la Centrale unica di committenza, ha indetto la gara d’appalto per l’affidamento del “Servizio di gestione, conduzione e manutenzione dell’impianto di depurazione del Comune di Valle di Maddaloni”, di durata quadriennale, da aggiudicare con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, con importo a base d’asta di € 112.000,00, di cui €. 108.198,56 per servizi soggetti a ribasso e €. 3.801,44 per oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso.

Alla gara hanno partecipato quattro concorrenti: la Entei s.p.a. in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con Perna Ecologia (odierna ricorrente), la Sige s.p.a. (odierna controinteressata), la Soteco s.p.a. e la 3D Service s.r.l..

Riferisce che, all’esito della valutazione delle offerte, la società controinteressata, pur avendo prodotto un’offerta tecnica qualitativamente di gran lunga inferiore a quella della costituenda ATI ricorrente (con un minor punteggio di ben 14 punti), ha conseguito il miglior punteggio complessivo in ragione del ribasso offerto, del 21,333%, sul prezzo a base d’asta, a fronte di quelli offerti dagli altri partecipanti (9,850%, 6,500% e 3,800%).

A seguito della ritenuta necessità di attivazione del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta presentata dalla controinteressata, la Commissione Tecnica deputata all’esame delle giustificazioni ha ritenuto le stesse inidonee a superare il sospetto di anomalia, ed ha altresì ritenuto inidonei gli ulteriori chiarimenti ad essa richiesti. Conseguentemente il RUP ha convocato la Sige s.r.l. per l’audizione all’esito della quale ha ritenuto i chiarimenti resi dalla predetta società idonee a superare il sospetto di anomalia dell’offerta e, con Determinazione n. 156 del 31 maggio 2017, ha aggiudicato definitivamente la gara per cui è causa in favore della odierna controinteressata.

Con il presente ricorso, ritualmente notificato e depositato il 10 luglio 2017, la Entei s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda ATI con Perna Ecologia s.r.l., ha chiesto l’annullamento della suddetta determinazione del Comune di Valle di Maddaloni n. 156 del 31 maggio 2017, con cui è stata disposta l’aggiudicazione definitiva della gara per l’affidamento del “Servizio di gestione, conduzione e manutenzione dell’impianto di depurazione del Comune di Valle di Maddaloni” e degli altri atti specificati in epigrafe. Ha chiesto altresì la condanna dell’amministrazione comunale intimata al risarcimento del danno mediante reintegrazione in forma specifica ovvero, in subordine, per equivalente.

A sostegno del gravame sono state dedotte le seguenti censure: violazione e falsa applicazione di legge (art. 97del d.lgs. n. 50/2016), violazione degli artt. 3 e 97 Cost., violazione dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica (*par condicio competitorum*), violazione della *lex specialis* di gara (art. 18 disciplinare di gara; artt. 15.2, 15.7 e 23 C.S.A.; art. 3 quadro economico; art.2 disciplinare tecnico gestione impianto), violazione del giusto procedimento, eccesso di potere per errata ponderazione della fattispecie concreta, inesistenza dei presupposti, sviamento dalla causa tipica, illogicità, ingiustizia manifesta, irrazionalità.

Parte ricorrente premette che, come già esposto in fatto, la Sige s.r.l., in forza del ribasso offerto del 21,333% (anche alla luce di quelli praticati da tutti gli altri partecipanti: 9,850%, 6,500% e 3,800%), avrebbe sovvertito l’esito di una gara nella quale l’esame dell’offerta tecnica aveva riconosciuto ad essa costituenda ATI ricorrente (collocatasi al secondo posto della graduatoria finale) un punteggio superiore di ben 14 punti rispetto a quello riportato dalla controinteressata.

