

Publicato il 15/10/2021

N. 02812/2021 REG.PROV.COLL.

N. 01662/2021 REG.RIC.



R E P U B B L I C A I T A L I A N A

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia

(Sezione Terza)

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

*ex art.*                      60                      cod.                      proc.                      amm.;

sul ricorso numero di registro generale 1662 del 2021, proposto da OMISSIS S.p.A. a socio unico, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Paola Balzarini, Nicolò Filippo Boscarini e Gaetano Turrisi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, e con domicilio fisico eletto presso lo studio del terzo difensore in Palermo, via Napoli n. 84;

***contro***

GES.A.P. - Società di Gestione dell'Aeroporto di Palermo S.p.a., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avv. Massimiliano Mangano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia, e con domicilio fisico eletto presso lo studio del predetto difensore in Palermo, via Nunzio Morello n. 40;

***per l'annullamento***

*previa sospensione o altra idonea misura cautelare,*

- del «BANDO DI GARA EUROPEO A PROCEDURA APERTA PER LA FORNITURA E POSA IN OPERA A NOLEGGIO OPERATIVO DI APPARATI DI CONTROLLO RADIOGENO BAGAGLI DA STIVA EDS STANDARD 3 E RELATIVO SERVIZIO DI MANUTENZIONE IN REGIME DI “FULL SERVICE” PER L'AEROPORTO INTERNAZIONALE DI PALERMO» (N. gara 8246583 / N. CIG 886163655D), pubblicato da GES.A.P. S.p.A. il 6 agosto 2021;
- della Determina a contrarre prot. n. 002-9064-DIG/2021 del 6 agosto 2021, come pure integrata con nota prot. n. 002-10116-DIG/2021 del 14 settembre 2021 e con nota prot. n. 002-10364-DIG/2021 del 20 settembre 2021;
- del Disciplinare di gara e del documento “Modalità di presentazione e criteri di valutazione dell'offerta”, come pure modificati con nota prot. n. 002-10364-DIG/2021 del 20 settembre 2021;
- nonché, per quanto occorrer possa, del Capitolato speciale d'appalto contenente le specifiche tecniche e degli altri atti presupposti, conseguenti o comunque connessi, ancorché non noti.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Vista l'istanza cautelare presentata in via incidentale dalla parte ricorrente;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di GES.A.P. - Società di Gestione dell'Aeroporto di Palermo S.p.a.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore il consigliere dottoressa Maria Cappellano alla camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2021, e uditi i difensori delle parti, presenti come da verbale;

Premesso che con il ricorso in esame:

- parte ricorrente ha impugnato il bando, reso pubblico da GES.A.P. - Società di Gestione dell'Aeroporto di Palermo S.p.a. il 6 agosto 2021, per "l'affidamento della fornitura e posa in opera a noleggio operativo di apparati di controllo radiogeno bagagli da stiva EDS Standard 3 e relativo servizio di manutenzione in regime di "full service" per l'Aeroporto Internazionale di Palermo", per cinque anni, da aggiudicare in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, ai sensi dell'art. 95, co. 2, del d. lgs. n. 50/2016;

- espone al riguardo che il punto 16) del disciplinare di gara prevede l'assegnazione di 70 punti per l'offerta tecnica e di 30 punti per quella economica, con la previsione, quanto alla "capacità tecnica" dell'offerta, dell'elemento "Forniture ed installazione di apparecchiature EDS Standard 3 o superiore effettuate negli ultimi tre anni 2018-2019-2020", con assegnazione del massimo punteggio (max 20 punti), al concorrente che avrà documentato il maggior numero di forniture e installazioni nel triennio indicato; e, quanto al punto 7) del disciplinare, lo stesso impone al concorrente l'esecuzione diretta di una parte della fornitura e posa in opera;

- assumendo in tali previsioni la presenza di vizi, tali da impedire la formulazione di un'offerta realmente competitiva, ha presentato un'istanza di autotutela non riscontrata dalla stazione appaltante, che ha, tuttavia, apportato alcune modifiche alla determinazione a contrarre non idonee a eliminare i vizi riscontrati;

