



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 della Campania

sezione staccata di Salerno (Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 1746 del 2018, proposto da:
S.T. Service Trasporti S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata
e difesa dall'Avv. Salvatore Perrotta Marcarelli, con domicilio eletto presso il suo
studio in Napoli alla Via Toledo n. 156;

contro

Consorzio A.s.i. Salerno, in persona del legale rappresentante p.t., rappresentato e
difeso dall'Avv. Emilio Ferraro, con domicilio eletto presso il suo studio in
Salerno, Corso G. Garibaldi, n. 31;
Regione Campania, in persona del Presidente p.t., Comune di Palomonte in
persona del Sindaco p.t., non costituiti in giudizio;

nei confronti

Vanità S.r.l., D.e.a. Plast S.r.l., Parisi S.r.l., tutte in persona dei rispettivi legali
rappresentanti p.t., non costituite in giudizio;
Cupo S.r.l., in persona del legale rappresentante p.t., rappresentata e difesa

dall'Avv. Marcello Fortunato, con domicilio eletto presso il suo studio in Salerno, via Ss. Martiri Salernitani n. 31;

per l'annullamento

previa sospensione:

- a) della Delibera del Consorzio per l'Area di Sviluppo Industriale (A.S.I.) di Salerno del 9 ottobre 2018 n. 309, con cui il Comitato Direttivo ha preso atto dei verbali relativi alle operazioni della “Gara per il trasferimento di lotti e terreni di proprietà ai sensi e per gli effetti del Regolamento della Regione Campania n. 2/2005” e, per l'effetto, ha proceduto all'approvazione della proposta di aggiudicazione del RUP, giusta nota dell'8.10.2018 prot. n. 4953, ed in particolare per il lotto n. 8/d Palomonte (n. 5 del Bando) in favore della Società Cupo S.r.l.;
- b) della proposta di aggiudicazione a firma del Responsabile del Procedimento (RUP), dott.ssa Rosanna Toni, dell'8.10.2018 prot. n. 4953;
- c) della nota del 10.10.2018 prot. n. 5027 con cui il Responsabile del Procedimento (RUP) ha comunicato alla ditta ricorrente l'avvenuta assegnazione – aggiudicazione del Lotto n. 8/d Palomonte alla Società Cupo S.r.l.;
- d) del verbale di gara del 20 giugno 2018 nel quale la Commissione Giudicatrice ha proceduto all'apertura dei plichi delle ditte partecipanti ed ha avviato una procedura di “*soccorso istruttorio*” per alcune ditte partecipanti, all'esito delle quali si riservava di decidere sulla ammissione “*definitiva*” delle concorrenti ammesse “*con riserva*”;
- e) dei verbali di gara del 25 luglio 2018 e dell'8 agosto 2018, nei quali la Commissione Giudicatrice ha proceduto a vagliare i chiarimenti pervenuti dalla ditte partecipanti nell'ambito del *sub* procedimento “*di soccorso istruttorio*” ed a procedere alla conseguente ammissione e/o esclusione delle concorrenti ed ad assegnare i punteggi alle offerte tecniche presentate dalle concorrenti ammesse;

f) del verbale di gara del 19 settembre 2018 nel quale la Commissione Giudicatrice ha proceduto ad assegnare i punteggi all'offerta economica presentate dalle concorrenti ammesse ed a formulare proposta di aggiudicazione;

g) della delibera del Comitato Direttivo del Consorzio A.S.I. di Salerno n. 16 del 23.1.2018 con cui è stata indetta la procedura di gara;

h) del relativo bando di gara, pubblicato sul sito del Consorzio A.S.I. di Salerno e in estratto sulla G.U. n. 14 – 5° serie speciale – Contratti Pubblici del 2.2.2018;

i) della deliberazione n. 131 dell'8.5.2018, con cui il Comitato Direttivo ha nominato la Commissione Giudicatrice per l'esame delle offerte;

l) di ogni altro atto preordinato, conseguente o, comunque, connesso con quelli che precedono, tra cui in particolare le note prot. nn. 3352, 3353, 3354 e 3355 del 4.7.2018 con cui il RUP ha avviato il soccorso istruttorio richiesto dalla Commissione giudicatrice nonché per l'accertamento del diritto della Società ricorrente, in sede di giurisdizione esclusiva, ai sensi dell'art. 133 lett. e) n. 1) c.p.a., all'aggiudicazione della gara, anche previa declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato e relativo subentro.

