

Pubblicato il 28/04/2021

**N. 03418/2021REG.PROV.COLL.**

**N. 08722/2020 REG.RIC.**



**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 8722 del 2020, proposto dalla AM Technology s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Francesco Armenante, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***contro***

Comune di San Gennaro Vesuviano, in persona del Sindaco *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Sabatino Rainone, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

***nei confronti***

della Super Eco s.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentata e difesa dall'avvocato Massimiliano Brugnoletti, con domicilio eletto presso il suo studio in Roma, via Antonio Bertoloni, n. 26/B;

della Asmel Consortile Soc. Cons. a r.l. - Centrale di Committenza, in persona del legale rappresentante *pro tempore*, non costituita in giudizio;

***per la riforma***

della sentenza del Tribunale amministrativo regionale per la Campania (sezione seconda) n. 4375 del 9 ottobre 2020.

Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;

Visti gli atti di costituzione in giudizio del Comune di San Gennaro Vesuviano e della Super Eco s.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Visti gli artt. 74 e 120, co. 10, cod. proc. amm.;

Relatore nell'udienza pubblica del giorno 15 aprile 2021 - svoltasi ai sensi dell'art. 25, comma 2, del decreto legge 28 ottobre 2020, n. 137, convertito con modificazioni dalla legge 18 dicembre 2020, 176 - il consigliere Michele Pizzi;

Uditi per le parti gli avvocati Francesco Armenante, Sabatino Rainone e Santi Dario Tomaselli su delega dell'avvocato Massimiliano Brugnoletti;

Ritenuto e considerato in fatto ed in diritto quanto segue.

## FATTO e DIRITTO

1. Con ricorso innanzi al Tar della Campania notificato il 21 settembre 2020, la società AM Technology s.r.l. (in prosieguo ditta AM) - esponendo di aver partecipato alla gara d'appalto indetta dal Comune di San Gennaro Vesuviano (bando pubblicato il 22 novembre 2019) per l'affidamento del servizio di gestione integrata dei rifiuti urbani ed assimilati sul territorio comunale per la durata di cinque anni, da aggiudicarsi secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, di essersi collocata al secondo posto della graduatoria con 84,44 punti (70 punti per l'offerta tecnica e 14,44 punti per l'offerta economica) - ha impugnato:

a) la determinazione n. 40 del 30 luglio 2020, unitamente agli ulteriori atti e provvedimenti connessi, con la quale il predetto Comune ha aggiudicato l'appalto *de quo* alla società Super Eco s.r.l. (in prosieguo ditta Super Eco);

b) il successivo provvedimento comunale prot. n. 13046 del 4 settembre 2020, con il quale il responsabile del procedimento, dopo la verifica del possesso dei requisiti di legge di cui all'articolo 32, comma 7, d.lgs. n. 50 del 2016, ha dichiarato efficace la suddetta aggiudicazione.

2. Il ricorso di primo grado, contenente anche istanza di declaratoria di inefficacia del contratto e domanda risarcitoria, era affidato a cinque autonomi motivi.

3. La ricorrente ha formulato, altresì, domanda ai sensi dell'art. 116, comma 2, cod. proc. amm., stante il mancato integrale riscontro all'istanza di accesso agli atti formulata in data 25 agosto 2020, non avendo l'amministrazione comunale provveduto all'ostensione del progetto tecnico dell'aggiudicataria, nonché per mancato riscontro all'ulteriore richiesta del 17 settembre 2020, concernente i documenti allegati alla determina di efficacia dell'aggiudicazione.

4. Nel giudizio di primo grado si erano costituiti sia il Comune di San Gennaro Vesuviano, sia la controinteressata Super Eco s.r.l., chiedendo entrambi il rigetto del ricorso.

5. In particolare l'aggiudicataria, con memoria depositata il 2 ottobre 2020, aveva tra l'altro eccepito, per quanto qui ancora di interesse:

a) l'inammissibilità del quarto motivo di ricorso per genericità, non avendo la ricorrente evidenziato né dimostrato quali sarebbero stati, all'esito della verifica, i motivi ostativi alla declaratoria di efficacia dell'aggiudicazione, in violazione del principio dispositivo che vige nel processo amministrativo;

b) l'irricevibilità per tardività del quinto motivo di ricorso, posto che la nomina della commissione di gara è avvenuta il 20 gennaio 2020, con la conseguenza che la ricorrente avrebbe dovuto contestare la nomina dei componenti della commissione stessa entro il 19 febbraio 2020; inoltre la ricorrente sarebbe stata carente di interesse a contestare la nomina della commissione sotto il profilo della professionalità, avendo la ditta AM ottenuto il massimo punteggio di 70 punti per l'offerta tecnica.

