



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

I N N O M E D E L P O P O L O I T A L I A N O

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania

(Sezione Ottava)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3596 del 2017, proposto da:
Sirio Ambiente & Consulting S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Ferdinando Pinto, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Erik Furno in Napoli, via Cesario Console, n. 3;

contro

Comune di Benevento, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Vincenzo Catalano, con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Salvatore Maria Antonelli in Napoli, via Agostino Depretis, n. 102;

nei confronti di

Antinia S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avv. Angelo Giuseppe Orofino, Raffaello Giuseppe Orofino e Anna Floriana Resta, domiciliato ex lege presso la Segreteria del T.A.R. Campania in Napoli, Piazza Municipio, n. 64.

per l'annullamento

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

- del provvedimento n. 314 del 21 agosto 2017 (registro generale n. 1.074 del 22 agosto 2017) notificato a firma del Dirigente del Settore OO.PP. del Comune di Benevento, con cui è stato aggiudicato in via definitiva alla società Antinia s.r.l. l'appalto dei servizi di trasporto e smaltimento dei materiali rinvenuti dall'alluvione – II Lotto – I stralcio COD.INT. 10/R/01 – Importo totale generale del servizio Euro 1.838.736,22;

- nonché di ogni altro atto presupposto o comunque connesso al provvedimento impugnato e in particolare di quelli indicati nel verbale di gara del 1 marzo 2017 con cui venivano accolte le giustificazione relativamente alle anomalie emerse nella offerta della ditta aggiudicataria ivi compreso il parere del RUP richiamato nel predetto verbale;

- nonché di ogni altro atto connesso o comunque collegato al provvedimento impugnato;

per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da ANTINIA s.r.l.:

annullamento in via incidentale, previa concessione di tutela cautelare, di tutti gli atti gravati dalla ricorrente principale, nella parte in cui non viene dichiarata l'esclusione della ricorrente principale dalla gara oggetto del presente giudizio, ivi inclusi:

- il provvedimento n. 314 del 21.8.2017 a firma del dirigente del settore OO.PP. del Comune di Benevento, con cui è stato aggiudicato in via definitiva l'appalto dei servizi di trasporto e smaltimento dei materiali rinvenuti dall'alluvione – II Lotto – I stralcio COD.INT. 10/R/01;

- ogni altro atto presupposto o comunque connesso al provvedimento impugnato, inclusi tutti i verbali di gara.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Benevento e di Antinia S.r.l.;

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 20 dicembre 2017 il dott. Fabrizio D'Alessandri e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

Il Comune di Benevento ha bandito una procedura per l'affidamento di un appalto dei servizi di trasporto e smaltimento dei materiali rinvenienti dall'alluvione – II Lotto – con base d'asta di euro

1.519.378.85, di cui euro 125.453.30 per oneri di sicurezza non soggetti a ribasso.

La procedura è stata bandita con il criterio del minor prezzo, trattandosi di servizi e forniture con caratteristiche standardizzate le cui condizioni sono definite dal mercato.

La ricorrente ha partecipato alla procedura di gara, classificandosi al secondo posto della graduatoria.

E' intervenuta l'aggiudicazione provvisoria alla Antinia s.r.l. sulla base di una offerta pari quasi alla metà (oltre il 43 %) della base d'asta prevista e di un sito indicato per lo smaltimento dei materiali collocato a Putignano, quindi a circa 170 km di distanza.

La Commissione di gara ha disposto la verifica della congruità delle offerte pervenute dalla Antinia s.r.l e dalla Sirio Ambiente & Consulting, il ribasso delle quali era superiore alla soglia di anomalia, per cui ha invitato le predette società a fornire le giustificazioni delle offerte presentate e, successivamente, a fornire chiarimenti.

In sede di chiarimenti la Antinia s.r.l. ha indicato altri tre siti di smaltimento nel raggio di 50 km.

Sulla scorta delle giustificazioni e chiarimenti forniti, in occasione della seduta di gara dell'1.3.2017, è stato confermato l'esito della precedente seduta di gara, con aggiudicazione provvisoria dell'appalto alla Antinia s.r.l.

