

**Tar Campania, Salerno, sentenza n. 524 del 6 aprile 2018**

*Conflitto di interesse ex art. 42 del D.lgs. 50/2016 tra stazione appaltante e aggiudicataria – Applicazione anche in caso di società – Esclusione e violazione dei principi di non discriminazione, parità e trasparenza*

**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania**

**sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 1364 del 2017, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

....., in persona del legale rappresentante *p.t.*, rappresentata e difesa dall'avvocato ....., con domicilio eletto in Salerno, via ....., presso .....

***contro***

Comune di Salerno, in persona del Sindaco *p.t.*, rappresentato e difeso dagli avvocati ....., con domicilio eletto in Salerno, via .....

***nei confronti***

....., in persona dei rispettivi legali rappresentanti *p.t.*, rappresentati e difesi dagli avvocati ....., con domicilio eletto in Salerno, .....

***per l'annullamento***

quanto al ricorso introduttivo:

a) della Determinazione dirigenziale n. 3332 adottata in data 28 luglio 2017 dal Comune di Salerno - Settore Mobilità urbana, trasporti e manutenzioni, comunicata alla ricorrente in data 1° agosto 2017, recante l'approvazione degli esiti della procedura di gara per la «*Ideazione, realizzazione, montaggio/smontaggio di installazioni luminose per l'evento "Salerno - Luci d'Artista" 12a annualità 2017/2108, 13a 2018/2019*

e 14a 2019/2020. Accordo quadro con unico operatore economico - art. 54 comma 3 del D.Lgs. n.50/162 - CIG: 704959991F - CUP: I53J17000010004 - CPV: 92320000-0» e l'aggiudicazione definitiva in favore del costituendo R.T.I. tra le imprese .... (mandataria), ....., ..... e ..... (mandanti);

b) della nota n. 133385 adottata dal Comune di Salerno in data 1° agosto 2017, con cui è stata comunicata alla ricorrente l'aggiudicazione definitiva della procedura in esame in favore del costituendo R.T.I. tra le imprese ..... (mandataria), ..... (mandanti);

c) del provvedimento, di estremi e contenuto sconosciuti, con il quale il Responsabile Unico del Procedimento ha ritenuto sussistenti, in capo al costituendo R.T.I. aggiudicatario, i requisiti di ordine generale e speciale richiesti dalla *lex specialis* e di legge;

d) ove lesivi, di tutti i verbali delle sedute di gara e segnatamente:

- del verbale n. 1 della seduta pubblica del 20 giugno 2017, con cui la Commissione di gara, all'esito della documentazione amministrativa del costituendo R.T.I. con mandataria ....., ha disposto l'attivazione del soccorso istruttorio anziché rilevare la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 42, co. 2, d.lgs. n. 50/2016;

- del verbale n. 2 della seduta pubblica del 27 giugno 2017, con cui la Commissione di gara, verificata la documentazione integrativa presentata dal R.T.I. con mandataria ....., lo ha ammesso alle successive fasi di gara anziché rilevare la sussistenza delle condizioni di cui all'art. 42, co. 2, d.lgs. n. 50/2016;

- del verbale n. 4 della seduta riservata del 28 giugno 2017, con cui la Commissione di gara ha esaminato l'offerta tecnica del costituendo R.T.I. con mandataria ....., attribuendole, a seguito di doppia riparametrazione, il punteggio di 70/70 punti;

- del verbale n. 5 della seduta del 6 luglio 2017, con cui la Commissione di gara ha esaminato l'offerta economica del R.T.I. con mandataria ....., attribuendole il punteggio di 23/30 punti e collocandola al primo posto nella graduatoria finale;

- e) ove lesiva, della Determinazione dirigenziale del Settore Strutture comunali - Ufficio Pubblica illuminazione pubblicata sul portale telematico dell'ente in data 4 luglio 2017, recante l'elenco degli operatori ammessi a partecipare, mai comunicata alla ricorrente;
- f) ove lesiva, della Deliberazione della Giunta comunale n. 100 del 13 aprile 2017, con cui è stato approvato il progetto predisposto dall'Ufficio Pubblica illuminazione del Comune di Salerno;
- g) ove lesiva, della Deliberazione del Consiglio comunale di Salerno n. 47 del 5 ottobre 2016, con la quale l'Ente ha approvato il progetto di fusione per incorporazione di ..... in Salerno .....
- h) ove lesive, delle Delibere del Consiglio comunale n. 9 del 13 aprile 2015 e n. 39 del 17 dicembre 2015 con cui l'Ente ha approvato il piano operativo di razionalizzazione delle proprie società partecipate, stabilendo, in particolare, di addivenire alla fusione di ..... in Salerno .....
- i) della nota di estremi sconosciuti adottata dal Comune di Salerno in data 28 agosto 2017, con cui è stata negata l'ostensione dell'offerta tecnica del R.T.I. con mandataria .....
- l) del Bando e del Capitolato di gara e, in generale, di qualsiasi atto della *lex specialis*, in tutte le parti in cui essi possano essere interpretati nel senso di giustificare la partecipazione della mandataria del Raggruppamento aggiudicatario;
- m) della graduatoria provvisoria della procedura di gara in questione, nella parte in cui non esclude la mandataria del Raggruppamento aggiudicatario;
- n) della graduatoria definitiva della procedura di gara in questione, nella parte in cui non esclude la mandataria del Raggruppamento aggiudicatario;
- o) dell'atto di aggiudicazione provvisoria della procedura di gara in questione, nella parte in cui non esclude la mandataria del Raggruppamento aggiudicatario;

p) dell'aggiudicazione definitiva della procedura di gara in questione, nella parte in cui non esclude la mandataria del Raggruppamento aggiudicatario;

q) di tutte le note e comunicazioni emesse dalla Stazione appaltante (di contenuto ed estremi sconosciuti), nella parte in cui non escludono la mandataria del Raggruppamento aggiudicatario;

r) di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto dalla ricorrente, ove lesivo, con riserva di presentare motivi aggiunti; nonché

per la declaratoria di inefficacia dell'Accordo quadro e dei contratti applicativi (di estremi e data sconosciuti alla ricorrente) eventualmente *medio tempore* stipulati, in relazione ai quali la ricorrente formula espressamente domanda di subentro, ai sensi degli artt. 122 e 124 cod. proc. amm.;

per la condanna della Stazione appaltante

a) alla tutela in forma specifica, mediante l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, e dei consequenziali atti, in favore della ricorrente; nonché, in subordine