6. Il Tar per la Campania, con la gravata sentenza 9 ottobre 2020, n. 4375:

6.1. - ha inteso prescindere dalle eccezioni preliminari di inammissibilità e di irricevibilità del ricorso, stante la riscontrata infondatezza delle censure;

6.2. - ha respinto integralmente il ricorso nel merito, ponendo le spese di lite a carico della ditta AM;

6.3. - ha respinto l'istanza di accesso, qualificandola come meramente esplorativa poiché, a fronte delle *"argomentate ragioni di opposizione da parte della controinteressata"*, la ricorrente *"nulla di specifico ha addotto a giustificazione della propria istanza di accesso"*.

7. Con ricorso in appello notificato il 4 novembre 2020 ed articolato in cinque motivi di gravame (altresì contenente domanda di accesso, istanza di declaratoria di inefficacia del contratto, nonché domanda risarcitoria), la ditta AM ha impugnato la predetta sentenza del Tar della Campania, riproponendo criticamente, in punto di fatto e di diritto, i cinque originari motivi di ricorso.

8. Con riguardo alla domanda di accesso, l'appellante ha ribadito il proprio interesse a conoscere l'offerta tecnica dell'aggiudicataria ed ha lamentato l'erroneità della sentenza impugnata nella parte in cui il Tar ha omesso di pronunciare sulla domanda concernente l'istanza di accesso presentata al Comune e riguardante i documenti oggetto della verifica successiva all'aggiudicazione.

9. Il Comune e la ditta Super Eco si sono costituiti nel presente giudizio d'appello, chiedendo il rigetto del gravame.

9.1. Con memoria tempestivamente depositata il 3 dicembre 2020, la ditta Super Eco ha riproposto, ai sensi dell'articolo 101, comma 2, cod. proc. amm., le eccezioni preliminari di inammissibilità e di irricevibilità del ricorso non esaminate dal Tar, così come sopra illustrate ai paragrafi 5.a e 5.b, ed ha successivamente articolato le proprie difese con memoria del 15 dicembre 2020.

9.2. Il Comune, in data 15 dicembre 2020, ha depositato memoria difensiva ed ha successivamente depositato copiosa documentazione in data 25 marzo 2021 comprovante *"il possesso, in capo all'aggiudicataria Super Eco ed alla ausiliaria Faiella Nicola s.r.l., di tutti i requisiti di legge previsti dall'art. 80 D.Lgs. n° 50/2016"*, come affermato dallo stesso Comune (pag. 2 della memoria depositata il 30 marzo 2021), contestando in punto di fatto la fondatezza del quarto motivo d'appello.

9.3. Alla camera di consiglio del 17 dicembre 2020, su richiesta concorde delle parti, l'esame dell'incidente cautelare è stato differito all'udienza pubblica di discussione.

9.4. L'appellante e la controinteressata, in data 30 marzo 2021, hanno entrambe depositato memorie e, in particolare, alla luce della documentazione depositata dal Comune, la ditta Super Eco ha eccepito la sopravvenuta carenza di interesse relativamente al quarto motivo d'appello; l'appellante ha invece evidenziato che, dai documenti depositati dalla stessa stazione appaltante, *"diversi controlli sono stati fatti dopo la dichiarazione di efficacia dell'aggiudica. [...] Molti dei certificati ora esibiti in giudizio sono stati acquisiti e rilasciati successivamente all'udienza pubblica di merito"*, come sarebbe dimostrato dalla stessa nota comunale prot. n. 18337 del 17 dicembre 2020.

9.5. Tutte le parti hanno infine depositato memorie di replica, insistendo ciascuna nelle rispettive difese.

10. All'udienza del 15 aprile 2021 la causa è stata trattenuta in decisione.

11. In via preliminare il Collegio evidenzia che, alla udienza del 15 aprile 2021, le parti non hanno più coltivato l'esame della domanda cautelare, con la conseguenza che si procede all'esame dell'appello nel merito.

