



**REPUBBLICA ITALIANA**

**IN NOME DEL POPOLO ITALIANO**

**Il Consiglio di Stato**

**in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 4848 del 2013, proposto da:  
Senesi S.p.a., in persona del suo legale rappresentante *pro tempore*,  
rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Lucchetti e dall'avv. Demetrio  
Fenucci, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma,  
viale Vaticano, 48;

***contro***

Comune di Pozzuoli (Na), in persona del Sindaco *pro tempore*, costituitosi in  
giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Aldo Starace e dall'avv. Mario  
Sanino, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma, viale  
Parioli, 180; De Vizia Transfer S.p.a., in persona del suo legale  
rappresentante *pro tempore*, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso  
dall'avv. Gennaro Macrì e dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto  
presso lo studio di quest'ultimo in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

sul ricorso numero di registro generale 4858 del 2013, proposto da:  
Comune di Pozzuoli (Na), in persona del Sindaco pro tempore,  
rappresentato e difeso dall'avv. Aldo Starace, con domicilio eletto in Roma  
presso lo studio dell'avv. Claudia De Curtis, via Marianna Dionigi, 57;

***contro***

Senesi S.p.a, in persona del suo legale rappresentante pro tempore,  
rappresentato e difeso dall'avv. Alessandro Lucchetti e dall'avv. Demetrio  
Fenucci, con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultimo in Roma,  
viale Vaticano, 48;

***nei confronti di***

De Vizia Transfer S.p.a., in persona del suo legale rappresentante pro  
tempore, costituitosi in giudizio, rappresentato e difeso dall'avv. Gennaro  
Macrì e dall'avv. Angelo Clarizia, con domicilio eletto presso lo studio di  
quest'ultimo in Roma, via Principessa Clotilde, 2;

***per la riforma***

sia quanto al ricorso n. 4848 del 2013, sia quanto al ricorso 4858 del 2013,  
della sentenza del T.A.R. per la Campania, Napoli, Sez. I, n. 1467 dd. 14  
marzo 2013, resa tra le parti e concernente affidamento di servizio  
triennale di gestione integrata dei rifiuti.

Visti i ricorsi in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di Pozzuoli, di De  
Vizia Transfer S.p.a. e di Senesi S.p.a.;

Visto l'appello incidentale proposto dalla De Vizia Transfer S.p.a. sub  
R.G. 4848 del 2013;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 16 gennaio 2014 il Cons. Fulvio Rocco e uditi per la Senesi S.p.a. l'avv. Alessandro Lucchetti, per il Comune di Pozzuoli l'avv. Aldo Starace e l'avv. Mario Sanino, nonché per la De Vizia Transfer S.p.a. l'avv. Angelo Clarizia;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1.1. Con determina dirigenziale n. 672 dd. 29 marzo 2012 il Comune di Pozzuoli (Na) ha approvato il progetto-guida e un bando con annesso disciplinare di gara per l'appalto, mediante procedura aperta, avente ad oggetto l'affidamento del servizio della gestione integrata dei rifiuti per la durata di anni 3, da aggiudicarsi a' sensi dell'art. 82 del D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163 con il criterio del prezzo più basso.

Hanno presentato offerta due sole imprese, la De Vizia Transfer S.p.a., sino a quel momento soggetto gestore del servizio e – successivamente – gestore del servizio medesimo in regime di proroga nelle more del nuovo affidamento, e la Senesi S.p.a.

In sede di prima seduta della gara De Vizia ha sollevato eccezioni sulla regolarità dell'offerta presentata da Senesi, segnatamente per quanto attiene alla chiusura del relativo plico e sulla mancanza dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria di tale concorrente.

La stazione appaltante ha accolto le eccezioni riguardanti il mancato possesso del requisito di capacità tecnica e professionale sollevata da De Vizia e, conseguentemente, ha per tale motivo escluso Senesi dalla gara.

Con ricorso proposto sub R.G. 3809 del 2012 innanzi al T.A.R. per la Campania, Sede di Napoli, De Vizia ha pertanto chiesto l'annullamento: del verbale della Commissione aggiudicatrice n. 2 dd. 27 luglio 2012, recante – per l'appunto – la sua esclusione dalla gara; del verbale della medesima Commissione n. 1 dd. 25 luglio 2012; in via subordinata, del § 10.3 del disciplinare di gara nonché del bando di gara e della determina dirigenziale n. 672 del 29/3/2012 di indizione della gara medesima, nelle parti relative alle clausole ritenute ostative all'ammissione della società ricorrente.

L'impugnativa è stata estesa – altresì - alla determina dirigenziale n. 1093 d. 11 giugno 2012, concernente la rettifica della disciplina di gara nella parte parimenti ritenuta ostativa alla partecipazione alla gara da parte della medesima Senesi.

In particolare, Senesi ha affermato di essere in possesso del requisito di capacità tecnica e professionale richiesto dalla disciplina di gara con riferimento allo svolgimento di *“servizi analoghi nell'ultimo triennio, in un comune avente minimo 80.000 abitanti”*: e ciò in quanto aveva documentato lo svolgimento di una sua attività presso il Comune di Giugliano (Na) , avente una popolazione di 118 mila abitanti con decorrenza dall' 1 giugno 2001, a nulla rilevando – a suo dire - che il servizio dovesse svolto in ciascun anno del triennio, secondo quanto viceversa ritenuto dalla Commissione di gara.

In ogni caso, sempre secondo Senesi, la *lex specialis* della gara – sempreché interpretata nel senso voluto dalla Commissione di gara, ossia nel senso della sua impossibilità a partecipare al procedimento di scelta del contraente – risultava al riguardo sproporzionata, irragionevole e

discriminatoria.

1.2. La gara è stata peraltro dichiarata deserta, in quanto anche De Vizia è stata a sua volta esclusa dal procedimento di scelta del contraente, avendo presentato un'offerta economica inammissibile poiché superiore all'importo a base d'asta.

Giova sin d'ora rilevare che De Vizia non ha impugnato tale esclusione.

1.3. Con determinazione dirigenziale n. 1455 dd. 27 agosto 2012 il Comune ha quindi indetto, a' sensi dell'art. 57 del D.L.vo 163 del 2006, una procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara avente ad oggetto l'affidamento per sei mesi del medesimo servizio, invitando alla procedura medesima la stessa De Vizia, ma non Senesi.

Tale procedura si è conclusa con l'affidamento del servizio a De Vizia.

