

Publicato il 30/01/2020

N. 00041/2020 REG.PROV.COLL.  
N. 00233/2019 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 l' Abruzzo**

**sezione staccata di Pescara (Sezione Prima)**

ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 233 del 2019, integrato da motivi aggiunti, proposto da:

I Viaggi di Chris Tour S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dall'avv. Paolo Centore, con domicilio eletto in forma digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

*contro*

Liceo Statale G. Marconi Pescara, in persona del Dirigente p.t., rappresentato e difeso dall'Avvocatura Distrettuale dello Stato, domiciliata in forma digitale come in atti nonché in forma fisica in L'aquila presso il Complesso Monumentale di San Domenico;

*nei confronti*

Monarco Viaggi S.a.s., Competition Travel S.r.l., in persona dei rispettivi legali rappresentanti p.t., non costituiti in giudizio;

*per l'annullamento*

con il ricorso principale

- della determina prot. 5172 del 26/04/2019 e successiva rettifica prot. 5343 del 30/04/2019, della manifestazione di interesse, della lettera di invito n.897 del 13/05/2019, a firma del Dirigente Scolastico del Liceo Statale G. Marconi di Pescara con cui è stata indetta la procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lettera b) del d.lgs. n.50/2016 per l'acquisto di servizi, nella parte in cui la stazione appaltante non ha dimostrato di possedere la qualificazione di cui agli artt. 37-38 D. Lgs. n.50/2016 né di essere iscritta all'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti per l'allestimento di procedure ad evidenza pubblica per affidamento di servizi di importo superiore ad €40.000,00 e in ogni caso nella parte in cui è stata indetta una procedura negoziata, ex art. 36, comma 2, lettera b) d. lgs. n.50/2016 alla quale è stato invitato un numero di operatori inferiore a cinque;
- del provvedimento n.7420637, reso dall'amministrazione in data 30/05/2019, con cui la ricorrente è stata esclusa dalla procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera b), del D. Lgs. n.50/2016, cui ha partecipato a seguito di lettera di invito n.5897 del 13/05/2019, per l'acquisizione di un pacchetto di agenzia di viaggi ed organizzazione di stage linguistici in Francia, Spagna, Germania e Irlanda relativo alla sistemazione logistica, alla organizzazione del viaggio ed all'assistenza necessaria per gli alunni della scuola per l'a.s. 2019/2020;
- della determina prot. 5172 del 26/04/2019 e successiva determina di rettifica prot. 5343 del 30/04/2019, della manifestazione di interesse, della lettera di invito n.5897 del 13/05/2019, a firma del Dirigente Scolastico del Liceo Statale G. Marconi di Pescara con cui

è stata indetta la procedura negoziata ex art. 36, comma 2, lettera b) del D. Lgs. n.50/2016, nella parte in cui viene invitato a partecipare il precedente aggiudicatario del servizio, in violazione del principio di rotazione di cui all'art. 36 citato;

- del provvedimento di aggiudicazione provvisoria del servizio, sconosciuto nei suoi estremi ivi compresa l'indicazione del destinatario, di cui si è venuto a conoscenza generica mediante la nota del 25/06/2019 a firma del dirigente del Liceo Statale G. Marconi;

- nonché di ogni altro atto presupposto e/o presupponente quello impugnato, connesso e conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente;

e, con i motivi aggiunti depositati il 12.07.2019 :

della determina priva di data e di numero di protocollo, conosciuta mediante messaggio di posta elettronica pervenuto in data 08/07/2019 da parte della stazione appaltante, di aggiudicazione definitiva del lotto n.3 - Spagna (CIG 7891072E9A) di Salamanca, in favore della controinteressata Competition Travel S.r.l.;

- della determina priva di data e di numero di protocollo, conosciuta mediante messaggio di posta elettronica pervenuto in data 08/07/2019 da parte della stazione appaltante, di aggiudicazione definitiva del lotto n.1 - Germania (CIG 78910658D5) di Augsburg, del lotto n.2 Francia (CIG 789105723D) di Antibes, del lotto n.4 - Irlanda (CIG 7891087AFC) in favore della controinteressata Monarco Viaggi S.a.s.;

nonchè di ogni altro atto presupposto e/o presupponente quello impugnato, connesso e conseguente, se ed in quanto lesivo degli interessi della ricorrente.

