

Massima: *Principio di rotazione : non opera se un operatore economico precedente affidatario chiede di partecipare in RTI con un altro soggetto (art. 49 d.lgs. 36/2023) secondo quanto stabilito con la sentenza di questo Consiglio Sez V del 16/01/2023 n.532 correttamente citata dalla parte appellante, il principio di rotazione non opera comunque nel momento in cui un operatore, anche se precedente affidatario del servizio, chieda di essere invitato a partecipare in RTI costituendo con un altro soggetto, perché comunque in tal modo un nuovo soggetto parteciperà alla gara, con vantaggio per la concorrenza.*
Nel caso di specie, quindi, la stazione appaltante avrebbe dovuto dare riscontro alla nota 4 marzo 2024 (doc. 9 appellante), che chiedeva appunto di partecipare in RTI con altra impresa. Questa nota infatti era comunque anteriore al termine per presentare offerta, che era il giorno 11 marzo 2023 (appello, p. 9 fatto incontestato), e quindi si deve comunque ritenere presentata in tempo utile.

Consiglio di Stato Sezione Sez. IV del 25/09/2024 n.7778



REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

sul ricorso numero di registro generale 3599 del 2024, proposto dalla società -OMISSIS- S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, in relazione alla procedura CIG B035B032A5, rappresentata e difesa dall'avvocato Luca Tozzi, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio del difensore, in Napoli, via Toledo 323;

contro

il Comune di -OMISSIS- in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Vincenzo Mosca, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;
la Provincia di Avellino, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Oscar Mercolino, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma ovvero l'annullamento

previa sospensione

della sentenza del T.a.r. Campania, sede di Napoli, sez. III, -OMISSIS-, che ha respinto il ricorso n. -OMISSIS- R.G. integrato da motivi aggiunti proposto per l'annullamento dei seguenti atti relativi alla procedura negoziata codice CIG B035B032A5 indetta per affidare per la durata di sei mesi il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati nonché dei servizi di igiene urbana e complementari nel Comune di -OMISSIS-:

(ricorso principale)

a) della determinazione 9 febbraio 2024 n.357, conosciuta in data imprecisata, con cui il Dirigente di settore della Provincia di Avellino ha indetto la gara e approvato gli atti relativi;

b) dell'avviso di avvio della procedura;

c) della determinazione 5 dicembre 2023 n.1537, con cui il Dirigente di settore del Comune di -OMISSIS- ha avviato il relativo procedimento per tramite della Provincia di Avellino quale stazione unica appaltante- SUA;

d) delle lettere di invito;

e) di tutti gli atti di gara e del capitolato;

f) del provvedimento di non ammissione della ricorrente;

g) del verbale di individuazione degli operatori economici da invitare alla gara;

h) dell'aggiudicazione, ove intervenuta;

(motivi aggiunti)

i) del verbale di individuazione degli operatori economici di cui sopra, come formato il 2 febbraio 2024 e depositato in causa il 23 marzo 2024;

l) del disciplinare di gara/lettera di invito di cui sopra;

m) della relazione istruttoria del Comune di -OMISSIS-, depositata in causa il 23 marzo 2024;

n) della relazione della SUA;

o) del regolamento sull'ordinamento degli uffici e servizi del Comune di -OMISSIS-;

e in ogni caso di tutti gli atti presupposti, connessi e consequenziali;

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di -OMISSIS- e della Provincia di Avellino;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 25 luglio 2024 il Cons. Francesco Gambato Spisani e viste le conclusioni delle parti come da verbale.

FATTO e DIRITTO

1. La ricorrente appellante, impresa attiva nella zona di Napoli, nel settore del trattamento dei rifiuti (fatto pacifico in causa), impugna gli atti di cui meglio in epigrafe, e fondamentale le determinazioni a contrarre degli intimati appellati, ovvero del Comune 5 dicembre 2023 n.1537 (doc. 4 appellante) e della Provincia, quale stazione unica appaltante a ciò delegata, 9 febbraio 2024 n.357 (doc. 3 appellante), le lettere di invito (doc. 18 appellante) e il verbale 2 febbraio 2024 di individuazione degli operatori da invitare (doc. 17 appellante).