1.4. Senesi ha pertanto proposto, sempre sub R.G. 3809 del 2012, motivi aggiunti di ricorso, chiedendo l'annullamento della determina dirigenziale n. 1422 dd. 7 agosto 2012, avente ad oggetto l'approvazione del verbale di diserzione di gara del 27 luglio 2012; della determina dirigenziale n. 1455 dd. 27 agosto 2012, concernente l'indizione dell'anzidetta procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara per l'affidamento del servizio di gestione rifiuti per la durata di sei mesi nelle more della definizione della procedura aperta pluriennale; della lettera di invito prot. n. 588 dd. 30 agosto 2012, ad essa non inoltrata; della determina dirigenziale n. 1483 dd. 3 settembre 2012, recante l'affidamento della gestione provvisoria del servizio alla società De Vizia Transfer per il periodo dall'1 al 30 settembre 2012; del verbale n. 1 dd. 25 settembre 2012 relativo all'aggiudicazione provvisoria; nonché degli atti connessi, ivi compresa l'eventuale aggiudicazione definitiva della procedura negoziata.

Senesi ha anche chiesto la condanna del Comune all'aggiudicazione a suo favore della procedura aperta, ovvero in via subordinata al risarcimento dei danni per equivalente.

Le censure dedotte al riguardo da Senesi possono essere così riassunte.

a) difettava una sufficiente motivazione sulla scelta di procedere a trattativa privata, con violazione dell'art. 57 del D.L.vo 163 del 2006: in tal senso, la procedura negoziata non era giustificata da un'estrema urgenza e, comunque, l'urgenza non derivava da eventi imprevedibili e non imputabili alla stessa stazione appaltante;

b) era stato invitato alla trattativa privata proprio il concorrente escluso dalla procedura aperta per aver formulato una offerta in rialzo, con ciò propugnando l'esito infruttuoso della precedente procedura aperta;

c) la stazione appaltante aveva colpevolmente preferito di bandire la procedura negoziata per una durata semestrale anziché ripetere la procedura aperta triennale;

d) era stata omessa un'appropriata indagine di mercato sugli operatori da invitare alla procedura negoziata, nel rispetto dei principi di trasparenza concorrenza e rotazione contemplati dal predetto art. 57 del D.L.vo 163 del 2006, invitando oltre a De Vizia soltanto imprese del settore non operanti nel Mezzogiorno e non interessate all'affidamento del servizio;

e) risultavano nella specie sostanzialmente alterate le condizioni del servizio per il quale è stata indetta la procedura negoziata, ciò peraltro in favore dell'appaltatore: il servizio di raccolta umido costerebbe euro/anno 311 mila in più, il servizio di raccolta multimateriale costava euro/anno 218 mila in più, il servizio di raccolta della carta costava euro/anno 82 mila in meno, il servizio di raccolta dei cartoni da imballaggio costava

euro/anno 39 mila in meno, il servizio di raccolta dei rifiuti ingombranti costava euro/anno 8 mila in meno; si riscontravano inoltre un incremento di euro/anno 112 mila per il lavaggio cassonetti, una diminuzione di euro/anno 442 mila per le porzioni non servite da raccolta differenziata; e – ancora - le somme a disposizione per bonifiche ed altre forniture aumentavano da € 75.000,00.- per la gara triennale a € 320.000,00.- per quella semestrale, e all'impresa aggiudicataria della futura gara triennale veniva imposto l'onere di sopperire alle attrezzature e servizi di cui sarebbe alleggerita la De Vizia.

1.5. De Vizia, a questo punto, ha proposto ricorso incidentale avverso gli atti della gara originariamente bandita, deducendo che Senesi avrebbe dovuto essere esclusa da tale precedente procedimento per ulteriori motivi non adottati dalla stazione appaltante nel provvedimento di esclusione, ossia:

a) sarebbe mancata, a corredo della documentazione presentata da società Senesi per la partecipazione alla gara, la dichiarazione dei requisiti previsti dall'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006, relativamente alla RB S.r.l., detentrica del 67% delle azioni di Senesi, appartenente a meno di quattro soci;

b) il plico presentato da Senesi sarebbe pervenuto alla Commissione di gara privo dei timbri e delle firme su alcuni lembi di chiusura: e ciò in violazione dell'art. 12.4 del disciplinare di gara, il quale – per l'appunto - specificamente prescriveva l'apposizione di timbri e firme anche sui lembi preincollati dei plichi inoltrati dalle imprese partecipanti.

1.6. Con determina dirigenziale n. 1641 dd. 1 ottobre 2012 il Comune di Pozzuoli, in esito al predetto procedimento di scelta del contraente indetto a' sensi dell'art. 57 del D.L.vo 163 del 2006, ha affidato a De Vizia il

servizio di gestione rifiuti per la durata di sei mesi nelle more della definizione della procedura aperta pluriennale.

Con susseguente determina dirigenziale n. 1835 dd. 30 ottobre 2012 è stata conseguentemente accettata dal Comune la cauzione definitiva prestata al riguardo da De Vizia ed è stato approvato lo schema contrattuale del servizio.

Anche tali atti, unitamente a quelli ad essi presupposti e conseguenti, sono stati impugnati in primo grado da Senesi sub R.G. 3089 del 2012 con un secondo ordine di motivi aggiunti, deducendo in via derivata le medesime censure da essa dedotte per l'innanzi.

1.7. Nel giudizio di primo grado si è costituito, oltre che a De Vizia, il Comune di Pozzuoli.

Entrambi tali parti hanno puntualmente replicato alle censure complessivamente proposte da Senesi, chiedendone la reiezione.

2. Con sentenza n. 1467 dd. 14 marzo 2013 la Sez. I dell'adito T.A.R. ha accolto il ricorso incidentale proposto da De Vizia Transfer e ha conseguentemente dichiarato l'inammissibilità dell'impugnativa proposta da Senesi contro la propria esclusione dalla procedura aperta.

L'accoglimento dell'impugnativa incidentale è avvenuto avuto riguardo – in via assorbente – alla censura con la quale De Vizia ha dedotto che, in violazione dell'art. 12.4 del disciplinare di gara, il plico presentato da Senesi sarebbe pervenuto alla Commissione di gara privo dei timbri e delle firme su alcuni lembi di chiusura.

Il T.A.R. ha viceversa accolto i motivi aggiunti proposti dalla medesima Senesi e ha pertanto annullato gli atti della procedura negoziata indetta a' sensi dell'art. 57 del D.L.vo 163 del 2006, condannando il Comune di

Pozzuoli al risarcimento dei relativi danni a favore di Senesi.

Lo stesso giudice di primo grado ha integralmente compensato le spese di giudizio tra tutte le parti, ponendo peraltro a carico del Comune di Pozzuoli il rimborso dei contributi unificati corrisposti a' sensi dell'art. 9 e ss. del D.L.vo 30 maggio 2002 n. 115 da Senesi per i due ordini di motivi aggiunti e da De Vizia per il ricorso incidentale.

3.1. Con il primo appello in epigrafe, proposto sub R.G. 4848 del 2013, Senesi chiede la riforma di tale sentenza limitatamente al capo con il quale è stato accolto il ricorso incidentale proposto da De Vizia.