b) al risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi dalla ricorrente (con espressa riserva di quantificarli in corso di causa); e in subordine

per l'annullamento dell'intera procedura di gara e il conseguente annullamento e/o caducazione dell'Accordo quadro e dei contratti applicativi (di estremi e data sconosciuti alla ricorrente) eventualmente *medio tempore* stipulati, alla luce delle gravi violazioni dei principi di imparzialità, concorrenza, trasparenza, pubblicità, efficacia, efficienza dell'attività amministrativa;

quanto al ricorso per motivi aggiunti:

a) ove lesiva, della Deliberazione della Giunta comunale di Salerno n. 264 del 27 settembre 2017, mai comunicata, con la quale il Dirigente del Settore Mobilità

urbana, trasporti e manutenzioni è stato incaricato di procedere alla stipulazione dei contratti attuativi dell'Accordo quadro in esame;

b) ove lesiva, della Deliberazione di Giunta comunale di Salerno n. 291 dell'11 ottobre 2017, mai comunicata, con la quale è stato fornito indirizzo al competente Dirigente del Settore Mobilità urbana, trasporti e manutenzioni a che provvedesse all'esecuzione d'urgenza delle prestazioni oggetto dell'Accordo quadro ai sensi dell'art. 32, co. 8, d.lgs. n. 50/2016;

c) ove lesiva, della relazione istruttoria, di contenuto ed estremi ignoti, del Settore Avvocatura, recante un'interpretazione circa l'applicazione dell'art. 32, co. 11, d.lgs. n. 50/2016, alla procedura di Accordo quadro in questione;

d) ove lesiva, della nota a firma del Direttore del Settore Mobilità urbana, trasporti e manutenzioni, comunicata a mezzo di posta elettronica certificata in data 13 ottobre 2017 e pubblicata sul portale telematico dell'Ente in pari data, recante l'avviso dell'avvenuta sottoscrizione dell'Accordo quadro con il R.T.I. .... - .....

e) ove lesiva, della Determinazione dirigenziale del Comune di Salerno, Settore Mobilità urbana, trasporti e manutenzioni, n. 4462/2017 pubblicata sul portale telematico dell'ente in data 16 ottobre 2017, mai comunicata, con la quale è stato approvato lo schema del contratto attuativo n. 1/2017 ed è stata disposta l'esecuzione in via d'urgenza del contratto;

f) ove lesivo, del provvedimento, di estremi sconosciuti, con il quale è stata autorizzata la sottoscrizione dell'Accordo quadro;

g) di ogni altro provvedimento presupposto, connesso e/o consequenziale, ancorché non conosciuto, ove lesivo, con riserva di presentare motivi aggiunti; nonché

per la declaratoria di inefficacia dell'Accordo quadro e del contratto applicativo *medio tempore* stipulati, in relazione ai quali la ricorrente formula espressamente domanda di subentro, ai sensi degli artt. 122 e 124 cod. proc. amm.;

per la condanna della Stazione appaltante

a) alla tutela in forma specifica, mediante l'adozione del provvedimento di aggiudicazione, e dei consequenziali atti, in favore della ricorrente; nonché, in subordine

b) al risarcimento per equivalente dei danni subiti e subendi dalla ricorrente (con espressa riserva di quantificarli in corso di causa); e in subordine

per l'annullamento dell'intera procedura di gara e il conseguente annullamento e/o caducazione dell'Accordo quadro e dei contratti applicativi (di estremi e data sconosciuti alla ricorrente) eventualmente *medio tempore* stipulati, alla luce delle gravi violazioni dei principi di imparzialità, concorrenza, trasparenza, pubblicità, efficacia, efficienza dell'attività amministrativa;

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Salerno, della ....., della .....

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 7 febbraio 2018 la dott.ssa Valeria Ianniello e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue;

## FATTO e DIRITTO

Il Comune di Salerno ha pubblicato sulla G.U. 5a serie speciale n. 49 del 28 aprile 2017 il seguente Bando di gara: «*Sezione I: I.1) Ente: Comune di Salerno - Settore I. e M. - Ufficio Pubblica illuminazione ... Sezione II: II.1.5) Oggetto: ideazione, realizzazione, montaggio/smontaggio di installazioni luminose per l'evento "Salerno - Luci d'Artista" 12a*

*annualità 2017/2108, 13a e 14a. Accordo quadro con unico operatore economico - art. 54 comma 3 del D.Lgs. n. 50/16. II.2) L'importo presunto totale annuo ammonta a euro 2.300.000,00 oltre I.V.A. comprensivo di euro 46.000,00 quale costo per la sicurezza non ribassabile. L'intero importo triennale presunto ammonta ad euro 6.900.000, oltre I.A.A. e comprensivo del costo per la sicurezza valutato in euro 138.000,00 - CIG: 704959991F - CUP: I53J17000010004 - CPV: 92320000-0. II.3) Durata dell'accordo: anni 3 dalla sottoscrizione o avvio dell'esecuzione del contratto ... Sezione IV: IV.1.1) Procedura: aperta ex art. 60 del codice; IV.2.1) l'aggiudicazione avverrà con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 95 c. 2 del codice, anche in presenza di una sola offerta purché valida (art. 95 c.12 del codice) con l'applicazione della verifica dell'anomalia art. 97 c.3 del codice. IV.3.3). La stazione appaltante, trattandosi di accordo quadro, non è vincolata all'attivazione dei relativi contratti applicativi derivanti dall'accordo stesso ... IV.3.4) Termine ricezione offerte: 05.06.2017 - Ore: 12:00 ...».*

Nel termine stabilito, sono pervenute le seguenti offerte:

- .....

- .....;

- .....

Dal verbale di gara n. 6 del 6 luglio 2017, risultano i seguenti punteggi complessivamente ottenuti da ciascun concorrente, con la relativa graduatoria finale:

1. .... - punti 93,001;

2. .... - punti 87,270;

3. .... - punti 81,571.

Con Determinazione dirigenziale n. 3332 del 28 luglio 2017, il Comune di Salerno ha pertanto:

- approvato, ai sensi dell'art. 33, co. 1, d.lgs. n. 50/2016, la proposta di aggiudicazione, di cui al verbale di gara del 6 luglio 2017, relativa all'affidamento dell'evento "Salerno - Luci d'Artista" edizione 12a - annualità 2017/2018, nonché 13a e 14a edizione, al .....