Visti il ricorso, i motivi aggiunti e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Liceo Statale G. Marconi Pescara;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 24 gennaio 2020 la dott.ssa Renata Emma Ianigro e udito l'avv. dello Stato Massimo Lucci per l'Amministrazione resistente;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

### FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso iscritto al n. 233/2019, la società ricorrente, quale operatore economico invitato e concorrente alla procedura negoziata indetta dal Liceo Statale Marconi di Pescara per l'acquisizione di un pacchetto di viaggi ed organizzazione di stage linguistici destinati agli alunni per gli anni scolastici 2019/2020 di importo stimato in € 118.250,00 inferiore alla soglia comunitaria di cui all'art. 35 del d.lgs. n. 50/2016, impugnava, chiedendone l'annullamento, il provvedimento n. 7420637 del 30.05.2019 con cui è stata pronunciata la sua esclusione dalla gara, la determina prot. n. 5172 del 26.04.2019 e gli atti successivi di indizione della procedura nella parte in cui la Stazione Appaltante non ha dimostrato di possedere la qualificazione di cui agli artt. 37 e 38 del d.lgs n. 50 cit., né di essere iscritta all'Anagrafe Unica delle stazioni appaltanti, l'invito ad un numero di operatori inferiore a cinque, nonché del precedente aggiudicatario in violazione del principio di rotazione.

A sostegno del ricorso deduceva i seguenti motivi di diritto:

1) Violazione e/o falsa applicazione dell'art.37 del d.lgs. n. 50/2016, eccesso di potere per straripamento, nullità per difetto di

attribuzione ex art. 21 septies della legge n. 241/1990, incompetenza assoluta, inesistenza del presupposto;

Dagli atti di gara il Liceo Statale Marconi di Pescara non risulta in possesso di qualificazione ex art. 37, né di iscrizione all'anagrafe unica delle stazioni appaltanti, e ciò preclude al Liceo l'indizione di una procedura di evidenza pubblica di importo superiore a 40.0000 euro senza rivolgersi ad una centrale di committenza qualificata.

Di qui la nullità dell'intera gara.

2) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 36 comma 2 lettera b) del d.lgs. n. 50, eccesso di potere per carenza di presupposto, sviamento;

Sono complessivamente tre e non cinque le imprese invitate alla procedura negoziata, per cui la gara è illegittima essendo stato invitato un numero di operatori inferiore a cinque.

3) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 80 comma 5 lettera c) c bis) c ter) del d.lgs. n. 50/2016, eccesso di potere per sviamento, travisamento dei fatti, carenza assoluta di istruttoria, violazione del principio del favor participationis, manifesta ingiustizia, motivazione inesistente ed in ogni caso perplessa;

Rispetto al provvedimento di esclusione, la ricorrente ha correttamente risposto negativamente alla domanda sui gravi illeciti professionali di cui all'art. 80 comma 5 lettera c) poiché l'annotazione nel Casellario Informatico A.n.a.c. non può obiettivamente sussumersi nella categoria del grave illecito professionale di cui alla lettera c) indicata, nella vicenda la ricorrente si era trovata nell'impossibilità di garantire i trasferimenti aerei per sopraggiunta indisponibilità della tratta in quanto i voli erano stati cancellati dalle compagnie aeree, e comunque si era resa disponibile