Al riguardo Senesi deduce i seguenti ordini di censure.

1) falsa applicazione dell'art. 42 cod. proc. amm. e conseguente erroneità della sentenza impugnata per omessa declaratoria di inammissibilità del ricorso incidentale proposto in primo grado da De Vizia, avuto riguardo al suo difetto di legittimazione attiva e al difetto di un suo interesse all'impugnazione: e ciò in dipendenza dell'omessa impugnazione, da parte della medesima De Vizia, della propria esclusione da tale primo procedimento di scelta del contraente;

2) in subordine, erroneità della sentenza impugnata per ritenuta fondatezza della censura di violazione dell'art. 12.4 del bando di gara e dell'art. 46 del D.L.vo 163 del 2006;

3) in ulteriore subordine, violazione del principio di proporzionalità di derivazione comunitaria, nonché violazione del principio di aggravamento del procedimento di cui all'art. 1, comma 2, della L. 7 agosto 1990 n. 241 e successive modifiche, laddove la clausola della *lex specialis* di gara dovesse essere interpretata nel senso sostenuto dalla stazione appaltante, ossia di chiedere la dimostrazione del requisito di capacità tecnica in relazione a

ciascun anno dei tre precedenti rispetto alla gara.

Senesi conseguentemente chiede la rinnovazione della gara andata deserta e, in subordine, la condanna del Comune di Pozzuoli al risarcimento per equivalente, a' sensi dell'art. 124 cod. proc. amm.

3.2. Si è costituito anche nel presente grado di giudizio il Comune di Pozzuoli, concludendo per la reiezione dell'appello.

3.3. Si è parimenti costituita nel presente procedimento De Vizia, eccependo preliminarmente il difetto di interesse di Senesi ad appellare la sentenza resa in primo grado e chiedendo comunque la reiezione dell'appello medesimo.

De Vizia ha peraltro proposto pure appello incidentale avverso la medesima sentenza resa in primo grado nel capo recante l'accoglimento dei motivi aggiunti proposti da Senesi avverso gli atti della procedura negoziata indetta a' sensi dell'art. 57 del D.L.vo 163 del 2006.

De Vizia deduce a tale ultimo riguardo violazione e falsa applicazione dell'art. 57 del D.L.vo 163 del 2006, nonché illogicità e contraddittorietà della motivazione su un punto decisivo della controversia, violazione dell'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006, violazione dell'art. 3 della L. 241 del 1990, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria.

4.1. Con il secondo appello in epigrafe, proposto sub R.G. 4858 del 2013, anche il Comune di Pozzuoli chiede la riforma della sentenza resa in primo grado limitatamente al suo capo recante l'annullamento della procedura negoziata indetta a' sensi dell'art. 57 del D.L.vo 163 del 2006 e la conseguente sua condanna al pagamento dei danni subiti da Senesi.

A tale riguardo il Comune ha dedotto l'avvenuta violazione dell'art. 57 del D.L.vo 163 del 2006, travisamento, eccesso di potere per irragionevolezza,

illogicità e omessa valutazione degli interessi contrapposti, violazione dell'art. 57, comma 6, del D.L.vo 163 del 2006, ulteriore eccesso di potere per irragionevolezza e difetto di motivazione, violazione dei principi in materia di risarcimento del danno e – ancora – eccesso di potere per illogicità, irragionevolezza e irrazionalità.

4.2. Si è costituita nel presente procedimento De Vizia, chiedendo l'accoglimento dell'appello.

4.2. Si è parimenti costituita Senesi, replicando puntualmente alle censure dedotte dall'appellante e concludendo per la loro reiezione.

5. Alla pubblica udienza del 16 gennaio 2014 entrambi gli appelli sono stati trattenuti per la decisione.

6. Il Collegio preliminarmente dispone la riunione dei due appelli in epigrafe a' sensi dell'art. 96, comma 1, cod. proc. amm. in quanto entrambi proposti avverso la medesima sentenza resa in primo grado.

7.1. Tutto ciò premesso, il Collegio reputa innanzitutto di disaminare le impugnative proposte sub R.G. 4848 del 2012.

7.2. Il Collegio evidenzia innanzitutto che l'appello incidentale proposto da De Vizia è improprio e sostanzialmente autonomo, in quanto diretto contro un capo della sentenza diverso e indipendente da quello impugnato dalla parte ricorrente principale e afferente, pertanto, a distinta domanda di annullamento, fondata su motivi del tutto specifici e diversi rispetto a quelli dedotti da Senesi (cfr. per la relativa nozione, *ex plurimis* e tra le più recenti, Cons. Stato, Sez. IV, 8 novembre 2013 n. 5342).

In linea di principio la trattazione delle questioni sottoposte all'esame del giudice non può che seguire l'ordine argomentativo che governa il processo e che mette normalmente in priorità la definizione delle questioni

di rito rispetto alle questioni di merito, nonché le questioni che in ordine logico assumono carattere pregiudiziale rispetto a quelle introdotte con l'impugnazione principale (così, *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. IV, 4 settembre 2013 n. 4449, 18 marzo 2013 n. 1574 e 29 dicembre 2011 n. 6990) e, pertanto, può senz'altro essere convenientemente trattato per primo l'appello principale proposto da Senesi.

7.3.1. Senesi ha innanzitutto censurato la sentenza emessa in primo grado in quanto non avrebbe dichiarato inammissibile il ricorso incidentale proposto in primo grado da De Vizia.

Secondo la prospettazione di Senesi, De Vizia non avrebbe potuto giudizialmente contestare mediante l'impugnazione incidentale l'irregolarità del plico recante i documenti di gara della sua concorrente, nonché l'omessa dichiarazione dei requisiti previsti dall'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006 relativamente alla società RB S.r.l. (detentrica del 67% delle azioni di Senesi e appartenente a meno di quattro soci), in quanto a sua volta esclusa – del tutto legittimamente – dalla gara medesima poichè aveva inammissibilmente formulato un'offerta economica in aumento anziché in ribasso.

Senesi in tal senso reitera, in buona sostanza, le proprie eccezioni formulate in primo grado, rimarcando ancora una volta che De Vizia, dopo essere stata esclusa dalla procedura aperta, avrebbe - per l'appunto - fatto acquiescenza all'esito della gara deserta, per cui non avrebbe un interesse giuridicamente rilevante all'esclusione della Senesi e non sarebbe controinteressata rispetto all'impugnativa proposta con il ricorso introduttivo del giudizio di primo grado.

Senesi insiste anche nell'affermare che l'impugnativa incidentale proposta

in primo grado risulterebbe generica, rimarcando inoltre che la Commissione di gara avrebbe valutato le circostanze evidenziate dalla ricorrente incidentale in primo grado ritenendone una insussistente e l'altra da valutare in caso di aggiudicazione provvisoria all'altra concorrente.

