



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 1364 del 2020, proposto da L.E.P. S.A.S di Pirozzi Maria, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Luca Tozzi, presso il cui studio elegge domicilio fisico, in Napoli, via Toledo 323 e con recapito digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

Comune di Marcianise, in persona del Sindaco, legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avvocato Sabatino Rainone, con recapito digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

nei confronti

Asmel Consortile società consortile a r.l. (di seguito: ASMEL), in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Giuliano Berruti, Marco Monaco, con domicilio fisico eletto presso lo studio dell'avv. Renato De Lorenzo in Napoli, via Gramsci 10 e con recapito digitale come da Reginde;

per l'annullamento:

- 1) del bando di gara, pubblicato sul sito del Comune di Marcianise il n data 17 febbraio 2020 avente ad oggetto il "Servizio integrato di manutenzione e gestione delle strade e altri siti comunali e della pubblica illuminazione. - CIG 8008233AE";
 - 2) di tutti gli altri documenti di gara, in particolare, del disciplinare;
 - 3) dell'atto unilaterale d'obbligo;
 - 4) ove e per quanto lesiva della determina a contrarre;
 - 5) di ogni altro atto presupposto, connesso, collegato, conseguente o attuativo ivi compresa l'adesione del comune di Marcianise ad ASMEL ed alla piattaforma ASMECOMM, non ancora conosciuta, con riserva espressa di esperire motivi integrativi;
- nonché per la dichiarazione dell'inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto nelle more del giudizio.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Marcianise e di ASMEL;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il dott. Gianmario Palliggiano, nell'udienza pubblica del giorno 24 giugno 2020, svolta da remoto, ai sensi dell'art. 84, commi 5 e 6, del D.L. n.18/2020, convertito nella legge n. 27/2020, e dell'art. 5 del D.P. n.14/2020/Sede, mediante l'utilizzo del software Microsoft Teams, individuato nelle indicazioni impartite dal Segretario Generale della G.A. e dal Servizio per l'Informatica della G.A.;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Il Comune di Marcianise, con deliberazioni del Consiglio comunale n. 72 e n. 73 del 31 luglio 2017, ha aderito all'ASMEL, approvandone lo statuto e

sottoscrivendo una quota societaria allo scopo di delegare alla centrale di committenza l'espletamento delle procedure ad evidenza pubblica.

2.- Con la determina n. 413 del 13 giugno 2019, l'amministrazione comunale di Marcianise aveva programmato la gara per l'affidamento del "Servizio integrato di manutenzione e gestione delle strade e altri siti comunali e della pubblica illuminazione - CIG: 7904909943", assegnando, per l'appunto, alla Centrale di Committenza ASMEL i relativi servizi inerenti all'indizione della procedura di gara sulla piattaforma ASMECOMM.

Ad integrazione della predetta determina, con atto n. 96 del 17 febbraio 2020, l'amministrazione, su richiesta della centrale di committenza, a seguito della cancellazione dal sistema del CIG per il decorso del termine di novanta giorni, ha modificato il CIG della gara, ha nominato un nuovo R.U.P. ed, infine, ha recepito la clausola per il pagamento, a favore dell'ASMEL ed a carico dell'aggiudicataria, dell'1% dell'importo complessivo della gara, pari ad € 6.528,41 a titolo di corrispettivo del servizio fornito.

3.- Con bando e disciplinare, pubblicati il 17 febbraio 2020, l'amministrazione ha quindi indetto la procedura di gara per l'affidamento del servizio innanzi delineato, con nuovo CIG 8008233AEC, da aggiudicarsi per la durata di due anni, secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Avverso il bando ed il disciplinare nonché gli altri atti indicati in epigrafe, la società LEP ha proposto l'odierno ricorso, notificato e depositato il 29 aprile 2020, lamentandone l'illegittimità sotto diversi profili che saranno di seguito esposti.

4.- Resistono in giudizio il Comune di Marcianise ed ASMEL con atti di costituzione rispettivamente depositati il 6 e l'11 maggio 2020, tra l'altro eccependo l'inammissibilità del ricorso.

Alla camera di consiglio del 13 maggio 2020, celebrata ai sensi dell'art. 84, comma 6, del D.L. n.18/2020, convertito dalla L. n. 27/2020, e dell'art. 5 del D.P.

n.14/2020/Sede, mediante l'utilizzo del software Microsoft Teams, il Collegio ha preso atto della rinuncia della ricorrente alla richiesta di misura cautelare.

Le parti costituite, in data 8 giugno 2020, hanno depositato memorie con le quali hanno ribadito le rispettive posizioni; in data 12 giugno 2020, hanno depositato repliche.

