

Non è motivo di esclusione da una gara la partecipazione di un dipendente pubblico in un raggruppamento per servizi di ingegneria

di Marco Lesto

Data di pubblicazione: 27-9-2017

1. I dipendenti pubblici che intendano svolgere incarichi retribuiti sono tenuti a richiedere la preventiva autorizzazione all'amministrazione di appartenenza.
2. L'omesso rilascio di autorizzazione ad un dipendente pubblico per la partecipazione ad una gara (e per l'eventuale esecuzione del relativo appalto) non è motivo di esclusione.
3. L'autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza costituisce condizione per il conferimento in concreto dell'incarico professionale ad un pubblico dipendente e non requisito di partecipazione all'eventuale procedura selettiva finalizzata all'individuazione del soggetto da incaricare.
4. Fatto salvo il caso in cui l'autorizzazione previa sia espressamente imposta dalla normativa che regola la specifica procedura, la necessità dell'autorizzazione emerge solo all'atto dell'accettazione dell'incarico o del conferimento dello stesso, e non nel segmento procedimentale, sia esso un concorso o una selezione di evidenza, che eventualmente precede l'instaurazione del rapporto.
5. Le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono tutte essere indicate nel bando di gara, la cui eterointegrazione con obblighi imposti da norme di legge si deve ritenere ammessa in casi eccezionali, poiché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza.

GUIDA ALLA LETTURA

Nella vicenda all'esame della I sezione del Tar Lecce viene in considerazione il provvedimento di esclusione da una gara adottato a carico di un'impresa la cui offerta era stata sottoscritta, fra gli altri, anche dal dipendente di un Comune.

Il motivo a base dell'esclusione si fondava proprio sulla rilevata situazione di incompatibilità dell'impiegato comunale con la partecipazione alla gara, ciò a causa del mancato rilascio della necessaria autorizzazione da parte dell'amministrazione di appartenenza.

La disciplina degli incarichi “*esterni*” ai pubblici dipendenti è tratteggiata dall'art. 53 del D.lgs. 165/2001 e ss.mm.i..., che individua tre diverse fattispecie:

- 1) per i **rapporti di lavoro a tempo parziale**, con prestazione non superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno, **non vi è necessità di previa autorizzazione** (art. 53 co. 6 TUIPI);
- 2) per gli **incarichi a titolo gratuito** non è parimenti necessaria alcuna autorizzazione preventiva (art. 53 co. 7 TUIPI);
- 3) **i dipendenti pubblici che intendano svolgere incarichi retribuiti sono tenuti a richiedere la preventiva autorizzazione all'amministrazione di appartenenza** (art. 53 co. 7 TUIPI).

L'omessa concessione del preventivo nulla-osta per la partecipazione ad una gara (e per l'eventuale esecuzione del relativo appalto) non è, tuttavia, motivo di esclusione dalla stessa.

Il provvedimento autorizzativo dell'amministrazione di appartenenza costituisce, infatti, **condizione per il conferimento in concreto dell'incarico professionale ad un pubblico dipendente e non requisito di partecipazione all'eventuale procedura selettiva finalizzata all'individuazione del soggetto da incaricare.**

Fatto salvo il caso in cui l'autorizzazione previa sia espressamente imposta dalla normativa che regola la specifica procedura, la necessità dell'autorizzazione emerge solo all'atto dell'accettazione dell'incarico o del conferimento dello stesso, e non nel segmento procedimentale, sia esso un concorso o una selezione di evidenza, che eventualmente precede l'instaurazione del rapporto^[1].

L'esposto principio costituisce corollario della più generale regola di **massima partecipazione alle gare** e di **tassatività delle cause di esclusione**, che trova una più rigorosa declinazione nell'art. 83, comma 8, del nuovo Codice.

L'applicazione di tale regola comporta che **l'operatore economico può essere escluso dalla gara soltanto nel caso in cui la legge commini espressamente tale sanzione, ovvero quando essa imponga adempimenti doverosi o introduca norme di divieto**^[2].