Il T.A.R. ha per contro riconosciuto l'interesse di De Vizia alla conservazione degli atti relativi alla procedura negoziata, impugnati da Senesi con i motivi aggiunti recanti anche censure di illegittimità derivata dai vizi degli atti relativi alla procedura aperta, e ha affermato che, proprio per effetto di tale impugnativa proposta dalla medesima Senesi, De Vizia ha indubitabilmente acquisito la qualità di controinteressata in senso formale, con conseguente sua legittimazione a proporre in via incidentale, a' sensi dell'art. 42 cod. proc. amm., domande dirette a paralizzare le azioni proposte in via principale dalla propria concorrente.

Il Collegio - a sua volta - non può che aderire a tale ordine di argomentazioni del giudice di primo grado, essendo in effetti incontestabile la sussistenza di un interesse strumentale di De Vizia a mantenere l'esito della procedura aperta quale gara conclusasi senza l'assegnazione del servizio e, conseguentemente, a contestare la possibilità per Senesi di rendersi aggiudicataria della gara medesima: circostanza, questa, che ove si fosse realizzata avrebbe per certo determinato il venir meno degli stessi presupposti che hanno susseguentemente assistito l'indizione della procedura negoziata conclusasi con l'affidamento interinale del servizio di cui trattasi proprio alla stessa De Vizia.

Il Collegio, inoltre, rileva che - come del resto affermato dal T.A.R. - il ricorso incidentale proposto in primo grado risulta esaustivamente articolato e formulato in maniera chiara e sintetica, secondo quanto

disposto dall'art. 3 cod. proc. amm., essendo oltre tutto indubitabile che il suo contenuto è stato rettamente inteso dalla controparte, la quale non ha mancato di svolgere ampie e complete difese in entrambi i gradi di giudizio; né, comunque, va sottaciuto che a' sensi dell'art. 44, comma 1, cod. proc. amm. la nullità del ricorso sussiste soltanto nel caso – qui, per l'appunto, non ravvisabile - di incertezza assoluta sulle persone o sull'oggetto della domanda.

7.3.2. Come detto innanzi al § 2 della presente sentenza, il ricorso incidentale proposto in primo grado da De Vizia è stato accolto dal T.A.R. avuto riguardo, in via assorbente, alla censura con la quale era stato dedotto che, in violazione dell'art. 12.4 del disciplinare di gara, il plico presentato da Senesi e contenente i documenti di gara sarebbe pervenuto alla Commissione privo dei timbri e delle firme su alcuni lembi di chiusura. Il giudice di primo grado ha in tal senso rilevato che l'art. 12.4 anzidetto dispone, a pena di esclusione, che *“tutti i lembi di chiusura dei plichi, ivi compresi quelli preincollati, oltre ad essere completamente incollati, dovranno essere controfirmati e/o timbrati nonché sigillati mediante apposizione di bolli in ceralacca o sovrapposizione, per l'intera lunghezza, di nastro adesivo trasparente”*.

Dal verbale della Commissione di gara n. 1 del 25 luglio 2012 consta testualmente che *“il plico presentato dalla società Senesi spa risulta chiuso su tutti i lembi da nastro adesivo trasparente con timbro e firma sul lembo di chiusura solo sulla parte superiore di apertura dello stesso”*; e che, nondimeno, la Commissione medesima ha ritenuto di ammettere al procedimento di scelta del contraente la medesima Senesi in quanto *“il plico risulta integro, quant'anche non timbrato e controfirmato sui restanti lembi laterali e inferiore, garantendo ciò l'originaria chiusura operata dal produttore e rafforzata dal mittente con nastro adesivo*

*e dunque la segretezza e l'inalterabilità del suo contenuto”.*

Il giudice di primo grado ha, per contro, rimarcato che le modalità di chiusura prescritte dal disciplinare di gara rispondono alla fondamentale e insopprimibile esigenza di garantire che il plico non possa essere aperto se non a prezzo di manometterne visibilmente la chiusura, e che proprio a tal scopo è richiesta non solo la sigillatura dei plichi - nella specie mediante nastro adesivo - ma anche la timbratura e/o la controfirma, in modo da assicurare la certezza che la sigillatura sia stata effettivamente apposta dal mittente e non sia stata aggiunta, su alcuno dei lembi, successivamente.

Senza timbratura e controfirma, quindi – secondo lo stesso giudice – non può sussistere certezza che la sigillatura su quel lembo sia stata opposta all'origine dal mittente che dispone del timbro e della firma; né può sussistere la certezza che, dopo la spedizione, un lembo del plico non sia stato aperto e solo successivamente sigillato con il nastro adesivo.

A conforto di tali assunti il T.A.R. ha richiamato espressamente la disciplina contenuta nell'art. 46, comma 1-bis, del D.L.vo 163 del 2006, comma inserito dall'art. 4, comma 2, lett. d), del D.L. 13 maggio 2011 n. 70 convertito con modificazioni in L. 12 luglio 2011 n. 106, laddove - tra l'altro - dispone che *“la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in ... in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione 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”.*

Questo Collegio, a sua volta, non può che concordare con quanto affermato dal giudice di primo grado.

Va ribadito infatti che gli adempimenti prescritti assicurano l'autenticità della chiusura originaria proveniente dal mittente e, evitando la

manomissione del contenuto del plico, garantiscono la segretezza dell'offerta, con la conseguente legittimità dell'esclusione dalla gara dell'impresa che abbia omissa la sigillatura del plico contenente l'offerta medesima (così, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 5 settembre 2012 n. 4696); e che rientra nel potere dell'Amministrazione fissare le regole di svolgimento della gara pubblica, comprese quelle che attengono alle modalità di presentazione delle offerte; tale potere sfugge al sindacato giurisdizionale salva la sua manifesta irragionevolezza, irrazionalità ed illogicità, che non sussistono nel caso in cui sia per essa richiesta una doppia formalità, e cioè la sigillatura del plico e la controfirma sui lembi di chiusura, in quanto ragionevolmente finalizzata non solo ad evitare il rischio della manomissione del plico e dell'alterazione del suo contenuto, garanzia alla quale è preposta la sigillatura, ma anche a garantire la effettiva provenienza del plico e dell'offerta, garanzia cui è preposta la controfirma sui lembi di chiusura (cfr. in tal senso Cons. Stato, Sez. V, 23 maggio 2011 n. 3067).