tempestivamente ad offrire una soluzione tecnica alternativa consistente nella predisposizione del viaggio con altro vettore , aggiungendo giorni e garantendo la sistemazione in alberghi con servizi a 4 stelle senza alcun supplemento di prezzo. La circostanza era peraltro stata comunicata al Comune di Portoscuso prima dell'adozione del provvedimento di aggiudicazione, per cui mancano i presupposti per la configurabilità del grave illecito professionale, in presenza di una condotta che non può essere considerata grave indice di mancata affidabilità, e che, come ribadito da A.n.a.c., non comporta l'automatica esclusione dalla partecipazione alle gare pubbliche. Il contratto non è stato mai stipulato perciò non si sono verificate significative carenze nell'esecuzione del contratto né è intervenuta una risoluzione del contratto per inadempimento. Inoltre lo schema di domanda non costituisce parte integrante della lex specialis di gara, per cui nel caso di contrasto o ambiguità, specie per le ipotesi di dichiarazioni a pena di esclusione, l'ambiguità della loro portata non può determinare ex se l'esclusione.

4) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 7 e dell'art. 10 della lex specialis, violazione del principio di massima partecipazione, eccesso di potere per sviamento, manifesta ingiustizia, contraddittorietà, mancata comparazione degli interessi in gioco;

Negli artt. 7 e 10 della lettera di invito non è menzionata l'esclusione per mancata dichiarazione sull'annotazione dell'impresa nel Casellario Informatico dell'Anas;

5) Violazione e/o falsa applicazione del principio del soccorso istruttorio, dell'art. 83 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, e dell'art. 10 della lettera di invito, costituente lex specialis di gara, eccesso di

potere per azzeramento delle garanzie partecipative endoprocedimentali, manifesta ingiustizia, sviamento di potere;

La mancanza nel documento unico di gara europeo del riferimento all'avvenuta annotazione nel casellario informatico, imponeva l'attivazione del soccorso istruttorio come consentito dall'art. 10 della lettera di invito;

6) Violazione del principio del favor participationis, eccesso di potere per violazione delle disposizioni della lex specialis in tema di comunicazioni tra la stazione appaltante ed i partecipanti, manifesta ingiustizia contraddittorietà;

Sono risibili e non veritiere le circostanze circa un presunto colloquio telefonico intercorso la mattina del 28 maggio tra la docente referente ed un operatore di nome Marcello, quando l'amministrazione per i chiarimenti avrebbe dovuto utilizzare il mezzo di comunicazione indicato dalla ricorrente ossia l'account di posta elettronica certificata, utilizzato dal Liceo per notificare lo stesso provvedimento gravato come previsto nel DGUE nella sezione A parte II, Informazioni su operatore economico quale unica modalità per le comunicazioni individuali. Di qui resta esclusa la valenza di ogni altra forma di comunicazione.

7) Violazione e/o falsa applicazione del principio del soccorso istruttorio, dell'art. 83 comma 9 d.lgs. n. 50/2016, e dell'art. 10 della lettera di invito, costituente lex specialis di gara, eccesso di potere per azzeramento delle garanzie partecipative endoprocedimentali, manifesta ingiustizia, straripamento di potere;

La richiesta di chiarimenti in ordine al nome, all'ubicazione dell'hotel per i docenti, alla diaria giornaliera ed alla modalità per il vitto degli stessi per lo stage a Dublino è estranea alla categoria tipizzata dall'art.

83 comma 9 che riguarda le sole irregolarità essenziali non sanabili della documentazione.

8) Violazione e/o falsa applicazione dell'art.36 del d.lgs. n.50/2016, eccesso di potere per violazione del principio di rotazione delle imprese invitate alle procedure negoziate di cui all'art.36 del Codice degli Appalti Pubblici, violazione ed azzeramento del principio di imparzialità della pubblica amministrazione appaltante, mancata comparazione degli interessi gioco, contraddittorietà, motivazione apparente ed in ogni caso perplessa;

La procedura è stata aggiudicata in violazione del principio di imparzialità avendo l'amministrazione invitato l'aggiudicatario uscente, e non avendo chiarito le generalità dell'operatore economico che per errore di trascrizione non aveva ricevuto la lettera di invito per giustificare la determina di proroga del termine di deposito delle offerte. L'invito all'affidatario uscente deve rivestire carattere eccezionale, deve essere adeguatamente motivato quanto al numero ridotto di operatori presenti sul mercato. Le esigenze sottese alla rotazione trovano fondamento nella necessità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.