- disposto l'aggiudicazione definitiva efficace, ai sensi e per gli effetti dell'art. 32, co. 5 e 7, d.lgs. n. 50/2016, in favore del R.T.I. ...., con un punteggio pari 93,001;
- stabilito di concludere un Accordo quadro ai sensi dell'art. 54, d.lgs. n. 50/2016, con il R.T.I. aggiudicatario;
- dato atto che l'Accordo quadro decorrerà dalla data di stipulazione e avrà durata massima di anni tre, con un importo presunto massimo stimato in €. 6.900.000,00 (€. 2.300.000,00 annui), compresi gli oneri della sicurezza e oltre IVA.

In data 13 ottobre 2017, è stato stipulato tra il Comune di Salerno e il R.T.I. aggiudicatario il predetto Accordo quadro, che *«definisce la disciplina normativa contrattuale inerente le condizioni e le modalità di affidamento dei singoli Contratti attuativi, che, di volta in volta, stabiliranno specificatamente le prestazioni, gli importi, la durata e la specifica esecuzione per l'ideazione e realizzazione, montaggio e smontaggio di installazioni luminose per l'evento "Salerno - Luci d'Artista" edizione 12a annualità 2017-2018, nonché 13a e 14a edizione»* (art. 2).

In data 17 ottobre 2017, è stato redatto ai sensi dell'art. 32, co. 8, d.lgs. n. 50/2016 - a firma del Direttore dell'esecuzione del Contratto e della ..... - verbale di avvio dell'esecuzione del Contratto attuativo n. 1, approvato con determina dirigenziale n. 4462 del 16 ottobre 2107, per un importo di € 2.028.600,00 al netto del ribasso d'asta del 10%, oltre € 46.000,00 di costi della sicurezza e IVA per € 456.412,00.

Con ricorso notificato il 29 settembre 2017 e depositato il 9 ottobre successivo, la seconda classificata ..... ha impugnato la predetta Determinazione dirigenziale n. 3332/2017.

Con successivi motivi aggiunti, notificati il 13 novembre 2017 e depositati il 14 novembre successivo, la stessa ..... ha impugnato altresì la Determinazione dirigenziale del Comune di Salerno, Settore Mobilità urbana, trasporti e manutenzioni n. 4462/2017 pubblicata sul portale telematico dell'ente in data 16

ottobre 2017, con la quale è stato approvato lo schema del Contratto attuativo n. 1/2017 e ne è stata disposta l'esecuzione in via d'urgenza.

Il Collegio ritiene, in primo luogo, di dover disattendere l'eccezione di irricevibilità del ricorso, per le ragioni di seguito illustrate.

Secondo quanto previsto dall'art. 120, co. 2-bis, c.p.a. - invocato dall'Amministrazione resistente e dalla controinteressata - *«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 ...».*

Al riguardo, dal combinato disposto del richiamato art. 29, co. 1, e dell'art. 76, co. 3, c.c.p., in vigore fino al 19 maggio 2017, deriva che:

- *«... Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali...»;*

- *«Fermo quanto previsto nell'articolo 29, comma 1, secondo e terzo periodo, contestualmente alla pubblicazione ivi prevista è dato avviso ai concorrenti, mediante PEC o strumento analogo negli altri Stati membri, del 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, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti»;*

ovvero, secondo il medesimo art. 29, co. 1, nel testo in vigore dal 20 maggio 2017:

*«... 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. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'articolo 5-bis del decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. 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...».*

L'art. 5-bis, co. 1, d.lgs. n. 82/2005, a sua volta, prevede che *«... lo scambio di informazioni e documenti ... tra le imprese e le Amministrazioni pubbliche avviene esclusivamente utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione. Con le medesime modalità le amministrazioni pubbliche adottano e comunicano atti e provvedimenti amministrativi nei confronti delle imprese».*

Ai fini della decorrenza, a carico della concorrente, del termine per impugnare la propria esclusione ovvero - come nel caso in esame - l'altrui ammissione, occorre pertanto che si avveri un articolato meccanismo, volto a portare a conoscenza delle imprese interessate sia l'esito delle valutazioni al riguardo compiute dalla Stazione appaltante sia, soprattutto, le relative motivazioni.

La configurazione del procedimento di valutazione del possesso dei requisiti di ammissione come fase autonoma - autonomamente giustiziabile - della procedura di gara si attua solo al ricorrere di tutti gli elementi della fattispecie disegnata dal codice dei contratti pubblici: diversamente opinando, le imprese concorrenti sarebbero onerate di molteplici impugnazioni "al buio", a fini meramente cautelativi, con la

duplice conseguenza di far lievitare i costi di partecipazione alla procedura di gara e, soprattutto, di frustrare l'intento deflativo del contenzioso sotteso alla normativa qui esaminata.

Il richiamato art. 29, co. 1, c.c.p., richiede dunque - al ridetto fine di consumare il rito c.d. "superaccelerato" - che siano resi disponibili agli interessati tutti gli elementi relativi ai requisiti della controinteressata positivamente valutati, sui quali si è concretamente fondata la decisione della Stazione appaltante.

Ne deriva, ancora, che l'intero meccanismo previsto per il rito c.d. superaccelerato postula - in una interpretazione costituzionalmente orientata, oltre che compatibile con la normativa comunitaria in materia - la concreta attuazione del sistema di immediata e compiuta informazione delle imprese interessate: *«l'onere di impugnazione immediata, nel termine di trenta giorni, del "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" risulta esigibile solo a fronte della contestuale operatività delle disposizioni del decreto legislativo che ne consentono l'immediata conoscenza da parte delle imprese partecipanti alla gara e, segnatamente, degli artt. 29, comma 1, e 76, comma 3», sicché «in difetto del (contestuale) funzionamento delle regole che assicurano la pubblicità e la comunicazione dei provvedimenti di cui si introduce l'onere di immediata impugnazione - che devono, perciò, intendersi legate da un vincolo funzionale inscindibile - la relativa prescrizione processuale si rivela del tutto inattuabile, per la mancanza del presupposto logico della sua operatività e, cioè, la predisposizione di un apparato regolativo che garantisca la tempestiva informazione degli interessati circa il contenuto del provvedimento da gravare nel ristretto termine di decadenza ivi stabilito»* (Cons. di Stato, III, sent. n. 4994/2016).