Se così è, a fronte del chiaro tenore della *lex specialis* che impone, in via del tutto inequivocabile, che *“tutti i lembi di chiusura dei plichi, ivi compresi quelli preincollati, oltre ad essere completamente incollati”* siano *“controfirmati e/o timbrati nonché sigillati mediante apposizione di bolli in ceramica o sovrapposizione, per l'intera lunghezza, di nastro adesivo trasparente”*, la presentazione di un plico testualmente descritto nel verbale di gara *“integro”* ma *“non timbrato e controfirmato sui restanti lembi laterali e inferiore”* sostanzia un'irregolarità che la *lex specialis* di gara e l'anzidetto art. 46, comma 1-bis, del D.L.vo 163 del 2006 inderogabilmente sanzionano con l'esclusione dell'offerta proprio in dipendenza della predetta, fondamentale necessità di garantire sia la non manomissione del plico e la non alterazione del suo contenuto, sia

l'effettiva provenienza del plico medesimo e dell'offerta in esso contenuta. Del tutto infondato è, pertanto, l'assunto verbalizzato dalla commissione di gara secondo il quale il plico, pur integro ma non timbrato sui suoi lembi laterali e inferiore (ossia difforme dalla *lex specialis* su 3 dei 4 lembi che lo compongono), possa essere comunque accettato essendo con ciò "garantita" "l'originaria chiusura operata dal produttore e rafforzata dal mittente con nastro adesivo e dunque la segretezza e l'inalterabilità del suo contenuto": la chiusura effettuata mediante nastro adesivo ma senza timbro o firma su tre lembi del plico non consente infatti di ascrivere con ineludibile certezza l'operazione di chiusura medesima ad attività svolta dal soggetto che ha presentato l'offerta.

Da tutto ciò, pertanto, discende la fondatezza sul punto del ricorso incidentale proposto in primo grado da De Vizia, correttamente statuita dal T.A.R. con assorbimento del restante ordine di censure contenuto in tale impugnativa.

Tale fondatezza ha pertanto determinato il venir meno dell'interesse di Senesi a contestare nel ricorso originariamente proposto innanzi al T.A.R. la propria esclusione dalla gara aperta per l'asseritamente mancato suo possesso dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria; e - ancora - tale fondatezza ora determina la reiezione dell'appello principale qui proposto sub R.G. 4848 del 2013 dalla medesima Senesi, non avendo l'appellante dedotto motivi idonei a scalfire il capo della sentenza di primo grado recante l'accoglimento, sul punto, del ricorso incidentale ivi proposto da De Vizia.

L'infondatezza del primo ordine di censure proposte nell'appello di Senesi risulta assorbente ed esonera pertanto il Collegio, a questo specifico

riguardo, dall'esame delle ulteriori censure ivi formulate con riguardo all'asserito difetto dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria.

La medesima infondatezza dell'ordine di censure anzidetto esonera parimenti il Collegio dal disaminare le eccezioni di difetto di interesse di Senesi ad appellare sul punto la sentenza di primo grado e fondate sull'omessa sua impugnazione dei provvedimenti con i quali il Comune ha bandito sia una nuova gara per l'affidamento di un servizio in parte omologo per sei anni, sia altra e nuova gara per l'affidamento per tre anni di parte del servizio già oggetto della gara andata deserta (servizi, questi, rispettivamente affidati alla medesima De Vizia e alla Trincone S.r.l.).

7.4.1. Va quindi disaminato l'appello incidentale autonomo proposto sempre sub R.G. 4848 del 2013 da De Vizia, con riguardo al capo della sentenza di primo grado recante l'accoglimento dei motivi aggiunti proposti da Senesi avverso gli atti della procedura negoziata indetta a' sensi dell'art. 57 del D.L.vo 163 del 2006.

De Vizia - come detto innanzi - deduce a tale ultimo riguardo l'avvenuta violazione e falsa applicazione del medesimo art. 57 del D.L.vo 163 del 2006, nonché illogicità e contraddittorietà della motivazione su un punto decisivo della controversia, violazione dell'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006, violazione dell'art. 3 della L. 241 del 1990, nonché eccesso di potere per difetto di istruttoria.

De Vizia afferma in proposito che Senesi non è stata invitata alla procedura negoziata in quanto per l'accesso alla stessa risultava necessario quello stesso requisito dello svolgimento di *“servizi analoghi nell'ultimo triennio, in un comune avente minimo 80.000 abitanti”* che la medesima Senesi

non possiederebbe, come del resto accertato all'atto della sua esclusione dalla precedente gara aperta, disposta dalla Commissione giudicatrice.

Secondo De Vizia sul punto la sentenza di primo grado risulterebbe viziata per ultrapetizione, posto che la relativa clausola non sarebbe stata impugnata da Senesi, con la conseguenza che il T.A.R. non avrebbe potuto fondare l'accoglimento dei motivi aggiunti di ricorso proposti ivi da Senesi sulla base di un vizio da essa - per l'appunto - non dedotto.

De Vizia afferma anche che Senesi difettava di interesse ad ottenere l'annullamento della procedura negoziata in quanto aveva omesso di impugnare altra omologa procedura susseguentemente posta in essere dal Comune di Pozzuoli per l'affidamento del servizio stesso per ulteriori quattro mesi, sempre nelle more della nuova procedura aperta per l'affidamento con durata di sei anni.

De Vizia nega anche che in sede di procedura negoziata sia stato violato il divieto di modificare sostanzialmente le condizioni iniziali del contratto in quanto il servizio di cui trattasi è stato reso oggetto di affidamento per soli 3 mesi e non già per 3 anni, dovendo comunque a suo avviso la stazione appaltante astenersi nella procedura negoziata medesima dalla perpetuazione delle condizioni emerse come palesemente incongrue a seguito dell'esito negativo della precedente procedura aperta.

De Vizia sostiene inoltre che la scelta delle imprese da invitare alla procedura negoziata è del tutto discrezionale per la stazione appaltante, che sono state comunque nella specie invitate le cinque più importanti imprese del settore e che Senesi non avrebbe potuto partecipare alla procedura medesima in quanto priva - come detto innanzi - dei requisiti contemplati per la precedente procedura aperta.

Da ultimo, De Vizia sostiene che anche nella procedura negoziata assumerebbe valenza la censura - già da essa dedotta in primo grado nel ricorso incidentale proposto innanzi al T.A.R. ma rimasta assorbita nella sentenza di primo grado - formulata con riguardo ai requisiti previsti dall'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006: De Vizia, infatti, ha denotato e denota in tal senso che la RB S.r.l., detentrica del 67% delle azioni di Senesi, appartenente a meno di quattro soci, aveva ommesso di presentare le relative dichiarazioni nella precedente sede di procedura aperta.

7.4.2. Anche l'appello incidentale proposto da De Vizia va, peraltro, respinto.

Innanzitutto, va evidenziato che - contrariamente a quanto affermato da De Vizia - Senesi non difettava, né difetta a tutt'oggi di interesse ad ottenere l'annullamento della procedura negoziata in questione.