Chiaro è l'intento del legislatore di **salvaguardare la certezza nei rapporti giuridici**, con particolare riferimento alla conduzione delle gare. In tal senso, si è sostenuto che: *“le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono tutte essere indicate nel bando ..., la cui eterointegrazione con obblighi imposti da norme di legge si deve ritenere ammessa in casi eccezionali, poiché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza”*^[3].

In applicazione dei delineati principi il tribunale leccese ha optato per la illegittimità del

provvedimento di espulsione dalla gara.

Osserva il Collegio nella sentenza in commento che, non venendo in rilievo nel caso di specie una causa di esclusione prevista espressamente dalla legge, ***l'Amministrazione, lungi dall'escludere il concorrente ..., avrebbe dovuto – in applicazione della regola del soccorso istruttorio – assegnargli uno spatium deliberandi per la produzione dell'atto di autorizzazione all'espletamento di incarico esterno***, autorizzazione successivamente rilasciata e, peraltro, non dovuta stante la gratuità dell'incarico.

Il tribunale ha, invece, rigettato l'istanza risarcitoria della ricorrente in quanto esclusivamente incentrata sull'asserito danno da omessa aggiudicazione. Nel caso di eventuale riammissione a seguito del giudizio, il procedimento ritornerebbe, infatti, alla fase della proposta di aggiudicazione (ex se non lesiva come espressamente riferisce l'art. 120 c.p.a. comma 2 bis ...), non comportando, quindi, alcuna automatica statuizione sulla spettanza del *bene della vita* (per l'appunto l'aggiudicazione definitiva dell'appalto).

Sotto altro profilo, il Collegio ha rigettato il ricorso incidentale proposto dalla controinteressata e imperniato sull'asserita mancanza, in capo alla ricorrente, di alcuni requisiti di partecipazione alla gara (sussistenza, all'interno del RTI, di dipendenti pubblici, e quindi di soggetti impossibilitati a partecipare alla gara; assenza di alcuni requisiti tecnico-professionali).

Il motivo del rigetto risiede nella tardività del ricorso per essere stato spiegato oltre il termine di cui all'art. 120, comma 2bis, del D.lgs. 104/2010 e ss.mm.ii., secondo cui ***“il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. ...”***[\[4\]](#).

[\[1\]](#) Cfr. C.g.A, 13.10.2015, n. 632.

[\[2\]](#) Cfr, in tal senso, C.d.S, AP n. 9/14.

[\[3\]](#) Cfr. C.d.S, VI, 28.10.2016, n. 4553.

[4] Sul tema vd. *“L’obbligo di immediata impugnazione del provvedimento di ammissione ex art. 120, comma 2-bis c.p.a.: rilievi critici e problematiche applicative”*, di Assunta Arcasenza, pubblicato su questa rivista.

REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per per la Puglia

Lecce - Sezione Prima

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 482 del 2017, proposto da:

Mate Soc. Coop., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa dall'avvocato Nicolò De Marco, con domicilio eletto presso lo studio Nicolò De Marco in Bari, via Abate Gimma N.189;

contro

Comune di Castellaneta, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Antonella Martellotta, con domicilio eletto presso lo studio Giovanni Greco in Lecce, p.zza Mazzini, 56;

Centrale Unica di Committenza Laterza-Castellaneta-Comune di Castellaneta, non costituita in giudizio;

Comune di Grottaglie, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Paolo Monteleone, con domicilio eletto presso lo studio Pierluigi Portaluri in Lecce, via M.R. Imbriani 36;

nei confronti di

Finepro Srl, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e difeso dall'avvocato Gabriella De Giorgi Cezzi, con domicilio eletto presso il suo studio in Lecce, via Guglielmo Paladini N.50;

per quanto riguarda il ricorso introduttivo:

per l'annullamento

previa sospensiva, della determinazione n. 108 del 9.3.2017 del Responsabile V Area del Comune di Castellaneta (TA) e pubblicata sul profilo del committente in data 21.3.2017, avente ad oggetto "Manutenzione straordinaria degli impianti comunali ERP di Via Risorgimento e P.zza Scanderbeg. Esclusione operatore economico", nonché della successiva determinazione n. 129 del 23.3.2017 avente ad oggetto "Manutenzione straordinaria degli impianti comunali ERP di Via Risorgimento e P.zza Scanderbeg. Aggiudicazione definitiva e consegna per via d'urgenza", nonché di ogni altro atto connesso, presupposto o consequenziale a quelli impugnati, con declaratoria di inefficacia del contratto, qualora nelle more stipulato e richiesta di subentro nello stesso, oltre che per il risarcimento del danno derivante alla ricorrente.