La gara è stata aggiudicata in via definitiva alla Antinia s.r.l., con atto n. 314 del 21 agosto 2017, e parte ricorrente ha impugnato l'indicata aggiudicazione e ogni altro atto presupposto o comunque connesso al provvedimento impugnato e, in particolare, il verbale di gara del 1 marzo 2017 con cui sono state accolte le giustificazioni relativamente alle anomalie emerse nella offerta della ditta aggiudicataria.

Parte ricorrente ha formulato un articolato motivo di ricorso:

Violazione di legge art 83 e 97 codice degli appalti, principio di immutabilità dell'offerta, eccesso di potere per difetto dell'istruttoria insufficienza della motivazione, eccesso di potere per sviamento, lesione del principio di buon andamento art 97 cost.. violazione del capitolato di gara.

In sostanza, il concorrente, risultato aggiudicatario, avrebbe modificato, in sede di chiarimenti, i siti di stoccaggio e smaltimento del materiale da rimuovere quale rifiuto degli eventi alluvionali. La sostituzione sarebbe stata, per certi versi, inevitabile in quanto, alla luce del ribasso offerto, superiore addirittura al 40% del prezzo base, era impossibile sostenere i costi del trasporto sino al sito di Putignano che si trova a oltre 170 Km. Vi sarebbe, quindi, stata una inammissibile riformulazione dell'offerta.

Ha, inoltre, dedotto che, in ogni caso, le dichiarazioni relative alla disponibilità dei nuovi siti fossero inidonee a provare la loro disponibilità e, comunque, errate.

Si sono costituiti il Comune di Benevento e la controinteressata Antinia s.r.l. resistendo al ricorso.

Quest'ultima ha proposto ricorso incidentale, rilevando che la ricorrente principale sarebbe dovuta essere esclusa per l'assenza di requisiti, e deducendo i seguenti motivi:

1) Violazione Reg. CE 1069/2009 e Reg. Ce n. 142/2011. Violazione della *lex specialis*.

Eccesso di potere (travisamento dei presupposti; errore di fatto).

Viene contestata l'assenza del requisito di idoneità professionale, relativo all'«essere in possesso di autorizzazione al ritiro e trasporto di carcasse di animali e parti anatomiche ex regolamento CE I774/2002» (par. 4.2, lett. d, del disciplinare).

2) Violazione dell'art. 83 del d.l.s. n. 50/2016. Violazione della *lex specialis*.

Eccesso di potere (travisamento dei presupposti; errore di fatto).

Il par. 4.3, lett. m) del disciplinare di gara indicava che il concorrente avrebbe dovuto essere in possesso dei seguenti requisiti di capacità economica e finanziaria: «m) dichiarazioni di idoneità finanziaria di almeno due istituti bancari».

La Sirio Ambiente & Consulting ha prodotto due dichiarazioni di solidità finanziaria emesse da due società iscritte nell'elenco dei confidi ex art. 155 tenuto dalla Banca d'Italia e come tali inidonee.

3) Violazione art. 89 del d.lgs. n. 50/2016. Eccesso di potere (erronea considerazione dei presupposti; travisamento di fatto).

La Sirio Ambiente & Tecnologie avrebbe partecipato alla gara dimostrando mediante avvalimento il requisito tecnico previsto dal par. 4.2.,lett b) del disciplinare (inerente il numero medio di operai specializzati, richiesto ai fini della selezione). Nel contratto di avvalimento era, tuttavia, previsto che l'obbligo dell'impresa ausiliaria sarebbe divenuto inefficace in caso di mancata aggiudicazione della gara. Il contratto di avvalimento era, dunque, risolutivamente condizionato dall'aggiudicazione della gara. Con l'intervenuta l'aggiudicazione a

favore della Antinia il contratto doveva intendersi risolto, comportando la perdita del requisito in capo alla Sirio Ambiente & Tecnologie.

4) Violazione artt. 212 ss. del d.lgs. n. 152/2006. Violazione del d.m. n. 120/2014. Violazione della *lex specialis*. Eccesso di potere (errore di fatto; omessa considerazione dei presupposti; sviamento).

