



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

sezione staccata di Catania (Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1452 del 2012, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Neotek Srl, in persona del soggetto legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dagli avv. Carmelo Barreca e Silvio Motta, con domicilio eletto presso Carmelo Barreca in Catania, via V. Giuffrida, 37;

contro

Provincia Regionale di Siracusa, in persona del Presidente legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Gianluca Rossitto, con domicilio eletto presso lo stesso in Catania, via V. Giuffrida, 37;

nei confronti di

Societa' Realizzazioni E Montaggi S.R.L., in persona del soggetto legale rappresentante *pro-tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Giuseppe Mingiardi, con domicilio eletto presso lo stesso in Catania, via G. D'Annunzio, 39/A;

per l'annullamento,

con il ricorso principale

- degli atti relativi alla gara indetta dalla Provincia Regionale di Siracusa, avente ad oggetto l'intervento straordinario di raccolta e trasporto ad impianti autorizzati dei rifiuti giacenti sul territorio e sugli arenili siti all'esterno dei parametri dei centri abitati della provincia, nella parte in cui viene valutata come valida e quindi non esclusa l'offerta della Societa' Rem e per l'effetto dichiarata aggiudicataria;

- di tutti i verbali di gara, ivi espressamente includendo il verbale di verifica mezzi del 24 maggio 2012;

- nonche' di ogni altro eventuale atto, presupposto o consequenziale;

e con il ricorso per motivi aggiunti

- della determinazione dirigenziale della provincia regionale di Siracusa, X settore - territorio ed ambiente, n. 125/sett X del 9 luglio 2012

- della nota della provincia regionale di Siracusa X settore - territorio ed ambiente, del 20 luglio 2012, prot. generale numero 0040938 del 24 luglio 2012

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

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Provincia Regionale Di Siracusa e di Societa' Realizzazioni E Montaggi S.R.L.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 settembre 2013 il dott. Gustavo Giovanni Rosario Cumin e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

La Provincia Regionale di Siracusa, ai fini di realizzare un intervento straordinario di raccolta e trasporto ad impianti autorizzati dei rifiuti giacenti sul territorio e sugli arenili siti all'esterno dei perimetri dei centri abitati della Provincia, si rivolgeva al mercato mediante ricorso ad una procedura aperta a norma dell'art. 55 del D.Lgs. n. 163/2006 onde individuare il soggetto cui commettere la sua esecuzione.

La procedura di gara si svolgeva secondo quanto previsto dall'apposito bando, e passava attraverso una prima deliberazione assunta dalla commissione giudicatrice in esito alla seduta del 03/05/2012, - durante la quale venivano aperte le buste contenenti le offerte fatte pervenire dalle ditte interessate -, con la quale si ammetteva con riserva la ditta REM s.r.l., in relazione al ricorso della stessa all'istituto dell'avvalimento per la dimostrazione dei requisiti richiesti dall'art. 12 della *lex specialis* tra cui l'iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori in materia ambientale. L'ammissione con riserva di tale ditta diveniva però definitiva dopo le ulteriori valutazioni effettuate dalla stazione appaltante; la quale, per determinazione della commissione giudicatrice in esito alla seduta del 14/05/2012, provvedeva ad ammettere - in via appunto definitiva - le ditte REM s.r.l. e Neotek s.r.l., pronunciando poi la aggiudicazione provvisoria in favore della prima per il maggior ribasso (nella misura del 15,48) dalla stessa offerta.

Con ricorso inoltrato per la notifica il 18/06/2012, e depositato presso gli uffici di segreteria del giudice adito il 02/07/2012, la ditta Neotek s.r.l. impugnava detta aggiudicazione evocando in giudizio la Provincia Regionale di Siracusa e la ditta REM s.r.l., in qualità di controinteressato.

