



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 il Veneto

(Sezione Prima)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 613 del 2013, proposto dalla Marr S.p.A., in persona del legale rappresentante pro tempore, sig. Pierpaolo Rossi, rappresentata e difesa dagli avv.ti Giovanni Maria Boldrini, Marco Boldrini e Ulla Lucatello e con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Venezia-Mestre, via Garibaldi nn. 36/38

contro

Istituto Assistenza Anziani – Verona, in persona del Presidente pro tempore, prof.ssa Anna Maria Leone, rappresentato e difeso dall'avv. Mario Testa e con domicilio eletto presso lo studio dell'avv. Pier Vettor Grimani, in Venezia, S. Croce, n. 466/G

nei confronti di

Rossi Giants S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, dr. Fabrizio Basso, rappresentata e difesa dagli avv.ti Mauro Contin, Francesco Rucco e Raffaella Mainardi e con domicilio eletto presso lo studio di quest'ultima, in Venezia-Mestre, via Cappuccina, n. 19/b

per l'annullamento,

previa sospensione dell'esecuzione,

- della procedura ristretta per la fornitura globale di generi di vitto fino al 31 dicembre 2017 con opzione di rinnovo, indetta dall'Istituto Assistenza Anziani di Verona con deliberazione n. 41 del 7 novembre 2012 (CIG n. 4730747FE8);
- dei verbali di gara del 13, 19, 21 e 27 febbraio 2013, dei tre verbali dell'8 marzo 2013, nonché del verbale di gara del 13 marzo 2013;
- dell'aggiudicazione definitiva dell'appalto in favore della Rossi Giants S.r.l., comunicata a Marr S.p.A. con nota prot. n. 003312 del 14 marzo 2013 ricevuta il 20 marzo 2013;
- del capitolato speciale, con particolare riferimento agli artt. 23 e 24;
- di ogni altro atto antecedente, conseguente, preordinato e comunque connesso, inclusa l'eventuale sottoscrizione del contratto per la declaratoria di inefficacia del contratto eventualmente sottoscritto per l'ottenimento dell'aggiudicazione, con disponibilità, altresì, al subentro nel contratto eventualmente nelle more sottoscritto in subordine, per la condanna al risarcimento per equivalente del danno in dipendenza degli atti menzionati nonché, ancora, per l'annullamento
- della nota dell'Istituto Assistenza Anziani di Verona prot. n. 3880 del 26 marzo 2013, ricevuta in data 29 marzo 2013, con la quale è stato negato l'accesso agli atti di gara richiesto da Marr S.p.A. e, segnatamente, l'accesso all'offerta tecnica della Rossi Giants S.r.l.;
- di ogni altro atto antecedente, conseguente, preordinato o comunque connesso a quello impugnato, con particolare riguardo alle comunicazioni intercorse relative all'istanza di accesso e per l'accertamento

del diritto ad aver accesso agli atti di gara e comunque a tutta la documentazione prodotta dalla ditta aggiudicataria.

Visti il ricorso principale ed i relativi allegati;

Vista l'istanza di sospensione dell'esecuzione degli atti impugnati, presentata in via incidentale dalla ricorrente principale Marr S.p.A.;

Visti il controricorso e la documentazione dell'Istituto Assistenza Anziani – Verona;

Visti il controricorso ed i documenti della Rossi Giants S.r.l.;

Visti il ricorso incidentale della Rossi Giants S.r.l. ed i relativi allegati;

Visto il ricorso ex art. 116, comma 2, c.p.a. presentato dalla Marr S.p.A., con i relativi allegati;

Viste le ulteriori memorie della Marr S.p.A.;

Vista l'ordinanza n. 308/13 del 20 giugno 2013, con cui è stata respinta l'istanza cautelare;

Vista, altresì, l'ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. III, n. 3625/2013 del 13 settembre 2013, con cui è stato respinto l'appello proposto contro la precedente;

Viste le memorie conclusive e le repliche depositate dalle parti;

Visti tutti gli atti della causa;

Nominato relatore nell'udienza pubblica dell'8 novembre 2017 il dott. Pietro De Berardinis;

Uditi per le parti i difensori, come specificato nel verbale;

Ritenuto in fatto e considerato in diritto quanto segue

FATTO

La ricorrente, Marr S.p.A. (“Marr”), espone di essere azienda leader nel settore della distribuzione specializzata di prodotti alimentari, con esperienza pluridecennale nella ristorazione commerciale e collettiva, un'organizzazione commerciale di n. 650 venditori ed una rete logistico-distributiva che copre l'intero territorio nazionale.

L'esponente ha partecipato alla procedura ristretta per la fornitura globale di generi di vitto indetta dall'Istituto Assistenza Anziani di Verona ("Istituto") con deliberazione n. 41 del 7 novembre 2012 (CIG n. 4730747FE8).

La durata della fornitura è stata prevista fino al 31 dicembre 2017, con opzione di rinnovo fino a un massimo di tre anni, per un importo complessivo a base d'asta di € 4.275.000,00, I.V.A. esclusa; il criterio di aggiudicazione prescelto era quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

In esito alle operazioni di gara, la Marr S.p.A. si è classificata al secondo posto, mentre l'appalto è stato aggiudicato alla Rossi Giants S.r.l. ("Rossi Giants"), come da nota dell'Istituto prot. n. 003312 del 14 marzo 2013, ricevuta il successivo 20 marzo.

L'esponente ritiene che la procedura di gara si sia svolta irregolarmente, per i motivi infra esposti, e che, perciò, l'aggiudicazione definitiva della fornitura alla controinteressata debba essere annullata, con rinnovazione dell'intera procedura, ovvero che debba disporsi l'aggiudicazione della stessa in proprio favore, ove sia accertata la sussistenza di irregolarità tali che avrebbero dovuto comportare l'esclusione della Rossi Giants dalla gara.

Ciò premesso, con il ricorso indicato in epigrafe la Marr ha impugnato gli atti di gara ed in specie il provvedimento di aggiudicazione definitiva dell'appalto alla controinteressata, i verbali di gara, il capitolato speciale (con particolare riferimento agli artt. 23 e 24) ed il contratto eventualmente nelle more sottoscritto dalla P.A. con l'aggiudicataria, chiedendone l'annullamento, previa sospensione dell'esecuzione. Inoltre, ha proposto domande di declaratoria dell'inefficacia del predetto contratto, di ottenimento dell'aggiudicazione, di subentro nel contratto stesso e, in subordine, di risarcimento del danno per equivalente monetario.