Nel caso all'esame del Collegio, il predicato "contestuale" funzionamento delle regole di comunicazione si è solo parzialmente perfezionato, atteso che dagli atti versati in giudizio dal Comune di Salerno in data 20 ottobre 2017 emerge che:

- è stata disposta la pubblicazione, ai sensi dell'art. 29, co. 1, c.c.p., della Determinazione dirigenziale n. 2871 del 3 luglio 2017, dalla quale risulta soltanto che *«nessun concorrente è stato escluso»*;

- la prescritta comunicazione alla ..... ha avuto luogo in data 30 giugno 2017 a mezzo posta elettronica non certificata, con il seguente testo: *«Ai sensi e per gli effetti dell'art. 76 comma 3 del D.Lgs. 50/2016 si comunica che la Vs impresa è stata ammessa alla gara in oggetto»*, non risultando provata in atti né l'avvenuta informazione in ordine all'ammissione delle altre concorrenti né l'indicazione del collegamento informatico dove fossero disponibili i relativi atti.

Sicché - in disparte la questione della idoneità del mezzo utilizzato in luogo della PEC, espressamente richiesta dall'art. 76, co. 3, c.c.p., nel testo in vigore fino al 19 maggio 2017, la quale soltanto, *«per espressa previsione di legge (D.P.R. 11 Febbraio 2005, n. 68), consente di inviare e-mail con valore legale equiparato ad una raccomandata con ricevuta di ritorno, presentando rispetto alla posta elettronica ordinaria caratteristiche aggiuntive tali da fornire agli utenti la certezza dell'invio e della consegna (o della mancata consegna) delle e-mail al destinatario»* (Cass. civ., III, sent. n. 25819/2017) - il Collegio ritiene che l'onere di comunicazione previsto dal ridetto art. 29, co. 1, c.c.p., non possa ritenersi utilmente adempiuto, non risultando le prescrizioni di legge pedissequamente soddisfatte: soltanto una informazione completa (quanto agli elementi costitutivi e alla motivazione della decisione) e certa (quanto al momento in cui si compie) può determinare, in definitiva, il decorrere del severo termine decadenziale; con la conseguenza che il ricorso volto a contestare l'avvenuta ammissione della controinteressata ..... è tempestivo e pertanto ricevibile.

Sul punto, anche la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha affermato che *«l'obiettivo stabilito dall'articolo 1, paragrafo 1, della direttiva 89/665, di garantire la possibilità di esperire ricorsi efficaci contro le violazioni delle disposizioni applicabili in materia di aggiudicazione di appalti pubblici può essere conseguito soltanto se i termini imposti per proporre*

*tali ricorsi comincino a decorrere solo dalla data in cui il ricorrente è venuto a conoscenza o avrebbe dovuto essere a conoscenza della pretesa violazione di dette disposizioni [v. sentenze Uniplex (UK), EU:C:2010:45, punto 32, nonché Idrodinamica Spurgo Velox e a., C-161/13, EU:C:2014:307, punto 37] ...l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 89/665, e gli articoli 2, 44, paragrafo 1, e 53, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che impongono che un diritto di ricorso relativo alla legittimità della gara sia azionabile, dopo la scadenza del termine previsto dal diritto nazionale, da un offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente che è stato in grado di comprendere le condizioni della gara unicamente nel momento in cui l'Amministrazione aggiudicatrice, dopo aver valutato le offerte, ha fornito informazioni esaustive sulle motivazioni della sua decisione. Un siffatto diritto di ricorso può essere esercitato fino al momento della scadenza del termine di ricorso avverso la decisione di aggiudicazione dell'appalto» (sez. V, sent., 12 marzo 2015, C538/13).*

Non interferisce con le conclusioni raggiunte l'istanza di accesso della ricorrente - acquisita al protocollo comunale in data 28 agosto 2017 e positivamente riscontrata in pari data (tranne che per i contenuti dell'offerta tecnica del R.T.I. aggiudicatario) - atteso che non è sui tempi di tale richiesta che si fonda, in questa sede, la mancata decorrenza del termine decadenziale di impugnazione dell'ammissione della .....

Devono, inoltre, essere disattese le eccezioni:

- di improcedibilità per mancata impugnazione del Contratto esecutivo nelle more stipulato, in quanto lo stesso è soggetto al differente rimedio della dichiarazione di inefficacia, pure azionato dalla ricorrente;

- di violazione del divieto di cumulo di domande soggette a riti diversi (rito "superaccelerato" avverso l'ammissione della controinteressata; "accelerato" ex art. 120, co. 5-6, c.p.a., avverso l'aggiudicazione definitiva): come già chiarito da questo Tribunale, «viene sostenuta, in sostanza, la volontà legislativa di precludere ogni possibilità di ampliamento del thema decidendum del giudizio a seguito dell'impugnazione del sopravvenuto

*provvedimento conclusivo della procedura di gara, in quanto afferente ad un diverso segmento procedimentale e assoggettato processualmente ad un differente rito.*

*Tale lettura del dato normativo non appare corretta.*

*In linea generale, si indica come la previsione di un rito superaccelerato per l'impugnativa dei provvedimenti di esclusione o ammissione è evidentemente volta, nella sua ratio legis, a consentire la definizione del giudizio prima che si giunga al provvedimento di aggiudicazione; ovvero, 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).*

*Una volta, tuttavia, che il provvedimento di aggiudicazione intervenga in corso di causa, non appare logico, né utile ai fini delle ragioni di economia processuale, precludere l'impugnativa di quest'ultimo provvedimento con motivi aggiunti.*

*Anzi appare del tutto contrario ai principi di economia e concentrazione processuale, oltre che foriero di possibili contrasti tra giudicati, sostenere che il provvedimento di aggiudicazione sopravvenuto debba necessariamente essere impugnato con ricorso autonomo e che le due impugnative non possano confluire in un unico giudizio ... Tenendo conto di ciò, il Collegio ritiene che il comma 7 dell'art. 120 c.p.a. debba essere interpretato nel senso di riconoscere alla parte ricorrente la facoltà (e non l'obbligo) di proporre autonoma impugnativa avverso il provvedimento di aggiudicazione della gara, ove questo sia sopraggiunto all'introduzione del non ancora definito giudizio ex art. 120, comma 6 bis, c.p.a., senza in assoluto escludere né la possibilità di un'impugnativa congiunta, né la proposizione successiva di motivi aggiunti.*

*Quanto al rito applicabile in queste ipotesi, ovvero, in presenza di impugnative di atti inerenti alla medesima procedura di gara di appalto ma assoggettate a riti con un diverso grado di specialità ... deve individuarsi in quello disciplinato dal comma 6 dell'art. 120 c.p.a., che ormai in maniera consolidata e "ordinariamente" si applica all'impugnativa di provvedimenti concernenti le procedure di affidamento relative a pubblici lavori, servizi o forniture, tanto da prevalere anche sul rito*

*ordinario (come ad es. in caso di proposizione congiunta di domanda di annullamento di atti della procedura e domanda risarcitoria)» (T.A.R. Campania, VIII, sent. n. 434/2017).*

Peraltro, nel caso in esame, per le ragioni sopra illustrate, le condizioni di legge per l'attivazione del rito c.d. superaccelerato non si sono avverate, sicché l'impugnazione dell'ammissione della controinteressata ha correttamente avuto luogo contestualmente all'impugnazione dell'aggiudicazione.