- deduce pertanto avverso gli atti di indizione della gara le censure di:

1) *VIOLAZIONE DELL'ART. 95 D.LGS. N. 50/2016 E DEI PRINCIPI DI CUI ALL'ART. 30 D.LGS. N. 50/2016 SOTTO IL PROFILO DEL DIVIETO DI COMMISTIONE TRA REQUISITI DI PARTECIPAZIONE E CRITERI DI VALUTAZIONE. ECCESSO DI POTERE PER SVIAMENTO RISPETTO ALLE LINEE GUIDA ANAC N. 2 E PER LA MANIFESTA ABNORMITÀ DELL'ATTRIBUZIONE IN BLOCCO DI 20 PUNTI SU 70 AL*

CONCORRENTE CHE ABBLA DOCUMENTATO IL MAGGIOR NUMERO DI FORNITURE ANALOGHE NELL'ULTIMO TRIENNIO;

2) VIOLAZIONE DEGLI ARTT. 71 DIR. 2014/24/UE, 105 D.LGS. N. 50/2016 E 49 D.L. N. 77/2021 CONV. IN L. N. 108/2021. ECCESSO DI POTERE PER DIFETTO DI MOTIVAZIONE;

- si duole, in particolare, sia dell'utilizzo, quale criterio di valutazione della qualità dell'offerta economicamente più vantaggiosa (max 20 punti), dell'esperienza pregressa nel triennio 2018-2019-2020, sia, del limite posto al subappalto; chiedendo l'annullamento della *lex specialis*, vinte le spese;

- si è costituita in giudizio GES.A.P. - Società di Gestione dell'Aeroporto di Palermo S.p.a., depositando documentazione ed eccependo preliminarmente l'inammissibilità del ricorso per carenza di interesse; nel merito, ne ha chiesto il rigetto in quanto infondato;

- quindi, con istanza depositata in data 11 ottobre 2021, la difesa della stazione appaltante ha chiesto la rimessione in termini a causa di un problema tecnico verificatosi sabato 9 ottobre 2021, comportante il mancato deposito nel fascicolo della memoria e della documentazione entro la scadenza del suddetto termine di legge, seppure tali documenti fossero stati regolarmente inviati nel rispetto dello stesso termine, come da documentazione allegata;

- alla camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2021, presenti i difensori delle parti come da verbale, il difensore di parte ricorrente ha accettato il contraddittorio sulla memoria depositata dalla stazione appaltante, le parti hanno discusso e la causa è stata posta in decisione, previo avviso del Presidente del Collegio in ordine alla possibile definizione del giudizio con sentenza in forma semplificata;

Ritenuto che il giudizio può essere definito con sentenza in forma semplificata ai sensi dell'art. 60 cod. proc. amm. ed adottata in esito alla camera di consiglio per la

trattazione delle istanze cautelari, sussistendone tutti i presupposti; ed essendone dato avviso alle parti, presenti come da verbale;

Ritenuto che, come eccepito dalla difesa di GES.A.P. S.p.a., il ricorso è inammissibile per carenza di interesse;

Rilevato che:

- come più volte statuito dalla giurisprudenza (cfr. Cons. Stato, Adunanza plenaria, n. 1/2003, n. 4/2011, n. 4/2018), i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno normalmente impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi a identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento e a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell'interessato;

- sussistono tuttavia dei casi che fanno eccezione a tale principio generale, nei quali il bando di gara deve essere impugnato immediatamente, individuati essenzialmente quando: a) si contesta in radice l'indizione della gara; b) al contrario, si contesta che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; c) si impugnano direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti; precisandosi, peraltro, che *“sono immediatamente impugnabili soltanto le clausole del bando preclusive della partecipazione o tali da impedire con certezza la stessa formulazione dell'offerta”* (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 8 gennaio 2021, n. 284; 18 marzo 2019 n. 1736, T.A.R. Sicilia, Sez. III, 11 giugno 2021, n. 1891);

