



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 60 del 2013, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

Sager Srl, rappresentato e difeso dall'avv. Elvio Mengotti, con domicilio eletto presso Elvio Mengotti in 34100 Trieste, via Giustiniano 8;

contro

Net Spa, rappresentato e difeso dall'avv. Luca De Pauli, con domicilio eletto presso Segreteria Generale T.A.R. in Trieste, p.zza Unita' D'Italia 7;

per l'annullamento

Quanto al ricorso introduttivo:

-del provvedimento con cui è stato deciso l'avvio della procedura di affidamento dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani ed assimilati, approvando tutti gli atti costituenti la lex specialis di gara, ed in particolare:

-il bando di gara e le sue successive modifiche ed integrazioni costituito dal bando di gara pubblicato sulla GUCE il 2.1.2013, dalla successiva rettifica pubblica sulla GUCE dell'8.1.2013 e dall'ulteriore modifica pubblicata sulla GUCE del 18.1.2013;

-il disciplinare di gara;

-il Capitolato Generale;

-i Capitolati Speciali di ogni singolo servizio;

-il facsimile dei moduli di offerta;

-gli ulteriori allegati;

documenti tutti, di cui contenuto specifico è stato possibile conoscere solamente in data 18.1.2013, quando la stazione appaltante ha fornito, con istruzioni inviate via e-mail, l'indirizzo telematico, non accessibile al pubblico, da cui era possibile scaricarli;

-di tutti gli atti e provvedimenti prodromici, assunti in preparazione della gara, quali ma non solo, il progetto di acquisto del servizio con i relativi allegati, il DUVRI;

nonché di ogni altro atto presupposto, connesso e/o conseguente, non conosciuto da parte ricorrente;

Quanto ai motivi aggiunti depositati in data 14 marzo 2013:

-del diniego comunicato da NET spa in data 26.2.2013;

dell'avviso dd. 27.2.2013, con cui NET ha comunicato di voler "sospendere temporaneamente la procedura di gara";

-della delibera a contrarre del Consiglio di Amministrazione di NET spa del 12.12.2012, conosciuta solamente a seguito del deposito in Segreteria del TAR, effettuato dalla resistente in data 4.3.2013;

Quanto ai motivi aggiunti depositati in data 8 aprile 2013 per gli stessi atti impugnati con il ricorso introduttivo;

Quanto ai motivi aggiunti depositati in data 24.4.2013 dei seguenti atti pubblicati su internet della stazione appaltante in data 19.4.2013:

-avviso di riavvio della procedura di affidamento del 18.4.2013;

-nuovo disciplinare di gara, nella versione "aggiornamento aprile 2013";

-nuovo capitolato generale di appalto, nella versione "aggiornamento aprile 2013";

-tutti i nuovi capitolati speciali di appalto (lotti 2,3,4,5,6,7, e 8) nella versione "aggiornamento aprile 2013";

-tutti i documenti contenenti l'evidenziazione delle modifiche ed integrazioni apportate sul disciplinare di gara e sul capitolato generale di appalto, nonché sui capitolati speciali dei lotti dal 2 all'8;

-di tutti gli atti e provvedimenti prodromici, assunti in preparazione della ripresa della procedura di affidamento, quali, il nuovo progetto di acquisto del servizio con i relativi allegati, il nuovo DUVRI;

Quanto ai motivi aggiunti depositati in data 6.5.2013 degli stessi atti già impugnati;

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

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Net Spa;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 settembre 2013 il dott. Enzo Di Sciascio e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

Con il ricorso principale la ricorrente ha chiesto l'annullamento di tutti gli atti, in epigrafe specificati nel dettaglio, costituenti nel loro complesso la lex specialis della gara, bandita dalla resistente Net spa, per l'affidamento per 2 anni, con il criterio del prezzo più basso, dei servizi di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani ed assimilati per i Comuni, in cui per tali servizi è stato affidato a Net spa il ruolo di stazione appaltante, censurando.

