

Tar Campania, sezione prima, sentenza n. 6116 del 30 settembre 2021

Gara d'appalto – Collegamento a un unico centro decisionale – Valutazione oggettiva - Esclusione

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1975 del 2021, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

..... S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, in proprio ed in qualità di mandataria della costituenda ATI con la IDROAMBIENTE S.r.l., rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso il suo studio in Napoli alla Via;

contro

..... Azienda Speciale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso il suo studio in Napoli alla Via;

nei confronti

..... S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

..... S.r.l. e S.r.l. con sede in Pozzuoli, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, la prima in qualità di mandataria e la seconda in qualità

di mandante del costituito R.T.I., rappresentate e difese dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

(cointeressate)

....., non costituite in giudizio;

sul ricorso numero di registro generale 2224 del 2021, proposto da:

..... S.r.l., in proprio ed in qualità di mandataria della costituenda ATI con la

..... S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso il suo studio in Napoli alla Via

contro

..... Azienda Speciale, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia ed eletto presso il suo studio in Napoli alla Via

nei confronti

..... S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentata e difesa dall'avvocato, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

..... S.r.l. e S.r.l. con sede in Pozzuoli, in persona dei rispettivi legali rappresentanti pro tempore, la prima in qualità di mandataria e la seconda in qualità di mandante del costituito R.T.I., rappresentate e difese dall'avvocato Marcello Russo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
(cointeressata)

..... S.r.l., non costituita in giudizio;

per l'annullamento

relativamente al ricorso n. 1975 del 2021:

- (quanto al ricorso introduttivo)

del provvedimento della ABC Napoli prot. n. 21444 del 20/04/2021 - comunicato a mezzo pec in pari data - recante la comunicazione della esclusione della ricorrente dalla procedura aperta per l'affidamento dell'Accordo Quadro relativo ai “Lavori di Manutenzione integrata, assistenza alla manutenzione da pronto intervento, ricostruzione e riabilitazione della rete idrica della città di Napoli” (CIG 8342822A80) Lotti 1 e 2;

dei verbali della Commissione di Gara del 18/3/2021, del 6/4/2021 e del 15/4/2021, comunicati con il provvedimento sub 1, nella parte in cui motivano e dispongono l'esclusione del ricorrente dalla gara;

del verbale della Commissione del 15/4/2021 nella parte in cui dispone l'aggiudicazione della gara, quanto al Lotto 1, alla srl e, quanto al Lotto 2, al RTI con capogruppo mandataria srl;

della delibera ABC di Napoli n. 36 del 3/5/2021, di aggiudicazione definitiva della procedura aperta per l'affidamento dell'Accordo Quadro relativo ai “Lavori di Manutenzione integrata, assistenza alla manutenzione da pronto intervento, ricostruzione e riabilitazione della rete idrica della città di Napoli” (CIG 8342822A80), quanto al lotto 1, alla srl e, quanto al lotto 2, al RTI con mandataria srl ;

di ogni ulteriore atto presupposto, preparatorio, connesso, conseguente e/o consequenziale, comunque lesivo degli interessi della ricorrente;

nonché per la declaratoria di inefficacia ex art. 121 c.p.a. del contratto di appalto eventualmente intercorso nelle more del presente giudizio tra la Stazione Appaltante e le controinteressate aggiudicatarie - quanto ai Lotti 1 e 2 -, con conseguente declaratoria dell'obbligo della Stazione Appaltante di immettere nello svolgimento dei servizi oggetto di affidamento la società ricorrente;