2. Con questi atti, il Comune di -OMISSIS-, per tramite della stazione unica appaltante delegata, individuata nella Provincia di Avellino, ha indetto una gara ponte, nel senso che subito si chiarirà, per affidare con procedura negoziata il servizio di raccolta e trasporto dei rifiuti solidi urbani e assimilati ed i servizi di igiene urbana e complementari nel proprio territorio per la durata di sei mesi e per un importo complessivo di € 1.456.233,45, quindi sottosoglia. La ricorrente appellante contesta in particolare di non esser stata invitata alla procedura, ancorché ne avesse fatto espressa richiesta.

3. Per migliore comprensione, vanno riassunte in quanto rilevanti le precedenti vicende dei rapporti fra la ricorrente appellante ed il Comune intimato appellato, tenendo altresì conto degli interventi della Prefettura e dell'Autorità giudiziaria penale a carico della ricorrente appellante stessa e degli sviluppi in merito.

3.1 La ricorrente appellante, in un momento in cui non risulta avere avuto rapporti contrattuali con il Comune di -OMISSIS-, ha ricevuto un'informativa antimafia, con provvedimento 22 gennaio 2021 n.21642 della Prefettura di Napoli (sentenza impugnata, p. 20 in fine, fatto pacifico). Come è noto, si tratta del provvedimento di cui agli artt. 84 e 91 d. lgs. 6 settembre 2011 n.159, che colpisce le imprese soggette a infiltrazioni criminose e fra l'altro impedisce loro di partecipare alle pubbliche gare.

3.2 Contro questo provvedimento, la ricorrente appellante ha reagito sia impugnandolo, con il ricorso di I grado T.a.r. Campania Napoli n.-OMISSIS- R.G., sia presentando al Tribunale penale ordinario un'istanza di controllo giudiziario ai sensi dell'art. 34 *bis* del d.lgs. 159/2011. Si tratta, come è pure noto, di un istituto che permette all'impresa di tornare ad operare normalmente sotto la supervisione di un amministratore nominato dal Tribunale nel caso in cui si accerti che l'infiltrazione sia occasionale (cfr. la sentenza impugnata, pp. 20-21, fatti non contestati).

3.3 Dell'esito del ricorso n.-OMISSIS- si dirà; l'istanza di controllo giudiziario è stata accolta come da provvedimento del Tribunale Napoli, sezione misure di prevenzione, 25 giugno 2021 n.168, per la durata di un anno (cfr. la sentenza impugnata, pp. 20-21, fatti non contestati; per gli esatti estremi, cfr. il doc. prodotto dall'appellante il 20 maggio 2024, provvedimento T. Napoli sezione misure di prevenzione 24 febbraio 2023 n.30, di cui oltre, a p. 11 in fine).

3.4 Parallelamente, nel Comune di -OMISSIS-, sino all'agosto 2022, il servizio rifiuti è stato gestito da un'impresa estranea a questo giudizio, certa -OMISSIS- S.r.l., dapprima quale gestore a pieno titolo, come aggiudicataria di una gara precedente, e poi come gestore in proroga, a seguito delle vicende della nuova gara indetta a scadenza per riaffidare il servizio (cfr. doc. 10 appellante, ordinanza del Sindaco 29 febbraio 2022 n.4).

3.5 Con determinazione a contrarre 26 novembre 2021 n.209, infatti, il Comune ha indetto la gara CIG 9114082A63, per affidare appunto il servizio per la durata ordinaria di 5 anni (cfr. sempre doc.

10 appellante, cit.). A questa gara, l'attuale ricorrente appellante ha potuto partecipare grazie al decreto di controllo giudiziario di cui si è detto.

3.6 Con successivo provvedimento della stazione unica appaltante 11 agosto 2022 n.24081 il Comune ha aggiudicato la gara ordinaria alla stessa -OMISSIS-, che nel frattempo, nel corso della procedura, aveva continuato a gestire il servizio in proroga. La -OMISSIS- stessa però, nel corso di questa gestione in proroga, ha commesso tutta una serie di irregolarità, che hanno portato il Comune a risolvere il contratto con provvedimento sempre del giorno 11 agosto 2022 n.163 (cfr. sempre doc. 10 appellante, cit.).