La Sirio Ambiente & Tecnologie ha partecipato alla gara acquisendo mediante avvalimento dalla Papa Srl il requisito di capacità tecnica di cui al punto 4.4., lett. n), del disciplinare di gara, riferito al numero medio di operai impiegati in servizi analoghi a quelli oggetto di gara. L'ausiliaria, però, non disponeva delle abilitazioni necessarie all'effettuazione delle prestazioni oggetto di gara, giacché non disponeva dell'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali per le categorie 9 e 10 pur richiesta dal par. 4.2, lett. b), del disciplinare.

Di particolare rilevanza si presentano la mancanza dell'iscrizione per la categoria 9, relativa alla bonifica dei siti e quella relativa alla categoria 10, riferita alla bonifica dei siti contenenti amianto, ovverosia le attività principali dell'appalto.

L'ausiliaria non potrebbe prestare il proprio ausilio nello svolgimento dell'attività principale prevista dalla *lex specialis* ovverosia i servizi di bonifica.

Se, infatti, l'avvalimento serve a mettere a disposizione della ausiliata le risorse organizzative di cui essa risulti carente, la stessa impresa ausiliaria deve possedere (e mantenere per tutta la durata della gara) le abilitazioni necessarie per affiancarsi all'ausiliata nello svolgimento delle prestazioni in relazione alla corretta esecuzione delle quali si rivela determinante la capacità tecnica da essa «prestata» alla avvalsa.

5) Violazione artt. 212 ss. del d.lgs. n. 152/2006. Violazione del d.m. n. 120/2014. Violazione della *lex specialis*. Eccesso di potere (errore di fatto; omessa considerazione dei presupposti; sviamento).

Il par. 4.3, lett. n), del disciplinare di gara prevede, quale requisito tecnico: «n) essere in possesso delle risorse umane e tecniche e dell'esperienza necessaria per

eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità. Avere, pertanto, un organico medio annuo nel triennio 2013/2014/2015 costituito da almeno dieci addetti a servizi a quelli di gara, intendendosi come comprese nell'organico tutte le professionalità specifiche richieste per lo svolgimento delle attività indicate nel capitolato di appalto». L'ausiliaria che ha fornito il requisito in avvalimento, tuttavia, non possiede le abilitazioni per effettuare i servizi di bonifica, che sono quelli con più evidente grado di analogia rispetto alle prestazioni oggetto di gara, e deve dubitarsi che i dipendenti indicati nel contratto di avvalimento siano stati addetti a servizi «analoghi», così come richiesto dalla *lex specialis*.

La stessa ausiliaria, dunque, difetta del requisito «prestato» alla Sirio Ambiente & Tecnologie che, pertanto, avrebbe dovuto essere esclusa.

La parte ricorrente principale ha eccepito l'irricevibilità del ricorso incidentale per tardività, in quanto volto a contestare l'ammissione del ricorrente senza il rispetto del termine previsto dall'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, del Codice del processo amministrativo, facendo presente che alla seduta dell'1 marzo 2017 di verifica della regolarità dei documenti presentati e di ammissione delle ditte partecipanti era presente anche il rappresentante della ricorrente incidentale che, dunque, era nella piena conoscenza dell'atto.

DIRITTO

1) Al riguardo il Collegio rileva, in via preliminare, che il ricorso incidentale proposto dal controinteressato è di tipo cosiddetto escludente o paralizzante, in quanto volto a contestare la presenza in capo al ricorrente principale dei requisiti di partecipazione alla procedura di gara, e, pertanto, va scrutinato in via prioritaria, stante la pluralità delle ditte che hanno formulato un'offerta valida.

Sul punto il Collegio aderisce a quanto indicato dalla pronuncia del Cons. Stato Sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708 (recentemente ribadito da Cons. Stato, Sez. III, 6 febbraio 2017, n. 517).