- (quanto ai motivi aggiunti depositati il 25/6/2021)

del verbale consegna lavori della ABC Napoli prot. n. 21444 del 21/04/2021 - esibito in giudizio in data 24/5/2021 - recante la consegna in via di urgenza dei lavori di “Manutenzione integrata, assistenza alla manutenzione da pronto intervento, ricostruzione e riabilitazione della rete idrica della città di Napoli” (CIG 8342822A80), Lotti 1 e 2;

del verbale della Commissione di Gara del 23/11/2020, nella parte in cui contesta il presunto collegamento funzionale dell'offerta della ricorrente società con quella del concorrente ATI-.....;

nonché, ai sensi dell'art. 116 c.p.a., del silenzio rifiuto della ABC Napoli sulla istanza di accesso agli atti formulata dalla ricorrente in data 30/4/2021 e per l'effetto per la condanna della ABC Napoli alla esibizione degli atti richiesti;

- (quanto ai motivi depositati il 7/7/2021)

degli atti già gravati con il ricorso introduttivo e dell'ammissione alla gara del RTI-..... Pozzuoli;

relativamente al ricorso n. 2224 del 2021:

della determina ABC Napoli prot. n. 21448 del 20/04/2021 - comunicata a mezzo pec ricevuta in data 20/4/2021 - con la quale è stata comunicata alla ricorrente la propria esclusione dalla procedura aperta per l'affidamento dell'Accordo Quadro relativo ai “Lavori di Manutenzione integrata, assistenza alla manutenzione da pronto intervento, ricostruzione e riabilitazione della rete idrica della città di Napoli” (CIG 8342822A80);

dei verbali della Commissione di gara del 18/3/2021, del 6/4/2021 e del 15/4/2021, recanti l'esclusione del ricorrente dalla gara stessa;

della delibera ABC di Napoli n. 36 del 3/5/2021, di aggiudicazione definitiva della gara suddetta alla srl per il lotto 1 e al RTI con mandataria srl per il lotto 2 ;

di ogni ulteriore atto presupposto, preparatorio, connesso, conseguente e/o consequenziale, comunque lesivo degli interessi della ricorrente; nonché per la declaratoria di inefficacia ex art. 121 c.p.a. del contratto di appalto eventualmente intercorso nelle more del presente giudizio tra la Stazione Appaltante e le controinteressate aggiudicatarie, con conseguente declaratoria dell'obbligo della Stazione Appaltante di immettere nello svolgimento dei servizi oggetto di affidamento la società ricorrente.

Visti i ricorsi introduttivi, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio della Azienda Speciale, della S.r.l., della S.r.l. e della S.r.l. con sede in Pozzuoli;

Visti tutti gli atti della causa;

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

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 22 settembre 2021 il dott. Giuseppe Esposito e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Le ricorrenti partecipavano alla gara d'appalto di cui al bando pubblicato in G.U. n. 76 del 3/7/2020, indetta dall'Azienda Speciale ABC di Napoli (in prosieguo, ABC) per l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa dell'Accordo Quadro, dalla durata di 24 mesi, per i “Lavori di Manutenzione integrata, assistenza alla manutenzione da pronto intervento, ricostruzione e riabilitazione della rete idrica della città di Napoli”, suddiviso in 2 lotti per le diverse aree geografiche, per un valore di € 2.575.000,00 oltre IVA per ciascun lotto.

Alla gara partecipavano per entrambi i lotti i raggruppamenti – di Portici e –, che all'esito delle operazioni della Commissione risultavano collocati in prima posizione, per i lotti 1 (.....-.....) e 2 (.....-.....).

Ad entrambi era contestata la causa di esclusione ai sensi dell'art. 80, quinto comma, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016, per il collegamento tra la e la ravvisato dalla Commissione, sulla scorta degli elementi indicati nelle note ABC n. 11159 e n. 11160 del 26/2/2021:

- <<1) *l'Amministratore unico della S.r.l. e l'amministratore unico della S.r.l., sono legati da un vincolo di parentela in quanto cognati;*
- 2) *la porzione immobiliare destinata a deposito della società S.r.l. coincide con la sede legale della S.r.l. (ubicati, con esattezza, in via Via Pietro Nenni civ. 140 nel comune di Mugnano di Napoli NA);*
- 3) *il responsabile tecnico della S.r.l. figurava, prima della pubblicazione della gara di appalto in oggetto, come Amministratore unico e Socio Unico, proprietario del 100% delle quote societarie della S.r.l.>>.*