3.7 Parallelamente, con decreto del T. Napoli sezione misure di prevenzione 18 luglio 2022 n.114, il controllo giudiziario è stato revocato, non essendo emerse ulteriori irregolarità (cfr. la sentenza impugnata, pp. 20-21).

3.8 Contro l'esito della gara CIG 9114082A63 ha proposto impugnazione l'attuale ricorrente appellante -OMISSIS-, che si era classificata seconda, con il ricorso di I grado T.a.r. Campania Napoli n.-OMISSIS- R.G., accolto con sentenza di quel Giudice sez. III -OMISSIS-. Contro questa sentenza, come si dice per completezza, la -OMISSIS- ha proposto impugnazione con l'appello n.-OMISSIS- R.G. di questo Consiglio, peraltro dichiarato estinto con decreto del Presidente titolare della IV Sezione -OMISSIS-, per essersi a sua volta estinta la società appellante.

3.9 Nel frattempo, stante la necessità di assicurare il servizio alla cittadinanza, il Comune ha provveduto ad affidarlo in via d'urgenza ai sensi dell'art. 191 del d. lgs. 3 aprile 2006 n.152 proprio alla -OMISSIS-, dapprima dal 1° ottobre al 31 dicembre 2022 come da ordinanza del Commissario straordinario 29 settembre 2022 n.2 e poi dal 1° gennaio al 31 marzo 2023 come da ordinanza del Commissario 29 dicembre 2022 n.6; la -OMISSIS- è tornata ad essere affidataria allo stesso titolo del servizio come da ordinanze del Sindaco n.2 del 2024 per il febbraio 2024 e 29 febbraio 2024 n.4 per il marzo 2024 (cfr. per tutto ciò il doc. 10 appellante, cit.), secondo logica dopo la pausa imposta dal provvedimento di cui si dirà.

3.10 Infatti, con successivo provvedimento del Prefetto di Napoli 9 gennaio 2023 n.6598, la società ha ricevuto una nuova informativa antimafia, a fronte della quale ha reagito, da un lato, presentando una nuova istanza 20 gennaio 2023 al Tribunale per essere ammessa al controllo giudiziario, dall'altro lato, impugnandola, unitamente ad atti consequenziali, e in particolare all'esclusione dalla gara CIG 9114082A63 nel frattempo disposta a suo carico, con i ricorsi di I grado T.a.r. Campania Napoli nn. -OMISSIS- e -OMISSIS- R.G. (cfr. sentenza impugnata, p. 22).

3.11 L'istanza di controllo giudiziario è stata accolta per la durata di due anni con il citato provvedimento T. Napoli sezione misure di prevenzione 24 febbraio 2023 n.30 (doc. prodotto il 20 maggio 2024). Nel frattempo, il Comune ha indetto la gara ponte per cui ora è causa, alla quale la società, secondo logica per effetto del controllo giudiziario accordatole, ha ritenuto di poter partecipare.

3.12 Sui ricorsi giurisdizionali di cui si è detto, il T.a.r. Campania Napoli si è pronunciato anzitutto con la sentenza sez. I -OMISSIS-, che ha riunito il ricorso -OMISSIS- di cui si è detto al ricorso -OMISSIS-, ha dichiarato improcedibile il primo, per essere cessati gli effetti della precedente informativa, ed ha respinto il secondo. Contro questa sentenza, la società ha proposto impugnazione, con l'appello n.-OMISSIS- R.G. di questo Consiglio, respinto con sentenza sez. III -OMISSIS-.

3.13 Il T.a.r. Campania Napoli, con la sentenza sez. I -OMISSIS-, ha poi respinto anche il ricorso -OMISSIS-. Contro questa sentenza, la società ha proposto impugnazione, con l'appello n.-OMISSIS-R.G. di questo Consiglio, respinto con sentenza sez. IV -OMISSIS-.