A supporto del gravame, la società ha formulato le seguenti doglianze, articolandole in tre motivi: violazione degli artt. 83 e 84 del d.lgs. n. 163/2006, violazione degli artt. 283 e 284 e dell'allegato "P" del d.P.R. n. 207/2010,

violazione dei principi di pubblicità e trasparenza delle sedute della Commissione di gara, nonché di trasparenza e di imparzialità dell'azione amministrativa e di par condicio competitorum, illegittimità delle previsioni di cui agli artt. 23 e 24 del capitolato speciale, nonché dei verbali di gara.

In estrema sintesi, la ricorrente lamenta che nel caso di specie: 1) l'apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche si sarebbe svolta in seduta non pubblica, 2) per di più, ad opera della Commissione tecnica e non della Commissione giudicatrice (unico organo legittimato).

Lamenta inoltre che: 3) la Commissione tecnica avrebbe valutato le offerte senza conoscere i criteri di valutazione (non stabiliti dalla lex specialis di gara) e senza sapere se avrebbe dovuto procedere collegialmente o singolarmente.

La Marr ha inoltre depositato, in data 8 maggio 2013, istanza di accesso agli atti ex art. 116, comma 2, c.p.a., chiedendo l'annullamento della nota dell'Istituto Assistenza Anziani prot. n. 3880 del 26 marzo 2013, con cui era stata rigettata la sua richiesta di accedere agli atti di gara e, segnatamente, all'offerta tecnica della Rossi Giants, e l'accertamento del proprio diritto ad accedere agli atti di gara e, comunque, a tutta la documentazione prodotta dall'aggiudicataria.

Si è costituito in giudizio l'Istituto Assistenza Anziani di Verona, depositando controricorso con cui ha eccepito, in via preliminare, la tardività e, comunque, l'inammissibilità per più versi del primo motivo di ricorso, nonché l'inammissibilità del secondo e del terzo motivo, per carenza di interesse; nel merito, ha poi eccepito l'infondatezza di tutti e tre i motivi del ricorso, concludendo per il suo rigetto, per la declaratoria di inammissibilità della domanda di risarcimento dei danni e per il previo rigetto dell'istanza cautelare. Si è, altresì, costituita in giudizio la controinteressata Rossi Giants S.r.l., depositando controricorso e successivo ricorso incidentale cd. escludente, con cui ha chiesto la declaratoria di inammissibilità o comunque il rigetto del ricorso principale, stante il difetto di legittimazione della Marr S.p.A. alla sua proposizione.

A supporto del suddetto ricorso incidentale la Rossi Giants ha dedotto i seguenti motivi:

- violazione dell'art. 38 del d.lgs. n. 163/2006, con conseguente illegittima ammissione della Marr alla gara oggetto di giudizio, in quanto, pur avendo la predetta Marr stipulato il 19 dicembre 2012 – ancor prima della domanda di partecipazione alla gara (24 dicembre 2012) – un contratto di affitto di un ramo d'azienda con la ditta Scapa Italia S.p.A. (in concordato preventivo), nella documentazione amministrativa prodotta in gara dalla ricorrente principale mancherebbero riferimenti all'operazione e, soprattutto, mancherebbero le dichiarazioni ex art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 relative ai legali rappresentanti della società concedente l'affitto;

- in subordine, violazione dell'art. 51 del d.lgs. n. 163/2006 per mancanza della dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006, giacché, anche ad ammettere che il contratto di affitto del ramo d'azienda abbia acquistato efficacia in epoca successiva all'apertura della documentazione amministrativa, ai sensi dell'art. 51 del d.lgs. n. 163/2006 (disposizione che prescrive la verifica dei requisiti generali e speciali, all'esito delle modifiche soggettive del partecipante, in tutte le fasi del procedimento di gara) la Marr avrebbe dovuto produrre le dichiarazioni ex art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 riferentisi ai legali rappresentanti della società concedente l'affitto, dal primo momento utile e senza attendere l'esito della gara.

La ricorrente principale ha depositato memoria in data 8 maggio 2013 e poi ancora 17 giugno 2013, replicando alle eccezioni delle controparti ed al ricorso incidentale, ed insistendo nelle conclusioni già rassegnate.

L'istanza cautelare presentata dalla ricorrente principale è stata respinta con ordinanza n. 308/13 del 20 giugno 2013, attesa la carenza di *fumus boni juris*. Avverso detta ordinanza la Marr ha interposto appello, respinto dal Consiglio di Stato, Sezione III[^], con ordinanza n. 3625/2013 del 13 settembre 2013.

In vista dell'udienza pubblica la Marr e l'Istituto hanno depositato memorie e repliche, insistendo nelle rispettive tesi e difese.

Con particolare riguardo al giudizio incidentale di accesso ex art. 116, comma 2, c.p.a., la società ha preso atto del deposito in giudizio, ad opera dell'Amministrazione resistente, della documentazione oggetto dell'istanza ostensiva, insistendo per la condanna dell'Istituto alla refusione delle spese di lite. L'Istituto, a sua volta, ha reiterato le già formulate eccezioni di rito e di merito, insistendo per il rigetto, altresì, della domanda di risarcimento dei danni.

All'udienza pubblica dell'8 novembre 2017 la causa è stata trattenuta in decisione.

DIRITTO

In via preliminare, il Collegio dà atto che l'istanza di accesso avanzata dalla Marr in via incidentale in pendenza del giudizio ed all'interno di questo, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a., ha ricevuto integrale soddisfacimento con il deposito in atti della documentazione richiesta effettuato in data 20 maggio 2013 dall'Istituto resistente, come ammesso dalla stessa ricorrente principale con la memoria conclusiva depositata il 5 ottobre 2017.

Per l'effetto, sul giudizio incidentale d'accesso promosso dalla Marr ex art. 116, comma 2, c.p.a., va dichiarata la cessazione della materia del contendere di cui all'art. 34, comma 5, c.p.a., rinviando la statuizione sulle spese del ridotto giudizio incidentale a quanto si dirà più oltre, in generale, in punto di liquidazione delle spese.