Con ulteriore gravame per motivi aggiunti, notificato il 08/10/2012, e depositato in segreteria il 22/10/2012, la Neotek impugnava il sopravvenuto provvedimento di aggiudicazione definitiva (Determinazione Dirigenziale della Provincia Regionale di Siracusa, X Settore - Territorio e Ambiente, n. 125/Sett X, del 09/07/2012 ed atti connessi, ivi compreso il non conosciuto contratto stipulato).

Si costituivano in giudizio sia l'amministrazione intimata, sia la ditta controinteressata: la prima replicando ai motivi proposti con il ricorso principale con atto depositato in segreteria il 02/07/2012, ed a quelli - pur contenutisticamente identici - reiterati all'interno del ricorso per motivi aggiunti con atto depositato in segreteria il 09/11/2012; la seconda, con un unico atto depositato in segreteria il 30/06/2012.

La domanda cautelare di sospensione degli effetti del provvedimento impugnato è stata accolta ai sensi dell'art. 55, comma 10 cod. proc. amm. ai soli fini della fissazione dell'udienza di merito del 24/07/2013.

In relazione alla data così originariamente fissata, venivano depositati in segreteria, il 15/07/2013, un certificato di ultimazione dei lavori oggetto del contratto da parte dell'amministrazione intimata; ed ancora, il 25/09/2013, memorie della REM s.r.l. e della Neotek s.r.l., e di replica di quest'ultima in data 30/07/2013.

L'udienza veniva rinviata d'ufficio al 25/09/2013 per ragioni organizzative della Sezione.

In tale data avveniva infine la discussione in udienza pubblica, in esito alla quale il ricorso veniva riservato a futura decisione. Infine, nella Camera di Consiglio del 9 ottobre 2013, tale riserva veniva sciolta, ed il ricorso posto in decisione..

DIRITTO

D) Il Collegio deve innanzitutto prendere atto che, a seguito del sopravvenuto provvedimento di aggiudicazione definitiva con Determinazione Dirigenziale della Provincia Regionale di Siracusa, X Settore - Territorio e

Ambiente, n. 125/Sett X, del 09/07/2012, si è determinata la sopravvenuta carenza di interesse con riguardo al ricorso principale avente ad oggetto il provvedimento di aggiudicazione provvisoria. Per quanto in concreto ciò non incida sull'oggetto del sindacato che il giudice adito è chiamato ad esercitare – stante la identità, sotto il profilo contenutistico, delle censure proposte con il ricorso principale e con il ricorso per motivi aggiunti -, il Collegio deve quindi preliminarmente dichiarare improcedibile il ricorso principale.

II) Prima di passare all'esame delle singole censure proposte con il ricorso per motivi aggiunti devono essere scrutinate le eccezioni preliminari di rito concernenti, rispettivamente, il difetto di giurisdizione prospettato dalla ditta controinteressata nella memoria depositata in segreteria il 25/09/2013, e la tardività del proposto ricorso prospettato dall'amministrazione intimata nei propri scritti defensionali.

II.1) Quanto al dedotto difetto di giurisdizione del giudice adito non ricorre la necessità di spendere molte parole, poiché la tipologia degli atti impugnati con il ricorso per motivi aggiunti (determina dirigenziale di approvazione dei verbali di gara e di aggiudicazione definitiva, e di ogni altro atto consequenziale e presupposto rispetto a quello) evidenzia in modo chiarissimo come essi attengano tutti alla fase pubblicistica di aggiudicazione del contratto – con consequenziale giurisdizione (esclusiva) del G.A. a norma dell'art. 133, comma primo, lettera e), numero 1) del C.P.A. -, piuttosto che a quella privatistica relativa all'esecuzione delle prestazioni oggetto del *pactum conventum*.

Le questioni poste col ricorso postulano, in sostanza, la verifica della capacità tecnica e dei mezzi disponibili, da parte dell'aggiudicataria, non come strumenti di esecuzione del contratto, ma come requisiti asseritamente richiesti dal *lex specilis* del procedimento e pertanto soggetti alla cognizione del giudice amministrativo.