3.14 Come si è detto, la società ha creduto, date tutte queste vicende, di poter partecipare alla gara ponte, e quindi ha chiesto di essere invitata dapprima con la nota 22 febbraio 2024 n.540 (doc. 5 appellante), poi con la nota 27 febbraio 2024 n.222, accompagnata da un'istanza di accesso 27 febbraio 2024 n.223 (doc. ti 6 e 7 appellante). All'istanza di accesso, l'amministrazione ha risposto con nota 29 febbraio 2024 prot. n.9488 (doc. 8 appellante) differendolo fino alla scadenza del termine per presentare le offerte, ma non ha dato altri riscontri. La società ha poi presentato l'ulteriore istanza 4 marzo 2024 n.244 (doc. 9 appellante), con la quale ha ancora chiesto di essere invitata, stavolta in associazione temporanea con altra ditta, certa -OMISSIS- S.r.l., ma sempre senza esito. Di conseguenza, ha proposto il ricorso.

4. Con la sentenza meglio indicata in epigrafe, il T.a.r. ha dichiarato inammissibile il ricorso ed i motivi aggiunti, con la motivazione che si riassume.

4.1 Preliminarmente, il T.a.r. ha respinto l'eccezione di improcedibilità del ricorso introduttivo per irrituale notificazione alla Provincia di Avellino, stazione unica appaltante, dato che essa si era costituita e difesa nel merito, dimostrando quindi che l'atto aveva raggiunto lo scopo.

4.2 Il T.a.r. ha poi dichiarato inammissibile, propriamente irricevibile, il ricorso in quanto proposto contro la nota 29 febbraio 2024 prot. n.9488 di differimento dell'accesso, ritenendo decorso il termine di impugnazione.

4.3 Il T.a.r. ha poi dichiarato inammissibili per difetto di interesse sia il ricorso principale, sia i motivi aggiunti, sostenendo che la società non avrebbe comunque potuto partecipare alla gara, in quanto colpita dall'informativa antimafia 9 gennaio 2023 n.6598 di cui si è detto.

5. Contro questa sentenza, la società ha proposto impugnazione, con appello che contiene quindici motivi, di critica alla sentenza impugnata e di riproposizione dei motivi di I grado da essa assorbiti, come segue.

5.1 Con il primo motivo, corrispondente al § 1 alle pp. 6-8 dell'atto, censura la decisione di inammissibilità del ricorso e dei motivi aggiunti di I grado per presunta propria incapacità di partecipare alla procedura ai sensi dell'art. 94 del d. lgs 159/2011, in dipendenza dall'interdittiva disposta a suo carico con il ricordato provvedimento del Prefetto di Napoli 9 gennaio 2023 n.6598. La parte appellante oppone in fatto che gli effetti di questo provvedimento già erano cessati, per esser stata essa ammessa al controllo giudiziario con il pure ricordato decreto del Tribunale di Napoli 24 febbraio 2023 n. 30.

5.2 Con il secondo motivo, corrispondente ai §§ 2 e 2.1 alle pp. 8-12 dell'atto, censura la decisione di irricevibilità dell'impugnazione proposta contro il silenzio rifiuto formatosi sull'istanza di accesso agli atti di gara da essa presentata. Osserva, infatti, che con la nota 29 febbraio 2024 il termine per l'accesso è stato differito alla scadenza del termine di presentazione delle offerte, ovvero al giorno 11 marzo 2024, senza che vi sia stato seguito; a quel punto, il silenzio rifiuto si è formato il successivo 10 aprile 2024, e rispetto a questa data il ricorso presentato il 15 aprile successivo deve ritenersi tempestivo. Deduce però che sull'istanza in questione sarebbe mancato il contraddittorio, sì che

questo Giudice d'appello dovrebbe sul punto pronunciare annullamento con rinvio ai sensi dell'art. 105 c.p.a.