Per quanto riguarda il ricorso incidentale presentato da FINEPRO SRL il 24 maggio 2017:

per l'annullamento della Det. Dir. n. 129 del 23.03.2017 avente ad oggetto "Manutenzione straordinaria degli impianti comunali ERP di Via Risorgimento e P.zza Scanderberg. Aggiudicazione esecutiva e consegna in via d'urgenza" (All. 2);

di ogni atto connesso, presupposto o consequenziale, e in particolare, ove occorra:

del verbale di gara del 16.11.2016 allegato alla Det. Dir. n. 129/2017 cit.(All. 3);

del verbale di gara del 31.01.2017 allegato alla Det. Dir. n. 129/2017 cit.(All. 4);

del verbale di gara del 13.02.2017 allegato alla Det. Dir. n. 129/2017 cit.(All. 5);

per la declaratoria di nullità e/o l'annullamento della nota prot. nr. 9622 del 11.04.2017 del Segretario Generale del Comune di Grottaglie (Ta), avente ad oggetto 'Dipendente Ing. Francesco Rotondo. Autorizzazione all'espletamento di incarico esterno (All. 11 controricorso);

nonché per il risarcimento del danno subito dalla ricorrente incidentale.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio di Comune di Castellaneta e di Finepro Srl e di Comune di Grottaglie;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 20 settembre 2017 il dott. Roberto Michele Palmieri e uditi per le parti i difensori come da verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO e DIRITTO

1. Sono impugnate le note in epigrafe, tra cui quella con la quale la ricorrente – prima in graduatoria nella gara avente ad oggetto "Manutenzione straordinaria degli impianti comunali ERP di Via Risorgimento e P.zza Scanderbeg" – è stata esclusa dalla gara, stante la presenza, tra i componenti del gruppo di progettazione, di un dipendente pubblico a tempo pieno, con conseguente aggiudicazione della gara a Finepro s.r.l., collocatasi seconda in graduatoria.

A sostegno del ricorso, la ricorrente ha articolato i seguenti motivi di gravame, appresso sintetizzati: 1) violazione dell'art. 53 commi 2 e 5 d. lgs. n. 165/01; eccesso di potere per errore e difetto dei presupposti; illegittimità derivata; 2) violazione art. 83 d. lgs. n. 50/16.

Con ordinanza n. 250/17 è stata accolta la domanda di tutela cautelare.

Con ricorso incidentale notificato in data 22.5.2017 la controinteressata Finepro s.r.l. ha impugnato gli atti in epigrafe, eccependo sia l'incompatibilità degli ingg. Francesco e Roberto Rotondo a partecipare alla gara, stante la loro qualità di dipendenti pubblici – e impugnando altresì l'autorizzazione medio tempore rilasciata, anche perché rilasciata da soggetto incompetente – sia la mancanza di documentazione relativa all'offerta tecnica ed economica, sia l'assenza di requisiti soggettivi in capo all'ing. Angelo Rotondo, attinto da un provvedimento definitivo di condanna.

Con ordinanza n.341/17 è stata rigettata la domanda di tutela cautelare proposta dalla ricorrente incidentale.

All'udienza del 20.9.2017 il ricorso è stato trattenuto in decisione.

1.2. Premette anzitutto il Collegio che non si terrà conto nel presente giudizio della nota n. 21847/17, depositata in data 19.9.2017, e ciò sia in quanto tardiva, e sia perché trattasi di atto endoprocedimentale (verbale della Commissione aggiudicatrice del 7.8.2017), come tale privo di effetti immediatamente lesivi.