La Commissione disattendeva poi le controdeduzioni delle interessate, aggiungendo agli elementi ravvisati le seguenti circostanze (cfr. verbale del 6/4/2021):

- l'immobile, in cui v'è la sede dell'una Società e il deposito dell'altra, è formato da una palazzina a due piani di modeste dimensioni, cosicché non sarebbe garantita una effettiva separazione delle attività svolte;
- le controdeduzioni sono pressoché simili nella forma e nei contenuti;
- le offerte “risultano anomalmente "incrociate"” per i lotti in questione.

Era pertanto comminata l'esclusione delle ditte e, con deliberazione n. 36 del 3/5/2021, l'aggiudicazione in favore dei concorrenti rimasti in gara (....., per il lotto 1; R.T.I. – di Pozzuoli, per il lotto 2).

I provvedimenti sono stati impugnati dalla S.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con S.r.l. di Portici (ricorso R.G. 1975/2021), nonché dalla S.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con S.r.l. (ricorso R.G. 2224/2021).

In entrambi i giudizi si sono costituite la ABC e le controinteressate, formulando l'eccezione di inammissibilità e confutando le censure nelle memorie depositate.

Tutte le parti hanno esibito documentazione.

Su richiesta delle parti ricorrenti la trattazione delle istanze cautelari è stata cancellata dal ruolo alle udienze in camera di consiglio, rispettivamente, del 26/5/2021 e del 9/6/2021.

Con motivi aggiunti (depositati il 25/6/2021) la ha svolto censure avverso il verbale di consegna dei lavori ed il verbale della Commissione del 23/11/2020.

Ha, altresì, proposto l'azione incidentale ex art. 116, co. 2, c.p.a., per l'ostensione della documentazione delle controinteressate (la trattazione della relativa domanda, alla camera di consiglio del 22 settembre 2021, è stata demandata alla decisione contestuale con la pronuncia di merito, come previsto dall'art. 116, co. 2, c.p.a.).

Con ulteriori motivi aggiunti (depositati il 7/7/2021) ha contestato l'ammissione alla gara della, aggiudicataria del lotto 2.

Per l'udienza di merito sono stati prodotti scritti difensivi e le parti ricorrenti hanno chiesto con note d'udienza il passaggio in decisione.

All'udienza pubblica del 22 settembre 2021 i giudizi sono stati trattenuti per la decisione.

DIRITTO

1. - Va preliminarmente disposta la riunione dei giudizi, per connessione in parte soggettiva ed oggettiva, a quest'ultimo riguardo essendo i gravami introduttivi rivolti avverso il provvedimento espulsivo delle Società del 20/4/2021 (n. 21444 e n.

21448), dall'identico contenuto (impugnandosi altresì, da entrambe le ricorrenti, il susseguente provvedimento di aggiudicazione).

2. - Passando all'esame delle impugnative, possono essere trattati congiuntamente i ricorsi introduttivi della (R.G. 1975/2021) e della (R.G. 2224/2021), affidati a censure coincidenti.

2.1. È contestata la sussistenza di un collegamento sostanziale tra la e la (mandante del RTI con), invocando il principio di massima partecipazione e l'esigenza di una verifica rigorosa, confutando partitamente le valutazioni effettuate dalla Commissione di gara.