Il frazionamento del servizio in più lotti;

L'erronea definizione del valore massimo dell'appalto in relazione alla durata massima, la carente indicazione degli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso e la presenza di prestazioni indefinite che aumentano in maniera indefinita l'alea contrattuale;

L'insufficiente determinazione del criterio di aggiudicazione, definito al prezzo più basso e a corpo, ma con elementi che militano per un'offerta a prezzi unitari, quando la normativa applicabile a un simile tipo di gara imporrebbe il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

Le specifiche tecniche e prestazionali previste, a volte indeterminate e generiche sotto più profili, non essendo stati forniti né il progetto di servizio né il computo metrico e tali da impedire di presentare un'offerta seria, a volte troppo restrittive della concorrenza, in particolare dove prevedono che il servizio sia svolto con automezzi di classe Euro 5 immatricolati non prima del 2010, peraltro contraddittoriamente prevedendo la facoltà della stazione appaltante di non applicare le sanzioni previste;

.La previsione, senza motivazione, di disposizioni di gara più stringenti di quelle previste dalla normativa vigente, la possibilità di variazioni ad libitum della stazione appaltante entro il 5% per ogni servizio senza che siano

motivate, la previsione che resta a carico dell'appaltatore gli oneri di un eventuale rinnovo contrattuale, le penalità per ogni servizio svolto per meno del 70% del totale, indipendentemente dalla misura eseguita;

La riserva della stazione appaltante di recedere discrezionalmente dal servizio dopo tre mesi di prova, senza aver stabilito i relativi criteri che, con una modalità di gara diversa da quella dell'offerta economicamente più vantaggiosa, che consente all'appaltatore di organizzare il servizio rimane del tutto indefiniti, nonché quella della possibile avocazione dei servizi secondo ragioni di opportunità insindacabili;

La previsione del pagamento a 60 giorni data ricevimento fattura, contrarie alla legge che prevederebbe il pagamento a 30 giorni, per giunta condizionato ad un'indefinita "regolare esecuzione del servizio";

La previsione di condizioni ed oneri del tutto estranei ad un normale servizio di raccolta e trasporto rifiuti, che si trasformano in oneri sproporzionati a carico dell'appaltatore;

Con i primi motivi aggiunti di gravame del 14.3.2013 si è impugnato il diniego della stazione appaltante dd. 26.2.2013 di intervenire, in base ai motivi del ricorso principale, in autotutela, come chiesto dalla ricorrente, nonché l'avviso di sospensione temporanea delle procedure di gara, dd. 27.2.2013 ed infine la deliberazione a contrarre del Consiglio di amministrazione di Net spa dd. 12.12.2012, conosciuta solo successivamente;

Con i secondi motivi aggiunti dd. 8.4.2013 si sono impugnati gli stessi atti, oggetto del ricorso introduttivo;

Con i terzi motivi aggiunti di gravame dd. 24.4.2013 si è impugnato l'avviso di riavvio della procedura di affidamento dd. 18.4.2013, il nuovo disciplinare di gara, aggiornato all'aprile 2013, il nuovo capitolato generale di appalto, aggiornato all'aprile 2013 e tutti i nuovi capitolati speciali, aggiornati allo stesso mese nonché tutti i documenti contenenti le modifiche ed integrazioni apportate al capitolato e al disciplinare, nonché ai capitolati speciali dei lotti dal 2 all'8 ed infine il nuovo progetto del servizio e il nuovo DUVRI;

Con i quarti motivi aggiunti del 6.6.2013 sono stati impugnati gli atti già in precedenza oggetto di gravame.

In seguito all'udienza pubblica del 22 maggio 2013 è stata pronunciata l'ordinanza n. 53 del 19.6.2013 che, per quanto qui interessa, recita:

"Osserva il Collegio che il ricorrente, con il ricorso e i motivi aggiunti, impugna, nella sostanza, gli atti costituenti la "lex specialis" dell'appalto e le successive integrazioni e modifiche.