9) Violazione e/o falsa applicazione dell'art. 29 e dell'art. 36 comma 2 lettera b) ultimo capoverso d.lgs. n. 50/2016, violazione e/o falsa applicazione del d.lgs. n. 33/2013, eccesso di potere per sviamento, mancata comparazione degli interessi in gioco, manifesta ingiustizia; L'amministrazione ha omesso di pubblicare ex d.lgs. n.33/2013 i risultati della procedura con indicazione nominativa dei soggetti invitati, ed il contenuto del provvedimento di aggiudicazione provvisoria di cui si è venuti a conoscenza solo a seguito di

un'istanza di accesso del 17.06.2019 ulteriormente sollecitata con altra istanza del 24.06.2019.

Sulla base di tali motivi instava per l'annullamento della intera procedura di evidenza pubblica, ed in via subordinata, per la declaratoria di illegittimità del provvedimento di esclusione con conseguente riammissione in gara, il tutto con vittoria di spese di lite con distrazione.

Il Liceo Statale G. Marconi con atto del 2.07.2019 si costituiva per opporsi al ricorso chiedendone il rigetto.

Con motivi aggiunti depositati il 12.07.2019 venivano impugnate le determinate di aggiudicazione del lotto n.3 alla controinteressata Competition Travel s.r.l. e del lotto n.2 alla Monarco Viaggi s.a.s. per motivi di illegittimità derivata nonché per il seguente motivo autonomo:

1) Violazione e falsa applicazione dell'art.51 del d.lgs. n. 50/2016, eccesso di potere per contraddittorietà tra atti della stessa amministrazione, sviamento;

Nella lex specialis l'amministrazione non ha precisato se le offerte potevano essere presentate per un solo lotto, per alcuni o per tutti, dato che l'unico elemento di differenziazione degli stage è la destinazione, stante l'omogeneità del servizio. Di qui l'evidente profilo di contraddittorietà con la successiva scelta della stessa amministrazione di addivenire alla scissione del servizio in lotti con l'adozione di plurimi provvedimenti di aggiudicazione in capo a soggetti diversi.

Concludeva quindi per l'annullamento dell'intera gara ed in via subordinata dell'esclusione con vittoria delle spese di lite da distrarsi.

Le controinteressate non si costituivano per opporsi al ricorso

Con ordinanza n.112 del 18.09.2019 veniva respinta l'istanza di sospensione cautelare dei provvedimenti impugnati per difetto di fumus.

Alla pubblica udienza di discussione del 24.01.2020 il ricorso veniva introitato per la decisione.

2. Nel giudizio si controverte in ordine alla legittimità della procedura negoziata indetta ai sensi dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 dal Liceo intimato per l'affidamento di servizi per l'organizzazione e gestione di stage linguistici in quattro Paesi europei nonché del provvedimento di esclusione della ricorrente dalla gara.

La prospettazione di parte ricorrente, volta ad ottenere in via prioritaria l'annullamento della intera procedura e, solo in via subordinata, l'annullamento della sua esclusione dalla gara, presuppone un rovesciamento non ammissibile dell'ordine di trattazione dei motivi di censura, dal momento che risultando dedotti vizi che non attengono cause escludenti dalla partecipazione alla gara, riveste rilievo prioritario il sindacato sulla legittimità della esclusione in quanto incide sulla esistenza della legittimazione della istante a contestare la legittimità della procedura.

Non può quindi essere rispettato nella fattispecie l'ordine di graduazione dei motivi sollecitato con il ricorso e con i motivi aggiunti, poiché l'esclusione dalla gara, ove legittima, determinerebbe nella ricorrente la carenza di legittimazione ad agire in giudizio per contestare vizi non escludenti della procedura in esame.