È affermato che:

- il rapporto di affinità tra i legali rappresentanti (cognati) delle Società e non può denotare di per sé un collegamento tra le imprese e la riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale, avendo tra l'altro la partecipato in qualità di mandante del costituendo RTI e nel limite del 20% delle lavorazioni OG6 (per cui la sua limitata partecipazione non può aver influito nella redazione dell'offerta, ragionevolmente determinata dal legale rappresentante della mandataria);

- l'immobile di Mugnano alla Via Pietro Nenni n. 40 (di proprietà di soggetti estranei) veniva in parte locato alla (5/4/2015) e in parte alla (17/7/2014), da quest'ultima sublocato alla il 12/5/2017 (secondo piano e parte del capannone), senza alcuna condivisione di spazi comuni, produttivi o amministrativi;

- l'attuale Responsabile tecnico della era già socio al 100% e Amministratore della sino al 29/5/2020, cedendo le quote e dismettendo la qualifica rivestita alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, divenendo solo dopo Direttore Tecnico della (23/10/2020), per cui non aveva alcuna carica in nessuna delle due Società nell'intervallo di tempo tra la pubblicazione del bando (3/7/2020) e il termine di scadenza di presentazione delle

offerte (27/7/2020), per cui è influente la sua posizione (passata o futura rispetto a tale intervallo temporale).

Sono inoltre confutati gli altri rilievi enunciati dalla Commissione con il verbale del 6/4/2021 (quanto alla similitudine tra le controdeduzioni presentate e alla “anomalia” dei ribassi), sostenendo che:

- le note, redatte da soggetti diversi e inviate da differenti PEC, non potevano che avere contenuto sovrapponibile, contenendo giocoforza deduzioni analoghe rispetto alle identiche contestazioni ed essendo state inoltrate a gara conclusa, di tal che non avrebbe potuto arguirsi l'esistenza di un (antecedente) collegamento tra le Società, tale da influire invalidandola sulla loro partecipazione alla gara;
- non rileva l'offerta, per i lotti 1 e 2, dei ribassi rispettivamente del 12,01% e 27,157% (RTI Portici) e del 26,94% e 11,94% (RTI), i quali non avrebbero effetto distorsivo sulla gara da aggiudicare all'offerta economicamente più vantaggiosa, sia per la preponderanza dell'elemento tecnico (70 punti rispetto a 30, con 13 tra i 14 criteri di valutazione tecnica basati solo sul possesso del requisito: on/off), sia in quanto gli aggiudicatari finali dei due lotti hanno offerto ribassi maggiori (27% e 40%), sicché i ribassi censurati non hanno avuto conseguenze premianti.

2.2. Ciò posto, è eccepita l'inammissibilità delle impugnative, con riferimento a quanto previsto dall'art. 120, comma 11-bis, c.p.a, (*“Nel caso di presentazione di offerte per più lotti l'impugnazione si propone con ricorso cumulativo solo se vengono dedotti identici motivi di ricorso avverso lo stesso atto”*).

Viene rappresentato che l'aggiudicazione ha un oggetto plurimo (distinto per i singoli lotti, senza possibilità per il concorrente di aggiudicarsi entrambi), cosicché le parti ricorrenti non avrebbero potuto cumulare le censure e rivolgerle all'atto nella sua interezza, ma semmai contestare il provvedimento solo per quella parte del suo

contenuto (scindibile) afferente al lotto di cui reclamano l'aggiudicazione (difettando l'interesse per la restante parte).

Ritiene il Collegio di poter prescindere dall'eccezione sollevata, poiché le censure sono infondate e i ricorsi introduttivi dei giudizi vanno conseguentemente respinti nel merito.

2.3. La disposta esclusione si fonda sull'art. 80, quinto comma, lett. m), del d.lgs. n. 50/2016, il quale prevede che le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico che *“si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale”*.

Il Tribunale intende rifarsi all'interpretazione della norma data dalla condivisa giurisprudenza, riproposta da questa Sezione con sentenza del 15/2/2021 n. 987, affermando che:

<<- l'accertamento della sussistenza di un unico centro decisionale costituisce motivo in sé sufficiente a giustificare l'esclusione delle imprese dalla procedura selettiva, non essendo necessario verificare che la comunanza a livello strutturale delle imprese partecipanti alla gara abbia concretamente influito sul rispettivo comportamento nell'ambito della gara, determinando la presentazione di offerte riconducibili ad un unico centro decisionale;