Peraltro non risulta, ad un primo sommario esame dagli atti di causa:

- che lo stesso abbia mai fatto domanda di partecipazione alla gara qui in contestazione;

- per quanto concerne il ricorso principale, che gli atti costituenti la "lex specialis" ivi impugnati non sembrano, allo stato, configurare né requisiti soggettivi non posseduti dal ricorrente, che invero tuttora esercita, in regime di prorogatio, una parte del servizio in controversia, né requisiti per presentare l'offerta manifestamente incomprensibili o sproporzionati per eccesso ai contenuti di gara;

che i denunciati inconvenienti, costituiti dal mancato rispetto del termine per la presentazione delle offerte sono stati rimossi dal decreto di questo TAR n. 38/2013 del 24.4.2013, con conseguente ottemperanza della stazione appaltante, sia con la documentazione dimessa nella camera di consiglio del 9.6.2013, che con la successiva dichiarazione all'udienza pubblica del 22.5.2013 che verrà fissato nuovo termine ex art. 70 del D. Lgs. n. 163/2006;

- che, permanendo il difetto di domanda di partecipazione potrebbe ipotizzarsi che nemmeno le censure dedotte con i motivi aggiunti di gravame, relative ad atti modificativi e integrativi della lex specialis, che in tanto appaiono potersi dedurre, in quanto vi sia un ammissibile ricorso principale, possano essere decise nel merito;

che comunque, ove anche così non fosse, nemmeno essi appaiono allo stato impeditivi alla presentazione di un'offerta seria, considerato che sono ancora o saranno successivamente aperti i termini per presentarla;

che le questioni illustrate nella presente ordinanza sono emerse successivamente all'udienza di discussione del 22

maggio 2013;

che da tale questioni, venendo rilevate d'ufficio, esigono che su di esse si pronuncino le parti, ed in primis quella ricorrente, ai sensi dell'art. 73, 3° comma, CPA;

che, in pendenza dei chiarimenti richiesti ogni decisione dev'essere rinviata;

P. Q. M.

Il Tribunale amministrativo regionale del Friuli Venezia Giulia, interlocutoriamente pronunciando sul ricorso in premessa, riservata ogni decisione in rito, nel merito e sulle spese, fissa, per le deduzioni delle parti il termine di giorni 30 (trenta) dalla notificazione della presente ordinanza. Fissa, per la decisione del ricorso, l'udienza pubblica del 25 settembre 2013."

In vista di detta udienza, con memoria depositata il 18.7.2013 parte ricorrente, premette di voler trattare prioritariamente le osservazioni relative alla possibilità, ipotizzata dal Collegio, che possano non ricorrere le condizioni che sole legittimerebbero l'impugnazione della *lex specialis* prima della presentazione della domanda di partecipazione (individuate dall'ordinanza nell'eventuale previsione di "requisiti soggettivi non posseduti dal ricorrente").

Le modifiche e integrazioni apportate al bando dalla stazione appaltante sarebbero illegittime:

- perché è solo apparente la ragione addotta, cioè il diverso modo di recapito dei rifiuti inopinatamente modificato dal Comune di Cervignano del Friuli, mentre esse sarebbero state introdotte per tamponare in qualche modo i difetti più evidenti dell'originaria *lex specialis*, di fronte alle censure della ricorrente nel ricorso originario. Si sono dedotti motivi aggiunti limitatamente al nuovo termine per la presentazione delle offerte, con tale pretesto introdotto, in quanto le modifiche, in sé, sono espressione dell'autonomia della stazione appaltante.

Si ritiene pertanto che le deduzioni richieste dal Collegio devono riferirsi alla procedura di gara, oggetto del ricorso originario;

Va premesso che, riguardo a tale ricorso non si può mettere in dubbio la posizione legittimante del ricorrente, che nell'immediato ha richiesto documenti, ha proposto quesiti ed ha proposto l'informativa ex art. 243 bis L. 163/2006, avendo tutti i requisiti tecnici e di esperienza per aggiudicarsi i lotti di proprio interesse della gara;

Inoltre la ricorrente, essendo esposta al rischio di non poter presentare un'offerta valida, neppure per il lotto che già esegue, proprio per le previsioni escludenti della *lex specialis* e per le evidenti lacune che esistono nelle stesse, ha dovuto proporre ricorso giurisdizionale, in modo che le relative condizioni vengano rese conformi a legge, per poter partecipare in condizioni di parità. Del resto la giurisprudenza consolidata ammette la legittimazione quando si eluda l'obbligo di clare loqui, definendo l'oggetto e i criteri di attribuzione dell'appalto, le cui specifiche tecniche non consentono parità di accesso agli offerenti e non consentono agli stessi di identificare l'oggetto dell'appalto, per non essere chiaramente indicate.