2. Principiando dall'esame del ricorso principale, con l'unico motivo di gravame deduce la ricorrente l'illegittimità della disposta esclusione dalla gara, non essendo motivo di esclusione la partecipazione di un dipendente pubblico in un raggruppamento per servizi di ingegneria, stante la possibilità di autorizzazione da parte dell'Ente di appartenenza.

Il motivo è fondato.

2.2. La disciplina sugli appalti è improntata ormai da tempo al principio della tassatività delle cause di esclusione (cfr. l'art. 46 d. lgs. n. 163/2006, ed ora l'art. 83, comma 8, d. lgs. 50/2016). Ciò implica che l'operatore economico può essere escluso dalla gara soltanto nel caso in cui la legge commini espressamente tale sanzione, ovvero quando essa imponga adempimenti doverosi o introduca norme di divieto (cfr, in tal senso, C.d.S, AP n. 9/14).

In tal senso, si è sostenuto che: “Di regola, le condizioni di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici devono tutte essere indicate nel bando di gara, la cui eterointegrazione con obblighi imposti da norme di legge si deve ritenere ammessa in casi eccezionali, poiché l'enucleazione di cause di esclusione non conosciute o conoscibili dai concorrenti contrasta con i principi europei di certezza giuridica e di massima concorrenza” (C.d.S, VI, 28.10.2016, n. 4553).

Più in particolare, C.g.A, 13.10.2015, n. 632, in una vicenda analoga, pur sottolineando che nella specie il TUPI non si applicava ai dipendenti delle Autorità portuali, stante l'espressa previsione dell'art. 6 co. 2 l. n. 84/94, ha però soggiunto che: “... senza insistere in questi rilievi formali, dal punto di vista sostanziale l'autorizzazione dell'amministrazione di appartenenza costituisce in generale condizione per il conferimento in concreto dell'incarico professionale ad un pubblico dipendente, e non requisito di partecipazione all'eventuale procedura selettiva finalizzata all'individuazione del soggetto da incaricare”.

“In altri termini - fatto salvo il caso in cui l'autorizzazione previa sia espressamente imposta dalla normativa che regola la specifica procedura - la necessità dell'autorizzazione emerge solo all'atto dell'accettazione dell'incarico o del conferimento dello stesso, e non nel segmento procedimentale, sia esso un concorso o una selezione di evidenza, che eventualmente precede l'instaurazione del rapporto” (C.g.A, sent. n. 632/15 cit.).

3. Reputa il Collegio di aderire al succitato orientamento giurisprudenziale, essendo esso in linea con il generale principio, di derivazione eurounitaria, di massima partecipazione alle gare. Principio che comporta, quale immediato corollario, quello di tassatività delle cause di esclusione, nei termini prima chiariti.

Tale principio trova una conferma nella previsione di cui all'art. 53 co. 7 d. lgs. n. 165/01 (TUPI), che nell'escludere la possibilità per i dipendenti pubblici di svolgere incarichi retribuiti che non siano stati conferiti o previamente autorizzati dall'amministrazione di appartenenza, ammette la deroga, costituita appunto dall'autorizzazione. A ciò aggiungasi poi che il citato regime limitativo trova applicazione nelle sole ipotesi di incarichi retribuiti, cui espressamente si riferisce la legge, e dunque non opera in caso di assunzione di incarichi a titolo gratuito, per i quali l'eventuale incompatibilità va ricercata in altre disposizioni normative.

4. Infine, reputa il Collegio di non condividere la tesi – propugnata dalla difesa della controinteressata – secondo cui il regime autorizzatorio potrebbe trovare applicazione unicamente in relazione ai pubblici dipendenti con rapporto di lavoro a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno. Ciò in

quanto per tale categoria di pubblici dipendenti non è necessaria la previa autorizzazione, stante il disposto dell'art. 53 co. 6 TUPI. Per i dipendenti a tempo pieno, lungi dal verificarsi l'incompatibilità propugnata dalla controinteressata, opera invece il regime autorizzatorio, posto che il citato comma 6 dell'art. 53 TUPI esordisce nel senso che: "I commi da 7 a 13 del presente articolo si applicano ai dipendenti delle amministrazioni pubbliche ...", e il citato comma 7 prevede pertanto, per tutti i dipendenti pubblici, un regime autorizzatorio, e non una incompatibilità tout court.