12. Il primo, il secondo, il terzo ed il quinto motivo d'appello sono infondati.

13. Con il primo motivo di gravame si censura la sentenza di primo grado nella parte in cui il Tar ha respinto il primo motivo di ricorso, a mezzo del quale è stata lamentata la violazione dell'art. 83 d.lgs. n. 50/2016, violazione dell'art. 7 del disciplinare di gara e del piano industriale, difetto di istruttoria, eccesso di potere per travisamento, per non esser l'aggiudicataria in possesso del requisito richiesto dall'art. 7.3, lett. c), del disciplinare di gara in ordine alla dichiarazione di disponibilità da parte di uno o più impianti autorizzati per legge al recupero e/o smaltimento di rifiuti: in particolare la ricorrente ha criticato il fatto che l'aggiudicataria avesse presentato una dichiarazione di disponibilità rilasciata dalla società Faiella Nicola s.r.l., il cui impianto però *"risulta inadeguato a soddisfare le esigenze dell'Ente, in quanto non possiede una capienza sufficiente a ricevere i rifiuti prodotti dal Comune, sia con riferimento ai quantitativi annui che giornalieri"* (pag. 5 del ricorso), in special modo con riguardo ai rifiuti costituiti dalla frazione organica, dagli imballaggi di vetro e dalla carta e cartone.

13.1. Il motivo è infondato.

13.2. Il punto 7.3, lettera c), del disciplinare di gara richiedeva, tra i requisiti di capacità tecnica e professionale, che il concorrente dovesse *"dichiarare di essere in possesso direttamente di impianto/i di trattamento rifiuti ovvero dichiarazione di disponibilità (rilasciata da uno o più impianti autorizzati come per legge al recupero e/o smaltimento dei rifiuti) con riferimento alla procedura di che trattasi a ricevere presso il proprio/i impianto/i i rifiuti identificati dai codici CER rilevabili nel Capitolato Speciale di Appalto e prodotti dal Comune di S. Gennaro Vesuviano (NA)"*.

13.3. L'aggiudicataria, per l'integrazione di tale requisito tecnico, aveva presentato due dichiarazioni di disponibilità di impianti di conferimento: una resa dalla società Tortora Guida s.r.l. ed una resa dalla società Faiella Nicola s.r.l.; con riguardo a quest'ultima l'odierna appellante ha contestato l'inidoneità dell'impianto a ricevere i quantitativi dei rifiuti prodotti dal Comune di San Gennaro Vesuviano, poiché *"i quantitativi per i quali l'impianto è stato autorizzato sono nettamente inferiori a quelli prodotti dal Comune"* (pag. 6 dell'appello), con specifico riguardo ai rifiuti costituiti da: a) umido di cucine e mense (frazione organica); b) imballaggi di vetro; c) carta e cartone.

13.4. Come correttamente rilevato dal Tar, la ricorrente ed odierna appellante ha fornito una esegesi alquanto eccentrica della menzionata disposizione della *lex specialis*, poiché le parole *"[...] e prodotti dal Comune di S. Gennaro Vesuviano"* devono essere correttamente intese nel senso di specificare la necessaria provenienza dei rifiuti *de quibus* dal solo Comune di San Gennaro Vesuviano e non da altri enti, ma giammai possono essere interpretate nel senso di pretendere un determinato requisito dimensionale degli impianti non previsto dalla legge di gara.

13.5. Né è possibile procedere ad interpretare estensivamente la legge di gara, con il preteso rinvio al piano industriale, per inferire, in via meramente ermeneutica, la sussistenza di uno specifico requisito tecnico previsto a pena di esclusione, dal momento che a tale operazione interpretativa osta il principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'articolo 83, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016 (da ultimo Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020, n. 22).

13.6. Inoltre il Tar, a differenza di quanto affermato dall'appellante, ha motivato anche in ordine alla asserita irrazionalità della legge di gara, se interpretata nel senso di non contemplare il preteso requisito dimensionale degli impianti: al riguardo il primo giudice, con motivazione che il Collegio condivide, ha correttamente affermato che: *"la lex specialis di gara lasciava ai concorrenti la più ampia libertà organizzativa, ben potendo costoro riferirsi ad impianti di rifiuti in possesso proprio o altrui, purché qualitativamente idonei, in tal modo fugando ogni perplessità o rischio di insufficienza, o, meglio, in ipotesi collocando tali problematiche a valle, nella fase di esecuzione del servizio"*, con la conseguenza che l'eventuale mancato integrale assorbimento dei quantitativi dei rifiuti prodotti dal Comune di San Gennaro Vesuviano rileverà unicamente a valle del rapporto, come eventuale inadempimento della ditta Super Eco alle obbligazioni contrattuali assunte, essendo del tutto irrilevanti, ai fini del presente giudizio, le

dichiarazioni rese dalla società Faiella Nicola s.r.l. con riguardo agli esatti quantitativi accettati (espressi in tonnellate) per ogni singola tipologia di rifiuto prodotto.