- ciò che rileva è, infatti, il dato oggettivo, autonomo e svincolato da valutazioni a posteriori di tipo qualitativo, rappresentato dall'esistenza di un collegamento sostanziale tra le imprese, con la necessaria precisazione che lo stesso debba essere dedotto da indizi gravi, precisi e concordanti (Cons. Stato, Sez. V, n. 1265/2010);

- tale interpretazione garantisce la giusta tutela ai principi di segretezza delle offerte e di trasparenza delle gare pubbliche nonché della parità di trattamento delle imprese concorrenti, principi che verrebbero irrimediabilmente violati qualora si ritenesse di correlare l'esclusione dalla gara di

imprese in collegamento sostanziale ad una posteriore valutazione sul contenuto delle offerte (TAR Lombardia, sez. I, n. 2248/2016);

- è ravvisabile un centro decisionale unitario laddove tra imprese concorrenti vi sia intreccio parentale tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici, vi sia contiguità di sede, vi siano utenze in comune (indici soggettivi), oppure, anche in aggiunta, vi siano identiche modalità formali di redazione delle offerte, vi siano strette relazioni temporali e locali nelle modalità di spedizione dei plichi, vi siano significative vicinanze cronologiche tra gli attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzia delle offerte. La ricorrenza di questi indici, in numero sufficiente e legati da nesso oggettivo di gravità, precisione e concordanza tale da giustificare la correttezza dello strumento presuntivo, è sufficiente a legittimare l'esclusione dalla gara dei concorrenti che si trovino in questa situazione (TAR Lombardia, Milano, I sez., n. 1984/2019);

- il semplice collegamento può quindi dar luogo all'esclusione da una gara d'appalto solo all'esito di puntuali verifiche compiute con riferimento al caso concreto da parte dell'Amministrazione che deve accertare se la situazione rappresenta anche solo un pericolo che le condizioni di gara vengano alterate (TAR Sardegna, n. 163/2018)>>.

La pronuncia è stata confermata con sentenza della sez. IV del Consiglio di Stato del 22/4/2021 n. 3255, ribadendo che la giurisprudenza amministrativa ha individuato “una serie di indici, che per assurgere a presupposti del provvedimento di esclusione devono avere le caratteristiche di gravità, precisione e concordanza, che spetta all'Amministrazione valutare in concreto”, per concludere che: “E’ quindi sufficiente, ai fini dell'esclusione, che si raggiunga un grado di verosimiglianza della sussistenza di un unico centro decisionale secondo un criterio probabilistico che poggia sugli elementi del collegamento di carattere societario, commerciale o comunque relazionale (esemplificativamente vincoli di parentela)” (p. 8.4).

Venendo al caso di specie, il provvedimento di esclusione impugnato si mostra aderente ai principi ora indicati.

Gli elementi posti a fondamento dell'atto denotano un tessuto relazionale da cui è stato legittimamente tratto il convincimento dell'esistenza di un collegamento

sostanziale tra le imprese, incidente sulla regolarità del loro operato, contravvenendo alla segretezza delle offerte e in grado di pregiudicare i principi di trasparenza delle gare pubbliche e di parità di trattamento dei concorrenti.

