Pubblicato il 06/09/2018
**N. 05233/2018REG.PROV.COLL.**
**N. 03354/2017 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 numero di registro generale 3354 del 2017, proposto da:
IN.VA. s.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Maria Alessandra Sandulli, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, corso Vittorio Emanuele II, 349;
***contro***
Comune di Saint Vincent, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Davide Sciulli, domiciliato ex art. 25 Cod. proc. amm. presso la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, 13;
***nei confronti***
Planetval s.r.l., non costituita in giudizio;
***per la riforma***
della sentenza del T.A.R. VALLE D'AOSTA - AOSTA - SEZIONE UNICA n. 00007/2017, resa tra le parti, concernente l'impugnativa della determina n. 438 del 19 dicembre 2016 del Direttore finanziario del Comune di Saint-Vincent, comunicata a mezzo posta elettronica a firma del medesimo Responsabile in data 20 dicembre 2016; - di ogni atto conseguente, ivi incluso il contratto eventualmente stipulato con l'aggiudicataria.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Saint Vincent;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 gennaio 2018 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Sandulli e Sciulli;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.- La INVA s.p.a., società a totale partecipazione pubblica dal 2007, specializzata nel settore ICT (*information and communication technology*) e costituita con l.r. n. 81 del 1987, ha interposto appello nei confronti della sentenza 20 febbraio 2017, n. 7 del Tribunale amministrativo regionale della Valle d’Aosta, con la quale è stato respinto il suo ricorso ed i motivi aggiunti, rispettivamente avverso la determina dirigenziale in data 19 dicembre 2016 di affidamento in via diretta a Planetval s.r.l. dei servizi di “assistenza sistemistica, tecnica e manutentiva della rete informatica” per l’anno 2017, e nei confronti del diniego di autotutela sui sopravvenuti rilievi comunali al servizio precedentemente svolto, adottati dal Comune di Saint-Vincent.
Quest’ultimo ha affidato ad INVA, unitamente ad altri servizi, la prestazione dei servizi di assistenza al proprio sistema ICT per l’anno 2016. In data 6 dicembre 2016, facendo seguito ad una richiesta informale rivoltale dal Comune, INVA ha presentato un’offerta per il “rinnovo ed estensione dei servizi”, finalizzata anche a fronteggiare le disfunzioni strutturali del *server*rilevate nell’anno precedente. Il 20 dicembre 2016 è stata informata di non essere risultata “aggiudicataria” del servizio, affidato a Planetval, ed ha saputo che il suo preventivo, richiesto informalmente per il rinnovo e l’estensione del servizio, era stato sottoposto a procedura comparativa con quelli di altre due imprese, le quali, al contrario, erano state rese edotte dei suddetti criteri, come è agevole rilevare dalla griglia comparativa contenuta nella determina impugnata.
Con il ricorso in primo grado la INVA s.p.a. ha impugnato l’aggiudicazione in favore della società Planetval essenzialmente censurandone l’illogicità, nonché la violazione dell’art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016, della *par condicio* tra i concorrenti, per non avere il Comune aperto una gara informale.
2.- La sentenza appellata ha respinto il ricorso ritenendo anzitutto che la INVA non possa considerarsi società *in house* del Comune di Saint-Vincent per difetto del requisito del “controllo analogo”, in ragione dell’esiguità della partecipazione societaria comunale (per una quota di azioni pari ad euro cinquecento su di un capitale sociale di euro 5.100.000), ed inoltre affermando la conformità della procedura espletata, traducentesi in un affidamento diretto, adeguatamente motivato in relazione al contenuto (economico e qualitativo) delle offerte scrutinate, di servizio di importo inferiore ad euro 40.000, alla previsione dell’art. 36, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016.
3. - L’appello della INVA s.p.a. deduce l’erroneità della sentenza nell’assunto di essere stata coinvolta in una gara informale senza averne avuto contezza a differenza degli altri competitori, solamente rispondendo ad un invito alla presentazione di un preventivo per il rinnovo del contratto in corso, incorrendo la pronuncia appellata in un chiaro vizio motivazionale laddove non ha tenuto conto della doglianza circa la preferibilità di rinnovare l’affidamento diretto in suo favore del servizio; lamenta inoltre la violazione dei principi giurisprudenziali e delle norme in materia di società *in house* per la parte della sentenza che non ha ravvisato la sussistenza del requisito del controllo analogo su INVA da parte del Comune appellato; infine deduce l’omessa pronuncia sui profili denunciati con i motivi aggiunti.
4. - Si è costituito in resistenza il Comune di Saint-Vincent, controdeducendo all’appello avversario e chiedendone la reiezione.
5. - All’udienza pubblica del 18 gennaio 2018 la causa è stata trattenuta in decisione.

**DIRITTO**

1.-Il primo, articolato, motivo di appello censura la sentenza impugnata anzitutto sotto il profilo della violazione dei principi di trasparenza, ragionevolezza e *par condicio* per non avere rilevato che, attraverso la “simulazione” del coinvolgimento di INVA in una gara informale, pur invitandola alla presentazione di un’offerta per il rinnovo del contratto, la stazione appaltante l’ha privata artatamente della possibilità di competere a parità di condizioni all’affidamento del servizio di assistenza tecnica per l’anno 2017; deduce inoltre che erroneamente la sentenza di prime cure abbia ritenuto assolto dall’Amministrazione l’obbligo motivazionale imposto dall’art. 36, comma 2, lett. a), del d.lgs. n. 50 del 2016, alle decisioni di affidamento diretto dei contratti di importo inferiore ad euro 40.000,00, specie nella prospettiva della mancata consapevolezza, da parte di INVA, di partecipare ad una competizione, e dunque dei criteri di selezione seguiti e degli elementi dell’offerta che la stazione appaltante intendeva valorizzare. Viene ulteriormente dedotta la violazione dell’art. 95 del d.lgs. n. 50 del 2016 per non avere la sentenza rilevato l’illegittimità del ricorso al criterio di aggiudicazione del massimo ribasso, senza darne contezza ad uno degli offerenti, ed anzi consentendo a Planetval di rimodulare la propria offerta (in relazione ai tempi di intervento, alla franchigia, al canone), escludendo servizi inutili e concentrandosi su quelli ritenuti prevalenti dall’Amministrazione; il che appare tanto più evidente ove si rifletta che l’offerta di INVA supera di soli euro seicento quella di Planetval.
Il motivo è fondato e va accolto.
Il punto fondamentale ai fini del decidere va ravvisato nella circostanza per cui INVA, precedente gestore del servizio, è stata invitata, nel novembre 2016, a formulare un preventivo ai fini del rinnovo del contratto senza essere edotta della pendenza di una procedura di gara informale nella quale erano state invitate, già a settembre, due società operanti nel settore (la Planetval e la Valcaisse, le quali sono state nel prosieguo anche invitate a rimodulare l’offerta mediante redazione di un modulo precompilato con la descrizione puntuale di tutti i servizi richiesti).
Ciò ha comportato che la società appellante abbia formulato un’offerta, divenuta oggetto di una valutazione comparativa concorrenziale, informata peraltro al criterio residuale del prezzo più basso, totalmente “al buio”, senza conoscere i criteri della selezione, e dunque neppure gli elementi ritenuti qualificanti dell’offerta , in palese violazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza, espressamente sanciti, per le procedure di gara anche per contratti sotto soglia, dagli artt. 4, 30 e 36 del d.lgs. n. 50 del 2016. Inconferente appare dunque la motivazione della sentenza appellata laddove ha ritenuto che «*la mancata esplicitazione dei criteri di valutazione che avrebbe impedito la presentazione di una offerta consapevole e completa, […], non può essere ritenuto*-(aspetto)-*meritevole di favorevole scrutinio, anche avuto riguardo alla veste di operatore del settore della ricorrente che doveva certamente essere in grado di formulare un’offerta completa e congrua anche in ragione del pregresso svolgimento del medesimo servizio*».
Né può obiettarsi che l’art. 36 consente l’affidamento diretto per importi inferiori a 40.000 euro anche senza previa consultazione di due o più operatori, in quanto, una volta optato per la gara informale, la stazione appaltante doveva rispettarne le regole e la *ratio*sottostante. Occorre inoltre considerare che la norma in esame, al comma 2, lett. a), nel testo allora vigente, prevedeva che l’affidamento diretto fosse adeguatamente motivato; analogamente, le Linee guida dell’ANAC n. 4 del 2016, a garanzia proprio dell’imparzialità e della parità di trattamento, stabiliscono che la determina a contrarre contenga una motivazione in ordine all’interesse pubblico che si intende soddisfare ed alle ragioni che hanno condotto alla procedura seguita per l’individuazione dell’aggiudicatario. Non condivisibile, in quanto collocato su di un altro piano, appare dunque il percorso argomentativo della sentenza che si limita ad evidenziare come la stazione appaltante abbia motivato sulla maggiore convenienza dal punto di vista economico e prestazionale dell’offerta risultata aggiudicataria.