14. Con il secondo motivo d'appello si censura la sentenza di primo grado nella parte in cui il Tar ha respinto il secondo motivo di ricorso, incentrato sulla violazione dell'art. 89 del d.lgs. n. 50/2016 e dell'art. 7.3, lett. d), del disciplinare di gara, non essendo l'aggiudicataria in possesso del "*requisito esperienziale*", ovvero l'aver svolto servizi di smaltimento dei rifiuti urbani in favore di uno o più Comuni con un numero di abitanti non inferiore a quello del Comune di San Gennaro Vesuviano: in particolare la ricorrente lamentava il fatto che l'aggiudicataria, al fine della integrazione di tale requisito tecnico-professionale, avesse fatto riferimento ad un contratto di avvalimento con la società Nicola Faiella s.r.l., nonostante quest'ultima non si fosse impegnata ad eseguire direttamente la prestazione, ma si fosse solo limitata a prestare le risorse, i mezzi ed il personale, essendo inoltre il menzionato contratto di avvalimento generico ed indeterminato.

14.1. L'appellante afferma che il Tar avrebbe errato nel ritenere l'aggiudicataria in possesso del requisito tecnico-professionale previsto dal punto 7.4, lettera d), della disciplinare di gara, dal momento che la ditta Super Eco aveva solo dichiarato di aver svolto il servizio di raccolta di rifiuti solidi urbani presso i Comuni di Fori e di Lavagna (doc. 13 di Super Eco depositato in primo grado), e non anche il servizio di smaltimento dei rifiuti, in violazione della predetta disposizione della *lex specialis*, la quale richiedeva al concorrente di "*aver espletato servizi di smaltimento dei rifiuti urbani in favore di uno o più Comuni (Consorzio, Unione di Comuni e Associazioni), con un numero di abitanti non inferiore a quella del Comune di S. Gennaro Vesuviano (Na)*".

14.2. Il motivo è infondato.

14.3. Al riguardo il Collegio osserva, in primo luogo, che oggetto della procedura di gara *de qua* era il servizio di "*gestione integrata dei rifiuti urbani ed assimilati*", con ciò intendendosi il servizio di raccolta, trasporto e smaltimento dei rifiuti; in secondo luogo, a fronte di più possibili interpretazioni di una clausola della *lex specialis* di gara (una avente quale effetto l'esclusione dalla gara e l'altra tale da consentire la permanenza del concorrente), non può legittimamente aderirsi all'opzione che, ove condivisa, comporterebbe l'esclusione dalla gara, dovendo essere favorita l'ammissione del più elevato numero di concorrenti, in nome del principio del *favor participationis* e dell'interesse pubblico al più ampio confronto concorrenziale (*ex multis* Cons. Stato, sez. III, 9 dicembre 2020, n. 7747; sez. III, 4 settembre 2020, n. 5358; sez. V, 17 luglio 2020, n. 4599; sez. V, 9 marzo 2020, n. 1669).

14.4. Applicando tali coordinate ermeneutiche al caso di specie, risulta evidente che, come rilevato dal Tar, la ditta Super Eco possiede in proprio il requisito di capacità tecnica-professionale di cui al suddetto punto 7.3, lettera d), del disciplinare di gara, senza necessità di dover far riferimento al contratto di avvalimento con la società Faiella Nicola s.r.l., in quanto il servizio di raccolta di rifiuti fa parte del più ampio servizio di gestione integrata dei rifiuti stessi.

15. Il terzo motivo d'appello, con il quale è stata impugnata la sentenza di primo grado nella parte in cui il Tar ha respinto il terzo motivo di ricorso, è manifestamente infondato.