Pertanto, ragioni di ordine processuale impongono come prioritario e pregiudiziale l'esame della legittimità del provvedimento di esclusione impugnato. Ciò in quanto, solo nel caso di accoglimento dei motivi di censura avverso la gravata esclusione, la società

ricorrente potrebbe conseguire il titolo giuridico di legittimazione all'azione (derivante da una valida partecipazione alla gara), in difetto del quale ogni altra doglianza non potrebbe essere avanzata.

3. La impugnata determina di esclusione della ricorrente dalla gara risulta motivata poiché, a seguito della verifica della sussistenza dei requisiti richiesti dal Codice degli Appalti ai sensi dell'art. 80 comma 5 lett c), c bis) e c ter) e delle Linee Guida A.n.a.c. n.6, in sede di verifica dei requisiti era emersa un'annotazione sul Casellario Informatico dell'A.n.a.c. in data 6 marzo 2019 su segnalazione del Comune di Portoscuso in merito alla revoca con determina n. 2167 del 30.10.2018 dell'aggiudicazione definitiva del "Servizio di soggiorno anziani". Nonostante ciò nel DGUE il rappresentante legale dell'istante aveva formulato nella sezione C "Motivi legati a insolvenza, conflitti di interessi o illeciti professionali" una dichiarazione negativa alla voce "L'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali di cui all'art. 80 comma 5 lettera c) del Codice".

3.1 Preliminarmente del tutto influente si appalesa la circostanza relativa alla dedotta mancata indicazione nella lex specialis di gara di una espressa comminatoria di esclusione per la fattispecie di omessa dichiarazione in argomento e circa la natura non precettiva del modulo Dgue predisposto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura.

Come noto, rispetto ai requisiti soggettivi di partecipazione alle gare, a far data dall'introduzione nel nostro ordinamento con il d.l. n. 70/2011 del principio c.d. di tassatività delle cause di esclusione, si è affermato che, allorquando sia certo il carattere imperativo del precetto che impone un determinato onere ai partecipanti alla gara, la

violazione di obblighi direttamente derivanti dalla legge quale norma imperativa non può che determinare l'esclusione, anche laddove il bando di gara abbia ommesso di menzionare la necessità di produrre dichiarazioni o allegazioni "a pena di esclusione".

E' stata difatti ravvisata la necessità che i requisiti indicati e previsti dalle norme imperative debbano essere osservati dal concorrente al di là di una espressa previsione contenuta nel bando di gara, poiché essi hanno la funzione fondamentale di soddisfare l'interesse pubblico a che l'opera o il servizio siano realizzati da soggetti adeguatamente qualificati. Del resto, i principi a presidio della concorrenza e del favor participationis (quali parità di trattamento e trasparenza) non potrebbero di certo consentire un'aggiudicazione in favore dei soggetti sprovvisti dei requisiti individuabili in base alla legge (cfr. Cons. Stato, Ad.Pl., 20 maggio 2013 n. 14; Cons. Stato, Ad.Pl., 30.01.2014 n. 7).

Rispetto al principio di tassatività delle cause di esclusione si è ritenuto operante il meccanismo della eterointegrazione, laddove i principi di esclusione derivano da disposizione imperativa o sono facilmente individuabili in base alla medesima legge. In tal senso, dunque, l'eterointegrazione potrà ben estendersi a requisiti che, sebbene non previsti dal bando, siano previsti dalla legge e/o facilmente conoscibili dagli interessati in base alla stessa. E ciò anche avuto conto della tutela del legittimo affidamento dell'operatore economico, laddove lo stesso sarebbe comunque tenuto, al di là delle previsioni del bando, a conoscere le disposizioni normative che regolano le procedure di affidamento dei contratti pubblici

3.1 Correttamente pertanto la stazione appaltante nella specie ha fatto applicazione della disciplina di cui all'art. 80 comma 5 del d.lgs. n. 50/2016 in tema di dichiarazioni.