2. - L’accoglimento del primo motivo di appello ha portata assorbente, in quanto evidenzia l’illegittimità in radice della gara informale e giustifica dunque la mancata disamina degli altri motivi, compreso quello sulla configurabilità di un controllo analogo, seppure congiunto, dell’Amministrazione sulla società appellante, nonché sui presupposti del ricorso all’*in house*, che costituiscono profili comunque logicamente e giuridicamente distinti, implicanti in ogni caso una volontà dell’Amministrazione di non ricorrere al mercato, e richiedenti, sul piano processuale, approfondimenti istruttori, ultronei ai fini del decidere.
3. - In conclusione, alla stregua di quanto esposto, l’appello va accolto, e, per l’effetto, in riforma della sentenza appellata, deve essere accolto il ricorso di primo grado.
La peculiarità della questione trattata integra le giuste ed eccezionali ragioni che giustificano la compensazione tra le parti delle spese del doppio grado di giudizio.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo accoglie, e, per l’affetto, in riforma della sentenza appellata, accoglie il ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del provvedimento gravato.
Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 18 gennaio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Giuseppe Severini, Presidente
Claudio Contessa, Consigliere
Fabio Franconiero, Consigliere
Valerio Perotti, Consigliere
Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 05/09/2018
**N. 05202/2018REG.PROV.COLL.**
**N. 00518/2018 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 numero di registro generale 518 del 2018, proposto da
Comune di Sesto al Reghena, in persona del Sindaco in carica *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Elena Feresin, Luca De Pauli, Luca Mazzeo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Luca Mazzeo in Roma, via Eustachio Manfredi 5;
***contro***
Fdm Tours Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mattia Matarazzo, Laura Martin, domiciliato presso la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro 13;
Alibus International Srl, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dagli avvocati Mattia Matarazzo, Laura Martin, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
***nei confronti***
Euro Tours Srl, Mondo Tours Srl, Cooperativa Socale Acli Soc.Coop. Onlus, Friuliviaggi Srl, Servizi e Trasporti Locali Srl, non costituiti in giudizio;
***per la riforma***
della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima) n. 406/2017, resa tra le parti

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Fdm Tours Srl e di Alibus International Srl;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 marzo 2018 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Federica Scafarelli, in sostituzione dell'avv. Mazzeo, e Mattia Matarazzo;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.- Con atto di appello notificato nei tempi e nelle forme di rito, il Comune di Sesto al Reghena, come in atti rappresentato e difeso, impugnava la sentenza n. 406 del 21 dicembre 2017, meglio distinta in epigrafe, con la quale il TAR Friuli Venezia Giulia aveva accolto il ricorso proposto da FDM Tours S.r.l. e Alibus International S.r.l., annullando, per l’effetto, tutti gli atti della gara per l’affidamento del servizio di trasporto pubblico con scuolabus, a partire dall’esclusione delle società ricorrenti.
A sostegno del gravame esponeva:
*a*) che aveva bandito, come stazione appaltante, la procedura aperta *ex* art. 60 del D.lgs. n. 50/2016, per l’aggiudicazione, secondo il criterio del minor prezzo ai sensi dell’art. 95, comma 4, lettera *b*), dell’appalto per l’affidamento del “*servizio di trasporto pubblico con scuolabus – anni scolastici 2017-2018, 2018-2019, 2019-2020, 2020-2021*”;
*b*) che alla procedura avevano partecipato, tra le altre, le società odierne appellate in costituenda A.T.I., che erano state, tuttavia, escluse con verbale di gara dell’8 agosto 2017, successivamente comunicato, all’esito del riscontro della dichiarazione, che aveva accompagnato la presentazione dell’offerta, con la quale avevano formalizzato la propria intenzione di “*non prestare acquiescenza al bando ed al disciplinare di gara*”, in particolare nella parte in cui gli stessi prevedevano, come criterio di scelta del contraente, quello (ritenuto *contra legem*) del minor prezzo, facendo contestuale riserva di impugnazione della *lex specialis* per l’eventualità di mancata aggiudicazione della gara;
*c*) che una così scandita dichiarazione era stata, invero, ritenuta in insanabile contrasto con il disciplinare di gara, a tenore del quale sarebbero stati programmaticamente “*esclusi dalla gara i concorrenti, qualora dalle dichiarazioni, dall’offerta o dalle dichiarazioni comunque prodotte,* [fossero risultate] *condizioni o riserve in ordine all’accettazione delle clausole del bando, del disciplinare di gara, del Capitolato Speciale d’Appalto o degli altri elaborati di progetto predisposti dalla Stazione Appaltante per l’appalto in oggetto*”;
*d*) che avverso il provvedimento di esclusione (nonché contro l’aggiudicazione dell’appalto *medio tempore* pronunciata in favore della Euro Tours S.r.l.) le odierne appellate avevano proposto ricorso, nelle forme del rito c.d. “super accelerato” di cui all’art. 120, comma 2 *bis* c.p.a., invocando declaratoria di nullità della contestata determinazione espulsiva per asserita violazione del principio di tassatività delle cause di esclusione previsto dall’art. 83, comma 8, del D.lgs. n. 50/2016 e/o l’annullamento della stessa per asserita violazione del diritto costituzionale di difesa e per violazione del principio del *favor partecipationis*:
*e*) che – nella resistenza dell’Ente, intesa ad evidenziare l’inammissibilità e l’infondatezza del proposto gravame – il TAR adito, con la sentenza impugnata, adottata previa conversione del rito (giustificata dalla congiunta impugnazione dell’atto di esclusione e della finale aggiudicazione), accoglieva le proposte doglianze, annullando gli atti di gara “*a partire dall’esclusione delle società ricorrenti*”, assumendo che “*l’offerta delle deducenti non risulta*[sse] *affatto condizionata, e la volontà delle stesse di vincolarsi con l’Amministrazione* [fosse] *piena*”.
2.- Avverso la ridetta statuizione, il Comune insorgeva con rituale appello, con il quale ne lamentava la complessiva erroneità ed ingiustizia e ne invocava l’integrale riforma.
Nella resistenza di FDM Tours Srl e di Alibus International Srl, alla pubblica udienza del 22 marzo 2018, sulle reiterate conclusioni rese dai difensori delle parti costituite, la causa veniva riservata per la decisione.

**DIRITTO**

1.- L’appello non è fondato e merita di essere respinto.
2.- Con un primo mezzo, il Comune appellante – lamentando l’erroneità della sentenza per travisamento dei fatti e carente od omessa motivazione – assume, reiterando l’eccezione sul punto disattesa in prime cure, che il ricorso avrebbe dovuto essere dichiarato inammissibile, in quanto le appellate – che avevano ventilato l’illegittimità del criterio di aggiudicazione scolpito dal bando, al segno da farne oggetto di espressa riserva di impugnazione e che, proprio in conseguenza del carattere così “condizionato” dell’offerta presentata, si erano viste escludere dalla procedura – avevano, nondimeno, omesso – anche all’atto di impugnare, una alla propria estromissione, la definitiva aggiudicazione a favore dei controinteressati – di censurare, sul punto, la *lex specialis* (incorrendo, in proposito, in una insuperabile preclusione, che sarebbe stata, in tesi, da riguardare quale ragion sufficiente per dichiarare insussistente l’interesse alla coltivazione dell’intero gravame).
Con più lungo discorso, l’assunto critico dell’appellante va acquisito, per come diffusamente articolato ed elaborato, nei seguenti, comprensivi termini:
*a*) la contestazione del criterio di aggiudicazione scolpito dal bando di gara, in quanto strutturante una clausola connotata di immediata lesività, avrebbe dovuto essere fatta, come tale, oggetto di immediato e tempestivo gravame, non palesandosi idonea, allo scopo, una semplice (e, per giunta, irrituale) “riserva” di impugnazione, di per sé idonea a veicolare una mera e prospettica (e, come tale, irrilevante) “intenzione” censoria;
*b*) in disparte il carattere “condizionato” che, contrariamente all’avviso del primo giudice, avrebbe dovuto effettivamente riconoscersi ad una proposta formulata in termini così riservati (questione, per sé, oggetto di distinto ed autonomo motivo di gravame, di cui si dirà *infra*), l’impugnazione dell’aggiudicazione (*avvenuta proprio in forza e sulla base del contestato criterio valutativo*) non avrebbe, per definizione, potuto legittimare (stante la ribadita lesività immediata da riconoscersi *in parte qua*al bando) la (ormai inesorabilmente tardiva) formalizzazione, a scioglimento della riserva, della relativa doglianza: discendendone, *de plano*, l’inammissibilità per sostanziale carenza di interesse (posta la rilevata preclusione a dedurre il vizio in via derivata, a carico dell’atto definitivo del procedimento);
*c*) che – per sovrammercato – non solo, *in astratto*, siffatta censura non avrebbe potuto, nei chiariti sensi, essere formulata, ma – addirittura – la stessa non era neppure stata, *di fatto* e concretamente, proposta: ciò che avrebbe dovuto *maiori causa* indurre il primo giudice a dichiarare senz’altro la irredimibile inammissibilità del proposto ricorso.