Va chiarito che gli elementi ravvisabili debbono essere valutati in astratto, purché fondati su un sufficiente livello di attendibilità, senza che la stazione appaltante debba essere onerata della prova in concreto della alterazione del confronto concorrenziale (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12/1/2021 n. 393: *“la valutazione operata dalla stazione appaltante circa l’unicità del centro decisionale «postula semplicemente l’astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, non anche necessariamente che l’alterazione del confronto concorrenziale si sia effettivamente realizzata, nel caso concreto, essendo quella delineata dal legislatore una fattispecie di pericolo (ex multis, Cons. Stato, V, 16 febbraio 2017, n. 496; III, 10 maggio 2017, n. 2173; III, 23 dicembre 2014, n. 6379; V, 18 luglio 2012, n. 4189)» (Cons. Stato, V, 22 ottobre 2018, n. 6010). Per cui, com’è stato ulteriormente precisato, «ciò che deve essere provato [...] è soltanto l’unicità del centro decisionale e non anche la concreta idoneità ad alterare il libero gioco concorrenziale. Ciò, in quanto la riconducibilità di due o più offerte a un unico centro decisionale costituisce ex se elemento idoneo a violare i generali principi in tema di par condicio, segretezza e trasparenza delle offerte [...]» (Cons. Stato, V, 6 febbraio 2017, n. 496). Ne discende che sulla stazione appaltante grava «il solo compito di individuare gli indici dell’esistenza di un unico centro decisionale e non anche il compito di provare in concreto l’avvenuta alterazione del gioco concorrenziale, ovvero il compito di indagare le ragioni di convenienza che possono aver indotto l’unitario centro di imputazione ad articolare offerte in parte diverse fra loro» (Cons. Stato, V, 6 febbraio 2017, n. 496)”).*

V’è da aggiungere che la concordanza di indizi implica che ciascuno di essi debba essere valutato in correlazione con gli altri, nell’ottica di un plausibile giudizio presuntivo, tendente a prevenire un ipotetico pericolo all’andamento della gara.

Applicando le suesposte coordinate ermeneutiche, va detto che il rapporto di affinità tra gli amministratori della e della non può costituire elemento

neutro, siccome accompagnato ad altri dati che militano nel senso di prefigurare l'esistenza di una sostanziale unicità decisionale, ossia:

a) la contiguità della sede della con il deposito della, ubicati nello stesso immobile e la cui disponibilità deriva da rapporti contrattuali tra le Società medesime (sublocazione);

b) il pregresso possesso, da parte dell'attuale responsabile tecnico della, della totalità delle quote della (rivestendovi la qualità di Amministratore unico), tanto da far presumere il mantenimento di una cointeressenza, suscettibile di essere valutata tale nonostante la scissione temporale data dalla cessione delle quote e dalla cessazione della carica, prima di partecipare alla gara e senza aver ancora assunto il nuovo incarico.

Né può essere fondatamente ritenuto che il limitato apporto della al RTI con (in qualità di mandante) escluda l'elemento sintomatico del collegamento sostanziale, restando comunque plausibile che essa abbia potuto partecipare alla redazione della domanda e alla formulazione dell'offerta.

Quanto agli ulteriori elementi riscontrati dalla Commissione nell'esaminare le controdeduzioni (verbale del 6/4/2021), sebbene la somiglianza delle note posteriori all'avviso di esclusione non assurge a indice rilevante (ben potendo in tal caso le interessate confrontarsi sul da farsi e redigere un atto comune), non altrettanto può dirsi per la formulazione incrociata delle offerte.

I ribassi del 12,01% e 27,157% (RTI-..... Portici) e del 26,94% e 11,94% (RTI-.....) mostrano verosimilmente l'intendimento dei concorrenti di non osteggiarsi per i lotti di rispettivo interesse, formulando offerte intrecciate che denotano un collegamento sostanziale in termini di soddisfacimento reciproco delle pretese, ben valutabile ai fini che qui interessano e rilevante per il giudizio di esclusione (senza che abbia rilievo la preponderanza del fattore tecnico o il fatto che gli altri concorrenti abbiano offerto ribassi maggiori).

2.4. Per le considerazioni che precedono debbono essere conseguentemente respinti i ricorsi introduttivi proposti:

- dalla S.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con S.r.l. di Portici (giudizio R.G. 1975/2021);
- dalla S.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con S.r.l. (giudizio R.G. 2224/2021).

3.- Vanno ora esaminati, per il giudizio R.G. 1975/2021, i motivi aggiunti proposti dalla e depositati il 25/6/2021 e il 7/7/2021.

3.1. Con il primo di essi è impugnato l'esibito verbale di consegna lavori e il verbale del 23/11/2020 con cui la Commissione contestava il collegamento sostanziale tra le imprese.