In definitiva:

- per i pubblici dipendenti a tempo parziale con prestazione lavorativa non superiore al cinquanta per cento di quella a tempo pieno non vi è necessità di previa autorizzazione (art. 53 co. 6 TUPI);
- per i pubblici dipendenti che svolgano incarichi a titolo gratuito non è parimenti necessaria alcuna autorizzazione preventiva (art. 53 co. 7 TUPI);
- i dipendenti pubblici che intendano svolgere incarichi retribuiti sono tenuti a richiedere la preventiva autorizzazione all'amministrazione di appartenenza (art. 53 co. 7 TUPI).

5. Tanto premesso, e venendo ora al caso di specie, si legge nell'atto impugnato che la ricorrente è stata esclusa dalla gara in quanto tra i firmatari dell'offerta presentata vi è l'ing. Francesco Rotondo, dirigente presso il Comune di Grottaglie. In particolare, l'Amministrazione ha ritenuto tale situazione incompatibile con la partecipazione alla gara.

Senonché, non venendo in rilievo una causa di esclusione prevista espressamente dalla legge, l'Amministrazione, lungi dall'escludere il concorrente dalla gara, avrebbe dovuto – in applicazione della regola del soccorso istruttorio – assegnare alla ricorrente uno spatium deliberandi per la produzione dell'atto di autorizzazione all'espletamento di incarico esterno. Ciò tanto più se si considera che l'ing. Rotondo ha successivamente ottenuto l'autorizzazione di che trattasi (cfr. nota com. prot. 9622 dell'11.4.2017). Autorizzazione che muove peraltro dal presupposto della gratuità dell'incarico, e che pertanto non era neanche necessaria, ai sensi del citato comma 7 dell'art. 53 TUPI.

In tal senso l'Amministrazione non ha operato, escludendo la ricorrente dalla gara, sicché è evidente, sotto tale principio, l'illegittimità del suo modus operandi.

6. Ne consegue, in accoglimento del ricorso principale, l'annullamento dell'atto impugnato.

7. Per quel che attiene alle ulteriori domande di subentro e/o di risarcimento per equivalente, entrambe proposte dalla ricorrente, va esclusa la prima soluzione, essendo le prestazioni oggetto di appalto già state eseguite.

7.2. Quanto alla domanda di risarcimento del danno per equivalente monetario, trattasi di domanda subordinata al mancato subentro nel contratto, con la quale la ricorrente ha instato: "... sia per il mancato utile che per le spese sostenute per la partecipazione alla gara" (cfr.

ricorso introduttivo, p. 12).

All'evidenza, la ricorrente ha instato unicamente per il risarcimento del danno da mancata aggiudicazione, e non ha invece richiesto il diverso danno da c.d. perdita della chance.

7.3. Tanto premesso, reputa il Collegio l'infondatezza della domanda risarcitoria per equivalente. Ciò avuto riguardo alla mancata maturazione, in capo alla ricorrente, del c.d. bene della vita (i.e: l'aggiudicazione), posto che, come da essa espressamente riconosciuto nelle memorie di replica del 9.9.2017, "... con la eventuale riammissione della ricorrente a seguito del giudizio, il procedimento ritorna alla fase della proposta di aggiudicazione (ex se non lesiva come espressamente riferisce l'art. 120 c.p.a. comma 2 bis ...)".

Dunque, come riconosciuto dalla stessa ricorrente, l'accoglimento dell'odierno ricorso non contiene alcuna automatica statuizione sulla spettanza del bene della vita, residuando comunque un margine di apprezzamento discrezionale in capo all'Amministrazione, in vista dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione definitiva.

Pertanto, in difetto di riconoscimento di spettanza del bene della vita, e in assenza di domanda di risarcimento da perdita di chance, la domanda risarcitoria per equivalente monetario deve essere rigettata per difetto di attuale pregiudizio economico.