Contesta la correttezza del subprocedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta in quanto il RUP avrebbe inspiegabilmente obliterato la valutazione espressa dalla Commissione tecnica di supporto ed avrebbe fondato la valutazione di serietà ed affidabilità dell’offerta dell’aggiudicataria su un acritico recepimento dell’autoreferenziale assunto della medesima in ordine alla propria capacità di eseguire l’appalto al prezzo offerto.

In particolare, con riferimento al personale da impiegare nell’appalto, la Entei lamenta innanzitutto l’erroneità della determinazione del costo orario in quanto la società controinteressata avrebbe fatto riferimento alle ore annue teoriche mentre avrebbe dovuto fare riferimento a quelle effettive. Pertanto, nel caso di specie, il divisore da utilizzare sarebbe quello riportato nelle tabelle ministeriali di 1616 mediamente lavorate, e non quello prospettato *ex adverso* di 2.076; inoltre avrebbe contraddittoriamente indicato un costo orario (per n. 2 operai qualificati), quantificandolo dapprima in €. 11,01 e successivamente in €. 10,24 ed avrebbe illegittimamente applicato la decurtazione degli sgravi fiscali di cui alla legge n. 190/2014, legge non ritenuta applicabile dalla Commissione tecnica.

Parte ricorrente lamenta altresì la mancata previsione di qualsivoglia costo per l’impiego delle restanti figure professionali, il cui impiego minimo sarebbe richiesto dalla *lex speicialis* di gara per l’espletamento del servizio e cioè il “Responsabile tecnico/analista” e il “Capo impianto”, ravvisando l’inconsistenza degli assunti della Sige s.r.l. in sede di audizione.

Si è costituita in giudizio la Sige s.r.l., con memoria formale, eccependo l’inammissibilità, l’improcedibilità e l’infondatezza del ricorso.

Con decreto presidenziale n. 1014 dell’11 luglio 2017 è stata respinta l’istanza di misure cautelari provvisorie ed è stata fissata per la trattazione collegiale la camera di consiglio del 6 settembre 2017 “*Considerato che, a fronte del prevalente interesse pubblico all’immediato avvio del servizio e alla sua ininterrotta esecuzione, difettano i presupposti per la concessione di misure cautelari provvisorie, tenuto altresì conto della circostanza che in sede collegiale potranno in ogni caso essere adottate statuizioni pienamente satisfattive dell’interesse azionato*”.

Con atto ritualmente notificato e depositato in data 4 settembre 2017 la Sige s.r.l., ha proposto ricorso incidentale chiedendo l’annullamento dei verbali della gara per cui è causa, degli atti di gara nella parte in cui non è stata disposta l'esclusione dell'offerta della costituenda A.T.I. ricorrente per anomalia dell'offerta e del provvedimento con cui non è stata esclusa per anomalia l'offerta della medesima costituenda A.T.I. Entei s.p.a./Perna Ecologia s.r.l..

Nel ricorso incidentale la società controinteressata, in riferimento all’invocata esclusione della ricorrente dalla gara, ha dedotto la violazione dell’art. 5.4. del Disciplinare di Gara per omesso sopralluogo previsto a pena di esclusione in quanto, dalla documentazione prodotta dalla costituenda A.T.I. ricorrente, emergerebbe che il sopralluogo era stato effettuato in via esclusiva dalla Entei s.p.a., a mezzo di proprio delegato Simone Cammarota.

Con il secondo motivo di ricorso deduce l’illegittimità dell’offerta presentata da parte ricorrente per violazione dell’art. 11 del Disciplinare per insufficiente cauzione in quanto, secondo l’aggiudicataria, la polizza fideiussoria prodotta dalla costituenda A.T.I., sebbene il costo complessivo dell’appalto sia stato correttamente individuato in € 112.000,00, ha garantito la somma di € 896,00 che si assume (erroneamente) costituire l’1% del costo complessivo del servizio.

