

Pubblicato il 10/01/2017

N. 00039/2017REG.PROV.COLL.

N. 05101/2016 REG.RIC.

REPUBBLICA ITALIANA  
IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta)  
ha pronunciato la presente

**SENTENZA**

sul ricorso numero di registro generale 5101 del 2016, proposto da:  
Servizi Globali S.r.l., in persona del legale rappresentante pro tempore,  
rappresentato e difeso dall'avvocato Annalisa Lauteri C.F.  
LTRNLS70H57H501M, con domicilio eletto presso il suo studio in  
Roma, via Panama, n. 58;

**contro**

Comune di Imperia, in persona del Sindaco in carica, rappresentato e  
difeso dall'avvocato Ilaria Deluigi C.F. DLGLRI64D61A052Z, con  
domicilio eletto presso Giovan Candido Di Gioia in Roma, piazza G.  
Mazzini, n. 27;

**nei confronti di**

Bera Entertainment S.a.s. di Lara Berardinucci & C., Magi S.r.l. non  
costituiti in giudizio;

**per la riforma**

della sentenza breve del T.A.R. LIGURIA – GENOVA, SEZIONE II, n.  
517/2016, resa tra le parti, concernente affidamento della gestione in  
concessione di due spiagge libere attrezzate per stagioni balneari 2016-  
2020 - ris.danni.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio di Comune di Imperia;

Viste le memorie difensive;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 dicembre 2016 il Cons. Luigi  
Massimiliano Tarantino e uditi per le parti gli avvocati Lauteri e Di Gioia  
per delega di Deluigi;

Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue.

**FATTO e DIRITTO**

1. Con ricorso proposto dinanzi al TAR per la Liguria l'odierna  
appellante invocava: a) l'annullamento del provvedimento del 03/03/2016  
recante esclusione della ricorrente dalla procedura di gara per  
l'affidamento in gestione di due spiagge libere attrezzate per cinque  
stagioni balneari 2016-2020; del provvedimento n. 0350/2016 avente ad  
oggetto nomina dei due aggiudicatari; del provvedimento 16/03/2016 di

comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, degli esiti di gara pubblicati su internet del comune; b) il risarcimento dei danni.

2. Il primo giudice respingeva il ricorso.

3. Avverso la sentenza indicata in epigrafe propone appello l'originaria ricorrente, lamentando che: a) sarebbe errata la sentenza di primo grado che ha dichiarato difetto di interesse in relazione al primo motivo di ricorso, residuando un interesse strumentale alla riedizione della gara; b) non si potrebbe applicare l'art. 38 comma 1 lett-m quater, d.lgs. 163/2006, ed anche ove fosse applicabile sarebbero erronee le conclusioni del TAR, non essendo stata provata l'unicità del centro decisionale; c) sarebbe errata la sentenza laddove non ha ritenuto utilizzabile il soccorso istruttorio; d) fondata sarebbe, oltre alla domanda di annullamento, anche la domanda risarcitoria.

4. Costituitasi in giudizio l'amministrazione comunale eccepisce l'inammissibilità dell'odierno gravame, poiché la sentenza del TAR per la Liguria, n. 516/2016, con la quale è stato respinto il ricorso proposto dalla Società Gestioni Marittime avverso lo stesso atto impugnato nel presente giudizio di prime cure, risulta essere passata in giudicato, sicché la mancata coltivazione dell'appello nel correlato giudizio avrebbe fatto venire meno l'interesse alla decisione del presente. Ed infatti, la citata sentenza n. 516/2016, avrebbe comunque accertato la presenza di un unico centro di interesse tra l'odierna appellante e la Società Gestioni Marittime. Statuizione quest'ultima ormai coperta dal giudicato. In subordine argomenta in ordine all'infondatezza dell'odierno gravame.

5. Nelle successive difese l'appellante oppone alla paventata inammissibilità del proprio appello che lo stesso seguirebbe l'autonomo giudizio instaurato avverso la propria esclusione, nel merito, invece, reitera le proprie argomentazioni. Mentre, dal canto, suo l'amministrazione sottolinea tra l'altro la genericità della richiesta di risarcimento del danno reiterata in appello.

6. Preliminarmente, occorre respingere l'eccezione di inammissibilità spiegata dall'amministrazione appellata. L'odierna appellante, infatti, non aveva l'onere di impugnare la sentenza del TAR per la Liguria, n. 516/2016, poiché la detta pronuncia ha ad oggetto l'esclusione comminata nei confronti della Società Gestioni Marittime. Il giudicato nella vicenda de quo si è, infatti, formato, com'è ovvio in un giudizio di legittimità, sui vizi denunciati con quel ricorso introduttivo in relazione alla posizione giuridica soggettiva fatta valere da quel ricorrente, sicché non rileva la comunanza di alcuni dei fatti oggetto dell'odierno contenzioso. Si tratta di una comunanza, infatti, che avrebbe legittimato una riunione per connessione oggettiva, ma che non impone in capo all'odierno appellante l'impugnazione anche del detto pronunciamento.