2.1.- Pur suggestivo ed abilmente argomentato, il riassunto impianto censorio non appare persuasivo.
2.1.2.- In via preliminare, importa ribadire che – superando sollecitazioni in diverso senso variamente formulate anche in sede pretoria – l’Adunanza plenaria di questo Consiglio di Stato, con la sentenza n. 4 del 26 aprile 2018, ha chiarito, ribadendo e corroborando, sul punto, il tradizionale orientamento giurisprudenziale, che né il pregresso regime normativo (fondato sul principio dell’equiordinazione dei metodi di aggiudicazione, la cui scelta restava rimessa alla responsabile discrezionalità della stazione appaltante: cfr. art. 81, commi 1 e 2 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) né l’attuale quadro ordinamentale (che per contro, sulla scorta del considerando 89 della direttiva 24/2014, ha scolpito un obiettivo *favor* per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prefigurando un “*sistema di gerarchia*” tra i metodi di aggiudicazione, che si impone, come tale, alla stazione appaltante: cfr. art. 95 d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50) consentono di rinvenire elementi per pervenire all’affermazione che debba imporsi all’offerente di impugnare immediatamente la clausola del bando che prevede il criterio di aggiudicazione, ove la ritenga errata: e ciò in quanto, “*versandosi nello stato iniziale ed embrionale della procedura, non vi sarebbe infatti né prova né indizio della circostanza che l’impugnante certamente non sarebbe prescelto quale aggiudicatario*”, onde, a diversamente opinare, si finirebbe per imporre all’offerente l’implausibile onere di denunciare la clausola del bando “*sulla scorta della preconizzazione di una futura ed ipotetica lesione, al fine di tutelare un interesse (quello strumentale alla riedizione della gara), certamente subordinato rispetto all’interesse primario (quello a rendersi aggiudicatario), del quale non sarebbe certa la non realizzabilità*”.
Se ne trae, sotto un primo profilo, la conclusione che, nel caso di specie, non sussistesse, a carico delle società appellate (che, pure, avevano manifestato, nei rammentati sensi, riserve sul punto) un *onere di immediata impugnazione del bando*, avuto riguardo al prefigurato criterio di aggiudicazione (prezzo più basso, in luogo dell’offerta economicamente più vantaggiosa).
Il che vale quanto dire – nella prospettiva di cui all’art. 120, comma 5 c.p.a., che legittima (e, a un tempo, impone) l’immediata impugnazione degli atti di indizione solo in quanto “*autonomamente lesivi*” – che le clausole preordinate alla fissazione dei metodi di valutazione delle offerte non rientrano, per definizione, tra quelle connotate di immediata incidenza lesiva (e prefigurative, in quanto tali, di forme di “arresto procedimentale” aventi obiettiva attitudine preclusiva della partecipazione concorrenziale alla fase evidenziale).
2.1.2.- Sta di fatto, tuttavia, che la stessa Adunanza plenaria ha cura di rimarcare – anche sotto questo profilo ribadendo e confermando consolidati principi – che “*le clausole del bando che non rivestono certa portata escludente devono essere impugnate dall’offerente unitamente all’atto conclusivo della procedura di gara*”: e ciò in quanto la *potenziale*attitudine lesiva manifestata in sede endoprocedimentale trasmoda, a procedimento concluso, in concreta ed attuale lesione, in grado di attivare l’onere di tempestiva impugnazione.
Nel caso di specie, per contro – ciò che, *prima facie*, sembrerebbe validare il critico ragionamento dell’appellante – le società appellate, nell’impugnare l’aggiudicazione disposta a favore delle imprese controinteressate, *non hanno formalizzato alcuna censura in ordine ai criteri di aggiudicazione*: non avrebbe, perciò, potuto il primo giudice limitarsi a dire interdetta (come, del resto, è ovvio) una pronuncia su domanda non proposta, ma – ben altrimenti – avrebbe dovuto trarne ragione di inammissibilità dell’intero ricorso, risultando – in concreto – non più proponibile *proprio quella questione che aveva costituito ragione di condizionamento della domanda di partecipazione*.
In altri termini, e con più lungo discorso: *a*) le appellate erano state escluse perché *avevano contestato, senza impugnarli, i criteri di aggiudicazione*; *b*) l’impugnativa della propria estromissione era fondata (*esclusivamente*) sul dedotto carattere non condizionato della proposta negoziale formulata; *c*) una volta intervenuta l’aggiudicazione, la mancata contestazione dei ridetti criteri – *in assenza di ulteriori e specifiche ragioni di doglianza, idonee ad evidenziare proprie ed autonome ragioni di illegittimità dell’aggiudicazione* – rendeva, ormai, priva di intesse l’iniziativa processuale (posto che, in buona sostanza, le appellate non avrebbero più potuto proporre *alcuna ragione di doglianza*avverso l’aggiudicazione).
2.1.3. – Il riassunto ragionamento risulta, ad una più sottile analisi, non persuasivo.
Va soggiunto che il tema investe, in realtà, il delicato tema delle *preclusioni*processuali.
Esso può essere, nella sua essenza, posto nei termini della seguente alternativa:
*a*) una volta intervenuta l’aggiudicazione, il concorrente già escluso che – impugnata l’esclusione – sia astretto a contestare anche l’aggiudicazione (pena l’improcedibilità del suo ricorso) è comunque tenuto (a questo punto) a contestare (anche) il (*deducibile)*criterio di aggiudicazione seguito (con il che – in buona sostanza – quando, vittorioso, fosse conformativamente riammesso in gara, si vedrebbe preclusa la relativa possibilità all’esito di una nuova e lesiva riaggiudicazione)?
*b*) oppure – *essendo l’interesse ad impugnare l’aggiudicazione altrui limitato alla caducazione degli atti di gara successivi alla propria esclusione*, con conseguente (*mera ed aperta*) riattivazione della procedura evidenziale (senza necessità, quindi, di sollevare subito “*tutte*” le possibili ragioni di illegittimità dell’aggiudicazione comechessia consequenziale all’esclusione) – potrebbe sempre riservarsi (e, comunque, proporre *secundum eventum*) la relativa doglianza?
A favore della prima opzione potrebbe ritenersi militare – con la prospettica valorizzazione, in termini più stringenti, della preclusione da deducibile – la complessiva logica di massima concentrazione delle tutele, che ispira e sorregge la disciplina del rito c.d. superaccelerato (al quale, peraltro, si sottrae l’impugnazione dei provvedimenti di aggiudicazione).
A favore della seconda milita, per contro – in termini ben più persuasivi – il rilievo, discendente dai principi generali, che *il concorrente escluso vanta e valorizza esclusivamente il proprio interesse alla riammissione in gara* (e, per tal via, ha interesse ad impugnare l’aggiudicazione solo in quanto *atto consequenziale*, la cui omessa contestazione precluderebbe di coltivare, per carenza di interesse, l’impugnazione degli atti endoprocedimentali presupposti).
È sufficiente osservare, per rendersene persuasi, che nulla esclude che – una volta riammesso in gara – il concorrente possa conseguire l’aggiudicazione a proprio favore.
E, a ben considerare, anche nella diversa ipotesi in cui la rinnovata aggiudicazione si dimostrasse novativamente lesiva, non c’è ragione per ritenere, per esempio, che la sua impugnazione avvenga per ragioni diverse (ed autonomamente rilevanti) rispetto a quella relativa ai criteri di aggiudicazione: in ordine ai quali non si vede, del resto, ragione per escludere che l’interessato abbia, magari, ad abdicare, pur senza rinunziare a contestare, per altro rispetto, gli esiti sfavorevoli della procedura evidenziale.