Parte controinteressata censura altresì l’omessa previsione, nella polizza prodotta, circa l’operatività entro 15 giorni dalla richiesta e l’impegno a rilasciare, in caso di aggiudicazione dell’appalto, a richiesta del concorrente, una garanzia fideiussoria, relativa alla cauzione definitiva di cui all’art. 103 del Codice, in favore della stazione appaltante, valida fino alla data di emissione del certificato di verifica di conformità di cui all’art. 324 del Regolamento o comunque decorsi 12 (dodici) mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni risultante dal relativo certificato.

Con il terzo motivo di ricorso la Sige deduce la carenza dei requisiti di idoneità professionale, capacità economico - finanziaria e tecnico professionale, in quanto la mandante Perna Ecologia nulla avrebbe dichiarato con riferimento a tali requisiti previsti a pena di esclusione dal disciplinare di gara. Premesso che, ad avviso di parte controinteressata, i requisiti indicati ai punti 12.1.3, 12.1.4 e 12.1.5 dell’articolo 12 del disciplinare di gara dovevano essere posseduti da ciascuna impresa partecipante e a maggior ragione quando – come nel caso di specie – si sia dato luogo ad un’ATI verticale, la Perna Ecologia avrebbe dichiarato di effettuare il 100 % del servizio di trasporto e raccolta rifiuti, omettendo, tuttavia, di produrre la documentazione comprovante i requisiti idonei fissati dalla *lex specialis*. Anche per tale ragione, l’offerta avrebbe dovuto essere esclusa.

Con il quarto motivo di ricorso la società controinteressata deduce l’illegittimità, l’inammissibilità e l’insostenibilità dell’offerta della costituenda A.t.i Entei s.p.a. / Perna Ecologia s.r.l., nonché il vizio di difetto di istruttoria. Secondo la prospettazione della Sige l’offerta presentata dalla ricorrente principale avrebbe dovuto essere esclusa in ragione dei molteplici profili di anomalia non avendo tenuto conto di molteplici voci di costo inserite nell’offerta tecnica. L’importo offerto non riuscirebbe a garantire neanche i soli costi di gestione degli impianti e del personale offerto e, pertanto, l’offerta sarebbe inadeguata in quanto non avrebbe tenuto conto dei molteplici ulteriori costi per formazione, le unità ausiliarie e di supporto, migliorie, offerti in gara. Il mancato calcolo di tali costi renderebbe evidente l’incongruità dell’offerta della ricorrente principale che avrebbe dovuto, conseguentemente, essere esclusa.

Il Comune di Valle di Maddaloni, benché ritualmente intimato, non si è costituito in giudizio.

Alla camera di consiglio del 6 settembre 2017 parte ricorrente ha rinunciato all'istanza cautelare ed il ricorso è stato cancellato dal ruolo della camera di consiglio.

Entrambe le parti hanno prodotto documentazione e presentato memorie per l’udienza di discussione. Parte ricorrente, nella memoria depositata in data 27 ottobre 2017, ha eccepito l’irricevibilità per tardività del ricorso incidentale.

All’udienza pubblica dell’8 novembre 2017 il Presidente, su richiesta del difensore della controinteressata e senza opposizione della ricorrente principale, ha disposto il rinvio della causa all'udienza pubblica del 22 novembre 2017, con rinuncia ai termini a difesa, al fine di consentire il deposito della prova dell'avvenuta notifica del ricorso incidentale al Comune intimato.

All’udienza pubblica del 22 novembre 2017 la causa è stata chiamata e assunta in decisione.

Il Collegio deve scrutinare in primo luogo il ricorso incidentale formulato dalla Sige s.r.l., che si presenta come “paralizzante” rispetto alle pretese della controparte.

La Sige s.r.l. ha proposto ricorso incidentale volto a “neutralizzare” il ricorso principale formulato dalla Entei s.p.a., in proprio e quale capogruppo mandataria della costituenda ATI con Perna Ecologia s.r.l. (cfr. T.A.R. Campania Napoli Sez. VIII, 19 ottobre 2017, n. 4884).