Ferma la certa conoscibilità dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 comma 5 lette c) c bis) e c ter) quale norma imperativa, è da rilevare che nella specie la ricorrente nel compilare il DGUE richiesto per la partecipazione alla gara, nella parte III relativa ai "Motivi di esclusione" (art. 80 del Codice), al paragrafo contrassegnato con la lettera C "Motivi legati a insolvenza, conflitto di interessi o illeciti professionali" ha risposto negativamente alla domanda in cui le si richiedeva di specificare se l'operatore economico si fosse o meno reso colpevole di gravi illeciti professionali di cui all'art. 80 comma 5 lettera c) del Codice".

La sanzione espulsiva impugnata, come si è innanzi anticipato, è stata disposta poiché la stazione appaltante in sede di verifica dei requisiti ha reputato non veritiera la dichiarazione negativa della ricorrente poiché l'impresa non ha indicato di aver subito, prima della lettera di invito del 13.05.2019, un'annotazione nel Casellario A.n.a.c. di cui era a conoscenza trattandosi di un'iscrizione del 6 marzo 2019 intervenuta su segnalazione del Comune di Portoscuso in merito alla revoca con determina n. 2167 del 30.10.2018 dell'aggiudicazione definitiva del "Servizio di soggiorno anziani".

L'omessa dichiarazione relativa all'esistenza di un'annotazione presso il Casellario informatico dell'A.n.a.c. costituisce una "falsa dichiarazione", rispetto alla quale non può prospettarsi un'ipotesi di soccorso istruttorio funzionale alla valutazione della gravità dell'illecito professionale come sostenuto in atti, trattandosi di circostanza autonomamente idonea a fondare l'esclusione della

concorrente dalla gara, e ciò indipendentemente dalle circostanze di fatto oggetto di annotazione.

Ed infatti laddove sia accertata una falsità dichiarativa, non contestabile in fatto sulla base delle verifiche espletate, deve ritenersi ininfluenza qualsivoglia sindacato sui motivi che hanno comportato l'annotazione, poiché è la falsità in sé che mina la credibilità dell'operatore economico e pregiudica il rapporto di fiducia e di affidabilità che deve necessariamente esistere rispetto ai contraenti della pubblica amministrazione.

In tal caso, la fattispecie espulsiva riveste natura automatica, e, ponendosi nella fase della verifica delle dichiarazioni necessariamente antecedente quella più propriamente valutativa, preclude alla stazione appaltante ogni margine di ulteriore apprezzamento.

Ed infatti l'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice dei contratti pubblici include tra le cause espulsive le "informazioni false o fuorvianti" ovvero l'omissione di "informazioni dovute" nei confronti della stazione appaltante nella procedura di gara.

La dichiarazione "negativa" resa da un operatore economico circa pregresse vicende professionali suscettibili di integrare "grave illecito professionale" integra un'immutatio veri poiché espone una circostanza difforme dal reale.

La condotta con cui l'operatore ha omesso una circostanza oggettiva di cui era a conoscenza e che poteva essere suscettibile di condizionare la valutazione della stazione appaltante è da intendersi come mirata a fuorviare il giudizio della stazione appaltante attraverso una falsa rappresentazione della realtà.

3.3 Di qui deve escludersi la percorribilità di un'opzione che intenda superare la dichiarazione negativa con la dimostrazione da parte

dell'operatore economico della natura non grave dell'illecito professionale, poiché il sindacato sulla gravità dell'illecito è rimesso all'esclusiva valutazione discrezionale della stazione appaltante e non alla scelta dell'operatore. Non sussiste infatti in capo all'operatore economico alcuna facoltà di scelta sui fatti da dichiarare stante l'obbligo dell'omnicomprensività della dichiarazione (v. Consiglio di Stato, Sez. III, 5 settembre 2017, n. 4192).