Visti il ricorso e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Consorzio A.s.i. Salerno e della Cupo S.r.l.;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 27 marzo 2019 la dott.ssa Valeria Nicoletta Flammini e uditi per le parti i difensori come specificato nel verbale;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

FATTO

1.- Con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 14 – 5° serie speciale – Contratti Pubblici del 2/2/2018, il Consorzio per l'Area di Sviluppo Industriale (A.S.I.) di Salerno (di seguito Consorzio) indiceva una gara per il trasferimento a titolo oneroso a terzi di dodici lotti e terreni di proprietà ai sensi e per gli effetti del Regolamento della Regione Campania n. 2/2005, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, art. 6 Bando di gara).

Partecipavano alla gara nove imprese (cfr., verbale 20/6/2018, in atti), tra cui: la ricorrente, interessata al lotto n. 5; il R.T.I. composto dalla Dea Plast, dalla Cupo S.r.l. e dalla Vanità S.r.l., per i lotti nn. 5,6 e 7, senza specificare alcuna preferenza; la Cupo s.r.l., per i lotti 5,6 e 7, specificando la preferenza per il lotto n. 5; la Vanità S.r.l., per i lotti 5,6, e 7, specificando la preferenza per il lotto n.6; la Dea Plast, per i lotti 5,6 e 7, specificando la preferenza per il lotto n.7; la Parisi S.r.l. per il lotto n. 5.

Durante la procedura di gara, venivano esclusi il R.T.I. (composto dalla Dea. Plast, dalla Cupo S.r.l. e dalla Vanità S.r.l.) nonché la Parisi S.r.l. sicché residuavano, quali concorrenti per il lotto n. 5, la ricorrente S.T. Service Trasporti S.r.l. e la Cupo s.r.l. Quest'ultima otteneva l'aggiudicazione con un punteggio di 87,50 (cfr., verbale di gara del 19/9/2018, in atti).

1.1. - Con gravame depositato il 16/11/2018, la ricorrente chiedeva l'annullamento di tale ultimo provvedimento, articolando, a sostegno, quattro ordini di censure, tutti ricondotti ad un unico motivo (violazione e/o falsa applicazione degli artt. 3, 41 e 97 Cost., 80, 83 e ss. D.lgs. 18/04/2016 n.50 e ss. mm., del bando di gara e del regolamento della Regione Campania n.2 del 24 febbraio 2005, dei principi di pubblicità, trasparenza ed imparzialità, *par condicio*, libera concorrenza, tassatività delle cause di esclusione dettato in materia di gare pubbliche, non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità; eccesso di potere per erronea valutazione

dei presupposti di fatto e di diritto, illogicità, manifesta ingiustizia; difetto di motivazione, perplessità, illogicità, manifesta ingiustizia).

1.2. – Sosteneva, *in primis*, l'illegittimità del provvedimento per violazione dell'art. 80, comma 5, lett. m) del D.lgs. n. 50/2016, stanti le partecipazioni incrociate tra le compagini societarie della Cupo s.r.l, della Dea Plast, della Vanità S.r.l e della Parisi S.r.l., sicché sarebbe stata "*palese [...] la circostanza che le indicate ditte appartengono ad un medesimo gruppo, collegate tra di loro da vincoli di partecipazione*", con imputazione delle offerte ad un unico centro decisionale e condizionamento della gara. Su tali basi, riteneva doverosa l'esclusione delle controinteressate dalla gara, inclusa la Cupo s.r.l. aggiudicataria del lotto n.5.

1.3. - Rilevava, inoltre, la violazione dell'art. 83, comma 9 del D.lgs. n. 50/2016, in relazione agli artt. 8, comma 7, punto 4 ed 11 del Bando di gara, posto che la Cupo S.r.l. aveva allegato alla domanda, "*un verbale di sopralluogo effettuato dal Sig. Gianvito Parisi, quale amministratore unico, per la partecipazione alla gara del R.T.I. Dea Plast S.r.l., Cupo S.r.l. e Vanità S.r.l., sui lotti nn. 5, 6 e 7*" sicché la domanda di partecipazione della Cupo S.r.l. doveva ritenersi sprovvista di un requisito essenziale, previsto, a pena di esclusione, dal bando di gara.