Alla luce delle osservazioni che precedono, il ragionamento del Comune appellante si rivela inesatto (e addirittura, in certo modo, circolare): deve, invero, ribadirsi:
*a*) che, laddove la propria esclusione fosse stata *per qualunque ragione*illegittima, i concorrenti esclusi avrebbero potuto impugnarla;
*b*) che – al fine di preservare il proprio interesse – avrebbero avuto l’onere (nella specie ottemperato) di estendere l’impugnazione (se del caso, per aggiunzione di motivi) alla sopravvenuta aggiudicazione, *anche facendo valere solo vizi in via derivata*;
*c*) che – conseguito l’annullamento della esclusione e, *pedissequamente,*dell’aggiudicazione – gli esiti (*aperti*) della (riattivata) procedura prospetticamente autorizzerebbero nuova ed *autonoma impugnativa*(questa volta, *per vizi anche propri*) della rinnovata aggiudicazione, se ed in quanto, *nova ratione*, lesiva.
2.2.- Alla luce delle osservazioni che precedono, il primo motivo di appello deve ritenersi infondato.
3.- Con il secondo motivo di doglianza, il Comune appellante contesta la decisione del primo giudice, che ha ritenuto sostanzialmente “inutile” (e, quindi, non idonea a rendere incerta e “condizionata” la proposta negoziale formulata) la “riserva di non acquiescenza” formulata in ordine ai criteri di aggiudicazione.
3.1.- Il motivo è palesemente infondato.
Importa premettere che il disciplinare di gara, al paragrafo “*L – Altre Informazioni*”, lettera *i*), prevedeva espressamente che “[sarebbero stati] *esclusi dalla gara i concorrenti, qualora dalle dichiarazioni, dall’offerta o dalle dichiarazioni comunque prodotte,* [fossero risultate] *condizioni o riserve in ordine all’accettazione delle clausole del bando, del disciplinare di gara, del Capitolato Speciale d’Appalto o degli altri elaborati di progetto predisposti dalla Stazione Appaltante per l’appalto in oggetto*”.
Appare evidente che nella sua (implausibile) portata letterale, una siffatta clausola (che andrebbe, come tale, fulminata di nullità, siccome prefigurativa di cause di generalizzata esclusione: cfr. art. 83 d. lgs. n. 50/2016) porterebbe, per il concorrente che intendesse formulare un’offerta senza fare acquiescenza alle clausole di gara, all’onere di formalizzare una immediata impugnazione, non potendo “riservarsi” il gravame (ciò che, per l’appunto, trasformerebbe automaticamente l’offerta in offerta “condizionata”).
È chiaro, tuttavia, che non può certamente una clausola dello stesso bando imporre, a pena di esclusione, una immediata impugnazione, risolvendosi tale regola operativa in una implausibile compressione del diritto di difesa, costituzionalmente garantito.
Appare, allora, esatto quanto rilevato dal primo giudice: una riserva, come quella formulata, era del tutto irrilevante, non essendo idonea ad incidere sulla portata, sulla consistenza e sui termini dell’offerta economica, così come concretamente formulata. Esito che emerge con chiarezza ove si rifletta che – ove il concorrente, piuttosto che esternare le proprie perplessità, le avesse taciute – non gli sarebbe stata in alcun modo preclusa l’impugnazione.
La conclusione è conforme al principio, giustamente richiamato nella sentenza impugnata, per cui “*nelle gare pubbliche l’accettazione delle regole di partecipazione non comporta l’inoppugnabilità di clausole del bando regolanti la procedura che fossero, in ipotesi, ritenute illegittime, in quanto una stazione appaltante non può mai opporre ad una concorrente un’acquiescenza implicita alle clausole del procedimento, che si tradurrebbe in una palese ed inammissibile violazione dei principi fissati dagli artt. 24, comma 1, e, 113 comma 1, Cost., ovvero nella esclusione della possibilità di tutela giurisdizionale*” (cfr. Cons. Stato, Sez. III, n. 2507/2016).
È chiaro, in siffatta prospettiva, che accettare (senza fare acquiescenza) e contestare (riservandosi l’impugnazione) sono due facce della stessa medaglia: in ogni caso, il concorrente non può vedersi preclusa (nel primo caso) la successiva impugnazione e (nel secondo caso) la partecipazione alla gara.
Che tale ricostruzione dell’effettivo (ed accettabile) significato della clausola in questione discenda, in più generale prospettiva, dalla valorizzazione del generale canone conservativo degli effetti giuridici (che il primo giudice ha richiamato per il tramite dell’art. 1367 c.c.), è considerazione che può ritenersi di per sé esatta e che vale, in ogni caso, a corroborare le raggiunte conclusioni.
4.- Alla luce dei rilievi che precedono, l’appello deve ritenersi complessivamente infondato.
Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.
Condanna il Comune appellante alla refusione delle spese di lite in favore di Fdm Tours Srl e di Alibus International Srl, che liquida nella complessiva di € 2.000, oltre accessori di legge, a favore della prima ed € 2.000, oltre accessori di legge, a favore della seconda.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 22 marzo 2018 con l'intervento dei magistrati:
Francesco Caringella, Presidente
Claudio Contessa, Consigliere
Fabio Franconiero, Consigliere
Valerio Perotti, Consigliere
Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 04/09/2018
**N. 05178/2018REG.PROV.COLL.**
**N. 04052/2017 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 in appello iscritto al numero di registro generale 4052 del 2017, proposto da:
Vedetta 2 Mondialpol s.p.a., in proprio e quale mandataria dell’A.T.I. con la Alarm Engineering System s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Barbara Bari, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Nicola Laurenti in Roma, via F. Denza, n. 50/A;
***contro***
Comune di Belluno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Gabriele Bicego, con domicilio eletto presso lo studio dell’avvocato Stefano Gattamelata in Roma, via di Monte Fiore, n. 22;
***nei confronti***
Vigilanza Privata Serenissima Soc. Coop., non costituita in giudizio;
***per la riforma***
della sentenza del T.A.R. VENETO – VENEZIA, SEZIONE I n. 00422/2017, resa tra le parti, concernente l’aggiudicazione definitiva del servizio di teleallarme e vigilanza per il periodo 1 ottobre 2016 – 30 settembre 2021.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visto l'atto di costituzione in giudizio del Comune di Belluno;
Viste le memorie difensive;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 febbraio 2018 il Cons. Stefano Fantini e uditi per le parti gli avvocati Bari e Bicego;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.- Con la sentenza n.422 del 28 aprile 2017 il Tribunale amministrativo regionale per il Veneto, sez. I, nella resistenza dell’intimato Comune di Belluno, ha dichiarato irricevibile il ricorso proposto dalla Vedetta 2 Mondialpol s.p.a. avverso il provvedimento (determinazione n. 725 del 20 settembre 2016) con il quale l’Amministrazione di Belluno ha aggiudicato definitivamente alla Vigilanza Privata Serenissima Soc. Coop. il servizio di teleallarme/vigilanza per cinque anni (dal 1° ottobre 2016 al 30 settembre 2021).
Secondo il Tribunale, infatti, il ricorso notificato a mezzo di posta raccomandata spedita il 5 dicembre 2016 era da considerarsi tardivo (ex art. 120, comma 5, Cod. proc. amm.) rispetto alla data del 28 ottobre 2016 in cui l’Amministrazione appaltante aveva consentito la visione degli atti di gara.
2. - La Vedetta Mondialpol S.p.A. ha chiesto la riforma di tale sentenza, deducendo l’erroneità e l’ingiustizia alla stregua di due motivi di gravame, il primo rubricato “I. Sulla tempestività del ricorso – violazione e/o falsa applicazione degli artt. 52 e 53 D. lgs. 50/16, e dell’art. 22 e ss. L. 241/1990 – eccesso di potere per irrazionalità e/o irragionevolezza della sentenza impugnata”; il secondo “II. Omessa pronuncia dei motivi di merito. Violazione della *lex specialis*. Violazione e/o falsa applicazione dell’art. 76 D. Lgs. 50/2016; eccesso di potere per erronea e/o falsa valutazione per errore sui presupposti di fatto; per travisamento dei fatti, carente e insufficiente istruttoria; omessa, carente, illogica motivazione – violazione e/o falsa applicazione dell’art. 3 l. n. 241/1990”.
L’appellante ha altresì riproposto la domanda risarcitoria.
3. - Ha resistito al gravame il Comune di Belluno, che ne ha dedotto l’inammissibilità e l’infondatezza, chiedendone il rigetto.
4. - Respinta la domanda cautelare di sospensione dell’esecutività della sentenza impugnata con ordinanza n. 3449 del 31 agosto 2017, nell’imminenza dell’udienza di trattazione le parti hanno illustrato con apposite memorie le proprie rispettive tesi difensive; all’udienza pubblica del 15 febbraio 2018, dopo la rituale discussione, la causa è stata trattenuta in decisione.
5. - L’appello è infondato e deve essere respinto.