Venendo ora al giudizio principale, osserva preliminarmente il Collegio che esso si compone di un ricorso principale e di un ricorso incidentale cd. escludente.

La ricorrente principale (Marr), che propone anche domanda di risarcimento dei danni, impugna gli atti di gara e in specie l'aggiudicazione definitiva dell'appalto alla controinteressata.

Quest'ultima (Rossi Giants), dal canto suo, propone ricorso incidentale cd. escludente, finalizzato a contestare l'omessa esclusione dalla procedura ristretta della ricorrente principale (la quale, perciò, sarebbe priva della legittimazione a ricorrere).

Conseguentemente, il Collegio deve dare priorità all'esame dell'ordine di decisione delle questioni, vista la proposizione da parte della controinteressata di un ricorso incidentale "escludente", inteso a contestare la legittimazione della ricorrente principale, tramite la censura della sua ammissione alla procedura di gara (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. I, 15 aprile 2017, n. 273; id., 24 agosto 2016, n. 977; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 31 maggio 2016, n. 6271).

Invero, secondo un diffuso indirizzo giurisprudenziale, affermatosi con la decisione dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 4 del 7 aprile 2011 e ribadito in epoca più recente dall'Adunanza Plenaria con decisione n. 9 del 25 febbraio 2014, il ricorso incidentale escludente ha priorità logico-giuridica rispetto all'esame del ricorso principale, ponendo esso la questione della legittimazione al ricorso del ricorrente principale. Per l'effetto, ove il medesimo ricorso incidentale risulti fondato, il suo accoglimento condurrà alla declaratoria di inammissibilità del ricorso principale per carenza di legittimazione attiva: ciò, atteso che, per questa impostazione, la partecipazione legittima alla gara del concorrente non vincitore rappresenta fattore legittimante alla proposizione del ricorso avverso l'aggiudicazione.

È, nondimeno, a tutti ben noto che nella materia in esame è intervenuta la sentenza della Corte di giustizia U.E. del 5 aprile 2016, n. C-689/13 (Puligienica c/Airgest S.p.A.), la quale ha affermato il principio secondo cui "l'art. 1 paragrafi 1 comma 3, e 3 della direttiva del Consiglio C.E.E. del 21 dicembre 1989 n. 665 come modificata dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, va interpretato nel senso che osta a che un ricorso principale proposto da un offerente, il quale abbia interesse a ottenere l'aggiudicazione di un determinato appalto e che sia stato o rischi di essere lesa a causa di una presunta violazione del diritto

dell'Unione in materia di appalti pubblici o delle norme che traspongono tale diritto, e diretto a ottenere l'esclusione di un altro offerente, sia dichiarato irricevibile in applicazione di norme processuali nazionali che prevedono l'esame prioritario del ricorso incidentale presentato da detto altro offerente": ciò, anche a prescindere dal numero dei partecipanti alla procedura.

Orbene, secondo l'indirizzo giurisprudenziale affermatosi dopo la sentenza della Corte di Giustizia U.E., nel processo amministrativo in materia di appalti di opere pubbliche è doveroso l'esame del ricorso principale, a fronte della proposizione di un ricorso incidentale cd. escludente ed a prescindere dal numero delle imprese che hanno partecipato alla gara, quando l'accoglimento dello stesso produca come effetto conformativo un vantaggio, anche mediato e strumentale, per il ricorrente principale: un simile genere di vantaggio può essere rinvenuto anche in quello al successivo riesame, in autotutela, delle offerte affette dal medesimo vizio riscontrato con la sentenza di accoglimento. Rimane, invece, compatibile con il diritto europeo sull'effettività della tutela in materia di pubbliche gare una regola nazionale, la quale impedisce l'esame del ricorso principale nelle ipotesi in cui dal suo accoglimento il ricorrente principale non ricavi, con assoluta certezza, alcuna utilità, nemmeno in via mediata e strumentale.

A detto orientamento, espresso dal Consiglio di Stato con decisione della Sez. III, 26 agosto 2016, n. 3708, ha aderito questa Sezione con talune recenti pronunce (T.A.R. Veneto, Sez. I, n. 273/2017 e n. 977/2016, citt.; id., 21 dicembre 2016, n. 1416).

Ebbene, nella fattispecie all'esame, il ricorso incidentale cd. escludente non sembra elidere l'interesse della ricorrente principale all'esame del gravame da essa proposto, potendo quest'ultima ricavare dal suo eventuale accoglimento una chiara utilità strumentale. Ciò, in quanto il primo e il secondo motivo del ricorso principale intendono infirmare la procedura di affidamento nel suo complesso considerata e portano, ove accolti, all'annullamento dell'intera

procedura ristretta, visto che con essi si censura, in parte qua, la stessa *lex specialis* di gara.

Vero è che ad oggi l'appalto ha avuto in sostanza integrale esecuzione, essendo stata la sua durata fissata dall'art. 2 della lettera di invito/capitolato speciale (all. 1 al ricorso principale) per il periodo dal 1° aprile 2013 al 31 dicembre 2017. Nondimeno, lo stesso art. 2 prevede, altresì, l'opzione di rinnovo della fornitura, in favore dell'aggiudicatario, per un massimo di altri tre anni: in disparte l'interesse risarcitorio, è, quindi, evidente l'interesse della Marr all'annullamento degli atti di gara, se non altro al fine di porre nel nulla l'opzione di rinnovo, cosicché la stazione appaltante sia costretta ad indire una nuova procedura ad evidenza pubblica onde individuare l'affidatario della fornitura – almeno – per il periodo di tempo considerato dalla suddetta opzione.

Occorre precisare, al riguardo, che le censure dedotte con il primo ed il secondo motivo del ricorso principale hanno portata assorbente rispetto al terzo motivo: infatti, le illegittimità procedurali che intendono sanzionare (apertura delle buste con le offerte tecniche in seduta non pubblica e da parte di un organo incompetente) sono tali che – come detto –, se accolte, porterebbero all'annullamento dell'intera procedura ristretta, con il corollario che resterebbe preclusa l'aggiudicazione dell'appalto alla ricorrente principale. Né la ricorrente principale ha chiesto la valutazione del primo e del secondo motivo subordinatamente all'accertamento dell'infondatezza del terzo motivo: anzi, la numerazione dei motivi depone per l'opposta tesi.