La causa è stata quindi inserita nel ruolo dell'udienza pubblica del 24 giugno 2020, svoltasi da remoto ai sensi dell'art. 84, comma 6, del D.L. n.18/2020, convertito in legge con l. n. 27/2020, mediante l'utilizzo del software Microsoft Teams, individuato nelle indicazioni impartite dal Segretario Generale della G.A. e dal Servizio per l'Informatica della G.A., per essere quindi trattenuta per la decisione.

DIRITTO

1.- Premesso l'interesse ad agire, la società ricorrente ha dedotto, in sintesi, le seguenti censure di merito:

1) Violazione degli artt. 3, 37 e 38 d. lgs. 50/2016, in relazione alla determinazione ANAC n. 11 del 2015 ed alla deliberazione di approvazione dei soggetti aggregatori ANAC n. 31 del 2018; violazione del D.P.C.M. 11 novembre 2014 e degli artt. 3, 4 d. lgs. 175/2016 (Testo unico sulle società partecipate, anche in house); dell'art. 97 Cost.; carenza di potere per insussistenza dei presupposti, travisamento dei fatti.

ASMEL sarebbe ancora priva dei requisiti per beneficiare degli affidamenti diretti in house, da parte dei Comuni associati ovvero per espletare le attività di centrale di committenza in conformità agli artt. 37 e 38 d. lgs 50/2016, all'art.32 d. lgs 267/2000 ed alle previsioni per le società in house di cui al d.lgs. 175/2016 ovvero alle determinazioni ANAC 11/2015.

2) Violazione dell'art. 23 Cost.; degli artt. 41, comma 2-bis, 58 e 83, comma 8, d. lgs 50/2016.

Sarebbe illegittima, per assenza di copertura normativa e quindi per violazione delle sopra indicate disposizioni, la clausola del bando e del disciplinare in questa sede impugnati, nella parte in cui impone, a pena di esclusione, di corredare l'offerta di un atto unilaterale d'obbligo col quale i concorrenti si impegnano, in caso di aggiudicazione, a versare ad ASMEL, a titolo di corrispettivo per i servizi di committenza prestati, una percentuale pari all'1% dell'importo a base di gara;

3) Mancata conformità del bando impugnato al bando tipo n. 1/2017 predisposto dall'ANAC, nel punto in cui non prevede il carattere obbligatorio del sopralluogo sul territorio del Comune di Marcianise.

4) Violazione dell'art. 3 del D.P.R. 34/2000 e dell'art 3 d. lgs 50/2016; eccesso di potere.

Il bando ed il disciplinare si porrebbero in insanabile contrasto con la sopra rubricata normativa nella misura in cui non richiedono, in capo al soggetto concorrente all'affidamento sub-iudice, il possesso d'idonea attestazione SOA.

2.- Può prescindersi dall'esame di merito delle censure proposte, stante l'inammissibilità del ricorso, eccepita dalle parti resistenti.

La ricorrente ha impugnato il bando ed il disciplinare di gara assumendo di essere stata lesa dal carattere illegittimo dell'intera procedura di gara. Più nello specifico, si lamenta dell'illegittimità della procedura sia perché quest'ultima è stata delegata dal comune di Marcianise all'ASMEI, società consortile, sia per la previsione dell'obbligo di una dichiarazione unilaterale a corrispondere alla centrale di committenza € 6.528,41 a titolo di corrispettivo del servizio fornito, in caso di aggiudicazione.

Per confortare la propria legittimazione e, quindi, l'interesse ad agire, la società ricorrente invoca l'orientamento giurisprudenziale, di matrice europea, secondo il quale sussisterebbe la legittimazione ad impugnare il bando da parte di quell'operatore interessato ma non partecipante che abbia anche solo un interesse

strumentale al riconoscimento dell'eventuale illegittimità della procedura di gara ai fini di una sua riedizione (cita al riguardo, Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione X, sentenza 5 settembre 2019, C-333/18).

La ricorrente richiama anche gli orientamenti espressi dalla giurisprudenza nazionale secondo i quali è ammissibile l'impugnazione immediata del bando di gara in ipotesi tipiche, quale quella in discussione, nelle quali si contesta, in radice, la legittimità di una procedura di gara (cita al riguardo, TAR Abruzzo, L'Aquila, n.124/2017; TAR Puglia, Lecce n. 185/2017; Cons. Stato, sez. V, n.5862/2015; idem, sez. III, n. 2014/2016; Corte Cost. n. 246/2016).