Quest'ultima sentenza ha riesaminato la questione della valenza del ricorso incidentale escludente e del suo rapporto con il ricorso principale, alla luce degli ultimi approdi della Corte di giustizia U.E. 5 aprile 2016 n. 689. La Corte di giustizia U.E. sembrava, infatti, aver superato il principio, che si era in precedenza affermato sulla base della sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 9 del 2014, secondo cui il ricorso principale deve essere esaminato nel merito solo nelle ipotesi in cui le imprese rimaste in gara siano solo due e le relative offerte siano affette da un vizio ascrivibile alla medesima fase procedimentale, enunciando la diversa regola per cui il ricorso principale deve essere comunque esaminato (anche nel caso di accoglimento di quello incidentale), a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla procedura e dalla natura della violazione con esso dedotta.

La decisione del Consiglio di Stato qui richiamata ha ritenuto di dover chiarire l'effettiva portata conformativa e applicativa della pronuncia della Corte di giustizia U.E., indicando come la stessa sia stata giustificata dalla peculiarità della fattispecie sottoposta al suo giudizio, in quanto la regola iuris risulta concepita, elaborata e formalizzata dalla Corte di Lussemburgo proprio con riferimento alla specifica situazione (di fatto e di diritto) che ha determinato l'interrogazione che le è stata rivolta.

All'esito dell'esame, la decisione del Consiglio di Stato ha affermato che, nel caso di proposizione di un ricorso incidentale cosiddetto "escludente" che si riveli fondato, è configurabile un ulteriore interesse strumentale a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla procedura (e non esclusivamente quando le ditte rimaste in gara sono due), qualora il vizio dedotto a carico di

un'offerta sia comune anche ad altre offerte, ancorché presentate da imprese rimaste estranee al giudizio, posto che dal suo accertamento deriverebbe (o, comunque, potrebbe ragionevolmente derivare) l'esclusione anche di queste ultime, in via di autotutela, con la conseguente rinnovazione della procedura. In questi casi, dunque, anche il ricorso principale deve comunque essere scrutinato. Resta, tuttavia, compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela in materia di gare d'appalto un'interpretazione della normativa nazionale che impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi alcun vantaggio, neanche in via strumentale (perché, ad esempio, i motivi dedotti con il gravame non sono in alcun modo riferibili ad offerte ammesse alla gara e presentate da imprese non evocate in giudizio). Un'interpretazione che, al contrario, ammetta sempre l'obbligo dell'esame del ricorso principale, a prescindere da qualsivoglia scrutinio in concreto della sussistenza di un interesse (anche strumentale) alla sua decisione, deve essere rifiutata perché si rivelerebbe del tutto incoerente sia con il richiamo, ivi operato, all'art.1 della direttiva n.89/665 CEE, quale norma che resterebbe violata da una regola che precludesse l'esame del ricorso principale, sia con il rispetto del principio generale, di ordine processuale, codificato dall'art.100 c.p.c. (e da intendersi richiamato nel processo amministrativo dall'art.39, comma 1, c.p.a.).

Nel caso di specie, caratterizzato dalla presenza di più partecipanti che potrebbero subentrare nell'aggiudicazione dell'appalto e da motivi dedotti in sede di ricorso che non sono riferibili ad offerte ammesse alla gara e presentate da imprese non evocate in giudizio, resta operante il principio secondo cui la fondatezza del ricorso incidentale escludente comporta il venir meno dell'interesse allo scrutinio del ricorso principale.

2) In sede di scrutinio del ricorso incidentale, da rigettare appare l'eccezione di irricevibilità per tardività motivata dall'asserito mancato rispetto del termine per

impugnare previsto dall'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, del Codice del processo amministrativo, che prevede l'onere di impugnativa "immediata" per i provvedimenti di ammissione alla procedura di gara.

L'assunto della tardività è basato sulla circostanza che la società ricorrente in via incidentale era stata edotta sin dal 1 marzo 2017 dell'ammissione della ricorrente principale alla procedura di gara, in quanto un suo rappresentante era stato presente alla seduta pubblica, svoltasi in pari data, nel corso della quale si era verificata la regolarità dei documenti presentati, decretando le relative ammissioni. Da tale data sarebbe decorso il termine per l'impugnativa della mancata esclusione e, pertanto, il ricorso incidentale, notificato solo in data 2.10.2017, risulterebbe tardivo.