Ma c'è di più.

La medesima Marr, infatti, propone domanda di risarcimento del danno, in via principale, in forma specifica, inteso come “rinnovo della procedura, previo annullamento dell'aggiudicazione” (v. pag. 21 del ricorso principale). Aggiunge inoltre la società che “in tal modo il buon diritto di Marr S.p.a. verrebbe realmente tutelato, sicché restano esclusi tutti i danni da risarcire per equivalente, a parte il danno emergente legato alle spese aggiuntive”, incluse

quelle per la proposizione del ricorso. Anche da tale punto di vista, quindi, l'utilità strumentale che la società potrebbe ricavare dall'accoglimento del ricorso principale non verrebbe elisa neppure nell'ipotesi di accoglimento del ricorso incidentale cd. escludente.

Il punto necessita di un ulteriore approfondimento.

In proposito può, infatti, obiettarsi che il ricorso incidentale censura la mancata esclusione dalla gara della Marr per non avere questa né allegato all'offerta, né prodotto successivamente, la dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. c), del d.lgs. n. 163/2006 (condanne subite) resa dai legali rappresentanti della Scapa Italia S.p.A., ditta che ha ceduto un ramo d'azienda alla ridetta ricorrente principale. Si potrebbe, pertanto, ipotizzare che, all'eventuale accoglimento del ricorso incidentale consegua, con l'esclusione della Marr dalla gara, la segnalazione della stessa all'A.N.A.C. ai fini della sospensione dalle procedure di affidamento prevista dall'art. 48, comma 1, ult. periodo, del d.lgs. n. 163/2006: e detta sospensione potrebbe comportare l'impossibilità per la Marr di partecipare all'indizione della nuova gara, venendo così l'accoglimento del ricorso incidentale ad elidere qualsiasi interesse, anche di tipo strumentale, della società all'accoglimento del ricorso principale.

Il ragionamento non convince.

Invero, vi sono anzitutto dubbi circa la riferibilità o meno delle misure ex art. 48 del d.lgs. n. 163/2006 – e in particolare, per quanto qui interessa, della sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento – non già ai soli requisiti di partecipazione (requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa richiesti dal bando di gara), ma anche ai requisiti ex art. 38 cit. e, in specie, a quelli di moralità professionale (in senso contrario C.d.S., Sez. V, 25 febbraio 2016, n. 775; id., 11 gennaio 2012, n. 80; T.A.R. Veneto, Sez. I, 28 maggio 2013, n. 768).

D'altro lato, nel caso di specie la circostanza che il contratto d'affitto d'azienda stipulato dalla Marr con la Scapa Italia S.p.A. fosse sottoposto a condizione sospensiva, con efficacia successiva alla data di presentazione della

domanda di partecipazione alla procedura per cui è causa, induce il Collegio a escludere, in virtù della complessità della vicenda e delle questioni giuridiche ad essa sottese, che la Marr possa essere considerata responsabile di qualche inadempimento, o che il suo comportamento si connoti come colpevole. Con il ché resterebbe comunque esclusa, pur ove il ricorso incidentale cd. escludente fosse fondato e da accogliere, la possibilità di assoggettare la società alla segnalazione all'A.N.A.C. per la sospensione dalle procedure di affidamento di appalti pubblici, trattandosi di una grave misura sanzionatoria che non può prescindere, prima della sua irrogazione, dal compimento di una valutazione in ordine all'effettiva responsabilità dell'impresa ed alla gravità e colpevolezza del comportamento da sanzionare (cfr., ex multis, C.d.S., Sez. IV, 22 dicembre 2014, n. 6302; T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 23 dicembre 2015, n. 858; T.A.R. Piemonte, Sez. I, 2 maggio 2015, n. 711; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II, 5 giugno 2014, n. 5993).

Ne deriva, in conclusione, che nel caso di specie il Collegio, a prescindere dall'ordine di esame dei ricorsi, è comunque tenuto ad analizzare il ricorso principale, non essendo esonerato dal suo esame per il mero fatto della presenza di un ricorso incidentale cd. escludente.

Ultimata tale necessaria premessa ed iniziando, appunto, dal ricorso principale, si devono esaminare in via prioritaria le eccezioni processuali di tardività e di inammissibilità proposte avverso lo stesso dall'Istituto resistente, attesa l'idoneità di dette eccezioni, laddove accolte, a precludere – almeno in parte – l'esame del merito del gravame.

Nello specifico, l'Istituto resistente eccepisce innanzitutto la tardività del primo motivo di ricorso, in quanto la Marr avrebbe dovuto impugnare immediatamente la clausola della *lex specialis* di gara (art. 24, terzo comma, del capitolato speciale) che, a detta dell'Istituto, avrebbe previsto l'apertura in seduta non pubblica delle buste con le offerte tecniche: ciò che non è avvenuto, avendo la società provveduto ad impugnare la ridetta clausola della

lex specialis unitamente all'aggiudicazione (solo) con il ricorso principale in epigrafe.

L'eccezione è palesemente infondata, poiché, anche se si volesse intendere l'art. 24, terzo comma, del capitolato speciale nel senso preteso dall'Istituto (e cioè che esso legittimasse l'apertura delle buste con le offerte tecniche in seduta non pubblica), comunque tale previsione della lex specialis non rientrerebbe tra le clausole cd. escludenti, soggette ad impugnazione immediata entro il termine di decadenza decorrente dalla pubblicazione del bando.

Ed invero, come affermato dalla giurisprudenza assolutamente prevalente, nonché di recente anche da questo Tribunale (cfr. T.A.R. Veneto, Sez. III, 21 luglio 2017, n. 731), nelle gare d'appalto sono clausole della lex specialis immediatamente lesive e, pertanto, immediatamente impugnabili senza attendere la loro concreta applicazione da parte della stazione appaltante, anzitutto le clausole che determinano una sicura preclusione all'ammissione alla gara di un potenziale concorrente. Si tratta, cioè, di clausole che certamente e senza alcun margine di opinabilità conducono all'esclusione del concorrente, o aspirante tale, che versi in una situazione incompatibile con quella prevista, a pena di esclusione, dalla lex specialis.