Né può rilevare, in contrario, il precedente di questa Sezione n. 1640 del 29/06/2012 invocato dalla controparte - e citato nell'ord.za cautelare di cui in narrativa -, dato che in quel caso si trattava di formale "risoluzione" di un contratto già stipulato a seguito della verifica negativa dei mezzi e delle attrezzature richieste.

II.2) Per quanto concerne la prospettata tardività del ricorso, si tratta di un'eccezione parimenti infondata, poiché essa fa riferimento ad una circostanza – la presenza di un rappresentante legale della società poi ricorrente alla seduta della commissione giudicatrice che si concluse con l'aggiudicazione del contratto in favore dell'attuale controinteressato – bensì valorizzata dalla giurisprudenza amministrativa ai fini dell'individuazione del *dies a quo* per il calcolo del termine decadenziale (ridotto, nell'ambito del contenzioso relativo alla aggiudicazione di contratti da parte della P.A.) per la tempestiva proposizione del ricorso, ma in un tempo anteriore alle modifiche normative intervenute più di recente - ad applicabili nell'ambito del presente contenzioso - che hanno interessato l'art. 79 del D.Lgs. n. 163/2006. O che comunque, se pur risulta essere valorizzata a tutt'oggi, ciò esclusivamente nell'ambito della impugnazione di provvedimenti di esclusione illegittimi, piuttosto che dell'impugnazione di altrettanto illegittimi (in tesi) provvedimenti di aggiudicazione definitiva (in termini, Cons. Stato, sez. V, 28 febbraio 2013, n. 1204; sez. III, 22 agosto 2012, n. 4593; sez. VI, 13 dicembre 2011, n. 6531). In seguito alle succitate più recenti modifiche normative invece, secondo un indirizzo giurisprudenziale sufficientemente univoco – e dal quale il Collegio non intende discostarsi nel decidere la presente questione - “nelle gare di appalto, il termine per l'impugnazione dell'aggiudicazione definitiva per le imprese che hanno partecipato alla gara decorre dalla data di notifica o comunicazione individuale dell'aggiudicazione definitiva stessa, così come dispone l'art. 79, comma 5, del codice dei contratti pubblici; in mancanza di comunicazione individuale, il termine decorre dalla conoscenza dell'atto”(Consiglio di Stato, sez. V, sent. 31 ottobre 2012, n. 5565) . Di conseguenza, poiché nel caso di specie la comunicazione prevista dalla lettera a) del quinto comma dell'art. 79 non è mai stata effettuata all'indirizzo del ricorrente, il *dies a quo* poteva decorrere soltanto dalla data dell'effettiva conoscenza dell'atto pregiudizievole; della quale, nel caso di specie, la parte resistente non ha fornito alcuna prova, malgrado essa fosse

rigorosamente a proprio carico secondo una costante giurisprudenza (*ex plurimis*, Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 28 giugno 2004 n. 4790).

III) Con il ricorso per motivi aggiunti, la ditta ricorrente ha censurato l'ammissione in gara della ditta controinteressata per le seguenti ragioni:

a) Violazione del punto 17 del bando di gara, con riguardo, più specificatamente, a:

a.1) la documentazione amministrativa relativa ai mezzi richiesti dal bando di gara;

a.2) la natura e le caratteristiche dei mezzi richiesti dal bando di gara;

b) Violazione del punto 12 del bando di gara, con più specifico riguardo a:

b.1) iscrizione all'Albo di cui all'art. 212 del D.Lgs. n. 152/2006;

b.2) iscrizione alla CCIA;

c) Violazione del punto 1, numero 6, del bando di gara;

d) violazione del punto 17, lettera K), del bando di gara.

Si procede, quindi, nell'ordine risultante dalla precedente elencazione, all'esame delle relative censure, anche in relazione alle eccezioni proposte dalle parti evocate in giudizio all'interno dei rispettivi atti defensionali.