Secondo la ricorrente, le domande di carattere impugnatorio dovrebbero sempre trovare tutela giurisdizionale, in virtù del principio di legalità (come sancito dalla Corte di Giustizia), impregiudicato il superamento della cd 'prova di resistenza' frapposto da parte di taluna giurisprudenza nazionale per giustificare il rispetto del principio dell'economia processuale.

Rileva al riguardo la ricorrente che il suddetto principio, come sancito dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea, sarebbe riferibile pacificamente all'interesse processuale cd. 'strumentale' volto ad ottenere anche il solo riconoscimento della eventuale illegittimità parziale ovvero totale di una procedura di gara ai fini della sua riedizione.

3.- Gli assunti della ricorrente non persuadono il Collegio.

Secondo ormai pacifica giurisprudenza - ribadita di recente anche dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza 26 aprile 2018, n. 4 – i soggetti legittimati ad impugnare le clausole del bando di gara non aventi portata escludente sono soltanto gli operatori economici che hanno partecipato alla procedura di gara, o almeno vi abbiano manifestato formalmente il proprio interesse. Ai fini dell'ammissibilità del ricorso, inoltre, le suddette clausole devono essere necessariamente impugunate insieme al provvedimento lesivo.

Ne consegue, come corollario, che la mancata partecipazione alla gara non rende inammissibile il ricorso solo nell'ipotesi in cui il bando contenga clausole cd "immediatamente escludenti", ossia tali da non consentire a monte al ricorrente di parteciparvi (cfr. anche T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-ter, 4 gennaio 2019, n. 48). In altri termini, non può essere processualmente penalizzato il soggetto che, pur volendo partecipare alla gara, non può farlo per effetto di una previsione del bando che lo esclude in partenza.

Altra ipotesi particolare, diversa da quella in discussione ma che si cita per ragioni di completezza, ricorre qualora l'operatore economico contrasti in radice la decisione dell'amministrazione di indire la gara, assumendo che l'affidamento non avrebbe dovuto essere preceduto da alcuna forma di procedura di evidenza pubblica; per questo, la sua mancata partecipazione risulta logicamente coerente con la contestazione a monte della procedura.

A questa ipotesi, va assimilata quella speculare in cui il ricorrente contesti la decisione dell'amministrazione di affidare in via diretta il contratto senza esperire, come avrebbe dovuto, la gara; in questo caso, non vi è da impugnare il bando, non essendo quest'ultimo mai stato emanato.

4.- D'altronde, la stessa Adunanza plenaria, con la sentenza 25 aprile 2014, n. 9 - dopo avere richiamato i propri precedenti (29 gennaio 2003, n. 1 e 7 aprile 2011, n. 4) - aveva già rilevato che, in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che la stessa "deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione" e che "chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione - per lui res inter alios acta - venga nuovamente bandita".

Secondo orientamento ormai costante e condiviso della giurisprudenza amministrativa, infatti: “L'impugnazione immediata degli atti di indizione di una gara presuppone, comunque, quale condizione dell'azione, la legittimazione a ricorrere del soggetto che agisce, legittimazione correlata ad una situazione differenziata e qualificata e, pertanto, meritevole di tutela; tale situazione si configura normalmente in capo all'operatore che ha presentato domanda di partecipazione alla gara oggetto di contestazione, di conseguenza, il soggetto che non ha partecipato alla gara non è legittimato a chiedere l'annullamento del bando, perché la sua posizione rispetto alla riedizione della procedura è di mero fatto e, quindi, insuscettibile di accedere alla tutela giurisdizionale (T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 13 aprile 2017, n. 861).

Più di recente, la giurisprudenza ha chiarito che: “Anche alla luce dei principi enunciati dall'Adunanza plenaria del Cons. Stato, 26 aprile 2018, n. 4, in ragione del combinato disposto degli artt. 74 e 120, comma 10, c.p.a., nelle controversie aventi ad oggetto gare di appalto, la legittimazione al ricorso è correlata ad una situazione differenziata e meritevole di tutela, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione: pertanto, chi volontariamente e liberamente si sia astenuto dal partecipare alla selezione non è legittimato a chiederne l'annullamento, ancorché possa vantare un interesse di fatto a che la competizione – che per lui è comunque *res inter alios acta* – venga nuovamente bandita. Né una posizione differenziata e qualificata discende dall'avere la veste di precedente affidatario del servizio – estinguendosi tale posizione con la scadenza del relativo contratto, cui esclusivamente accede e che non si perpetua anche in futuro come qualità immanente al soggetto” (Consiglio di Stato sez. V, 9 novembre 2018, n. 6325).