In secondo luogo, l'onere dell'impugnazione immediata di clausole contenute negli atti di indizione della gara può sussistere ove le relative clausole impediscano, indistintamente a tutti i concorrenti, una corretta e consapevole elaborazione dell'offerta. Detta situazione si verifica qualora la legge di gara contenga disposizioni abnormi, che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara, ovvero abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell'offerta, o, ancora, condizioni negoziali che configurino il rapporto contrattuale in termini di eccessiva onerosità e di obiettiva non convenienza, ed ancora imposizione di obblighi contra jus.

Viceversa, l'onere di immediata impugnazione del bando di gara deve escludersi nei riguardi delle clausole dotate solo di astratta e potenziale lesività, la cui idoneità a produrre un'effettiva lesione potrebbe essere valutata unicamente all'esito della procedura selettiva, ove detto esito sia negativo per l'interessato: in tale ipotesi il termine per impugnare gli atti di gara, che eventualmente abbiano concretizzato la lesione della posizione giuridica dedotta in giudizio, non può che decorrere dalla conoscenza del provvedimento di aggiudicazione in favore di terzi.

Ebbene, nel caso di specie ad avviso del Collegio non v'è dubbio che la clausola in esame della *lex specialis* non rientri in alcuna delle categorie di clausole cd. escludenti sopra elencate. Ed invero, la disciplina dettata dall'art. 24, terzo comma, del capitolato speciale (e che per la stazione appaltante avrebbe legittimato l'apertura delle buste contenenti le offerte tecniche in seduta non pubblica) non è, con ogni evidenza, impeditiva né della partecipazione alla gara, né di una corretta e consapevole elaborazione dell'offerta, non prescrivendo essa condizioni abnormi, ovvero oneri sproporzionati o *contra jus*. Per conseguenza, non vi era nessun onere di immediata impugnazione di detta clausola a carico della Marr.

Sempre in via pregiudiziale, l'Istituto resistente eccepisce altresì l'inammissibilità del primo motivo del ricorso principale, per non avere Marr precisato quale interesse avesse a censurare la mancata apertura dei plichi con le offerte tecniche in seduta pubblica. Ciò, in quanto: a) l'offerta della stessa ricorrente è stata ammessa; b) la società non avrebbe dedotto alcunché circa i motivi di esclusione dell'offerta dell'aggiudicataria; c) non sarebbe stato addotto alcun elemento in relazione a possibili manomissioni dei plichi; d) i verbali di gara, ed in specie quello della seduta pubblica del 13 febbraio 2013, che attesta la conservazione delle buste contenenti le offerte tecniche e quelle economiche chiuse e sigillate, per le successive fasi della gara, fanno piena prova, fino a querela di falso, di quanto in essi affermato.

In contrario, tuttavia, si deve osservare che l'apertura in seduta pubblica dei plichi recanti le offerte tecniche soddisfa – oltre le esigenze pubblicistiche di trasparenza e pubblicità delle gare pubbliche – l'esigenza di tutela della parità di trattamento dei concorrenti, ai quali va permesso di effettuare gli opportuni riscontri sulla regolarità formale degli atti prodotti e di avere così la garanzia che non siano successivamente intervenute indebite alterazioni. Dette esigenze non vengono soddisfatte dalla mera constatazione, in seduta pubblica, dell'integrità delle buste, poiché una tale misura non consente ai concorrenti presenti di prendere contezza dei documenti recanti le offerte tecniche, così come avviene per i documenti amministrativi e per le offerte economiche: in questo modo i concorrenti, senza una ricognizione pubblica del contenuto documentale delle offerte, non risultano garantiti dal pericolo di manipolazioni successive delle offerte proprie e di quelle altrui, dovute eventualmente ad inserimenti, sottrazioni o alterazioni di documenti (C.d.S., A.P., 28 luglio 2011, n. 13). Ne segue l'infondatezza della riferita eccezione di inammissibilità, intendendosi con l'apertura delle buste in seduta pubblica prevenire già solo il rischio potenziale di manipolazioni successive delle offerte, con un'anticipazione della soglia di tutela analoga a quanto avviene in tema di violazione del principio di segretezza delle offerte (cfr. C.d.S., Sez. V, 12 febbraio 2008, n. 490; T.A.R. Lazio, Latina, Sez. I, 7 giugno 2012, n. 448). Da ultimo, l'Istituto resistente eccepisce l'inammissibilità delle doglianze della Marr, poiché, sebbene quest'ultima abbia formalmente esteso il ricorso principale all'impugnazione anche del capitolato speciale, “con particolare ma non esclusivo riferimento agli artt. 23 e 24”, tuttavia nessuna censura verrebbe poi espressamente articolata contro le previsioni in oggetto della lex specialis di gara ed anzi la Marr esporrebbe alcune deduzioni in via palesemente dubitativa.

Ad avviso del Collegio, tuttavia, l'eccezione non può essere condivisa: essa, invero, risulta infondata in punto di fatto, avendo la ricorrente principale espressamente censurato l'interpretazione che, delle clausole della lex specialis

concernenti la procedura di apertura e di esame delle buste con le offerte tecniche, ha fornito la Commissione di gara (v. pp. 11-12 del ricorso, lì dove si afferma che nella *lex specialis* “è precisato che le offerte tecniche saranno valutate, come è doveroso, in sede non pubblica ma non è precisato ed espressamente consentito che possano essere aperte in seduta non pubblica” e che, pertanto, “facendo applicazione della regola di diritto ricavabile dalla richiamata sentenza del Consiglio di Stato n. 7470/2010, la commissione avrebbe dovuto aprire in seduta pubblica le buste contenenti le offerte tecniche dei ricorrenti”).

In secondo luogo, raccogliendo il suggerimento fornito al riguardo dall’ordinanza del Consiglio di Stato, Sez. V, n. 3625/2013 del 13 settembre 2013, di rigetto dell’appello cautelare, si deve escludere la sussistenza di un obbligo della ricorrente principale di impugnare le surriferite clausole della *lex specialis* (artt. 23 e 24 del capitolato speciale), poiché, non avendo esse prescritto alcunché in ordine alle modalità di apertura dei plichi contenenti le offerte tecniche, la Commissione giudicatrice aveva un preciso obbligo di interpretarle comunque in conformità ai principi ed alle vigenti norme di legge: norme e principi che – come si vedrà subito – imponevano l’apertura dei menzionati plichi in seduta pubblica.