III.a.1) In relazione al motivo sub a1), il Collegio ne esclude la fondatezza poiché, dall'esame degli atti di causa, appare sussistere già all'interno dell'offerta della ditta controinteressata un'adeguata indicazione dei mezzi richiesti dal bando di gara. Le precisazioni fornite successivamente, in risposta alla richiesta di chiarimenti formulata dalla stazione appaltante con atto prot 25195 del 04/05/2012, riguardano infatti gli estremi di identificazione di ciascun singolo mezzo, e non comportano, secondo la valutazione di questo Collegio, alcuna alterazione della *par conditio* fra i concorrenti.

Del resto, l'art. 17 lett. k) del bando prevedeva espressamente l'Amministrazione, prima della consegna dei lavori, avrebbe dovuto visionare "... i mezzi e le attrezzature di cui al punto 4. per accertare la conformità ai requisiti di cui all'Elenco Prezzi del progetto approvato. I mezzi di cui sopra dovranno essere visionati entro e non oltre 5 giorni lavorativi dalla notifica di avvenuta aggiudicazione provvisoria, pena l'esclusione" delineando, in tal modo una verifica prodromica alla stipula ed alla esatta esecuzione del contratto e non certo all'ammissione alla gara.

A sua volta l'art. 6 del C.S.A. richiedeva i mezzi e le attrezzature ai fini dell'esecuzione dei lavori di guisa che la circostanza che alcuni mezzi non fossero inclusi nell'originario elenco presentato in sede di gara non sembra abbia implicato la violazione di alcuna prescrizione posta a pena di esclusione.

III.a.2) Il motivo sub a.2) va rigettato, poiché con esso viene chiesto al Collegio, piuttosto che di compiere un sindacato *ab estrinseco* sulla ragionevolezza delle valutazioni già effettuate dall'amministrazione (cfr. verbale dei 17-18-21-22-23/05/2012) circa l'idoneità dei mezzi da impiegare per l'esecuzione del contratto, di sostituirsi ad essa nell'esercizio di tale apprezzamento; cosa possibile esclusivamente nei casi di giurisdizione di merito del G.A., fra i quali certo non rientra la presente controversia.

In tal senso, corretta appare l'affermazione della resistente secondo cui essa, ai sensi dell'art. 46 comma 1-bis T.U. 12/04/2006 n. 163, non ha violato alcuna prescrizione prevista a pena di esclusione dal codice degli appalti, dal regolamento e da altre disposizioni vigenti, né ha violato precise prescrizioni previste a pena di esclusione dal bando di gara.

III.b.1) Quanto al motivo sub b), benchè il ricorso all'istituto dell'avvalimento non trovi ex art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006 espressi limiti in ordine ai requisiti acquisibili da altro operatore economico, nondimeno esistono dubbi e perplessità nella stessa giurisprudenza circa la possibilità di un suo utilizzo indiscriminato, specie ove ciò comporti la possibilità, per soggetti non specificamente qualificati, di operare all'interno di settori che intercettano interessi

“sensibili”. Venendo al caso di specie, siffatte perplessità hanno caratterizzato (anche) la possibilità o meno del ricorso all'avvalimento in relazione al requisito della iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori in materia ambientale previsto dall'art. 212 del D.Lgs. n. 152/2006.

Il Collegio non ignora che, in tempi più recenti, sembra prevalere – soprattutto nella giurisprudenza amministrativa di secondo grado (in termini Consiglio di Stato, sez. V, sent. 8 ottobre 2011, n. 5496; Consiglio di Stato, sez. IV, sent. 23 febbraio 2012, n. 1054) – un orientamento favorevole all'operare dell'istituto dell'avvalimento anche in tale ambito. E tuttavia, ciò non sembra al Collegio conseguire da visione ordinamentale ad ampio spettro, che ponga nell'esatto ordine *secundum constitutionem* i diversi valori ed interessi che possono porsi in conflitto ove all'avvalimento voglia farsi ricorso anche in tale ambito.