5.1. - Con riferimento alla comunicazione dell'aggiudicazione di una gara di appalto, ai sensi dell’art. 79, comma 5, del previgente codice dei contratti pubblici, la cui disposizione è sostanzialmente analoga a quella di cui all’art. 76 del D. Lgs. n. 50 del 2016, la giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare che la previsione deve essere coordinata con le regole generali in materia di termine per proporre ricorso, ed in particolare con la "conoscenza" cui si riferisce il parimenti citato art. 120, comma 5, del codice del processo amministrativo (*ex multis* Cons. Stato, V, 1 agosto 2016, n. 3451; 3 febbraio 2016, n. 408, 13 marzo 2014, n. 1250; VI, 1 aprile 2016, n. 1298).
Detto orientamento è stato condiviso dalla Corte di Giustizia (sentenza 8 maggio 2014, in causa C-161/13), secondo cui l'art. 120 deve essere interpretato nel senso che il termine di trenta giorni per l'impugnativa del provvedimento di aggiudicazione non decorre sempre e comunque dal momento della comunicazione di cui all'articolo 79 citato, ma, nel caso in cui emergano vizi riferibili ad atti diversi da quelli comunicati dalla stazione appaltante, dal giorno in cui l'interessato abbia avuto piena ed effettiva conoscenza, proprio in esito all'accesso, degli atti e delle vicende fino ad allora rimasti non noti.
5.2. - Sulla scorta delle indicate coordinate ermeneutiche, pienamente condivisibili anche perché rispettose dei principi costituzionali di cui agli artt. 24, 111 e 113, seppure deve sicuramente escludersi, indipendentemente da ogni altra considerazione, la fondatezza dell’eccezione sollevata dall’Amministrazione appellata, secondo cui il ricorso di primo grado di sarebbe stato comunque tardivo in relazione alla comunicazione dell’aggiudicazione, ex art. 76, comma 5, del D. Lgs. n. 50 del 2016, avvenuta il 20 settembre 2016, non essendo stata fornita alcuna prova che tale comunicazione fosse accompagnata anche dagli atti di gara che rendevano conoscibili gli eventuali vizi della procedura stessa, deve tuttavia ritenersi che correttamente i primi giudici hanno fatto decorrere il termine per l’impugnazione dal momento in cui l’Amministrazione, a seguito dell’istanza di accesso, ha reso effettivamente disponibili e conoscibili gli atti della procedura, e cioè dal 28 ottobre 2016 e non già dal 4 novembre 2016, data in cui l’impresa appellante ha effettivamente esercitato l’accesso.
Invero, diversamente da quanto suggestivamente prospettato dall’appellante, l’Amministrazione appaltante con la nota del 27 ottobre 2016, riscontrando la richiesta di accesso, non ha indicato due date alternative per esercitare l’accesso (28 ottobre 2016 o 4 novembre 2016), ma ha piuttosto fissato una sola data (28 ottobre 2016, indicando anche gli oneri il cui adempimento era imprescindibile per il corretto, immediato ed effettivo esercizio dell’accesso), precisando poi che “in caso di indisponibilità nel predetto giorno” l’accesso stesso avrebbe potuto essere esercitato “il giorno 4/11/2016 nelle stesse ore ovvero la settimana successiva in data da concordarsi”.
5.3. - All’appellante non era stato affatto attribuita dall’Amministrazione la facoltà di scegliere il momento a lei più comodo per esercitare il diritto di acceso, quanto piuttosto, in applicazione dei canoni di comportamento di buona fede e leale collaborazione, era stata indicata un’altra data (o altre ancora da concordarsi) subordinatamente all’indisponibilità di esercitare l’accesso nella prima data: ciò del resto coerentemente con l’esercizio del diritto di difesa, senza tuttavia che il termine di impugnazione fosse inammissibilmente subordinato alla incondizionata libertà dell’interessata.
Poiché nessuna prova è stata fornita della indisponibilità obiettiva ed assoluta di esercitare il diritto di accesso proprio per il 28 ottobre 2016, non potendo tale indisponibilità coincidere con le mere difficoltà organizzative e/o di natura soggettiva indicate dall’appellante, il termine per l’impugnazione non poteva che decorrere dal momento in cui la documentazione è stata resa effettivamente disponibile, non potendo ammettersi, come correttamente sottolineato *ex adverso*, che il predetto termine nel caso di specie possa dipendere dalla mera volontà della parte.
6. - La sentenza di primo grado sul punto deve essere pertanto confermata, il che esime la Sezione dall’esame del secondo motivo di gravame (con cui sono state sostanzialmente riproposte le censure di cui al ricorso introduttivo del giudizio, non esaminate) e della domanda risarcitoria (che presuppone la illegittimità del provvedimento impugnato).
7. - Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate come in dispositivo.

**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, in favore del Comune di Belluno, delle spese del presente grado di giudizio che liquida complessivamente in €. 5.000,00 (cinquemila), oltre iva, cpa ed altri accessori di legge, se dovuti.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 febbraio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Carlo Saltelli, Presidente
Roberto Giovagnoli, Consigliere
Fabio Franconiero, Consigliere
Raffaele Prosperi, Consigliere
Stefano Fantini, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 04/09/2018
**N. 05179/2018REG.PROV.COLL.**
**N. 03949/2017 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 in appello numero di registro generale 3949 del 2017, proposto da
Eco Soc. Coop. Onlus, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, domiciliato presso la Segreteria sezionale del Consiglio di Stato in Roma, piazza Capo di Ferro, n. 13;
***contro***
Comune di San Marzano sul Sarno, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Italo Rocco, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;
***nei confronti***
Società Oltre cooperativa sociale, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Lorenzo Lentini, con domicilio eletto presso lo studio Alfredo Placidi in Roma, via Barnaba Tortolini, n. 30;
***per la riforma***
della sentenza breve del T.A.R. Campania – Salerno, Sez. I, n. 48/2017, resa tra le parti;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di San Marzano sul Sarno e della Società Oltre cooperativa sociale;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 12 aprile 2018 il Cons. Giovanni Grasso e uditi per le parti gli avvocati Tozzi, Mangazzo su delega di Rocco e Lentini;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO**

1.- Con atto di appello notificato nei tempi e nelle forme di rito, la Eco soc. coop. Onlus, come in atti rappresentata e difesa, impugnava la sentenza breve, meglio distinta in epigrafe, con il quale il TAR Campania – Salerno aveva respinto il ricorso proposto nei confronti del Comune di San Marzano sul Sarno avverso gli sfavorevoli esiti della procedura evidenziale indetta per l’affidamento dei servizi socio-educativi presso l’asilo nido comunale.
2.- A sostegno del gravame esponeva che:
*a*) con determina a contrarre n. 528/2016 il Comune di San Marzano aveva indetto una procedura negoziata, ai sensi dell’art. 36, lett. *b*), del D.Lgs. 50/2016, per l’affidamento della gestione dei servizi socio-educativi presso l’asilo nido comunale Santa Rita da Cascia, per un complessivo importo a base di gara pari ad € 349.252,47;
*b*) il criterio di aggiudicazione prescelto era quello della offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell’art. 95, comma 2, del D.Lgs. 50/2016, sulla base degli elementi qualitativi (70 punti) e del prezzo (30 punti);
*c*) la procedura – svoltasi mediante piattaforma informatica CONSIP (Me.PA.), con invito ad offrire diramato a cinque imprese – aveva visto la partecipazione di solo due concorrenti: la stessa appellante e la Cooperativa Oltre;
*d*) all’esito della acquisizione e valutazione delle offerte la commissione aveva proceduto alla attribuzione dei punteggi, che aveva visto collocata al primo posto la Cooperativa Oltre, con punti 93,75, laddove essa appellante si era collocata al secondo posto, con punti 76,08;
*e*) effettuata con esito favorevole, a carico della prima graduata, la verifica di congruità dell’offerta, con determina n. 75 del 22.02.2017 era stata disposta l’aggiudicazione, che veniva ritualmente comunicata, con avviso *ex*art. 331 d.p.r. 207/2010, mercé notifica a mezzo pec;
*f*) con ricorso dinanzi al TAR Salerno, successivamente integrato per aggiunzione di motivi, essa appellante aveva contestato gli esiti della gara, segnatamente dolendosi: *f1*) della mancata estromissione dell’aggiudicataria, per omessa indicazione degli oneri aziendali di sicurezza (posto che l’indicazione pari ad € 0 fosse da riconnettersi, in tesi, al mancato intervento modificativo della indicazione di *default*della piattaforma telematica); *f2*) degli immotivati ed irragionevoli esiti della verifica di anomalia; *f3*) della carenza, in capo alla aggiudicataria, dei requisiti professionali, economico-finanziari ed organizzativi, con particolare riguardo alla prescritta iscrizione, per l’attività inerente l’appalto, nel Registro delle Imprese;
*g*) nella resistenza del Comune e della controinteressata, con la sentenza epigrafata il primo giudice aveva inopinatamente respinto le prime due ragioni di doglianza (sul plurimo assunto che l’indicazione degli oneri di sicurezza in misura pari a zero non equivalesse, per sé, ad omissione, prospettando solo un problema di giustificazione e di verifica di congruità, la quale – sotto distinto rispetto – era stata non implausibilmente operata, con complessivo apprezzamento tecnico-discrezionale, esente da manifesta erroneità od illogicità), dichiarando inammissibile la terza perché tardiva rispetto al termine stringente di cui all’art. 120, comma 2 *bis*c.p.a..