Ed infatti, nel merito, il primo motivo del ricorso principale è palesemente fondato e da accogliere, poiché all’epoca di svolgimento della gara (primi mesi del 2013) doveva ritenersi senz’altro vigente la regola, imposta dalla disciplina legale dell’affidamento dei contratti pubblici, in base alla quale le operazioni di apertura delle buste recanti le offerte tecniche debbono svolgersi in seduta pubblica (cfr. C.d.S., A.P., n. 13/2011, cit.).

In particolare, la citata decisione dell’Adunanza Plenaria n. 13/2011 ha rinvenuto la base normativa della regola di apertura ora enunciata nel principio di pubblicità delle gare, radicato in canoni di diritto comunitario ed interno costantemente applicati dalla giurisprudenza amministrativa.

In proposito la decisione richiama, oltre all'art. 97 Cost, le direttive nn. 2004/17/CE e 2004/18/CE, da cui è scaturito il d.lgs. n. 163/2006, in vigore all'epoca dei fatti, le quali affermano esplicitamente che le amministrazioni aggiudicatrici "agiscono con trasparenza".

Orbene, il d.lgs. n. 163/2006, nel recepire le riferite direttive, all'art. 2, comma 1, specifica il precetto comunitario imponendo che l'aggiudicazione degli appalti pubblici avvenga nel rispetto del principio, oltre che di trasparenza, di "pubblicità con le modalità indicate dal presente codice".

E se è vero – osserva l'Adunanza Plenaria – che il d.lgs. n. 163 cit. non enuncia direttamente alcuna regola specifica in tema di svolgimento delle sedute di gara, tuttavia, da un lato, all'art. 2, comma 3, rende applicabili le disposizioni sul procedimento amministrativo previste dalla l. n. 241/1990 "per tutto quanto non espressamente previsto nel presente codice"; d'altro lato, rimette al regolamento la disciplina delle modalità con cui devono operare le commissioni che procedono alla scelta dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 84).

Sotto quest'ultimo profilo, l'Adunanza Plenaria ricorda come il regolamento di attuazione del d.lgs. n. 163/2006 (d.P.R. n. 207/2010) si sia orientato a garantire la pubblicità per tutte le operazioni di gara, compresa la comunicazione dell'eventuale anomalia dell'offerta (art. 121), ed abbia previsto la seduta riservata per le valutazioni di natura tecnico-discrezionale.

Ciò premesso, l'Adunanza Plenaria sottolinea come, per la giurisprudenza, la verifica dell'integrità dei plichi (operazione preliminare da svolgere in seduta pubblica) non esaurisca la sua funzione nella constatazione che gli stessi non hanno subito manomissioni o alterazioni, ma sia destinata a garantire che il materiale documentario trovi correttamente ingresso nella procedura di gara: la pubblicità delle sedute, infatti, risponde all'esigenza di tutela non soltanto della parità di trattamento dei concorrenti (come già ricordato più sopra), ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex

post, una volta rotti i sigilli ed aperti i plichi, in mancanza di un riscontro immediato. Detta regola – conclude la Plenaria – costituendo una corretta interpretazione dei principi comunitari e interni in materia di trasparenza e di pubblicità nelle gare per i pubblici appalti, merita di essere confermata e ribadita con specifico riferimento all’apertura della busta dell’offerta tecnica: infatti tale operazione, come per la documentazione amministrativa e l’offerta economica, costituisce anch’essa un passaggio essenziale e determinante dell’esito della procedura concorsuale, e, pertanto, richiede di essere presidiata dalle medesime garanzie, a tutela degli interessi privati e pubblici coinvolti dal procedimento.

Successivamente all’ora vista pronuncia della Plenaria è intervenuto l’art. 12 del d.l. n. 52/2012, conv. con l. n. 94/2012, il quale:

- al comma 1, ha inserito nell’art. 120, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010 il seguente periodo: “La commissione, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti”;

- al comma 2, ha altresì inserito nell’art. 283, comma 2, del d.P.R. n. 207/2010 il seguente periodo: “La commissione, costituita ai sensi dell’articolo 84 del codice, anche per le gare in corso ove i plichi contenenti le offerte tecniche non siano stati ancora aperti alla data del 9 maggio 2012, apre in seduta pubblica i plichi contenenti le offerte tecniche al fine di procedere alla verifica della presenza dei documenti prodotti”.

La giurisprudenza ha affermato che l’art. 12 cit., pur non potendo considerarsi norma avente portata ricognitiva del principio sancito dall’Adunanza Plenaria n. 13/2011, ma avendo la specifica funzione transitoria di salvaguardare gli effetti delle procedure concluse o pendenti alla data del 9 maggio 2012, nelle quali si sia proceduto all’apertura dei plichi in seduta riservata (e contenendo per questo aspetto una sanatoria di dette procedure), ha normato la regola di diritto definita dalla decisione della

Plenaria in commento, e nel contempo ha precisato che l'obbligo della seduta pubblica decorre dal 9 maggio 2012 (C.d.S., A.P., 27 giugno 2013, n. 16; id., 22 aprile 2013, n. 8).

Nel caso ora all'esame, pertanto, concernente una procedura svoltasi in epoca ben successiva alla data del 9 maggio 2012, la Commissione giudicatrice avrebbe dovuto interpretare le clausole della lex specialis di gara alla luce della surriferita regola enunciata dall'Adunanza Plenaria n. 13/2011 cit. e ribadita dall'art. 12 del d.l. n. 52/2012 e, per conseguenza, procedere all'apertura in seduta pubblica dei plichi recanti le offerte tecniche.

La violazione di detta regola di pubblicità, non osservata nella procedura per cui è causa, vizia quindi irrimediabilmente la procedura stessa, rendendola illegittima. E trattasi di illegittimità insanabile, non potendo qui farsi applicazione della sanatoria ex art. 21-octies, comma 2, della l. n. 241/1990, come preteso dall'Istituto, poiché non vi è prova che, ove la regola de qua fosse stata rispettata, il contenuto dispositivo del provvedimento finale sarebbe rimasto inalterato.

In conclusione, perciò, il primo motivo del ricorso principale è fondato e da accogliere.