Al di là di tali premesse vanno richiamati il quarto motivo del ricorso introduttivo, il settimo dei primi motivi aggiunti e il primo dei secondi motivi aggiunti, la dove censurano le prescrizioni che limitano la tipologia dei veicoli impiegati, che non sono tutti quelli ammessi a circolare sul territorio nazionale, ma solo quelli immatricolati non prima dell'anno 2010, introducendo una previsione qualitativa in una gara al prezzo più basso e non all'offerta economicamente più vantaggiosa, chiaramente discriminatoria.

Pertanto il rilievo contenuto nell'ordinanza, secondo cui la ricorrente esercita ora, in regime di prorogatio, una parte del servizio in gara con automezzi Euro 5 va contestato in quanto, in grandissima parte, non potrà impiegarli, essendo per lo più di data di immatricolazione anteriore al 2010, e dovrebbe sobbarcarsi ingenti spese per acquistarne di nuovi.

Dato che essa intende partecipare a tutti i lotti di gara tale spesa sarebbe insostenibile, essendo larga parte della cospicua quantità di mezzi in suo possesso di data anteriore.

Peraltro tali mezzi rispettano tutte le condizioni per essere abilitati alla circolazione, mentre non possono essere usati per il servizio richiesto dalla stazione appaltante, nonostante il criterio di aggiudicazione sia al prezzo più basso, tanto più che del maggior costo per adeguare il parco automezzi alle condizioni di bando non si è tenuto conto nel fissare l'importo a base d'asta.

Infatti tale importo è eguale nei lotti che tutti non prevedono tale condizione, mentre i singoli capitolati invece la prevedono, onde, con il primo dei secondi motivi aggiunti, è stata eccepita la non riferibilità di detti ultimi documenti all'amministrazione, poiché non contenuti nella deliberazione a contrarre.

Non sarebbero poi rispettati il procedimento e i contenuti previsti dal bando di gara, mentre non sarebbe chiara la durata dell'appalto, dato che ne è prevista sia la proroga obbligatoria che l'anticipata risoluzione da parte della stazione appaltante, rendendo impossibile il calcolo dell'offerta.

La legge di gara è sprovvista del DUVRI e, ciononostante, il capitolato afferma che non sussistono costi interferenziali. In sede di modifiche la stazione appaltante ha prodotto il DUVRI riferito ad altro appalto da essa gestito, da cui tali rischi invece risultano, mentre non sono in questa sede considerati, salvo prevedere la possibilità di segnalame, ove riscontrati dall'appaltatore, la presenza alla stazione appaltante.

Nell'indeterminatezza, pertanto, dei costi per la sicurezza sarebbe impossibile formulare un'offerta corretta, il che legittimerebbe l'impugnazione della lex specialis di gara anche in assenza di domanda di partecipazione (cfr. CDS n. 2828/2012) per l'impossibilità di qualsiasi valutazione di convenienza economica e della stessa decisione se partecipare o non alla gara.

Tale impossibilità sostanzia la lesione dell'interesse della ricorrente alla partecipazione alla gara.

Sarebbe indeterminato anche il metodo di aggiudicazione, che è stabilito a corpo e al prezzo più basso, con la previsione che il bando stabilirà se tale prezzo va calcolato sull'importo a base di gara dei lavori o a mezzo di offerta a prezzi unitari, mentre non si rinviene alcuna indicazione in tal senso ed anzi non si può dedurre quale tipo di gara viene bandito, dal momento che si determina soltanto il valore a base di gara per ogni singolo lotto, si chiede che nell'offerta il prezzo per ogni lotto sia espresso come somma di prezzi ribassati, comprensivi di tutte le categorie, per ogni singolo Comune.

La contabilità da temere, a' sensi dell'art. 10 del Capitolato generale dovrà essere di tipo analitico, prevista però soltanto per gli appalti a misura e non per quelli a corpo, come il presente.

Mancano inoltre le indicazioni per la stesura dei documenti inerenti la sicurezza, non soggetti a ribasso, onde è incerto l'onere complessivo per l'acquisizione del servizio, in cui detti oneri sono ricompresi. Non è comprensibile il tipo di gara che viene bandito ne è disponibile il computo metrico che, negli appalti a corpo, definisce l'oggetto stesso del contratto. Non sarebbe possibile evincere le informazioni necessarie a predisporre un'offerta, né il tipo di gara bandita, né la quantificazione esatta delle prestazioni.