Parte controinteressata si è difesa sul punto indicando come, ai fini della decorrenza del termine di impugnativa nel rito cosiddetto super-accelerato di cui dall'art. 120, commi 2 bis e 6 bis, del codice del processo amministrativo, sia necessaria la prescritta pubblicazione dell'esito della relativa fase di gara sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici. La medesima parte controinteressata ha, inoltre, dedotto che il ricorso incidentale proposto dall'aggiudicatario per opporsi al ricorso principale di altro concorrente non è soggetto ai termini di impugnativa di cui all'art. 120, comma 2 bis, c.p.a.; ciò in quanto il ricorso incidentale non è rivolto a far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento (che, al contrario vorrebbero essere conservati nella loro validità ed efficacia), bensì a evidenziare una causa di inammissibilità del ricorso principale (quindi, non un vizio del seguito della procedura di gara), da individuare nel fatto che l'impresa ricorrente in via principale avrebbe dovuto essere esclusa per un difetto di requisito soggettivo, che non le consentirebbe – in caso di esito favorevole del ricorso principale – di essere dichiarata aggiudicataria. In altri termini, il ricorso incidentale sarebbe rivolto solo a far emergere una ragione di

inammissibilità del ricorso principale per carenza di interesse processuale, e non (come precisa il legislatore) a far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, non incontrando quindi la preclusione posta dal comma 2 bis dell'art. 120, c.p.a.

L'eccezione di irricevibilità per tardività si rileva infondata.

Nel caso di specie non vi è prova che sia intervenuta la pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante del provvedimento di ammissione, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50.

Ben conosce il Collegio che sulla questione della decorrenza del termine per impugnare gli atti di ammissione ed esclusione alla procedura di gara, secondo il cosiddetto rito super-accelerato, si registrano opposti orientamenti.

In particolare, l'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. prevede l'impugnativa immediata dei provvedimenti di esclusione e di ammissione alle procedure di affidamento di pubblici lavori, servizi e forniture, prescrivendo che "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".

Al riguardo, un primo orientamento giurisprudenziale rileva che il termine per ricorrere decorre in ogni caso dall'avvenuta conoscenza dell'atto di ammissione o esclusione, anche a prescindere dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione o esclusione sul profilo del committente ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50. Ciò purché siano percepibili i profili che ne rendono evidente l'immediata e concreta lesività per la sfera giuridica

dell'interessato (T.A.R. Toscana Firenze, Sez. I, 18-04-2017, n. 582; T.A.R. Puglia Bari, Sez. III, 8 novembre 2016, n. 1262).

Viene richiamato in proposito il principio generale secondo il quale, pur in difetto della formale comunicazione dell'atto, il termine di impugnazione decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto (T.A.R. Veneto Venezia, Sez. I, 17 maggio 2017, n. 492) e in assenza di una specifica ed espressa previsione legislativa in senso derogatorio e di un rapporto di incompatibilità, si deve ritenere che il comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a. non abbia apportato una deroga al principio generale della decorrenza del termine di impugnazione dalla conoscenza completa dell'atto.

Sebbene, quindi, il comma 2-bis dell'art. 120 c.p.a. faccia riferimento, ai fini della decorrenza del termine d'impugnazione di trenta giorni, esclusivamente alla pubblicazione del provvedimento di ammissione o esclusione sul profilo telematico della stazione appaltante ai sensi dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, ciò non implica l'inapplicabilità del generale principio sancito dall'art. 41, comma 2, c.p.a. e riaffermato nel comma 5, ultima parte, dell'art. 120 c.p.a., per cui, in difetto della formale comunicazione dell'atto, o in difetto di pubblicazione dell'atto di ammissione sulla piattaforma telematica della stazione appaltante, il termine decorre dal momento dell'avvenuta conoscenza dell'atto stesso, purché siano percepibili i profili che ne rendano evidente la lesività per la sfera giuridica dell'interessato in rapporto al tipo di rimedio apprestato dall'ordinamento processuale.