Ciò premesso, con motivo assorbente, la ricorrente si duole della violazione dell'art. 42, d.lgs. n. 50/2016, il quale prevede che: *«1. Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.*

*2. Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62 ...».*

Quanto alle conseguenze della sussistenza del conflitto di interessi così declinato, il successivo art. 80, co. 5, stabilisce che: *«Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: ... d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile; ...».*

Le richiamate disposizioni del codice attuano l'art. 24, direttiva 2014/24/UE, secondo cui: *«Gli Stati membri provvedono affinché le Amministrazioni aggiudicatrici adottino misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace a conflitti di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.*

*Il concetto di conflitti di interesse copre almeno i casi in cui il personale di un'Amministrazione aggiudicatrice o di un prestatore di servizi che per conto dell'amministrazione aggiudicatrice interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti o può influenzare il risultato di tale procedura ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto».*

Si tratta di una norma di portata estremamente ampia e atipica, destinata a colorarsi in funzione della finalità di tutela della concorrenza e della imparzialità, sicché sulla nozione di “conflitto di interessi” disegnata dal nuovo codice dei contratti pubblici il Consiglio di Stato ha affermato che: *«l'art. 24 della direttiva 2014/24/UE (cui il predetto art. 42, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016 dà attuazione), non sembra dettare una disciplina univoca del “conflitto di interesse”, ma indica solamente una soglia minima di contenuto e tutela ...*

*La fattispecie descritta dall'art. 42, comma 2 del d.lgs. 50 del 2016 ha portata generale, come emerge dall'uso della locuzione “in particolare”, riferita alla casistica di cui al richiamato art. 7 d.P.R. n. 62 del 2013, avente dunque mero carattere esemplificativo.*

*Ritiene il Collegio - considerate anche le finalità generali di presidio della trasparenza e dell'imparzialità dell'azione amministrativa - che bene il primo giudice abbia ritenuto che l'espressione “personale” di cui alla norma in questione vada riferita non solo ai dipendenti in senso stretto (ossia, i lavoratori subordinati) dei soggetti giuridici ivi richiamati, ma anche a quanti, in base ad un valido titolo giuridico (legislativo o contrattuale), siano in grado di validamente*

*impegnare, nei confronti dei terzi, i propri danti causa o comunque rivestano, di fatto o di diritto, un ruolo tale da poterne obiettivamente influenzare l'attività esterna.*

*Diversamente, si entrerebbe nella contraddizione di escludere dalla portata della norma - dalla manifesta funzione preventiva - proprio quei soggetti che più di altri sono in grado di condizionare l'operato dei vari operatori del settore (pubblici e privati) e dunque si darebbe vita a situazioni di conflitto che la norma vuol prevenire, ossia i componenti degli organi di amministrazione e controllo. Invero, se la norma sul conflitto di interessi si applica sicuramente ai dipendenti "operativi", a maggior ragione andrà applicata anche agli organi ed uffici direttivi e di vertice (nonché ai dirigenti e amministratori pubblici), come si evince proprio dal richiamo all'art 7 del d.P.R. n. 62 del 2013, per indicare le ampie categorie di soggetti cui fare riferimento ...*

*Seppur sia riferito al previgente sistema normativo in materia di contratti pubblici, costituito dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 e dal d.P.R. 10 dicembre 2010, n. 207, dove non vi era una specifica disciplina del conflitto di interessi, il Collegio ritiene di poter fare applicazione, in quanto non contraddetto dalla disciplina attualmente vigente, del costante orientamento giurisprudenziale (ex multis, Cons. Stato, V, 19 settembre 2006, n. 5444) per cui "le situazioni di conflitto di interessi, nell'ambito dell'ordinamento pubblicistico non sono tassative, ma possono essere rinvenute volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'art. 97 Cost., quando esistano contrasto ed incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite".*

*Per l'effetto, al di là delle singole disposizioni normative, ogni situazione che determini un contrasto, anche solo potenziale, tra il soggetto e le funzioni attribuitegli, deve comunque ritenersi rilevante a tal fine: invero, secondo consolidata giurisprudenza, "ogni Pubblica Amministrazione deve conformare la propria immagine, prima ancora che la propria azione, al principio generale di imparzialità e di trasparenza ex art. 97 Cost. (Cons. Stato, sez. IV, 7 ottobre 1998, n. 1291; Cons. Giust. Amm. Sic., sez. giur., 26 aprile 1996, n. 83; Cons. Stato, sez. IV, 25 settembre 1995, n. 775), tanto che le regole sull'incompatibilità, oltre ad assicurare l'imparzialità dell'azione amministrativa, sono rivolte ad assicurare il prestigio della Pubblica Amministrazione ponendola*

*al di sopra di ogni sospetto, indipendentemente dal fatto che la situazione incompatibile abbia in concreto creato o non un risultato illegittimo (Cons. Stato, sez. VI, 13 febbraio 2004, n. 563)”.*

*Ritiene il Collegio che in quest’ottica si collochi, senza soluzione di continuità, il principio adesso normativamente espresso dall’art. 42, comma 2 del d.lgs. n. 50 del 2016.*

*In effetti, le ipotesi ivi previste (in termini generali ed astratti) si riferiscono a situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l’imparzialità richiesta nell’esercizio del potere decisionale. Si verificano quando il “dipendente” pubblico (ad esempio, il RUP ed i titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali ed il provvedimento finale, esecuzione contratto e collaudi) ovvero colui (anche un soggetto privato) che sia chiamato a svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d’appalto, è portatore di interessi della propria o dell’altrui sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l’esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni.*