Ed invero trattasi di ricorso incidentale “escludente”, avendo la Sige s.r.l. impugnato gli atti di gara nella parte in cui non si dispone l'esclusione della costituenda ATI Entei s.p.a./Perna Ecologia s.r.l..

Il Collegio è tenuto in via prioritaria ad esaminare l’eccezione di irricevibilità per tardività del ricorso incidentale, sollevata dalla Entei s.p.a. nella memoria del 27 ottobre 2017.

Il ricorso incidentale, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente principale, deve ritenersi ammissibile ed altresì fondato in riferimento al primo capo di doglianze.

Con il primo motivo di ricorso, infatti, la la Sige s.r.l. lamenta la mancata esclusione dalla gara della ricorrente principale, deducendo la violazione dell’art. 5.4. del Disciplinare di Gara per l’omesso sopralluogo previsto a pena di esclusione, in quanto, dalla documentazione prodotta dalla costituenda A.T.I., emergerebbe che il sopralluogo è stato effettuato in via esclusiva dalla Entei s.p.a., a mezzo di proprio delegato, Simone Cammarota.

Il ricorso incidentale – si obietta – sarebbe irricevibile per tardività in quanto, anche a voler far coincidere la data di conoscenza dell’aggiudicazione definitiva, da parte della Sige s.r.l., con la data di affidamento del servizio “sotto riserve di legge” (19 giugno 2017), le relative doglianze sarebbero comunque state proposte oltre il termine decadenziale di trenta giorni di cui all’art. 120, comma 2-*bis*, cod.proc.amm., e ciò per trattarsi di censure che investono l’ ammissione alla gara della ricorrente principale, quindi da far valere quanto meno quando si ha notizia di tale determinazione se non a suo tempo pubblicata sul profilo del committente della stazione appaltante.

Ad avviso del Collegio, l’eccezione è infondata in quanto, contrariamente a quanto sostenuto dalla ricorrente principale, nel caso di specie non opera il termine decadenziale di cui all’art. 120, comma 2-bis, cod.proc.amm..

Ed invero la suddetta disposizione normativa attiene esclusivamente ai casi di esclusione o di ammissione “*all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali*” (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 7 novembre 2017, n. 5221), requisiti che esulano dalla questione oggetto del primo motivo di ricorso incidentale.

Al riguardo il Collegio ritiene che l’obbligo di sopralluogo inserito nella legge di gara concerna un’attività strumentale necessaria a consentire alle imprese partecipanti di formulare un’offerta tecnica ed economica che tenga conto di tutte le caratteristiche, fisiche, tecnologiche, di conservazione ecc., degli impianti da manutenere, adempimento quanto mai utile e auspicabile al fine della formulazione di un’offerta seria, attendibile e consapevole.

In tal senso si comprende come le prescrizioni in contestazione attengano, in realtà, non alle condizioni e ai requisiti di partecipazione ma piuttosto all’offerta da formulare, ponendosi quale presidio della sua serietà e attendibilità, sia a livello tecnico che economico (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III, 12 aprile 2017, n. 4480, T.A.R. Molise, Sez. I, 24 novembre 2016, n. 486).

Peraltro, nel caso di specie, quanto sopra trova conferma nell’art. 2 del capitolato speciale d’appalto, rubricato Ammontare dell’appalto, laddove è rappresentato: “*L’Amministrazione ritiene in via assoluta che il Gestore prima di adire l’appalto, abbia diligentemente visitato l’impianto di depurazione e le aree pertinenti allo stesso, si sia reso conto delle prestazioni gestionali da effettuare, delle distanze, dei mezzi di trasporto ed ogni cosa possa occorrere per dare la gestione secondo le prescrizioni del presente Capitolato Speciale. In conseguenza di ciò il ribasso offerto sul prezzo, sotto le condizioni tutte del contratto e del presente Capitolato Speciale, s’intende, senza restrizione alcuna, accettato dal Gestore come remunerativo di ogni spesa generale e particolare in quanto esso comprende tutti gli oneri per la corretta gestione, compresa la fornitura di strumentazioni di laboratorio, di reattivi di laboratorio, di utensili per l’officina e dell’officina, dei pezzi di ricambio necessari al funzionamento ordinario degli impianti, dei mezzi di trasporto per reflui e fanghi e mezzi per l’esecuzione dei lavori di straordinaria manutenzione, ecc., secondo quanto stabilito dai documenti di contratto.*”.