La piena conoscenza dell'atto di ammissione della controinteressata può provenire da qualsiasi fonte, che determina la decorrenza del termine di decadenza per la proposizione del ricorso, non solo in assenza della pubblicazione sul profilo telematico della stazione appaltante, ma anche nel caso in cui la pubblicazione avvenga successivamente (Cons. Stato, Sez. VI, 13 dicembre 2017, n. 5870).

Un secondo orientamento giurisprudenziale ritiene, al contrario, che il termine per l'impugnativa decorra esclusivamente dalla pubblicazione del provvedimento di ammissione o esclusione sul profilo del committente ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (T.A.R. Campania Napoli, Sez. V, 6 ottobre 2017, n. 4689; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 22 agosto 2017 n. 9379; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II quater, 19 luglio 2017 n. 8704; T.A.R. Puglia - Bari I, 7 dicembre 2016 n. 1367; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843; T.A.R. Basilicata, Potenza, sez. I, 13 gennaio 2017 n. 24). Ciò in quanto la disposizione di cui all'art. 120, comma 2-bis, c.p.a prevede espressamente ed inequivocamente che il *dies a quo* per proporre tale particolare impugnativa coincide con la data di pubblicazione del provvedimento che determina l'esclusione o l'ammissione sul profilo della stazione appaltante, stante la specialità di una simile previsione, che prevarrebbe su ogni altra previsione o applicazione di tipo giurisprudenziale (T.A.R. Lazio, Roma, sez. III quater, 22 agosto 2017 n. 9379).

Ad esempio, il termine per l'impugnazione del provvedimento di ammissione alla gara non potrebbe decorrere dalla data della seduta in cui è stata disposta l'ammissione stessa, anche nel caso in cui risulti che i legali rappresentanti della società ricorrente vi siano stati presenti (T.A.R. Campania Napoli, Sez. V, 6 ottobre 2017, n. 4689).

Viene indicato il carattere derogatorio dei principi in materia di impugnativa di cui all'art. 120, comma 2-bis del c.p.a., che ha previsto un meccanismo notevolmente oneroso per i potenziali ricorrenti, e deve quindi essere interpretato in maniera restrittiva, non potendo questa norma trovare applicazione nel caso di mancata pubblicazione delle ammissioni sul profilo del committente della stazione appaltante ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici (T.A.R. Lazio, Roma, sez. II quater, 19 luglio 2017 n. 8704).

Si ritiene che il rito speciale in materia di impugnazione degli atti di esclusione e ammissione costituisca un'eccezione al regime "ordinario" processuale degli appalti (che a sua volta è un'eccezione rispetto al rito ordinario e allo stesso rito accelerato ex art. 119 c.p.a.) e, in quanto tale debba essere applicato solo nel caso espressamente previsto (T.A.R. Puglia Bari I, 7 dicembre 2016 n. 1367), ovvero sia quando sia stato emanato il provvedimento di cui all'art. 29, comma 1, secondo periodo del d.lgs. n. 50/2016. In caso contrario l'impugnativa dell'ammissione dell'aggiudicatario deve essere formulata congiuntamente con quella del provvedimento di aggiudicazione (T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 29 maggio 2017, n. 2843).

Questa Sezione si è, in tempi relativamente recenti, espressa al riguardo indicando di condividere in linea di principio la natura speciale della normativa che impone l'onere di immediata impugnativa, ma che nei casi in cui la parte non solo sia a conoscenza dell'esistenza del provvedimento di esclusione o ammissione ma sia esattamente a conoscenza dei profili di illegittimità da sollevare in giudizio, avendo avuto piena conoscenza degli atti della procedura, si presenta preferibile il primo indirizzo che dà rilievo all'avvenuta conoscenza.

Non vi sarebbe, infatti, ragione per procrastinare il termine di impugnativa prolungando la situazione di incertezza sulla sorte finale della gara d'appalto che la norma sull'onere di impugnativa immediata ha inteso ridurre (T.A.R. Campania Napoli, Sez. VIII, 7 novembre 2017, n. 5221).