15.1. Infatti, come emerge dallo stesso tenore letterale dell'articolo 80, comma 5, lett. c), del decreto legislativo n. 50/2016 invocato dall'appellante, la stazione appaltante è tenuta a dimostrare "*con mezzi adeguati*" il dubbio sulla integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico (a causa dei suoi gravi illeciti professionali) solo qualora si giunga alla decisione di escludere il suddetto operatore economico dalla gara d'appalto, e non invece nel caso contrario, potendo la motivazione di non gravità risultare anche in modo implicito e per *facta concludentia*, ossia con l'ammissione alla gara (da ultimo Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 2020, n. 2850 e giurisprudenza ivi richiamata).

15.2. Inoltre l'appellante, sotto tale specifico profilo (ovvero con riguardo a quanto dichiarato dalla ditta Super Eco), non ha contestato l'ammissione alla gara dell'aggiudicataria, limitandosi a censurare la mancanza di motivazione circa la sua ammissione, ma senza affermare che la ditta Super Eco fosse incorsa in gravi illeciti professionali tali da doverne determinare l'esclusione dalla gara *de qua*.

16. Con il quinto motivo di appello è stata censurata la sentenza di primo grado nella parte in cui il Tar ha respinto il quinto motivo del ricorso originario, incentrato sulla violazione dell'art. 77 del d.lgs. n. 50/2016 per l'illegittima nomina e composizione della commissione di gara, non essendo state precisate le modalità di scelta del Presidente (esterno all'Ente), né essendo presenti, tra i componenti della commissione, soggetti esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto.

16.1. Il motivo è infondato.

16.2. Il Collegio in primo luogo richiama l'orientamento già espresso da questo Consiglio di Stato, in ordine all'interpretazione dell'art. 77, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016 (ove si prevede che la commissione giudicatrice è "*composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto*"), secondo cui: "*In tema di componenti le commissioni delle gare di appalto, da un lato, la legittima composizione della commissione presuppone solo la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto; dall'altro il requisito enunciato deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, considerando anche, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'amministrazione sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali i criteri valutativi siano destinati ad incidere. Non è in proposito necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea*" (Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2020, n. 83; sostanzialmente negli stessi termini *ex multis* Cons. Stato, sez. III, 6 novembre 2019, n. 7595; sez. III, 30 ottobre 2019, n. 7446).

16.3. Al riguardo la sezione ha avuto di recente modo di ribadire che il requisito delle competenze nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto – che i componenti della commissione di gara debbono possedere – deve essere interpretato nel senso che la competenza e l'esperienza richieste ai commissari devono essere riferite ad aree tematiche omogenee, e non anche alle singole e specifiche attività oggetto del contratto (Cons. Stato, sez. IV, 8 aprile 2021, n. 2822; conformi *ex multis* sez. V, 11 settembre 2019, n. 6135; sez. IV, 20 aprile 2016, n. 1556).

16.4. Nel caso di specie l'appellante ha dedotto, nei confronti dei componenti della commissione di gara, mere congetture senza indicare alcun concreto profilo di incompatibilità, dovendosi al contrario ritenere che i membri della commissione giudicatrice siano tutti "*esperti*" nel senso voluto dalla norma.

16.5. Infatti, dall'analisi della documentazione depositata dal Comune in primo grado (doc. 12 e doc. 13), emerge la specifica competenza tecnica posseduta sia dal Presidente della commissione giudicatrice, sia dagli altri due componenti della commissione stessa, dovendo tali competenze essere valutate cumulativamente ed in modo unitario.

16.6. Inoltre il Collegio rileva la parziale inammissibilità del quinto motivo d'appello nella parte in cui la ditta AM, indebitamente estendendo il *thema decidendum* rispetto a quanto dedotto con il quinto motivo del ricorso di primo grado, ha contestato la nomina del Presidente della commissione di gara poiché non più dipendente pubblico.

17. Con il quarto mezzo di gravame si reitera criticamente il corrispondente motivo di primo grado, basato sulla violazione dell'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016, avendo il Comune adottato un'illegittima determinazione

(provvedimento comunale prot. n. 13046 del 4 settembre 2020) di efficacia dell'aggiudicazione n. 40 del 30 luglio 2020 in favore della ditta Super Eco, a seguito di una parziale verifica dei requisiti morali, avendo il Comune verificato solo il d.u.r.c., il certificato delle sanzioni amministrative dipendenti da reato, il certificato del casellario giudiziale e la visura camerale, avendo al contrario omesso di verificare e di controllare la regolarità fiscale, il rispetto degli obblighi di cui alla legge n. 68/1999 mediante consultazione del competente Ispettorato del lavoro, nonché il casellario Anac.