- applicando i su esposti principi al caso in esame, deve osservarsi che i profili di illegittimità articolati dalla ricorrente non rientrano in alcuna delle categorie esaminate; né dette censure hanno ad oggetto *“clausole immediatamente escludenti”*, in quanto vengono in rilievo clausole della *lex specialis* che attengono, l'una, a un elemento di valutazione della qualità dell'offerta; l'altra, al limite al subappalto;

Ritenuto, in particolare che:

- con riguardo alla prima clausola, in applicazione dei principi sopra esposti, va dichiarata l'inammissibilità per carenza di interesse della relativa doglianza, in quanto la stessa non ha ad oggetto una clausola escludente nei sensi sopra indicati;
- del resto, la ricorrente – la quale non adduce specifici fattori ostativi al proprio accesso alla competizione – risulta avere presentato la domanda di partecipazione, come indicato dalla difesa della stazione appaltante nella memoria, e confermato dalla stessa ricorrente in sede di discussione; circostanza che costituisce un serio indice della portata non immediatamente escludente degli atti di gara;
- con tale doglianza, inoltre, la ricorrente si lamenta in maniera generica del rischio, valutabile soltanto all'esito della gara, di una minore competitività per la predetta a fronte di competitors con più esperienza pregressa;

Ritenuto che analoga sorte tocchi alla censura con la quale è stata impugnato il divieto di subappalto previsto dal punto 7 del disciplinare, in quanto, come già rilevato da questa Sezione, *“...l'istituto del subappalto, ai sensi dell'art. 105, d.lgs. n. 50/2016, non attiene a un requisito di partecipazione (rilevando piuttosto nella successiva ed eventuale fase di esecuzione del contratto) né di per sé è idoneo a precludere in termini astratti e aprioristici la possibilità, per l'operatore, di formulare un'offerta economicamente conveniente e valutabile favorevolmente dalla stazione appaltante, di modo che la previsioni limitative del subappalto contenute nella lex specialis – a differenza di quelle inerenti ai requisiti di partecipazione – non assumono automaticamente e in quanto tali una portata escludente.*

*Da ciò deriva che è inammissibile, per mancata dimostrazione dell'effettiva lesività, il secondo motivo di ricorso relativo all'illegittima previsione dei limiti al subappalto, non avendo la ricorrente “provato il danno che la disciplina di gara avrebbe provocato in occasione della sua partecipazione alla gara. È, infatti, noto che in sede di azione annullatoria il soggetto che impugna un provvedimento deve dimostrare non l'astratta sua illegittimità ma la lesione che da tale illegittimità subisce alla propria*

*sfera giuridica” (così, C. di S., 28.09.2020, n. 5707).” (cfr. T.A.R. Sicilia, Sez. III, 23 luglio 2021, n. 2283);*

Ritenuto, conclusivamente, che:

- le clausole contestate, non essendo autonomamente lesive, non possono essere immediatamente impugnate;
- il ricorso deve essere dichiarato inammissibile;
- le spese di giudizio, ai sensi degli artt. 26 c.p.a. e 91 c.p.c., seguono la soccombenza e si liquidano, ai sensi del d.m. n. 55/2014, nella misura quantificata in dispositivo, tenuto conto del valore della controversia, della media complessità delle questioni giuridiche affrontate, avendo riguardo ai minimi tariffari in ragione della concreta attività difensiva svolta e della concentrazione del rito.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per la Sicilia, Sezione Terza, definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara inammissibile.

Condanna la ricorrente al pagamento delle spese di giudizio in favore di GES.A.P. - Società di Gestione dell'Aeroporto di Palermo S.p.a., che liquida in € 2.000,00 (euro duemila/00), oltre oneri accessori come per legge.

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

Così deciso in Palermo nella camera di consiglio del giorno 12 ottobre 2021 con l'intervento dei magistrati:

Maria Cristina Quiligotti, Presidente

Maria Cappellano, Consigliere, Estensore

Bartolo Salone, Referendario

**L'ESTENSORE**  
**Maria Cappellano**

**IL PRESIDENTE**  
**Maria Cristina Quiligotti**

IL SEGRETARIO