1.4. – Osservava, in aggiunta, che la Cupo S.r.l., non aveva timbrato e firmato in ogni pagina la domanda di partecipazione, come prescritto dall'art. 8, comma 7, punto 5 del Bando, sicché, anche sotto questo profilo, avrebbe dovuto essere esclusa. Rilevava, infine, che il punteggio attribuito per l'offerta economica (87,50) era ampiamente superiore a quello di punti 40, previsto, come punteggio massimo attribuibile, dall'art. 6 della *lex specialis*.

1.5. - Su tali basi, previo annullamento della disposta aggiudicazione del lotto n.5, chiedeva, ai sensi e per gli effetti di cui al combinato disposto degli artt. 119, 120 e 133, lett. e) n.1) c.p.a., la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente stipulato ed il relativo subentro.

2. – Si costituivano in giudizio la controinteressata Cupo S.r.l. (27/11/2018) ed il Consorzio (30/11/2018); premessa l'inapplicabilità della disciplina di cui al D.lgs. n. 50/2016, ivi compreso il disposto di cui all'art. 48, co. 7, D.Lgs. 50/2016, deducevano entrambi l'infondatezza delle avverse doglianze.

Con argomentazioni sostanzialmente coincidenti rilevavano, inoltre, che le concorrenti - dalla S.T. Service ritenute collegate ad un unico centro decisionale - avevano espresso la propria preferenza per lotti differenti con conseguente rispetto del parametro di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) del D.lgs. n. 50/2016.

Rappresentavano, in aggiunta, che la Cupo S.r.l. aveva prodotto, in sede di soccorso istruttorio, l'atto di conferimento incarico per l'effettuazione del sopralluogo di cui al verbale allegato alla domanda, di talché doveva ritenersi la sussistenza di tutti i requisiti di partecipazione.

In proposito, il Consorzio osservava, che, ad ogni modo, l'obbligo di sopralluogo, alla luce della disciplina di cui al D.lgs. n. 50/2016 non poteva essere previsto a pena di esclusione. (*“Con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, l'obbligo di sopralluogo non può, in ogni caso, essere imposto a pena di esclusione”*). Deduceva, per l'effetto, la (eventuale) nullità della relativa clausola.

Rilevava, infine, la mera irregolarità dell'omessa sottoscrizione e timbratura e, quanto al punteggio illegittimamente attribuito, che quest'ultimo era riconducibile ad un mero errore materiale di trascrizione nel verbale.

3. - All'udienza del 27/03/2019, previo scambio delle repliche, il ricorso era trattenuto in decisione.

DIRITTO

1. - Oggetto del presente giudizio è l'impugnativa dei provvedimenti con i quali il Consorzio A.S.I. di Salerno, in esito alla procedura indetta con bando pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana n. 14 – 5° serie speciale –

Contratti Pubblici del 2/2/2018, ha disposto l'assegnazione in vendita di un'area (lotto n. 8/d, n. 5 del bando), in favore della Cupo S.r.l., odierna controinteressata.

1.1 - Tanto premesso, ritiene il Collegio – ad un complessivo esame degli atti di causa - di dover vagliare prioritariamente, in ossequio ad un superiore principio di economia processuale, la questione sollevata con il secondo motivo di ricorso, stante la sua evidente fondatezza.

1.2. - In base alla prospettazione della ricorrente, la controinteressata Cupo S.r.l. avrebbe dovuto essere esclusa dalla gara ai sensi del combinato disposto agli artt. 8, comma 7, punto 4 ed 11 del Bando e dell'art. 83, comma 9 del D.lgs. n. 50/2016 (espressamente richiamato dalla *lex specialis*), in ragione della mancata produzione, in allegato alla domanda, del verbale di sopralluogo ivi previsto a pena di esclusione.

Ad avviso della ricorrente, infatti, tale non potrebbe ritenersi, il verbale del sopralluogo “*effettuato dal Sig. Gianvito Parisi, quale amministratore unico, per la partecipazione alla gara del R.T.I. Dea Plast S.r.l., Cupo S.r.l. e Vanità S.r.l., sui lotti nn. 5, 6 e 7*”, in quanto non solo identico a quello prodotto dalle altre concorrenti (in specie, il R.T.I., Dea Plast S.r.l. e la Vanità S.r.l.), ma, comunque, relativo ad altro soggetto (R.T.I.) e ad altra domanda (quella, appunto, dell'R.T.I.).