8. Così definito il ricorso principale, occorre ora procedere all'esame di quello incidentale. Con esso la ricorrente incidentale Finepro s.r.l. ha dedotto:

- l'omessa presentazione, da parte della ricorrente principale, dell'elaborato denominato: "Relazione tecnica servizio direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza" (motivo sub 1);
- errata applicazione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica (motivo sub 1.2.);
- incompatibilità allo svolgimento dell'incarico da parte della ricorrente principale, stante la sussistenza, all'interno del RTI ricorrente, di dipendenti pubblici (ingg. Francesco e Roberto Rotondo), e quindi di soggetti impossibilitati a partecipare alla gara, e comunque di soggetti la cui autorizzazione deve reputarsi illegittima (motivi sub 2), 3) e 4));
- illegittimità della mancata esclusione dalla gara, stante la presenza di soggetto (l'ing. Angelo Rotondo) attinto da un provvedimento definitivo di condanna (motivi sub 5) e 6));
- illegittimità della sottoscrizione del DGUE dal solo ing. Roberto Rotondo, e non anche da parte di tutti i legali rappresentanti del costituendo RTI (motivo sub 7)).

I motivi sub, 2), 3), 4), 5), 6) e 7) sono irricevibili per tardività.

8.2. Ai sensi dell'art. 120 co. 2-bis c.p.a. "Il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni ad essa all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali va impugnato nel termine di trenta

giorni, decorrente dalla sua pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, ai sensi dell'articolo 29, comma 1, del codice dei contratti pubblici adottato in attuazione della legge 28 gennaio 2016, n. 11. L'omessa impugnazione preclude la facoltà di far valere l'illegittimità derivata dei successivi atti delle procedure di affidamento, anche con ricorso incidentale. ...”.

8.3. Tanto premesso, rileva il Collegio che:

- nella prima seduta di gara del 16.11.2016 la Commissione ha proceduto alle ammissioni, con indicazioni delle ditte ammesse, tra i quali Mate s.r.l.;

- il relativo avviso è stato pubblicato sul profilo del committente in data 25.1.2017, come da dichiarazione resa dalla ricorrente nelle memorie di replica del 9.9.2017, p. 2, nota 1, circostanza non contestata dalla controinteressata, e quindi da ritenersi acquisita, ai sensi dell'art. 64 co. 2 c.p.a.

Per tali ragioni, ai sensi del cennato art. 120 co. 2-bis c.p.a, la controinteressata avrebbe dovuto proporre ricorso incidentale al più tardi entro il 24.2.2017. In tal senso essa non ha operato, notificando ricorso incidentale soltanto in data 22.5.2017, sicché lo stesso deve ritenersi tardivo, e pertanto irricevibile.

9. Alla medesima soluzione si addivene anche laddove il dies a quo per la proposizione del ricorso incidentale venga spostato sino al punto più favorevole alla controinteressata. In particolare, è proprio quest'ultima a precisare (cfr. ricorso incidentale, p. 4, punto n. 7) che: “con note del 21.2.2017 il RUP ha comunicato alla prima e seconda classificata gli esiti provvisori della gara, ...”.

Orbene, anche supponendo che nulla fosse stato comunicato alla controinteressata prima di tale momento, è evidente che a far data dalla suddetta comunicazione la controinteressata è stata legalmente notiziata dell'ammissione della Mate s.r.l., essendo quest'ultima risultata prima in graduatoria provvisoria.

In particolare, devono ritenersi irrilevanti in questa sede le questioni relative alla distinzione tra fase di ammissione/esclusione dei concorrenti, e fase di aggiudicazione, sulle quali si è intrattenuta la controinteressata nelle memorie depositate in data 4.9.2017. Ciò in quanto la comunicazione della proposta di aggiudicazione, seppur provvisoria, implica una ovvia, inequivoca e preliminare – ancorché implicita – manifestazione di volontà della S.A. in ordine all'ammissione dell'aggiudicatario (provvisorio), trattandosi di un atto (la proposta di aggiudicazione) logicamente ammissibile soltanto in presenza di una preventiva deliberazione positiva in ordine all'ammissibilità di partecipazione alla gara da parte dell'aggiudicatario.