5.3 Con il terzo motivo, corrispondente al § A alle pp. 13-21 dell'atto, deduce propriamente violazione dell'art. 49 del d. lgs. 31 marzo 2023 n.36. Ipotizzando, dato il silenzio degli atti in proposito, di non esser stata invitata in pretesa osservanza del principio di rotazione di cui alla norma indicata, in quanto come si è visto ha svolto il servizio in via di urgenza nel Comune, sostiene che la norma invece non le si applicherebbe, dato che in primo luogo ha svolto il servizio non come affidataria, ma in base alle ordinanze di cui si è detto, e comunque, con la nota 4 marzo 2024 citata, ha chiesto di partecipare in RTI con altra impresa. Sostiene comunque che il mancato invito nei suoi confronti sarebbe immotivato.

Questi motivi sono dedotti in principalità e sono intesi a far ammettere alla gara la ricorrente appellante; i restanti, eccettuato l'ultimo, con il quale si è riproposta l'istanza di accesso agli atti, sono dichiaratamente dedotti in subordine, essendo volti all'azzeramento della procedura, come segue.

5.4 Con il quarto motivo, corrispondente al § 2 alle pp. 21-24 dell'atto, deduce violazione dell'art. 76 del d. lgs. 36/2023, in quanto non sussisterebbero i requisiti di urgenza richiesti dalla norma per la procedura negoziata senza pubblicazione di bando nella specie adottata; non sarebbe in particolare causa di urgenza l'impugnazione della precedente gara, individuata invece come tale dal Comune, perché un contenzioso di questo genere, oltretutto risalente, non si potrebbe qualificare come evento imprevedibile.

5.5 Con il quinto motivo, corrispondente al § 3 alle pp. 24-26 dell'atto, deduce ulteriore violazione dello stesso articolo, per non esser stati indicati i criteri di selezione degli operatori invitati.

5.6 Con il sesto motivo, corrispondente al § 4 alle pp. 26-29 dell'atto, deduce violazione dell'art. 107 del T.U. 18 agosto 2000 n.267 sotto il profilo di una presunta incompetenza del dirigente che ha emesso gli atti di gara, in quanto si tratterebbe del dirigente preposto al settore opere pubbliche, diverso quindi a suo avviso dal settore rifiuti, e quindi non si tratterebbe di RUP in possesso delle necessarie competenze tecniche.

5.7 Con il settimo motivo, corrispondente al § 5 a p. 29 dell'atto, deduce violazione dell'art. 15 del d. lgs. 36/2023, perché sarebbero state illegittimamente cumulate nella stessa persona le funzioni di RUP e di predisposizione degli atti di gara.

5.8 Con l'ottavo motivo, corrispondente al § 6 al p. 30 dell'atto, deduce che l'intera procedura sarebbe nulla perché gli atti di gara indicherebbero in modo erroneo- T.a.r. Campania Salerno anziché Napoli- l'ufficio giudiziario competente per eventuali ricorsi.

5.9 Con il nono motivo, corrispondente al § 1 alle pp. 31-37 dell'atto, reitera nella sostanza i contenuti del quinto motivo.

5.10 Con il decimo motivo, corrispondente al § 2 a p. 38 dell'atto, deduce ancora violazione dell'art. 76 d. lgs. 36/2023, perché il numero dei concorrenti invitati, nella sostanza sarebbe risultato inferiore ai tre prescritti, dato che dei sei operatori invitati solo due sarebbero stati in possesso dei requisiti richiesti.

5.11 Con l'undicesimo motivo, corrispondente al § 3 alle pp. 39-43 dell'atto, deduce propriamente eccesso di potere per illogicità, essendo stata indicata fra i requisiti di partecipazione l'iscrizione all'Albo dei gestori ambientali alla categoria 1 classe F, valida per i Comuni fino a 5 mila abitanti, mentre -OMISSIS- ne conta circa 23 mila.

5.12 Con il dodicesimo motivo, corrispondente al § 4 alle pp. 43-45 dell'atto, contesta, alla lettera, la legittimità della *“relazione del Comune di -OMISSIS- depositata in data 23 marzo 2024”*, si intende in causa nel ricorso di I grado.