A fronte della tutela delle ragioni del concorrente all'esercizio dell'azione di impugnativa vi sono, infatti, anche le ragioni di interesse pubblico alla pronta definizione delle controversie in materia di gare di appalto, che non consentono indugi nella promozione dell'azione giurisdizionale.

D'altra parte il riferimento dell'art. 120, comma 2 bis, c.p.a. alla pubblicazione sul profilo del committente, nell'ambito della sezione "Amministrazione trasparente"

ai sensi dell'art. 29 del D.Lgs. 18/04/2016, n. 50, con conseguente applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, è volto a consentire la piena conoscenza degli atti consultabili sul profilo del medesimo committente, in modo che non vi si vede ragione di consentire alla parte di rimandare l'impugnativa una volta che ha *aliunde* preso piena conoscenza dei profili di illegittimità da sollevare.

Nel caso del precedente richiamato, infatti, la parte ricorrente, non solo era stata presente con un suo rappresentante alla seduta di gara in cui è stata disposta l'ammissione in gara della controinteressata, ma aveva anche presentato successivamente un'istanza di autotutela alla stazione appaltante nella quale aveva lamentato lo stesso profilo di illegittimità dell'ammissione dell'aggiudicataria, poi presentato come motivo di ricorso. La Sezione ha quindi ritenuto che da quest'ultimo momento dovesse sicuramente decorrere il termine per presentare ricorso.

Venendo al caso in esame nel presente giudizio, il Collegio, tenendo presente quanto indicato, ritiene di dover valorizzare la specialità della normativa e il carattere derogatorio dei principi in materia di impugnativa di cui all'art. 120, comma 2-bis del c.p.a., nel senso cioè di non ritenere sufficiente la presenza di un rappresentante della ditta controinteressata alla seduta del 1 marzo 2017. Tale presenza determina al più la conoscenza del provvedimento di ammissione e di quanto ivi emerso, oltre alla mera conoscibilità di eventuali ulteriori profili di illegittimità all'esito di successive indagini, ma non certamente la percezione immediata ed effettiva di tutte le irregolarità che, ove esistenti, inficino le relative determinazioni. Stante l'indicato carattere derogatorio, infatti, il criterio dell'effettiva completa conoscenza dell'atto impugnabile, comprensivo di tutti gli aspetti di lesività e illegittimità dello stesso, deve essere applicato in modo restrittivo, ai soli casi in cui, per gli elementi emersi nella seduta di gara, si evince

che la parte dovesse essere sin da allora pienamente consapevole dei profili di illegittimità sollevabili.

3) Nel merito il ricorso incidentale si palesa fondato.

Come evidenziato dalla Antinia S.r.l., ricorrente in via incidentale, la parte ricorrente in via principale non era in possesso, all'atto della partecipazione alla gara, del prescritto requisito di idoneità professionale dell'autorizzazione al ritiro e trasporto di carcasse di animali e parti anatomiche ex regolamento CE I774/2002 (par. 4.2, lett. *d*), del disciplinare di gara).

La Sirio ha dichiarato, in sede di gara, che tale requisito sarebbe stato in suo possesso all'esito di una cessione di ramo d'azienda effettuata nell'ottobre 2014 e che la relativa autorizzazione sarebbe stata in corso di voltura.

Al riguardo, al di là della circostanza che, come evidenziato dalla ricorrente incidentale, nell'atto di cessione di ramo d'azienda del 6.10.2014 non comparirebbe l'autorizzazione al ritiro e trasporto di carcasse di animali, e solo con una successiva dichiarazione del 10.10.2014 il cedente ha affermato che nell'atto con cui si è venduto il complesso aziendale è compreso anche un cassone scarrabile mod. B.10K autorizzato al trasporto di prodotti derivati di origine animale, l'autorizzazione in questione non risultava comunque essere stata ancora volturata in favore della società in questione (che ne era pertanto priva) al momento della presentazione dell'offerta.