Se anche si volesse assumere il rischio di presentare un'offerta, esso non sarebbe valutabile, in mancanza di un'esatta definizione dell'oggetto dell'appalto, in mancanza altresì dei valori a base d'asta dei singoli lotti e della valutazione obbligatoria della loro congruità rispetto al costo del personale, onde difetterebbero gli estremi per un'eventuale verifica di anomalia.

Sarebbero inoltre indeterminate le specifiche tecniche:

- in ordine alle destinazioni di scarico dei rifiuti raccolti;
- in ordine alle varianti che la stazione appaltante si riserva di introdurre in fase esecutiva, incurante di aver bandito un appalto a corpo, senza oneri aggiuntivi, nemmeno se venisse esteso il percorso di svuotamento, fatta salva l'alea

del 5% prevista dal capitolato;;

- in ordine all'obbligo di raccogliere, senza ulteriore compenso, i rifiuti abbandonati nei pressi degli appositi contenitori o giacenti anche per atto vandalico, ove e quando occorrente;
- vieppiù la previsione di prestazioni indeterminate, di rilevante entità e costo, estranee all'oggetto dell'appalto giustificerebbe la censurata mancanza di un computo metrico per la formulazione di un'adeguata offerta a corpo e al prezzo più basso, la cui valutazione non può essere lasciata ai concorrenti.

Per quanto concerne l'obbligo della manutenzione ordinaria e straordinaria di attrezzature di proprietà della stazione appaltante o dei Comuni serviti, prevista dai capitolati speciali si tratta di un onere anch'esso indeterminato, tutto a carico dei concorrenti.

Sono poi lesive della par condicio dei concorrenti le penalità, indicate all'art. 19 del capitolato generale.

La prima relativa all'impiego di automezzi di classe diversa dalla Euro5 ed immatricolati prima del 2010, che ci si riserva però di eventualmente disattendere nel corso dell'esecuzione del contratto con l'autorizzazione della stazione appaltante, in spregio della par condicio fra i concorrenti, favorendo i concorrenti senza scrupoli che, pur non disponendo dei mezzi necessari si azzardano a fare domanda, contando su detta deroga, giustificandola col fatto che l'intervallo fra il contratto e l'inizio del servizio è troppo breve per consentire il rinnovo del parco automezzi, senza farsi carico di rivolgersi eventualmente al giudice per eliminare una simile clausola.

Lo stesso può dirsi di quella ulteriore, riferita a una serie di dette penalità, che sono stabilite in egual misura per tutti i lotti, in violazione del principio di proporzionalità, in quanto essi presentano importi a base di gara variabili da € 110.000,00 a € 1.320.000,00.

Inoltre la previsione che, per ogni servizio non svolto sono previste penali progressivamente crescenti da € 1.000,00 a € 3.500,00 al giorno viola l'art. 298 del DPR n. 207/2010, che le prevede in misura proporzionale all'ammontare del contratto e complessivamente non superiori al 10%.

Peraltro il concorrente spregiudicato non si curerà delle violazioni e farà valere le censure appena esposte dopo l'aggiudicazione, mentre quello leale sarà invece indotto a non presentare l'offerta.

Per quanto concerne i pagamenti l'art. 10 del capitolato generale li prevede a 60 giorni data fattura, ma li condiziona alla presentazione di una scheda riepilogativa delle prestazioni svolte, prescrizione che non si adatta a un appalto "a corpo" come il presente. Inoltre l'art. 4, 2° comma, lett. a) e c) prevede, per tali servizi, il pagamento a 30 giorni dalla prestazione, per giunta consentendo al prestatore di presentare la fattura anche anticipatamente alla scadenza del rateo, cui si riferisce.

Tale prescrizione sarebbe impugnabile, consentendo modalità di pagamento peggiorative rispetto a quelle di legge, anche anticipatamente all'instaurazione del rapporto contrattuale.

Essa favorirebbe la concorrenza sleale del concorrente più scaltro, che non tiene conto degli interessi conseguenti, rispetto a quelli meno preparati, che ne tengono conto, in modo da pervenire a una quantificazione del prezzo più elevata.