1.3. - In proposito, si osserva quanto segue.

La *lex specialis*, all'art. 8, punto 4, prevedeva: “*il plico [contenente l'offerta] deve contenere al proprio interno, a pena di esclusione dalla gara e salva la possibilità di procedere al soccorso istruttorio ex art. 83, comma 9 del D.lgs. n. 50/2016: [...] copia del verbale di sopralluogo eseguito presso il lotto/i per il quale/i la concorrente presenta offerta (in caso di offerta per più lotti, bisognerà esibire tanti verbali di sopralluogo quanti sono i lotti di interesse).*”

La norma, letta in combinato disposto con il successivo art. 11 della *lex specialis* (“*le aspiranti concorrenti alla gara dovranno, a pena di esclusione, effettuare il sopralluogo presso i lotti di interesse prima della presentazione dell'offerta. Le richieste di sopralluogo dovranno essere*

inoltrate al Consorzio ASI – referente Enrico Manna – mediante richiesta scritta da inoltrarsi all'indirizzo mail casi@asisalerno.it, in subordine telefonicamente [...]) è chiara, nei termini in cui prescrive, a pena di esclusione, che l'offerta sia corredata da un verbale attestante il sopralluogo dell'offerente (o di un proprio incaricato) sul lotto di interesse, effettuato *prima* della presentazione dell'offerta.

Nell'intento dell'Amministrazione - per come ricavabile anche dall'art. 2 del Bando (*“Per ognuno dei lotti sopra elencati, le concorrenti potranno prendere visione delle perizie di stima eseguite dai competenti organi della S.A. e riceverne copia in occasione del sopralluogo”*) - il sopralluogo era evidentemente da intendersi quale elemento sostanziale necessario al fine di una consapevole (e congrua) offerta, da formularsi una volta presa visione, *in loco*, della reale ed effettiva consistenza dello/i immobile/i proposto/i in vendita e per il/i quale/i il concorrente intendeva manifestare il proprio interesse. Il sopralluogo, in altri termini, si configurava come componente strutturale ed imprescindibile dell'offerta, strumentale a una completa ed esaustiva conoscenza dello stato dei luoghi, e funzionale alla miglior valutazione e stima del valore delle aree (e degli interventi da effettuare), come tale imposto dalla *lex specialis* a garanzia della serietà e precisione della successiva proposta.

Di fondamentale importanza quindi, anche alla luce della particolare natura della gara (avente ad oggetto l'assegnazione a titolo oneroso di terreni), la circostanza che esso fosse specifico (relativo cioè al/i lotto/i di interesse e non ad altri) e riconducibile al singolo concorrente, in quanto effettuato da soggetto munito del potere (generale o *ad hoc*) di rappresentanza dell'ente. Tale, in altri termini, da far acquisire effettiva consapevolezza dell'oggetto, in concreto, della cessione.

E tali elementi, per quanto qui di interesse, dovevano, giocoforza, essere chiaramente evincibili dal verbale delle relative operazioni, da prodursi in allegato alla domanda (art. 8 punto 4 del Bando).

1.4. - Orbene, ad avviso del Collegio, il verbale di sopralluogo prodotto dalla controinteressata a corredo della sua domanda non soddisfa tali requisiti.

In disparte la circostanza (non contestata) per i cui il documento è stato prodotto, identico, in allegato alle domande della Vanità S.r.l. e della Dea Plast, rileva in questa sede, il dato, *ictu oculi* evincibile, del fatto che il sopralluogo ivi attestato (28/02/2018) è stato compiuto dal sig. Gianvito Parisi, n.q. di Amministratore unico della “*DEA Plast, Cupo S.r.l., Vanità S.r.l.*” quale mandataria di un raggruppamento temporaneo di imprese sui lotti nn. 5, 6 e 7, senza ulteriori specificazioni. Il documento, pertanto, dà atto della presa visione, in nome e per conto del R.T.I. costituito dalle società Dea Plast, Cupo S.r.l., Vanità S.r.l., dei lotti 5,6 e 7 e non anche della medesima attività svolta nell’interesse e per conto della Cupo S.r.l. *uti singola* ed in relazione alla sua offerta.