La ricorrente lamenta che:

- a) l'ABC non avrebbe potuto procedere alla consegna dei lavori, in quanto l'esecuzione del servizio può essere intrapresa solo dopo che il contratto sia divenuto efficace e, ai sensi dell'art. 32, co. 11 e 13, del d.lgs. n. 50/2016, è vietata la stipula del contratto nel termine tra la notifica del ricorso e il pronunciamento cautelare del G.A.;
- b) non sussistevano i presupposti per l'esecuzione anticipata in via di urgenza, ex art. 32, co. 8, d.lgs. cit., ancorata ad elementi imprevedibili o situazioni emergenziali che porrebbero in essere un grave danno all'interesse pubblico, non rinvenibili né evidenziati (essendo il servizio in essere svolto dalla stessa, aggiudicataria nel 2018);
- c) la valutazione della Commissione resa nel verbale del 23/11/2020 (in cui evidenziava che i ribassi offerti per i due lotti dalla e dalla ATI- sarebbero "anormalmente incrociati" e sintomatici di un collegamento sostanziale, riservandosi ulteriori approfondimenti) è frutto di una supposizione priva di un'adeguata istruttoria, illegittima come già rilevato nel ricorso introduttivo.

Con gli stessi motivi aggiunti è formulata l'azione ex art. 116, co. 2, c.p.a., impugnando il silenzio-rifiuto della ABC sull'istanza di accesso del 30/4/2021, chiedendo la condanna all'esibizione degli atti richiesti con istanza di accesso del 30/4/2021, tra cui la copia della documentazione amministrativa, tecnica ed economica delle aggiudicatarie.

È rappresentato l'interesse a conoscere le offerte dei concorrenti per contestarne eventualmente l'ammissione alla gara, potendo la loro esclusione determinare la riedizione della procedura per assenza di ulteriori offerte valide.

I motivi aggiunti sono infondati per le motivazioni che precedono (quanto alla contestazione del verbale della Commissione del 23/11/2020) e, per il resto, vanno dichiarati inammissibili per carenza di legittimazione ad agire.

Invero, una volta stabilito che è legittima l'esclusione comminata, la ricorrente non vanta alcun titolo a contestare la consegna dei lavori né ad accedere agli atti richiesti, prospettando come detto l'interesse a contestare l'altrui ammissione, ai fini della ripetizione della gara.

Nel primo caso essa è estranea al rapporto tra la stazione appaltante e l'affidatario che ha determinato la consegna dei lavori, non potendo vantare alcuna posizione qualificata per opporvisi.

In ordine all'accesso richiesto (ed a prescindere dal concorrente profilo di improcedibilità dell'azione incidentale, risultando dalla proposizione dei successivi motivi aggiunti, depositati il 7/7/2021, che gli atti richiesti siano stati esibiti, in tutto o in parte), la pretesa alla ripetizione della gara a cui l'azione è preordinata è a sua volta inammissibile per carenza di una posizione legittimante, dovendosi fare applicazione del principio per cui *“l'interesse strumentale alla rinnovazione della gara può essere perseguito soltanto da una impresa che non sia stata esclusa, in quanto il provvedimento estromissivo risultato legittimo priva il concorrente della disponibilità di qualsivoglia interesse qualificato, anche di mera natura strumentale, preordinato ad ottenere la riedizione integrale della*

procedura; diversamente opinando anche un quisque de populo sarebbe legittimato ad impugnare bandi o fasi valutative di gare in relazione alle quali egli sia rimasto estraneo, dovendosi equiparare a tale posizione il concorrente escluso per carenza di offerta ammissibile” (sentenza della Sezione del 17/7/2017 n. 3805, con ulteriori richiami, confermata con sentenza del Consiglio di Stato, sez. III, del 7/3/2018 n. 1461).