Trattandosi, pertanto, di requisito oggettivo, si applica il comma 5 del suddetto art. 120 c.p.a., che prevede “…. *Per il ricorso incidentale la decorrenza del termine è disciplinata dall'articolo 42.*”.

Alla luce del combinato disposto degli artt. 42 e 120, comma 5, c.p.a., il ricorso incidentale deve, quindi, ritenersi tempestivamente proposto, *in parte qua*, nel termine di 30 giorni decorrenti dalla notifica del ricorso principale.

Il motivo, come detto, risulta altresì fondato.

Occorre preliminarmente rilevare che, come evidenziato dalla condivisibile giurisprudenza, pur in assenza di disposizioni specifiche al riguardo nel nuovo Codice degli Appalti, l’art. 79, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, nel disciplinare i termini per la presentazione delle offerte di gara, prevede espressamente “*2. Quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi…*.”, così confermando la generale possibilità di prescrivere il sopralluogo negli atti di gara e, anzi, estendendone la portata applicativa rispetto al precedente assetto normativo (art. 106 d.P.R. n. 207/2010), dal momento che il citato art. 79 è applicabile indistintamente tanto ai lavori quanto ai servizi (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. III, 12 aprile 2017 n. 4480 cit.).

Il disciplinare di gara all’art. 5, rubricato Presa visione della documentazione di gara e sopralluogo, ai commi 4 e 8, per quello che in questa sede interessa, ha previsto:

“*5.4. Il sopralluogo sul sito dell’impianto oggetto del presente servizio di gestione e manutenzione è obbligatorio. La mancata effettuazione del sopralluogo sarà causa di esclusione dalla procedura di gara.*”;

“*5.8. In caso di raggruppamento temporaneo, GEIE, aggregazione di imprese di rete o consorzio ordinario, sia già costituiti che non ancora costituiti, in relazione al regime della solidarietà, tra i diversi operatori economici, il sopralluogo può essere effettuato da un incaricato per tutti gli operatori economici raggruppati, aggregati in rete o consorziati, purché munito delle delega di tutti detti operatori.*”.

Infine l’art. 19 del medesimo disciplinare di gara, disciplinante il soccorso istruttorio, esclude la possibilità di fare ricorso a quest’ultimo nei casi di “*“inadempimenti non sanabili ex post” per i quali è prevista l’esclusione dalla gara*”, fra i quali è espressamente compresa la “*mancata effettuazione del sopralluogo “obbligatorio”*”.

Passando ad analizzare la fattispecie oggetto di gravame alla luce della suddetta previsione normativa e della *lex specialis* di gara, dalla documentazione prodotta dalla costituenda A.T.I., e specificatamente dal certificato di presa visione prot. n. 4732 del 7 settembre 2016 rilasciato dal Responsabile del Procedimento, emerge che, come prospettato dalla ricorrente incidentale, il sopralluogo è stato effettuato in via esclusiva dalla Entei s.p.a., a mezzo del proprio legale rappresentante, Simone Cammarota.