Sulle esposte premesse, impugnava la ridetta statuizione, di cui lamentava la complessiva erroneità, invocandone l’integrale riforma.
3.- Si costituivano in giudizio il Comune di San Marzano e la Cooperativa Oltre, che argomentavano l’inammissibilità e, comunque, l’infondatezza dell’appello.
Alla pubblica udienza del 12 aprile 2018, sulle reiterate conclusioni dei difensori delle parti costituite, la causa è stata riservata per la decisione.

**DIRITTO**

1.- Va innanzitutto esaminata l’eccezione – che il primo giudice ha ritenuto assorbita e che la società appellata ha riproposto – di inammissibilità del ricorso di prime cure per mancata impugnazione del provvedimento di aggiudicazione.
In dettaglio, assume l’appellata che il Comune di San Marzano, in data 23.2.2017, aveva ritualmente comunicato all’odierna appellante, a mezzo pec, l’intervenuta l’aggiudicazione del servizio, con determina del Settore Finanze e Servizi n. 75 del 22.2.2017. Tale provvedimento non era stato, tuttavia, impugnato dall’appellante, la quale si era limitata ad una generica contestazione, per giusta assumendo di non aver ricevuto, in proposito, alcuna comunicazione e facendo, sul punto, espressa (e sintomatica) riserva di motivi aggiunti.
2.- L’eccezione (che – in quanto proposta da parte integralmente vittoriosa nel merito su ragione di doglianza rimasta assorbita – è stata ritualmente devoluta con modalità meramente ripropositive *ex* art. 101, comma 2 c.p.a. e non gravatorie: cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543) è fondata.
Costituisce principio assolutamente consolidato quello per cui il concorrente che abbia impugnato gli atti della procedura di gara precedenti l’aggiudicazione – tipicamente, il provvedimento che ne abbia disposto l’esclusione ovvero quello che abbia reciprocamente disposto l’ammissione di un controinteressato – è tenuto ad impugnare anche il provvedimento di aggiudicazione (cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2015, n. 3708; sez. V, 4 giugno 2015, n. 2759; sez. V, 9 marzo 2015, n. 1185; sez. V, 17 maggio 2012, n. 2826; sez. V, 14 dicembre 2011, n. 6544), a pena di inammissibilità per sopravvenuta carenza di interesse.
Invero, l’utilità finale che l’operatore economico intende conseguire attraverso il giudizio avverso gli atti della procedura di aggiudicazione è l’affidamento dell’appalto, quale che sia il provvedimento impugnato e, nel caso di atto diverso dall’aggiudicazione, quale che sia l’utilità strumentale immediatamente perseguita (nel caso, ad esempio, dell’impugnazione dell’esclusione, la riammissione alla procedura); passaggio necessario, a tal fine, è comunque l’eliminazione dell’aggiudicazione ad altro concorrente.
La conclusione discende pianamente:
*a*) dal rilievo che il provvedimento di aggiudicazione *non abbia consistenza puramente attuativa/esecutiva* rispetto all'ammissione e che, perciò, si tratti di atto *non meramente consequenziale* (come, del resto, è comprovato, a tacer d’altro, dalla insorgenza di autonome posizioni di controinteresse);
*b*) che, di conseguenza, il vizio della prima trasmodi in via derivata sulla seconda solo termini di *effetto meramente invalidante* (e non automaticamente caducante): di tal che – in difetto di tempestiva impugnazione dell’atto consequenziale – il gravame proposto nei confronti dell’atto prodromico è destinato alla improcedibilità, per sostanziale carenza di interesse (ovvero alla inammissibilità, le quante volte, all’atto della introduzione della lite, l’aggiudicazione risultasse, come nella specie, già disposta).
L’introduzione dell’art. 120, comma 2 *bis* c.p.a. ad opera dell’art. 204 d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 (*Codice dei contratti pubblici*) non induce a mutare l’orientamento tradizionale, posto che, con ogni evidenza, la specialità del rito (c.d. “super accelerato”) non influisce sulle condizioni dell’azione e, segnatamente, sull’interesse a ricorrere.
Del resto, in assenza di uno *stand still* processuale l’azione amministrativa è destinata a continuare anche in caso di impugnazione dei provvedimenti di ammissione degli altri concorrenti ed eventualmente a concludersi con l’aggiudicazione ad uno dei controinteressati del giudizio.
L’utilità finale che insegue la domanda di annullamento delle ammissioni di cui all’art. 120, comma 2 *bis* cit., è, pur sempre, l’affidamento dell’appalto sia pure mediante la riduzione del numero dell’imprese concorrenti (c.d. utilità strumentale o interesse intermedio); l’utilità, però, intervenuta l’aggiudicazione, non può essere realizzata più mediante l’eventuale sentenza di accoglimento poiché la stessa, per quanto detto, non comporta la caducazione automatica dell’aggiudicazione. Anche in questo caso, allora, allo scopo avuto di mira con l’instaurazione del giudizio si rende necessaria l’impugnazione dell’aggiudicazione *medio tempore* sopravvenuta.
In tali sensi, del resto, si è, del resto, ripetutamente espressa la Sezione: cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 luglio 2017, n. 3257 e, da ultimo, *funditus*,id. 16 luglio 2018, n. 4304, che ha anche chiarito come, introducendo il rito di cui al comma 2 *bis* dell’art. 120 c.p.a., il legislatore ha garantito la più rapida realizzazione dell’interesse c.d. intermedio o utilità strumentale che sorregge le impugnazioni avverso le altrui ammissioni, considerando l’interesse soggettivo del privato ricorrente (che, come per ogni azione di annullamento, sorregge la domanda proposta) ben conciliabile con l’interesse pubblico alla definitiva individuazione della platea degli operatori economici legittimati alla partecipazione, senza, però, che ciò comporti un arresto della procedura di aggiudicazione e per il giudice un divieto di prendere in considerazione i fatti storici *medio tempore* venuti in essere e risultanti dagli atti processuali, come, appunto, l'avvenuta aggiudicazione della gara.
Ai rilievi che precedono può, del resto, aggiungersi quello per cui la conclusione discende, già sul piano testuale, dal tenore dello stesso art. 120 cit., il quale:
*a*) evoca positivamente (recependo la consolidata formula linguistica, prima dottrinale e poi pretoria) l’“*invalidità derivata*” quale nesso tra le ammissioni e i “*successivi atti delle procedure di affidamento*”;
*b*) sanziona la mancata impugnazione degli atti presupposi in termini di preclusione a “*far valere*” (in chiave, perciò, sempre *impugnatoria*, nell'esercizio della relativa “*facoltà*”) il vizio derivato (*arg. etiam* dal riferimento al “*ricorso* [anche] *incidentale*”);
*c*) esclude (in coerenza ai medesimi principi) l’“*impugnazione*” (successiva) dei soli atti “*privi di immediata lesività*”, tra i quali annovera la “*proposta di aggiudicazione*” (e non allora - argomentando assai agevolmente *a contrariis* - l'aggiudicazione *tout court*: la quale resta, perciò ed in definitiva - in forza di quei ribaditi canoni generali, in alcun modo, per questi profili, derogati nella vicenda di specie - assoggettata al regime, ed all’onere, di rituale impugnazione).
3.- Facendo piana applicazione, al caso di specie, dei riassunti principi, dovrà allora evidenziarsi che l’appellante ha omesso – pur avendone avuto, come risulta dagli atti di causa, formale e piena cognizione, in conseguenza dell’avvenuta comunicazione a mezzo per della relativa deliberazione – di impugnare il provvedimento di aggiudicazione in favore dell’appellata.
Al qual fine, importa solo soggiungere, non era beninteso idonea, per comune e consolidato intendimento, la consueta “formula di stile” che estende l’impugnazione “a tutti gli atti consequenziali”, di per sé priva, in difetto di puntuale indicazione degli estremi, di qualsiasi valore processuale, in quanto inidonea a individuare uno specifico oggetto d'impugnativa (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 28 dicembre 2007, n. 6711).