*La definizione normativa, del resto, appare coerente con lo ius receptum per cui le regole sull’incompatibilità, oltre ad assicurare l’imparzialità dell’azione amministrativa, sono rivolte ad assicurare il prestigio della pubblica amministrazione, ponendola al di sopra di ogni sospetto, indipendentemente dal fatto che la situazione incompatibile abbia in concreto creato o meno un risultato illegittimo (Cons. Stato, VI, 13 febbraio 2004, n. 563) ... la nozione di “conflitto di interesse” delineata all’art. 24 della direttiva 2014/24/UE (che, come già anticipato, prevede solamente un livello minimo ed essenziale di tutela, lasciando agli Stati membri la possibilità di predisporre forme più anticipate ed estese di protezione) ha ... una portata più indiretta ed ipotetica, essendo integrata allorché il soggetto interveniente - su cui si discute - può già solo “influenzare il risultato di tale procedura o ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità”» (sez. V, sent. n. 3415/2017).*

*Ancora, la Corte di Giustizia dell’Unione Europea ha affermato che «un conflitto d’interessi comporta il rischio che l’amministrazione aggiudicatrice pubblica si lasci guidare da considerazioni estranee all’appalto in oggetto e che sia accordata una preferenza a un offerente*

*unicamente per tale motivo. Un conflitto d'interessi del genere è pertanto idoneo a costituire una violazione dell'articolo 2 della direttiva 2004/18 [ora art. 18, Direttiva 2014/24/UE] ...*

*Per quanto riguarda il regime probatorio a tale riguardo, si deve rilevare che, conformemente all'articolo 2 della direttiva 2004/18, le Amministrazioni aggiudicatrici devono trattare gli operatori economici su un piano di parità, in modo non discriminatorio e agire con trasparenza. Ne discende che ad esse è attribuito un ruolo attivo nell'applicazione dei menzionati principi di aggiudicazione degli appalti pubblici.*

*Poiché tale dovere corrisponde all'essenza stessa delle direttive relative alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici (v. sentenza Michaniki, C-213/07, EU:C:2008:731, punto 45), ne risulta che l'Amministrazione aggiudicatrice è, in ogni caso, tenuta a verificare la sussistenza di eventuali conflitti di interessi e ad adottare le misure adeguate al fine di prevenire, di individuare i conflitti di interesse e di porvi rimedio. Orbene, sarebbe incompatibile con siffatto ruolo attivo far gravare sulla ricorrente l'onere di provare, nell'ambito del procedimento di ricorso, la parzialità concreta degli esperti nominati dall'Amministrazione aggiudicatrice. Una soluzione del genere sarebbe del pari contraria al principio di effettività e al requisito di un ricorso efficace di cui all'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 89/665, tenuto conto della circostanza che, segnatamente, un offerente, di norma, non è in grado di avere accesso a informazioni e a elementi di prova tali da consentirgli di dimostrare una siffatta parzialità.*

*Quindi, se l'offerente escluso presenta elementi oggettivi che mettono in dubbio l'imparzialità di un esperto dell'Amministrazione aggiudicatrice, spetta a detta Amministrazione aggiudicatrice esaminare tutte le circostanze rilevanti che hanno condotto all'adozione della decisione relativa all'aggiudicazione dell'appalto al fine di prevenire, di individuare i conflitti di interesse e di porvi rimedio, anche, eventualmente, chiedendo alle parti di fornire talune informazioni e elementi probatori ... l'articolo 1, paragrafo 1, terzo comma, della direttiva 89/665 e gli articoli 2, 44, paragrafo 1, e 53, paragrafo 1, lettera a), della direttiva 2004/18, devono essere interpretati nel senso che non ostano, in linea di principio, a che l'illegittimità della valutazione delle offerte degli offerenti sia constatata sulla base della sola circostanza che l'aggiudicatario dell'appalto ha avuto*

*legami significativi con esperti nominati dall'Amministrazione aggiudicatrice che hanno valutato le offerte. L'Amministrazione aggiudicatrice, in ogni caso, è tenuta a verificare la sussistenza di eventuali conflitti di interessi e ad adottare le misure adeguate al fine di prevenire, di individuare i conflitti di interesse e di porvi rimedio. Nell'ambito dell'esame di un ricorso diretto all'annullamento della decisione di aggiudicazione a causa della parzialità degli esperti non si può richiedere all'offerente escluso di provare concretamente la parzialità del comportamento degli esperti. Spetta, in via di principio, al diritto nazionale determinare se ed in quale misura le Autorità amministrative e giurisdizionali competenti debbano tenere conto della circostanza che un'eventuale parzialità degli esperti abbia avuto o meno un impatto su una decisione di aggiudicazione dell'appalto ...» (sez. V, sent., 12 marzo 2015, C538/13, cit.)*

Sono, dunque, le dichiarate finalità della norma che mira a sterilizzare le ipotesi di conflitto di interesse - *i.e.* a evitare il pericolo di distorsioni della concorrenza e/o di violazioni della parità di trattamento di tutti gli operatori economici - a riempire di significato la nozione stessa. Sicché se acquistano rilevanza tutte le ipotesi di “contaminazione” della posizione dei dipendenti, o di coloro che in base a un qualunque titolo giuridico (di fonte normativa o contrattuale) siano in grado di impegnare validamente l'Amministrazione nei confronti dei terzi, o di coloro che comunque rivestano (di fatto o di diritto) un ruolo tale da poter obiettivamente influenzare l'attività esterna della Stazione appaltante, o dei componenti degli organi di amministrazione e controllo - vale a dire dei soggetti che in qualunque modo contribuiscano a formare la volontà dell'Ente e/o ne siano legittimi portatori, in quanto legati allo stesso da un rapporto di identificazione organica - non vi è modo di negare che le medesime cautele debbano essere poste in atto ogni qualvolta un “conflitto di interessi” tale da mettere in pericolo la perfetta concorrenzialità della procedura e l'imparzialità dell'azione amministrativa si appunti immediatamente in capo al soggetto giuridico che riveste il ruolo di Stazione appaltante.

Nel caso in esame, come rappresentato da parte ricorrente, i collegamenti che determinano il conflitto di interessi in capo alla Stazione appaltante nei confronti dell'aggiudicataria ..... derivano dalla circostanza (risultante dalle visure camerali versate in atti, e comunque non contestata in punto di fatto) che:

- a. la ....., aggiudicataria, è interamente posseduta dalla ....;
- b. il Comune di Salerno - per il tramite della ....., che possiede interamente - e la ..... - per il tramite della ....., che possiede interamente - sono soci, rispettivamente al 48,82% e al 50%, nella .....