7. L'appello è infondato e non può essere accolto.

7.1. Quanto alla prima doglianza, la tesi sposata dal TAR è corretta, dal momento che per avere interesse alla rinnovazione alla gara è necessario poter partecipare alla stessa. Pertanto, se l'esclusione dalla procedura competitiva risulta legittima, allora non permane l'interesse a far valere una posizione strumentale ad una rinnovazione della stessa alla quale l'appellante non potrebbe partecipare, per esserne stato legittimamente escluso.

7.2. Quanto alle residue doglianze che possono essere esaminate congiuntamente, le stesse sono infondate poiché: I) il soccorso istruttorio non può essere utilizzato quale strumento di integrazione dell'offerta, risultando altrimenti lesivo della par condicio tra concorrenti; II) l'applicabilità dell'art. 38 comma 1 lett-m quater, d.lgs. 163/2006, nel caso in esame discende dall'art. 4, comma 2, lett. d): "I concorrenti ai fini della ammissione alla gara, dovranno trovarsi nelle seguenti condizioni...non devono essere incorso in alcuna delle cause di esclusione di cui al Decreto L.vo 163/06 (requisiti soggettivi)..." e dall'art. 9, pag. 9, lett. g) del disciplinare di gara in cui era imposta ai concorrenti la dichiarazione di avere formulato autonomamente la propria offerta; III) la giurisprudenza di questo Consiglio (Cons. St., Sez. V, 19 giugno 2012, n. 3559) ha avuto modo di affermare che In tema di appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici, al fine di verificare la rispondenza delle varie offerte ai canoni costituzionali di imparzialità e buon andamento, devono procedere a un progressivo accertamento dal seguente sviluppo istruttorio: a) la sussistenza di situazioni di controllo e collegamento ai sensi dell'art. 2359 Cod. civ.; b) ove tale indagine abbia dato esito negativo, occorre procedere all'ulteriore verifica "sulla base di univoci elementi" se le offerte dei partecipanti alla gara siano "imputabili ad un unico centro decisionale"; c) quest'ultima verifica avrà, a sua volta, un duplice oggetto, anch'esso di carattere progressivo: in primo luogo, occorre verificare preventivamente e ab externo, cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle varie società partecipanti, se esista, in base ad univoci elementi anche di natura presuntiva, un unico centro decisionale della presentazione e del contenuto di più offerte; d) ove non si raggiunga tale convinzione, occorre procedere ad un'ulteriore verifica, che si risolva in un attento esame del contenuto delle offerte, dal quale possa evincersi l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale, al di là di formali distinzioni, della provenienza delle offerte. Nel caso in esame il contenuto delle offerte denuncia la presenza di una sostanziale identità delle stesse, che oltre ad avere un'evidenza ontologica, poggia sulla circostanza emersa che le società, le cui offerte sarebbero riconducibili ad un unico centro decisionale, avrebbero utilizzato la stessa società di progetto. Da qui la sufficiente presenza di elementi, che attestando la riconducibilità dei soggetti partecipanti alla procedura ad un unico centro decisionale causano o possono causare la vanificazione dei principi generali in tema di par condicio, segretezza delle offerte e trasparenza della competizione.

8. L'assenza di vizi di legittimità a carico del provvedimento impugnato non consente di individuare una condotta contra jus e sine jure in capo all'amministrazione, tale da far ritenere sussistenti gli elementi per individuare in capo a quest'ultima una responsabilità extracontrattuale.

9. L'appello deve, quindi, essere respinto. Le spese seguono la soccombenza e sono liquidate in dispositivo.

#### **P.Q.M.**

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quinta) definitivamente pronunciando sull'appello, come in epigrafe proposto, lo respinge.

Condanna Servizi Globali S.r.l. al pagamento delle spese del presente grado di giudizio che liquida in euro 2.500,00 (duemilacinquecento/00), oltre accessori di legge in favore del Comune di Imperia.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 dicembre 2016 con l'intervento dei magistrati:

Francesco Caringella, Presidente

Sandro Aureli, Consigliere

Claudio Contessa, Consigliere

Luigi Massimiliano Tarantino, Consigliere, Estensore

Oreste Mario Caputo, Consigliere

L'ESTENSORE

IL PRESIDENTE

Luigi Massimiliano Tarantino

Francesco Caringella