A questo proposito occorre rammentare che l'avvalimento nasce come strumento a supporto della piena concorrenzialità del mercato delle commesse pubbliche, consentendo anche a soggetti che non possiedano per intero i – spesso numerosissimi - requisiti richiesti per la partecipazione alle pubbliche gare, di potersi prendere parte, previa acquisizione di quelli mancanti mediante la collaborazione prestata da un diverso operatore economico. L'avvalimento dunque è uno strumento a favore della maggiore concorrenzialità dei mercati, mediante il quale si fa un passo ulteriore rispetto al mero riconoscimento del valore dell'iniziativa economica privata. E tuttavia, la tutela della concorrenza non diventa sol per questo un valore in sé: esso infatti rimane riconosciuto, protetto e promosso entro quegli stessi limiti in cui è riconosciuta, protetta e promossa “l'iniziativa economica”. Questo ancora significa che il riconoscimento di quel valore non è affatto incondizionato, poiché esso dialoga e fa sistema, nell'esatto ordine voluto dai Costituenti, con valori “altri”, e talora sovraordinati.

Nel caso di specie, l'iscrizione all'Albo di cui all'art. 212 del D.Lgs. n. 163/2006 è posta a garanzia della professionalità di operatori economici privati, la cui attività è suscettibile di incidere su beni/interessi di primario rilievo costituzionale: ovvero l'ambiente, cui si riferiscono le garanzie previste dall'art. 9 Cost., e la salute umana, cui si riferiscono le garanzie poste dall'art. 32 Cost. Ed allora, poiché a norma del secondo comma dell'art. 41 Cost. l'attività economica dei privati, benché libera, “*non può svolgersi ...in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*”, è evidente che la “sicurezza” dell'ambiente e della salute umana sono valori assolutamente sovraordinati rispetto a quello della concorrenzialità del mercato delle commesse pubbliche.

Il Collegio dunque, tenendo presenti i principi di cui agli art. 9, 32 e 41, secondo comma, Cost. ed accedendo ad una interpretazione costituzionalmente conforme, ritiene di dover prestare adesione all'opposto indirizzo giurisprudenziale che esclude la possibilità di ricorrere all'avvalimento per il requisito rappresentato dalla iscrizione all'Albo di cui all'art. 212 del D.Lgs. n. 152/2006, giacché “*sebbene l'avvalimento corrisponda all'esigenza di assicurare una maggiore concorrenza nel mercato, le caratteristiche dell'istituto non sono conciliabili con interessi di primario rilievo come la tutela dell'ambiente che, nel caso di specie, il legislatore nazionale ha inteso garantire prevedendo, per i soggetti che gestiscono rifiuti (anche pericolosi, come l'amianto), l'obbligo di iscrizione all'Albo Nazionale dei gestori in materia ambientale*” (T.A.R. Lazio – Roma, sez. Seconda-ter, sent. 22 dicembre 2011, n. 10080).

Una tale esegesi, del resto, trova conforto nella deliberazione n. 28 del 19 giugno 2013 resa dall'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici proprio in relazione alla presente controversia in sede di parere pre-contenzioso. All'interno di tale atto, oltre che richiamare numerosi passi della precitata sentenza n. 10080/2011 del T.A.R. Lazio, l'Autorità (superata la propria precedente determinazione cui si riferisce la parte resistente, ossia il “*parere n. 165 del 21/05/2008*”), precisa, innovativamente, che “*la soggettività del requisito dell'iscrizione a detto albo, che presuppone il possesso di stringenti caratteristiche aziendali ed organizzative necessario per il corretto espletamento di attività delicate e/o pericolose, caratterizzate dall'impiego di attrezzature particolari e di*

competenze specifiche, impedisce di ricorrere all'avvalimento per dimostrarne il possesso, in quanto non è possibile disgiungerlo dall'organizzazione che l'ha conseguito". Per le ragioni esposte in precedenza il Collegio dunque accoglie il presente motivo di ricorso.