In altri termini, il Comune di Salerno (Stazione appaltante) e la ..... (unica proprietaria della aggiudicataria .....) - attraverso società interamente possedute (la ..... e la .....) - sono soci, rispettivamente per il 48,82% e per il 50%, nella .....

Dai “Patti parasociali tra ..... e ..... relativi a .....” - versati in atti dalla ricorrente - emerge, tra l'altro, che *«le Parti, ciascuna per quanto di propria competenza, faranno sì che: (a) la Società sia amministrata da un Consiglio di Amministrazione composto da cinque membri, di cui due (fra cui sarà scelto il Presidente) nominati su designazione di SEH ed i restanti tre (fra cui l'Amministratore Delegato...) nominati su designazione di IME ...; (b) il Consiglio di Amministrazione della Società nomini, su indicazione di IME, un Amministratore Delegato munito di pieni poteri di gestione ad eccezione dei poteri riservati dallo Statuto alla competenza esclusiva del Consiglio di Amministrazione ...; (c) la Società assuma un Direttore ... nominato dal Consiglio di Amministrazione su indicazione del suo Presidente nominato su designazione di SEH».*

Inoltre, come pure rilevato dalla ricorrente:

- lo Statuto della ..... stabilisce che sono di esclusiva competenza del C.d.A. della capogruppo: la *«nomina e/o revoca dei consiglieri di ciascuna società controllata di primo livello fermo restando che l'amministratore delegato di ciascuna società controllata è proposto dall'amministratore delegato di .....»*; l'*«esercizio del diritto di voto nelle assemblee di ciascuna*

*società controllata di primo livello»; le «operazioni che non siano espressamente indicate nel piano industriale e finanziario e/o nel budget annuale di gruppo approvato», di valore complessivo o capitale investito lordo superiore a euro 10 milioni e non superiore a euro 50 milioni, aventi ad oggetto l'approvazione di atti di disposizione di partecipazioni societarie aziende o rami di azienda, investimenti acquisti o cessioni in blocco di beni o rapporti giuridici, assunzioni di finanziamenti o rilascio di garanzie, costituzione di joint venture;*

- l'Amministratore delegato di ciascuna controllata, ..... e ....., opera *«nel rispetto e nell'ambito delle politiche e delle direttive di gruppo e nel rispetto dell'attività di direzione e coordinamento della capogruppo .....»* (cfr. visure camerali).

Sussiste, quindi, una cointeressenza di fatto - non dichiarata in sede di domanda di partecipazione [nel D.G.U.E. la ..... ha dichiarato di non essere *«a conoscenza di qualsiasi conflitto di interessi legato alla sua partecipazione alla procedura di appalto (articolo 80, comma 5, lett. d del Codice)»*], e comunque non "risolvibile" ai fini di cui al richiamato art. 80, co. 5, c.c.p. - tra il Comune appaltante e la (unica proprietaria della) Società aggiudicataria, che avrebbe dovuto determinarne l'esclusione, non potendosi in astratto escludere il rischio di distorsioni nell'azione amministrativa svolta e nei poteri esercitati.

Né sotto tale profilo rileva l'art. 2325 cod. civ., richiamato dalla difesa della controinteressata, il quale attiene al dato formale dell'autonomia patrimoniale delle società, ma nulla ha a che vedere con il profilo sostanziale - e affatto distinto - del possibile *vulnus* alla imparzialità dell'Amministrazione nella duplice veste di socio (di minoranza) della società proprietaria dell'aggiudicataria e di Stazione appaltante.

Il complesso quadro sopra delineato - sia quanto agli assetti proprietari, sia sotto il profilo del concreto atteggiarsi dei poteri nell'ambito delle società interessate - fa dunque ritenere inverata la situazione di potenziale conflitto tra gli interessi di cui l'Amministrazione è portatrice nello svolgimento delle funzioni di Stazione

appaltante e quelli che deve esprimere nella qualità di socio; conflitto al quale il diritto interno e quello eurounitario fanno corrispondere la sanzione espulsiva, in una prospettiva schiettamente proconcorrenziale.

La fondatezza del motivo sin qui esaminato consente di ritenere assorbite le ulteriori doglianze.

Il ricorso deve pertanto essere accolto, con conseguente annullamento dell'aggiudicazione impugnata, e per l'effetto - salvo l'esito delle eventuali ulteriori verifiche di legge - dovranno essere disposti in favore della ricorrente l'aggiudicazione della gara e il subentro, espressamente domandato, nell'Accordo quadro *medio tempore* stipulato, previa dichiarazione di inefficacia dell'Accordo stesso, ai sensi degli artt. 122 e 124 cod. proc. amm.

Per quanto concerne il richiesto risarcimento per equivalente del danno relativo al Contratto attuativo n. 1/2017 per l'annualità 2017-2018, stipulato dal Comune di Salerno con il R.T.I. odierno controinteressato e già interamente eseguito, il Collegio ritiene di dover richiamare i principi affermati, da ultimo, dall'Adunanza plenaria in relazione alla determinazione del *quantum debeat*:

*«a) ai sensi degli artt. 30, 40 e 124, comma 1, c.p.a., il danneggiato deve offrire la prova dell'entità e del quantum del danno che assume di aver sofferto;*

*b) nel caso di mancata aggiudicazione il risarcimento del danno conseguente al lucro cessante si identifica con l'interesse c.d. positivo, che ricomprende sia il mancato profitto (che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto), sia il danno c.d. curricolare (ovvero il pregiudizio subito dall'impresa a causa del mancato arricchimento del curriculum e dell'immagine professionale per non poter indicare in esso l'avvenuta esecuzione dell'appalto) ...;*