17.1. Il motivo è suscettibile di favorevole esame.

17.2. Preliminarmente il Collegio osserva che l'eccezione di inammissibilità del motivo di ricorso per genericità e per carenza di interesse - eccezione riproposta dalla ditta Super Eco ai sensi dell'art. 101, comma 2, cod. proc. amm. - è infondata in quanto:

a) la ricorrente aveva compiutamente indicato i controlli di cui lamentava l'omessa esecuzione ed è altresì titolare dell'interesse ad evitare che l'aggiudicazione sia dichiarata efficace nei confronti di un operatore economico nei cui confronti non siano state compiute tutte le verifiche previste dalla legge;

b) a differenza di quanto affermato dalla ditta Super Eco, non era onere della ricorrente provare la mancanza dei controlli (non potendosi provare un fatto negativo), gravando invece sul Comune l'onere di fornire la prova di aver correttamente svolto i controlli circa il possesso dei prescritti requisiti in capo all'aggiudicataria.

17.3. Nel caso di specie la suddetta prova è radicalmente mancata ed anzi lo stesso Comune di San Gennaro Vesuviano, con nota prot. n. 18337 del 17 dicembre 2020 (doc. 20 di Super Eco, nota adottata quando il presente giudizio d'appello era già pendente e nello stesso giorno in cui è stata celebrata la precedente udienza camerale), ha chiesto alla Super Eco s.r.l. ed alla ditta Faiella Nicola di produrre alcuni documenti (certificato del casellario giudiziale, certificati dei carichi pendenti, certificato di ottemperanza alla legge n. 68/1999, polizza di responsabilità civile verso terzi, certificato di regolarità fiscale), riconoscendo espressamente che *"Dalla documentazione prodotta da codeste imprese e da quella agli atti già presentata in sede di gara, risultano mancanti alcune certificazioni/documenti, relativa alla verifica ex art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016"*.

17.4. Nessun valore possono avere, ai fini del presente giudizio, i successivi documenti presentati dalla ditta Super Eco (nota di riscontro del 24 dicembre 2020, doc. 21 di Super Eco) e dalla ditta Faiella Nicola s.r.l. e depositati dal Comune in data 25 marzo 2021, dal momento che la legittimità del gravato provvedimento comunale prot. n. 13046 del 4 settembre 2020 deve essere ovviamente valutata con riguardo ai controlli eseguiti dal Comune a quella data, senza che possano ammettersi integrazioni postume dell'istruttoria o della motivazione, poiché tutti i controlli previsti dalla legge devono necessariamente essere compiuti prima della dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione.

17.5. Nel caso di specie, come visto, lo stesso Comune di San Gennaro Vesuviano, con la nota prot. n. 18337 del 17 dicembre 2020, ha ammesso di non aver condotto una completa istruttoria prima della dichiarazione di efficacia dell'aggiudicazione, essendo *"mancanti alcune certificazioni/documenti"*.

17.6. Inoltre il Collegio osserva, in punto di diritto, che – a differenza di quanto affermato dal Tar – la mera circostanza che il gravato provvedimento prot. n. 13046 del 4 settembre 2020 concernesse l'efficacia (e non la validità) dell'aggiudicazione non preclude affatto alla parte interessata di far valere l'illegittimità del menzionato provvedimento adottato ai sensi dell'articolo 32, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, all'esito di un sub-procedimento che deve essere analiticamente e compiutamente rivolto a verificare il *"possesso dei prescritti requisiti"* in capo all'aggiudicataria ed alle ditte ausiliarie.

17.7. Pertanto il quarto motivo d'appello deve essere accolto e, in parziale riforma della sentenza impugnata, deve essere accolto il quarto motivo del ricorso di primo grado e, per l'effetto, deve essere annullato il provvedimento del Comune di San Gennaro Vesuviano prot. n. 13046 del 4 settembre 2020.

17.8. Il predetto Comune dovrà quindi procedere a riscontrare il possesso dei requisiti di legge, in capo alla Super Eco s.r.l. ed in capo alla società Faiella Nicola s.r.l., mediante produzione di idonea documentazione attestante il possesso dei requisiti *de quibus* dalla data di presentazione della domanda di partecipazione alla gara d'appalto in questione e fino alla data della (futura) verifica ai sensi dell'art. 32, comma 7, del decreto legislativo n. 50 del 2016.