Pertanto, a far data quantomeno dal 21.2.2017 (data di comunicazione degli esiti provvisori della gara) deve dirsi ricorrere il dies a quo di proposizione del ricorso incidentale, da esperirsi nei successivi 30 giorni, ai sensi dell'art. 120 co. 2-bis c.p.a. Senonché, il ricorso incidentale è stato notificato in data 22.5.2017, ben oltre, pertanto, il suddetto termine.

Ne consegue, anche per questa via, la sua tardività, e pertanto, la relativa declaratoria di irricevibilità. Il tutto senza che sia necessario indagare il profilo di gravame concernente la legittimità dell'autorizzazione concessa ex post agli ingg. Francesco e Roberto Rotondo, nonché le correlate eccezioni preliminari di difetto di giurisdizione e di inammissibilità proposte dalle controparti, essendo tali questioni assorbite dalla declaratoria di irricevibilità del ricorso incidentale.

10. Va ora esaminato il motivo di ricorso incidentale sub 1, con il quale la ricorrente incidentale si è doluta sia della mancata presentazione in fase di gara di un elaborato denominato "Relazione tecnica servizio direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza", che sarebbe in realtà un'altra copia della "Relazione descrittiva delle prestazioni progettuali", e che avrebbe pertanto dovuto condurre all'esclusione del ricorrente principale dalla gara, e sia del punteggio attribuito sul punto dalla S.A.

Il motivo è parimenti irricevibile per tardività.

Ai sensi del più volte cennato art. 120 co. 2-bis c.p.a, il rito c.d. super-accelerato si applica, tra l'altro ai provvedimenti di ammissione "all'esito della valutazione dei requisiti ... tecnico-professionali".

In particolare, reputa il Collegio che l'esegesi letterale della cennata previsione normativa consente di ritenere che l'aggettivo "soggettivi" si riferisca soltanto alle qualità personali del concorrente, e non riguardi né i requisiti economico-finanziari, né quelli tecnico-professionali, che hanno natura prettamente oggettiva, nel senso che integrano – costituendone parte essenziale – l'offerta economica e/o quella tecnica.

Ne consegue che ai provvedimenti di ammissione fondati sulla valutazione dei "requisiti ... tecnico-professionali" si applica comunque il rito super-accelerato, e in particolare, la stringente disciplina sui termini di impugnazione.

11. Tanto premesso, e venendo ora al caso concreto, rileva il Collegio che, proprio partendo dall'assunto della ricorrente incidentale, ovvero che la Commissione avrebbe errato nel non escludere dalla gara un concorrente resosi autore di una mancanza insanabile, e cioè di: "... un elemento essenziale (la descrizione del servizio di direzione dei lavori e del coordinamento della sicurezza in fase di progettazione e in fase esecutiva), tale da incidere in maniera significativa sul contenuto dell'offerta tecnica al punto che detta mancanza rende l'offerta stessa non soddisfacente rispetto alle richieste della s.a." (cfr. ricorso incidentale, p. 6), la conclusione che se ne ricava è che la Commissione avrebbe malamente valutato i "... requisiti ... tecnico-professionali" (art. 120 co. 2-bis c.p.a.) della Mate s.r.l, disponendo un'ammissione, e di poi una proposta di aggiudicazione, che non avrebbe dovuto esserci, stante la grave mancanza della documentazione riguardante l'offerta tecnica, lamentata dalla ricorrente incidentale.

Ma, così opinando, si rientra a pieno titolo nella fattispecie delle "... ammissioni ... all'esito della valutazione dei requisiti ... tecnico-professionali" – nell'esegesi sopra chiarita – da impugnarsi nelle forme e nei modi di cui all'art. 120 co. 2-bis c.p.a.

In tal senso la ricorrente incidentale non ha operato, sicché anche il presente motivo di gravame deve ritenersi irricevibile per tardività.