Altrettanto palesemente fondato è, poi, il secondo motivo, con il quale si lamenta che l'apertura delle buste recanti le offerte tecniche non solo ha avuto luogo in seduta riservata e non pubblica – come lamentato con il primo motivo – ma, per di più, non è stata effettuata dalla Commissione giudicatrice. L'operazione di apertura è stata, infatti, eseguita da un organo diverso, la "Commissione tecnica", la quale ha poi proceduto alla valutazione delle offerte. Ciò, in spregio alla lex specialis di gara – v., in particolare, l'art. 24 del capitolato speciale d'appalto – che affidava alla ridetta Commissione tecnica esclusivamente il compito di procedere, in seduta riservata, all'esame delle offerte tecniche delle ditte ammesse e di assegnare, per l'effetto, il punteggio per l'elemento qualitativo.

Sul punto il Collegio reputa che non vi sia molto da aggiungere, la circostanza dell'apertura delle buste con le offerte tecniche da parte della "Commissione tecnica" risultando pacificamente dagli atti di gara, ed in specie dal verbale del 21 febbraio 2013 (all. 4 al ricorso principale). Tale circostanza è, del resto, ammessa dallo stesso Istituto resistente, il quale si difende, in proposito, obiettando che il Presidente e il Segretario sarebbero stati gli stessi in ambedue le Commissioni (giudicatrice e tecnica) e che, perciò, in realtà ad operare sarebbe stata sempre un'unica Commissione, anche se diversamente articolata (cioè con l'ausilio di un responsabile della ristorazione e di un dietista in sede di valutazione della qualità delle offerte).

L'obiezione della difesa dell'Istituto, però, non coglie nel segno, ed anzi è il frutto di un equivoco: nel caso di specie, invero, non vi è stata per nulla – come adombra l'Istituto – l'apertura delle buste da parte della Commissione giudicatrice e, quindi, la valutazione di queste da parte della medesima Commissione integrata dai due ridetti tecnici.

In realtà, la Commissione giudicatrice è organo avente composizione ben diversa da quella tecnica, poiché la prima risulta composta dai sigg.ri Verdolin (presidente), Lerco e Falsirollo (componenti) e Falsiroli (segretaria), la seconda dai sigg.ri Verdolin (presidente), Benedetti e Zamboni (componenti) e Falsiroli (segretario). Orbene, l'apertura delle offerte tecniche è stata effettuata dalla Commissione tecnica e, dunque, non può essere in alcun modo ascritta alla Commissione giudicatrice, perché non vi hanno preso parte i sigg.ri Lerco e Falsirollo (v. il verbale del 21 febbraio 2013), che, pure, di detta Commissione giudicatrice facevano parte.

Né è condivisibile l'ulteriore argomentazione dell'Istituto, per cui la censura sarebbe inammissibile, non lamentando la Marr la mancata esclusione dell'aggiudicataria, né fornendo un principio di prova dell'eventuale manomissione dei plichi. Quella lamentata (e comprovata) è, infatti, la violazione di una regola di competenza fissata dalla lex specialis di gara, anch'essa volta a prevenire il mero rischio potenziale di manipolazioni delle

offerte e che, del resto, secondo parte della giurisprudenza, non dà luogo neppure ad un semplice vizio formale o procedimentale ex art. 21-octies, comma 2, della l. n. 241/1990 (cfr., ex multis, T.A.R. Puglia, Lecce, Sez. I, 13 ottobre 2016, n. 1536; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 11 giugno 2015, n. 8220). In definitiva, perciò, anche il secondo motivo del ricorso principale, al pari del primo, è fondato e da accogliere: gli stessi, come già sopra osservato, hanno carattere assorbente rispetto al terzo motivo (con il quale si lamenta l'illegittimità nell'attribuzione dei punteggi alle offerte perché avvenuta senza previa conoscenza dei criteri da parte della Commissione) e portano all'annullamento/declaratoria di illegittimità dell'intera procedura ristretta, compresa la sua aggiudicazione alla controinteressata. La natura dei vizi accertati preclude inoltre – come del pari già rimarcato – la possibilità di aggiudicare l'appalto alla ricorrente principale. Con il ché, va sicuramente respinta la domanda di subentro nel contratto contenuta nel ricorso principale, così come, del resto, va respinta la domanda di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato tra la stazione appaltante e la controinteressata, tenuto conto dello stato di esecuzione del contratto (v. art. 122 c.p.a.), per quanto sopra già visto.

Quanto alla domanda di risarcimento del danno presentata dalla Marr, nella memoria conclusiva la società ha insistito per il risarcimento in forma specifica, con indizione di nuova procedura di gara, e per il ristoro delle spese della partecipazione alla gara (campionatura; redazione della domanda), già richiesti con l'atto introduttivo. Tuttavia, considerato il fatto che, in caso di accoglimento del ricorso, la procedura di affidamento non potrebbe essere esperita ed aggiudicata prima del 2018, la società ha chiesto una condanna generica al risarcimento del danno, da quantificare in separato giudizio in esito all'eventuale aggiudicazione della nuova gara alla stessa Marr (la quale sarebbe a quel punto in grado di dimostrare che si sarebbe potuta aggiudicare la gara).

Al riguardo si sottolinea, tuttavia, che tale domanda è inammissibile, attesa la sua natura di domanda nuova proposta con una semplice memoria non notificata (cfr., ex plurimis, T.A.R. Veneto, Sez. I, 31 maggio 2017, n. 546; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I, 9 marzo 2016, n. 3048; id., Sez. II, 8 aprile 2015, n. 5150).

In ogni caso, osserva il Collegio che, essendo quella impugnata una procedura risultata affetta da vizi tali da portare alla ripetizione della gara, l'unico pregiudizio risarcibile sarebbe quello da cd. perdita di chances, per avere detti vizi precluso alla Marr la possibilità di aggiudicarsi l'appalto: ma la società non risulta avere formulato una simile domanda, che invece necessitava di espressa proposizione (cfr. Cass. civ., Sez. III, 4 marzo 2004, n. 4400), né con l'atto introduttivo del giudizio, né con altro atto notificato alle controparti. Ed anche se si volesse opinare che la domanda di condanna generica al risarcimento del danno, per la sua formulazione, sottenda una domanda di risarcimento per cd. perdita di chances, resterebbe ferma la suesposta ragione di inammissibilità, derivante dalla sua proposizione con memoria non notificata.