Né la riferibilità del sopralluogo alla Cupo S.r.l. è evincibile *aliunde*, in considerazione dell’estraneità (anche questa non contestata) del sig. Parisi alla compagine sociale della Cupo S.r.l. e dell’assenza, in atti, di un conferimento di incarico avente data certa anteriore allo stesso sopralluogo.

Difettando, in questi termini, la prova del sopralluogo (ragionevolmente) richiesto dal bando a pena di esclusione (artt. 8 e 11), la Cupo S.r.l. avrebbe dovuto essere estromessa dalla procedura.

Né, trattandosi di requisito essenziale, era legittimo il ricorso al soccorso istruttorio (cfr., *ex multis*, T.A.R. Sicilia Palermo Sez. II, 29/01/2019, n. 232 per cui: “*in caso di offerta economica carente dei requisiti essenziali non può essere utilmente invocato il soccorso istruttorio*”). Si aggiunga, peraltro, che la stessa delega prodotta dalla controinteressata, all’esito della richiesta dell’Amministrazione, comunque non avrebbe potuto sanare la carenza originaria del requisito: essa, non reca, infatti, alcuna data di conferimento/sottoscrizione sì da non potersi in alcun modo ritenere, con certezza, che il sopralluogo del 28/02/2018 fosse finalizzato a

sostenere (si ribadisce, quale imprescindibile elemento strutturale) oltre all'offerta del R.T.I., anche l'offerta della Cupo S.r.l. Ed anzi, proprio l'identità dei verbali di sopralluogo presentati dalle partecipanti tra loro collegate, induce ragionevolmente a ritenere che sia stato effettuato un solo sopralluogo, presumendo (come visto, erroneamente) la fungibilità del relativo verbale per più domande.

Alla luce di tali considerazioni il secondo motivo di ricorso è fondato.

Non incide sul punto quanto argomentato dal Consorzio, in ordine alla possibile nullità della clausola di esclusione prevista dal bando (artt. 8 e 11), in ragione della nuova disciplina di cui al D.lgs. 50/2016, per come attuata dal diritto vivente.

In disparte la considerazione per cui la giurisprudenza citata in memoria è relativa a fattispecie del tutto eterogenee (appalti di servizi di refezione e trasporto scolastico) assume valore dirimente, in proposito, un altro dato: vertendosi, nel caso di specie, in materia di alienazione a titolo oneroso di beni appartenenti alla Pubblica Amministrazione (nella specie, aree industriali) e, quindi, nel novero dei contratti cd. attivi della P.A., soggetti alla legislazione di contabilità di Stato, risultano del tutto inapplicabili, se non nei ristrettissimi limiti posti dall'art. 4 e salvo espresso richiamo, le norme recate dal D.lgs. n. 50/2016, (*“l'affidamento [...] dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica”* cfr., in proposito, da ultimo, T.A.R. Firenze 05/03/2019 , n. 332.).

Il secondo motivo di ricorso va pertanto accolto.

1.5. - Dall'accoglimento del secondo motivo discende l'assorbimento delle ulteriori censure.

1.6. – Conclusivamente il ricorso va accolto con annullamento, *in parte qua*, dei provvedimenti impugnati. In considerazione dell'inapplicabilità – sopra vista – delle norme in materia di appalti pubblici, non può tuttavia farsi luogo

applicazione del combinato disposto di cui agli artt. 119, 120 e 133 lett. e) n.1) c.p.a. nei termini invocati dal ricorrente.

3. - Considerata la peculiarità della fattispecie, sussistono giusti motivi per compensare, tra le parti, le spese di lite.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale della Campania sezione staccata di Salerno (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, accoglie il ricorso nei termini di cui in motivazione.

Compensa, tra le parti, le spese di lite.

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

Così deciso in Salerno nella camera di consiglio del giorno 27 marzo 2019 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Riccio, Presidente

Angela Fontana, Primo Referendario

Valeria Nicoletta Flammini, Referendario, Estensore

L'ESTENSORE
Valeria Nicoletta Flammini

IL PRESIDENTE
Francesco Riccio

IL SEGRETARIO