*c) spetta all'impresa danneggiata offrire la prova dell'utile che in concreto avrebbe conseguito, qualora fosse risultata aggiudicataria dell'appalto, poiché nell'azione di responsabilità per danni il principio dispositivo opera con pienezza e non è temperato dal metodo acquisitivo proprio dell'azione di annullamento (ex art. 64, commi 1 e 3, c.p.a.); quest'ultimo, infatti, in tanto si giustifica in quanto*

sussista la necessità di equilibrare l'asimmetria informativa tra amministrazione e privato la quale contraddistingue l'esercizio del pubblico potere ed il correlato rimedio dell'azione di impugnazione, mentre non si riscontra in quella di risarcimento dei danni, in relazione alla quale il criterio della c.d. vicinanza della prova determina il riespandersi del predetto principio dispositivo sancito in generale dall'art. 2697, primo comma, c.c.;

d) la valutazione equitativa, ai sensi dell'art. 1226 c.c., è ammessa soltanto in presenza di situazione di impossibilità - o di estrema difficoltà - di una precisa prova sull'ammontare del danno;

e) le parti non possono sottrarsi all'onere probatorio e rimettere l'accertamento dei propri diritti all'attività del consulente tecnico d'ufficio ...;

f) la prova in ordine alla quantificazione del danno può essere raggiunta anche mediante presunzioni; per la configurazione di una presunzione giuridicamente rilevante non occorre che l'esistenza del fatto ignoto rappresenti l'unica conseguenza possibile di quello noto, secondo un legame di necessità assoluta ed esclusiva (sulla base della regola della «inferenza necessaria»), ma è sufficiente che dal fatto noto sia desumibile univocamente quello ignoto, alla stregua di un giudizio di probabilità basato sull'id quod plerumque accidit (in virtù della regola della «inferenza probabilistica»), sicché il giudice può trarre il suo libero convincimento dall'apprezzamento discrezionale degli elementi indiziari prescelti, purché dotati dei requisiti legali della gravità, precisione e concordanza, mentre non può attribuirsi valore probatorio ad una presunzione fondata su dati meramente ipotetici;

g) va esclusa la pretesa di ottenere l'equivalente del 10% dell'importo a base d'asta, sia perché detto criterio esula storicamente dalla materia risarcitoria, sia perché non può essere oggetto di applicazione automatica ed indifferenziata (non potendo formularsi un giudizio di probabilità fondato sull'id quod plerumque accidit secondo il quale, allegato l'importo a base d'asta, può presumersi che il danno da lucro cessante del danneggiato sia commisurabile al 10% del detto importo);

h) anche per il c.d. danno curricolare il creditore deve offrire una prova puntuale del nocumento che asserisce di aver subito (il mancato arricchimento del proprio curriculum professionale),

*quantificandolo in una misura percentuale specifica applicata sulla somme liquidata a titolo di lucro cessante;*

*i) il mancato utile spetta nella misura integrale, in caso di annullamento dell'aggiudicazione impugnata e di certezza dell'aggiudicazione in favore del ricorrente, solo se questo dimostri di non aver utilizzato o potuto altrimenti utilizzare maestranze e mezzi, in quanto tenuti a disposizione in vista della commessa. In difetto di tale dimostrazione, può presumersi che l'impresa abbia riutilizzato mezzi e manodopera per altri lavori ovvero che avrebbe potuto riutilizzare, usando l'ordinaria diligenza dovuta al fine di non concorrere all'aggravamento del danno, a titolo di aliunde perceptum vel percipiendum;*

*j) ... non può negarsi che, ai fini della sussistenza dell'aliunde perceptum, possa essere invocato il meccanismo della presunzione (semplice). In forza di tale meccanismo può quindi individuarsi una presunzione in tal senso, a sua volta fondata sull'id quod plerumque accidit, secondo cui l'imprenditore (specie se in forma societaria), in quanto soggetto che esercita professionalmente un'attività economica organizzata finalizzata alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura prestazioni contrattuali alternative dalla cui esecuzione trae utili. Pertanto, in mancanza di prova contraria, che l'impresa che neghi l'aliunde perceptum può fornire anche sulla base dei libri contabili, deve ritenersi che essa abbia comunque impiegato proprie risorse e mezzi in altre attività, dovendosi quindi sottrarre al danno subito per la mancata aggiudicazione l'aliunde perceptum, calcolato in genere in via equitativa e forfettaria. Del resto ... nell'ambito delle gare d'appalto, tale conclusione risulta avvalorata dalla distinta, concorrente circostanza che, da un lato, non risulta ragionevolmente predicabile la condotta dell'impresa che immobilizza le proprie risorse in attesa dell'aggiudicazione di una commessa, o nell'attesa dell'esito del ricorso giurisdizionale volto ad ottenere l'aggiudicazione, atteso che possono essere molteplici le evenienze per cui potrebbe risultare non aggiudicataria della commessa stessa (il che corrobora la presunzione); dall'altro che, ai sensi dell'art. 1227, secondo comma, c.c., il danneggiato ha un puntuale dovere di non concorrere ad aggravare il danno, sicché il comportamento inerte dell'impresa ben può assumere rilievo in ordine all'aliunde percipiendum. Tale*

*orientamento - assolutamente prevalente, sia pure con sfumature diverse in punto di motivazione - consente del resto di evitare che la sentenza che vede l'impresa vittoriosa diventi occasione e strumento di ingiusta locupletazione» (Ad. plen., sent. n. 2/2017).*

Nel corso del giudizio, tuttavia, la ricorrente non ha fornito puntuale allegazione e prova (mediante deposito dell'offerta economica, con evidenziazione delle voci che qui interessano) dell'effettivo ammontare dell'utile che avrebbe conseguito dalla esecuzione del primo Contratto attuativo. Nemmeno ha offerto un prova rigorosa e puntuale del nocumento asseritamente subito in termini di mancato arricchimento del proprio curriculum professionale.

La domanda di risarcimento del danno per equivalente non può pertanto trovare accoglimento.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto (R.G. 1364/2017), lo accoglie in parte, in uno ai motivi aggiunti, nei sensi di cui in motivazione, e per l'effetto:

- a) annulla i provvedimenti impugnati;
- b) salvo l'esito delle eventuali ulteriori verifiche di legge, ordina alla Stazione appaltante di disporre l'aggiudicazione in favore della ricorrente .....
- c) dichiara l'inefficacia dell'Accordo quadro *medio tempore* stipulato, e dispone il subentro della ricorrente nell'Accordo stesso;
- d) condanna il Comune di Salerno e il R.T.I. aggiudicatario, in solido, al pagamento delle spese di giudizio, liquidate in euro 4.000,00 (quattromila/00) oltre accessori di legge e rimborso del contributo unificato versato, con attribuzione al procuratore della ricorrente dichiaratosi antistatario.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio

**L'ESTENSORE**  
**Valeria Ianniello**

**IL PRESIDENTE**  
**Francesco Riccio**

**IL SEGRETARIO**