III.b.2) Non risulta invece essere fondato il motivo di censura legato al mancato possesso, da parte dell'aggiudicatario contestato, dell'iscrizione alla CCIA per attività corrispondenti all'oggetto del contratto da aggiudicare. Dall'esame degli atti di causa risulta infatti che, pur in mancanza di un oggetto sociale corrispondente all'attività oggetto del contratto da aggiudicare, la ditta controinteressata aveva supplito mediante l'oggetto sociale proprio alla ditta Franceschini Francesco, della quale la stessa si era avvalsa. E si tratta, in questo caso, di una collaborazione assolutamente ammissibile fra operatori economici diversi, che – a giudizio del Collegio - non si scontra, come in precedenza, con la peculiarità del requisito, e che correttamente quindi ha determinato la legittima partecipazione alla gara dell'aggiudicatario contestato.

III.c) Per quanto attiene al motivo di ricorso sub c), il Collegio ritiene che la mancata inserzione, all'interno della busta "A", della dichiarazione resa ai sensi del protocollo di legalità e della circolare dell'Assessore Regionale Lavori Pubblici n. 593 del 31 gennaio 2006, benché sanzionata dal disciplinare di gara a pena di esclusione, correttamente non abbia stimolato i poteri di intervento della stazione appaltante. Infatti, a seguito delle modifiche apportate dal D.L. n. 70/2011 all'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, il potere delle stazioni appaltanti di individuare autonomamente cause di esclusione dalla pubblica gara diverse da quelle contemplate da sovraordinate fonti normative non è più "libero", potendo al contrario esplicitarsi soltanto ove finalizzato a prevenire il rischio dell'ammissione di offerte caratterizzate da "incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza (di esse, o da difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali)" o da "non integrità del plico (che le contenga) o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte". Ma poiché a nessuna di queste finalità appare essere preordinata la causa di esclusione contemplata dal punto 6, numero 1, del disciplinare di gara, la sua nullità, a norma del secondo periodo del comma 1-bis dell'art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006 (in termini, più di recente e in relazione ad una clausola antitrust "atipica", T.A.R. Lazio- Roma, sez. III, sent. 9 aprile 2013, n. 3558), rende legittima l'ammissione alla gara. In ragione di quanto già detto perde altresì di ogni rilevanza l'esame del distinguo proposto dall'amministrazione intimata fra fase di esecuzione del contratto e di partecipazione alla gara prodromica alla sua stipulazione, in relazione alla applicabilità della normativa in precedenza scrutinata anche con riguardo ai cd. noli a freddo: essendo infatti in ogni caso legittima la mancata esclusione della ditta controinteressata (relativamente al presente motivo di ricorso) per le ragioni indicate in precedenza, non sussiste più alcun interesse alla proposizione di tale difesa, e consequenzialmente nessun obbligo per il Collegio di pronunciare su di essa.

d) Quanto alla violazione del termine previsto dall'art. 17, lettera K), del bando di gara per la visione dei mezzi offerti per l'esecuzione del contratto, il Collegio ritiene la società ricorrente carente di un qualunque interesse alla proposizione della relativa censura. Il rispetto del termine in questione non può infatti che dipendere dalla complessità in concreto della verifica che debba essere effettuata, in uno con scelte organizzative non sindacabili *ab estrinseco* poste in essere dall'amministrazione che di essa è onerata - quantomeno ove il discostarsi dalle previsioni del bando di gara non sia talmente abnorme da incidere sulle legittime aspettative di ragionevole durata del procedimento di aggiudicazione. E poiché, nel caso di specie, il ritardo rispetto alla tempistica prevista all'interno del bando è stato pari ad appena tre giorni (dal 19 maggio al 22 maggio dello stesso anno), il Collegio ritiene che il suo verificarsi non sia tale da radicare in capo alla società ricorrente un interesse ad ottenere l'annullamento del provvedimento di aggiudicazione per tale motivo. Del resto in una tale opinione il Collegio è confortato da una recentissima pronuncia del Consiglio di Stato, il quale, con la sentenza n. 4884 del 3 ottobre