5.13 Con il tredicesimo motivo, corrispondente al § 5 alle pp.45-46 dell'atto, contesta, allo stesso modo, la legittimità delle relazioni istruttorie della Provincia depositate in causa nel ricorso di I grado.

5.14 Con il quattordicesimo motivo, corrispondente al § 6 alle pp. 46-48 dell'atto, riproduce in sostanza i contenuti del quarto e del sesto motivo.

5.15 Con il quindicesimo motivo, corrispondente ai residui §§ alle pp. 48-51 dell'atto ripropone l'istanza di accesso agli atti della procedura ai sensi dell'art. 116 c.p.a.

6. Hanno resistito la Provincia, con memoria 13 maggio 2024, ed il Comune, con memoria 14 maggio 2024, ed hanno chiesto che l'appello sia respinto. Con memoria 14 maggio 2024, la società ha ribadito le proprie asserite ragioni; in particolare ha osservato, a p. 4, che l'eccezione di inammissibilità del ricorso per difetto di notifica al corretto indirizzo riproposta dalla Provincia, in quanto respinta espressamente dal T.a.r., si doveva riproporre a pena di inammissibilità con appello incidentale.

7. Con ordinanza -OMISSIS-, emessa all'esito della camera di consiglio del giorno -OMISSIS-, la Sezione ha accolto la domanda cautelare contestuale all'appello nel senso di fissare con priorità l'udienza di merito ed ha disposto istruttoria in particolare prescrivendo alla stazione appaltante di depositare entro un termine la documentazione alla quale la società appellante aveva chiesto di poter accedere, ovvero *“tutta la documentazione di gara, comprensiva dei verbali di gara, della documentazione inerente i criteri di scelta degli operatori economici individuati per la partecipazione alla procedura negoziata in parola di cui al verbale del RUP richiamato ma non allegato alla determinazione n. 357 del 9 febbraio 2024 della Provincia di Avellino in uno all'elenco dei soggetti individuati, della documentazione attestante l'attività istruttoria e la motivazione relativa alla scelta di procedere con procedura negoziata, della lettera di invito in uno alle manifestazioni di interesse formulate dagli altri concorrenti, della legge speciale di gara comprensiva dei relativi allegati, dei provvedimenti di nomina della Commissione in uno ai relativi CV, delle determine a contrarre”*.

8. La Provincia ha inteso ottemperare con il deposito del 30 maggio 2024.

9. Con memorie 8 luglio 2024 per la società appellante e 9 luglio 2024 per la Provincia ed il Comune e con repliche 12 luglio 2024 per la società appellante, 13 luglio 2024 per il Comune e 15 luglio 2024 per la Provincia, le parti hanno infine insistito sulle rispettive tesi.

10. Alla pubblica udienza del giorno 25 luglio 2024, fissata nei termini di cui sopra, la Sezione ha trattenuto la causa in decisione.

11. L'appello è fondato e va accolto, per le ragioni di seguito esposte.

12. Il primo motivo di appello è fondato in fatto, essendo evidente, come risulta dall'esame della data del provvedimento Tribunale di Napoli 24 febbraio 2023 n.30 di cui si è detto, di ammissione al

controllo giudiziario per la durata di due anni, che nel momento in cui fu indetta la procedura per cui è causa nei confronti della società le incapacità causate dall'informativa antimafia Prefetto di Napoli 9 gennaio 2023 n.6598 di cui era stata destinataria non erano più efficaci; solo per completezza, si ricorda che questa conclusione non viene meno anche considerando la reiezione dei ricorsi giurisdizionali amministrativi che la società aveva proposto contro quest'informativa, come si è visto sopra ai §§ 3.10, 3.12 e 3.13, secondo quanto affermato dall'Adunanza plenaria di questo Consiglio con le sentenze 13 febbraio 2023 nn.6-7, per cui la reiezione stessa non fa venir meno l'efficacia del controllo giudiziario nel frattempo disposto. In particolare, la Plenaria ha affermato che i due provvedimenti svolgono funzioni diverse: i) "l'interdittiva svolge la sua funzione preventiva rispetto alla penetrazione nell'economia delle organizzazioni di stampo mafioso di tipo "statico", e cioè sulla base di accertamenti di competenza dell'autorità prefettizia rivolti al passato"; ii) "il controllo giudiziario persegue anche finalità di carattere "dinamico" di risanamento dell'impresa interessata dal fenomeno mafioso e quindi (...) richiede una prognosi favorevole del Tribunale della prevenzione penale sul superamento della situazione che ha in origine dato luogo all'interdittiva".