Terminato l'esame del ricorso principale e venendo ora all'esame del ricorso incidentale, osserva il Collegio che quest'ultimo, alla luce di quanto detto circa l'impossibilità per la ricorrente principale di ottenere l'aggiudicazione dell'appalto nonostante la fondatezza della sua impugnazione, è divenuto improcedibile.

Come già visto, infatti, da un eventuale accoglimento del ricorso incidentale cd. escludente neppure residuerebbe la possibilità che la Marr – una volta esclusa dalla gara per aver omesso le dichiarazioni ex art. 38 del d.lgs. n. 163/2006 (riferite ai legali rappresentanti della ditta che le ha ceduto un ramo d'azienda) – fosse, per conseguenza, sottoposta alla sanzione della sospensione dai procedimenti di affidamento di appalti pubblici ex art. 48 del d.lgs. n. 163 cit. e, quindi, non potesse partecipare alla nuova gara da indire.

In ogni caso, il ricorso incidentale è infondato e da respingere.

Infatti, con il primo motivo la Rossi Giants sostiene che la Marr avrebbe dovuto allegare alla domanda di partecipazione alla procedura ristretta la dichiarazione ex art. 38, comma 1, lett. c), cit., resa dai legali rappresentanti della Scapa Italia S.p.A., società in concordato preventivo che ha dato in affitto un ramo d'azienda alla Marr con contratto concluso il 19 dicembre 2012. Senonché, in contrario va evidenziato che il contratto de quo, che non era efficace alla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara presentata dalla Marr, in quanto sottoposto a condizione sospensiva, ha poi acquistato efficacia, per espressa pattuizione delle parti, solo il 23 febbraio 2013 (v. doc. 7 della Rossi Giants) e quindi addirittura posteriormente alla seduta della Commissione giudicatrice del 13 febbraio 2013, in cui sono state aperte ed esaminate le buste recanti la documentazione amministrativa delle concorrenti (v. all. 2 al ricorso principale). Né può sostenersi – come pretenderebbe la Rossi Giants – che la Marr, al momento di presentare la domanda di partecipazione alla gara, sapesse in anticipo che gli eventi dedotti nella condizione sospensiva si sarebbero tutti avverati e la data di avveramento, perché ciò richiederebbe inverosimili doti di preveggenza.

Palesamente infondato è, poi, il secondo motivo del ricorso incidentale, con il quale viene dedotta la violazione dell'art. 51 del d.P.R. n. 163/2006, poiché detta disposizione si riferisce all'ipotesi in cui i candidati o i concorrenti, singoli, associati o consorziati, cedano od affittino l'azienda, o un ramo di essa, ovvero procedano alla trasformazione, fusione o scissione della società: essa si riferisce, perciò, all'ipotesi inversa a quella verificatasi nella fattispecie all'esame, in cui la concorrente Marr non ha ceduto o affittato l'azienda o un suo ramo, ma, al contrario, ha preso in affitto il ramo d'azienda dalla Scapa Italia S.p.A.. Come correttamente eccepisce la ricorrente principale, per effetto del contratto di affitto d'azienda non si è avuta alcuna modifica soggettiva del concorrente (ossia la fattispecie a cui ha riguardo l'art. 51 cit.), poiché non è la Scapa Italia S.p.A. ad essere subentrata alla Marr, piuttosto è accaduto l'esatto contrario.

In definitiva, pertanto, dichiarata la cessazione della materia del contendere sull'istanza di accesso ex art. 116, comma 2, c.p.a., presentata dalla Marr, il ricorso principale di quest'ultima risulta fondato e da accogliere nella sua parte impugnatoria, nei termini sopra esposti.

Per conseguenza, va pronunciato l'annullamento degli atti impugnati e, in specie, dell'aggiudicazione della procedura ristretta alla società controinteressata, ai fini della indizione di una nuova gara per quanto riguarda, in particolare, il periodo che potrebbe essere "coperto" dal rinnovo del contratto con la stessa controinteressata (Rossi Giants). In questi limitati termini va accolta, altresì, la domanda di risarcimento del danno in forma specifica presentata dalla ricorrente principale, dovendosi, invece, dichiarare inammissibile e comunque respingere – come sopra indicato – ogni pretesa risarcitoria per equivalente monetario avanzata dalla Marr, e dovendosi inoltre respingere le domande di declaratoria di inefficacia del contratto stipulato dall'Istituto e dalla controinteressata, e di subentro nel medesimo contratto (rectius: nella sua esecuzione).

Da ultimo, il ricorso incidentale proposto dalla Rossi Giants è improcedibile e, comunque, infondato e da respingere.

Sussistono, comunque, giusti motivi per disporre l'integrale compensazione delle spese tra le parti, in ragione della complessità e novità delle questioni trattate.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per il Veneto – Sezione Prima (I[^]), così definitivamente pronunciando sul ricorso principale e su quello incidentale "escludente", come in epigrafe proposti, nonché sull'istanza incidentale di accesso proposta dalla ricorrente principale, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a.:

a) dichiara la cessazione della materia del contendere sulla suddetta istanza incidentale di accesso;

- b) accoglie il ricorso principale, nei termini di cui in motivazione, e per conseguenza annulla gli atti impugnati ed in specie l'aggiudicazione dell'appalto alla controinteressata;
- c) accoglie nei termini di cui in motivazione la domanda di risarcimento del danno in forma specifica presentata dalla ricorrente principale, dichiarando inammissibile e comunque respingendo ogni altra pretesa risarcitoria da questa avanzata e, in particolare, la domanda di risarcimento per equivalente monetario;
- d) respinge le domande di declaratoria dell'inefficacia del contratto e di subentro nell'esecuzione del medesimo;
- e) dichiara improcedibile e, comunque, infondato, il ricorso incidentale cd. escludente;
- f) compensa integralmente le spese.

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

Così deciso in Venezia, nella Camera di consiglio del giorno 8 novembre 2017, con l'intervento dei magistrati:

Maurizio Nicolosi, Presidente

Pietro De Berardinis, Consigliere, Estensore

Silvia Coppari, Primo Referendario

L'ESTENSORE
Pietro De Berardinis

IL PRESIDENTE
Maurizio Nicolosi

IL SEGRETARIO