Come visto innanzi, De Vizia afferma che tale difetto di interesse discenderebbe dall'omessa impugnazione da parte della medesima Senesi di altra omologa procedura susseguentemente posta in essere dal Comune di Pozzuoli per l'affidamento dello stesso servizio per ulteriori quattro mesi: procedura, quest'ultima, conclusasi con l'aggiudicazione in favore di altra impresa; e, sempre secondo De Vizia, in dipendenza di ciò non solo Senesi non potrebbe più conseguire l'aggiudicazione dell'appalto relativo al servizio in questione, ma difetterebbe anche un suo interesse ad ottenere un risarcimento del danno asseritamente subito, posto che gli atti sopravvenuti, comprendenti anche l'adozione di nuove linee guida sullo svolgimento del servizio, comporterebbero una revoca della gara precedente.

Tali prospettazioni di De Vizia non possono essere accolte.

Come a ragione rilevato dal T.A.R., il soggetto titolare di interesse legittimo ha per certo l'onere di impugnare l'atto conclusivo del procedimento che incide negativamente nella propria sfera giuridica.

Tale onere, tuttavia, non costringe l'interessato anche ad *“inseguire i successivi sviluppi dell'azione amministrativa moltiplicando le impugnative per tutti gli atti e le procedure che, direttamente o indirettamente, derivano e si ramificano dall'originario atto lesivo”* (così a pag. 13 della sentenza impugnata): ossia l'onere medesimo assodatamente non si estende all'impugnazione di atti intervenuti in altri procedimenti ulteriori e distinti rispetto al primo.

A tale riguardo risulta ben evidente che l'avvenuto esercizio da parte del Comune di una nuova azione amministrativa avente ad oggetto altra procedura negoziata per l'affidamento del servizio per un ulteriore lasso di tempo non onerava Senesi a chiedere inviti di sorta al riguardo, oppure a contestare anche tale ulteriore e del tutto autonoma procedura di scelta del contraente, ben potendo le strategie imprenditoriali della medesima Senesi liberamente orientarsi su mercati diversi da quello di Pozzuoli.

Tuttavia, la pur avvenuta consunzione del tempo per il quale era stato disposto il primo affidamento del servizio mediante procedura negoziata non elimina l'interesse della stessa Senesi ad ottenerne l'annullamento proprio in dipendenza del danno da essa subito al riguardo: e ciò anche ove si volesse riconoscere – come prospetta De Vizia, peraltro infondatamente - al secondo affidamento mediante procedura negoziata valenza di revoca rispetto all'esito della prima procedura negoziata.

Sotto quest'ultimo aspetto – del resto – lo stesso giudice di primo grado ha correttamente evidenziato che, dopo varie proroghe del servizio e l'affidamento dello stesso mediante procedura negoziata, il nuovo

espletamento di altra gara con procedura aperta non ha determinato alcuna revoca, espressa o implicita, delle precedenti procedure di affidamento, ma sostanzia la naturale conclusione di più azioni amministrative conseguendo da ultimo il risultato di un affidamento disposto mediante il procedimento di scelta del contraente ordinariamente previsto al riguardo, ossia quello della procedura aperta; e, come dianzi rimarcato, in tale contesto la mancata partecipazione a quest'ultima gara da parte di Senesi, ovvero la sua mancata impugnativa dei relativi atti sopravvenuti non implica alcuna acquiescenza alla lesione prodotta dagli atti precedenti, né comporta la sopravvenuta carenza di interesse ad una statuizione di merito sulla relativa impugnativa proprio in quanto la lesione da lui subita va comunque risarcita.

Ciò posto, il giudice di primo grado ha annullato la procedura negoziata segnatamente impugnata da Senesi affermando innanzitutto l'irrilevanza del fatto per il quale la medesima Senesi era stata ritenuta nella precedente sede di procedura aperta priva di un requisito di capacità tecnico-professionale.

Sul punto il T.A.R. ha affermato che, anche a voler prescindere da ogni considerazione sull'effettiva validità della ragione di esclusione a suo tempo adottata dalla Commissione giudicatrice, risulta ben evidente che il difetto di esperienza per l'intero periodo triennale asseritamente previsto dal bando ai fini dell'affidamento del servizio con una durata triennale non avrebbe potuto condizionare l'aspirazione ad un affidamento temporaneo, limitato a sei mesi, tenuto anche conto che a Senesi andava comunque riconosciuta un'esperienza per servizi analoghi, sia pure circoscritta ad un ambito temporale più ridotto, decorrente dal giugno 2011.

Il T.A.R. ha quindi rimarcato che, a' sensi dell'art. 57 del D.L.vo 163 del 2006, la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara può essere espletata *“dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre”* (cfr. ivi, comma 1) nei seguenti casi: *“a) qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione, su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata; ... c) nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti.”* (cfr. *ibidem*, comma 2).

Il Giudice di primo grado ha evidenziato che l'urgenza derivante dalla circostanza che una precedente gara sia andata deserta per mancanza di offerte valide è regolato specificamente dalla surriportata lettera a), e che deve pertanto escludersi che la stazione appaltante possa sottrarsi al rispetto di tali condizioni facendo rientrare la fattispecie nel caso generale della *“estrema urgenza”* di cui alla lettera c), poiché altrimenti la disciplina in esame, avente carattere dichiaratamente eccezionale, potrebbe essere agevolmente elusa mediante indizione di gare con condizioni impraticabili, in partenza destinate ad andare deserte, e ciò allo scopo di propiziare la susseguente indizione di procedure negoziate indette per una *“estrema urgenza”*, sostanzialmente provocata dalla stessa stazione appaltante, e

senza quindi l'osservanza dei limiti imposti dalla lett. a).

Il T.A.R. ha anche evidenziato che, a fronte del predetto divieto contenuto nella lettera a) in forza del quale *“nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto”*, nella specie le condizioni iniziali del contratto risultano sostanzialmente modificate, tant'è che la disciplina di cui alla lett. a) neppure è richiamata nel provvedimento di indizione della procedura negoziata in questione a sostegno dello stesso.

Il T.A.R. ha – altresì - condiviso le censure dedotte in primo grado da Senesi anche per quanto attiene la selezione delle imprese da invitare alla procedura, avuto riguardo, in tal senso, al comma 6 dello stesso art. 57 laddove dispone che *“ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico - finanziaria e tecnico - organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei ...”* e rimarcando che, nella specie, la scelta delle imprese invitate non risulta sorretta da alcuna particolare motivazione.

Il Collegio concorda pienamente con quanto affermato dal giudice di primo grado - salvo riconoscere, come si vedrà appresso al n. 2), una legittimazione di Senesi a partecipare alla procedura negoziata derivante anche dal pieno possesso del requisito dell'espletamento di servizi analoghi a quello considerato nella precedente procedura aperta - e rileva a sua volta quanto segue.

1) De Vizia apoditticamente nega che in sede di procedura negoziata sia stato violato il divieto contenuto nel comma 2, lett. a), del D.L.vo 163 del 2006.

L'appellante incidentale in tal senso afferma che l'affidamento per 3 soli mesi e non già per 3 anni non sarebbe di per sé riconducibile ad una *“modifica sostanziale”*.