12. Alle medesime conclusioni si addiuvano peraltro anche nel caso in cui ai requisiti tecnico-professionali di cui all'art. 120 co. 2-bis c.p.a. si attribuisca valenza unicamente soggettiva. Invero, il Disciplinare di gara ha previsto, nell'ambito della busta "B" – Offerta tecnica, i seguenti criteri e descrizioni (cfr. Disciplinare, p. 11):

- valutazione della professionalità dell'offerente desunta da servizi affini precedentemente svolti, con attribuzione da 0 a 30 punti;
- qualità delle caratteristiche metodologiche e prestazionali relative alle attività e soluzioni di progettazione e coordinamento delle sicurezza in fase di progettazione, con attribuzione da 0 a 10 punti;
- modalità di esecuzione del servizio, con attribuzione da 0 a 10 punti;
- adozione in fase di progettazione di soluzioni tecniche innovative, con attribuzione da 0 a 10 punti;
- articolazione delle risorse umane e strumentali per l'esecuzione del servizio, con attribuzione da 0 a 10 punti;
- pianificazione relativa allo sviluppo e gestione del progetto e dei mezzi informatici, con attribuzione da 0 a 10 punti;
- assistenza all'attività della stazione appaltante, con attribuzione da 0 a 10 punti;

All'evidenza, trattasi di elementi in cui la componente soggettiva è così frammista a quella oggettiva, da non potersi in alcun modo scorporare l'una componente dall'altra.

La conclusione che se ne ricava è che, quand'anche ai "requisiti ... tecnico-professionali" cui l'art. 120 co. 2-bis c.p.a. si annetta valenza unicamente soggettiva, la documentazione della cui mancanza la ricorrente incidentale si duole interseca comunque, e in maniera inestricabile, profili soggettivi.

Ne discende che la relativa doglianza andava comunque proposta con le modalità e i termini di cui all'art. 120 co. 2-bis c.p.a., con la conseguenza che il non averlo fatto comporta l'irricevibilità del relativo motivo di gravame, per tardività dello stesso.

13. In subordine, e ad abundantiam, tale motivo di gravame è comunque inammissibile per difetto di interesse, poiché l'accoglimento del ricorso principale determina unicamente, in astratto, la riammissione del ricorrente principale alla fase della proposta di aggiudicazione, che è atto non immediatamente impugnabile, ai sensi del più volte cennato art. 120 co. 2-bis c.p.a.

Pertanto, è evidente il difetto di interesse della ricorrente incidentale sul punto, venendo in rilievo un (supposto) vizio non immediatamente lesivo, e come tale non immediatamente impugnabile.

14. Infine, e per mere ragioni di completezza espositiva, il motivo sub 1) è comunque infondato nel merito, posto che, da un lato, nessuna previsione del bando e del disciplinare commina – nell'ipotesi di difetto della documentazione indicata dal ricorrente incidentale – la sanzione dell'esclusione del concorrente dalla gara, sicché è ampiamente utilizzabile, nella specie, l'istituto del soccorso istruttorio (art. 83 d. lgs. n. 50/16).

Sotto altro profilo, le contestazioni relative al punteggio assegnato al ricorrente principale non costituiscono frutto di evidenti errori di fatto, palesi incongruenze, ecc, rientrando a pieno titolo nella discrezionalità amministrativa, da ritenersi esercitata in modo non irragionevole.

Per tali ragioni, le relative valutazioni sfuggono al relativo sindacato giurisdizionale.

Naturalmente, ragioni di pregiudizialità logico-giuridica impongono che in questa sede ci si arresti ad un pronuncia di irricevibilità.

15. Conclusivamente, l'azione impugnatoria proposta dal ricorrente principale è fondata, e va conseguentemente accolta, con conseguente annullamento dell'atto impugnato.

Viceversa, l'azione risarcitoria è infondata, e va pertanto rigettata.

Il ricorso incidentale va invece dichiarato irricevibile, per tardività.

16. Ricorrono giusti motivi, rappresentati dalla novità delle questioni trattate, per la compensazione delle spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Puglia Lecce - Sezione Prima, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, nonché sul ricorso incidentale, così provvede:

- accoglie l'azione impugnatoria proposta dal ricorrente principale, e annulla per l'effetto l'atto impugnato;
- rigetta l'ulteriore azione risarcitoria proposta dal ricorrente principale;
- dichiara l'irricevibilità del ricorso incidentale.

Compensa le spese di lite.

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