A inequivocabile conferma dell'assenza di tale requisito al momento della formulazione dell'offerta, si pone anche la dichiarazione del difensore della parte ricorrente in via principale che, in sede di udienza del 20.12.2017, ha indicato che "in data 19 dicembre 2017 la società SIRIO ha conseguito l'autorizzazione alla rimozione delle carcasse animali", chiaramente intendendo che in precedenza la medesima società era priva dell'autorizzazione richiesta dalla lex specialis di gara quale requisito di partecipazione alla selezione.

4) Il ricorso incidentale, peraltro, si rivela fondato anche sotto un altro profilo.

La ricorrente in via principale Sirio Ambiente & Tecnologie ha partecipato alla gara acquisendo mediante avvalimento dalla Papa S.r.l. il requisito di capacità tecnica di cui al punto 4.4., lett. n), del disciplinare di gara che prevede quale requisito di capacità tecniche e professionali l' "essere in possesso delle risorse umane e dell'esperienza necessaria per eseguire l'appalto con un adeguato standard di qualità. Avere, pertanto, un organico medio annuo nel triennio 2013/2014/2015 costituito da almeno dieci addetti a servizi analoghi a quelli di gara, intendendosi come comprese nell'organico tutte le professionalità specifiche richieste per lo svolgimento delle attività indicate nel capitolato di appalto".

L'impresa ausiliaria, tuttavia, non dispone dell'iscrizione all'Albo nazionale gestori ambientali per le categorie 9 e 10, relative alla bonifica siti e alla bonifica di beni contenenti amianto, comunque richiesta dal punto 4.2, lett. b), del disciplinare, ai fini dello svolgimento del servizio posto a gara.

Non ha, pertanto, l'idoneità a svolgere quelle attività e, conseguentemente, il suo personale non può disporre, e quindi fornirle in avvalimento, le professionalità richieste dalla lex specialis al fine di soddisfare il requisito di un organico costituito da almeno dieci addetti a «servizi analoghi a quelli di gara». Ciò stante anche che la medesima lex specialis chiarisce che, al fine di integrare il requisito, l'analogia deve essere riferita a «professionalità specifiche richieste per lo svolgimento delle attività indicate nel capitolato di appalto», che sono sostanzialmente prestazioni di bonifica dei siti alluvionati.

4) Per quanto indicato il ricorso incidentale deve essere accolto e il ricorso principale dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

Le questioni appena vagliate esauriscono la vicenda sottoposta al Collegio, essendo stati toccati tutti gli aspetti rilevanti a norma dell'art. 112 c.p.c., in aderenza al principio sostanziale di corrispondenza tra il chiesto e pronunciato (come chiarito

dalla giurisprudenza costante, ex plurimis, per le affermazioni più risalenti, Cassazione civile, sez. II, 22 marzo 1995 n. 3260 e, per quelle più recenti, Cassazione civile, sez. V, 16 maggio 2012 n. 7663). Gli argomenti di doglianza non espressamente esaminati sono stati dal Collegio ritenuti non rilevanti ai fini della decisione e comunque inidonei a supportare una conclusione di tipo diverso.

Le spese di giudizio seguono la soccombenza della Sirio Ambiente & Consulting S.r.l. nei confronti della Antinia S.r.l. (ricorrente incidentale), mentre debbono essere compensate nei confronti del Comune di Benevento in considerazione dell'esito complessivo del giudizio.

P.Q.M.

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

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

Condanna la Sirio Ambiente & Consulting S.r.l. al pagamento, nei confronti della Antinia S.r.l., delle spese di giudizio liquidate in euro 2.500, oltre accessori se dovuti, e alla rifusione del contributo unificato relativo al ricorso incidentale (nella misura versata). Compensa le spese di lite nei confronti del resistente Comune di Benevento.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 20 dicembre 2017 con l'intervento dei magistrati:

Italo Caso, Presidente

Sergio Zeuli, Consigliere

Fabrizio D'Alessandri, Consigliere, Estensore

L'ESTENSORE
Fabrizio D'Alessandri

IL PRESIDENTE
Italo Caso

IL SEGRETARIO

LAVORIPUBBLICI.IT