Il Collegio, per parte propria, rileva che le *“modifiche sostanziali”* alle condizioni contemplate nel bando della precedente procedura aperta sono ben evidenti.

Dal raffronto tra il bando della procedura aperta e quanto contemplato in sede di procedura negoziata, consta infatti che il servizio di raccolta umido costa euro/anno 311 mila in più, il servizio di raccolta multimateriale costa euro/anno 218 mila in più, il servizio di raccolta della carta costa euro/anno 82 mila in meno, il servizio di raccolta dei cartoni da imballaggio costa euro/anno 39 mila in meno e il servizio di raccolta dei rifiuti ingombranti costava euro/anno 8 mila in meno.

Si riscontra inoltre un incremento di euro/anno 112 mila per il lavaggio dei cassonetti, una diminuzione di euro/anno 442 mila per le porzioni non servite da raccolta differenziata, un aumento delle somme a disposizione per bonifiche ed altre forniture da € 75.000,00.- per la gara triennale a € 320.000,00.- per quella semestrale.

De Vizia afferma che in sede di procedura negoziata conseguente a procedura aperta non conclusasi con l'affidamento del servizio la stazione appaltante dovrebbe astenersi dalla perpetuazione delle condizioni emerse come palesemente incongrue a seguito dell'esito negativo della precedente procedura aperta; ma è altrettanto vero che la stazione appaltante medesima non può, per questa via, mutare totalmente il quadro delle condizioni economiche precedentemente considerato favorendo oltre misura il soggetto che si renderà aggiudicatario della procedura negoziata:

come, in effetti, è accaduto nel caso di specie.

2) Né De Vizia può ragionevolmente sostenere che la scelta delle imprese da invitare alla procedura negoziata è del tutto discrezionale per la stazione appaltante, allorquando – come dianzi rilevato – il comma 6 dello stesso art. 57 espressamente impone al riguardo il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione e vincola, pertanto, la stazione appaltante ad una motivazione dei criteri da essa seguiti per l'individuazione dei soggetti da invitare.

In tal senso risulta all'evidenza discriminante per Senesi il mancato invito a partecipare alla procedura negoziata a fronte dell'invito formulato a beneficio dello stesso soggetto imprenditoriale che, in danno alla stazione appaltante, intenzionalmente aveva fatto fallire la precedente procedura aperta, ossia De Vizia.

Né può ragionevolmente sostenersi che Senesi fosse priva del requisito previsto per la partecipazione alla precedente procedura aperta.

L'art. 10.3 del relativo disciplinare di gara disponeva che, al fine della dichiarazione del possesso del requisito di capacità tecnica e professionale, ogni concorrente doveva documentare di avere svolto *“servizi analoghi nell'ultimo triennio in un Comune avente minimo 80.000 abitanti residenti (tale requisito non è cumulabile per servizi in comuni con residenza minore ad 80.000)”*.

Senesi ha comprovato di svolgere, con decorrenza 1° giugno 2011, analogo servizio nel Comune di Giugliano in Campania, con popolazione di 118.000 abitanti.

Tale circostanza, pertanto, per certo legittimava Senesi a partecipare alla procedura aperta, posto che – diversamente da quanto reputato dalla Commissione giudicatrice – il requisito contemplato dal bando era

letteralmente identificato con quello dell'aver svolto “*servizi analoghi nell'ultimo triennio*” e non già in ciascun anno dell'ultimo triennio: interpretazione, quest'ultima, palesemente contraria – per l'appunto – alla lettera della *lex specialis*; e, *a fortiori*, legittimava la medesima Senesi a partecipare alla procedura negoziata.

3) De Vizia sostiene che anche nella procedura negoziata assumerebbe valenza la censura, già da essa dedotta in primo grado nel ricorso incidentale proposto innanzi al T.A.R. ma rimasto assorbito nella sentenza di primo grado, formulata con riguardo ai requisiti previsti dall'art. 38 del D.L.vo 163 del 2006: De Vizia, infatti, ha denotato e denota in tal senso che la RB S.r.l., detentrica del 67% delle azioni di Senesi, appartenente a meno di quattro soci, aveva ommesso di presentare le relative dichiarazioni nella precedente sede di procedura aperta.

Il Collegio, per parte propria, evidenzia che tale rilievo di De Vizia, formulato – per l'appunto – per quanto attiene alla procedura aperta non aggiudicata, risulta comunque del tutto inconferente per quanto attiene alla successiva e diversa procedura negoziata, non potendo per certo la sopradescritta, pregressa omissione di Senesi comportare il suo mancato invito a tale ulteriore procedimento di scelta del contraente.

In dipendenza di tutto ciò, pertanto, il ricorso incidentale proposto sub R.G. 4848 del 2013 da De Vizia non può che essere respinto.

8.1. Quanto detto innanzi comporta anche la reiezione dell'appello proposto dal Comune di Pozzuoli sub R.G. 4858 del 2013 e avente parimenti per oggetto il capo dell'impugnata sentenza recante l'accoglimento delle censure proposte in primo grado da Senesi avverso la predetta procedura negoziata e la conseguente condanna al risarcimento

del danno pronunciata a carico del Comune medesimo.

8.2. Per quanto attiene i presupposti in ordine ai quali il Comune si è determinato ad espletare la procedura negoziata, quest'ultimo nel proprio appello ha soprattutto rimarcato di aver indetto la procedura negoziata avuto riguardo all'indubbia necessità di provvedere all'espletamento del servizio di asporto dei rifiuti nelle more dell'emanazione del nuovo bando di gara con procedura aperta.

Il Collegio, a tale riguardo, evidenzia che il comma 2, lett. c), dell'art. 57 del D.L.vo 163 del 2006 in effetti consente di espletare la procedura negoziata senza bando *“nella misura strettamente necessaria, quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara”*, con la precisazione che *“le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti”*.

Tuttavia, va soggiunto che l'evenienza descritta dalla disciplina ora riferita non risulta identificarsi con la finalità autenticamente perseguita dal Comune, stante il fatto che, in realtà, mediante la procedura negoziata si è inteso non solo prorogare la gestione a quel momento in essere, ma soprattutto mutare le condizioni economiche dedotte nella precedente procedura aperta rendendo di fatto più remunerativo l'espletamento del servizio da parte dell'impresa affidataria cessante.

Se lo scopo prevalente fosse stato quello di assicurare effettivamente la sola continuità del servizio, le condizioni dell'affidamento pregresso non avrebbero dovuto essere mutate stravolgendo il quadro economico in essere.

8.3. Come correttamente evidenziato dal giudice di primo grado, la

condanna del Comune al risarcimento del danno consegue dalla circostanza che il periodo di gestione del servizio reso oggetto di affidamento mediante la procedura negoziata giudizialmente contestata da Senesi è ad oggi consunto e che, non sussistendo pertanto i presupposti fattuali per un risarcimento in forma specifica, la pretesa risarcitoria azionata dalla medesima Senesi non poteva che essere soddisfatta per equivalente.