Sarebbe inoltre illegittima la suddivisione in lotti di un ambito che, in precedenza, era unitario e sarebbe immediatamente lesiva, in modo da dover essere impugnata prima della presentazione della domanda.

Tale suddivisione in lotti, come disciplinata nella deliberazione a contrarre, in quanto antieconomica, sarebbe contraria all'art. 2 del D. Lgs. n. 163/2006 e danneggerebbe la ricorrente che, aggiudicataria in precedenti gare, ha messo a punto una rilevante esperienza logistica di asporto rifiuti nell'ambito unitario, anche tra Comuni non confinanti tra loro, che ora verrebbe vanificata, essendo detti Comuni posti in lotti diversi, con ciò vendo meno una posizione di vantaggio, che si riflette anche sui prezzi, legittimamente acquisita e ciò tanto più in quanto detta suddivisione non è conforme all'art. 2 del D. Lgs. n. 163/2006, che la condiziona al fatto che essa sia

“economicamente conveniente”.

In conclusione, in risposta all’ordinanza del Collegio, si può affermare che la *lex specialis* non contiene limitazioni escludenti della partecipazione della ricorrente sotto il profilo soggettivo, mentre sono previsti vincoli non legittimi in materia di libertà d’uso del proprio parco macchine che ledono la possibilità stessa di presentare l’offerta per tutti i lotti di gara, creando una discriminazione fra i concorrenti, non consentendo di sfruttare appieno le potenzialità aziendali per la predisposizione dell’offerta, in presenza inoltre di prescrizioni violative del diritto comunitario e nazionale.

Le lacune della *lex specialis*, nella versione originaria, non consentirebbero, inoltre, la presentazione di un’offerta seria, risultando inoltre indeterminate le specifiche tecniche che sono tali da incidere sulla par condicio fra i concorrenti, il che legittima all’impugnazione del bando di gara senza previa presentazione della domanda.

La legittimazione a ricorrere senza presentazione della domanda di partecipazione deriverebbe dalla necessità di prevenire, eliminandole, le lacune del bando di gara. Dette lacune, come si rileva dalla giurisprudenza, sono sfruttate dagli operatori meno rigorosi come strumento di concorrenza sleale, approfittando degli errori della stazione appaltante.

Il ricorrente ritiene poi che vadano rimessi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee, in via pregiudiziale una serie di quesiti, che ritiene pertinenti alla fattispecie in discussione e che di seguito elenca.

La stazione appaltante ha replicato che, a suo avviso:

- la contestazione del metodo di aggiudicazione investe un aspetto non lesivo, a fortiori in assenza di un’offerta;
- sarebbe inammissibile la censura riferita alla suddivisione in lotti, investendo il merito tecnico e non essendo dedotti profili di travisamento o errore di fatto;
- non sarebbe dato comprendere il motivo per cui la durata dell’appalto e il suo valore sarebbero lesive, dal momento che la ricorrente non avrebbe spiegato perché l’ammontare della cauzione lederebbe una sua posizione giuridica tutelata;
- a parte l’infondatezza meritale, la censura riferita agli oneri per la sicurezza investirebbe un aspetto non immediatamente lesivo;
- la contestata mancanza di un computo metrico non avrebbe senso in un appalto di servizi;
- le specifiche tecniche e prestazionali sarebbero del tutto logiche e i chiarimenti forniti in merito consentono un aumento della partecipazione e una maggiore concorrenzialità;
- le censure che investono il periodo di prova, le penalità e l’avocazione dei servizi sono prive di attuale lesività e non restringono la partecipazione;
- del pari priva di attuale lesività è la censura che investe il termine di pagamento;
- non vi è interesse a impugnare la previsione del travolgimento del contratto in caso di accoglimento del presente ricorso, dato che ne avrebbero pregiudizio tutti, meno l’attuale ricorrente;
- ogni contestazione in sede giurisdizionale avrebbe potuto essere prevenuta e risolta con una semplice istanza di autotutela ex art. 243 bis del D. Lgs. n. 163/2006, in particolare in ordine alle questioni relative al termine di presentazione delle offerte e ad ogni altro profilo, avendo dimostrato NET spa la più ampia disponibilità.
- non sarebbe infine precluso alla ricorrente di presentare domanda di partecipazione alla gara, dato che il relativo termine, in seguito al ricordato decreto di codesto TAR, sarà prorogato e, per impegno della stessa stazione appaltante, sarà fissato solo dopo la sentenza sul presente ricorso,

Il ricorso è inammissibile.