È il caso di precisare che la declaratoria di inammissibilità dell'azione impugnatoria e dell'azione incidentale di accesso si pone in rapporto di stretta derivazione e dipendenza dalla decisione nel merito del ricorso introduttivo, succedendo ad essa e non potendosi esigere in tal caso la previa formulazione alla parte dell'avviso ex art. 73, terzo comma, c.p.a.

3.2. Alla stessa stregua vanno dichiarati inammissibili i motivi aggiunti depositati il 7/7/2021.

Premette la ricorrente che la Stazione Appaltante esibiva gli atti richiesti, tra cui l'offerta tecnica del RTI-..... Pozzuoli, aggiudicatario del lotto 2.

Formula censure avverso la sua ammissione alla gara, sostenendo che la stazione appaltante avrebbe dovuto procedere alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati (primo motivo), denunciando con gli ulteriori due motivi l'inammissibilità dell'offerta del concorrente, per violazione del punto 4.3. del disciplinare (che richiedeva il possesso di personale inserito nell'organico aziendale con qualifica certificata di saldatore), nonché dell'obbligo di disporre dei mezzi tecnici (escavatori), di cui è stato falsamente attestato il possesso.

Trattasi di censure involgenti l'ammissione del concorrente, formulate dal soggetto legittimamente escluso dalla gara, conseguendone per quanto già detto l'inammissibilità anche dei presenti motivi aggiunti per carenza di legittimazione ad agire.

4. - Conclusivamente, previa riunione dei giudizi, per le motivazioni che precedono:

1) vanno respinti i ricorsi introduttivi proposti:

- dalla S.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con S.r.l. di Portici (giudizio R.G. 1975/2021);

- dalla S.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con S.r.l. (giudizio R.G. 2224/2021);

2) vanno in parte respinti e in parte dichiarati inammissibili i motivi aggiunti proposti dalla nel giudizio R.G. 1975/2021, depositati il 25/6/2021, compresa l'inammissibilità dell'azione incidentale di accesso ex art. 116, co. 2, c.p.a., in essi contenuta;

3) vanno dichiarati inammissibili i motivi aggiunti proposti dalla nel giudizio R.G. 1975/2021, depositati il 7/7/2021.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza e sono regolate e liquidate nei termini e nella misura indicati in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sui ricorsi introduttivi e sui motivi aggiunti, come in epigrafe proposti:

a) riunisce i ricorsi;

b) respinge il ricorso introduttivo proposto dalla S.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con S.r.l. di Portici, nel giudizio R.G. 1975/2021;

c) respinge il ricorso introduttivo proposto dalla S.r.l., in proprio e quale mandataria della costituenda ATI con S.r.l., nel giudizio R.G. 2224/2021;

d) respinge in parte e in parte dichiara inammissibili i motivi aggiunti proposti dalla nel giudizio R.G. 1975/2021, depositati il 25/6/2021, compresa l'inammissibilità dell'azione incidentale di accesso ex art. 116, co. 2, c.p.a.;

e) dichiara inammissibili i motivi aggiunti proposti dalla nel giudizio R.G. 1975/2021, depositati il 7/7/2021.

Condanna le parti ricorrenti alla refusione delle spese di giudizio in favore delle controparti, regolate e liquidate nei termini e nella misura che seguono:

1) condanna la S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento delle spese di giudizio per complessivi € 4.500,00 (quattromilacinquecento/00), oltre accessori di legge, di cui:

a) € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore della Azienda Speciale;

b) € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore della S.r.l.;

c) € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore della S.r.l. e della S.r.l. di Pozzuoli, in solido tra loro;

2) condanna la S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, al pagamento delle spese di giudizio per complessivi € 4.500,00 (quattromilacinquecento/00), oltre accessori di legge, di cui:

a) € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore della Azienda Speciale;

b) € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore della S.r.l.;

c) € 1.500,00 (millecinquecento/00), oltre accessori di legge, in favore della S.r.l. e della S.r.l. di Pozzuoli, in solido tra loro.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 22 settembre 2021 con l'intervento dei magistrati

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

IL SEGRETARIO