18. Si possono ora esaminare le ulteriori domande articolate nel ricorso di primo grado e riproposte in appello.

19. La domanda di declaratoria di inefficacia del contratto è infondata e deve essere respinta, non essendo stato provato che *medio tempore* sia stato stipulato il contratto d'appalto tra il Comune di San Gennaro Vesuviano e la Super Eco s.r.l.

20. La domanda di risarcimento del danno - per mancato utile di impresa e per danno curriculare - è infondata e deve essere respinta, non avendo l'appellante adempiuto all'onere di allegazione e prova del danno lamentato (da ultimo *ex multis* Cons. Stato, Ad. Plen., 12 maggio 2017, n. 2; successivamente: sez. VI, 15 febbraio 2021, n. 1354; sez. V, 9 marzo 2020, n. 1674; id., sez. V, 27 dicembre 2017, n. 6088).

21. La domanda di accesso agli atti, ai sensi dell'art. 116, comma 2, c.p.a. è parzialmente infondata e parzialmente improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse.

21.1. La domanda è infondata con riguardo alla richiesta di ostensione dell'offerta tecnica dell'aggiudicataria, contenente anche informazioni coperte da segreto tecnico/commerciale, poiché, come già evidenziato da questo Consiglio di Stato, *"Al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali dell'offerta tecnica del concorrente ad una gara pubblica è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio; in particolare, la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale (anche da parte di chi vi abbia concreto ed obiettivo interesse) non legittima un accesso meramente esplorativo a informazioni riservate, perché difetta la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia"* (Cons. Stato, sez. V, 26 ottobre 2020, n. 6463); né è possibile sostenere che l'interesse all'ostensione sia sempre e comunque sussistente *in re ipsa* in capo alla seconda classificata e che tale interesse sia sempre prevalente, considerato inoltre che, nel presente caso, l'aggiudicazione in favore della ditta Super Eco è dipesa dal maggior punteggio ottenuto da quest'ultima in relazione alla sola offerta economica.

21.2. La domanda è invece divenuta improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse con riguardo alla richiesta di ostensione dei documenti posti a base della verifica conclusasi con il gravato provvedimento comunale prot. n. 13046 del 4 settembre 2020, stante l'accoglimento del quarto motivo d'appello e l'annullamento del suddetto provvedimento.

22. In definitiva l'appello deve essere parzialmente accolto, limitatamente al quarto motivo d'appello, e per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, che per il resto è confermata, deve essere accolto il quarto motivo del ricorso di primo grado, con conseguente annullamento del solo provvedimento del Comune di San Gennaro Vesuviano prot. n. 13046 del 4 settembre 2020, fermi restando gli ulteriori poteri di verifica in capo alla stazione appaltante, ai sensi di quanto sopra esposto (paragrafo 17.8).

23. Le spese di lite del doppio grado di giudizio, liquidate come in dispositivo, seguono la soccombenza e devono essere poste solidalmente a carico del Comune di San Gennaro Vesuviano e della Super Eco s.r.l.



P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n.r.g. 8722/2020, come in epigrafe proposto, lo accoglie in parte ai sensi e nei limiti di cui in motivazione e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, annulla il provvedimento del Comune di San Gennaro Vesuviano prot. n. 13046 del 4 settembre 2020.

Condanna in solido il Comune di San Gennaro Vesuviano e la Super Eco s.r.l al pagamento, in favore dell'appellante, delle spese di lite del doppio grado di giudizio, complessivamente liquidate in euro 5.000,00 oltre i.v.a., c.p.a. e rimborso spese generali al 15%.

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

Così deciso in Roma nella camera di consiglio del giorno 15 aprile 2021, ai sensi dell'art. 25 del decreto legge n. 137 del 2020, con l'intervento dei magistrati:

Vito Poli, Presidente

Leonardo Spagnoletti, Consigliere

Daniela Di Carlo, Consigliere

Francesco Gambato Spisani, Consigliere

Michele Pizzi, Consigliere, Estensore

**L'ESTENSORE**

**Michele Pizzi**

**IL PRESIDENTE**

**Vito Poli**

IL SEGRETARIO