Invero il ricorrente svolge, con il ricorso principale, un’imponente serie di censure, riguardanti la condizione

dell'appaltatore o, in qualche limitato caso, del partecipante alla gara, che sarebbero danneggiati da quasi tutte le clausole della *lex specialis*, senza aver mai proposto domanda di partecipazione alla stessa.

Con ciò egli si preclude qualsiasi legittimazione ad impugnare, perché rimane estraneo al procedimento di scelta del contraente e tale circostanza rende inammissibile il ricorso principale, onde ne consegue, di necessità, anche l'inammissibilità dei motivi aggiunti.

Invero spetta alla stazione appaltante stabilire i requisiti di partecipazione secondo le esigenze del servizio e nel pubblico interesse, e non tenendo presente le esigenze dell'uno o dell'altro degli operatori economici che, in astratto, potrebbero essere interessati e nemmeno le loro eventuali carenze in mezzi, risorse ed esperienza, adattandoli ad esse.

A detti operatori spetta invece la scelta di partecipare o non alla gara, valutando se hanno le risorse per un'eventuale aggiudicazione del servizio e per poterlo poi esercitare regolarmente.

Non è dato, però, di contestare dall'esterno le condizioni di gara senza parteciparvi.

Una simile conclusione non è infirmata nemmeno nei casi in cui si ritiene, con alcuno dei motivi qui dedotti, che dette condizioni impediscano la formulazione di un'offerta seria, nel qual caso è necessario egualmente presentare un'offerta e quindi impugnare la *lex specialis*, al fine di coltivare l'interesse strumentale alla ripetizione della gara, emendata dai vizi di dette condizioni di genericità o contraddittorietà o comunque in qualsiasi modo preclusivi di un'offerta adeguata (cfr. per una domanda di partecipazione proposta anche in presenza di condizioni preclusive CDS V Sez. 15.2.2010 n. 819).

Il particolare atteggiamento di parte ricorrente trova una spiegazione nel suo desiderio di aggiudicazione del servizio mediante una diversa modalità di affidamento, con il criterio, anziché del prezzo più basso, di quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, come risulta da diverse delle censure qui in esame, ma tale risultato non può essere raggiunto rimanendo estraneo alla gara e chiedendo, dall'esterno, un pressoché completo travolgimento delle condizioni di gara, con censure che investono quasi ogni aspetto della *lex specialis*, senza manifestare, con la domanda di partecipazione, il suo interesse all'aggiudicazione stessa.

Le controdeduzioni di parte ricorrente alle osservazioni mosse dal Collegio ex art. 73, 3° comma CPA pertanto non sono convincenti e il ricorso dev'essere ritenuto inammissibile.

Del pari inammissibili, perché estranee alla materia qui in trattazione, relativa soltanto all'esame di dette osservazioni e delle relative controdeduzioni, sono le richieste di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione Europea dell'esame delle ulteriori questioni sollevate dalla ricorrente.

Rimane pertanto aperta per essa, se lo riterrà, la possibilità di presentare offerta e proporre eventualmente un ricorso ammissibile, essendo intervenuto decreto cautelare che ha sospeso il termine di presentazione delle offerte stesse ed essendosi impegnata la stazione appaltante di stabilirlo nuovamente all'esito del presente gravame, come conviene lo stesso ricorrente.

Allo stato però le censure mosse e con esse l'attuale ricorso che le contiene sono inammissibili per mancata domanda di partecipazione.

Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Friuli Venezia Giulia (Sezione Prima)

definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente al rimborso delle spese e competenze giudiziali nei confronti della stazione appaltante NET spa, che liquida in complessivi € 4000.

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

Così deciso in Trieste nella camera di consiglio del giorno 25 settembre 2013 con l'intervento dei magistrati:

Umberto Zuballi, Presidente

Enzo Di Sciascio, Consigliere, Estensore

Manuela Sinigoi, Primo Referendario

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 27/09/2013

IL SEGRETARIO

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