2013 della sua III sezione, proprio in relazione ad una controversia relativa all'aggiudicazione di contratti da parte della P.A., ha chiarito come "anche se il fattore tempo concorre a qualificare l'azione amministrativa nei profili del buon andamento e della pronta soddisfazione degli interessi di rilievo pubblico cui è preordinata, tale fattore tuttavia assume valenza viziante dei provvedimenti adottati solo in presenza della violazione di specifiche disposizioni che, al decorso del tempo, colleghino la perdita della potestà di provvedere". E senza contare, altresì, che ove il termine perentorio per la verifica dovesse desumersi da una espressa previsione dei tempi per la sua effettuazione all'interno del bando di gara "a pena di esclusione", una tale sua natura non potrebbe correttamente esser postulata in base al principio di tassatività delle cause di esclusione, e della consequenziale nullità di una tale previsione a mente dell'art. 46, comma 1-bis, secondo periodo, del D.Lgs. n. 163/2006.

IV) Quanto alla proposta domanda di risarcimento del danno, è evidente che l'ormai avvenuta esecuzione del contratto, della quale l'amministrazione intimata ha dato notizia mediante nota depositata in segreteria il 15/07/2013, preclude *in toto* al ricorrente la possibilità di ottenere un risarcimento del danno in forma specifica.

Essa pertanto, seppure genericamente proposta, va liquidata (nel rispetto del principio di effettività della tutela che il G.A. ex art. 1 C.P.A.) per equivalente, seguendo il criterio indicato dall'art. 345 della legge n. 2248/1865, All. F.

Va dunque riconosciuto alla ricorrente il diritto al risarcimento del danno da calcolarsi in misura al 10% del valore del contratto da aggiudicare al netto del ribasso d'asta, operando altresì un abbattimento del 50% in conseguenza dell'assoluta incertezza circa le possibilità di guadagno concretamente perdute, imputabile alla società ricorrente per carenza svolgimento dell'attività processuale a proprio carico.

A titolo di danno curricolare va riconosciuto alla ricorrente un ulteriore importo pari al 50% della somma come sopra quantificata a titolo di danno.

Applicando tali criteri, il Collegio condanna pertanto l'amministrazione intimata al risarcimento del danno per equivalente pecuniario nella misura complessiva di euro 22.310,40 (di cui 14.873,60 per il risarcimento del danno patrimoniale, e 7.436,80 per il risarcimento del cd. danno curricolare) nei confronti del ricorrente.

V) Stante la mancanza di orientamenti giurisprudenziali univoci quanto alla possibilità di ricorrere all'avvalimento per il requisito rappresentato dall'iscrizione all'Albo di cui all'art. 212 del D.Lgs. n. 152/2006, il Collegio ritiene sussistere giustificati motivi per la compensazione totale delle spese di giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia sezione staccata di Catania (Sezione Terza) dichiara improcedibile, per sopravvenuto difetto d'interesse, il ricorso principale, ed accoglie il ricorso per motivi aggiunti, per gli effetti annullando l'impugnato provvedimento di aggiudicazione definitiva, senza alcun pregiudizio per la efficacia del contratto stipulato sul suo presupposto. Accoglie altresì la proposta domanda di risarcimento del danno, condannando l'amministrazione a corrispondere in favore del ricorrente gli importi indicati in motivazione.

Spese compensate

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

Così deciso in Catania nelle camere di consiglio dei giorni 25 settembre 2013 e 9 ottobre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Calogero Ferlisi, Presidente

Agnese Anna Barone, Consigliere

Gustavo Giovanni Rosario Cumin, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 24/10/2013

IL SEGRETARIO

(Art. 89, co. 3, cod. proc. amm.)