Ne discende, ai fini della lite: *a*) che, in accoglimento della eccezione formulata da parte appellata, il ricorso di primo grado deve, in riforma della impugnata statuizione, dichiarato inammissibile; *b*) che l’appello principale deve, conseguentemente, essere parimenti dichiarato inammissibile, per carenza di interesse.
Le spese seguono la soccombenza e si liquidano come da dispositivo che segue.

**P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta), definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, dichiara inammissibile l’appello principale e, in riforma della sentenza impugnata, dichiara parimenti inammissibile il ricorso di primo grado.
Condanna l’appellante alla refusione delle spese di lite, che liquida in € 4.000,00 (quattromila), oltre accessori di legge, a favore del Comune di San Marzano sul Sarno, ed € 4.000,00 (quattromila), oltre accessori, a favore della soc. Oltre.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 12 aprile 2018 con l'intervento dei magistrati:
Carlo Saltelli, Presidente
Roberto Giovagnoli, Consigliere
Angela Rotondano, Consigliere
Stefano Fantini, Consigliere
Giovanni Grasso, Consigliere, Estensore

Pubblicato il 04/09/2018
N. 01322/2018 REG.PROV.COLL.
N. 00467/2018 REG.RIC.

**REPUBBLICA ITALIANA**
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO
Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia
Lecce - Sezione Prima
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 467 del 2018, proposto da
Società Informatica Tecnologica, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuseppe Misserini, Giovanbattista Locafaro, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio Giuseppe Misserini in Lecce, via Scarambone n. 56;
contro
Ministero della Difesa, Direzione di Commissariato M.M. di Taranto, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentati e difesi dall'Avvocatura dello Stato, domiciliata ex lege in Lecce, piazza S. Oronzo;
nei confronti
F.A.N.S. S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Gianluca Prete, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
per l'annullamento
- della nota Prot. n. M\_D MCOMTA 0026273 del 10.04.2018, di comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva, disposto in favore della F.A.N.S. S.r.L., per l’affidamento del “*servizio di fornitura materiali di cancelleria per i Comandi/Enti della giurisdizione del Comando Marittimo Sud – rif. Fascicolo 59/2018*”;
- del provvedimento di aggiudicazione definitiva, sconosciuto nei suoi estremi, disposto in favore della F.A.N.S. S.r.L., per l’affidamento del “*servizio di fornitura materiali di cancelleria per i Comandi/Enti della giurisdizione del Comando Marittimo Sud – rif. Fascicolo 59/2018*”;
- dell’eventuale provvedimento di ammissione alla gara disposto dalla Stazione appaltante in favore della F.A.N.S. S.r.L., sconosciuto nei suoi estremi e mai notificato e/o comunicato in via amministrativa e/o pubblicati sul profilo del committente;
- di tutti i verbali di gara redatti nell’espletamento della procedura di gara, mai notificati e/o comunicati in via amministrativa e/o pubblicati sul profilo del committente;
- dell’invito a presentare offerta alla controinteressata F.A.N.S. S.r.L., sconosciuto nei suoi estremi, avente ad oggetto “*convenzione per il servizio di fornitura materiali di cancelleria per i Comandi/Enti della giurisdizione del Comando Marittimo Sud – rif. Fascicolo 59/2018*”;
NONCHÉ OVE NECESSARIO, E PER QUANTO DI INTERESSE
- della “*descrizione articoli cancelleria lotto unico*” allegato all’invito a presentare offerta;
- di ogni altro atto, presupposto, connesso e/o consequenziale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;
Visti gli atti di costituzione in giudizio di Ministero della Difesa e di F.A.N.S. S.r.l. e di Direzione di Commissariato M.M. di Taranto;
Visti tutti gli atti della causa;
Relatore nell'udienza pubblica del giorno 18 luglio 2018 la dott.ssa Francesca Ferrazzoli e uditi per le parti i difensori come da verbale;
Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1.I fatti oggetto della odierna controversia sono i seguenti.
La Direzione di Commissariato Militare Marittimo di Taranto, in data 22 febbraio 2018 ha avviato una procedura di acquisto in economia ai sensi degli artt.129 e ss. D.P.R. 15 novembre 2012 n.236, nonché dell’art. 36 del D.Lgs. 50/2016, avente ad oggetto una “*convenzione per il servizio di fornitura materiali di cancelleria per i Comandi/Enti della giurisdizione del Comando Marittimo Sud*”.
Il criterio di selezione della procedura era quello del prezzo più basso, e l’importo a base d’asta è stato fissato in €. 134.426,23, al dì sotto, dunque, della soglia comunitaria.
In esito della procedura, alla quale sono stati invitati a partecipare nr. 4379 operatori economici, tutti iscritti al portale denominato “*Acquisti in rete P.A.*”, la migliore offerta, tra le 11 pervenute, è risultata quella presentata dalla ditta F.A.N.S. s.r.l - contraente uscente in quanto aggiudicatario della stessa (fornitura) per l’anno 2017.
Con nota del 10 aprile 2018, la Stazione appaltante ha proceduto alla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione definitiva in favore della predetta F.A.N.S., avverso il quale insorge con l’odierna impugnativa la Società Informatica Tecnologica - S.I.T. s.r.l., seconda classificata con un ribasso del 39,75% a fronte di quello del 42% offerto dalla prima.
La ricorrente articola, avverso gli atti indicati in epigrafe, i seguenti motivi di diritto:
- Violazione e/o falsa applicazione articoli 30, 36, 42 e 34 D.Lgs. 50/2016. Violazione e/o falsa applicazione art. 129 D.P.R. 236/2012. Violazione e/o falsa applicazione art. 1 L. n. 241/90. Violazione e/o falsa applicazione art. 3 L. 241/90. Violazione e/o falsa applicazione art. 97 Cost.. Eccesso di potere sotto diversi profili. Sviamento. Illogicità. Irragionevolezza. Contraddittorietà. Contrasto tra provvedimenti amministrativi. Ingiustizia manifesta. Motivazione incongrua, apparente, contraddittoria. Carenza di istruttoria. Violazione delle norme sul giusto procedimento.
In sintesi, l’esponente, nel contestare l’aggiudicazione, assume la palese violazione del principio di rotazione di cui all’art. 36 comma 2 lett.b) del D.Lgs. 50/2016, essendo stato invitato a presentare la propria offerta anche il gestore uscente.
Lamenta, altresì, il grave vizio di motivazione dei provvedimenti impugnati, nei quali non vi sarebbe alcun riferimento alle ragioni che avrebbero portato l’Amministrazione a ritenere di non poter prescindere dall’invito all’appaltatore uscente.
Chiede, quindi, in via principale l’annullamento degli atti gravati, il subentro nell’aggiudicazione, la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente medio tempore stipulato, e, in via subordinata, il risarcimento per equivalente.
Si sono costituiti il Ministero della Difesa e la controinteressata F.A.N. S. srl, chiedendo la reiezione del gravame siccome infondato.
In particolare, in via preliminare, l’aggiudicataria eccepisce l’inammissibilità del ricorso in esame, tardivo in ragione di quanto disposto dall’art. 120 comma 2 bis, essendo stato notificato oltre il termine di 30 gg. da quello di pubblicazione sul Portale Acquisti in rete PA della graduatoria.
Nel merito, le parti resistenti hanno evidenziato che “*a ben esaminare, l’indagine di mercato effettuata dalla Stazione Appaltante, con invito rivolto a n. 4379 operatori economici con sede legale in tutta Italia, appartenenti alla categoria merceologica “BENI/Cancelleria, Carta, Consumabili e Prodotti per il restauro” è di fatto da considerarsi quale procedura aperta ex. art. 60 del D.Lgs. 50/2016*”.
Con decreto monocratico n. 221/2018 del 4 maggio 2018, è stata accolta l’istanza cautelare e sospesa l’efficacia del provvedimento di aggiudicazione fino alla trattazione della stessa nella sua naturale sede collegiale.
Quindi, con ordinanza cautelare n. 247/2018 del successivo 23 maggio 2018, in continuità con il predetto decreto, è stata confermata la sospensione del provvedimento impugnato, avendo ritenuto il Collegio, all’esito della sommaria delibazione propria della fase cautelare, che il principio di rotazione di cui al Codice dei Contratti non fosse stato rispettato dall’Amministrazione procedente.
Tutte le parti hanno depositato ampie memorie difensive.
All’udienza pubblica del 18 luglio 2018, la causa è stata trattenuta in decisione.
2. Preliminarmente, deve essere scrutinata l’eccezione di tardività sollevata dalle parti resistenti quanto alla censura di mancata esclusione dell’aggiudicataria dalla gara.
Giova premettere il quadro normativo che regola la fattispecie de qua, per come posto dal codice del processo amministrativo e dal codice dei contratti.