3.4 In definitiva, qualora si verta nella ipotesi di dichiarazioni risultate false, come nella specie, è la stessa violazione degli obblighi informativi che integra il “grave illecito professionale” citato nell'elencazione esemplificativa contenuta nell'art. 80 cit., comma 5 lett. c) consistente nell' “omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione”.

La dichiarazione non veritiera è sanzionata dalla norma in linea generale, in quanto circostanza che rileva nella prospettiva dell'affidabilità del futuro contraente, a prescindere da considerazioni su fondatezza, gravità e pertinenza degli episodi non dichiarati.

3.2 Per le ragioni esposte, e stante l'automatismo espulsivo evidenziato, parte ricorrente non può nemmeno invocare l'operatività del soccorso istruttorio di cui all'art. 83 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016 che riguarda le sole irregolarità sanabili della documentazione e le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda ma non consente di sanare requisiti mancanti.

Il ricorso avverso il provvedimento di esclusione va pertanto respinto.

4. Esclusa la illegittimità, sotto il profili denunciati, della impugnata esclusione ne consegue l'inammissibilità dell'impugnazione della procedura di gara per carenza di legittimazione ad agire.

Costituisce *ius receptum* che, nelle controversie riguardanti l'affidamento dei contratti pubblici, è carente di legittimazione ad agire il soggetto che non abbia mai partecipato alla gara, o che vi abbia partecipato ma che ne sia stato correttamente escluso (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 9/2014).

La giurisprudenza è infatti ferma nel ritenere che, nel caso in cui l'amministrazione abbia escluso dalla gara il concorrente, questi non abbia la legittimazione ad impugnare gli atti di gara, a meno che non ottenga una pronuncia di accertamento della illegittimità dell'esclusione (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4/2011).

Similmente, anche l'interesse strumentale alla caducazione e riedizione della gara può assumere rilievo solo dopo il positivo riscontro della legittimazione al ricorso (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 4/2011).

L'impresa legittimamente esclusa dalla gara rimane privata non soltanto del titolo a partecipare alla gara, ma anche della legittimazione a contestare gli esiti e la legittimità della scansioni procedurali, dovendo il suo interesse protetto essere qualificato quale interesse di "mero fatto", non dissimile da quello di qualsiasi operatore del settore che, non avendo partecipato alla gara, non ha titolo ad impugnarne gli atti (cfr., in particolare, Cons. Stato, sez. IV, n. 4180/2016; n. 3688/2016 e n. 1560/2016).

Di qui consegue che la mera partecipazione "di fatto" della ricorrente alla gara - derivante da una iniziale ammissione poi superata da un provvedimento di esclusione - non è sufficiente ad attribuirle la legittimazione al ricorso, atteso che detta situazione legittimante deriva da una qualificazione di carattere normativo che

postula il positivo esito del sindacato della ritualità dell'ammissione del soggetto ricorrente alla procedura selettiva.

L'impugnativa degli atti di gara va pertanto dichiarata inammissibile.

Le spese seguono la soccombenza e vanno liquidate come da dispositivo.

P.Q.M.

Il Tribunale Amministrativo Regionale per l'Abruzzo sezione staccata di Pescara (Sezione Prima), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo dichiara in parte infondato ed in parte inammissibile.

Condanna parte ricorrente al rimborso in favore dell'amministrazione costituita delle spese di giudizio nella misura di € 4000,00 (quattromila/00) oltre accessori nella misura dovuta.

Nulla per le spese rispetto alle controinteressate non costituite.

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

Così deciso in Pescara nella camera di consiglio del giorno 24 gennaio 2020 con l'intervento dei magistrati:

Renata Emma Ianigro, Presidente FF, Estensore

Massimiliano Balloriani, Consigliere

Paolo Amovilli, Consigliere

**IL PRESIDENTE, ESTENSORE**

**Renata Emma Ianigro**

## IL SEGRETARIO