13. Il secondo motivo di appello, relativo alla pronuncia di irricevibilità dell'istanza di accesso, va dichiarato improcedibile, assieme al quindicesimo, che la ripropone nel merito, dato che in esecuzione dell'ordinanza istruttoria della Sezione -OMISSIS- la Provincia ha effettivamente prodotto tutti gli atti della procedura, come richiesto dalla parte appellante. L'interesse sotteso all'istanza è stato quindi raggiunto in fatto, così come la parte stessa per implicito conferma, nel momento in cui (v. memoria 8 luglio 2024 pp. 3-4) a questi atti muove una critica nel merito, ovvero deduce che essi non stabilirebbero i criteri di selezione, senza però dire che la relativa documentazione oggettivamente esisterebbe e non sarebbe stata prodotta.

14. Il terzo motivo di appello va infine accolto sotto l'ultimo dei profili che esso considera. Secondo quanto stabilito da questo Consiglio con la sentenza sez. V 16 gennaio 2023 n.532, correttamente citata dalla parte appellante, il principio di rotazione non opera comunque nel momento in cui un operatore, anche se precedente affidatario del servizio, chieda di essere invitato a partecipare in RTI costituendo con un altro soggetto, perché comunque in tal modo un nuovo soggetto parteciperà alla gara, con vantaggio per la concorrenza. Nel caso di specie, quindi, la stazione appaltante avrebbe dovuto dare riscontro alla nota 4 marzo 2024 (doc. 9 appellante), che chiedeva appunto di partecipare in RTI con altra impresa. Questa nota infatti era comunque anteriore al termine per presentare offerta, che era il giorno 11 marzo 2023 (appello, p. 9 fatto incontestato), e quindi si deve comunque ritenere presentata in tempo utile.

15. I residui motivi, volti a far annullare l'intera gara e proposti dichiaratamente in via subordinata, vanno dichiarati improcedibili.

16. L'appello va quindi accolto e, in riforma della sentenza impugnata, va accolto il ricorso di I grado con annullamento degli atti impugnati nel loro implicito contenuto di esclusione della ricorrente appellante dall'invito a partecipare alla gara.

17. Specularmente, nel riesaminare l'affare, l'amministrazione dovrà dare riscontro alla richiesta di essere invitata in RTI con l'impresa -OMISSIS- S.r.l., come formulata con la nota 4 marzo 2024 n.244 di cui si è detto, e metterla in condizione di partecipare alla procedura, se non consteranno elementi ostativi diversi da quelli esaminati ed esclusi in questa sede. Si osserva che ciò in fatto è del tutto possibile, dato che per informazione dell'amministrazione stessa (cfr. relazione prodotta dalla

Provincia il 15 luglio 2024) la procedura è attualmente ferma e quindi non si sono verificati eventi irreversibili.

18. La particolare complessità della controversia in fatto è giusto motivo per compensare per intero le spese del giudizio fra le parti.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello come in epigrafe proposto (ricorso n.3599/2024 R.G.), lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza impugnata, accoglie il ricorso di I grado (T.a.r. Campania, sede di Napoli n. - OMISSIS- R.G.) e annulla gli atti impugnati, ai sensi di cui in motivazione.

Spese del giudizio compensate.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 25 luglio 2024 con l'intervento dei magistrati:

Vincenzo Lopilato, Presidente FF

Francesco Gambato Spisani, Consigliere, Estensore

Silvia Martino, Consigliere

Giuseppe Rotondo, Consigliere

Rosario Carrano, Consigliere

L'ESTENSORE

Francesco Gambato Spisani

IL PRESIDENTE

Vincenzo Lopilato