Ai sensi dell’art. 120 comma 2-bis del C.P.A., invero, “*il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. E' altresì inammissibile l'impugnazione della proposta di aggiudicazione, ove disposta, e degli altri atti endoprocedimentali privi di immediata lesività*”.
L’art. 29 del Codice Contratti prescrive, al comma 1, che “*Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell' articolo 120, comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali*”… “*il termine per l’impugnativa di cui al citato articolo 120 comma 2 bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione*”.
Queste le norme.
Ben è a conoscenza la Sezione che è stato posto innanzi alla Corte di giustizia il quesito se la disciplina europea in materia di diritto di difesa, di giusto processo e di effettività sostanziale della tutela (con particolare riferimento agli art. 6 e 13 Cedu, all'art. 47 della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all' art. 1 della direttiva 89/665/Cee ) osti ad una normativa nazionale, quale l' art. 120, comma 2 bis, cod. proc. Amm., che impone all'operatore che partecipa ad una procedura di gara di impugnare l'ammissione o la mancata esclusione di un altro soggetto entro il termine di trenta giorni alla comunicazione del provvedimento con cui viene disposta l'ammissione o l’esclusione dei partecipanti.
Ritiene tuttavia il Collegio di poter procedere nel giudizio in esame, stante l’infondatezza della eccezione sollevata nel caso di specie.
Invero, la disposizione di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a., come introdotta dal d.lg. n. 50 del 2016, prevede espressamente ed inequivocabilmente che il *dies a quo* per proporre tale particolare impugnativa decorra dalla pubblicazione del provvedimento che determina esclusioni /ammissioni sul profilo della Stazione Appaltante.
Stante la specialità di una simile previsione, essa inevitabilmente è destinata a prevalere su ogni altra previsione o applicazione di tipo giurisprudenziale. In particolare, l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. è derogatorio dei principi tradizionalmente ricevuti e, prevedendo un meccanismo notevolmente oneroso per i potenziali ricorrenti, deve ritenersi di stretta interpretazione.
Si ritiene, quindi, di aderire all’orientamento giurisprudenziale in forza del quale tale norma non può trovare diretta e testuale applicazione nel caso di mancata pubblicazione delle ammissioni sul profilo del committente della Stazione Appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, Codice dei contratti pubblici (*ex plurimis*: Consiglio di Stato, n. 4994/2016; T.A.R. Basilicata, n. 24/2017; TAR Pescara n. 252/2017; T.A.R. Toscana n. 239/2017; T.A.R. Puglia, n. 340/2017; Tar Napoli n. 4689/2017; T.A.R. Roma n. 8704/2017; Tar Puglia 1887/2017).
Orbene, dalla documentazione versata in atti, emerge che il Ministero della Difesa non ha provveduto a pubblicare alcun formale provvedimento di ammissione alla gara sul profilo del committente, con consequenziale inapplicabilità del rito super accelerato ex art. 120, comma 2 bis c.p.a..
Pertanto, l’eccezione di tardività sollevata dalla controinteressata deve essere dichiarata infondata.
3. Nel merito, il ricorso deve essere accolto.
Con il primo motivo, l’esponente deduce l’illegittimità dell’operato dell’Amministrazione che, avendo esperito una procedura ristretta in economia ex articoli 129 e ss. del D.P.R. 236/2012 ed ex art. 36 del D.Lgs. 50/2016, non avrebbe dovuto invitare alla gara in esame la F.A.N.S. srl perché gestore uscente della medesima fornitura medio tempore eseguita in favore della stessa Stazione Appaltante, in applicazione del principio della “*rotazione*” nella aggiudicazione delle forniture sotto soglia di cui agli artt. 30 e 36 del D.Lgs. 50/2016.
Con la seconda censura, che, per ragioni di sinteticità può essere esaminata congiuntamente alla prima, lamenta il vizio di motivazione del provvedimento aggiudicato che non conterrebbe alcun riferimento alle ragioni che avrebbero portato l’Amministrazione a ritenere di non poter prescindere dall’invito all’appaltatore uscente.
Controdeducono le resistenti che l’indagine di mercato effettuata dalla Stazione Appaltante, con invito rivolto a n. 4379 operatori economici con sede legale in tutta Italia, sarebbe “*di fatto*” da considerarsi quale procedura aperta ex. art. 60 del D.Lgs. 50/2016”, e, conseguentemente, il principio di rotazione non troverebbe applicazione.
4. Le censure di parte ricorrente sono fondate per le ragioni che si vengono ad illustrare.
Per i contratti sotto soglia, l’art. 36, comma 1 e comma 2 lett. b) del d.lgs. n. 50 del 2016, prevede che l’affidamento deve avvenire nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l’effettiva possibilità di partecipazione delle piccole e medie imprese.
Secondo orientamento consolidato, cui non sussistono ragioni per discostarsi, sussiste l’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), conseguentemente 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 (*ex multis*: TAR Roma n. 1115/2018; TAR Venezia n. 320/2018; TAR Catanzaro n. 1007/2018).
In proposito, ha precisato la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che il principio di rotazione deve essere inteso in termini di obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente, nelle gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. “*sotto soglia*”, al fine di tutelare le esigenze della concorrenza in un settore 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 (si vedano, tra le tante: C. di St. 2079/2018; C. di St. 5854/2017).
Recependo il convincimento dei giudici di Palazzo Spada, l’Anac, con le Linee Guida n. 4 del 2016, aggiornate al correttivo del 2017, ha confermato l'obbligo di applicazione del principio in esame e la possibilità di reinvito del gestore uscente solo con una motivazione in grado di dimostrare le particolari condizioni di mercato che giustificano la deroga, sostenute dall' esecuzione senza criticità del lavoro, servizio o fornitura gestiti in precedenza e dalla dimostrazione della competitività in termini di prezzo dell' operatore economico.
L'Anac ha ammesso, comunque, che la rotazione possa non essere applicata quando il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.
Dal quadro normativo e giurisprudenziale esposto, deriva che, per evitare la contaminazione e l’elusione del principio di rotazione, la partecipazione del gestore uscente deve essere strettamente avvinta alla concorrenzialità pura.
Orbene, nella fattispecie in esame, l’Amministrazione ha formalmente – e sostanzialmente - esperito una procedura ristretta in economia ex articoli 129 e ss. del D.P.R. 236/2012 ed ex art. 36 del D.Lgs. 50/2016: ha infatti proceduto tramite invito ad offrire, formulato, peraltro acriticamente, a tutti gli operatori economici iscritti al portale denominato “*Acquisti in rete P.A*.”.
Di fatto, i non iscritti a detto portale non hanno potuto partecipare alla procedura in esame.
Non si sono realizzati, dunque, i presupposti per la configurabilità della concorrenzialità pura, tutelata anche a livello comunitario.
Né può trarre in inganno l’elevato numero degli inviti, rivolti, come detto, acriticamente a tutti gli iscritti all’elenco (oltre 4.000 società), a prescindere dall’oggetto sociale di ciascuno di essi. Tanto è vero che sono pervenute solamente 11 offerte.
Ritiene il collegio che l’esigenza della tutela della concorrenza non possa essere surrogata invitando un cospicuo numero di operatori sociali, molti dei quali svolgono tutt’altra attività rispetto a quella oggetto della procedura.
Né è dato rinvenire negli atti della procedura in esame una puntuale e rigorosa motivazione da parte della Stazione appaltante in ordine alla scelta di invitare il gestore uscente che, in realtà, manca del tutto e che, invece, è ritenuta necessaria dalla giurisprudenza, pacifica sul punto, trattandosi di deroga ad un principio generale.
5. Alla luce delle superiori considerazioni, entrambi i motivi di diritto articolati dalla Società Informatica Tecnologica srl devono essere ritenuti fondati e dunque accolti.
In conclusione, il ricorso deve essere accolto ed i provvedimenti impugnati annullati.
Sussistono giustificati motivi per compensare le spese tra la parte ricorrente e la controinteressata, mentre seguono la soccombenza e vengono liquidate come in dispositivo per l’Amministrazione.

**P.Q.M.**

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e, per l’effetto, annulla gli atti impugnati.
Condanna l’Amministrazione resistente a rifondere le spese di lite in favore della società ricorrente in persona del legale rappresentante pro tempore che si liquidano in complessivi €. 1.500,00 (millecinquecento/00) oltre accessori di legge.
Spese legali compensate tra la ricorrente e la controinteressata.
Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.
Così deciso in Lecce nella camera di consiglio del giorno 18 luglio 2018 con l'intervento dei magistrati:
Antonio Pasca, Presidente
Patrizia Moro, Consigliere
Francesca Ferrazzoli, Referendario, Estensore