Considerato che la gara per cui è causa concerne l’affidamento del “Servizio di gestione, conduzione e manutenzione dell’impianto di depurazione del Comune di Valle di Maddaloni” e che la costituenda A.T.I. ricorrente ha individuato nella propria offerta la Perna Ecologia s.r.l. quale esecutrice del servizio di “*raccolta e trasporto rifiuti*”, quest’ultima, dovendo provvedere alla gestione del servizio, avrebbe dovuto effettuare il sopralluogo necessario per la conoscenza dello stato dei luoghi prima di formulare la propria offerta, o, quantomeno, avrebbe dovuto delegare in merito il rappresentante legale della Entei s.p.a., come espressamente previsto dall’art. 5.8 del disciplinare di gara.

Al riguardo, in casi analoghi, la giurisprudenza ha chiarito che l’obbligo di eseguire il sopralluogo posto a carico dei soggetti partecipanti non può che riferirsi a ciascun concorrente che costituirà il RTI e l’attestato di sopralluogo, la cui mancanza determina l’esclusione dalla gara, deve riferirsi a tutte le imprese partecipanti (cfr. T.A.R. Molise, Sez. I, 24 novembre 2016, n. 486, Consiglio di Stato, Sez. IV, 19 ottobre 2015, n. 4778, Sez. IV, 17 febbraio 2014, n. 744).

Conclusivamente, alla luce di quanto sopra esposto, la stazione appaltante avrebbe dovuto escludere la ricorrente principale dalla gara.

La fondatezza di tale doglianza, di carattere “escludente”, determina, assorbite le ulteriori censure, l’accoglimento del ricorso incidentale.

Ne consegue l’improcedibilità, per sopravvenuta carenza di interesse, del ricorso principale, in quanto alla gara hanno partecipato e sono state ammesse anche altre due imprese, per cui nessuna utilità potrebbe conseguire la Entei s.p.a. dall’accoglimento della sua domanda giudiziale.

Ciò in quanto, secondo la giurisprudenza condivisa dal Collegio, anche in conformità del principio espresso da Corte Giustizia U.E. 5 aprile 2016, in causa C-689/13 (Puligienica), deve procedersi alla disamina del ricorso principale nonostante l’accoglimento di quello incidentale in tutti quei casi in cui il ricorrente principale potrebbe ricavare, dall’accoglimento della propria azione, la soddisfazione di un interesse, anche solo strumentale, alla rinnovazione della gara. Tale soluzione è applicabile a prescindere dal numero dei concorrenti e dalla identità/divergenza delle censure escludenti (cfr. Consiglio di Stato, Sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708; da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. V, 14 novembre 2017 n. 5245).

Ed invero, nel caso di specie, l’eventuale fondatezza del ricorso principale determinerebbe l’annullamento dell’aggiudicazione in favore della Sige s.r.l., ma – recando doglianze non aventi portata demolitoria dell’intera gara – non attribuirebbe alla Entei s.p.a. alcuna utilità né finale né strumentale, con la paradossale conseguenza, non ipotizzabile in una giurisdizione di tipo soggettivo quale quella amministrativa, dell’aggiudicazione della gara e dell’affidamento dell’appalto ad una terza impresa, estranea al presente rapporto processuale (cfr. T.A.R. Lazio, Sez. II, 6 giugno 2016, n.6509).

Le spese, secondo la regola della soccombenza, vanno poste a carico della ricorrente principale in favore della ricorrente incidentale, nell’importo liquidato in dispositivo.

Nulla per le spese nei confronti del Comune di Valle di Maddaloni, non costituito in giudizio.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Ottava), definitivamente pronunciando sul ricorso principale e sul ricorso incidentale, come in epigrafe proposti:

- accoglie il ricorso incidentale, nei sensi di cui in motivazione;

- dichiara improcedibile, per sopravvenuto difetto di interesse, il ricorso principale.

Condanna la ricorrente principale al pagamento di complessivi € 2.500,00 (euro duemilacinquecento/00) in favore della Sige s.r.l., ricorrente incidentale, a titolo di spese, diritti e onorari di causa, oltre accessori di legge e rifusione del contributo unificato, ove dovuto e versato.

Nulla per le spese nei confronti del Comune di Valle di Maddaloni.

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