8.4. A tale proposito il T.A.R. ha innanzitutto correttamente rilevato che in materia di appalti pubblici, in base ai principi enunciati dalla giurisprudenza comunitaria (cfr. Corte Giust. CE, sez. III, 30 settembre 2010, C314/2009), è da escludere che il risarcimento dei danni sia subordinato al riconoscimento di una colpa, comprovata o presunta, nell'emanazione di atti illegittimi da parte della stazione appaltante, ovvero al difetto di alcuna causa di esonero di responsabilità (cfr. sul punto, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 16 gennaio 2013 n. 240).

Non può essere peraltro pacifico – prosegue il ragionamento del giudice di primo grado – che Senesi avrebbe certamente conseguito l'aggiudicazione della gara, come pure non potrebbe tassativamente escludersi che un tale evento si sarebbe verificato: e, pertanto, il pregiudizio risarcibile identifica nella specie perdita di *chance*, ossia lo strumento mediante il quale sono ammesse alla tutela risarcitoria le legittime aspettative di vantaggi patrimoniali proiettati nel futuro, attraverso una prognosi probabilistica della possibilità di conseguire l'aggiudicazione legata agli esiti non conoscibili di una ipotetica procedura virtuale (così, ad es., Cons. Stato, Sez. V, 2 maggio 2013 n. 2399).

Il T.A.R. ha quindi quantificato il danno di Senesi nella misura del lucro

cessante, consistente negli utili ricavabili dall'appalto, diviso per due, ossia per il numero dei concorrenti che avevano originariamente partecipato alla procedura aperta e che ragionevolmente avrebbero avuto titolo e concreto interessamento a partecipare anche alla procedura negoziata.

In difetto di concreti elementi dai quali desumere l'entità dell'utile effettivamente ricavabile dall'appalto in questione o da appalti di tipologia analoga, l'entità complessiva del lucro cessante è stata equitativamente fissata dal giudice primo grado, a' sensi dell'art. 1226 c.c., nella misura del 10% onnicomprensivo sull'ammontare complessivo dei compensi liquidati all'appaltatrice per l'affidamento del servizio in esecuzione del contratto stipulato a seguito della procedura negoziata.

L'utile così determinato è poi da dividere per metà.

Lo stesso T.A.R. ha peraltro precisato, con riferimento a Cons. Stato, Sez. VI, 18 marzo 2011, n. 1681) che tale profitto può essere risarcito per intero se e in quanto Senesi sia in grado di documentare di non aver potuto utilizzare mezzi e maestranze, lasciati disponibili, per l'espletamento di altri servizi; e che qualora tale dimostrazione non sia offerta - come nella specie - è da ritenere, in base ad una presunzione fondata sull' *id quod plerumque accidit*, che l'impresa possa avere ragionevolmente riutilizzato mezzi e manodopera per lo svolgimento di altri servizi, così vedendo in tutto o in parte ridotta la perdita di utilità: infatti, l'imprenditore che esercita professionalmente un'attività economica organizzata e finalizzata - per l'appunto - alla produzione di utili, normalmente non rimane inerte in caso di mancata aggiudicazione di un appalto, ma si procura affari alternativi dalla cui esecuzione trarre profitti.

In dipendenza di ciò, pertanto, il T.A.R. ha reputato che l'importo

risarcibile debba essere nella specie ulteriormente ridotto in via equitativa alla metà, non risultando lo svolgimento di diverse attività lucrative, nel qual caso sarebbe stato detratto l'utile percepito, onde evitare che l'impresa, a seguito del risarcimento, possa trovarsi in una situazione addirittura migliore rispetto a quella in cui si sarebbe trovata in assenza dell'illecito.

Il giudice di primo grado ha inoltre precisato che a' sensi dell'art. 64, comma 1, cod. proc. amm., l'onere di dimostrare adeguatamente l'assenza dell' "*aliunde perceptum*" non può che gravare su Senesi, la quale ha l'esclusiva disponibilità degli elementi di prova al riguardo; e che all'ammontare del danno devono essere aggiunti gli interessi nella misura legale dalla data di pubblicazione della sentenza sino al soddisfo del credito.

8.3. Il Collegio concorda con i criteri di liquidazione del danno fissati dal T.A.R., reputandoli del tutto logici e congrui, ed evidenzia che – per contro – nessuna fondata censura è formulata al riguardo dal Comune, il quale sostanzialmente si limita ad affermare che risulterebbe illogica la liquidazione presupponente la divisione dell'utile per due – ossia per il numero dei partecipanti alla procedura aperta – e non già per sei, e cioè per il numero degli invitati alla procedura negoziata (cinque imprese) maggiorato di uno (ovvero la medesima Senesi).

Tale ragionamento non può essere condiviso, poiché le altre imprese - diverse da De Vizia - invitate alla procedura negoziata non hanno presentato offerta: e ciò a dimostrazione che le uniche imprese interessate al riguardo erano in realtà soltanto due, ossia la medesima De Vizia e Senesi: e, se così è, risulta ben evidente che in un corretto svolgersi del

procedimento di scelta del contraente le *chance* di vincita avrebbero riguardato soltanto tali due concorrenti.

9. Le spese e gli onorari del giudizio non possono non considerare la prevalente soccombenza congiunta del Comune di Pozzuoli e di De Vizia, e sono liquidate nel dispositivo.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sui due appelli, come in epigrafe proposti, previa loro riunione, respinge l'appello principale proposto dalla Senesi S.p.a. sub R.G. 4848 del 2013, respinge l'appello incidentale proposto sub R.G. 4848 del 2013 da De Vizia Transfer S.p.a. e respinge l'appello proposto dal Comune di Pozzuoli sub R.G. 4858 del 2013 (appelli: 4848 del 2013 e 4858 del 2013)

Condanna in solido il Comune di Pozzuoli e la De Vizia Transfer S.p.a. al pagamento delle spese e degli onorari del presente grado di giudizio, complessivamente liquidati nella misura di € 14.000,00.- (quattordicimila/00), oltre ad I.V.A. e C.P.A.

Dichiara – altresì – irripetibili i contributi unificati di cui all'art. 9 e ss. del D.P.R. 30 maggio 2002 n. 115 corrisposti per il presente grado di giudizio.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 16 gennaio 2014 con l'intervento dei magistrati:

Mario Luigi Torsello, Presidente

Vito Poli, Consigliere

Francesco Caringella, Consigliere

Fulvio Rocco, Consigliere, Estensore

Doris Durante, Consigliere

**L'ESTENSORE**

**IL PRESIDENTE**

DEPOSITATA IN SEGRETERIA

Il 20/02/2014

IL SEGRETARIO

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