Pertanto, colui che volontariamente e liberamente si sia astenuto dal partecipare alla selezione non è legittimato a chiederne l'annullamento ancorché possa vantare

un interesse di fatto a che la competizione - che per lui è comunque *res inter alios acta* - venga nuovamente bandita (cfr. questo TAR, sez. III, 15 luglio 2019, n. 3912)

5.- Vi sono, tuttavia, alcune ipotesi nelle quali può derogarsi alla regola generale appena descritta, individuandosi fattispecie nelle quali il bando di gara – anche al di fuori delle clausole di carattere escludente – esige un’impugnazione immediata, in alcuni casi anche da parte dell’operatore economico che non ha presentato la domanda di partecipazione.

Tali deroghe, da assumersi secondo un’interpretazione ispirata a criteri necessariamente restrittivi, avuto riguardo al carattere eccezionale dell’onere di reazione immediata, possono così riassumersi:

- clausole che dispongano regole volte a rendere eccessivamente difficoltosa, se non in pratica impossibile, la partecipazione alla gara;
- clausole che, ai fini della partecipazione, impongano oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati rispetto ai contenuti della procedura concorsuale;
- clausole abnormi o irragionevoli, tali da rendere inattendibile una qualsiasi previsione circa la convenienza tecnica ed economica dell’aggiudicazione ovvero che fissino termini eccessivamente ridotti, senza adeguata ragione giustificatrice, per presentare l’offerta;
- condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso ed obiettivamente non conveniente;
- clausole che impongano obblighi *contra jus*;
- bandi contenenti gravi carenze nell’indicazione di dati essenziali per formulare un’offerta completa ovvero presentino formule matematiche errate (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 6 giugno 2016, n. 2359; Idem, 12 febbraio 2020, n. 1062; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-ter, 4 gennaio 2019, n. 48);

- atti di gara, quali disciplinari, capitolati e lo stesso bando, del tutto carenti della prescritta indicazione di voci di costo necessarie.

6.- Ciò chiarito, le clausole degli atti di gara di cui la ricorrente si duole non sono riconducibili ad alcuna ipotesi della sopra richiamata casistica quali suscettibili di immediata impugnazione in assenza di presentazione di istanza di partecipazione alla procedura, in considerazione della palese assenza di carattere direttamente lesivo.

La ricorrente asserisce infatti l'illegittimità:

- dell'affidamento ad ASMEL delle funzioni di centrale di committenza ausiliarie;
- delle previsioni della lex specialis che prevedono a carico esclusivo dell'aggiudicatario - e non del concorrente - un corrispettivo da versare in favore di ASMEL medesima per i servizi di committenza prestati;
- del bando di gara, nella parte in cui non prevede come obbligatorio il sopralluogo sul territorio del Comune di Marcianise;
- infine, del bando di gara, nella parte in cui, tra i requisiti fissati a pena di esclusione, non dispone il possesso di apposita certificazione SOA.

Si osserva che alcuna delle censure proposte si dirige avverso clausole "immediatamente escludenti"; né, poi, la ricorrente formula specifiche doglianze su previsioni contrattuali idonee a dispiegare immediati effetti lesivi nella sua sfera giuridica.

Invero, le presunte illegittimità a vario titolo rilevate, non avrebbero comunque impedito alla società ricorrente di prendere parte alla gara e di presentare un'offerta seria e attendibile, nel senso che non sarebbero state comunque di ostacolo ad elaborare un calcolo presuntivo di convenienza economica.

7.- In ragione di quanto sopra, deve concludersi per l'inammissibilità del ricorso, ai sensi dell'art. 35, comma 1, lett. b), c.p.a..

Le spese seguono la soccombenza e sono determinate nella misura indicata in dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la società ricorrente al pagamento delle spese del presente giudizio, che liquida in € 1.500,00, oltre accessori di legge, in favore di ciascuna delle parti resistenti costituite Comune di Marcianise ed ASMEL.

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

Così deciso in Napoli nella camera di consiglio del giorno 24 giugno 2020 - svoltasi da remoto ai sensi dell'art. 84, comma 6, del D.L. n.18/2020, convertito in legge con l. n. 27/2020, mediante l'utilizzo del software Microsoft Teams, individuato nelle indicazioni impartite dal Segretario Generale della G.A. e dal Servizio per l'Informatica della G.A. - con l'intervento dei magistrati:

Salvatore Veneziano, Presidente

Gianmario Palliggiano, Consigliere, Estensore

Maurizio Santise, Consigliere

L'ESTENSORE
Gianmario Palliggiano

IL PRESIDENTE
Salvatore Veneziano

IL SEGRETARIO